

**UNIVERSIDAD PERUANA DE LAS AMÉRICAS**



**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN  
GESTACIÓN SUBROGADA, PERÚ, 2019**

**PARA OPTAR EL GRADO DE BACHILLER EN DERECHO**

**AUTOR**

**TONY RONAL PUCHO CCOPA**

**ASESOR:**

**Dr. Tomás PEBE PEBE**

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:** Derecho Civil y Procesal Civil

**LIMA, PERÚ**

**Abril 2019**

**PENSAMIENTO**

“Y dijo Saray a Abram: Ya que Yahvé me ha hecho estéril,  
toma a mi esclava por mujer a ver si por medio de ella  
tendré algún hijo.

Abraham hizo caso de las palabras de su esposa quien tomó  
a Saray y se la dio por mujer a su esposa. El la recibió como  
tal, quedando embarazada”

La Biblia: Génesis 16: 2

## **DEDICATORIA**

A Dios, por darme tranquilidad y salud.

A mi familia por su preocupación apoyo por mi  
progreso

## **AGRADECIMIENTO**

A las autoridades de la UPA, a mis profesores y a mis compañeros de Promoción.

## RESUMEN

Nuestro tema de investigación se titula “Gestación subrogada, Perú, 2019”. El objetivo de este estudio es identificar si la maternidad subrogada o vientre de alquiler está penalizado o puede ser propicia para una acción penal.

Hemos analizado la Ley General de Salud, específicamente el artículo 7, promulgada el año 1997. Este artículo toma en cuenta este aspecto y menciona que se puede realizar la gestación o maternidad subrogada.

Nos motivó realizar este estudio pues pudimos observar el atropello que realizó el Ministerio Público ante la pareja de esposos chilenos, que fueron detenidos y llevados a la cárcel. Posteriormente el Poder Judicial derogó esta solicitud de prisión para esta pareja de esposos.

Es una investigación jurídica cualitativa, no interactiva, aplicada, analítica, sintética. Se ha hecho revisión de libros y tesis relacionadas a nuestro tópico de investigación.

Palabras clave: Maternidad, vientre de alquiler, familia

## ABSTRACT

Our research topic is entitled "Surrogate pregnancy, Peru, 2019". The objective of this study is to identify whether surrogate motherhood or rent belly is penalized or may be conducive to a criminal action.

We have analyzed the General Health Law, specifically article 7, promulgated in 1997. This article takes this aspect into account and mentions that surrogacy or surrogacy can be performed.

We were motivated to carry out this study because we could observe the abuses committed by the Public Ministry before the couple of Chilean spouses, who were arrested and taken to jail. Subsequently, the Judiciary repealed this request for imprisonment for this couple of spouses.

It is a qualitative, non-interactive, applied, analytical, synthetic legal research.

We have reviewed books and theses related to our research topic.

Keywords: Maternity, rent belly, family

## TABLA DE CONTENIDO

<b>PENSAMIENTO .....</b>	<b>ii</b>
<b>DEDICATORIA .....</b>	<b>iii</b>
<b>AGRADECIMIENTO.....</b>	<b>iv</b>
<b>RESUMEN .....</b>	<b>v</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>vi</b>
<b>TABLA DE CONTENIDO .....</b>	<b>vii</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....</b>	<b>2</b>
1.1. Descripción de la realidad problemática .....	2
1.1.1. En el mundo .....	2
1.1.1.1. Estados Unidos .....	2
1.1.2. En América.....	3
1.1.2.1. Chile: .....	3
1.1.3. En Perú .....	3
1.2. Problemas .....	4
1.2.1. Problema general.....	4
1.2.2. Problemas específicos .....	4
1.3. Objetivos .....	4
1.3.1. Objetivo general .....	4
1.3.2. Objetivos específicos .....	4
1.4. Hipótesis.....	4
1.4.1. Hipótesis general .....	4
1.4.2. Hipótesis específicas .....	4
1.5. Justificación e importancia .....	5
1.5.1. Justificación.....	5

1.5.2.	Importancia .....	5
1.6.	Limitaciones .....	5
<b>CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO .....</b>		<b>7</b>
2.1.	Antecedentes .....	7
2.1.1.	Tesis internacional .....	7
2.1.2.	Tesis nacional.....	8
2.2.	Bases teóricas: .....	10
	Título I: Maternidad subrogada .....	10
2.2.1.	Definiciones de gestación subrogada .....	10
2.2.2.	Diversas denominaciones de la gestación por terceros. ....	11
2.2.3.	Características del contrato de maternidad subrogada .....	12
2.2.4.	Casuística sobre maternidad subrogada .....	15
2.2.5.	Técnicas de reproducción humana asistida .....	16
2.2.6.	Clases de esterilidad .....	17
2.2.7.	Modalidades de maternidad subrogada .....	19
2.3.	Definición conceptual.....	21
<b>CAPÍTULO III: METODOLOGÍA .....</b>		<b>22</b>
3.1.	Paradigma .....	22
3.2.	Método.....	22
3.3.	Alcance .....	22
3.4.	Tipo .....	22
3.5.	Unidad de análisis o de investigación .....	22
3.6.	Investigación .....	22
3.7.	Técnicas e instrumentos .....	22
3.7.1.	Técnicas.....	22
3.7.2.	Instrumentos .....	23

