

**UNIVERSIDAD PERUANA DE LAS AMÉRICAS**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN**



**ASPECTO JURÍDICOS DEL VIENTRE DE  
ALQUILER, PERÚ, 2019**

**INVESTIGADOR RESPONSABLE:**

- Luis CONCEPCIÓN PASTOR
- Angélica CARBONELL PAREDES

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:** Derecho penal, civil y corporativo.

**SUB LÍNEA :** Contractual y extracontractual

**LIMA, PERÚ**

**DICIEMBRE, 2019**

||

“ Y dijo Saray a Abram : Ya que Yavé me ha hecho esteril ,  
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

## ÍNDICE

### Carátula

### Pensamiento de la Biblia

1. Lexicógrado temático
2. Diversas denominaciones del vientre de alquiler
3. Opiniones diversas acerca del vientre de alquiler
4. Casos emblemáticos sobre el vientre de alquiler
5. Normativa de Chile y España sobre vientre subrogado :
6. Bioética
7. Principales características de la bioética
8. Bioética : Vinculación con otras áreas del conocimiento
9. Principios de la bioética
10. Declaración de principios bioéticos
11. Derecho genético
12. Diversas denominaciones que se le atribuye al Derecho Genético
13. Técnicas de reproducción humana asistida
14. La práctica reproductiva
15. Antecedentes históricos de las técnicas de reproducción
16. Clasificación de las teras
17. Principio Mater Semper Certa Est
18. Países en donde es nulo el contrato , o se prohíbe el acuerdo de gestación por sustitución ( ilegal)
19. Paises donde se permite la gestación por sustitución o “maternidad subrogada”

20. Breve historia de la gestación por subrogación
21. Personas famosas que han utilizado las TRA
22. Maternidad Subrogada : Aspecto importante para parejas infértiles y homosexuales
23. Entrevista al director de la Clínica CONCEBIR ( Diario “ El Comercio”).
24. Entrevista realizada al especialista en maternidad subrogada Dr. Luis Noriega Hoces  
 , por el Diario “ El Comercio”, jueves 20 de setiembre del 2018- pág 18.
25. PERÚ : Derechos reproductivos
26. El método de maternidad subrogada : Opiniones diversas de especialistas
27. Maternidad subrogada en la Antigüedad
28. Gestación subrogada , según el número y género de los sujetos
29. La gestación subrogada y la relación con las ciencias
- 30.** Este ensayo utiliza los siguientes métodos de investigación :
31. APOTEGMA JURÍDICO. “ MATER SEMPER CERTA EST” ( La madre  
 siempre se sabe quien es) .
32. Procesos de la fecundación in vitro
33. Legislación comparada:Análisis de Vientre subrogado en otros países
34. Realidad Peruana sobre Vientre de Alquiler

## **RESUMEN**

Los autores pretenden analizar a las partes del posible contrato innominado, VIENTRE DE ALQUILER, con la precisión y legitimidad correspondientes, dentro del marco legal nacional e internacional; elementalmente, porque una de las partes es la mujer a la cual se le ha venido negando el lugar de equidad legítimo que le corresponde,

El tema es connotante; pero nuevo en nuestro país, no hay un trato específico en el ordenamiento jurídico; aunque la naturaleza del área temática es demandante en la práctica, por lo que consideramos urge régimen al respecto.

Por lo que nos permitimos analizar el problema; desde algunas definiciones, caracterizaciones, técnicas pertinentes y teorías varias, las cuales ofrecemos, como el ABC, en la materia para los señores (as) que desean profundizar dicho contexto. Por la importancia de los subtemas inmersos en el asunto: la madre (mujer) el recién nacido, el padre, y los demás sujetos intervinientes en el contrato. Por lo que insistimos, requiere legalizar vía una determinada norma. Por nuestra parte lo dejamos ahí por muchos elementos.

Por el respeto a los derechos fundamentales que son de naturaleza indubitable esperamos, los que nos siguen hagan lo propio.

Palabras clave: Vientre de alquiler, Gestación subrogada, bioderecho, Iusgenética

## **ABSTRACT**

The authors intend to analyze the parties of the possible unnamed contract, VIENTRE DE ALQUILER, with the corresponding accuracy and legitimacy, within the national and international legal framework; Elementally, because one of the parties is the woman who has been denied the rightful place of legitimate equity,

The subject is connotating; But new in our country, there is no specific treatment in the legal system; although the nature of the thematic area is demanding in practice, which is why we consider urgent regime in this regard.

So we allow ourselves to analyze the problem; from some definitions, characterizations, pertinent techniques and various theories, which we offer, such as ABC, in the matter for the gentlemen who wish to deepen this context. Because of the importance of the subthemes immersed in the matter: the mother (woman) the newborn, the father, and the other subjects involved in the contract. As we insist, it requires legalization via a certain rule. For our part we leave it there for many elements.

For the respect to the fundamental rights that are indubitable in nature, we hope that those who follow us do the same.

Keywords: Belly for rent, Surrogacy, bio-law, Iusgenetics

## 1. Lexicógrafo temático

Revisando el tema de nuestro interés, encontramos que en el conocimiento al respecto, existe un gran número de términos que en la gramática se llaman sinónimos, como tal algunos son absolutos y otros relativos y que serán usados conforme avancemos en este estudio. Por tanto ;

Proponemos los siguientes términos para mejor entender este tema de investigación, pues es multidisciplinario .

1. Bioderecho
2. Bioética
3. Biología
4. Bioquímica
5. Biotecnología
6. Biología molecular
7. Clonación
8. Derecho genético
9. Derecho genómico
10. Embrión
11. Euteleogenesis ( vocablo de radicales griegas ) significa engendramiento selecto a distancia
12. 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).
13. Fecundación in vitro( FIV)
14. Gametos
15. Genética : Es la ciencia encargada de estudiar la herencia biológica, es decir, la transmisibilidad de los caracteres morfológicos y fisiológicos de generación en generación

16. Genética humana
17. Genoma humano
18. 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.
19. Inseminación artificial( IA) Es un proceso que consiste en depositar los espermatozoides dentro del aparato genital femenino , sin que exista coito sexual.
20. Madre comitente: Es la que aporta los óvulos , cuando se trata de la maternidad subrogada parcial o gestacional.
21. Medicina predictiva
22. Penectogénesis : fertilización en un tubo de ensayo
23. Procreación asistida
24. Técnicas de reproducción asistida( TRA)

## **2. Diversas denominaciones del vientre de alquiler**

En la investigación realizada hemos encontrado, que para los efectos existe variedad de términos para denominar al tema vientre de alquiler, aquí les presentamos los primeros sinónimos que ayudaron a precisar nuestro tema interés:

1. Alquiler de vientre
2. Alquiler de útero
3. Arriendo de útero
4. Arrendamiento de vientre
5. Donación temporaria de útero
6. Gestación por contrato
7. Gestación por cuenta ajena
8. Gestación por cuenta de otro
10. Gestación de encargo
11. Gestación subrogada
12. Gestación por sustitución
13. .Madre portadora
14. Maternidad sustituta



15. Maternidad de sustitución
16. Maternidad suplente
17. Maternidad de alquiler
18. Maternidad de encargo
19. Madre de alquiler
20. Maternidad subrogada
21. Maternidad sustituida
22. Vientre de alquiler

### **3. Opiniones diversas acerca del vientre de alquiler:**

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 su 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

Nosotros hacemos nuestra la denominación de; maternidad de gestación subrogada: Primero porque sí, en verdad se trata de una gestación que da origen a una maternidad sustituta biológicamente, siendo la principal la madre denominada comitente para los asuntos del contrato jurídico de subrogación.

### **4. Casos emblemáticos sobre el vientre de alquiler**

A manera de dejar cierto y conocido el tema les presentamos algunos caso que consideramos que aclarará la investigación:

**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

**Cuarto caso :** En la India, existe un mercado conocido vulgarmente como “ granja de mujeres”, donde la mercantilización de esta práctica ha llevado a la elección del bebé perfecto, a través de catálogos.

Nuestro interés apunta proponer la inclusión de la maternidad subrogada en la normativa jurídica civil de nuestro país.

Por lo que caracterizamos dicho documento acogiéndonos a la doctrina y jurisprudencia que ya existe en otras partes del mundo.

#### **5. Normativa de Chile y España sobre vientre subrogado:**

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:

1. No tener relaciones sexuales sin protección con su pareja durante el periodo de inseminación; a fin de evitar confusión en el parentesco.
2. Comprometerse a seguir ciertas normas de higiene y asistencia a contrales médicos, cuya periodicidad determina la pareja demandante (comitente).
3. 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.
4. Renuncia a todo el Derecho al niño desde su nacimiento incluyendo el verlo, ni tocarlo.
5. Consentir la adopción del niño.
6. Dar a luz en el anonimato
7. Renuncia por anticipado al derecho de impugnar la maternidad de la mujer que la contrató
8. Es consensual : se perfecciona por el sólo consentimiento de las partes
9. Principal: Pues subsiste por sí mismo, sin requerir de otra convención, se mira como innominado.

Incumplimiento de las obligaciones contractuales:

- a) Que la mujer gestante desee quedarse con el niño.
- b) Que antes del nacimiento se detecte en el niño alguna anormalidad y se solicite aborto terapéutico, negándose a ello la madre gestante.

- c) Que ni la mujer gestante (contratada) ni quien solicitó el inicio del proceso quiere quedarse con el niño por adolecer por ejemplo de taras.
- d) Que como consecuencia del parto la gestante muera o contraiga una enfermedad grave.
- e) Si la gestante cede al hijo y ello le produce daños psicológicos de importancia
- f) Si el hijo reivindica su origen genético y obstétrico.
- g) 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.
- h) ¿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?
- i) ¿Qué lo contratado por la pareja comitente sea sólo un niño y que fruto del proceso gestacional resulten dos criaturas?
- j) Si la pareja solicitante (comitente) se divorcia, o bien mueren uno de los miembros o los dos , durante la gestación del bebe encargado?

El doctrinario La cruz Verdejo identifica tres contratos distintos que son:

- a) Primero: Calificado como un arrendamiento de obra o de servicio entre el facultativo, la pareja (comitentes) y la madre portadora.
- b) Segundo: Calificada como atípico entre la madre gestacional y la pareja destinataria (comitentes) .
- c) Tercera: Como un arrendamiento de servicio, entre el médico y el centro médico donde se realizará la Tras.

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 y :

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.

## 6.. **Bioética**

Definición según el diccionario de la RAE, palabra compuesta de dos sílabas:

Bio , cuyo significado “ vida” .Etica, que es una parte de la filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del hombre.

Este vocablo fue propuesto el año de 1970 por el norteamericano investigador, científico y especialista en enfermedad terminal (cancer) Dr. Van Rensselaer Potter.

Es un área sui generis de la ciencia de los valores ( ética) y la cual junta o une el aspecto y estudio de la biología y los deberes de los profesionales. Las nuevos aportes tecnológicos originan aspectos impensables en todos los aspectos de la humanidad en general.

Justamente esta nueva ciencia que va cumplir 50 años desde su origen, tiene como finalidad limitar las situaciones que ponen en peligro a la personas en los referentes a los diversos valores e integridad de los seres humanos.

La bioética es una área especial investigativa, que está muy unida a las ciencias médicas, biología y el medio ambiente. Por lo que se preocupa de la vida, deberes y valores del ser humano.

Destacados especialistas hablan del término bioderecho, indicando que pertenece al área de las Ciencias Jurídicas, encargada de estudiar los aspectos singulares de protección del bien supremo del ser humano que es la vida por parte de los acontecimientos realizados por los médicos.

Podemos afirmar sin lugar a dudas que la bioética está muy relacionada a la ciencia axiológica o ciencia de los valores. Elio Sgrechia (2009: 213) nos dice sobre la ética:

“ es la parte de la filosofía moral que considera la licitud o ilicitud de las intervenciones sobre la vida del hombre y, de modo particular, de las intervenciones en relación con la práctica y el desarrollo de las ciencias médicas y biológicas”

### **7.Principales características de la bioética:**

Según Varsi Rospligiosi (2013: 55-57), la bioética como disciplina filosófica, se ubica dentro del campo de la ética normativa práctica que estudia la utilización de una teoría ética y métodos de análisis para examinar un problema moral concreto, prácticas diversas, políticas públicas, etc.

#### **Entre las principales características se encuentran:**

- Es una disciplina teórica, aunque eminentemente práctica;
- Se sustenta en los Derechos Humanos y derechos de la persona;
- Nace en un ambiente biocientífico para proteger la vida y su ambiente;
- Es un esfuerzo interdisciplinario en el que participan médicos, sociólogos, teólogos, psicólogos y abogados, entre otros. Esta novedad metodológica de la interdisciplinariedad es la que destaca el profesor Romeo Casabona, quien

además señala que en torno a determinado conflicto no se trata sólo de sumar múltiples perspectivas, sino de lograr la integración de las mismas, a fin de obtener nuevos enfoques y respuestas que puedan ser aplicados al caso en concreto;

- Comprende los problemas relacionados con los valores que surgen en las profesiones de la salud en general;
- Está orientada a proteger al ser humano íntegramente ( física, legal y socialmente);
- No se limita al campo humano , sino que abarca cuestiones relativas a la vida de los animales ( maltrato y experimentación) y de las plantas( medio ambiente), ofreciéndole una protección como elementos biológicos, Es decir protege a los seres vivos en general;
- Busca la armonía con la naturaleza promoviendo el desarrollo sustentable, el cuidado del medio ambiente;
- Traza líneas para guiar el correcto actuar científico;
- Aborda cuestiones de orden social ( salud pública) , no se limita al campo estrictamente individual;
- Busca establecer límites sociales a la ciencia y tecnología;
- Tiende a evitar la audacia científica en contra de la vida; y
- Busca conciliar el imperativo de la libertad de la investigación con la primacía de la protección de la persona y la salvaguarda de la humanidad.

Como refería Noelle Lenoir, la “ bioética nos invita en este sentido a ser buenos, honrados y generosos, cualesquiera que sean los intereses económicos y de poder de la competición científica y, por ello, sólo puede ser universal , como ética de la responsabilidad y la solidaridad ”

## **8. Bioética : Vinculación con otras áreas del conocimiento**

La bioética tiene como elemento principal que su área de investigación está relacionada con diferentes ciencias, estudios o especialidades :

### **Biológicas :**

- Medicina

- Genética
- Biotecnología
- Ingeniería genética
- Biología molecular

**Sociales :**

- Derecho
- Antropología
- Sociología
- Psicología
- Filosofía médica, etc.

**9.Principios de la bioética**

Los principios que orientan la protección de la vida y el fomento de los métodos de salud se basan o fundamentos en los siguientes aspectos :

**A. Principio de respeto por las personas ( principio de autonomía).**

El hombre por su esencia y estado natural no puede ser objeto para la ciencia. La libertad de las investigaciones no deben atenuar contra la individualidad del mismo, esto sobre la base de la defensa de los derechos fundamentales de la persona , o de todo ser humano, derecho a la vida, a la integridad física , los derechos de la familia y del hijo.

