

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO



UPAGU

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera Profesional de Derecho



**FUTUROS DERECHOS LABORALES DE LA MADRE INTENCIONAL
EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

(Bach.) Lupita Mabel Ñontol Oyarce

(Bach.) César Abel Tinco Cahuana

asesores:

Mg. Gary Eduardo Cáceres Centurión

Mg. Gloria Vílchez Aguilar

Mg. José Luis Coba Uriarte

Cajamarca – Perú

Mayo – 2020

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO



UPAGU

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera Profesional de Derecho



**FUTUROS DERECHOS LABORALES DE LA MADRE INTENCIONAL
EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

Tesis presentada en cumplimiento parcial de los requerimientos para optar el
Título Profesional de Abogado

Bach. Lupita Mabel Ñontol Oyarce

Bach. César Abel Tinco Cahuana

Asesores: Mg. Gary Eduardo Cáceres Centurión

Mg. Gloria Vílchez Aguilar

Mg. José Luis Coba Uriarte

Cajamarca – Perú

Mayo – 2020

COPYRIGHT ©2020 BY:
Lupita Mabel ÑONTOL OYARCE
César Abel TINCO CAHUANA
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO

APROBACIÓN DE TESIS PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO

**FUTUROS DERECHOS LABORALES DE LA MADRE INTENCIONAL
EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

Mg. José Luis Coba Uriarte

Mg. Gloria Vílchez Aguilar

Mg. Gary Eduardo Cáceres Centurión

Dedicatoria

Dedico este trabajo a mi esposo José Flores, a mis hijos Vasco y Sofía, a mis hermanos y a mi madre hasta el cielo, fueron ellos quienes motivaron mis logros. (Lupita Ñontol)

Dedicado a mis padres y hermanos por toda su comprensión e incondicional apoyo durante la realización de mis logros. (César Tinco)

Agradecimiento

Un agradecimiento especial a la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, a nuestros asesores y a todas las personas que apoyaron la realización de este trabajo de investigación.

ÍNDICE.....	xii
RESUMEN.....	ix
ABSTRACT.....	x
CAPÍTULO I.....	1
INTRODUCCIÓN.....	1
1. Problema de investigación.....	2
1.1.1 Planteamiento del problema.....	2
1.1.2 Formulación del problema.....	3
1.1.3 Justificación de la investigación.....	3
1.2 Objetivos de la investigación.....	4
1.2.1 Objetivo general.....	4
1.2.2 Objetivos específicos.....	4
1.3 Marco Teórico	
1.3.1.1 Antecedentes teóricos.....	5
1.3.1.2 Discusión teórica.....	8
1.3.2 Definición de términos básicos.....	11
1.3.2.1 Gestación por sustitución.....	11
1.3.2.2 Madre comitente o intencional.....	12
1.3.2.3 Prestaciones sociales.....	12
1.3.2.4 Subsidio por maternidad.....	13
1.4 Hipótesis de la investigación.....	13
1.4.1 Operacionalización de variables.....	14
1.5 Metodología de la investigación.....	15
1.5.1 Aspectos generales.....	15
1.5.1.1 Enfoque.....	15
1.5.1.2 Tipo.....	15
1.5.1.3 Diseño.....	15
1.5.1.4 Dimensión temporal y espacial.....	15
1.5.2 Aspectos específicos.....	15
1.5.2.1 Unidad de análisis, universo y muestra.....	16
1.5.3 Métodos.....	16
1.5.4 Técnicas de investigación.....	16
1.5.5 Instrumentos.....	16
1.5.6 Limitaciones de la investigación.....	17

1.6 Aspectos éticos de la investigación.....	17
CAPÍTULO II.....	17
ANÁLISIS DE LA NORMATIVIDAD COMPARADA.....	17
2.1. Naturaleza del derecho del trabajo.....	17
2.2. Derecho laboral como derecho fundamental.....	18
2.3. Principios del derecho laboral.....	20
2.4. Relación del derecho laboral con otras disciplinas.....	21
2.5. Protección legal y constitucional a la madre trabajadora.....	21
2.6. Marco histórico.....	23
2.6.1. Evolución histórica del derecho laboral.....	23
2.7. Teorías empleadas.....	26
2.7.1. La constitucionalización de los derechos laborales.....	26
CAPÍTULO III.....	28
ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS EXISTENTES EN LA CONSTITUCIÓN, LA LEY GENERAL DE TRABAJO Y EL PROYECTO DE LEY N° 3404-2018 Y PROPUESTA DE LEY.....	28
3.1. Fundamentos existentes en la Constitución.....	28
3.2. Fundamentos de la Ley general de trabajo.....	31
3.3. Proyecto de Ley N° 3404-2018-CR.....	34
3.4 Propuesta normativa sobre derechos laborales.....	41
CAPÍTULO IV.....	42
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	42
CONCLUSIONES.....	44
RECOMENDACIONES.....	45
LISTA DE REFERENCIAS.....	46
ANEXO.....	52

RESUMEN

El presente proyecto de investigación responde a la pregunta ¿Cuáles son los derechos laborales que le corresponden a la madre intencional en la gestación por sustitución?, para ello se han planteado los siguientes objetivos: Determinar los derechos laborales que le corresponden a la madre intencional en la etapa de gestación y post parto por sustitución, a través del análisis de las diferentes normas donde se haya legislado la gestación por sustitución, identificando los derechos adquiridos de la madre intencional, de igual manera, se explican las limitaciones del sistema jurídico peruano ante una regulación de los derechos laborales en la gestación por sustitución; siendo necesaria la propuesta de ciertos fundamentos jurídicos para estos casos y también los derechos laborales específicos que debería tener la madre intencional en el ordenamiento jurídico peruano. De este modo, se ha contrastado la hipótesis planteada con respecto a la licencia por maternidad, el derecho al permiso por lactancia, el goce del subsidio por maternidad y el derecho a la protección ante el despido arbitrario como derecho que le corresponde a la madre intencional.

Palabras Clave: Derechos fundamentales, Derecho laboral, madre intencional, gestación por sustitución, madre trabajadora.

ABSTRACT

This research project answers the question: What are the labor rights that correspond to the intentional mother in the gestation by substitution? For this purpose, the following objectives have been set: Determine the labor rights that correspond to the intentional mother in the stage of gestation and postpartum by substitution, through the analysis of the different norms where the gestation by substitution has been legislated, identifying the acquired rights of the intentional mother, in the same way, the limitations of the Peruvian legal system are explained before a regulation of labor rights in pregnancy by substitution; being necessary the proposal of certain legal bases for these cases and also the specific labor rights that the intentional mother should have in the Peruvian legal system. In this way, the hypothesis regarding maternity leave, the right to lactation leave, the enjoyment of maternity allowance and the right to protection against arbitrary dismissal as a right that corresponds to the intentional mother has been tested.

Keys Word:

Fundamental rights, labor law, intentional mother, gestation by substitution, working mother.

CAPÍTULO I

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad la gestación por sustitución o maternidad subrogada, ha sido presentada como una figura jurídica de modernidad; sin embargo, existen antecedentes remarcados desde el antiguo testamento, “lo que me provoca el primer cuestionamiento: Si el Dios del Antiguo Testamento no veía nada malo en la subrogación... si los propios profetas bíblicos recurrían a madres de alquiler ¿Por qué nos cuesta tanto a nosotros aceptarla? (Lamm 2012, p. 20), vista desde esta perspectiva, se puede notar que desde el principio de la humanidad esta técnica fue utilizada como una forma para darle solución a los intereses y sobre todo a las necesidades de la pareja en busca de su descendencia, y es que para la familia es imprescindible la presencia de un hijo dentro de su hogar.

Como es notorio, líneas arriba, esta situación motivó a darle un estudio o tratamiento a esta figura, porque se ha considerado que a pesar de generar controversias jurídicas y éticas, es una necesidad muy frecuente en estos tiempos y desde esa perspectiva se ha considerado analizar la normativa de otros Estados que sí han permitido la legalidad de esta figura; para luego determinar los derechos laborales y beneficios que han ido adquiriendo las mujeres que anhelan ser madres, ya que se identificó primordialmente el vínculo que la une al recién nacido.

La finalidad de este trabajo, radica en proponer los derechos laborales que debe tener la madre intencional en una futura regulación de la gestación por sustitución, tales como la licencia por maternidad por cuarenta y nueve (49) días naturales post natal, el derecho al permiso por lactancia por espacio de un año (01), el goce del subsidio por maternidad (previa comunicación de la existencia del compromiso notarial por maternidad subrogada hacia el empleador) y el derecho a la protección ante el despido arbitrario.

1.1. Planteamiento del problema de investigación.

1.1.1. Descripción de la realidad problemática

En lo que va del siglo XXI, se ha sido testigo de la multiplicidad de casos y problemática en donde el Derecho ha tenido que intervenir para hacer posible la convivencia pacífica y ordenada dentro de la sociedad; asimismo éste se ha adecuando a los distintos cambios sociales, políticos, económicos y científicos que puedan acarrear las necesidades actuales del ser humano. Una de estas necesidades se ve reflejada en la relación familia – trabajo y como se dejará notar es un vínculo importante y trascendente, que ha trastocado el interés de investigadores y legisladores en diversas partes del mundo, quienes de manera oportuna han intentado insertar soluciones en sus ordenamientos jurídicos.

Al respecto, llama la atención lo referido a la no estandarización de las legislaciones a nivel internacional sobre el tratamiento de reproducción humana asistida, es decir, la gestación por sustitución. Al respecto, bien señala Martínez (2015) “actualmente uno de los métodos de reproducción asistida que se practica no solo en países en los que se encuentra legalizado su ejercicio, sino en los que se ha satanizado”; hecho singular que ha generado interés en la comunidad jurídica y que permite regular mejor el derecho al acceso a los beneficios del progreso científico, ya que este método de reproducción humana -gestación por sustitución-, dejó una oportunidad para que las países traten de regular las instituciones jurídicas en sus ordenamientos internos. Es así que estudiantes de Bogotá D.C, mencionaron que “a falta de la regulación, es posible que se atente contra los derechos no solo del nuevo ser, sino también de todos aquellos que participen en acuerdos que se encuentren bajo figuras tales como la maternidad sustituta” (Jiménez, Romero, Londoño & Vásquez, 2016, p. 11).

En ese orden de ideas, la gestación por sustitución y su regulación resulta muy importante en materia del Derecho, toda vez que está muy relacionado al derecho fundamental de fundar una familia y también al derecho de acceder a los beneficios del avance tecnológico, ya que es necesario y fundamental para los padres intencionales; además de ello, aquel tema resulta significativo para analizar los derechos laborales que puede adquirir la madre intencional, en la etapa gestacional y post parto. Tal como vienen trabajando doctrinalmente sobre estos temas en los países de Canadá, Georgia, Grecia, Reino Unido, Australia, Estados Unidos, Ucrania, Rusia e India.

1.1.2 Formulación del problema

¿Cuáles son los derechos laborales que le corresponden a la madre intencional en la gestación por sustitución?

1.1.3 Justificación de la investigación

El presente trabajo de investigación pretende dar a conocer fundamentos jurídicos, tomando la dogmática de índole internacional sobre la regulación de los derechos laborales de una persona que realiza un contrato de gestación por sustitución, con la cual se deben regular los requisitos para la gestación por sustitución, obligaciones de los comitentes y la tercera persona y el procedimiento judicial para la filiación; sobre esto hay un proyecto de ley de 3404/2018 pero que aún no se ha aprobado, por lo tanto no hay una norma que actualmente regule este problema, por otro lado agregar que según el mismo proyecto, no sería un contrato sino un acuerdo o compromiso. De igual manera consecuentemente proponer los derechos laborales específicos que asistirán a la madre intencional.

Asimismo, que conlleve a formular un protocolo de actuación interinstitucional (Poder Judicial, Ministerio de Salud, Registro Nacional de Identidad y Estado Civil - RENIEC), donde se señalen los procedimientos de carácter reservado que se debe tener con los documentos del

concebido, a fin de no generar algún tipo de discriminación sobre la forma en que se produjo su reproducción.