<b>CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS .....</b>	<b>24</b>
4.1. Conclusiones .....	24
4.2. Sugerencias.....	26
<b>REFERENCIAS .....</b>	<b>28</b>

.

## INTRODUCCIÓN

Esta investigación de título “Gestación subrogada, Perú, 2019”. Tiene como antecedente a dos tesis una extranjera y otra nacional.

La tesis extranjera titulada “Gestación subrogada ¿técnica o forma de reproducción? conceptualización, marco jurídico y problemática en el ordenamiento jurídico español.

De la española investigadora y Dra. en Derecho Beatriz Hermida Bellot del Departamento de Derecho Privado y Disciplinas Jurídicas Básicas de la Universidad de Valencia (España) en una de sus conclusiones determina que en este país la ley no permite el vientre subrogado.

La tesis nacional a la cual hemos recurrido para nuestro estudio es titulada “: Inaplicación del principio Mater Semper Certa Est en los casos de útero subrogado” de la doctrinaria Sabina Isabel Vega Chilcón de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, de la ciudad norteña de Chiclayo, realizada esta investigación el año 2017.

Esta profesora jurídica, en una de sus conclusiones que este principio que viene del Derecho Romano, por la cual se afirmaba que solamente la mujer que da a luz es la madre, debe ser motivo de análisis jurídico. Pues las TRAs, permiten que otra mujer quede embarazada (tercera persona). En la mayoría de casos se tiene que hacer un pago pues es un acto jurídico y un contrato, diríamos que innominado.

Este estudio tiene las siguientes partes

**Primera: Problema de investigación**

**Segunda: Marco teórico**

**Tercera: Metodología**

**Cuarto: Conclusiones y referencia**

## CAPÍTULO I:

### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

#### 1.1.Descripción de la realidad problemática

##### 1.1.1. En el mundo

##### 1.1.1.1.Estados Unidos

En este país la situación varía de un Estado a otro, en la referente al vientre subrogado. En algunos Estados se permite esta clase de contrato, en otros está prohibida y en otros Estados la situación es confusa.

Los Estados más flexibles son:

- California
- Arkansas
- Illinois: es el más estricto en cuanto a los procedimientos, ya que en su regulación se contemplan desde la firma del convenio hasta la emisión de los Certificados de Nacimiento. Tan sólo se permite recurrir a este procedimiento a personas solas o parejas heterosexuales, y siempre que hayan aportado sus propios gametos.
- Maryland: Estados que prohíben y castigan el vientre de alquiler o subrogación comercial:
- El Estado de Michigan, donde los acuerdos están legalmente prohibidos y se sancionan con fuerte multas económicas e incluso penas de prisión.
- El Estado de Nueva York, en este lugar se sancionan los contratos de subrogación comercial por contravenir el orden

público, pero se admiten los contratos de subrogación altruista, aunque sin poder exigir judicialmente su cumplimiento.

## **1.1.2. En América**

### **1.1.2.1. Chile:**

El investigador chileno Cristóbal Antonio Santander en su tesis para optar el título de abogado cuyo título es : El contrato de maternidad subrogada o de alquiler : ¿ Ejercicio legítimo del derecho de procrear o atentado a la dignidad ? ( 2012), nos hace una descripción y análisis de este contrato con un contrato tradicional, donde la causa y objeto jurídico es el vientre materno que se arrienda a cambio de una prestación monetaria o bien gratuitamente. Este país hermano carece de una Ley especial que regule las técnicas de reproducción asistida, sólo existen proyectos de ley sobre este tema de estudio.

### **1.1.3. En Perú**

En nuestro país, según la entrevista realizada por el diario “El Comercio” (miércoles 21 de noviembre del 2018, pág. 36) al fundador de la clínica de fertilidad asistida y ginecología **Concebir, Dr. Luis Noriega** quien afirma que tiene 30 años trabajando en esa área de la reproducción asistida, con más de 30 mil procedimientos de este tipo realizados y 12 mil niños nacidos gracias a ello.

Este mismo diario con fecha jueves 20 de setiembre del 2018, pág. 15, en la investigación en su contra por el Ministerio Público, sobre los esposos de nacionalidad chilena que fueron detenidos por un supuesto delito dijo este galeno “la mujer que prestó su útero no es madre de los mellizos”

## **1.2.Problemas**

### **1.2.1. Problema general**

¿Es lícita la gestación subrogada en Perú?