Dentro de este principio se incluyen los casos de información y el consentimiento que debe permitirse al paciente. De allí que sea conocido en la doctrina también como el principio de autonomía , que consiste en tratar a las personas respetando su libertad y autodeterminación .

**B. Principio de beneficencia**

Todo procedimiento o medida médica aplicada al ser humano debe basarse en la utilidad, beneficio y solidaridad de sus resultados. Es decir, los fines que se busca con las intervenciones médicas son positivas y de orden terapéutico. Todo acto que tienda a perjudicar la vida debe ser evitado.

**C. Principio de justicia**

No debe establecerse discriminación alguna en la aplicación y ejecución de los tratamientos médicos. Todos los seres humanos tienen igual derecho a ser



asistidos clínicamente y de acuerdo a las necesidades y urgencias que requiera su salud. La igualdad en el tratamiento científico es fundamental.

#### **D. Principio de solidaridad**

La entrega, ayuda y trato similar es la base de este principio. La bioética sienta su base en este principio partiendo del hecho que toda persona tiene derecho a un servicio de salud, pero a la vez ésta merece tener un respeto y un cuidado personal.

#### **10. Declaración de principios bioéticos**

Existen Declaraciones de Pactos Internacionales sobre la bioética, los cuales tienen asidero básicamente en los siguientes aspectos que se debe tener siempre presente :

- El embrión es un ser humano y posee todos los derechos necesarios para su Protección.
- La ciencia y la técnica no se fundamentarán en procedimientos atentatorios contra la dignidad del ser humano.
- El matrimonio y la familia son la esencia de la trasmisión y desarrollo de la vida.
- Se prohíbe la manipulación genética.
- La recolección, tratamiento, utilización y conservación de los datos genéticos humanos deben ser compatibles con el derecho internacional relativo a los Derechos Humanos.
- La libertad de investigación científica debe desarrollarse respetando la dignidad humana, los Derechos Humanos y las libertades fundamentales.
- Se debe respetar la autonomía, así como el consentimiento libre e informado de la persona, frente a una intervención médica preventiva, diagnóstica o terapéutica.
- Se deben tener en cuenta las repercusiones de las ciencias de la vida en las generaciones futuras.

A estos aspectos de la bioética se debe agregar dos propuestas del investigador Martínez Doral que también se reconocen :

- Por muy deseables o convenientes que aparezcan determinadas conductas , si hay imperativos éticos que la prohíben, no deben ser realizadas.
- Por muy penosos o exigentes que aparezcan determinados comportamientos , es preciso realizarlos cuando así lo prescribe un deber ético.

### **Epílogo sobre la bioética**

La bioética que vela por la vida, identidad, integridad y salud de los seres vivientes, trata de frenar a través de normas y principios el vertiginoso desarrollo de la sociedad tecnológica. En otro aspecto , porque los progresos científicos y tecnológicos no vayan en contra de los habitantes del mundo, para que no sean ofensiva , no sean destructivas, sino al contrario sea un aporte permanente para la paz, y la mejora continua de las personas y de toda la humanidad.

## **11.Derecho genético**

Cuestiones previas :

### **Genética**

Es la ciencia encargada de estudiar la herencia biológica, es decir la trasmisibilidad de los caracteres morfológicos y fisiológicos de generación en generación

### **Ingeniería genética**

Es aquella 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.

La genética y la ingeniería genética tienen por objeto o finalidad estudiar al ser humano y a la vida.

### **Derecho genético :**

Podemos afirmar que es la disciplina que se encarga de estudiar el material genético (ADN) de las personas , para mejorar las condiciones de vida y las funciones biogenéticas del hombre.El Derecho Genético como estudio es nuevo. En sus primeros años solamente se aplicaba a las personas, en lo relacionado a su

identidad para relacionarlo con su paternidad. Posteriormente amplió su campo de trabajo a las TRA ( técnicas de reproducción asistida) .

## **12.Diversas denominaciones que se le atribuye al Derecho Genético**

El término derecho genético es usado de diferentes formas como las siguientes :

- Bioderecho
- Biojurídica
- Biolegislación
- Derecho de la genética
- Derecho de las biotecnologías
- Derecho y Genoma Humano
- Derecho genómico
- Derecho médico
- Derecho tecnológico
- Derecho genético y procreático
- Iusgenética
- Biotecnología jurídica
- Derecho biológico

## **13. 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 endocrinia o genital, que afecta el funcionamiento adecuado del sistema reproductivo.

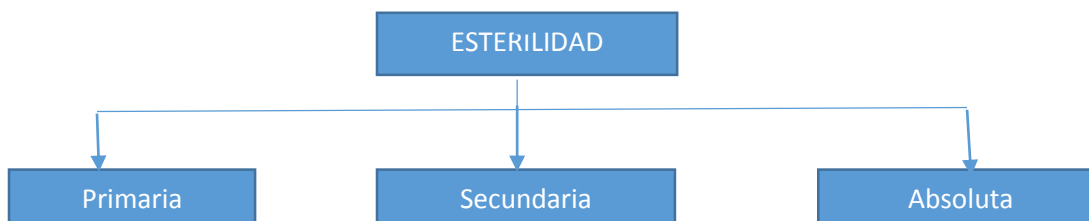
Se considera que entre 10% y 15% de las parejas en edad reproductiva sufren de esterilidad primaria ( no han concebido nunca, pero es posible que lo hagan) ; de esterilidad secundaria ( han concebido antes) , o de esterilidad absoluta ( sin posibilidad de concebir).

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.



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 Down 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 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.

#### **14. La práctica reproductiva**

Las técnicas de reproducción asistida son aquellos métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia .En ningún caso, podemos decir que representan una terapia puesto que nada curan , solamente palian a los efectos de la esterilidad.

De esta manera , se dice que las TERAS son métodos supletorios , no alternativos. Supletorios . Supletorios pues buscan superar una deficiencia biológica o síquica 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) .

No es alternativo, pue siendo la finalidad directa la procreación , ésta no puede estar supeditada a la mera voluntad de la persona.

#### **15. Antecedentes históricos de las técnicas de reproducción**

Las TRAs , técnicas de reproducción asistida tienen una historia muy grande por ser el método más antiguo para combatir la esterilidad.

Las culturas de Babilonia y Arabia hallaron en las plantas (vegetales) el método de reproducción sin cópula, ya que lograron polinizar artificialmente palmeras para conseguir mayor producción de dátiles.

En la Antigua Grecia y en el Imperio romano, se realizó esta técnica con animales.

En el siglo VI, los árabes utilizaban rudimentariamente, pero casi de manera constante, la inseminación artificial en animales. En el siglo XII (Edad Media), un médico árabe practicaba en sus pacientes con problemas de fertilidad el baño en una tina que contenía agua con esperma.

Posteriormente y con fechas más exactas, tenemos que en 1322 un jeque árabe, utilizando una esponja, fecundó a su yegua con semen extraído de un caballo; alrededor de los años 1424 y 1474 el médico Arnaud de Villeneuve inseminó artificialmente a doña Juana de Portugal, segunda esposa de Enrique VI de Castilla (El Impotente); 1776 se estudian las consecuencias de la congelación de espermatozoides; 1780 se insemina a una hembra de la especie canina; 1799 se reporta el primer embarazo por inseminación artificial; 1890 se logra la primera fecundación in vitro del ovocito de una coneja y la correspondiente transferencia del embrión; 1930 se logra la activación artificial del óvulo de una coneja y el primer parto de un conejo vivo sin padre.

En 1937 un editorial anónimo de una prestigiosa revista sugirió la posibilidad de fecundar extracorpóreamente material genético humano; 1994 se fecunda un óvulo humano en probeta, pero rápidamente muere; 1949 descubren que la glicerina puede ser usada para congelar el esperma; es en 1950 cuando se produce el verdadero impulso en el campo de la reproducción asistida, al lograrse congelar semen de bovino y luego inseminarlo con éxito; 1951 se transfiere exitosamente el embrión



de una vaca a otra ; 1952 nace el primer becerro producto de semen congelado, en ese mismo año se clonan cédulas de renacuajo, 1953 se usa semen congelado en una inseminación humana, así también se logra que un embrión congelado *in vitro* sobreviva hasta el estado de mórula; 1959 vive el primer conejo fruto de la fertilización *in vitro*. En 1970 embriones de ratones son clonados; 1971 se mantiene vivo un embrión humano durante 60 días en un tubo de ensayo , lo que fue condenado por la Iglesia ; 1972 sobreviven crías de ratones de embriones congelados ; 1973 nace el primer becerro de embrión congelado; 1975 se logra la multiplicación por clones con conejos; 1978 nace la primera bebé probeta, *Louise Brown*, Gran Bretaña; 1979 embriones de oveja son clonados ; 1980 el embrión de una res es clonado; 1981 nace la segunda bebe probeta, *Amandine* , Austria y, a finales de año se logra obtener ratones transgénicos ( que llevaban en el ovocito fecundado un gen introducido artificialmente como transnucleados ( derivados de ovocito con núcleo sustituido) , 1983 nace el primer bebé de un embrión congelado , *Zoe* ( en griego “ regalo de vida”), Australia; 1985 nacen los primeros cuádruples producto de las técnicas de reproducción , 1985 madre subrogada se niega a entregar al hijo que gestó ( *Baby M*) ; 1993 clonan embriones humanos ; en 1995 se desarrolla la ingeniería de tejido e implante de órganos artificiales; en este mismo año se desarrolla el método ICSI de fecundación asistida ; en 1996 se discute mundialmente la destrucción de embriones congelados; en 1997 se clona ( autorreproduce) a una oveja, *Dolly* ; en enero del 2000 , científicos estadounidenses logran clonar un mono llamado *Tetra* que procede de la fragmentación de un embrión en cuatro partes , 2001 nace *Thor*, el primer “ bebé de águila” del mundo, fruto de una inseminación artificial con espermatozoides congelados ; en este año también nació en

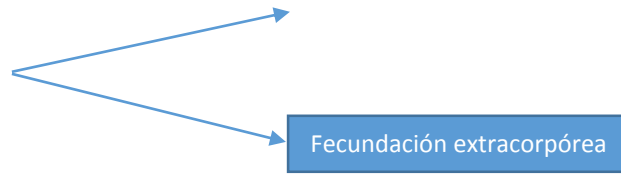
California-EEUU-el primer ballenato ( hijo de ballena) mediante inseminación artificial , y usando esta misma técnica en España se logra que una mujer quede embarazada de su marido parapléjico, en tanto que en Japón una mujer da a luz un bebé luego de ser inseminada artificialmente con “ espermatozoides saneados” de un portador de VIH, sin que la madre y el niño se contagien con el virus, 2002 en Australia una yegua da a luz un burro cuyo embrión se formó como resultado de una inseminación artificial ; 2003 en Bélgica nace el primer bebé de Europa cuyo sexo fue elegido por los padres , luego de que estos se sometieran a técnicas de fecundación artificial ; 2004 en Gran Bretaña se marca un hito en la inseminación artificial al nacer un bebe procreado por una pareja usando espermatozoides producidos hace veintiun años y conservados en nitrógeno líquido desde entonces, el padre había congelado su espermatozoides cuando tenía diecisiete años antes de que entrara en tratamiento contra un cáncer testicular ; 2005 Adriana Iliescu, una mujer romana de sesenta y siete años de edad , da a luz una niña luego de someterse a un tratamiento de fertilidad durante nueve años de ser inseminada artificialmente ; este mismo año en España nacen la primera cabra montés y la primera gacela concebidas por inseminación artificial con espermatozoides congelados ; 2006 nace el primer niño en España con una nueva técnica de reproducción asistida llamada maduración de ovocitos “ in vitro”.

## 16. Clasificación de las teras

Siguiendo a Varsi Rospligiosi ( 2013: 404-430) explica que las TERAS se clasifican en inseminación artificial (IA) y fecundación extracorpórea (FEC)

T  
E  
R  
A  
S

Inseminación artificial



### **Inseminación artificial**

Tiene como fin esencial la procreación, pues el semen se inocula, 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.

### **Fecundación extracorpórea :**

Busca la **unión del espermatozoide y óvulo en una probeta** y tiene entre sus objetivos ( además) **la investigación humana científica** ( decir de *Soto Lamadrid* , la investigación humana científica es aquella que se realiza a través de la **manipulación o la intervención directa**, existiendo una diferenciación en los términos manipulación genética en sentido estricto : intervenciones sobre cargas genéticas y la manipulación de gamentos y embriones : basadas en la reproducción)

Esta técnica si implica procesos de alta tecnología médica, sobre todo considerando sus innumerables observaciones.

Los avances biotecnológicos permiten que estas técnicas puedan realizarse estando en vida la pareja o el cedente, o después de producida la muerte, pues la crioconservación de gametos y el embrión permiten la transferencia en cualquier momento. Se pone como ejemplo el caso de una inseminación de una viuda , negada por un tribunal británico : “ Un tribunal de Londres ha denegado a una mujer la opción de tener un niño de su marido fallecido. Elizabeth Butler –Sloss, presidenta de la División de Familia del Tribunal Supremo , concedió la facultad de destruir el esperma congelado a la clínica de fertilidad, pero debería conservarlo hasta que la mujer tenga la oportunidad de apelar .

“No puedo dejar que influya en mí la simpatía que todos tenemos por la vida y su profundo deseo de tener un hijo de su último marido”, explicó. La juez afirmó que el marido rechazó en vida que su esperma se conservara y utilizara después de su fallecimiento.

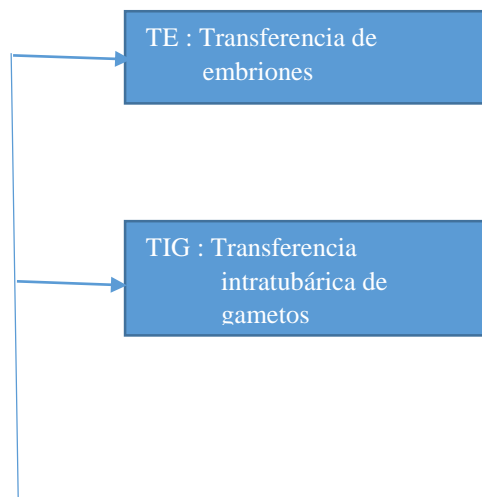
El marido se hizo una vasectomía, pero cuando se casó por segunda vez en 1993, pidió restablecer su estado anterior, que no consiguió. Con motivo de una operación realizada en el 2000 logró obtener esperma, pero el tratamiento de indemnización su mujer fue infructuoso.