Por otra parte, el aspecto social estaría orientado a que la población se sensibilice con el tema, es decir, que adopte una postura de amor, altruismo o solidaridad hacia algún ser querido, amigo o familiar que no pueda tener la capacidad de gestar, y que esta pueda hacerlo por ella, conociendo los procedimientos legales a seguir. Además de ello, que se pueda realizar campañas de información sobre esta técnica de reproducción humana asistida, mediante anuncios en los medios de comunicación, afiches, folletos y charlas orientadas a personas de las diversas entidades públicas y privadas, con la finalidad de que conozcan los mecanismos de reproducción, derechos laborales que asiste a una madre intencional y las obligaciones de los padres intencionales durante la gestación y post parto del recién nacido.

1.2. Objetivos de la investigación

1.2.1 Objetivo general

Determinar los derechos laborales que le corresponden a la madre intencional en la gestación por sustitución.

1.2.2 Objetivos específicos

- Analizar la normatividad comparada en donde ha sido legalizada la gestación por sustitución, identificando los derechos laborales adquiridos de la madre intencional.
- Analizar los fundamentos existentes en la Constitución, Ley General del Trabajo y del Proyecto de Ley N° 3404-2018 sobre la gestación por sustitución y proponer una ley donde se declare los derechos laborales de las madres intencionales en el Perú.

1.3 Marco teórico

1.3.1 Bases teóricas.

El presente trabajo de investigación guarda relación con lo siguiente:

1.3.1.1 Antecedentes teóricos

La presente investigación guarda relación con los siguientes trabajos:

Arce, L., Salazar, P. (2019), tesis para obtener el título de abogado, Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo en la investigación titulada Consecuencias Jurídicas que generan los acuerdos de Maternidad Subrogada en el Sistema Jurídico Civil Peruano, tiene como objetivo general determinar las consecuencias jurídicas que tendría los acuerdos de esta técnica, esos resultados, según los autores, generarían la vulneración del principio de interés superior del niño y la contravención al orden público y a las buenas costumbres, fundamentando su planteamiento en el artículo 7 de la Ley General de la Salud.

En consecuencia, los autores, relacionan a la maternidad subrogada como un problema con la ciencia, la ética, la moral y la ley; asimismo la consideran como una actividad de interés económico para los centros que atienden con esta práctica; para ellos esta acción está deshumanizando a las personas y principalmente se está dañando el interés superior del niño, considerándolo como negocio y objeto de propiedad.

Concluyen su investigación, recalcando su posición contraria con la aplicación de esta técnica, a través de la presentación de la normativa: Del artículo V del título preliminar del Código Civil, donde se establece que el contrato de maternidad subrogada es nulo, porque contraviene al orden público y a las buenas costumbres; y del artículo 7 de la Ley general de la Salud, quien prohíbe el uso de esta técnica porque la madre biológica y la madre gestante no son la misma persona; asumen que las mujeres que recurren a este tratamiento reproductivo, deben ser sancionadas penalmente.

Jiménez, C., Romero, & otros (2016) monografía para la obtención de título de abogado en la Universidad Libre Bogotá D.C., en la investigación titulada análisis de la maternidad

subrogada en la legislación colombiana, los autores han delimitado su investigación dentro de los avances en la legislación colombiana de la figura de la Maternidad Subrogada en los periodos 2009 – 2015, puesto que se ha identificado la multiplicidad de casos respecto a este tema en el país vecino. También han estudiado la legislación comparada en países como: Francia, Estados Unidos y Brasil para determinar los aspectos positivos y negativos de esta técnica.

En consecuencia, han planteado una regulación de la maternidad subrogada en su ordenamiento jurídico, en donde se respeten los derechos de quienes se encuentren inmersos dentro de este tipo de contratos y de manera primordial de los menores, producto de estos acuerdos.

González (2016) en la tesis para obtener el grado de máster en la Universidad Complutense de Madrid, en la investigación titulada La maternidad como situación protegida en el derecho del trabajo y en el derecho de la seguridad social, en especial la maternidad por subrogación, tiene como objetivo general la reflexión sobre la figura de la maternidad por Subrogación en el país europeo de España y los problemas que se plantean en el ámbito del Derecho Civil, esto referido a la dificultad presentada al inscribir en el Registro Civil a los menores nacidos mediante este contrato. Para el autor en este trabajo prima el interés del menor como los derechos de la madre gestante y las obligaciones de los comitentes.

También es necesario precisar el tratamiento que se da al Derecho del Trabajo y Seguridad Social de las madres que biológicamente no lo son y que recurren a esta técnica para ser madres.

La investigación concluye estableciendo la postura de la legalización de esta figura, realizando una propuesta con cautela, teniendo en cuenta los derechos que puedan verse

afectados, así como los límites que tendría la legislación al cual recurre para la realización de su trabajo.

Rubio Miranda. (2017) en la tesis para obtener el título de abogada en la Universidad Nacional de Trujillo, en la investigación titulada Problemática jurídica referente al acceso de la mujer sola a las técnicas de reproducción humana asistida en el Perú, hace mención a la problemática jurídica que se presenta cuando la mujer accede a las técnicas de reproducción asistida en nuestro país, en diferentes clínicas de fertilidad, las que ofrecen realizar este procedimiento sin considerar a la Ley General de Salud, quien es su artículo 7°, prohíbe la maternidad subrogada y la ovodonación; situación que como es notoria causa conflicto, referentes a la filiación, a la ponderación entre derechos de la madre y el interés superior del niño, el acceso de parejas lesbianas y a su uso como método alternativo. Para fortalecer su trabajo hace un estudio de las legislaciones donde se permite su acceso.

La investigación concluye que las técnicas de reproducción, deben contar con un método multidisciplinario, que permita acceder a un adecuado procedimiento al contar con capacitados profesionales en la materia, siendo necesario la delimitación del acceso a las mismas y haciendo que el interés superior del niño sobre el deseo unilateral de la mujer a ser madre. Considera, que hace falta una regulación estricta de estas técnicas reproductivas, respetando la dignidad humana como fin supremo de la sociedad y del Estado, conforme lo establece la Constitución.

Saavedra Pérez. (2017) en la tesis para obtener el título de abogado de la Universidad César Vallejo, en la investigación titulada Aspectos Jurídicos relevantes en la maternidad subrogada: un análisis a la realidad peruana. Tiene como principal objetivo dar a conocer los

problemas jurídicos que se generan ante la falta de una regulación de la Maternidad Subrogada en el ordenamiento jurídico peruano.

Consecuentemente, la presente investigación demanda un marco normativo que se encargue de prever y regular los conflictos que pudieran surgir como consecuencia de la utilización y aplicación de la gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida, para que principalmente se establezca la filiación materna de los niños nacidos bajo este procedimiento, determinando su procedencia con la mujer que la alumbró o con la que le otorgó su material genético; si esto se hace posible, afirma la autora, se generará seguridad jurídica para quienes hacen uso de esta técnica.

Como podrá apreciarse en las investigaciones referidas anteriormente y tomadas como bases teóricas, se deja notar la relación que tienen con el presente trabajo y las que servirán de guía para fundamentar con claridad esta investigación.

1.3.1.2 Discusión teórica

En las investigaciones nacionales, se ha identificado que se persigue la regulación de la gestación por sustitución, identificando problemas jurídicos que saltan a la luz por su no regulación (Rubio Miranda, 2017; Saavedra Pérez, 2017); sin embargo, el problema no solo queda en identificar conflictos, en proponer una regulación, esto va más allá de eso, se considera que es necesario el análisis riguroso de las legislaciones en donde se sigue practicando esta técnica con reconocimiento legal, para identificar claramente las ventajas de éstas, los efectos producidos, los vínculos establecidos y sobre todo los derechos y obligaciones generados para los actores que hacen uso de esta práctica reproductiva.

De modo contrario, lo establece el estudio de Arce, L., Salazar, P. (2019), quienes no aceptan la regulación de la gestación por sustitución, ya que encuentran consecuencias jurídicas a esta práctica, considerándola dañosa a la integridad e interés superior del niño por nacer y que atenta al orden y a las buenas costumbres. Desde la postura de los investigadores, no estamos de acuerdo con ello, primero porque son muchas parejas las que actualmente recurren a este procedimiento de reproducción, exista o no regulación en la práctica, ellos –padres intencionales- tienen derecho a la procreación, a la formación de una familia y ante ello surge y urge la necesidad de una regulación que beneficie a las personas con problemas de esterilidad o infertilidad. Segundo, no se deben ser extremistas al punto de determinar la sanción penal a aquellas mujeres que acuden a gestación por sustitución para ser madres, lo que debe primar es el respeto a su decisión de tener una familia, de realizarse como ser humano, valorando al nuevo ser en camino, y cuando este físicamente constituido darle todas las condiciones necesarias para que se sienta amado, protegido e importante dentro de un ambiente familiar y social.

Resultan razonables y necesarios los intentos por regular la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico peruano, y bajo ningún motivo los autores deben advertir limitaciones o vacíos normativos, ya que, como es sabido no se va a dejar de administrar justicia por esta situación (vacío legal) porque debe asumirse que los inconvenientes son cambiantes y el derecho también. Es pertinente y útil mencionar que en el expediente N° 06374-2016, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, establece que el artículo 7 de la Ley General de la Salud no prohíbe la maternidad subrogada, por el contrario, se indica que ésta carece de sanción penal, lo cual no contraviene la ley, ni la moral; y no se puede clasificar como delito.

Es necesario manifestar que la mayor relación que tiene este trabajo, es con la investigación la maternidad como situación protegida en el derecho del trabajo y en el derecho de la seguridad social, en especial la maternidad por subrogación, Gonzáles (2016), porque se ha coincidido que la base de presente investigación es la figura de la maternidad, ésta engloba una realidad mucho más extensa que la gestación. Pues madre significa mucho más que tener un útero y tener la capacidad de dar a luz, en torno a ello es que podemos determinar que la mujer necesita también tener una familia propia, y que para tal fin el Estado no debe limitar el acceso a ello, sino brindarle de derechos para que pueda cumplir con ese anhelo natural.

Es la importancia del análisis e identificación de los derechos que ha adquirido la madre intencional en la gestación por sustitución, especialmente los derechos laborales, y en ellos queremos hacer hincapié puesto que se convierte en el objetivo de la investigación, el cual es la determinación de los derechos licencia por maternidad, permiso por lactancia, subsidio por maternidad y la protección ante el despido arbitrario.

Por todo lo expuesto anteriormente, cabe indicar que la postura de los investigadores frente al tema, la cual es mínimamente controversial, pues se apoya la gestación por sustitución cuando se realiza con la pareja intencional y una tercera persona, especialmente a aquella mujer que sueña tener un hijo en sus brazos a pesar de sus limitaciones –infertilidad o esterilidad-, a la que le preocupa las consecuencias que podría traer consigo su decisión, pues ella también requiere la protección jurídica de su estado; además de ello el reconocimiento de sus derechos laborales (licencia por maternidad, permiso de lactancia, subsidio por maternidad y protección ante el despido arbitrario) tal y como cualquier madre biológica.

Frente a esto, se plantea la propuesta que busca reconocer o declarar los derechos laborales que tendrá esta madre intencional en la futura regulación de la gestación por sustitución en el Estado peruano.

1.3.2 Definición de términos básicos

1.3.2.1 Gestación por sustitución

Es la doctrina la que se ha encargado de determinar las múltiples definiciones y términos utilizados en este aspecto, sin embargo, se ha considerado presentar la definición más frecuente referente a la Gestación por sustitución, siendo “un acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un compromiso para ceder todos los derechos sobre el recién nacido en favor de otra mujer que figurará como madre de éste” (Lam, 2012, p. 23).

Siendo así también la Real Academia de la Lengua Española (2019), la define como “el embarazo mediando un contrato en virtud del cual la madre gestante renuncia a la declaración de maternidad del hijo en favor del reconocimiento de la filiación biológica de otras personas (padres comitentes o intencionales)”, consecuentemente, se ha comenzado a utilizar el término sustitución para especificar que se gesta para otro y por otro que no puede hacerlo.

La gestación por sustitución es conocida también como maternidad subrogada, aunque se ha determinado la utilización de diversos términos para denominarlos, siendo los más usados los siguientes: “alquiler de útero, madres suplentes, madres portadoras, alquiler de vientre, donación temporaria de útero, gestación subrogada, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, maternidad de encargo, madres de alquiler y madres gestantes, entre otros” (Lamm, 2017, p.24)

1.3.2.2 Madre comitente o intencional

Remitiéndose a la vieja regla del derecho romano, la maternidad se determinaba por el hecho del parto y en muchos ámbitos a nivel mundial todavía se considera esta posición: madre es quien da a luz; sin embargo, esta situación cambió cuando se empezó a utilizar las Técnicas de Reproducción Asistida, señalando como madre a quien aportó el óvulo (teoría de la contribución genética), (Lamm, 2012. P.29) “entre los argumentos a favor de esta postura se manifiesta la certeza que provee a las partes, dado que todo niño puede tener sólo un padre y sólo una madre genética” De esta manera se puede comprobar científicamente a los padres legales, aquellos que aportaron los gametos originales para el desarrollo del nuevo ser.