### **1.2.2. Problemas específicos**

- ¿La gestación subrogada origina algún peligro para la mujer embarazada?
- ¿Existen en nuestro país clínicas especializadas sobre las técnicas de gestación subrogada?

## **1.3.Objetivos**

### **1.3.1. Objetivo general**

Determinar si es lícita la gestación subrogada en Perú

### **1.3.2. Objetivos específicos**

- Investigar los peligros que origina la gestación subrogada
- Identificar las clínicas especializadas de gestación subrogada en nuestro país

## **1.4.Hipótesis**

### **1.4.1. Hipótesis general**

La gestación subrogada si es lícita en nuestro país

### **1.4.2. Hipótesis específicas**

- Si origina peligro en un porcentaje pequeño para la mujer que presta su vientre.
- Existen clínicas especializadas para el tratamiento de gestación subrogada

## **1.5. Justificación e importancia**

### **1.5.1. Justificación**

Esta investigación está sustentada por la enorme preocupación que existe sobre el tema de vientre subrogado, vientre de alquiler o también llamado madre sustituta. Existe un desconocimiento mayúsculo y temor para las pareja o esposos sobre la situación legal del recién nacido por esta técnica, que viene siendo realizada desde los años 70.

### **1.5.2. Importancia**

Consideramos que es importante este estudio pues de alguna forma nuestro pequeña investigación es el inicio de un tema tan real, sobre todo considerando el principio del interés superior del niño, el cual está protegido en la Constitución Política de 1993 y en el Código del Niño y adolescente en su título preliminar N° IX que a la letra dice Interés superior del niño y adolescente. “ En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivos, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto de sus derechos.

## **1.6. Limitaciones**

En esta investigación hemos tenidos las siguientes limitaciones:

- Limitaciones bibliográficas

En nuestro país no existen muchos libros sobre gestación subrogada, a las justas hay uno sobre este tema, escrito por el Dr. Varsi Rospigliosi

- Limitaciones de tiempo

Nos hemos dedicado a investigar 10 horas a la semana, especialmente los días sábados y domingos.

- Limitaciones de tesis

Existen sólo cuatro tesis en nuestro país. Es un tema que todavía no se toma en cuenta, el aspecto de la nueva forma de nacimiento de los niños

- Limitaciones del Poder Judicial y Ministerio Público

Estas instituciones no permiten tener acceso a los expedientes o casos sobre la maternidad subrogada, no dan facilidades para fotocopiar los casos resueltos en su despacho.

- Limitaciones por parte de los directores de las clínicas de vientre de alquiler.

Es difícil que los directores de estas clínicas den una entrevista, para dialogar sobre la investigación, simplemente dicen que no tienen tiempo y no pueden o no quieren atender.

## CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

Presentamos las siguientes tesis relacionadas a nuestro estudio.

### 2.1. Antecedentes

#### 2.1.1. Tesis internacional

- País: España
- Ciudad: Valencia
- Universidad: CEU Cardenal Herrera
- Título de la tesis: Gestación subrogada ¿técnica o forma de reproducción? conceptualización, marco jurídico y problemática en el ordenamiento jurídico español.
- Autora: Beatriz Hermida Bellot
- Tesis: Para optar el grado de Doctora
- Año: 2016

**Comentario:** Esta investigadora española ha llegado en su estudio a las siguientes conclusiones:

**Primera:** Esta tesis se encuentra dentro del área del Derecho Civil español, sin embargo también concluye que este estudio abarca o comprende no sólo el Derecho, sino que está relacionada a varias disciplinas, es decir es multidisciplinar. Pues ha revisado las siguientes áreas:

- Filosofía del derecho
- Bioética
- Derecho Internacional Público y Privado.

- Biología
- Medicina

**Segunda:** Recién a partir de los 70s se tiene interés por estudiar e investigar las TRA (técnicas de reproducción asistida). Como es natural la ciencia y tecnología van más rápido que el Derecho.

De tal manera que estas TRA, se empezaron a realizar sin existir legislación alguna. Originando situaciones difíciles de entender y solucionar. En muchas ocasiones vulneraban los derechos de las personas así como su intimidad, que es un Derecho privado.

**Tercera :** El **principio mater Semper certa est**, que tuvo vigencia desde el Derecho clásico, se ve disminuido o relegado, pues existen ya otras formas de ser madre, incluso sin tener relaciones sexuales.