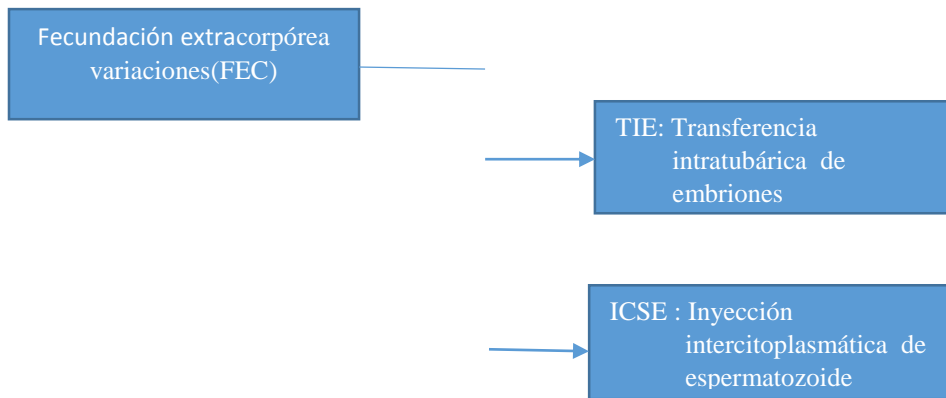
Antes de poderlo intentar de nuevo, el marido falleció. Este es un caso similar al de Briton Diane Blood, quien hace tres años dio a luz un niño concebido con el esperma de su marido fallecido.

La mujer ganó su recurso ante la Corte de Apelación del Reino Unido en 1997, con el argumento de que, según la normativa europea, podía llevar el esperma del marido a Bélgica para someterse a un tratamiento de FIV. El asunto, no exento de polémica fue analizado por Catherine Labrusse- Rio, profesora de Derecho Privado de la Universidad de París, en el VII Congreso Nacional de Derecho Sanitario.

La sentencia calificó el esperma de accerio imprescindible para ejecutar la libertad de prestaciones para ejecutar la libertad de prestación de servicios profesionales, en este caso los de inseminación artificial.

La experta se preguntó si “ los gametos eran elementos del cuerpo humano inseparables de la persona sin su consentimiento o mercancía al servicio de deseo de la persona ( ver Diario Médico del 24-X-2000).





1. **Transferencia de embriones ( TE)** , es el método por el cual se coloca el cigoto directamente en la pared uterina ;
2. **Transferencia intratubárica de gametos ( TIG)**, que consiste en colocar los gametos masculinos y el femenino en la trompa de Falopio, es decir , en su lugar natural a qfin que sea allí donde se realice la concepción.
3. **La transferencia intratubárica de embriones (TIE)** que es una combinación de la TE y la TIG , en la que se practica la fecundación *in vitro* , pero el embrión se transfiere directamente a la trompa de Falopio, no al útero, permitiendo un crecimiento y una anidación más natural.
4. **Inyección intercitoplasmática de espermatozoide (ICSE)** , es una técnica que busca la fecundación del óvulo sólo con un espermatozoide. En este procedimiento se selecciona, prepara e introduce sólo un espermatozoide ( predeterminado) en el óvulo, lográndose una fecundación total y absolutamente dirigida.

### Formas utilizadas

Tanto la IA como la FEC pueden ser interconyugal, con material genético( óvulo y semen) del cónyuge o conviviente; supraconyugal, con materila del tercero o cedente ; o mixta , realizada con la mezcla de componentes genéticos de dos o más varones.

### **FEC: Interconyugal.**

La fecundación interconyugal, llamada también homóloga, 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 paternidad al producto de la concepción.

### **La gestación por sustitución : terminología y conceptos fundamentales**

Según la Dra. Patricia Marco Vila (española) en su tesis doctoral de la Universidad de Valencia titulada “ La determinación de la filiación en la gestación por sustitución. Principios éticos , bienes jurídicos y doctrina jurisprudencial ( 2016 : 22-28 ) afirma :

Que la **gestación por sustitución** “consiste en que una mujer presta su cuerpo para llevar a cabo la gestación y el nacimiento de un nuevo ser, en beneficio de otra mujer o pareja y , después del nacimiento renuncia a la filiación materna y entrega el recién nacido a la madre comitente”.

El famoso informe Warnock sobre fertilización humana y embriología( publicado en el Reino Unido en el año 1989) definió de la siguiente forma :

**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 nasca.

En España , esta figura goza de una amplia terminología, siendo los vocablos empleados más comúnmente los de :

- Maternidad subrogada
- Gestación sustitutoria
- Maternidad de alquiler
- Madres suplente
- Madres portadoras

- Madres gestantes

Así pues nos encontramos ante la posibilidad de que llegue a haber hasta tres mujeres comprometidas en la procreación de un niño y su nacimiento :

1. La que toma la decisión de convertirse en madre, es decir , la mujer que “ orquesta” la situación y da pie a que se produzca el contrato de subrogación de la maternidad;
2. La madre genética, aquella que aporta el material genético , el óvulo ;
3. Finalmente aquella que lleva a cabo la gestación y el parto, la cual pone en riesgo su vida e integridad física al servicio de otros ( normalmente) por una contraprestación de carácter económico o patrimonial.

Es habitual que dos de estas funciones recaigan en la misma mujer, de esta forma es habitual que aquella que presta su cuerpo para la gestación ofrezca también su material genético ante la infertilidad de la comitente ( la mujer que lleva a cabo la gestión para convertirse en madre ). Igualmente se dan casos en que la comitente aporta su material genético pero es otra mujer la que llevará a cabo la gestación y el parto, por diferentes razones. La práctica puede realizarse con distintas combinaciones : la comitente ( mujer que contrata) puede aportar a esta gestación su material genético o no hacerlo, en cuyo caso la persona que aporte dicho material genético será la gestante o, incluso , una tercera mujer ( normalmente se recurre a un familiar de la comitente).

Según Leosengui (1998 : 323) comenta que en la doctrina se suelen distinguir dos modalidades dentro de la maternidad subrogada :

1. La “madre gestante” (madre de alquiler) cede no sólo su útero, sino también sus óvulos . El bebé resultante tiene vinculación genética con ella.

2. La “ madre gestante” no aporta el óvulo, sino que la transfiere un embrión que ella se encarga de gestar. El bebé resultante no tiene vinculación genética con ella.

De esta forma encontramos que el fenómeno de la subrogación da pie a que se produzca una diversidad terminológica y una triple posibilidad en cuanto a la atribución jurídica de la maternidad.

- **Maternidad por gestación** : gozaría de la condición de madre la mujer que geste en su útero y dé a luz al bebé.
- **Maternidad genética** : tendría la condición de madre la mujer que preste el contenido genético ( el óvulo).
- **Maternidad biológica** : sería aquella que abarcara las dos anteriores condiciones.

Sin embargo la práctica es más compleja y pueden llegar a darse muchas modalidades de maternidad subrogada, dependiendo del criterio con el decidamos clasificarla .

**La más elemental contempla cuatro modalidades básicas :**

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 su 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 llevará a cabo el embarazo y el parto(cesárea . En este supuesto encontramos dos maternidades, por un lado la 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 solo uno de los progenitores pueda aportar el material genético , bien por imposibilidad del otro ( infertilidad) , bien porque nos encontremos ante un supuesto de pareja ( o matrimonio) homosexual ( “ 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 según lo dicho por Bellver Capella ( 2004: 24-27) .

En estos casos se recurre a la donación del material genético , bien de óvulo o de semen, siendo dicho material de un tercero al que la ley le exige el anonimato.

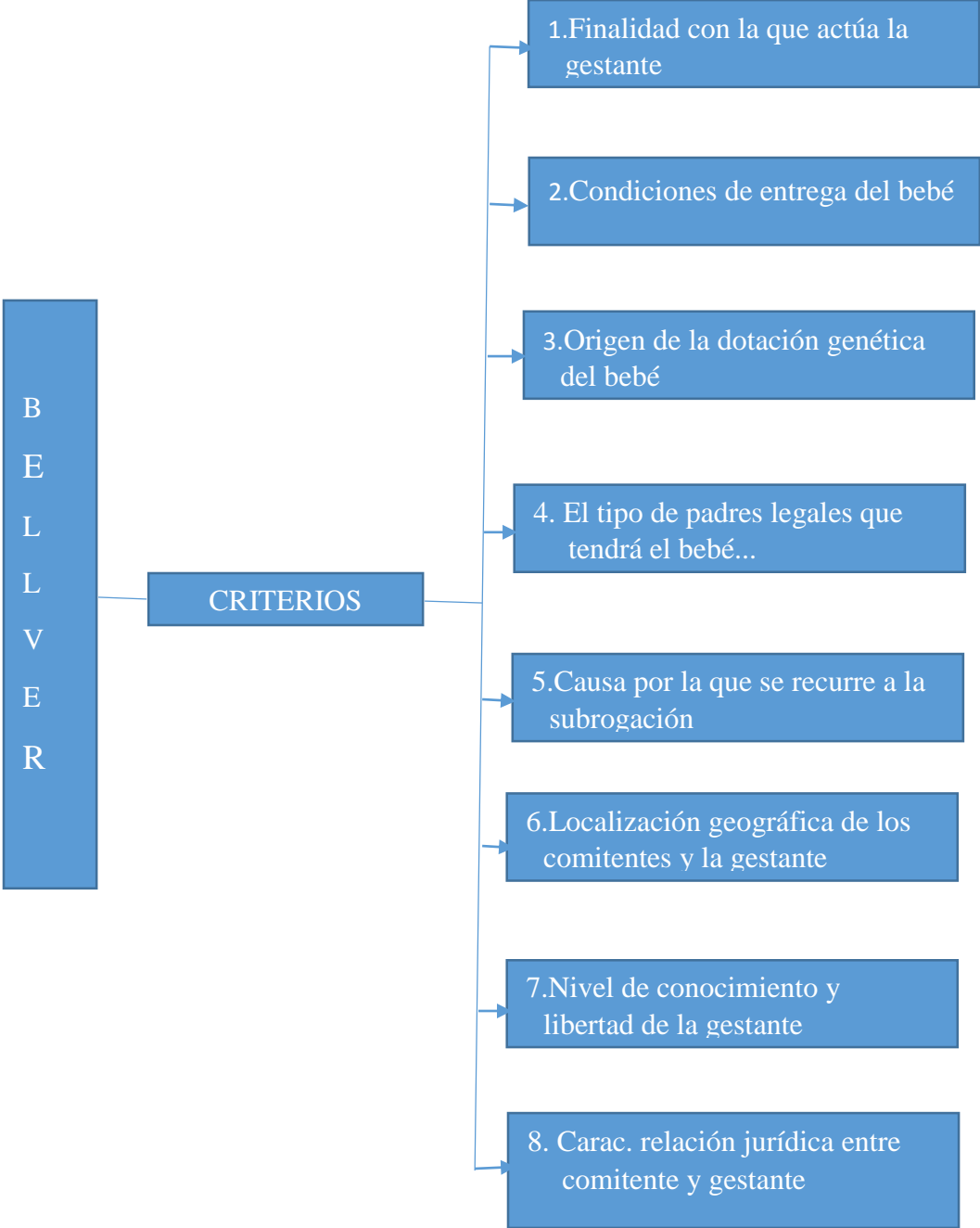
En caso de que el material donado sea el óvulo. Nos encontramos entre tres maternidades, la gestante, la comitente y la genética ; mientras que si el material donado es el semen del varón, se produciría un supuesto de doble maternidad y de doble paternidad, existiendo paternidad genética y comitente.

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** , finalmente 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.

Bellver ha realizado una clasificación mucho más prolija y completa , basado en los siguientes criterios



## **Aspectos particulares de cada una de ellas :**

### **1. Finalidad con la que actúa la gestante:**

Puede ser altruista o lucrativa. En el caso altruista, la mujer no percibe retribución por su servicio, sino únicamente compensación por los gastos o la pérdida de ingresos que le ocasione la gestación. Normalmente en esos casos suele haber una relación previa (familiar o de amistad) entre la gestante y los comitentes. En la finalidad lucrativa, la gestante presta un servicio a cambio de una retribución.

### **2. Las condiciones de entrega del bebé :**

Se puede acordar que la gestante tiene libertad, en los días siguientes al parto, para decidir si finalmente entrega al bebé que ha parido a los comitentes o se le queda ella. Pero también se puede establecer que el niño sea entregado en todo caso a los comitentes tras el parto.

### **3. El origen de la dotación genética del bebé :**

El óvulo puede proceder de la madre gestacional, de la comitente o de una tercera, que lo haya donado o que lo haya vendido. El espermatozoides, a su vez, puede proceder del comitente o de un tercero, en las mismas condiciones que el óvulo (donación o compraventa).

Las combinaciones posibles son seis. Así el hijo puede tener como “padres genéticos” : al varón y a la mujer comitentes de la gestación subrogada ; al comitente y a la mujer gestante; al comitente y a una donante del óvulo; a un donante de espermatozoides y a la comitente ; a un donante de espermatozoides y a la mujer gestante; y a un donante de espermatozoides y a una donante de óvulo.

Cada una de estas combinaciones estará motivada por unas razones particulares y repercutirá de manera distinta en el hijo en función, sobre todo, de que se establezca o no el anonimato sobre los donantes de gametos. Obviamente en el momento en que se pueden crear y utilizar gametos artificiales para la reproducción se incrementarán las combinaciones posibles de la carga genética de los bebés obtenidos mediante maternidad subrogada.

**4. El tipo de padre legales que tendrá el bebé resultante de la maternidad subrogada:**

Puede ser un pareja heterosexual , una pareja homosexual de varones o mujeres, una mujer o un varón solo, más de dos personas en modalidades diversas ( poligámica o poliamorosa, incluso una persona jurídica.

**5. La causa por la que se recurre a la subrogación:**

Puede ser una razón médica, como la incapacidad de una mujer para gestar; una imposibilidad biológica, cuando la pareja carece de útero ( fundamentalmente pareja de varones ) o rd un varón sólo que desea ser padre ; o una razón profesional, social o personal ( por ejemplo cuando la mujer no quiere gestar por los inconvenientes que tendría para su vida profesional, o porque tiene miedo o disgusto por la gestación).

**6. La localización geográfica de los comitentes y la gestante.**

Pueden ser del mismo país, e incluso estar próximos y tener un contacto continuado, o ser de países distintos , de modo que la gestante lleva a término su embarazo y da a luz en un país distinto al de los comitente.

En estos casos, cabe presumir que no existía relación previa entre ambas partes y que tampoco se mantendrá una vez que se haya producido la entrega del bebé.

**7. El nivel de conocimiento y la libertad de la gestante :**

Aunque se suele dar pro supuesto que la gestante es una mujer que consiente con plena libertad y conocimiento a la realización de ese servicio, es una ingenuidad pensar que siempre es así.

Más bien hay que aceptar que circunstancias de todo tipo, entre las que indudablemente ocupan un lugar preeminente las escasas garantías jurídicas que pueden rodear a la subrogación , determinan el nivel de conocimiento y libertad de la gestante.

**8. Las características de la relación jurídica entre comitente y gestante**

También aquí encontramos muy diversas variables. Puede existir un contrato escrito que prevea minuciosamente las principales eventualidades que puedan suceder o uno que sólo contemple las exigencias generales. Por lo general, la relación entre gestante y comitente se llevará a cabo mediando un agente, que

bien pueda ser una empresa que ofrece el servicio reproductivo completo a los comitentes, un mediador que pone en contacto a los comitentes con la gestante o incluso una agencia pública que lleva a cabo o vela por el buen desarrollo de todo el proceso. se ha llegado a proponer que sean mujeres profesionalmente dedicadas a esta tarea, y bajo la supervisión del Estado, quienes se encarguen en exclusiva de prestar este servicio.