Por las razones expuestas anteriormente, se puede determinar como madre comitente o intencional, aquella que aporta el gameto femenino (óvulo), el deseo y la voluntad que tiene para ser madre.

1.3.2.3 Prestaciones sociales

Son muchas las posibles definiciones que se puedan citar respecto al sistema de seguridad social. Sin embargo, la concepción más adecuada sería aquella que indican (Tomaya, J. y Angeles, K. 1994. P.198) quienes definen como “el conjunto de normas y principios elaborados por el Estado con la finalidad de proteger las situaciones de necesidad de los sujetos independientemente de su vinculación profesional a un empresario y de su contribución o no al sistema”. En ese sentido, la seguridad social protege la relación jurídica de seguridad social, caracterizada en esencia por ser pública y universal. Del mismo modo, puede definirse a las prestaciones sociales como los beneficios legales que el empleador debe pagar a sus trabajadores adicionalmente al salario ordinario, para atender necesidades o cubrir riesgos originados durante el desarrollo de su actividad laboral.

1.3.2.4 Subsidio por maternidad

Con origen en el latín *Subsidium*, el concepto de subsidio permite identificar a una asistencia pública basada en una ayuda o beneficio de tipo económico. Se trata de un sistema enfocado a estimular el consumo o la producción, o de una ayuda que se otorga por un tiempo determinado.

El Subsidio por maternidad “es el dinero al que tienen derecho las gestantes aseguradas para compensar el tiempo que no trabajarán por su licencia de maternidad, después del parto y de los primeros cuidados del recién nacido” ESSALUD (2018).

Este se otorga a la madre por un periodo de 98 días. Regularmente, debe iniciar 49 días antes de la fecha probable del parto; sin embargo, la madre podrá decidir la fecha de inicio del descanso, previa autorización de su médico tratante. Asimismo, el subsidio podrá extenderse por 30 días adicionales si se tratara de un caso de parto múltiple o de un menor con discapacidad.

1.4. Hipótesis de la investigación

Los derechos laborales que tiene la madre intencional en la gestación por sustitución son:

- a) Descanso post natal por 49 días, que puede incluir los 30 días adicionales cuando el parto sea múltiple o el niño tenga alguna discapacidad.
- b) Permiso de lactancia.
- c) Derecho a la prestación económica del subsidio por maternidad de naturaleza contributiva, normada a nivel nacional.
- d) Protección ante el despido arbitrario en su centro laboral.

4.1 Operacionalización de las variables.

VARIABLES	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIONES	INDICADORES	UNIDAD DE ANÁLISIS	INSTRUMENTOS	FUENTES
Variable Dependiente Derechos laborales de la madre intencional.	Conjunto de derechos que son aplicables a los empleados del sector público y privado, cuando exista una relación de trabajo con una contraprestación patrimonial.	Constitucional Laboral	Sentencias internacionales que reconocen derechos laborales a la madre intencional.	Estudio dogmático de los derechos laborales.	Observación de documentos.	Directa
Variable independiente Gestación por sustitución	Es la acción voluntaria y alternativa de acceder a la maternidad, considerada una técnica de reproducción humana asistida, que consiste en gestar en reemplazo de otra persona, que no tiene la capacidad de gestación.	Civil Familiar	Sentencias a nivel nacional e internacional sobre la gestación por sustitución.	Estudio dogmático de la gestación por sustitución.	Observación de documentos	Directa

1.5. Metodología de investigación

1.5.1 Aspectos generales

1.5.1.1 Enfoque

La investigación que se realiza y tiene un enfoque cualitativo por tanto no se va a utilizar ninguna medición estadística, pero se van a estudiar las diferentes circunstancias normativas de las futuras madres en los diferentes tipos de sociedad.

1.5.1.2 Tipo

La investigación será del tipo básica porque no se manipula variables para solucionar el problema.

1.5.1.3 Diseño

El diseño es no experimental – descriptivo-, por lo que se estudió y analizó ordenamientos jurídicos en donde se ha regulado la gestación por sustitución y de los cuales ha derivado los derechos laborales a la madre intencional.

1.5.1.4 Dimensión temporal y espacial

La dimensión temporal es transversal, por lo que se va a estudiar los periodos 2017 y 2018. La dimensión espacial se refiere a los 9 países en los cuales se aplica esta práctica reproductiva (Canadá, Georgia, Grecia, Reino Unido, Australia, Estados Unidos, Ucrania, Rusia e India).

1.5.2 Aspectos específicos

1.5.2.1 Unidad de análisis, universo y muestra

En la investigación se analizó a profundidad los derechos laborales correspondientes a la madre intencional en las legislaciones donde se ha regulado la gestación por sustitución, tal es el caso de: Canadá, Georgia, Grecia, Reino Unido, Australia, Estados Unidos, Ucrania, Rusia e India; frente a esta situación seleccionaremos aquellos países donde realmente se consideran los derechos de las madres que anhelan tener hijos, la madre intencional, así consideraremos a Rusia y la India como referentes para este trabajo.

1.5.3 Métodos

El método utilizado es la dogmática jurídica por cuanto va más allá de la hermenéutica jurídica, pues lo que se pretende es realizar una interpretación de las diversas normas, pero no en forma aislada sino en forma sistemática; por tanto, en este trabajo de investigación se realizará el análisis de normativa jurídica de distintos ámbitos donde se ha legalizado la gestación por sustitución y los respectivos derechos laborales que ha adquirido la madre intencional.

También se utilizará la exégesis jurídica, pues esta investigación pretende la modificación legislativa, a fin de declarar expresamente los derechos laborales que asiste a una madre intencional.

1.5.4 Técnicas de investigación

La técnica de investigación es la observación documental por lo que se estudió la doctrina y normas de diferentes países.

1.5.5 Instrumentos

El instrumento de estudio es la Hoja de Recolección de datos, donde se colocó la información, de todo lo estudiado.

1.5.6 Limitaciones de la investigación.

En la investigación solo se realizó un análisis dogmático, pues no se analizó ningún expediente judicial o carpeta fiscal.

1.6. Aspectos éticos de la investigación

No se ha considerado, puesto que no se han analizado casos y tampoco se han utilizado instrumentos de recolección de datos que impliquen el contacto con las personas.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE LA NORMATIVIDAD COMPARADA EN DONDE HA SIDO LEGALIZADA LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, IDENTIFICANDO LOS DERECHOS LABORALES ADQUIRIDOS DE LA MADRE INTENCIONAL.

2.1. Naturaleza del derecho del trabajo

A lo largo de los años, se han manifestado dos posturas contrarias en la doctrina para determinar la naturaleza del derecho del trabajo. Por un lado, están quienes han identificado aspectos del Derecho Público en las relaciones regidas por el derecho laboral; “otro sector, atendiendo más bien al carácter particular de los sujetos de la relación y al interés privado perseguido por los mismos al contratar, prefiere ubicarlo dentro del Derecho Privado” (Álvarez, 2011, párr. 1). Al establecer las reglas en ambos derechos, se puede notar que, al normar las relaciones jurídicas de los sujetos, persiste la desigualdad. En el derecho privado, pareciera que las partes se ubican en un plano de igualdad jurídica, por el contrario, en el derecho público “los deberes que emergen de la relación provienen de una auto limitación de los poderes jurídicos correspondientes a cada una de ellas. Así como el pago de impuestos, el

servicio militar, etc.” (Álvarez, 2011, párr.2), como es notorio, allí prima el interés del Estado.

Sin embargo, se puede concluir que al derecho del trabajo no se lo puede clasificar en ninguna de las dos ramas, porque éste derecho está constituido por reglas convergentes de derecho privado y de derecho público. Asimismo, el derecho del trabajo está conformado por dos grandes grupos; el primero está formado por el derecho individual, aquel que protege a las mujeres, a los menores y tiene en cuenta a la previsión social, el segundo grupo, conformado por el derecho colectivo

2.2 Derecho laboral como derecho fundamental

El derecho al trabajo es regulado desde la Constitución en el Artículo 22° indicando que “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”. Con relación a este enunciado de nuestra Carta Magna, el Tribunal Constitucional (2002) ha señalado que “el contenido esencial de este derecho fundamental implica dos aspectos: el de acceder a un puesto de trabajo y el de no ser despedido sino por causa justa”, siendo así podemos determinar que este derecho tiene importancia constitucional, ya que dignifica a la persona, en consecuencia, guarda concordancia con el fin supremo de la sociedad y del Estado que se regula en la Constitución peruana.

Los derechos fundamentales se han constituido no sólo como atribuciones jurídicamente exigibles con las que cuenta toda persona, sino también son valores que el Estado y la comunidad deben tutelar y resguardar, siendo así, “El derecho al trabajo ha transitado por un proceso de constitucionalización, de modo tal que los derechos laborales han sido reconocidos como fundamentales en el Estado social y Democrático de Derecho, brindando tutela a todos los trabajadores” (Landa Arroyo, 2014, p. 219).

Para (Trueba 1981, p.135) el derecho al trabajo es “el conjunto de principios, normas e instituciones que protegen, dignifican y tienden a reivindicar a todos los que viven de sus esfuerzos materiales o intelectuales para la realización de su destino histórico: socializar la vida humana” en ese sentido de ideas se puede establecer que los trabajadores necesitan protección.

También podemos presentar las ideas de Alfred Hueck y H.C. Nipperdey, 2009, p.19) cuando consideran al derecho del trabajo como “el derecho especial de los trabajadores dependientes”, que busca “regular la utilización del trabajo ajeno por un empresario y la obtención de ganancias de él, permitiéndola, pero controlándola, y de encauzar los conflictos individuales y sociales que se originan en esa relación” (Neves 2007, p.11).

Se considera también pertinente la definición de (Kaskel y Dersch, 2019, p.48), cuando señalan que el derecho al trabajo es “el conjunto de normas jurídicas de índole estatal o autónomas, que regulan la situación jurídica de las personas directamente interesadas en la relación de trabajo dependiente, sea como trabajadores o empleadores”, finalmente, se ha considerado muy significativo el aporte que da (Borrel, 2006, p. 4) cuando indica que el derecho del trabajo es inconcluso “porque debe atemperarse a los cambios, reconocimientos y conquistas sociales que se vayan logrando, teniendo presente al trabajador como persona humana, su libertad y su dignidad” ello fundamenta la razón de la investigación, porque compartimos la esencia de prestar valor a la persona que labora en cualquier escenario, evento o cambio social. Los investigadores han planteado el respeto y reconocimiento de derechos a las mujeres que trabajan, especialmente a la madre, ya sea biológica o intencional.

2.3 Principios del derecho laboral

Los Principios del Derecho Laboral en la nueva ley del Derecho del Trabajo, “se constituyen como juicios de valor de dicha estructura normativa, donde resaltan también los valores básicos y se constituyen como las condiciones ético-jurídica de la comunidad laboral. Por ello, su tratamiento y discusión siempre resultará trascendente” (Gamarra, 2004, p. 8). También son definidos como: “Líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos” (Pla, 1978, p.9), siendo así, se puede determinar que la propuesta de los investigadores redunde en la promoción, orientación y encauzamiento de una norma nueva dentro de la legislación peruana, referida a los derechos laborales de la madre intencional en una futura regulación de la gestación por sustitución.

(Pasco, 2010, p. 152) Los principios del Derecho del trabajo son los siguientes: “Principio de veracidad, principio protector y criterio de conciencia en la exégesis de la prueba y equidad en la resolución” De éstos se ha optado por examinar el principio protector, ya que lo que se resalta “no es la idea de igualdad entre las personas, sino de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existen” (Pla, 1978, p. 25)

En este sentido, el principio descrito líneas arriba, debe proteger a quienes son considerados como vulnerables, en esta situación es la madre que trabaja, siendo necesario un trato igualitario con los demás trabajadores. La investigación se ha propuesto en dar el mismo trato y los mismos beneficios a las mujeres trabajadoras que logren tener hijos en la situación que sea, por ejemplo, en el caso de lograrlo utilizando alguna técnica reproductiva; por lo tanto, este principio debe entrar a tallar determinando las mismas prestaciones sociales tanto

para una madre biológica como a una madre intencional, de esta manera se dejará notar aquello que se pregona que es conveniente aquello que favorece al trabajador.