### 2.1.2. Tesis nacional

- País: Perú
- Universidad: Católica Santo Toribio de Mogrovejo
- Título de la tesis: Inaplicación del principio Mater Semper Certa Est en los casos de “útero subrogado”.
- Autora: Sabina Isabel Vega Chilcón
- Facultad: Derecho
- Título: Derecho
- Año: 2017
- Ciudad: Chiclayo

**Comentario:** Esta investigadora llega a las siguientes conclusiones

**Primero:** Que el principio Mater Semper Certa Est, para nuestro contexto real y legal no tiene mayor consistencia. Este aforismo romano, tuvo mucho tiempo de vigencia pero con las TRA (técnicas de reproducción asistida). El escenario a nivel mundial ha tenido un cambio radical, actualmente este sistema no es único o exclusivo, pues ya desde los años 70s existen niños con esta clase de técnicas.

**Segundo:** En la ciudad de Lima, por los menos existen cinco centros oficiales de fertilización que utilizan las TRA, uno de ellos y el más importante es la clínica CONCEBIR, ubicado en el distrito de Miraflores, según su Director Gerente de este centro médico, dice que hasta la fecha hay por lo menos tres mil niños(as) nacidos con esta técnica.

**Tercero:** Que al utilizar estas TRA, no se debe perder la orientación de los siguientes derechos de las personas:

- Respeto a la dignidad de la persona especialmente del concebido porque es la parte más frágil.
- Debe siempre prevalecer el interés superior del Niño, que está protegido y normado en la Carta Magna y en el Código del Niño y adolescente y otras normas internacionales.
- Se debe limitar la TRA a las parejas unidas por el matrimonio.

## **2.2.Bases teóricas:**

### **Título I: Maternidad subrogada**

#### **2.2.1. Definiciones de gestación subrogada**

Según la tesis doctoral “ la determinación de la filiación en la gestación por sustitución ... ” de la investigadora Patricia Marco Vila ( 2016 : 23 ) en su estudio dice: el famoso informe Warnock sobre fertilización humana y embriología (publicada en el Reino Unido en el año 1989) definió la “maternidad subrogada” “ portadora” o de alquiler, como “ la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca. En España , esta figura goza de una amplia terminología , siendo los términos más frecuentes los de “ maternidad subrogada ” , “ gestación sustitutoria”, “maternidad de alquiler”, “ madres suplentes”, “ madres portadoras” o “ madres gestantes”.

Maternidad subrogada, según Camacho (2009:1), es la práctica mediante la cual una mujer gesta a un niño o niña por encargo de otra persona o de una pareja ante quien o quienes se compromete a entregar al recién nacido, renunciando a sus propios derechos de madre, por lo general a cambio de una suma de dinero.

Según Arámbula (2008: 45) no es correcta la denominación de maternidad subrogada en los casos en que la mujer gestante concede no sólo su vientre sino también sus óvulos.

La verdadera subrogación, presupone que el embrión es ajeno, esto es que ha sido implantado en una mujer que no ha aportado sus óvulos para la procreación.

### **2.2.2. Diversas denominaciones de la gestación por terceros.**

- a) Alquiler de vientre
- b) Alquiler de útero
- c) Arriendo de útero
- d) Arrendamiento de vientre
- e) Donación temporaria de útero
- f) Gestación por contrato
- g) Gestación por cuenta ajena
- h) Gestación por cuenta de otro
- i) Gestación de encargo
- j) Gestación subrogada
- k) Gestación por sustitución
- l) Maternidad sustituta
- m) Maternidad de sustitución
- n) Maternidad suplente
- o) Maternidad de alquiler
- p) Maternidad de encargo
- q) Madre de alquiler
- r) Maternidad subrogada
- s) Maternidad sustituida
- t) Vientre de alquiler

### **2.2.3. Características del contrato de maternidad subrogada**

Según el Derecho comparado de la legislación chilena y española este contrato tiene las siguientes características:

**1. Es un contrato bilateral que tiene las siguientes partes:**

- a) Madre comitente, que entrega el precio acordado, ambas resultan obligadas.
- b) Madre gestacional, entrega la criatura a la madre comitente.

**Las obligaciones de este contrato son las siguientes:**

- No tener relaciones sexuales sin protección con su pareja durante el periodo de inseminación; a fin de evitar confusión en el parentesco.
- Comprometerse a seguir ciertas normas de higiene y asistencia a controles médicos, cuya periodicidad determina la pareja demandante (comitente).
- Obligación de abortar al niño si aparecen anomalías en la criatura en la gestación. Y en caso de abortar por grave peligro de la vida de la madre debe devolverse el precio ya entregado.
- Renuncia a todo el Derecho al niño desde su nacimiento incluyendo el verlo, ni tocarlo.
- Consentir la adopción del niño.
- Dar a luz en el anonimato
- Renuncia por anticipado al derecho de impugnar la maternidad de la mujer que la contrató
- Es consensual : se perfecciona por el sólo consentimiento de las partes

- Principal: Pues subsiste por sí mismo, sin requerir de otra convención, se mira como innominado.