### **17. Principio Mater Semper Certa Est**

Para analizar este apotegma jurídico, sin lugar a dudas debemos estudiar la historia de Roma, que es la cuna y origen del derecho y tratar de comprender como se entendía este aspecto de investigación.

Debemos entender que este análisis sobre el principio Mater Semper Certa Est, se le atribuye al pretor ( juez) Paulus.

Sin lugar a dudas el término maternidad en el siglo XXI, tiene una connotación muy diferente que en épocas pasadas.

La maternidad según la RAE : una madre es aquella “ mujer o animal hembra que ha parido a otro ser de su misma especie ”. Somos de la opinión particular que ese concepto en la actualidad debe ser mejorado.

Silvia Tubert ( 1996: 7) afirma que :

“ La maternidad es un conjunto de fenómenos de una gran complejidad que no podría ser abarcado por una única disciplina : la reproducción de los cuerpos es un hecho biológico que se localiza, efectivamente, en el cuerpo de la mujer pero, en tanto que se trata de la generación de un nuevo ser humano, no es puramente biológico sino que integra otras dimensiones ”

Podemos decir que este término **Mater Semper Certa Est** se traduciría como “**Madre es la mujer que da a luz o alumbra un niño o niña**”.

Los jurisconsultos romanos vieron, analizaron y resolvieron muchos problemas legales en la cual estaba involucrada la fémina o mujer, pero jamás se preocuparon en conceptualarla.

Existía una total diferencia entre un varón y una dama, y esto se especificaba en los aspectos jurídicos. Sencillamente no tenía participación alguna la mujer en ningún aspecto.

#### **18. Países en donde es nulo el contrato , o se prohíbe el acuerdo de gestación por sustitución ( ilegal)**

La mayoría de investigadores e investigadoras de este tema tan polémico, están de acuerdo que el término debe ser sin lugar a dudas “ gestación por sustitución” por ser mas precisa y correcta con la realidad actual , ya que la gestante no quiere ser madre , y sustitución porque está gestando para otros.

##### **1. Francia**

En Francia el derecho de los franceses la prohibición en forma definitiva fue el año de 1994, al consider en el artíc 16-9 del Código Civil Francés que a la letra dice :

“ Todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo ”.

Debiendo tener en cuenta de acuerdo a este artículo 16-9 del mismo cuerpo legal que tal nulidad es de orden público.

Hay que tener presente así mismo que en el derecho francés , la prohibición civil se acompaña una tipificación penal , que castiga como atentado a la filiación tanto la incitación al abandono del niño y el hecho de intermediar entre los interesados, como la simulación o engaño que cause infracción a la filiación de aquel.

Y ello sin perjuicio de la imposibilidad civil de establecer la filiación en relación con los padres de intención.

## **2. Alemania**

La magister Isabel Vega Chilcon en su tesis de maestría ( 2017: 27 )

relacionada a nuestra investigación dice :

La legislación alemana prohíbe expresamente la “ maternidad subrogada” , con la sanción de la Ley de Protección del Embrión N° 745/90 , que en su articulado sanciona la utilización abusiva de las técnicas de reproducción asistida señalando :

### **Art. 1.- Utilización abusiva de las técnicas de reproducción.**

Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien : 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra, 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en en l amujer de quien proviene el óvulo; 3) Procediera a transferir a una mujer más de tres embriones en un mismo ciclo ; 4) Procediera a fecundar por transferencia de gametos intratubaria ( GIFT) más de tres óvulos en un mismo ciclo; 5) Procediera a fecundar más óvulos de los que pueda transferirse a una mujer en un mismo ciclo ; 6) Retirara un embrión de una mujer antes de su implantación en su útero,

con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizando con un fin distinto al de su protección; 7) Practicara una fecundación artificial o transfiriera un embrión humano a una mujer dispuesta a abandonarlo en forma definitiva a terceros luego de su nacimiento. ”

Observamos que esta norma sanciona principalmente a los profesionales de la salud que quieran realizar estos aspectos de transferencia de los embriones.

El Congreso Médico Alemán estableció que la maternidad subrogada debería rechazarse por los peligros que entraña para el menor, debido a que podría estimular la comercialización de la fertilización in vitro y de la transferencia de embriones

3. Suiza

4. Italia

5. España , art. 10 de la Ley 14/2006 del 26 de mayo sobre técnicas de Reproducción Humana Asistida .

Artículo 10. Gestación por sustitución

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinado por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico , conforme a las reglas generales

Sin embargo , de manera automática los niños y niñas nacidos por las TERAS , o maternidad subrogada son inscritos en el registro respectivo. Es decir hay una paradoja, por una parte es ilegal esta práctica para España, pero los recién nacidos son protegidos y son inscritos, por el principio del derecho superior del niño.



Según Igareda González en su investigación titulada : la inmutabilidad del principio “ Mater sempre certa est” y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España dice : Aún así parte de la doctrina considera que no era necesaria la prohibición expresa por parte de la ley y que su ilicitud deriva del propio Código Civil ( español) : el contrato sería nulo por ilicitud de su causa y por razón de su objeto, ya que la capacidad de gestar al igual que el cuerpo humano son indisponibles. Intransferibles y personalísimos, y en consecuencia la persona humana no puede ser objeto de comercio o transacción ( artículos 1.271 y 1.285 CC español).

Además las normas vigentes sobre filiación y estado civil son imperativas y de orden público, por lo que son indisponibles, de forma que ningún contrato podría modificarlas.

Sin embargo, esta prohibición está siendo cuestionada socialmente por el número importante de parejas españolas que viajan a otros países donde esta práctica si que es legal para poder concebir un hijo/a biológico , con relación genética de los dos o uno de los progenitores cuando existe una imposibilidad de gestar ese hijo/a ( porque la mujer no puede por razones médicas , o porque se trata de un matrimonio homosexual de dos hombres) .

Tal fenómeno ha causado incluso problemas jurídicos importantes sobre la posterior inscripción en el registro Civil de estos hijos/as, cuestión sobre la que los iusprivatistas se han pronunciado de manera extensa.

También está siendo puesta en tela de juicio por ciertos movimientos sociales que intentan presionar para provocar un cambio legislativo que legalice esta práctica en España, sobre todo por parte de grupos de gays que tienen en la gestación por

sustitución la única posibilidad de concebir un hijo/a con lazos genéticos de uno de los padres.

La primera ley española va a coincidir con la polémica producida en Estados Unidos del caso Baby m. que influye profundamente en la prohibición de la gestación por sustitución.

La opción de reproducirse mediante la gestación por sustitución se percibe como consecuencia de este caso como una posible fuente de numerosos conflictos. Los medios de comunicación retrataron en aquel momento con hostilidad a la mujer gestante, se creó un estado de alarma social frente a la gestión por sustitución, seguido de las feministas, los grupos religiosos , y los grupos pro-vida .

La gestación por sustitución sigue siendo un tema muy controvertido, y es en parte porque los medios de comunicación suelen hacer eco tan sólo de los casos más polémicos en los que las cosas han ido mal.

En cambio es un método cada vez más utilizado por parejas homosexuales y también heterosexuales , y sólo recientemente ha recibido una cobertura mediática más positiva a través de personas famosas que han accedido a la gestación por Sustitución.

## **19. Países donde se permite la gestación por sustitución o “maternidad subrogada”**

### **1. Brasil**

### **2. Reyno Unido**

#### **Teorías sobre el presupuesto determinante de la maternidad**

Según Sabina Vega Chichón ( 2017:67-71) en su tesis titulada “ Inaplicación del principio mater semper certa est , ”para optar el título de abogada, dice que existen tres teorías sobre el presupuesto determinante de la maternidad y son :

## **A) Teoría de la preferencia de la gestante**

Tradicionalmente la maternidad era determinada por el hecho del parto, sobre la cual se sustenta la presunción de la maternidad desde las mismas instituciones jurídicas romanas y en muchas jurisdicciones madre es quien da a luz.

Para esta postura, la maternidad se define por la gestación y se determina por el parto. TRABUCCI afirma que tratándose de la maternidad, la determinación de la misma se efectúa mediante la comprobación del hecho del parto al margen de cualquier otro factor de tipo sociológico, puesto que, a diferencia de lo que sucede en la paternidad, el elemento natural en la maternidad tiene tal importancia que hace pasar a un segundo plano cualquier investigación sobre otros aspectos.

De ahí, que el autor reformule el concepto de responsabilidad utilizado para justificar la separación de la paternidad del dato de la descendencia biológica. Por tanto, la maternidad es una figura que no se contemplaba posible de ser desdoblada, ya que en este caso el elemento responsabilidad está estrechamente unida a la veracidad que se muestra como fundamento suficiente para determinar la posesión de la madre.

En ese sentido, la responsabilidad por esta relación vital frente a la sociedad y al nacido, debe ser enteramente asumida por la mujer que da luz, sin que pueda tener valor alguno de los acuerdos celebrados con otras personas.

De lo expresado, se concluye estableciendo los diversos papeles que asume el elemento de responsabilidad en las relaciones parentales mientras que la madre es por la fuerza de la naturaleza misma, puesto que al padre se le reconoce en virtud de una construcción social.

## **B) Teoría de la contribución genética**

Un sector de la doctrina considera que en el caso que la gestante solo aporte la gestación, la maternidad jurídica se deberá atribuir a la mujer que aportó el gameto. Es así que los partidarios de esta postura admiten que se podría impugnar la maternidad por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo sobre la base de la realidad genética, en cuyo caso la madre sería quien aportó el óvulo ( en este sentido TRABUCCHI afirma que la mujer gestante desempeña el papel de una primera causa eficiente *ad intrínseco* en la vida del nacido. De manera que para negar la maternidad de la mujer que da luz, se debería demostrar una causa negativa para excluir la relevancia social que sobre la humanidad del nacido tiene la mujer que lo ha traído al mundo, esto es, la labor de la mujer gestante no es una labor para otros, sino que está destinada a la formación y desarrollo del propio hijo ).

Complementando lo mencionado, PANTALEÓN, enfatiza en el elemento genético porque a su juicio es, sin duda alguna, el que define la identidad de la persona, aunque reconoce la importancia de la íntima relación existente entre la madre gestante y el feto durante los nueve meses de gestación.

De acuerdo con esta corriente, el verdadero signo de la maternidad viene constituido por la transmisión del patrimonio genético, que solo la fecundación y no la gestación puede ofrecer.

Aparece entonces, a favor de la madre genética, el argumento de la realidad biológica porque el niño tendrá sus rasgos genéticos; y a favor de la portadora aparece el proceso de gestación, el mismo que produce un vínculo intenso e

íntimo entre la mujer gestante y la criatura que crece en sus entrañas y el acto inigualado del alumbramiento.

### **C) Teoría de la intención**

En la actualidad existe una nueva corriente jurídica , acerca de la determinación de la maternidad en los casos de los menores nacidos mediante la técnica de “, que útero subrogado” que afirma lo siguiente

“ la existencia del principio de la procreación libre y responsable y de la voluntad a la procreación como acto dual del varón y la mujer jurídicamente relevante, constituye un criterio válido para designar a la madre...se debe determinar la maternidad de la mujer sin cuya acción conjuntamente con la de su compañero , no se hubiese efectuado el proceso biológico que da origen a un nuevo ser humano, Así, en los supuestos de ( útero subrogado) se deberá reconocer como madre a la mujer que colaboró con el nacimiento es decir quien desea ser madre legal”

Complementando la idea, el Doctor Alarcón Rojas , en cuanto a la determinación de la maternidad propiamente dicha, precisa que :

“ la determinación de que la mujer a quien se le atribuye la calidad jurídica de la madre es la misma que ha generado a partir de un hecho ostensible : el parto; dicho de otra manera, el alumbramiento hace evidente que una mujer ha generado un ser humano y en consecuencia ese mismo hecho impone que ella ostente la calidad jurídica de madre. Establecida así esta calidad , surge entre la madre y el hijo una recíproca relación jurídica que se conoce como filiación ”

De manera que esta teoría doctrinaria define la posibilidad de una maternidad social, es decir, que el presupuesto del hecho del parto sea sustituido por el de la libertad y responsabilidad de la procreación de los cónyuges , siendo este el criterio más favorable a los intereses del menor en los casos de útero subrogado. En consecuencia, la

maternidad deberá corresponder a la mujer que tuvo la voluntad procreacional, que originó el nuevo ser humano y desee tener la calidad de madre legal.

Agregamos a lo ya esbozado, que un sector de la doctrina sostiene que las normas civiles exigen la concurrencia del dato biológico-genético y del elemento voluntario por lo que la maternidad deberá determinar a favor de la mujer que ha contribuido mediante su aporte genético y que, además, hubiese manifestado su voluntad de asumir el papel legal de madre.

En consecuencia, se propone que si existe controversia en la determinación de dicha maternidad, el legislador podrá apartarse del principio romano y fundamenta la precisión de la maternidad basándose en la identidad genética o vínculo genético, que recae en el principio de la verdad biológica, el mismo que significa que “ cada sujeto podrá figurar como padre o como hijo de quien verdaderamente lo sea, bajo este principio se busca una adecuada y veraz identidad entre los seres humanos, asistiéndole un derecho reconocido : derecho a conocer su verdadera identidad.

Así pues, el derecho a una verdadera filiación se condice con el derecho a la identidad, que demandan la existencia de normas jurídicas que no obstaculicen que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es hijo, en otras palabras, es de suma importancia el conocimiento del origen biológico dentro de los aspectos de la identidad personal y es lo que se debe preservar en el derecho teniendo como aspiración todo ser humano : conocer quienes lo han engendrado.

Se puede agregar que en nuestro país, la determinación de la maternidad queda establecida por el hecho del parto y la identidad del hijo(a), sin embargo, no puede

ser exigible la coincidencia de ambos supuestos cuando se pretenda obtener la filiación de los niños(as) nacidos bajo la ténica de “ útero subrogado”, siendo importante en estos casos la aplicación de estos dos supuestos : la voluntad procreacional y la identidad genética ampara en el principio de la verdad biológica, como únicos supuestos válidos para determinar adecuada maternidad.

### **Algunas situaciones de la “ gestación por sustitución ”.**

Caso A : Óvulo de la madre comitente y el semen del padre

Caso B : Óvulo de la gestante y semen del padre comitente

Caso C : Óvulo y semen de donantes anónimos diferentes a la gestante y a los padres comitentes.

Lógicamente las consecuencias legales de cada modalidad son diferentes , sobre todo en relación de las reglas de filiación donde prima la verdad genética, y se permite la reclamación de la paternidad biológica.

## **20. Breve historia de la gestación por subrogación**

[https://surrogacy.ru/es/surrogacy/surrogacy\\_history](https://surrogacy.ru/es/surrogacy/surrogacy_history)

Desde la creación del mundo, es decir desde los albores de la humanidad, el hombre dentro de sus aspiraciones ansiaba con tener descendencia es decir tener hijos, pero en esa época ya existía la infertilidad , y era incurable esta situación, de tal forma que procuraba tener descendencia de todas formas.