2.4. Relación del derecho laboral con otras disciplinas

Siendo el Derecho laboral una respuesta jurídica a un fenómeno social relevante, es que se ha considerado su vinculación con otras ramas del derecho, puesto que de allí emergen situaciones de tratamiento jurídico. Con respecto al tema, los investigadores han determinado su relación con las siguientes ramas: con el derecho civil, puesto que este es supletorio del derecho laboral y se aplica cuando falta normativa legal o contractual de trabajo que puedan resolver el caso controvertido, en la investigación referida a los acuerdos notariales necesarios para calificar a los subsidios de lactancia y maternidad; del mismo modo la investigación ha considerado la relación con el derecho constitucional, ya que es éste quien se encarga de estudiar la Constitución y la organización jurídica de la vida integral del Estado, es así que se relaciona con el derecho laboral porque éste se constituye con los principios y garantías fundamentales proclamados en la carta magna.

2.5. Protección legal y constitucional a la madre trabajadora

“La mujer se ha encontrado en una histórica situación de discriminación tanto en la vida social, cuanto en la vida política y jurídica” Sentencia del Tribunal Constitucional N° 05652-2007-PA. Por esta razón, las dos últimas constituciones han puesto énfasis en la protección de la mujer y de la madre, cuando se deja notar que “la comunidad y el estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono” (CPP, 1993, art. 4°) y cuando establece (art. 23°) que “el trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la

madre, al menor de edad y al impedido que trabajan” De estos artículos, se puede identificar y determinar que la madre trabajadora cuenta con protección constitucional, razón por la cual disfruta de beneficios; en consecuencia, una madre cualquiera sea su condición para serlo, debe disfrutar de derechos, en este caso laborales, que le permitan manejar su papel plenamente.

(Villanueva, 1997, p.486) “Hacemos hincapié en que es importante que los derechos fundamentales de la mujer y de la madre encuentren cobijo en el ámbito de la realidad, ya que no estamos ante un problema de reconocimiento, sino en cuanto a aplicación”. Al respecto, siendo la gestación por sustitución una opción reproductiva para mujeres que desean ser madres se hace necesario el reconocimiento de derechos, para ello la función del estado frente a la madre trabajadora debe ser el apoyo en el desarrollo integral y pleno de sus potencialidades como persona, contando con las mismas condiciones que el hombre y sobre todo respetando sus derechos fundamentales cuando se convierte en madre, el mayor de sus anhelos. También se ha querido acotar que el Tribunal Constitucional en su sentencia 05652-2007-PA, ha señalado que la protección de la mujer “no se limita a la condición biológica durante el embarazo y después de éste, sino también se extiende al ámbito estricto del desarrollo y a las vicisitudes de la relación laboral”, razón por la cual condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empleador.

De todo lo antes señalado, se puede intuir, que la legislación nacional en cuanto a protección especial, “no se da únicamente a la mujer por el hecho de serlo, sino que se ha diseñado para protegerla en su condición de madre, esto es, desde el embarazo” (Landa 2014, p.228), por lo que, “el Estado está obligado a proteger la vida en cuanto atributo le corresponde, tanto sobre la condición de persona ya nacida, como sobre la condición del sujeto de derecho que está por nacer” (Sentencia del tribunal constitucional 02005-2009-PA),

esto hace notar que la madre, el concebido y el recién nacido gozan de protección, en consecuencia, es óptimo afirmar que lo más importante es que la maternidad se extiende más allá del hecho biológico de gestar, parir y amamantar, porque esto es solo el inicio de un largo vínculo que deberá establecerse entre madre e hijo.

(Landa 2014, p.231) “Hacemos nuestra exhortación que la situación de la mujer en el Perú requiere de acciones positivas, destinadas a revertir la situación de desigualdad en la que se encuentran, para poder ejercer una maternidad con dignidad y sin discriminación de trato”, ante lo planteado por el autor, los investigadores han propuesto que todas las madres cualquiera sea su condición para lograrlo, deben contar con derechos laborales y prestaciones sociales que garanticen el óptimo cuidado a los recién nacidos, nuestra meta también radica en revertir la situación actual de estas mujeres trabajadoras.

2.6. Marco Histórico

2.6.1. Evolución histórica del derecho laboral

El derecho laboral surgió en Europa con la Revolución Industrial, y es reconocido como el acontecimiento de mayor relevancia para esta rama, puesto que, marcó el escenario del capitalismo industrial, en este escenario, las sociedades conocieron nuevos sistemas de producción, potenciando el uso de las innovaciones técnicas, alimentando el crecimiento de la productividad, con ello aumentó también la explotación del trabajo asalariado que eran controlados por los dueños del capital.

En los siglos XVIII y XIX imperaba la ideología del liberalismo, éste postulaba que solamente las leyes naturales del mercado deberían regular las relaciones entre los individuos, debiendo el estado abstenerse de regular las relaciones económicas. Asimismo, las condiciones de trabajo y de vidas que este sistema supuso, así tenemos bajos sueldos para los trabajadores, largas y agotadoras jornadas de trabajo, inseguras condiciones, falta de

salubridad en los centros de trabajo, así como alta mortalidad de niños y mujeres desprotegidos por este régimen. Esta situación “propició la reacción organizada de los trabajadores, planteando reclamaciones colectivas en busca de una mejora de su calidad de vida” (Boza 2014, p.17)

Del mismo modo, el Estado logró intervenir en esta situación, poniendo límites a la abusiva actuación de los empresarios, de esta manera se permitió el equilibrio en las negociaciones entre las partes, logrando el orden social y el fortalecimiento del movimiento obrero en pleno auge. Con esta loable actuación “se consolidó el derecho del trabajo como disciplina autónoma, propiciando la ruptura, con los principios jurídicos tradicionales y la aparición de principios propios, que respondiesen a la lógica de esta nueva rama jurídica” (Dela Villa, García & García Perrote, 1992, p.5). Será pues el estado quien se encargue de facilitar las condiciones adecuadas, como brindar protección y apoyo a los trabajadores.

Desde su desvinculación con el derecho civil, el proceso de evolución que se ha reconocido al derecho del trabajo se produjo entre los siglos XIX y XX. “La doctrina clásica ha distinguido en este proceso tres etapas claramente diferenciadas: La primera llamada de la prohibición; luego una de tolerancia; y, finalmente, una de reconocimiento” (Boza, 2014, p.19). Estas etapas se describen a continuación: (Boza, 2014, pp.19-20)

✓ La prohibición: Esta etapa tiene como actores destacados a los primeros sindicatos como organizaciones de trabajadores, constituidos en defensa de los intereses de los trabajadores y al Estado liberal, el cual empezaba a consolidar su propia legitimidad sobre la base de la soberanía o monopolización del poder. Si alguna función había sido asignada al Estado por la ideología liberal abstencionista fue, precisamente, la de mantener el orden público para evitar cualquier interferencia en el desenvolvimiento de las fuerzas del mercado. En ese proceder aparentemente esquizofrénico, el Estado abstencionista pasó por encima de

su propia ideología al reprimir severamente a las organizaciones colectivas de trabajadores. Era común encontrar tipificado en los diversos Códigos Penales a la sindicalización como una forma de atentado contra el orden público. Con toda propiedad, el mexicano Mario De la Cueva ha denominado a este momento de la historia como “la etapa heroica del Derecho del Trabajo”, pues muy a pesar de la actitud represiva del Estado frente a los sindicatos, éstos persistieron en su pugna por alcanzar condiciones humanas en el trabajo.

✓ La tolerancia: En algún momento, sea porque la presión social ejercida por los sindicatos era ya demasiado evidente, o por el arraigo democrático de algunos Estados, la represión sindical cesó y se suprimieron las sanciones que pesaban sobre los sindicatos. Sin embargo, esto aún distaba de la aceptación de las manifestaciones sindicales. En esta etapa, la actitud permisiva de los Estados respecto de la cuestión laboral encontró en paralelo una creciente preocupación por la recopilación de información estadística, mediante métodos de encuesta y/o registros administrativos, la cual devino en formas de intervención cada vez más intensas, como la llamada intervención científica en las relaciones laborales, la cual se plasmó en la elaboración de informes elaborados por connotados sociólogos que daban cuenta de la problemática laboral, todo lo cual fue el sustrato para la formulación de posteriores propuestas normativas para la regulación del trabajo.

✓ El reconocimiento: Llegado el momento, el Estado empezó a intervenir decididamente en las relaciones laborales, reconociendo un conjunto de derechos laborales. Los primeros derechos laborales en reconocerse fueron precisamente: Los relacionados a la jornada mínima; el goce del salario; y la prevención y reacción frente accidentes de trabajo. En cuanto a las relaciones colectivas de trabajo, el Estado empezó a establecer condiciones básicas para el desarrollo de las actividades sindicales.

2.7. Teorías empleadas

2.7.1. La constitucionalización de los derechos laborales

Es la Constitución una norma fundamental que regula las relaciones entre el poder público y los individuos, de hecho, desde allí, se puede considerar los derechos con los que cuenta el trabajador.

(Boza, 2014, p.20). “La Constitución de Querétaro (México) de 1917 y la Constitución de Weimar (Alemania) de 1919 son las dos Constituciones pioneras que, por vez primera, contemplaron en su articulado a los derechos sociales y entre ellos los laborales”. Estos textos constitucionales marcaron el inicio de la tendencia que se desarrolló en el siglo XX, extendiéndose luego a Europa y a Latinoamérica. Los derechos laborales cobran notoriedad y llegan a ocupar un lugar preponderante en el catálogo de los nuevos derechos sociales, “pudiendo hablarse, por ello, de una constitucionalización del Derecho del Trabajo e, incluso, de un Derecho Constitucional del Trabajo”. (Blancas, 2007, p.78).

En el contexto peruano, se puede indicar que es a partir de la Constitución de 1920 que se le da tratamiento legal a los derechos laborales, “allí encontramos como antecedente de la defensa del trabajo la prohibición de la esclavitud contenida en la Constitución de 1860 (artículo 17°), recogida asimismo en la efímera Constitución de 1867 (artículo 16°)” (Vidal, 1997, 167).

Es el mismo autor (Michael Vidal Salazar), quien describe acertadamente sobre las novedades sobre el derecho laboral en nuestras constituciones:

- ✓ La Constitución de 1933: Tiene un desarrollo importante del tema laboral, influenciado en un grado mucho mayor que su antecesora por los movimientos

sociales mundiales, pero además, por la situación de violencia que se vivió en el país durante el gobierno de Sánchez Cerro.

- ✓ La Constitución de 1979: Es la de contenido más amplio en materia laboral. A la influencia de las Constituciones sociales, se sumó la promulgación de normas internacionales sobre Derechos Humanos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales, posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Además, la pluralidad de ideas políticas en la Asamblea Constituyente enriqueció la discusión sobre el contenido de la nueva Carta Magna.

- ✓ El contenido laboral de la Constitución de 1993 resultó restrictivo con relación al de la Constitución anterior, caracterizándose por una flexibilización del reconocimiento de los derechos laborales materia de debate hasta el día de hoy.

Lo que se quiere rescatar desde la postura de los investigadores, es el tratamiento que se da a la madre trabajadora, es así como César Landa escribe acerca de la constitucionalización del Derecho del Trabajo, la cual se manifiesta en la protección otorgada a la mujer y a la madre embarazada, en tanto estas se encuentran en una situación vulnerable frente al empleador. Situación que ha provocado el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, señalando que la protección de la mujer abarca más allá del embarazo y parto, extendiéndose al ámbito del desarrollo y a las incidencias de la relación laboral, lo que genera las acciones organizativas y disciplinarias del empleador. Por ello, es potestad del Estado proteger a la madre que trabaja, con ello ha garantizado también el resguardo de la vida y desarrollo del menor nacido.