#### **Incumplimiento de las obligaciones contractuales:**

- Que la mujer gestante desee quedarse con el niño.
- Que antes del nacimiento se detecte en el niño alguna anomalía y se solicite aborto terapéutico, negándose a ello la madre gestante.
- Que ni la mujer gestante (contratada) ni quien solicitó el inicio del proceso quiere quedarse con el niño por adolecer por ejemplo de taras.
- Que como consecuencia del parto la gestante muera o contraiga una enfermedad grave.
- Si la gestante cede al hijo y ello le produce daños psicológicos de importancia
- Si el hijo reivindica su origen genético y obstétrico.
- Si la madre gestante tiene derecho a pedir unilateralmente un aborto sin consultar previamente a la pareja contratante (comitentes) en caso de contraer una enfermedad por efecto del embarazo que ponga en peligro su vida.
- ¿Qué sucede si la pareja solicitante se divorcia o muere durante el periodo de embarazo? o si la mujer portadora está casada o forma pareja estable, ¿debe contar con el consentimiento de su cónyuge o pareja antes de someterse a la subrogación de útero?
- ¿Qué lo contratado por la pareja comitente sea sólo un niño y que fruto del proceso gestacional resulten dos criaturas?

- Si la pareja solicitante (comitente) se divorcia, o bien muere uno de los miembros o los dos, durante la gestación del bebe encargado?
- El doctrinario Lacruz Verdejo identifica tres contratos distintos que son:
  - Primero: Calificado como un arrendamiento de obra o de servicio entre el facultativo, la pareja (comitentes) y la madre portadora.
  - Segundo: Calificada como atípico entre la madre gestacional y la pareja destinataria (comitentes).
  - Tercera: Como un arrendamiento de servicio, entre el médico y el centro médico donde se realizará la TRA.

El español Montes Perales dice que “es un contrato de prestación de servicios de incubación en útero ajeno, señala además que la maternidad corresponde a la madre que alumbró o madre gestante.

Enrique Pascucci, opina sobre la maternidad subrogada, con interés lucrativo: plantea serias objeciones, al señalar que, cuyo fundamento con otras prácticas en la que interviene el aprovechamiento comercial del organismo humano, o alguna de sus partes.

En suma el interrogante, que podemos plantear aquí sería el siguiente: ¿es éticamente admisible que una o varias personas lucren mediante un supuesto de maternidad subrogada?

Parece que la respuesta más razonable y coherente con la concepción accidental de la dignidad humana es la negativa.

Podemos advertir que el contrato de maternidad subrogada, en su variante comercial, es el que atenta la dignidad e integridad humana, excluyendo de dicha vulneración el acuerdo de carácter altruista.

#### 2.2.4. Casuística sobre maternidad subrogada

**Primer caso:** Italia, a una joven de 20 años se le implanta un embrión formado por fecundación In Vitro con el óvulo de su madre y con el espermatozoide del compañero de la madre.

Una vez nacida la criatura, la hija portadora se la entrega a su madre, quien lo había encargado.

**Segundo caso: Caso “Baby M” (Estados Unidos).**

Un matrimonio a través del “Infertility center for New York” contrataron con una mujer casada un contrato de maternidad subrogada, por la gestación en útero ajeno. Fruto de esta gestión nació una niña, la cual no quiso ser entregada por la madre subrogada, que había sido inseminada con espermatozoide del marido de la pareja comitente

**Tercer caso:** En Estados Unidos, se acordó un contrato de maternidad subrogada ,entre una pareja estadounidense y una británica llamada Helen Beasley, a la cual se le implantó un óvulo fecundado con el espermatozoide del varón de la pareja acordando pagarle a Helen \$ 19.000 dólares.

En el mismo contrato se contempló una cláusula donde se estipuló una reducción selectiva en caso de producirse un embarazo múltiple.

La madre subrogada quedó embarazada de gemelos, comunicándoles a la pareja comitente que ante esta situación solicitó que esta se deshiciera de uno de los fetos al final de

la décima tercera semana, amenazando con no pagar, sus obligaciones comerciales si ello se incumplió.

Finalmente, Helen la madre subrogada decide dar a luz a ambos y no entregar a la pareja comitente

#### **2.2.5. Técnicas de reproducción humana asistida**

Continuando con la opinión de Varsi Rospigliosi (2013: 394-410), quien considera que una de las investigaciones más integrales sobre técnicas de reproducción humana asistida, es de Rosario Rodríguez - Cadilla Ponce, y a la cual toma como guía esta parte de su libro. En estos tiempos la esterilidad es una problemática de salud de lo más normal. Está referido a la pareja, no al individuo. Las investigaciones actuales estudian el origen de este mal en conjunto, no de manera unitaria.