### **1. La primera madre de alquiler conocida.**

Este relato lo encontramos en el primer libro de la humanidad es decir en la Biblia, sin lugar a dudas la primera madre de alquiler conocida o gestación por sustitución en la historia nació hace más de unos dos mil años antes de Cristo , en la tierra árida de Canaán cerca de Hebrón ( Génesis 16) libro sagrado de los judíos , cristianos y musulmanes.

Sarai , la esposa de Abram ( Sara y Abraham se llamarían un poco más tarde) , era infértil y le ofreció a su marido la esclava Agar para que le gestara un hijo.

Sarai dijo a Abram : “ Ya que el Señor me impide ser madre, únete a mi esclava. Tal vez por medio de ella podré tener hijos ”. Y Abram accedió al desero de Sarai. En aquel entonces Abram tenía 86 años , pero su edad de senectud no impidió la concepción .

Sarai le sentó en sus rodillas como si fuera su hijo. Este fue el primer caso que se conoce sobre la llamada “ gestación subrogada tradicional ”.

## **2. Segundo programa de gestación subrogada.**

Según diversos historiadores , esta segunda situación se desarrolló en Mesopotamia sumeria, posiblemente a mitad del siglo XVIII a.C., debemos hacer presente que en esta cultura, esta clase de práctica como es la gestación subrogada fue muy común, y más aún permitida legalmente.

El Código Hammurabi , creado en 1780 a.C., que fue el primero en introducir el principio de presunción de inocencia( uno es inocente hasta que se demuestre lo contrario) , disponía que la mujer estéril que quería tener hijos debía dar una esclava a su marido con fines de procreación, sin que el marido o esposo buscara a una concubina, a menos que la primera no lograra concebir un hijo varón.

Asimismo este código establecía “ garantías sociales” para las madres subrogadas que tuvieran hijos, a las cuales no se podía vender “ por dinero”

## **3. Tercera madre subrogada**

La tercer madre subrogada fue Zilpá, la sierva de Lía, la primera y no querida esposa de Jacob. Tratando de conquistar el amor de Jacob ; Lía le dio a luz cuatro



hijos. Al poco tiempo perdió temporalmente la capacidad de concebir y Zilpa la sirva dio a Jacob dos hijos . Luego Lía se recupero y tuvo dos hijos más. .

En la Biblia o Sagrada Escritura , se afirma que es maternidad subrogada tradicional, cuando debidoo a la falta o escasa técnicas de reproducción avanzadas las personas se veían obligadas a recurrir a la fecundación natural de la donante que a la vez era madre de alquiler.

Sin embargo , desde el punto de vista legal esos niños se consideraban hijos de profetas bíblicos y sus esposas legítimas.

#### **4. Maternidad subrogada en Egipto**

Podemos atevernos a decir que la gestación subrogada fue un hecho común en la antigüedad. Muchos faraones egipcios usaban a sus criadas para tener hijos.Se pensaba que los gobernadores del Antiguo Egipto descendían directamente de Ra, el dios del Sol. Para que la sangre divina no se mezclara con la de las personas normales, el faraón se casaba con la hermana.

Amemthotep I, el faraón del Reino Nuevo que gobernó en el siglo XVI a.C., no tenía un heredero y tuvo que recurrir a una esposa secundaria para procrear al gran faraón Tutmosis I.

Los nacidos de hijos de concubinas se consideraban hijos del faraón, pero se veían menoscabados en sus derechos y sólo podían pretender el trono a falta de herederos más legítimos.

La monarquía egipcia se heredaba por línea “ solar” femenina, así que el hijo del faraón , independientemente de su filiación , no podía ascender al trono sin haberse casado con su hermana o madrastra.

#### **5. Maternidad subrogada en Grecia y Roma antigua**

En estas culturas griega y romana tambien el vientre subrogado fue un acontecimiento casi normal. La historia nos pone como ejemplo el caso de

Deyotaro, rey de Galicia, y su esposa esteril Estratónica que personalmente seleccionó entre las prisioneas a la bella Electra para su esposo y crió a los niños fruto de esta relación como a sus propios hijos.

La maternidad subrogada tradicional , cuando la madre de alquiler , es simultáneamente la madre biológica del niño que está gestando, es usado de una forma amplia en los países donde se permite el alquiler de vientre.

## **6. Maternidad subrogada en Rutenia**

Dice la leyenda el Santo principe Vladimir I de Kiev ( 995-1015) , que evanegelizó el antiguo estado ruso y es más conocido como Vladimir el Sol Rojo, antes de convertirse al cristianismo tenía hasta 800 concubinas y estuvo casado con cinco esposas, incluyendo na princesa búlgara y l ahija de un prncipio checo, pero en su afán de tener más hijos varones se relacionó con una monje griega, la viuda de su hermano.

## **21. Personas famosas que han utilizado las TRA**

Ponemos a conocimiento los personajes reconocidos a nivel mundial que han utilizado estas técnicas :

1. **Ricky Marti** , casado con su pareja un hombre tiene dos hijos : Matteo y Valentino, fueron concebido mediante métodos de reproducción asistida, según la Revista Somos , perteneciente al diario “ El Comercio” , año XXXII / N° 1680.
2. **Michelle Obama** exprimera dama de la nación más poderosa del mundo en su libro titulado “ Mi historia” relata este acontecimiento. Tiene dos hijas : Malia y Sasha , también fueron concebidas mediante estas técnicas.

3. **Michael Jackson :** La esposa de este cantante Debie Rowe ( casada tres años con el artista, desde 1996 hasta 1999), reveló que los hijos del “ Rey del Pop” , Paris y Prince son frutos de un donante de esperma. La segunda esposa de Michael Jackson , confesó que se sometió a una inseminación artificial . “ Me fecundaron . Tal como se fecunda a las yeguas para que se reproduzcan. Fue algo muy técnico .(...) Igual que yo le meto el esperma a mis caballos. Así lo hicieron conmigo. Yo era su yegua purasangre”, conto Debie Rowe al diario británico *The Sun*.
- Esta enfermera reveló que no sostenía relaciones sexuales con Michael Jackson. “ Michael era un hombre solitario, y que quería tener hijos. Yo fui la que le dijo : “ Yo tendré a tus hijos”. Le ofrecí mi vientre, fue un regalo. Fue algo que hice para que fuera feliz”. Tras el divorcio Michael Jackson se quedó con la custodia de Paris y Prince , pero él no fue padre biológico de los niños.

Diario “ Correo” pag. 18. Lima, martes 19 de marzo del 2019.

4. Paulina Rubio
5. Elton John, su pareja es un hombre
6. Miguel Bosé ( cuatro hijos)
7. Nicole Kidman
8. Beyoncé
9. Kim y Khloé Kardashian
10. Marck Zuckerberg
11. Gwyneth Paltrow ( ganadora del Oscar : Shakespeare in love).
12. Emma Thompson ( ganadora del Oscar : Regreso a Howard End).
13. Sara Jessica Parker ( Película. Sexo en Nueva York).

## **22. Maternidad Subrogada : Aspecto importante para parejas infértiles y homosexuales**

Según la tesis titulada : “ El contrato de maternidad subrogada o de alquiler : ¿ Ejercicio legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad ? del Licenciado Cristobal Antonio Santander, dice en esta investigación :

“ La maternidad subrogada aparece como una alternativa frente al problema de infertilidad para miles de parejas chilenas, sobre todo cuando las cifras nacionales de infertilidad ascienden a un 10 % ”

En nuestro país vecino Chile , incluso existe la Agrupación “ Queremos ser padres”. En USA la página Web : <http://www.madresubrogada.com/> ha sido creada con el objetivo de brindar servicio de maternidad subrogada.

Este acto jurídico y contrato representa en verdad una alternativa para satisfacer las necesidades reproductivas de parejas heterosexuales, infértiles y eventualmente parejas homosexuales , de acuerdo a su voluntad procreacional.

## **23. Entrevista al director de la Clínica CONCEBIR ( Diario “ El Comercio”)**

Para tener una mejor orientación hemos considerado conveniente transcribir la entrevista realizada por el diario “ El Comercio” al especialista y director de la Clínica de Reproducción Asistida “ CONCEBIR ” Dr. Luis Noriega.

**Título : “ La reproducción asistida puede ayudar a un millón y medio de peruanos”**

**Autor : Diego Suarez Bosleman**

<https://elcomercio.pe/tecnología/reproducción-asistida-ayudar-millon-medio-peruanos-noticia-519707>

El país es líder en el campo. Sin embargo, aún hay un gran porcentaje de peruanos que no puede acceder a estos tratamientos.

En 1989, el doctor Luis Noriega participó en la primera fertilización in vitro en el Perú. casi 30 años después, el especialista afirma que el país se ha vuelto referente en la **reproducción asistida**. No obstante, sostiene que todavía hay una enorme demanda nacional que no se ha logrado solucionar.

**- ¿ Cómo es el programa actual de infertilidad en el país ?**

Se estima que entre el 10% y 15% de la población en edad fértil –entre 20 y 43 años- tiene problemas de fertilidad. En un país como el nuestro, de aproximadamente 33 millones de habitantes, estamos hablando de que por lo menos un millón y medio de personas tienen esta clase de problema.

**-¿ Qué incrementa ese riesgo ?**

En el hombre básicamente, la calidad de vida; es decir, el sobrepeso, sedentarismo, consumo de alcohol, tabaco, estrés. Estos elementos reducen la calidad espermática. Hay casos de hombres que tienen hijos y que luego de cuatro o cinco años, debido a una mala calidad de vida, terminan siendo infértiles.

En el caso de las mujeres, hablamos de problemas como infecciones pélvicas, que generan obstrucción de las trompas, lo más frecuente en nuestra población. Pero la infertilidad también puede ocurrir por trastornos ovulatorios- la mujer no ovula de forma adecuada-. Estas dos últimas condiciones son fáciles de tratar, pero hay otro importante factor en la mujer propio de esta época.

**-¿Cuál es ?**

La maternidad postergada. la mujer quiere su independencia económica, quiere su casa, su profesión, su posgrado, y es lógico. Pero cuando se da cuenta, ya tiene 39, 40 o 41 años. En ese periodo el reloj biológico de la fertilidad disminuyó. Cada día vemos en los centros de fertilidad mujeres de más edad, más de 35 o 40 años. Pero actualmente existe una alternativa : la crio preservación. Es decir, chicas de 25, 28, 30 años que guardan sus óvulos “jóvenes” para poder tener hijos luego. Se emplea también-tanto en hombre, con los espermatozoides, como en mujeres- en casos de pacientes de cáncer que van a empezar tratamientos de quimioterapia y radioterapia, los cuales pueden generar esterilidad, Aquí en el país ya se hace este tipo de procedimientos.

**-¿ Qué técnicas han tenido mayor impacto para lograr el embarazo?**

Hay tratamientos que llamamos de baja y alta complejidad , y son realizadas dependiendo del diagnóstico. Por ejemplo , entre los primeros está la inseminación intrauterina, que requiere condiciones como que el espermatozoide del hombre sea normal, que las trompas de la mujer sean permeables , y que ella ovule adecuadamente . Los segundos se guardan para aquellas pacientes que tienen trompas obstruidas, endometriosis, trastornos en la ovulación , y en casos en los cuales el espermatozoide del hombre es deficiente.

**-¿ Y la fecundación in vitro ?**

Este procedimiento es para aquellas mujeres que sobrepasan los 35 o 38 años y tienen el riesgo de que el niño tenga enfermedades cromosómicas –alteraciones en la estructura del cromosoma-, mujeres que han tenido antecedentes de niños cromosómicos , aquellas que tienen una familia con muchos antecedentes de

enfermedades en recién nacidos , y para mujeres y hombres que consumen drogas.

Estos elementos podemos identificarlos previo análisis.

**-¿ A más edad , más posibilidades de que un embrión tenga alteraciones ?**

Se ha encontrado que los óvulos de mujeres de más de 35 años pierden la calidad de gestación. Entonces cuando logramos que una mujer de 35, 38, 40 años logre un embarazo con su propio óvulo, estamos logrando embarazos con óvulos potencialmente mayores, potencialmente con más fallas. El riesgo de que el embrión tenga problemas cromosómicos es mucho más elevado. Cuando la mujer tiene 40 años, de cada 100 embarazos uno tiene problemas cromosómicos. Cuando tienes 45 años, de cada 10 diez embarazos uno tiene este problema. Y si tienes 47 , uno de cada dos, Hay que entender que cuando un embrión es inadecuado , puede haber un aborto.

El tema de drogas en el hombre es a veces frecuente . La cocaína u otro tipo de droga alucinógena pueden producir alteraciones en la calidad espermática. Esto podría traducirse en un embrión inadecuado.

**- En 1989 se realizó la primera fertilización in vitro del país. ¿ Qué tanto hemos progresado hasta ahora?**

En 1989 nos encontrábamos en el puesto 8 en Latinoamérica en temas de **reproducción asistida**. Ahora , el Perú se mantiene en primer lugar junto con Brasil y Argentina. Es líder en la región. Somos líderes en el diagnóstico cromosómico preimplantacional. **Actualmente se deben realizar a escala nacional unos 5.000 procedimientos de reproducción asistida anualmente.**

**- ¿ Es una cifra adecuada ?**

Es muy poco para cubrir la necesidad real de la población. La medicina en el país, solo la privada en general, podría ser la solución sola para el 1% de la población que tiene problemas de fertilidad. Además, hay poca ayuda por parte del Estado, y se entiende, pues existen otras prioridades en temas de salud que son de vital importancia para la población. No obstante, hay un porcentaje muy grande de peruanos que no pueden acceder a este tipo de tratamiento.

**-¿ El temor a aumentar la población es un elemento en contra ?**

Países superpoblados como China e India tienen los centros de fertilidad más grandes del mundo. Los tratamientos de fertilidad asistida no tienen que ver con un tema poblacional; siempre hay grupos humanos en cualquier sitio del planeta que tienen dificultad para tener hijos. En India hay más de 2.500 centros de fertilidad. 10 veces más que en toda Latinoamérica. Lógicamente que en estos sitios poblacionales también hay un apoyo económico del Estado. En países como Dinamarca, Noruega y Finlandia, el Estado subvenciona hasta dos o tres veces procedimientos por cada mujer que quiere tener hijos.

**-¿ Se ha hablado mucho también sobre el factor ético en estos procedimientos?**

La reproducción asistida no es buena ni mala, que la usemos de la forma más correcta depende del ser humano. Por eso es sumamente importante la ética en el proceso, en el manejo de los óvulos, del esperma, de los embriones. Ningún extremo es bueno: los que no quieren que se haga o los que quieren que se haga demasiado.