Por todo lo descrito anteriormente, se puede notar, la importancia del proceso de constitucionalización de los derechos laborales, situación que ha garantizado el respeto de los derechos del trabajador y fundamentalmente se han corregido algunas desigualdades existentes en la sociedad peruana. Esperemos que la propuesta planteada por los investigadores logre determinar los derechos laborales de la madre intencional en una futura regulación de la gestación por sustitución.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS EXISTENTES EN LA CONSTITUCIÓN, LEY GENERAL DEL TRABAJO Y DEL PROYECTO DE LEY N° 3404-2018 SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y PROPUESTA DE UNA LEY DONDE SE DECLARE LOS DERECHOS LABORALES DE LAS MADRES INTENCIONALES EN EL PERÚ.

3.1 Fundamentos existentes en la Constitución sobre la gestación por sustitución.

En la Constitución Política peruana de 1993, precisamente establece que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (Art. 1°). Se interpreta que efectivamente la persona humana y su dignidad, deben ser tomadas como el núcleo fundamental de los derechos humanos y en el cual deben girar las diversas normas que rigen la sociedad, es decir, que aquellas normas que regulan nuestras actividades – públicas y privadas - siempre tienen que velar por la protección de la persona y su dignidad y a la vez garantizar el ejercicio de estos dos elementos esenciales.

Aquel enunciado guarda relación con lo mencionado por Fernández Sessarego, “El derecho pretende, a través de su dimensión normativa eliminar, hasta donde sea posible, los

obstáculos que pudieran impedir el libre desarrollo personal “proyecto de vida”, es decir, de lo que la persona desea ser y hacer en su vida” (Gutiérrez Camacho, 2005, p. 42). Él menciona el libre desarrollo personal, como una actividad voluntaria del ser humano durante su existencia, dicho en otras palabras, hace referencia a que la persona humana siempre tendrá un deseo o un motivo en la vida, a lo que denomina también como proyecto de vida. Este libre desarrollo personal, tiene mucho que ver cuando nos referimos a una mujer que no puede tener hijos, ya sea porque es estéril o infértil, sin embargo, desea como parte de su proyecto de vida, ser madre y tener una familia propia. Derecho que no se le puede limitar con normas, porque efectivamente afecta su proyecto de vida, y como tal a su dignidad como persona humana.

Al respecto “La interpretación de conceptos como dignidad de la persona humana, libre desarrollo de la personalidad, igualdad, Estado social, bien común y bienestar, entre otros, son conceptos jurídicos abiertos en tanto permiten una escala de interpretación diferenciada” (Landa Arroyo, 2016, p. 15). Se entiende que, la interpretación de dignidad, libre desarrollo de la personalidad e igualdad, siempre tendrán una interpretación amplia, no restrictiva pues siempre deberá estar orientada al principio pro homine (pro hombre), en otras palabras, siempre deberá estar interpretada en favor del ser humano. En ese orden de ideas bien señala Gutiérrez cuando se refiere a la igualdad como derecho “La igualdad como derecho no solo implica la interdicción de la discriminación, sino la atribución y disfrute igual de los derechos y libertades reconocidos por el ordenamiento” (Gutiérrez Camacho, 2005, p. 85). Ahí hace referencia a que todos los habitantes del Estado, sin discriminación alguna, tienen la atribución de aquel derecho subjetivo y como tal a ejercerlo, y en caso de verse vulnerado en cualquiera de sus formas se puede acudir a las instancias judiciales y en diferentes instancias, a fin de hacerlo prevalecer y requerir su protección. Entonces podemos colegir que, el derecho de igualdad ante la ley, implica que una mujer que no puede tener hijos, también

tiene derecho a ser madre y a formar una familia, como toda persona humana, y que para ello no debe haber restricciones abstractas o normas desfasadas que contravengan el contenido de este derecho fundamental.

También es necesario indicar que la Constitución Política peruana de 1993, menciona que “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre” (Art. 3°). Como es de conocimiento, el artículo 3° de la Constitución es de *numerus apertus*, es decir, que abarca muchos más derechos que no se encuentran taxativamente en la Constitución; esto se debe a que el Derecho es dinámico y siempre surgirán nuevos hechos y derechos, y como tal poco a poco serán analizados, debatidos y regulados. Tal como sucede con el derecho de gozar los beneficios del progreso científico, reconocido por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 3 de enero de 1976, donde se establece en el párrafo b) “Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones” (Art. 15°). Este derecho implica que todos – sin distinción alguna - tenemos derecho a acceder al avance científico, precisamente cuando se trate temas de la salud y para la reproducción humana, esto siempre en igualdad de oportunidades. Sobre el particular, este derecho es muy necesario para aquellas personas que no pueden tener hijo, por ser estéril o infértil, pues son ellos quienes tienen el enorme deseo de tener un hijo, y así formar una familia propia; derecho que no debería limitarse, pues ya existen mecanismos científicos para la reproducción asistida, precisamente para acceder a la maternidad subrogada.

Como se ha indicado en los párrafos precedentes, la Constitución Política del Perú como norma principal, reconoce y garantiza el ejercicio de los derechos fundamentales, más allá de las negativas por aspectos religiosos, éticos o morales; esto tiene un gran significado porque solo así se efectiviza un Estado Constitucional de Derecho. Al respecto, se ha argumentado que todos tienen el derecho a realizar un proyecto vida, como el de trabajar y formar una

familia, se pone énfasis a estos dos conceptos pues en ellos está la razón de la presente investigación, primero porque el derecho al trabajo es el cimiento para la realización de los demás derechos fundamentales, y con ello se garantiza que una persona lleve una vida con dignidad. Ahora bien, el derecho a formar una familia, implica que cualquiera – hombre o mujer- pueda también acceder a ello en igualdad de condiciones. Ambos conceptos se han enfocado a la madre intencional, la que no puede concebir un hijo, pero si tiene el gran deseo de ser madre, de dar mucho amor a su hijo, educación y un hogar dentro de la sociedad; el cual puede hacerlo realidad, sometiéndose a un procedimiento de reproducción humana asistida y con intervención de una tercera persona –principalmente de una mujer-. Mientras se lleve aquel proceso, que finalizará con el alumbramiento de la gestante y entrega del recién nacido a la madre intencional, resulta pertinente que se proteja sus derechos laborales de la madre intencional tales como la licencia por maternidad – solo post parto-, permiso de lactancia, subsidio por maternidad y la protección ante el despido arbitrario.

3.2 Fundamentos de la Ley General de Trabajo

Desde épocas anteriores, el hombre siempre ha tratado de que el Estado pueda reconocer y regular sus derechos, tomando en cuenta las diversas declaraciones, tratados, convenios y pactos internacionales, a fin de que la persona humana – hombre y mujer- tengan una vida libre, digna y en igualdad de oportunidades. Situación que se ha logrado gracias a diversas protestas, y en relación a los derechos laborales, por ejemplo, el reconocimiento de las ocho horas laborables.

En ese sentido se precisa que, la Ley General de Trabajo del Perú en el artículo 303° precisa que, el descanso por maternidad es de cuarenta y cinco (45) días prenatal y también la misma cantidad de días de descanso postnatal. Sin embargo, existen otras normas que tienen relación con esta, por ejemplo esta la Ley N° 30367 Ley que protege a la madre trabajadora contra el

despido arbitrario y prolonga su periodo de descanso, aprobada con el Decreto Supremo N° 002-2016-TR el 08 de marzo del 2016, en la cual modifica el artículo 2° de la Ley N° 26644 Ley que precisa el goce del derecho de descanso prenatal y postnatal de la trabajadora gestante, ampliando el descanso por maternidad de noventa (90) días a noventa y ocho (98) días naturales, distribuido en cuarenta y nueve (49) días para la etapa de prenatal y postnatal respectivamente.

Mediante aquel Decreto Supremo, también se modifica el artículo 16° la Ley N° 26790 Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, aprobado por el Decreto Supremo N° 009-97-SA, del 09 de setiembre de 1997; el cual está referido al subsidio por maternidad, estableciéndose el otorgamiento de dinero a fin de resarcir el lucro cesante a consecuencia del alumbramiento y también para cubrir las necesidades – alimentación- del recién nacido. Precisándose que la modificación de aquel artículo regula el pago por subsidio de maternidad por noventa y ocho (98) días, y adicionalmente treinta días (30) más en situaciones de múltiples alumbramientos o cuando el recién nacido tenga alguna discapacidad. Al respecto, se debe dejar en claro que, para el acceso u otorgamiento a dicho pago – subsidio por maternidad-, el Ministerio de Salud requiere que se hayan aportado al seguro de salud – mediante su empleador - mínimo por tres meses consecutivos, obviamente que para ello también tiene que existir una relación laboral vigente – empleador y empleado - en el tiempo que goce de la prestación económica.

Por otro lado, la Ley General de Trabajo, también regula el despido nulo precisamente en el artículo 164° numeral 2) referido a “La discriminación directa o indirecta por razón de sexo, raza, origen [...] o de cualquier otra índole”, esto a fin de que el trabajador goce su permanencia o estabilidad en la empresa y que no sea despedido sin una causa justificada. De igual manera se puede indicar que en la Ley de Productividad y Competividad Laboral (en adelante LPCL), aprobado con Decreto Supremo N° 003-97-TR del 27 de marzo de 1997,

hace referencia al despido arbitrario como “por no haberse expresado causa”, esto hace referencia al despido arbitrario que materializa el empleador, solamente ejerciendo su potestad legal de despedir a su empleado, con el adicional de que aquel despido es a su libre voluntad, en términos coloquiales, porque le cae mal o porque se le dio la gana de despedirlo (García Granara, s/a, p. 247).

Otro derecho laboral para la madre trabajadora es el permiso por lactancia materna indicado en la Ley General de Trabajo precisamente en el artículo 308°, el cual es inherente e irrenunciable a las mujeres trabajadoras, el mismo que otorga una hora diaria a la madre, en el rango del horario laboral, y que le corresponde porque el recién nacido requiere alimentación y también tiempo para afianzar el vínculo de madre e hijo, el cual conllevará al normal desarrollo afectivo y psicológico del infante. Este permiso es hasta que el recién nacido cumpla un año de edad; precisando que aquella hora no será materia de descuento. Derecho que también está amparado en la Ley N° 27240 Ley que otorga permiso por lactancia materna, del 22 de diciembre de 1999.

De lo expuesto en los párrafos anteriores, se advierte que todos los derechos como licencia por maternidad, subsidio por maternidad, permiso de lactancia y protección ante despidos nulos o arbitrarios recaen en “la trabajadora gestante”, es decir, para la madre biológica que ha gestado y alumbrado a su hijo, y además de ello que, dicha madre tiene que tener una relación laboral vigente. Sin embargo, no especifica o contempla el reconocimiento de una trabajadora gestante que esté llevando el procedimiento de maternidad subrogada –hijo de otra persona- y tampoco hace referencia a los derechos que asiste a una madre intencional; quien sería responsable de cuidar al recién nacido después del alumbramiento y encargada de establecer el vínculo fundamental de madre e hijo. Por dicha razón se dejó establecido los cuatro derechos laborales que amparan a una mujer trabajadora, el mismo que le debe corresponder a una madre intencional.

3.3 Proyecto de Ley N° 3404/2018-CR

El Proyecto de Ley N° 3404/2018-CR, del 20 de setiembre del 2018, es el 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. Este proyecto tenía como objeto modificar el artículo 7° e introducir el artículo 7-A a la Ley N° 26842 Ley General de Salud, el cual iba a expresar que una tercera persona pueda, voluntariamente, optar en ayudar con la gestación mediante la técnica de reproducción humana asistida, pero no solo eso, sino también establecía una serie de requisitos y condiciones para la gestante y también para los padres intencionales, esto a fin de que puedan acceder y llevar a cabo la maternidad solidaria.

Lo importante de esta iniciativa legislativa, presentada por la Congresista Estelita Sonia Bustos Espinoza, buscaba garantizar y materializar el derecho que tiene una persona a fundar una familia y también el derecho de acceder a las técnicas de reproducción humana asistida, obviamente sin afectar derechos de terceros. Sin embargo, no se comparte la idea del término de maternidad solidaria pues este se entiende en sentido amplio, es decir, como aquella madre que cuida a otros niños de su entorno social –amigos o familiares- por alguna necesidad o falta de tiempo de los padres biológicos, y también se infiere como aquella madre que realiza la adopción de un hijo y que como tal cuidará y hará ejercicio de todos sus derechos como madre. En esa línea de ideas, se mantiene la posición del término de maternidad subrogada, tal como se define y usa en otros países.