Más que una enfermedad, la esterilidad es un síntoma de una condición general subyacente, o propiamente una enfermedad endocrina o genital, que afecta el funcionamiento adecuado del sistema reproductivo.

Se considera que entre 10% y 15% de las parejas en edad reproductiva sufren de esterilidad primaria (no han concebido nunca, pero es posible que lo hagan); de esterilidad secundaria (han concebido antes), o de esterilidad absoluta (sin posibilidad de concebir).

De este porcentaje, el 60% pueden concebir por medio de un tratamiento adecuado. Una pareja se debe someter a un examen de esterilidad si después de practicar el coito regularmente por un año no logra que se produzca el embarazo.

El marco cronológico de un año se basa en las estadísticas que expresan el porcentaje de embarazos logrados por las parejas que no usan

anticonceptivos. Los datos obtenidos para demostrar ello son los siguientes: 25% logran el embarazo en el primer mes; 60% en 6 meses, 75% en 9 meses; 80% en un año, y 90 % en 18 meses.

### 2.2.6. Clases de esterilidad

#### CLASES DE ESTERILIDAD



La concepción natural *in vivo*, por ciclo mensual en parejas normales en edad reproductiva que tienen relaciones sexuales de manera regular sin usar anticonceptivos, es de 60%, aproximadamente. De esas concepciones, 50% abortan espontáneamente, antes del reconocimiento clínico de embarazo o entre las 6 y 20 semanas de gestación.

La otra mitad prosiguen como embarazos viables después de las 20 semanas. Es decir, de cada 100 óvulos expuestos a fertilización en parejas fértiles sólo 30 tienen éxito.

Refiriéndose a la concepción *in vitro*, la tasa de embarazos probables es 10% cuando se transfiere un solo embrión, 15% cuando se transfieren dos embriones y 19% cuando se transfieren tres embriones. Esas cifras representan tasas promedios y varían considerablemente entre la diferentes centros, dependiendo de la experiencia y de los criterios de selección de los pacientes.

Otras estadísticas han ratificado que si transfieren tres embriones simultáneamente existe una probabilidad del 40% de que prosiga el

embarazo; si se transfieren dos, el 28%; y si se transfiere uno, el 12%. Aproximadamente, el 5% de los nacimientos vivos exhiben algún defecto congénito, que es una deficiencia en el desarrollo morfológico o funcional de uno o varios tejidos y órganos.

Las causas de estos defectos son múltiples y se atribuyen a factores genéticos y no genéticos. La característica común de todos ellos es que está determinado casualmente antes del nacimiento. En el caso del origen genético, el defecto está presente en el momento de la concepción. Las anomalías cromosómicas consisten en el exceso o la deficiencia de este material. Se estima que entre el 10% y 15% de las concepciones sufren alguna anomalía cromosómica, que en su mayor parte se eliminan en forma natural, siendo responsable del 50% de los abortos espontáneos. El pequeño número de fetos con anomalías cromosómicas, que llega a término, constituyen el 0,5% de los nacimientos vivos.

Los niños afectados exhiben generalmente retardo mental e impedimentos físicos, siendo el síndrome de Dow el más frecuente.

Estos problemas esbozados, la esterilidad y la procreación de descendencias con Taras, ha determinado la utilización cada vez mayor de las determinadas técnicas de reproducción asistida, las que tienen en nuestro medio un grado de utilización y conocimiento bastante difundido. Así tenemos que el 86% de las personas encuestadas conocen lo que es una inseminación artificial o una fecundación *in vitro*, mientras que sólo un 14% declaró no tener conocimiento al respecto.

El 21% se informó o relacionó con el tema por medio de libros, revistas médicas o conferencias; el 38.1% por periódicos, radio o noticias de casos

reales; el 19.5% por alguna película y/o novela de cine o televisión; el 7.9% por algún caso cercano de familiares o amigos, y solamente el 12.4% nunca ha recibido información. Por otra parte, el 60.5% declara estar de acuerdo con que a una mujer con problemas para quedar embarazada puede facilitársele artificialmente el encuentro de su óvulo con el espermatozoide de su esposo; el 28% no está de acuerdo con esta ayuda ; y el 11.5% no sabe si aceptar o no la inseminación artificial homóloga. Respecto a la inseminación o fecundación heteróloga, el 34.5% está de acuerdo en que si el marido es estéril se le fecunde a su mujer con el semen de un tercero o donante; el 39.5% no lo acepta; y el 26% no tiene una respuesta definida.

En relación a si se debe permitir la inseminación de una mujer con el semen de su marido muerto que se conserva guardado en un Banco de Semen, el 35% considera que sí; el 46% que no; y el 19% no sabía.