**24. Entrevista realizada al especialista en maternidad subrogada Dr. Luis Noriega Hoces , por el Diario “ El Comercio”, jueves 20 de setiembre del 2018- pág 18.**

Esta entrevista se realizó en el **tema sobre la denuncia a los esposos chilenos que fueron detenidos en las cárceles de Lima.**

**Luis Noriega Hoces**

**Ginecólogo y director de la clínica CONCEBIR – Lima-.**

**“ La mujer que prestó su útero no es madre de mellizos” .**

Médico investigado bajo comparecencia por certificar que chilenos son padres de dos bebés nacidos por vientre de alquiler :

Desde hace tres década el ginecólogo Luis Noriega Hoces, de 66 años dirige la clínica Concebir. Allí trata a pacientes con distintos problemas reproductivos: desde personas que requieren hormonas o una inseminación hasta mujeres que nacieron sin útero y necesitan un vientre de alquiler para ser madres.

En julio pasado, una pareja chilena que optó por un embarazo por vientre de alquiler tuvo mellizos. La fiscalía del Callao los intervino a ellos y al médico creyendo que pertenecían a una banda de tratantes de niños. Actualmente, Noriega se encuentra bajo comparecencia restringida. Es investigador por trata y falsedad ideológica por haber certificado que los extranjeros son los padres de los bebés.

**-¿ Cómo optan los chilenos por el vientre subrogado?**

Los señores estuvieron diez años en tratamientos en Chile, Entre el 2012 y el 2017 vinieron al Perú a seguir intentando. Fueron ocho procedimientos los que se practicaron en la misma paciente y fracasaron. Por eso , la pareja decidió poner sus embriones en un vientre subrogado. A la mujer que prestó su útero se le dieron

estrógenos. Cuando el endometrio estuvo receptivo, se implantaron los embriones.

Los bebés tienen 0% de carga genética de esa mujer.

**-¿ La mujer que presta su útero trabajó en esa institución ?**

Trabajó en la empresa hasta hace dos años y, en ese tiempo, entiendo que conoció a los padres de los mellizos. Pero la clínica no hizo el contacto.

**-¿ Cuántas veces ha tenido problemas con la fiscalía por permitir certificados luego de un nacimiento por útero subrogado ?**

En el 2004 hubo un caso similar. Una mujer peruana y su esposo norteamericano vinieron a la clínica para tener un hijo por vientre subrogado. A la hora que volvían a los Estados Unidos les hicieron problemas en Migraciones. Pero cuando la fiscalía superior del Callao tomó el caso, vio que no había ni delito, ni dolo, ni perjuicio.

Al contrario, se dio validez al certificado de paternidad emitido por mí.

**- ¿ Esta vez tomó previsiones legales ?**

Tenemos dos documentos que nos respaldan. El primero es un acuerdo privado entre los padres y la mujer del útero subrogado. El segundo es una opinión legal que pedimos al Estudio Varsi Rospigliosi antes de emitir el certificado de paternidad y que el estudio recomendó.

**- ¿ Qué decía exactamente el certificado ?**

La verdad : que los niños nacieron el 28 de julio pasado y que sus padres son los esposos Tobar. A mi como doctor, nadie me puede obligar a decir que el útero subrogado es la madre de los niños, porque no es cierto. Los embriones eran de los esposos chilenos que vinieron aquí a hacerse el tratamiento, que tenía la voluntad procreacional ( los espermatozoides pertenecen al chileno Jorge Tobar y los óvulos fueron donados).

**- La fiscalía, sin embargo, lo continúa investigando por trata y falsedad.**

Si es abusivo. La culpa es del sistema y del Ministerio de Salud , que en tantos años no ha podido resolver el vacío legal que existe para la reproducción asistida.

- ¿ **Cuántos tratamientos con vientre subrogado realiza al año su clínica ?**

No es el má utilizado porque es el más caro. Cuesta entre US\$ 12 mil y US\$ 15 mil, y ni los seguros públicos ni los privados lo cubren. Pero tampoco es raro.

Hay muchas mujeres que quieren ser madres y no tienen muchas alternativas. Hace poco , por ejemplo llegó una joven a la que le habían detectado cáncer y le iban a extraer el útero. Quiere ser madre y el vientre subrogado es casi la única opción que le queda.

## **25. PERÚ : Derechos reproductivos**

Podemos decir que si existen los derechos reproductivos en nuestro país, pues tenemos la Constitución Política de 1993 en su artículo 3 , que a la letra dice

“ La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye a los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre.. ”

Así mismo como legislación nacional , los derechos reproductivos están considerados en la Ley N° 26842 General de Salud en su artículo 7 que dice :

“ ”

### **Diferencias entre :**

**Infertilidad** , según la Dra. Carmen Montoro , dice que “ infertilidad se da cuando una mujer puede concebir un hijo, pero no puede llegar a término, por ello, la mujer infértil es considerada abortera habitual.

Florencia Luna ( 2010: 134) sobre este mismo tema explica que “ la infertilidad, no es una enfermedad fisiológica, sino que es sólo un problema que tiene consecuencias psico-sociales y es una importante causa de enfermedad psicológica”.

Priscilla Solano ( 2012: 57) quien dice “ la infertilidad es una enfermedad que presenta dos caracteres que la involucran, los cuales son el carácter fisiológico y el psicológico, esta misma investigadora señala que la infertilidad lleva a la depresión extrema en una mujer.

Herman Witkin ( 2000: 201) sobre la infertilidad dice “ puede considerarse como un factor de estrés de sobrecarga crónica, porque se convierte en una preocupación constante que implica por ejemplo, frecuentes visitas al médico y un control estricto. La infertilidad produce sensaciones de culpa e insuficiencia y esto se puede verificar en el primer momento en el que “ la mujer infértil entra en shock por el diagnóstico de infertilidad , puesto que la negación es la primera reacción , es decir, se resisten a aceptar el diagnóstico y buscan segundas opciones ”

Sobre la infertilidad Andrés Nuñez Merjiildo en la revista Foro Jurídico (PUCP) concluye que “ La infertilidad es una enfermedad que ataca a la mujer de manera fisiológica y psicológica . No obstante , el efecto que tiene sobre la psiquis de ella es aún mayor porque crea un sentimiento de frustración por el hecho de no poder tener descendencia ”.

Mientras que en la infertilidad femenina, la fecundación es posible, pero se trata de la patología propia de una mujer que no es capaz de lograr la viabilidad fetal.

Propiamente, consiste en la pérdida sucesiva y reiterada de embarazos, una vez que han sido logrados.

**Esterilidad** , según la misma investigadora Dra. Carmen Montoro, argumenta que “ la esterilidad ocurre cuando la pareja ( o mujer) jamás ha conseguido el embarazo”.

La esterilidad se refiere a la imposibilidad absoluta e irreversible de concebir según la especialista Farnos Amorós( 2011: 27).

Cuando la esterilidad o la infertilidad no pueden ser resueltas por vía quirúrgica o a través de tratamientos farmacológicos, surge la posibilidad de recurrir a las TRA que consisten en formas artificiales de aplicación científica y tecnológica ( biotecnología) que permiten la reproducción humana sin emplear la forma natural de procreación.

## 26.El método de maternidad subrogada : Opiniones diversas de especialistas

Rodolfo Ramos (1992: 31) está en desacuerdo con el hecho de que la mujer , sin causa especial, pueda recurrir a la técnica de maternidad subrogada, o como también él lo llama la técnica de “ vientres mercenarios ”. Este investigador y doctrinario subraya que este sistema o método tiene que ser prohibido por las legislaciones. Sin embargo establece una excepción , la cual consiste en que “ debe ser permitido únicamente para los casos de problemas físicos insalvables em la mujer que hagan imposible encontrar otra solución.

Ramos califica jurídicamente esta técnica como un negocio jurídico ilícito por los siguientes aspectos :

1. Presenta un objeto física y jurídicamente imposible
2. Presenta un fin ilícito
3. Atenta contra el orden público, pues se comercializa con el cuerpo humano.
4. Es contraria a la ley , al no estar de acuerdo con este acontecimiento
5. Es un fraude a la institución de la adopción
6. Es contrario a la moral y a las buenas costumbre

Enrique Varsi dice “ cada vez más se recurren a las denominadas técnicas de reproducción asistida , debido a los problemas de salud que se presentan . En su investigación realizó la técnica de encuesta sobre la maternidad subrogada cuyos resultados se presentan de la siguiente manera :

el 34,5 % conviene en que una mujer que se encuentre 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 ;

el 27,5% no sabe si opinar a favor o en contra de esta situación.

Por otro lado Rodriguez, María ( 2010: 38) considera que :

(...) esta técnica comporta una grave lesión a la dignidad humana , especialment cuando la operación se realiza por medio de un contratop oneroso . Este rechazo a la técnica en referencia se debe

al análisis restrictivo contractual, sin analizar el tema de fondo, es decir, cuál es la razón por lo que una mujer decide optar libremente por recurrir a este método. Siguiendo esa línea, Rodríguez Cadillo sostiene que con esta técnica se lesiona el derecho fundamental de la dignidad. Esta posición es compartida en parte por Manuel Miranda, que señala que esta técnica afecta a la dignidad humana, pero que se debe dar “protección constitucional de este principio y derecho fundamental, sólo si este acto de disposición del propio cuerpo se tratase de un acto gratuito y, por consiguiente, calificado en la ley como donación, para aplicarles por analogía la ley de transplante de órganos.

Clara Mosquera (1997: 125) afirma:

(...) cuando hay dinero de por medio significa un maltrato para el niño y una degradación para el niño y una degradación para la mujer (...) pero si en la cesión de útero no hay una contraprestación, esta debe ser aceptada, ya que sería de gran ayuda para mujeres que no pueden gestar. Marcial Rubio por su parte, señala que la doctrina de la Iglesia Católica y la Teoría General del Derecho rechazan este tipo de convenios por razones atendibles. Asimismo, Rubio piensa que “este tipo de reproducción asistida no debe ser permitida por el derecho, porque produce una serie de fenómenos que desnaturalizan la base sobre la cual se ha fundado las relaciones humanas en el derecho.

Juan Espinoza, nos expone un enfoque diferente en la cual dice:

“Que el mal llamado alquiler de útero si es admisible y para ello se remite al art. 6 del Código Civil que textualmente dice Art. 6.- Prohibición de actos de disposición del propio cuerpo.

“Los actos de prohibición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean

contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios.

Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia “

Javier Gafo, considera aspecto a favor y en contra de la maternidad subrogada :

1. La procreación humana debe limitarse a las relaciones de amor recíproco de dos personas. Introducir a una tercera en el proceso de procreación constituye un ataque contra los valores fundamentales del matrimonio.
2. Dice que la capacidad de gestar es intransferible, porque deforma la relación madre-hijo. En la situación de la mujer infértil, desea y quiere tener al niño; quiere ser madre y este derecho no puede ser negado, porque, lamentablemente presenta una enfermedad.
3. El cuerpo femenino quedará sometido al comercio.
4. La maternidad subrogada adelanta a un primer plano la autonomía individual de las partes interesadas en detrimento del interés público y del bien común.

Florencio Luna, está a favor y en contra del vientre subrogado, y presenta los siguientes : **Argumentos a favor**

1. Es la ayuda a la maternidad y se basa en la necesidad de los seres humanos a tener hijos biológicos.
2. El pluralismo, que complementa el primero, ya que legislar sobre este tipo de técnica implica que la gente pueda elegir, pero no que todas las personas deban someterse a esta técnica. De esto se concluye, sobre el uso especial que debe resultar a favor de la mujer infértil.

**Argumento en contra :**

1. El argumento de lo natural, es decir enfatiza que la técnica es artificial ; además que se da por contratos sin amor los cuales llevan a la destrucción del matrimonio y de la institución de la familia.

## 27. Maternidad subrogada en la Antigüedad

Martinez Martinez , Verónica Lidia , docente de la Universidad de La Sabana de Colombia en su investigación sobre maternidad subrogada hace los siguientes comentarios :

Sobre el origen de la maternidad subrogada considera que es un tema que origina muchas opiniones y controversias, pues se sostiene que esta técnica tiene su origen en la Antigüedad.

Por ejemplo el Código de Hammurabi , creado en la región de Mesopotamia en el año de 1780 a.C, por ejemplo determinaba que la mujer esteril que deseaba tener hijos debía dar una esclava a su marido con fines de procreación : Ley N° 146.

Perdiendo así el marido todo el derecho a repudiar ( repudium) a su esposa.

En el caso que dicha esclava no daba hijo del esposo a su ama, esta podía venderla : Ley N° 147.

Cuando la esclava proporcionada por la mujer daba hijos al señor ( esposo ) , no podía éste tomar como concubina : Ley N° 144.

Si la mujer principal ( esposa) no daba hijos a su marido, ni le proporcionaba esclava para tenerlos, el marido podía tomar una concubina y recibirla en su casa como esposa, pero no de la misma categoría que la mujer principal : Ley N° 145.

Leyes de Manú, en la India, la religión determinaba que la mujer esteril se reemplazara al cabo de ocho años.

En los hebreos, el Génesis relata que Sarah , siendo estéril, dio a Abraham su marido , por mujer a su sierva egipcia, Agar.

Igualmente se toma conocimiento que Raquel , usaba a su esclava Bilhá para tener un hijo de Jacob.



En Grecia y Roma, su antigua religión decía que si un matrimonio resultaba estéril por causa de marido, entonces un hermano o un pariente de este último, debía sustituirlo y la mujer debía corresponder y entregarse a ese hombre.

El hijo que nacía de esa unión se consideraba como del marido y continuaba su culto. En Kgatla (sur de África), cuando los esposos no podían tener hijos, le era permitido considerar su siguiente hijo a una mujer fértil.

Pero también existen investigadores que realizan su propuesta, pues afirman que la maternidad subrogada datan de siglo XX.

Según Brena Sesma, Ingrid (1995: 72), se creó el primer banco de semen, y para 1944 tiene lugar la práctica de la primera fecundación extracorpórea de embriones humanos, realizada por los biólogos John Rock y Meneen.