Al referirse a dicho tratamiento – maternidad solidaria-, señala que este procedimiento debe ser consensual e indubitable, es decir, que están excluidos las personas que tengan incapacidad de ejercicios (absoluta o relativa) conforme al artículo 43° y 44° del Código Civil peruano, y esto tendría una razón fundamental, pues para acceder a este procedimiento

se necesita a una tercera persona –la que gestará- en un óptimo estado de salud –implica el estado psicológico- y capacidad de ejercicio, ello con la finalidad de que lleve una etapa de gestación sin complicaciones o problemas médicos, principalmente para garantizar la integridad de la gestante y del concebido.

De igual manera, se puede indicar que también es muy importante el acto jurídico realizado por los padres intencionales con la gestante, es decir, que tiene que cumplir con los requisitos de validez especificados en el artículo 140° del Código Civil peruano, tales como agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y la observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad. Además, se puede mencionar que este trámite consensual, debe realizarse notarialmente, a fin de establecer las condiciones y obligaciones de las partes.

Por otra parte, explica que este procedimiento de reproducción asistida, se realizaría sin fines de lucro, es decir, tiene dos aspectos que en definitiva pretende evitar y sancionar penalmente, el primero evitaría que terceras personas – principalmente mujeres en situación de vulnerabilidad- lo hagan o intervengan por necesidad económica y no por el valor de solidaridad o acto de humanidad hacía los padres intencionales que tienen el gran deseo de tener un hijo; y el segundo aspecto está dirigido a sancionar los actos de tráfico humano – comercio ilegal de personas- y también el delito de trata de personas con fines de venta de niños tipificado en el artículo 153° del Código Penal peruano. Ello con justa razón, porque así se evitará y sancionará penalmente cuando una mujer que inició el procedimiento de gestación, trate de desaparecer de su lugar de residencia sin comunicar a los padres intencionales, y luego vender aquel recién nacido por grandes sumas de dinero, hecho que puede realizarlo a nivel nacional e internacional.

Para tal fin este Proyecto de Ley propone que se adicione el artículo 7° -A. que estaría expreso de la siguiente manera: “La maternidad asistida y/o subrogada se realizará con el

aporte genético (material genético femenino y/o con el gameto masculino para su concepción) al menos de unos de los padres que recurre a este procedimiento, a fin de que la mujer que voluntariamente gestará en su vientre el embrión, no sea considerada automáticamente como progenitora. En el caso de que ambos padres de intención sean infértiles podrán recurrir a donantes voluntarios para el aporte de material genético, conforme lo permiten las técnicas médicas de reproducción humana”.

Como se aprecia aquel Proyecto de Ley es muy importante porque orienta a una modificación del artículo 7° de la Ley N° 26842 Ley General de Salud, el cual solamente habilita a recurrir a la técnica de reproducción asistida a la madre genética y madre gestante, es decir, a la misma persona. Por eso en la actualidad el artículo 7° de la Ley N° 26842 limita el acceso al derecho fundamental del desarrollo de la personalidad - proyecto de vida –, de una persona que añora con tener un hijo y así formar una familia, y también al derecho del acceso al avance científico, pues la gran mayoría de las mujeres tienen el deseo de ser madre. Sin embargo, si se modifica este artículo expresamente como antes se mencionó, las mujeres que son estériles o infértiles pueden acceder a este procedimiento de reproducción asistida con participación de una tercera persona, que puede ser una mujer que sea tenga un vínculo familiar consanguíneo, afinidad o amical, la misma que efectuaría la gestación en lugar de la madre intencional por amor, por solidaridad o por altruismo.

Los investigadores toman en cuenta el Código de Familia de la Federación de Rusia, aceptado el 08 de diciembre de 1995, modificado el 06 de febrero de 2020, del cual en su artículo 51 referido al registro de los padres del niño en el libro de registro de nacimiento, señala en los numerales 4 y 5 lo siguiente:

- 4) Las personas que están casadas y han dado su consentimiento por escrito para usar el método de inseminación artificial o para implantar un embrión, si tienen un hijo

como resultado del uso de estos métodos, sus padres los registran en el libro de registro de nacimientos.

5) Las personas que están casadas entre sí y que han dado su consentimiento por escrito para implantar un embrión a otra mujer con el fin de llevarlo, pueden ser registradas por los padres del niño solo con el consentimiento de la mujer que dio a luz al niño (madre sustituta).

En su Código de Familia, también definen a la “maternidad sustituta”, precisamente en el artículo 55 de dicho cuerpo normativo, en su numeral 9 señala:

La maternidad sustituta es el parto y el nacimiento de un hijo (incluido el parto prematuro) en virtud de un acuerdo celebrado entre una madre sustituta (una mujer que tiene un feto después de transferir un embrión de donante) y los padres potenciales cuyas células sexuales se utilizaron para la fertilización, o una mujer soltera, por que tener y dar a luz a un niño no es posible por razones médicas.

De igual manera en el mismo artículo en el numeral 10 especifica que:

Una madre sustituta puede ser una mujer entre las edades de veinte y treinta y cinco años, que tenga al menos un hijo sano, que haya recibido un informe médico sobre un estado de salud satisfactorio y haya dado su consentimiento informado por escrito para la intervención médica. Una mujer casada, registrada de la manera prescrita por la legislación de la Federación de Rusia, puede ser una madre sustituta solo con el consentimiento por escrito de su cónyuge. Una madre sustituta no puede ser donante de óvulo al mismo tiempo.

Al respecto, resulta importante mencionar aquellos textos normativos, porque Rusia si regula el contrato para la realización de la maternidad subrogada, pero allá lo denominan maternidad sustituta; estableciendo que no solo puede acceder al procedimiento de técnicas de reproducción asistida personas solteras sino también casadas, en este último caso con consentimiento del cónyuge. Otro tema importante es que establece requisitos para la gestante, como la edad de 20 a 35 años de edad, gozar de un estado de salud óptimo, y un aspecto singular es que requiere que haya tenido al menos un hijo, se entiende que no es cualquier hijo, es decir, que no haya tenido alguna enfermedad o discapacidad al nacer, sino un hijo sano. Es pertinente que aquellas condiciones y requisitos del Estado Ruso sean tomadas como referencia para esta investigación y su propuesta legislativa.

De igual forma tal como menciona Avellaneda Chumbre (peruana) en su tesis “Normatividad jurídica peruana y la legislación comparada sobre la gestación por sustitución” sobre el caso que se desarrolló en Suprema Corte de California, entre Mark y Crispina – padres intencionales – contra Anna – gestante por sustitución, quienes previamente habían pactado un contrato de gestación por sustitución, sin embargo, esta última requería ser declarada la madre legal del recién nacido por ser quien había alumbrado al niño, amparándose en lo estipulado en el artículo 7003 del Código Civil de California – Estados Unidos y a su vez los padres intencionales sostenían que eran ellos quienes habían aportado genéticamente el embrión razón por la cual el vínculo genético estaba corroborado que, Crispina era la madre, dicho argumento lo sustentaba en el artículo 7015 del Código Civil de California. Sobre el particular, la Suprema Corte de California concluyo a favor de la señora Crispina, fundamentando que Crispina tenía desde un inicio la intención – antes del contrato-, el propósito de procrear y criar un hijo como propio, y adicionalmente se indicó como un argumento lógico, la intención, es decir, que sin aquella intención –tener un hijo-, el infante jamás hubiese nacido (Lamm, 2013, p. 43).

De lo indicado, se puede apreciar que el fundamento adoptado por la Suprema Corte de California, fue en señalar que madre no es necesariamente aquella quien alumbró a un niño, sino quien desde un principio tiene la intención de procrear, darle los cuidados necesarios y formar una familia propia. Entonces es cierto que la intención es realmente importante, pues sin aquella intención de la madre intencional no se realizaría el inicio de la vida humana del infante.

3.3.1 El compromiso de gestación por sustitución.

Los partícipes del compromiso de gestación por sustitución, son los padres intencionales quienes tienen el deseo de tener un hijo y por otra parte la mujer –género fundamental- quien permitirá el implante del embrión en su útero mediante el procedimiento de la técnica de reproducción asistida. Para este compromiso están excluidos las personas que tengan incapacidad de ejercicios (absoluta o relativa) conforme al artículo 43° y 44° del Código Civil peruano, pues para este procedimiento se necesita que la mujer esté en un óptimo estado de salud –implica el estado psicológico- y capacidad de ejercicio. Este requisito tiene como objetivo el garantizar una etapa de gestación sin complicaciones o problemas médicos, principalmente para garantizar la integridad de la gestante y del concebido.

Este compromiso se puede clasificar en dos aspectos: Primero en relación a la aportación de gametos: gestación por sustitución tradicional y gestacional; y segundo en atención al carácter económico. La gestación tradicional está contemplada en el artículo 7° de la Ley N° 26842 Ley General de Salud, es decir, que la madre genética y gestante sean la misma persona. Por otro lado, como señala una investigación sobre la gestación por sustitución en Chile en relación a la sustitución gestacional:

La concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente a la madre gestante, que normalmente son de la madre comitente, no obstante, en los casos en que esta última no puede producir óvulos o no lo puede hacer en condiciones de viabilidad, los aporta otra mujer. Dado que la maternidad subrogada gestacional, disocia la maternidad genética de la gestacional, requiere que la fecundación del óvulo u óvulos con espermatozoides del padre comitente o de donante se lleve a cabo en el laboratorio (Barría Duarte, 2016, p. 16).

En relación al carácter económico se considera que deberá ser altruista, es decir, que aquella mujer que se somete a este compromiso – la gestante- lo realizará en forma gratuita, en otras palabras, por amor hacia quien desea tener un hijo, por solidaridad o como un acto de humanidad hacia la madre intencional, ya sea por motivos de amistad, afinidad o consanguinidad. Tal como sucede en otros países, esto con la finalidad de evitar actos de tráfico humano o el delito de trata de personas; sin embargo, es pertinente mencionar que los comitentes cubran los gastos realizados por la gestante que hayan sido originados en forma inesperada, y que pongan en riesgo la salud de la gestante y del concebido. Pues si se lleva una gestación con normalidad, los gastos deberán ser reembolsados por los comitentes luego del alumbramiento.

En esa línea de ideas, este compromiso deberá ser suscrito en acuerdo consensual e informado, estableciéndose los derechos y obligaciones de las partes durante la etapa previa, gestación o delante de este, así como en el post parto; todo ello debe ser realizado ante un notario público de la ciudad de los residentes.

Finalmente se adopta el texto del Proyecto de Ley N° 3404-2018-CR, Proyecto de Ley que regula los requisitos y procedimiento de la maternidad solidaria mediante el uso de técnicas de reproducción asistida como derecho humano a ser madre, el cual busca la modificación del

artículo 7° de la Ley General de Salud e incorporar el 7-A que estaría expreso de la siguiente manera:

“La maternidad asistida y/o subrogada se realizará con el aporte genético (material genético femenino y/o con el gameto masculino para su concepción) al menos de unos de los padres que recurre a este procedimiento, a fin de que la mujer que voluntariamente gestará en su vientre el embrión, no sea considerada automáticamente como progenitora. En el caso de que ambos padres de intención sean infértiles podrán recurrir a donantes voluntarios para el aporte de material genético, conforme lo permiten las técnicas médicas de reproducción humana”.

En relación a los requisitos y procedimientos para los comitentes y la gestante en la maternidad subrogada, también se adopta el texto del proyecto de ley, pues guarda relación con los textos de la legislación de familia de Rusia.

Aquellos textos resultan muy importantes para todas las mujeres que desear cumplir su deseo de ser madre, como parte de su proyecto vida, y que solo así se materializa el derecho fundamental a la igualdad, así como al acceso del avance de la ciencia y tecnología; todo ello está interpretado en pro de que la madre intencional ejerza tales derechos con la finalidad de que tenga una vida digna.

3.4 Propuesta normativa sobre los derechos laborales de la madre intencional

En concordancia con todo lo indicado, aquella persona que se somete a la técnica de reproducción humana asistida (TERAS), denominada “madre intencional”, que tenga una relación de trabajo, debe gozar de todos los derechos labores que asiste a una madre biológica, en igualdad de condiciones, porque es ella quien anhela desde un inicio la concepción de un hijo, y será ella misma quien le de cuidados, la alimentación necesaria y la creación del vínculo humano de madre e hijo. Derechos tales como la licencia por

maternidad por cuarenta y nueve (49) días naturales post natal, el derecho al permiso por lactancia por espacio de un año (01), el goce del subsidio por maternidad (previa comunicación de la existencia del compromiso notarial por maternidad subrogada hacia el empleador) y el derecho a la protección ante el despido arbitrario. Los cuales se proponen y justifican en el proyecto de Ley que se encuentra en el anexo.