En cuanto al tema de la maternidad sustituta, el 34.5% conviene en que una mujer que se encuentra imposibilitada de soportar el embarazo o el parto implante su embrión en el útero de otra mujer; el 38% considera que no debe aceptarse esta posibilidad; y el 27.5% no sabe si opinar a favor o en contra de esta situación.

### **2.2.7. Modalidades de maternidad subrogada**

Siguiendo los pasos de la investigadora Patricia Marco Vila, decimos, que en la práctica se dan diferentes modalidades de maternidad subrogada, dependiendo del criterio con el que se desea clasificar, la más elemental contempla los siguientes aspectos básicos que son cuatro:

En **primer lugar**, puede producirse el hecho de que los titulares del material genético coincidan en su totalidad con los miembros de la pareja que desea

tener un hijo, aportando de esta forma tanto el semen como el óvulo. En estos casos se produce una fecundación *in vitro homóloga* (“inseminación homóloga equivale al hecho de que la mujer es fecundada con el semen de sus marido o conviviente”), por la cual, una vez creado *in vitro* el cigoto, se implantará en el útero de la que será la mujer gestante, la cual la llevará el embarazo y el parto/ cesárea. En este supuesto, encontramos dos maternidades, por un lado de la madre gestante y por el otro la de la madre genética, que en este caso coincidirá con la comitente y la jurídica, pues la gestante renunciará a la filiación después del parto.

En **segundo lugar** es posible que sólo uno de los futuros progenitores pueda aportar el material genético, bien por la imposibilidad del otro (infertilidad), bien porque nos encontremos ante un supuesto de pareja (o matrimonio) homosexual. En este caso se produce lo que la ley califica como fecundación heteróloga (“en la denominada inseminación artificial heteróloga el material seminal, como es obvio, no procede del varón de la pareja, sino de un tercero, a través de los centros autorizados que la propia ley regula”). En estos casos se recurre a la donación del material genético, bien del óvulo o del semen, siendo dicho material de un tercero al que la ley le exige el anonimato. En este caso de que el material donado sea el óvulo, nos encontramos ante tres maternidades, la gestante, la comitente y la genética; mientras que si el material donado es el semen del varón, se produciría un supuesto de doble maternidad y de doble paternidad, existiendo paternidad genética y comitente.

En **tercer lugar**, es posible que se produzca una situación parecida a la anterior pero en ambos progenitores, es decir, ninguno de ambos aporta

material genético. Se recurre a la donación de dicho material y a la madre gestante para que aporte su útero, produciéndose un supuesto de triple maternidad y doble paternidad.

En **cuarto lugar**, nos encontramos ante el caso en que la madre comitente no aporta su material genético, pero no se recurre a un tercero para la donación del óvulo, sino que es la propia madre gestante la que, además de aportar el útero para llevar a cabo la gestación, aporta su óvulo. En este caso, maternidad gestante y genética coinciden en una única mujer.

### 2.3. Definición conceptual

- Eutelegenesia ( vocablo de radicales griegas ) significa engendramiento selecto a distancia
- Fecundación: Es el inicio del ciclo vital del ser humano. Esta no se limita a un acto, sino que es resultado de todo un proceso biológico a partir del cual se inicia un desarrollo constante en la que cada fase de la vida humana creada conduce sin solución de continuidad a la siguiente (Teoría de la continuidad del desarrollo).
- Genética : Es la ciencia encargada de estudiar la herencia biológica, es decir, la transmisibilidad de los caracteres morfológicos y fisiológicos de generación en generación
- Ingeniería genética: Ciencia que se dirige al estudio, trabajo y modificación del material genético (ADN) en los organismos vivos. Su finalidad es mejorar las condiciones de vida y las funciones biogenéticas del hombre.
- Inseminación artificial( IA)
- Penectogénesis : fertilización en un tubo de ensayo
- Técnicas de reproducción asistida( TRA)

## **CAPÍTULO III: METODOLOGÍA**

### **3.1.Paradigma**

Cualitativo

### **3.2.Método**

Jurídico- fáctica- Trialista: documental, axiológico, comparativo

### **3.3.Alcance**

Exploratorio –descriptivo

### **3.4.Tipo**

Aplicada – Estudio de caso

### **3.5.Unidad de análisis o de investigación**

Ley del Ministerio de Salud N° 26842 – art. 7.