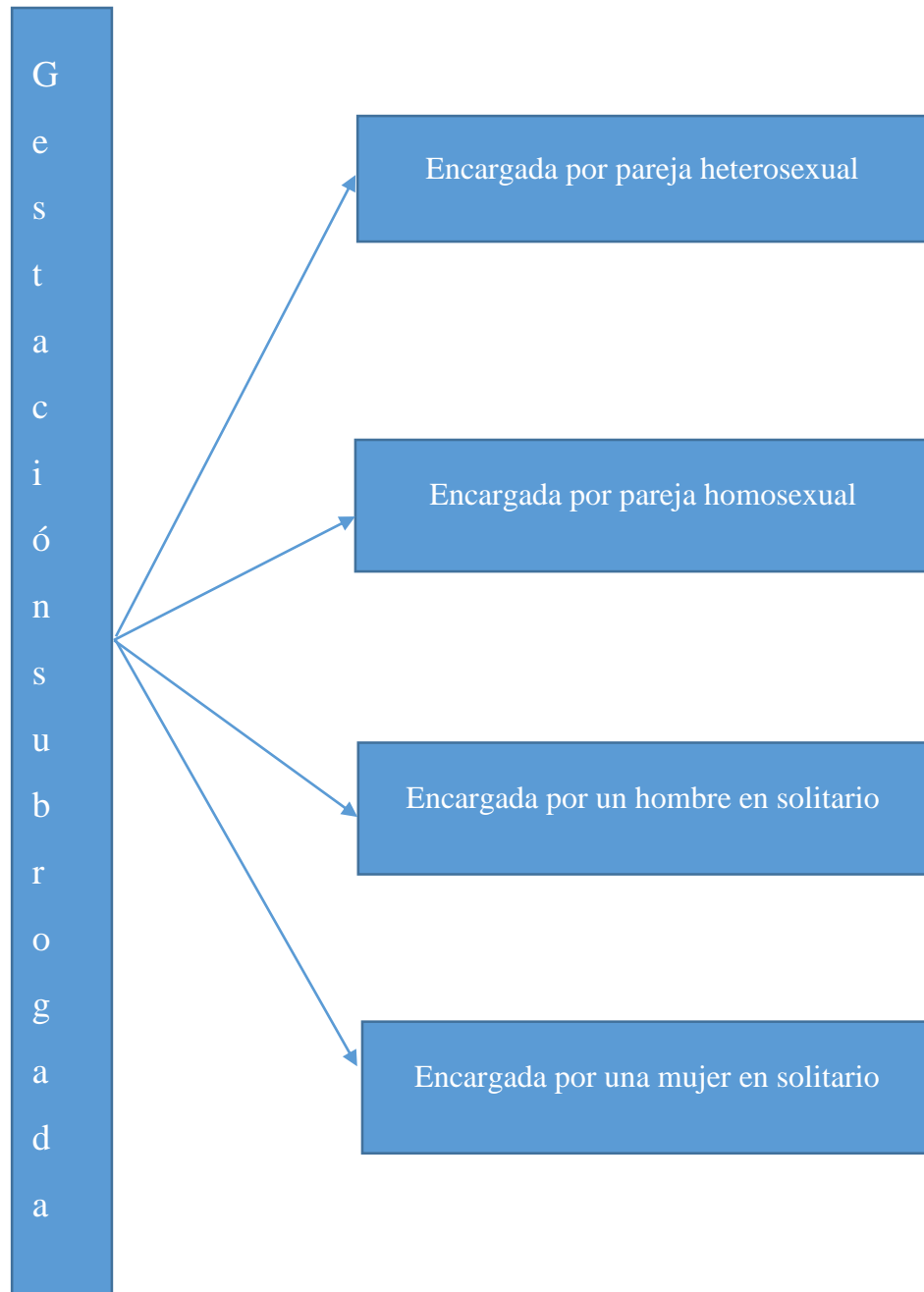
El año de 1953 en USA, se presentan los primeros embarazos con semen congelado.

Durante 1969 se practicó una fertilización *in vitro* de gametos humanos en Reino Unido

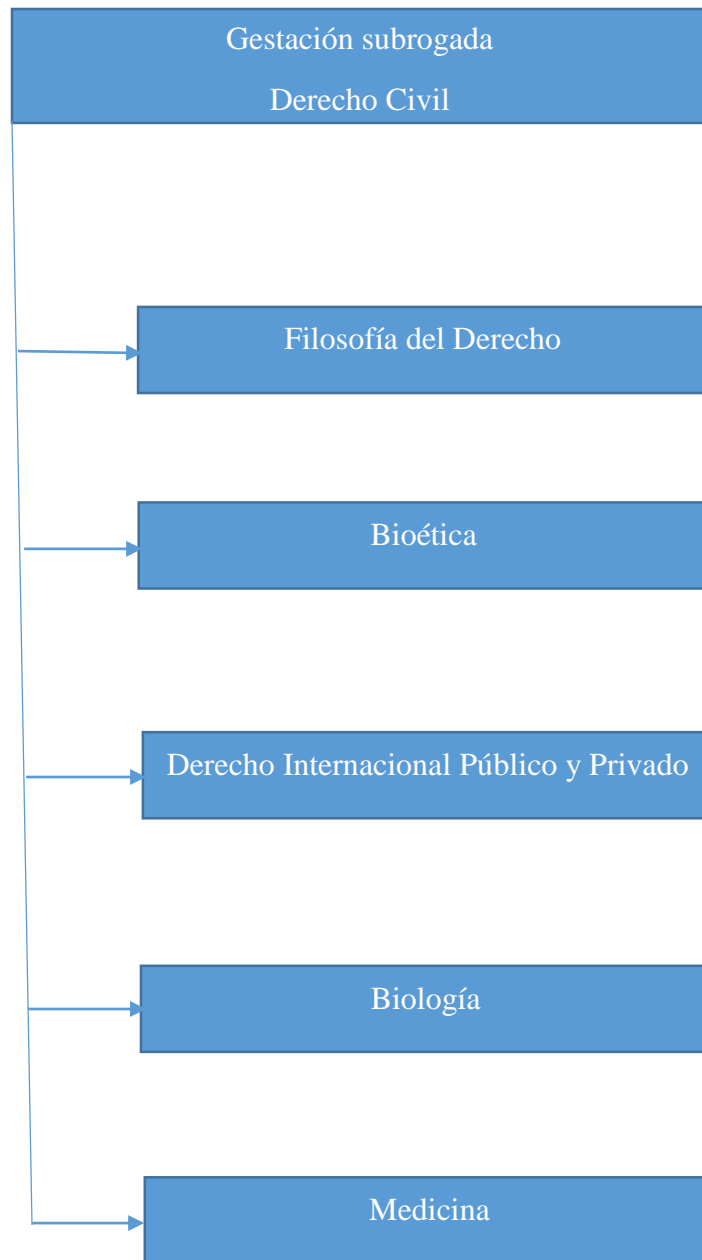
En 1975, a través de un anuncio publicado en un periódico de California, una pareja infecunda solicitaba a una mujer para ser inseminada artificialmente. Este anuncio y las que continuaron permitieron la creación de sociedades de préstamos de úteros, siendo sin lugar a dudas la pionera la Surrogate Family Service Inc, que en 1976 realizó el primer contrato a través de una inseminación artificial, financiada y apoyada por el abogado Noel Keana.

Así mismo también se creó o fundó la Surrogate Parenting Associates, fue fundada en 1979, por Richard Levine en Kentucky, cuyo objetivo principal era realizar contrataciones de maternidad subrogada.

## 28. Gestación subrogada , según el número y género de los sujetos



## 29. La gestación subrogada y la relación con las ciencias



**30. Este ensayo utiliza los siguientes métodos de investigación :**

- descriptivo
- analítico
- crítico
- expositivo
- inductivo
- deductivo,
- jurídico
- histórico,
- exegético , cada uno en su etapa respectiva de investigación

El título de nuestra investigación es un tema muy controversial y polémico, pues trata de la infertilidad de la mujer, que en nuestro país no tenemos citas exactas de la cantidad de mujeres que tienen esta enfermedad.

Se debe tener en cuenta que está relacionado de una manera muy especial con algunos derechos fundamentales de la persona.

Esta técnica de reproducción asistida ha sido prohibida en diferentes países ( como España) .

Lo que no se comenta es el problema de las mujeres infértiles que desean ser madres en nuestro país, que se encuentran en esta situación por diversas circunstancias ( mayor de edad, nacimiento sin útero, etc). Las causas son diversas y el proceso para el embarazo sólo lo realizan contadas clínicas privadas, especialmente de Lima.

Este tema de investigación genera muchas controversias , así como origin muchas preguntas una de ellas es esta ¿ El contrato que celebran la madre genética y la madre portante es nulo ?.¿ Qué ocurre con las mujeres infértiles que quieren ser madres y no tienen una situación económica consistente para pagar esta técnica de embarazo ?, ¿ El Estado debe apoyar esta situación de la gran cantidad de mujeres que sufren por no salir embarazadas de forma natural ?.¿ Las mujeres infértiles tienen derecho a ser madres ?, ¿ Se respetan los derechos reproductivos en nuestro país? .

**31. APOTEGMA JURÍDICO. “ MATER SEMPER CERTA EST” ( La madre siempre se sabe quien es) .**

Este principio jurídico que nació y se desarrollo en Roma, es analizado comparado con los acontecimientos actuales en nuestro país Perú.

Muchas parejas , no pueden procrear o tener hijos por diversos y variados aspectos , factores o condiciones . Según el diario “ Perú 21 ” en la entrevista que se hace al especialista Julio Diaz Pinillo , dijo que dos de cada diez parejas padecen de algún problema en sus aparatos reproductores. Y cerca de un millón de peruanos tienen problemas de infertilidad.

El problema lo tienen hombres y mujeres cada uno en un 40%, el 20 % son de causas desconocidas . Explicó el mismo galeno que la esterilidad consiste en la incapacidad de los padres después de haberlo intentado durante un año. Para lo cual existen diversas alternativas.

Nosotros modestamente a esta opinión del especialista consideramos las siguientes :

- a) Debido a problemas de alcohol
- b) Problemas de tabaco
- c) Cambios en la conducta sexual
- d) Factores ambientales
- e) Alteraciones de la calidad de semen
- f) Postergación del embarazo por estudio.
- g) Aspectos económicos

- h) También pueda ser que la mujer produzca óvulos pero por aspectos de diferente índole( fisiológicos,biológicos o psíquicos) no se embaraza
- i) Por problemas del ovario de la mujer
- j) Por situaciones muy privadas del hombre ( nacimiento con un sólo testículo).

Nuestra Carta Magna actual de 1993 , vigente desde el 1ro de enero de 1994 dice :  
Art. 4°.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente ,  
a la madre y al anciano en situación de abandono. **También protegen a la familia y promueven el matrimonio.** Reconocen a estos últimos como institutos naturales de la sociedad

Podemos deducir de este artículo constitucional que las pareja so cónyuges acuerdan unirse o casarse para la procreación , educación y formación integral de los hijos(as).

El Derecho Canónico , expresa que la familia se debe hallar en el matrimonio.

El aforismo jurídico romano pauliano “ Mater semper certa est” significa que la mujer que da luz un niño (a) es madre por disposición de la respectiva norma jurídica.

En Roma clásica este apotegma , no permitía observación alguna, era una ley. Madre era la persona que alumbraba un niño (a) y la prueba era el parto.

El jurista peruano Enrique Varsi Rospigliosi dice :

“ el axioma tomado por Paulo del DIGESTO : “Mater semper certa est etiam si vulgo conceptent ”( Lib. II, tit.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 sól ver en estado gestante a una mujer, el hijo

que luego viéramos llevará en sus brazos entendíamos que era de ella ( partus séquitur ventrem, INSTITUTA : 2, 1.19).

El sustento es que tanto la gestación , como el nacimiento son hechos biológicos que pueden ser probados de manera más segura a través del parto , no así la concepción ”.

De esta descripción , podemos inferir que si bien la mujer parió o alumbró un niño(a) , no especifica si fue por un proceso natural o artificial.

**Nuestro Código Civil de 1984 dice**

**Art. 409 .- Declaración judicial de maternidad extrajudicial**

La maternidad extrajudicial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo.

Analizando este artículo de nuestro Código Civil, podemos inferir que prescribe el principio romano “ Mater semper certa est ”.

Si continuamos leyendo el Libro III – Derecho de Familia-, podemos también comprender que este principio jurídico romano paulino , está considerado de forma implícita que prescribe :

Código Civil

**Art. 362 .- Presunción de filiación matrimonial**

El hijo o hija se presume matrimonial , salvo que la madre declare expresamente que no es del marido.

La Ley General de Salud Nro. 26842 ( año 1997, julio ) dice :

**Art. 7.- “ Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad , así como procrear mediante el uso de técnicas de reproducción**

**asistida, siempre que la condición de la madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.**

**Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a los de la procreación , así como la clonación de seres humanos.**

En nuestro caso peruano se le otorga la maternidad a la mujer gestante por la prueba del parto, aunque la mujer lleve adelante el proceso de embarazo de un niño (a) que genéticamente es de otra mujer.

Cuando la madre no guarda vínculo genético con el niño(a) que alumbró, es necesario que el legislador actual busque mecanismos para cubrir estos vacíos legales.

En la antigüedad este principio “ Mater semper certa est ( la madre siempre se sabe quien es ) , identificar a la madre era una cuestión sobreentendida, con el sólo hecho u acontecimiento de la gestación.

Actualmente en esta etapa posmoderna , este principio no es del todo real o verdadero o no se acepta, pues hay situaciones en la que la mujer que alumbró o que ha dado nacimiento a un nuevo ser, no es la que aportó los óvulos ( material genético ), con lo cual se deja sin efecto este apotegma románico clásico.

Como podemos observar y analizar , en estos momentos de época pos modernma, en la cual la tecnología juega sin lugar a dudas un papel preponderante e importante, fuerza, presiona y obliga al derecho positivo a tomar una postura diferente a la época de la Roma clásica y a sus etapas posteriores.

Se debe entender que nada es estática , todo cambia y las leyes y juristas no pueden estar fuera del contexto de los hechos que ocurren en el campo jurídico, sobre todo en el aspecto de las parejas que no pueden tener descendencia por diversos motivos .

En esta etapa de la posmodernidad , este principio romano sin lugar a dudas a quedado fuera del contexto, pues ciencia la ciencia avanza más rápido que el Derecho.



En este caso existen diferentes aspectos que deben ser tomados en cuenta por los legisladores peruanos , pues todavía no se toma conciencia :

**Primero** : Creemos que se debe aceptar que si hay madres o vientres de alquiler , y para eso como existe un acto jurídico, se requiere de un contrato , consideramos que en estos casos debe ser atípico o innominado.

**Segundo**: Analizar adecuadamente la situación legal del hijo (a).

**Tercero** : Muchas veces , los hijos quieren conocer a sus padres biológicos

**Cuarto** : Ver el aspecto del anonimato materno

**Quinto** : El interés superior del niño

### 32. Procesos de la fecundación in vitro

El embriólogo británico Robert Edwards : premio Nobel de Medicina ( 4/10/2010) fue galardonado con este reconocimiento en una exposición en España realizó un pronóstico que dejó perplejo a muchos científicos :

“ Las TRA serán en el año 2020 un recurso utilizado por lo menos por cada una de cada tres mujeres y/o parejas que desearan tener hijos/as, así como el vaticinio de que acabaría convirtiéndose en el medio normalizado de reproducción a lo largo de la próxima centuria ”.

La primera bebé probeta nació el 25 de julio de 1979, acaba de cumplir este año 2019 41 años de edad, actualmente tiene dos hijos que han nacido de manera natural.

Los padres son de Reino Unido.

Mamá : Lesley Brown

Padre : John Brown

Los especialistas que realizaron esta proeza y se unieron en 1967 para este sueño son : Patrick Steptoe ( ginecólogo ) que había encontrado un método para extraer óvulos de mujeres fértiles y Robert Edward ( fisiólogo) quien desarrolló una manera de fertilizar óvulos en el laboratorio

Se dejó establecido que la fecundación in vitro es tan segura como la natural.

La primera embrióloga de la historia es Jean Purdy. El 10 de noviembre de 1977, estaba a punto de hacer historia sin saberlo. Implantó las ocho células que formaban el embrión de Louie Brow.

Según los últimos datos unos 8 millones de personas han nacido gracias a ella durante estos últimos 40 años.