CAPÍTULO IV

LA CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS: RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Se ha demostrado que, la hipótesis planteada en este trabajo de investigación, es una respuesta óptima que ampara y garantiza el ejercicio de los derechos de la madre intencional en el ámbito laboral.

4.1 La madre intencional:

Se ha determinado que la madre intencional es quien debe gozar de derechos laborales, en igualdad de condiciones que una madre biológica porque su naturaleza la ha destinado a ser madre, también porque así realiza una parte de su proyecto de vida, es decir, el derecho que tiene a fundar una familia; y en caso de que no pueda tener hijos tiene todo el derecho de acceder a los beneficios de la ciencia y la tecnología, precisamente a una técnica de reproducción asistida.

4.2 Derechos laborales:

De lo planteado en la presente investigación se considera que, así como la madre trabajadora, la madre intencional también debería gozar de los derechos de licencia por maternidad, lactancia, subsidio por maternidad y protección ante el despido arbitrario.

La licencia por maternidad de 49 días naturales – post natal-, le corresponde porque la madre intencional es quien tiene que darle los primeros cuidados y alimentación al recién nacido, así como generar el vínculo de amor y afecto existente entre una madre y un hijo.

El derecho de lactancia, necesariamente le corresponde porque es un tiempo necesario para la alimentación del infante, toda vez que es fundamental para su supervivencia y desarrollo psicosomático en sus primeros meses de vida.

El subsidio por maternidad, debe corresponderle a la madre intencional porque si bien es cierto que ella no cuenta con los controles de maternidad que se realiza en ESSALUD – requisito formal para acceder a ello-, esta madre intencional cuenta con un compromiso notarial por maternidad subrogada, la cual fue un acuerdo legal celebrado anticipadamente entre la comitente y la gestante.

Así mismo, está la protección ante el despido arbitrario, pues en la realidad puede suceder que el empleador despida a una madre intencional porque ella reclame ante su empleador una licencia por maternidad o permiso de lactancia, y este le responda negativamente, aduciendo que no le corresponde porque ella no habría gestado, sin embargo, esto se solucionaría con una comunicación verbal o expreso previo al empleador, es decir, haciéndole de conocimiento sobre la existencia del compromiso notarial por maternidad subrogada.

En esa línea argumentativa y al tratarse de un trabajo netamente dogmático se han utilizado fundamentos jurídicos constitucionales y normativos que sustentan los derechos laborales para la madre intencional. El cual resulta muy importante en la práctica pues muchas madres pueden acceder al procedimiento de maternidad subrogada y con ello cumplir la aspiración de ser madre, además de ello, se pretende que se reconozca y garantice los derechos laborales de la madre intencional.

CONCLUSIONES

En consideración de la investigación realizada, se llega a las conclusiones siguientes:

- Los derechos laborales que le corresponden a la madre intencional en la gestación por sustitución son: Descanso post natal por 49 días, que puede incluir los 30 días adicionales cuando el parto sea múltiple o el niño tenga alguna discapacidad, el permiso de lactancia, el derecho a la prestación económica del subsidio por maternidad de la naturaleza contributiva y la protección ante el despido arbitrario en su centro laboral.
- En relación a la normatividad comparada, la práctica de la gestación por sustitución en algunos estados está totalmente prohibido, en otros declaran nulo el contrato de gestación por sustitución, y en cambio en otros países como Rusia, India y el estado de California está autorizada tal procedimiento, pero con ciertos requisitos y obligaciones. De igual manera, se ha apreciado que en Colombia y Chile también vienen realizando trabajos doctrinales para su regulación.
- La Constitución Política del Perú ampara el derecho a la igualdad, el derecho al acceso del avance científico, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a fundar una familia, todas ellas enfocadas a que una persona logre materializar una parte de su proyecto de vida, es decir, que una mujer pueda tener un hijo. En la Ley General del Trabajo, si bien es cierto que no establece expresamente los derechos de una madre intencional, es pertinente realizar una interpretación sistemática y finalista, a fin de reconocer los derechos laborales que favorezca a la madre intencional, ya que es ella quien desde un inicio tiene la intención de procrear y criar un hijo. Y por ello se ha cumplido con proponer un proyecto de ley que reconoce los derechos laborales de la madre intencional.

RECOMENDACIONES

- La gestación por sustitución, así como los derechos laborales que asiste a la madre intencional, en la actualidad no está regulada en el sistema jurídico peruano. Razón por la cual se deberá seguir estudiando diversas doctrinas en la legislación comparada para determinar los derechos y obligaciones de los padres intencionales y del Estado, así como los vacíos legales y los efectos negativos que se podrían producir. En ese orden de ideas también se recomienda el estudio de la mujer gestante, es decir, que también debería de gozar de derechos laborales durante la etapa de gestación, pues ella luego de dar a luz ya no tendrá una relación obligacional con el infante.
- Se sugiere profundizar sobre la legislación comparada en relación a los derechos laborales en un proceso de gestación por sustitución, por ejemplo, en la licencia de paternidad, el cual no ha sido desarrollado en la investigación, ya que este derecho puede adquirir un padre (biológico o no) o una pareja denominada como lesbianas, gays, bisexuales, personas transgénero e intersexuales (LGBTI), precisamente las lesbianas, ya que una de ellas cumplirá el rol masculino.
- Se recomienda que, en caso de presentarse procesos judiciales sobre la gestación por sustitución, así como el goce de los derechos laborales en pro de una madre intencional, los magistrados deben realizar una interpretación sistemática y finalista, tomando en cuenta los convenios internacionales de derechos humanos en la cual el Perú es parte. Y así evitar que el propio Estado discrimine al ser humano por alguna condición.

LISTA DE REFERENCIAS

- Álvarez, J. (2011). *Naturaleza Jurídica del derecho laboral*. Recuperado de:
<http://derecholaboral1urbe.blogspot.com/2011/05/naturaleza-juridica-del-derecho-laboral.html>
- Arce L. Salazar, P. (2019). *Consecuencias Jurídicas que generan los acuerdos de Maternidad Subrogada en el Sistema Jurídico Civil Peruano*. Tesis para obtener el título de abogado. Universidad Antonio Guillermo Urrelo.
- Barría Duarte, O. (2016). *Análisis de la regulación legal en Chile de la gestación por sustitución*. Memoria para optar el grado de licenciado en ciencia jurídicas y sociales. Recuperado de <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2016/fjb275a/doc/fjb275a.pdf>
- Borrel, M. (2006). *Análisis Práctico y Jurisprudencial del Derecho Mexicano del Trabajo*. México: Sista.
- Boza Pró, G. (2014). *Surgimiento, evolución y consolidación del Derecho del Trabajo*. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10846/11352>
- Blancas, C. (2007). *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Cruz Villalón, Jesús. (2008). *Compendio de Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos.
- Casación N° 06374-2016-Lima.

Culqui, A. (2018). *Embarazo y maternidad: 5 cosas que debes saber sobre tus derechos laborales*. Recuperado de: <https://tuconsultalaboral.pe/blog/embarazo-y-maternidad-5-cosas-que-debes-saber-sobre-tus-derechos-laborales>

Definición de consanguinidad. (2019). *La consanguinidad*. Recuperado de: <https://definicion.de/consanguinidad/>

Dela Villa, García Becedas & García Perrote (1992). *Instituciones de Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Ceura.

Directiva N° 09 – ESSALUD (2016). *Pago de subsidio por maternidad*. Recuperado de: http://www.essalud.gob.pe/transparencia/pdf/informacion/RESOLUCION_518_GG_ES_SALUD_2016.pdf

ESSALUD (2019). *Subsidio de lactancia*. Recuperado de: <https://www.gob.pe/266-subsidio-por-lactancia-essalud>

ESSALUD (2018). *Subsidio por maternidad*. Recuperado de: <https://www.gob.pe/291-subsidio-por-maternidad-essalud>

Ermida Uriarte, O. (1995). *La Constitución y el Derecho Laboral*. Montevideo: Fondo de Cultura Universitaria.

Gamarra, L. (2004). *Los principios del derecho laboral en la nueva ley general del trabajo*. Centro de investigación parlamentaria del Perú.

García Granara, F. (s/a). *El derecho al empleo y despido arbitrario. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Telefónica*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/17268/17555/0>

González, D. (2016). *La maternidad como situación protegida en el derecho del trabajo y en el derecho de la seguridad social, en especial la maternidad por subrogación*. Tesis para obtener el grado de máster, universidad Complutense de Madrid. Recuperado de: <https://eprints.ucm.es/38166/1/TFM%20.pdf>

Gutiérrez Camacho, W. (2005). *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo* (t. 1). Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, M.P. (2010) *Metodología de la Investigación*. (5°ed.) México: Editorial Interamericana Editores S.A.

Hueck, A y Nipperdey, H. (2009). *Compendio de derecho del trabajo*. Revista de derecho privado, Madrid.

Jiménez Suarez, C., Romero Corredor, Y., Londoño Carrillo, I. Vásquez Cerrano, J. (2016). *“Análisis de la Maternidad subrogada en la Legislación colombiana”*. (Monografía para la obtención de título de abogado). Colombia: Universidad Libre Bogotá D.C.

Kaskel, W. Y Dersch (2019). *Derecho del trabajo*, Buenos Aires, Ediciones de Palma. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4458/7.pdf>

Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Universidad de Barcelona. Recuperado de: <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/115984/1/9788447537730%20%28Creative%20Commons%29.pdf>

Landa Arroyo, C. (2002). *Teorías de los derechos fundamentales*. Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/cuc/article/view/2048/1610>

Landa Arroyo, C. (2014). *El derecho del trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización: análisis especial del caso de la mujer y la madre trabajadora*. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10870/11375>

Landa Arroyo, C. (diciembre, 2016). *Dignidad de la persona humana*. Recuperada de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/15957/16381/0>

Martínez, V. (2015). *Maternidad subrogada, una mirada a su regulación en México*, en Dikaion, vol. 24.

Neves, Javier. (2007). *Introducción al Derecho Laboral*. Segunda edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Neves Mujica, J. (2009). *“Introducción al Derecho del Trabajo”*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ojeda, A. (2007). *La genealogía del contrato de trabajo*. Civitas. Revista española de derecho del trabajo.

Pinto Lozano, L. (2013). *Hermenéutica Jurídica*. Recuperado de: <http://docenteuniciencia.blogspot.com/2013/04/hermeneutica-juridica.html>

Real Academia de la Lengua Española. (2019). *Definición de Gestación por sustitución*. Recuperado de: <https://dej.rae.es/lema/gestaci%C3%B3n-por-sustituci%C3%B3n>

Rubio Miranda, K. (2017). *Problemática jurídica referente al acceso de la mujer sola a las técnicas de reproducción humana asistida en el Perú*. Tesis para obtener el título de abogada. Universidad Nacional de Trujillo. Recuperado de: http://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/8149/RubioMiranda_K.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Rubio Sanchis, M. (2012). *Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante*. Universidad de Salamanca. Recuperado de: https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/118704/1/TFM_EstudiosInterdisciplinariosGenero_RubioSanchis_MJ.pdf

Saavedra Pérez, S. (2017). *Aspectos Jurídicos relevantes en la maternidad subrogada: un análisis a la realidad peruana*. Tesis para obtener el título de abogado. Universidad César Vallejo. Recuperado de: http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/UCV/10276/saavedra_ps.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Sentencia del Tribunal Constitucional. (2002). 01124-2001-AA. Fundamento jurídico 12.

Sentencia del Tribunal Constitucional. (2008) 05652-2007-PA. Fundamento jurídico 48.

Sentencia del Tribunal Constitucional. (2008). 05652-2007-PA. Fundamento jurídico 51.

Sentencia del Tribunal Constitucional. (2009). 02005-2009-PA. Voto singular de los magistrados Landa Arroyo y Calle Hayen. Fundamento jurídico 11.

Tomaya, J. y Angeles, K. (1994). *Seguridad social peruana: Sistemas y perspectivas*.

Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5110415.pdf>

Trueba, A. (1981). *Nuevo derecho del trabajo*, 6^a.ed., México: Porrúa.

Universidad Interamericana para el Desarrollo. (2012). *Derecho laboral*. México.