### **3.6.Investigación**

No interactiva- Análisis de conceptos- Fenomenológica-

### **3.7.Técnicas e instrumentos**

#### **3.7.1. Técnicas**

- Observación
- Recojo de datos
- Lectura de tesis
- Lectura de libros jurídicos- bibliografía
- Lectura de libros de metodología jurídica
- Videos
- Hemerográficas
- De la descripción
- Cuaderno de bitácora

- Técnica fotográfica
- Fenomenológica
- Interpretativa
- De aplicación de las normas jurídicas generales a casos concretos
- Técnica de análisis

### **3.7.2. Instrumentos**

- El (la) investigador (a)
- Representación visual
- Análisis histórico
- Hoja de control
- Análisis documental
- Fichas
- Análisis de contenido

## CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS

### 4.1. Conclusiones

**Primera: Según este estudio podemos afirmar que es un acto jurídico.**

Pues tiene todos los elementos del art. 140 de nuestro Código Civil de 1984 que dice textualmente:

“El acto jurídico es la manifestación de la voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1. Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley.
2. Objeto física y jurídicamente posible.
3. Fin lícito
4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad

**Segunda: Es un contrato.**

Si podemos observar y apreciar detenidamente según el art. 1351° de nuestro Código Civil de 1984 define el contrato de la siguiente manera:

El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Podemos decir que es un contrato innominado que se regula por el acuerdo de voluntad de las partes. En este caso los esposos, y la mujer que prestó o subrogó su vientre con esta finalidad. De procrear para una pareja de esposos

**Tercera: Principio del interés superior del niño**

Pues afecta este principio que además de estar reconocido en el art. 4 de nuestra Constitución Política de 1993.

El Código de los Niños y adolescentes en su Título preliminar Art. IX dice:

En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto de sus derechos

**Cuarto: Vientre de alquiler es legal en Perú.**

Según el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional , con fecha 21 de febrero del 2017, declaró en su sentencia la legalidad del “ alquiler de vientre ” como una TRA ( técnica de reproducción asistida), en la demanda civil iniciada por los señores esposos Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau ; los esposos Fausto César Lázaro Salecio y Evelin Betzabé Rojas Urco; y los menores de iniciales L.N.N.R. y C.D.N.R., representados por Francisco Nieves Reyes y Evelin Betzabé Rojas Urco, contra la RENIEC.

## 4.2.Sugerencias

### Seguidamente opinamos de la siguiente forma:

**Primera:** Consideramos que la persona tiene los siguientes Derechos:

- Derecho y libertad a la autonomía personal y
- Derecho a la vida privada
- Derecho a la salud sexual y reproductiva
- Derecho al desarrollo personal

**Segunda:** Creemos que las TRA deben ser subvencionadas por el Estado, pues existen muchas parejas que por diversos motivos no pueden tener hijos y se sienten deprimidos.

**Tercera:** Que se debe modifica el art. 7 , de la Ley General de Salud. Estamos de acuerdo con el proyecto presentado al Congreso para modificar este artículo y debe quedar así:

**Art. 7. Uso de técnicas de reproducción humana médicamente asistida.**

Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción medicamente asistida acreditadas científicamente.

Para la aplicación de dichas técnicas, se requiere el consentimiento previo, expreso o formato de los cónyuges o convivientes progenitores y de ser el caso, de la gestante por subrogación.

Puede efectuarse la revocación de voluntad, según sea el caso, hasta antes de la inseminación intrauterina o la fecundación in vitro. En el caso de la gestación subrogada, la revocación puede darse antes de la transferencia embrionaria.

## REFERENCIAS

- Alberruche Diaz, Mercedes (1998). *La clonación y selección de sexo,¿ Derecho genético ?*. Centro Universitario Ramón Carnade, Dikynsin, Madrid.
- Andorno , Roberto ( 1998). *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid, Tecnos.
- Andorno, Roberto (1993). *El Derecho europeo ante las nuevas técnicas de reproducción humana: ¿primacía de la técnica o primacía de la persona?*, en persona y derecho, Suplemento Humana Iura de derechos humanos, Navarra. Universidad de Navarra, N° 3.
- Arévalo Jorge (1998). *Determinación de paternidad por la prueba de ADN”*, en *directorio de clínicas y servicios afines*, Lima, Ed. Acrópolis.
- Barajas Ochoa, Rosa (1997). *El proyecto genoma humano. Un reto para la ciencia, pero un dilema para la humanidad*. Sociológica, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Año 12, N° 35, setiembre noviembre.
- Bergel , Salvador ( 1998). *Derechos humanos y genética: Los principios fundamentales de la Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos*. Revista jurídica. Universidad de Deusto. N° 7, julio-diciembre.
- Fernández Sessarego, Carlos (2001). *Derecho de las personas*, 8va edición, Lima, Grijley.
- Fernández Sessarego, Carlos (1990). *Tratamiento jurídico del concebido. Nuevas tendencias en el derecho de las personas*. Lima, Universidad de Lima.
- Mantovani, Ferrando (1994). *Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados, sistemas de control y técnicas de tutela*. Revista de Derecho y genoma humano.
- Rubio Correa, Marcial (1996). *Las reglas del amor en probetas de laboratorio*. Editorial Grijley, Perú.