Proceso de la fecundación in vitro :

1. Consiste en extraer ovocitos del ovario de una mujer.
2. Modificarlos de forma artificial.
3. Inseminarlos in vitro( normalmente a través de lo que se conoce como “ inyección intracitoplásmica ” de espermatozoides ).
4. Cultivar los embriones.
5. Seleccionarlos e implantarlos en el útero.
6. Si toda va bien , la gestación comienza y llega a buen término.

A mediados de los años 80, llegaron las técnicas de congelación que permite facilitar el proceso e incrementar las opciones de éxito.

El mundo pese a los problemas iniciales se adaptó rápidamente a esta nueva realidad y la maternidad demostró ser un concepto mucho más flexible de lo que parecía.

No debemos olvidar que hace 41 años se abrieron las puertas a la reproducción por métodos técnicos o científicos.

Exactamente desde hace 41 años , desde el nacimiento de la primera bebé probeta ha cambiado la medicina reproductiva en los siguientes aspectos :

- Nuevas tecnologías
- Mucha investigación
- Se ha mejorado la selección embrionaria , implantando un sólo embrión.
- Utilización de material genético de otras personas, lo que ha abierto la posibilidad de lograr un embarazo en parejas lesbianas o mujeres que deciden ser madres en solitario.

- Uso del banco de semen.
- Ovodonación ( mayores tasas de éxito). Este tratamiento es el proceso en el que una mujer recurre a óvulos de una donante, para conseguir el deseo de la maternidad.

En el caso de Chile la institución IVISANTIAGO , tiene el banco de óvulos más grande del país, por lo que no tiene tiempo de espera y los pacientes pueden elegir a sus posibles donantes.

En la actualidad existe una tendencia mundial que es la POSTERGACIÓN DE LA MATERNIDAD, las pacientes sobre los 40 años.

La Postergación : Es la preservación de ovocitos, procedimiento que nació como una esperanza para las mujeres que iban a someterse a tratamiento oncológico o cirugía de ovarios , y hoy recurre a ella un mayor porcentaje de mujeres por motivos sociales.

El método consiste en una “ congelación” que técnicamente es una vitrificación con sustancias crioprotectoras ultrarrápida, que permite preservar el óvulo en óptimas condiciones para ser usado cuando la mujer quiera,

Se consigue tasas de supervivencia de estos ovocitos del 90%.

El PGT ( Test genético Preimplantacional) es el examen que permite identificar alteraciones genéticas y cromosómicas en los embriones, ante de su transferencia al útero, seleccionando sólo aquel que podría dar lugar a un embarazo exitoso.

Esta selección permite acotar la transferencia a un sólo embrión evitando de esa forma los riesgos de un embarazo múltiple y los riesgos de transferencia de alguna enfermedad genética y/o cromosómica.

El TCG : Es la prueba que permite identificar en los futuros padres la presencia de genes causantes de enfermedades que podrían transmitir a sus hijos, a través de un sencillo análisis de sangre.

### 33. Legislación comparada: Vientre subrogado

Información : [https:// lifebrigdeagency.es/programas/gestacion/subrogada-eeu/?roistot=google](https://lifebrigdeagency.es/programas/gestacion/subrogada-eeu/?roistot=google) 5-g

1. **Estados Unidos : California y Nevada** son los estados más demandados, que ofrecen mayor respaldo legal , para los futuros padres intencionados. El año de

1993 se reguló por primera vez la gestación subrogada en el mundo , todo comenzó en California.

La Corte Suprema del Estado dictó una sentencia , por la que atribuye la filiación a los padres y no a la mujer gestante.

El llamado vientre de alquiler en estos lugares de norte américa son tan comunes por los motivos que a continuación mencionamos :

1. La gestación subrogada en USA está muy regulada .
2. Muestra casos de final feliz en hasta un 80%.
3. Se obtiene tanto el certificado de nacimiento, pasaporte y sentencia judicial que permite una fácil inscripción en el registro civil del recién nacido.
4. No hay lista de espera.
5. Sistema sanitario de calidad
6. El bebé obtiene la doble nacionalidad.
7. No es obligatorio obtener la carga genética
8. Apto para todos los modelos de familia : LGTB, heterosexuales, hombres solteros y mujeres solteras.

2.1.La ventaja de California : Es que los derechos parentales se otorgan antes del nacimiento, al contrario que Illinois. La Corte Suprema de California, dictó una sentencia atribuyendo la filiación a los padres hasta 6 meses antes de que nazca el bebé. Este sistema tan garantista se debe a la mentalidad progresista del Estado y su afán de evolucionar con la realidad social.

**Así la jurisprudencia norteamericana reconoce la categoría de Derecho Fundamental del Right to Reproduce( derecho a la reproducción) como expresión del Right Personal Privace ( derecho a la privacidad) y de la libertad personal.**

La doctrina norteamericana se muestra a favor de reconocer que se trata de un derecho cuya titularidad corresponde a las parejas o personas estériles o no que les faculta a procrear de manera natural como acceder a cualquiera de las técnicas reproductivas. Esta fundamentación Right to Reproduce , desvinculada de la unión sexual y del factor biológico, ha dado origen a una importante corriente doctrinal, que defiende la existencia de una nueva

concepción de los vínculos paternales, basados en el afecto y en el deseo de tener descendencia, lo cual permite explicar la atribución de la paternidad o maternidad a favor de quienes recurren a la fecundación artificial, esto es de los intended parents (padres intencionales). Así como se protegen a las partes: existen profesionales como médicos, psicólogos y abogados especializados.

2.2. Estados ilegales . que no permiten la sobrogación o vientre de alquiler .

- Arizona
- Nueva York
- Utah
- Washintong
- Columbia

2.3.Estados que permiten el vientre de alquiler :

- Los Angeles
- Chicago
- San Francisco
- Boston
- San Diego

3. ¿ En qué países es legal la gestación subrogada?

<https://vozlibre.com/sociedad/paises-legal-la-gestación-subrogada-19255>

3.1.Canada :

En este país la gestación subrogada existe para todos los modelos de familia : parejas heterosexuales, homosexuales, hombres solteros, etc.

Los requisitos son los siguientes :

- La madre subrogada debe tener más de 21 años.
- Se permite la gestación subrogada altruista, la gestante no puede recibir dinero a cambio.
- Pero si los futuros padres deben abonar los siguientes aspectos : medicación, ropa pre mamá, consultas( desplazamiento) los días que pierda de trabajar. Todos los gastos deben estar justificados y no han de ser superiores a 20 mil dólares ( 14,800 euros aproximadamente).

- Está prohibido por ley que cualquier persona o agencia actúe como intermediaria en el proceso de subrogación o publiciten sus servicios. La función de la agencia se limitará a ayudar a los padres de intención a encontrar una madre interesada en gestar al bebé.
- En la provincia de Québec la legislación considera nula la maternidad subrogada.

3.2.USA

3.3.Rusia

3.4.Ucrania

3.5.Georgía

3.6.Grecia

3.7.Reino Unido

3.8.Australia

3.9.India

#### **34.-Realidad Peruana sobre Vientre de Alquiler**

Después de haber realizado una búsqueda jurídica sobre nuestro tema de investigación:

Hemos encontrado que sólo existe una norma que es la Ley N° 26842, Ley General de Salud, publicada en el diario “ El Peruano” de fecha 20 de julio de 1997.

Su artículo 7 dice textualmente :

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 las técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológico.

Es decir textual o explícitamente, no existe norma específica, que regule la maternidad subrogada, ni para declararla o para admitirla.

Sin embargo los avances científicos, siempre aparecen o regulan más rápido que el contexto mundial. La ciencia y tecnología , progresa más rápido que el Derecho.

Es imposible controlar al avance de la ciencia.

Nuestro Código Civil de 1984, en lo referido al Libro III Derecho de Familia, consideramos que se encuentra dentro del concepto clásico del derecho romano cuyo apotegma era : “ mater semper cert est ” ( la madre es aquella que alumbra al niño o niña).

La madre que gesta, es la madre de la criatura que alumbra.

Con las Teras, este concepto debe modificarse. Pues desde hace cuarenta años , existen bebes in vitro.

Nuestro país no tiene una norma específica sobre este tema tan importantes sobre el vientre de alquiler o maternidad subrogada, pero en la realidad existen clinicas que vienen realizando este proceso hace más de 30 años.

Existe un vacío legal, pues en el contexto real existe y se siguen practicando ( Clínica Concebir, Procrear , etc). Podemos encontrar en facebook personas que ofrecen su vientre por una suma que varía de S/.40 a 70 mil soles. Por supuesto esa es la cantidad que se paga la mitad al salir embarazo y la otra mitad un mes antes del parto.

Además reciben una pensión que puede variar de S/1200 a 2000 soles durante 10 meses, aparte de los gastos propios de medicina y atención por los especialistas.

El vientre de subrogación no está prohibido en nuestro país. Por la cual pensamos que es una decisión del Congreso modificar el art. 7 de la Ley General de Salud del año 1997, N° 26842 o aumentar un artículo a esta Ley. Otro aspecto sería también proponer una ley específica sobre el vientre subrogado .

El derecho a ser madre y a ser padre. Sobre todo en los casos de infertilidad de una de las partes llámese hombre o mujer.

Previo informe médico de infertilidad u otros aspectos que sean insalvables o difíciles de solucionar.

El aporte genético puede ser para el caso de la mujer o del hombre, pero sólo para uno de ellos.

También se debe considerar que el hombre o la mujer que realice su aporte genético no sea considerado padre o madre según sea el caso.

Además debe ser un aspecto voluntario ( Libro II acto jurídico , CC peruano art. 140).

Si vemos el aspecto jurídico el contrato de gestación subrogada sería :

Un acto jurídico , pues es un acuerdo de voluntades entre las partes comprometidas en este contrato. Entendiendo que la voluntad

## **SENTENCIAS**

### **1. La sentencia de CASACIÓN N° 3014- 2010**

### **2. Casación N° 563-2011- Lima**

Aceptó la validez del acuerdo de maternidad subrogada que se consultó en este proceso

### **3. Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima de fecha 21 de febrero del 2017, declaró la legalidad en nuestro Perú, el “ alquiler de vientre ” como una técnica de reproducción asistida.**

**Decisión de este juzgado :** Se declara fundada la demanda y nulas las respectivas resoluciones emitidas por la RENIEC, anulándose las actas de nacimiento respectivas , ordenando a la RENIEC nuevas partidas de nacimiento consignando como apellidos de las menores los de los señores

## **35. Proyectos de Ley presentado al Congreso**

1. Proyecto de Ley N° 340/2018/CR. Recepcionado el 18 de setiembre del 2018 en el área de trámite documentario , a horas : 5.12 pm. Congreso de la Republica , por iniciativa de la Congresista **Estelita Sonia Bustos Espinoza** y otros miembros del Poder legislativo.

**Título : Proyecto de ley que regula los requisitos y procedimientos de la maternidad solidaria mediante el uso de técnicas de reproducción asistida como Derecho Humano a ser madre.**



2. Anteproyecto de ley que modifica el art. 7 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud , e incorpora disposiciones para el uso de técnicas de reproducción humana medicamente asistida. Presentada po el MINJUS. Mediante Resolución Minnisterial N° 416-2018-JUS- de fecha 05 de octubre del 2018.

Según el Dr. Edwin Reyes , directivo de la Sociedad Peruana de Urología, un 15 % de las pareja peruana tienen problemas de infertilidad. De este porcentaje entre el 30 y 40% sería responsabilidad del hombre . Esta información se ha conseguido por los datos brindados de clínicas especializadas , debido que en nuestro país, no existen estadísticas detalladas por que las autoridades de salud, dicen que no es un tema de salud pública.

En los varones las causas son :

1. Orgánicas ( testículo no descendido, várices en la parte de los genitales)
2. Congénitas
3. Estilo de vida( obesidad, alcohol, drogas)
4. Contaminación ambiental ( factor asociado) : personas que trabajan en una zona de calor.

La gestación subrogada :

1. Es un tema relacionado a la vida
2. Se hann creado diversas técnias de reproducción asistida.
3. Regulación sobre el vientre subrogado.
4. La maternidad se ha vuelto más incierta el paradigma romano “ Mater semper certa est”ha perdido vigencia desde hace más de 40 años con la primera bebé probeta que este año 2019 ha cumplido 40 años de edad ,está casada y tiene dos bebés.
5. El vientre subrogado está relacionada a varias disciplinas
6. La Jurisprudencia es fuente del Derecho
7. Contrato privado( innominado) de vientre subrrogado
8. Derecho al nombre según la Constitución Política de 1993, vigentes desde el 1 de enero de 1994.

9. La maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres.
10. El derecho de la persona de beneficiarse de los avances de la ciencia y la tecnología. Lo que permite la posibilidad de recurrir a las técnicas de reproducción asistida, así como la cooperación de terceras personas, como es el caso de vientre subrogado.

## Referencias

Bellver Capella ( 2004). *Por una bioética razonable*. Granada, Comares.

Brena Sesma, Ingrid ( 1995) . *Algunas consideraciones en torno al derecho a la reproducción por medio de inseminación artificial* . Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, Nueva serie, XXVIII, 82 ( enero-abril de 1995).

Farnos Amorós( 2011). *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*. Editora Atelier, Barcelona

Soto Lamadrid ( 1990). *Biogenética, filiación y delito*. Editorial Astrea, Buenos Aires.

Messina de Estrella Gutierrez ( 1998) . *Bioderecho*. Abeledo Perrot, Buenos Aires.

Michelle Obama ( 2018). *Mi historia*. House Grupo Editorial , S.A.U. Nueva York, Estados Unidos. Título original : Becoming.

Moreno , Carmen ( 2008). *Infertilidad y reproducción asistida : guía práctica de intervención psicológica*. Madrid : Ediciones Pirámide.

Núñez Merejildo en la revista Foro Jurídico (PUCP) . *Derechos reproductivos de la mujer infértil en el Perú: acceso a la técnica de reproducción asistida* . Foro Jurídico. PUCP, Lima, Perú.

Ramos Rodolfo (1992). *Fecundación asistida y Derecho*. Juris. Buenos Aires, Argentina.

Soto Lamadrid ( 1990). *Biogenética, filiación y delito*. Editorial Astrea, Buenos Aires.

Leosengui, R( 1998) . *La maternidad portadora, sustituta , subrogada o de encargo* . Boletín de la Facultad de Derecho, UNED , número 7.

Lamm, E ( 2012). “ *La necesidad de compensar a la gestante como la alternativa más justa y que no tiñe de comercial a la gestación por sustitución* ”. Cuestión de

derechos , n° 3 ( recuperado el 13 de setiembre del 2015 en <http://bioderecho.org.mx/repositorio/0004.pdf>)

Leyes de Manú ( 1994) . *IX, 81, citadas en Fusstel de Colunges, la ciudad antigua* , 9 edic. México, Porrúa,

Tubert, Silvia ( 1997) . *Vientre de alquiler : legislación comparada* . Librería Galaxi, Buenos Aire, Argentina

Varsi Rospligiosi ( 2013). *Derecho genético: principios generales*. Editora y librería jurídica Grijley E.I.R.L. Perú