Recuperado de:

https://moodle2.unid.edu.mx/dts_cursos_mdj/ejec/AE/DL/S01/DL01_Lectura.pdf

Vidal, M. (1997). *Los derechos laborales en las constituciones peruanas*. Recuperado de:

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/download/18528/18768/>

Villanueva, R. (1997). *Análisis del Derecho y perspectiva de género*. En: Derecho PUCP 51.

Voz libre. (2018). *¿En qué países es legal la gestación subrogada?*. Recuperado de:

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

ANEXOS

Proyecto de Ley N° _____



PROYECTO DE LEY

LEY QUE RECONOCE DERECHOS LABORALES A LA MADRE INTENCIONAL LUEGO DE INICIAR EL PROCEDIMIENTO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

FÓRMULA LEGAL DEL PROYECTO DE LEY

LEY QUE RECONOCE DERECHOS LABORALES A LA MADRE INTENCIONAL LUEGO DE INICIAR EL PROCEDIMIENTO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

Artículo único: Objeto de la Ley

La presente Ley tiene como objeto reconocer los derechos laborales de la madre intencional luego de iniciar el procedimiento de gestación por sustitución; derechos que deben entenderse así en la Ley General de Trabajo del Estado peruano y que quedará redactado en los términos siguientes:

Primero: Madre intencional es aquella persona que tiene problemas de infertilidad o esterilidad y por ello inicia el procedimiento de una técnica de reproducción humana asistida (TERAS), con participación de una tercera persona (mujer gestante), la misma que sustituye

en el proceso de gestación por amor, solidaridad o acto humanitario, con la finalidad de que la madre intencional pueda tener una familia, y así hacer realidad una parte de su proyecto de vida en la sociedad.

Segundo: Previamente cabe mencionar que los derechos laborales reconocidos en esta Ley General de Trabajo, precisa en el artículo 47° once (11) numerales donde establece los derechos que gozan los trabajadores –hombre y mujer- en una relación de trabajo; sin embargo, es en el último donde se indica que “Los demás que establece la presente Ley o que se deriven específicamente del contrato de trabajo”, esto implica los derechos netamente laborales y que no se encuentran en esta Ley, por ejemplo, el subsidio económico por maternidad.

Al respecto, en la Ley General de Trabajo precisamente en el artículo 308°, solamente se precisa el término de “madre trabajadora”, es por ello que aquel término solo hace referencia a la madre biológica, es decir, quien aportó su óvulo y quien ejercerá las obligaciones con el recién nacido; sin embargo, debe entenderse que la madre trabajadora es también una madre intencional, si bien es cierto que esta última no llevará el proceso de gestación y los inconvenientes que se producen en esta etapa, es ella quien desde un inicio tuvo la intención, el propósito de procrear y criar un hijo como propio, y que sin aquella intención el infante no habría existido. Entonces si aquella madre intencional tiene una relación de trabajo vigente, por lo tanto, también debe gozar de todos los derechos labores que asiste a una madre biológica, en igualdad de condiciones.

En ese orden de ideas se debe interpretar que los derechos laborales estipulados en la Ley General de Trabajo para la madre trabajadora, también en igual intensidad debe ser reconocido a la madre intencional, derechos tales como a la licencia por maternidad por

cuarenta y nueve (49) días naturales post natal y treinta días (30) adicionales en caso de que el parto sea múltiple o cuando el recién nacido tenga alguna discapacidad, el derecho al permiso por lactancia por espacio de un año (01) a fin de brindarle asistencia y alimentación al recién nacido, el goce del subsidio económico por maternidad (previa comunicación de la existencia del compromiso notarial por maternidad subrogada hacia el empleador) por el tiempo de noventa y ocho días (98) y treinta días (30) adicionales en caso de que el parto sea múltiple o cuando el recién nacido tenga alguna discapacidad y también el derecho a la protección ante el despido arbitrario.

Disposiciones finales

Primera.- Modifíquese toda norma que se oponga a las disposiciones dadas en esta ley, en razón al derecho fundamental de la igualdad.

Segunda.- La presente ley entrará en vigencia a los 15 días de su publicación.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los días del mes de de

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la casa de gobierno, en Lima, a los días del mes de

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Existen gran cantidad de personas que tienen problemas de infertilidad, principalmente mujeres, pese a aquel obstáculo, ellas han buscado con sus respectivas parejas una y mil maneras de poder fecundar. Mujeres que desean desde lo más profundo de su ser, cumplir el

anhelo de ser madre, fundar una familia y brindarle todo el afecto y cuidado a un hijo. Es por dicha razón que, se requiere una norma en la cual se establezca el acceso a la gestación por sustitución sin las limitaciones que establece el artículo 7° de la Ley General de Salud del Estado peruano, pero además de ello que, aquella madre intencional una vez iniciado aquel procedimiento de reproducción humana asistida, esta madre también pueda gozar de derechos laborales, en igualdad de condiciones que una madre biológica en una relación de trabajo.

Respecto a los derechos laborales, que establece la Ley General de Trabajo y el artículo 16° la Ley N° 26790 Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, aprobado por el Decreto Supremo N° 009-97-SA, del 09 de setiembre de 1997, en beneficio de la madre trabajadora; sin embargo, no solo debe realizarse una interpretación literal, al término de madre trabajadora como aquella que aporta genéticamente su óvulo y lleva la gestación del concebido, sino que se debe realizarse una interpretación sistemática y finalista, es decir, que madre también es quien desde un inicio tiene el anhelo e intención de procrear y cuidar a un hijo, pero que por razones biológicas – infertilidad o esterilidad- no puede tener uno; por dicho razón se le denomina madre intencional. Entonces en ese orden de ideas se pretende la declaración de los derechos laborales que asiste a la madre intencional, tales como el derecho a acceder a la licencia por maternidad por cuarenta y nueve (49) días naturales post natal, el derecho al permiso por lactancia por espacio de un año (01), el goce del subsidio por maternidad y el derecho a la protección ante el despido arbitrario, en amparo y en cumplimiento de los derechos fundamentales que se encuentran plasmado en la Constitución Política del Perú de 1993, así como en los diversas normas internacionales sobre derechos humanos en la cual somos parte.

EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN

NACIONAL

La propuesta legislativa en estricto propone reconocer los derechos laborales mencionados en esta Ley para la madre intencional.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

Se puede garantizar que la presente iniciativa legislativa no ocasionará gastos extraordinarios al Erario Nacional, por cuanto se trata de una la materialización de derechos fundamentales para la madre intencional tal igual que una madre biológica.

Proyecto de Ley N° 3404/2018-CR



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.

Los congresistas que suscriben y por iniciativa de la Congresista ESTELITA SONIA BUSTOS ESPINOZA, en uso de sus facultades de iniciativa legislativa que les confiere el artículo 107° de la Constitución Política y los artículos 22° inciso ,, 75° y 76°, del Reglamento del Congreso de la República, proponen el siguiente:

PROYECTO QUE REGULA LOS REQUISITOS Y PROCEDIMIENTOS DE LA
MATERNIDAD SOLIDARIA MEDIANTE EL USO DE TÉCNICAS DE
REPRODUCCIÓN ASISTIDA COMO DERECHO HUMANO A SER MADRE.

El Congreso de la República

Ha dado la Ley Siguiente:

Artículo 1°. Objeto

La presente Ley tiene por objeto modificar el artículo 7° e incorporar el artículo 7-A a la Ley N°26842, Ley General de Salud, con la finalidad de evitar vacíos legislativos respecto a que en la actualidad sólo pueden acceder a dicha técnica las personas que presenten el diagnóstico de infertilidad, es decir que la madre genética y la madre gestante sean la misma persona, en consecuencia, dicha modificación regulará el procedimiento cuando terceras personas opten por colaborar con la técnica de reproducción humana asistida, así como el de establecer los requisitos y condiciones a presentar por las partes que voluntariamente accedan a la maternidad subrogada de forma solidaria y sin fines de lucro, a efectos de evitar vicios en el acuerdo contractual, así como evitar la mala praxis por parte de las clínicas y/o hospitales que lleven a cabo estos procedimientos, los mismos que deben contar con los protocolos médicos necesarios, caso contrario serán terceros civilmente responsables de las imprevistos que podrían suscitarse, sin perjuicio de ser sancionados penalmente según corresponda y finalmente evitar así actos de tráfico humano y trata de personas.

La presente iniciativa legislativa permite salvaguardar el derecho humano a fundar una familia, así como el derecho a acceder a las técnicas de reproducción asistida, siempre que ello no afecte los derechos de terceros.

COMISIÓN DE SALUD Y FAMILIA
21 SET. 2018
RECIBIDO
HORA 11:30

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
20/SEP 2018
HUGO CORTEZ TORRES
REDACTARIO

Artículo 2°. Modificación del artículo 7° de la Ley 26842, Ley General de Salud.

Modifíquese el artículo 7° de la Ley 26842, Ley General de Salud, el mismo que quedará redactado de la siguiente forma:

"Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida, la condición de madre genética y de madre gestante podrá recaer sobre la misma persona o sobre una tercera persona siempre que los padres de intención presenten problemas de infertilidad como diagnóstico previo, debidamente certificada e informe suscrito por el médico especialista tratante, asimismo la clínica y /o hospital que realice dicho procedimiento de maternidad subrogada deberá cumplir con todos los protocolos de salud con la finalidad de evitar actos de negligencia médica, de no actuar así será considerado tercero civilmente responsable, sin perjuicios de las sanciones administrativas y penales que pudieran resultar.

De lo expuesto en el párrafo anterior, se tiene que dicho tratamiento será de carácter solidario y reservado entre las partes que voluntariamente accedan al uso de las técnicas de reproducción humana asistida de manera consensual e indubitable conforme a los artículos 43°, 44° y el 140° del Código Civil Peruano, sin fines de lucro, evitando así la comercialización de los embriones y gametos ya crioconservados y actos que favorezcan el tráfico y la trata de personas en cualquiera de sus formas.

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

Artículo 3°. Incorporación del artículo 7°- A de la Ley 26842, Ley General de Salud.

Incorpórese el artículo 7°- A de la Ley 26842, Ley General de Salud, el mismo que quedará redactado de la siguiente forma:

"Artículo 7° - A.- La maternidad asistida y/o subrogada se realizará con el aporte genético (material genético femenino y/o con el gameto masculino para su concepción) al menos de uno de los padres que recurre a este procedimiento, a fin de que la mujer que voluntariamente gestará en su vientre al embrión, no sea considerada automáticamente como progenitora.

En el caso de que ambos padres de intención sean infértiles podrán recurrir a donantes voluntarios para el aporte de material genético, conforme lo permiten las técnicas médicas de reproducción humana"

Artículo 4°. - Requisitos Legales

De los padres

De igual modo, los padres de intención implicados en este proceso de maternidad asistida, también deberán cumplir con unos parámetros:

- 1.-Ser peruanos de nacimiento o poseer la nacionalidad y/o residir legalmente en el Perú.
- 2.-Ser mayores de 24 años y menores de 47 años.
- 3.-Certificado Médico que acredite la capacidad física, mental y emocional de los padres. (conforme a los artículos 43°, 44° y el 140° del Código Civil Peruano)
- 4.-Ser pareja casada y/o en unión de hecho perfecta certificada por notario público.
- 5.-Los padres o al menos uno de ellos deberá aportar sus genes en la fecundación. En el caso de que ambos padres de intención sean infértiles podrán recurrir a donantes voluntarios para el aporte de material genético.

De la Gestante Voluntaria

La gestante colaboradora que voluntariamente y solidariamente desee llevar en su útero el embrión para gestarlo hasta la etapa de término, deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- 1.-Ser peruana de nacimiento o poseer la nacionalidad y/o residir legalmente en el Perú, conforme a ley.
- 2.-Ser mayor de 24 años.
- 3.-Acreditar gozar de buena salud física, mental y emocional mediante certificado médico que deberá ser emitido por el especialista correspondiente.
- 4.-Haber sido madre de al menos un hijo sano antes de someterse a este procedimiento de reproducción asistida.
- 5.-Poseer una situación socioeconómica estable (No deberá encontrarse registrada y/o identificada en el SISFHO (Sistema de focalización de hogares) como persona en situación de estado de vulnerabilidad financiera.

Artículo 5°. – Condiciones especiales para la aplicación del procedimiento de reproducción humana asistida

La técnica de reproducción humana asistida solo deberá ser aplicado como un procedimiento excepcional cuando los padres de intención hayan agotado todos los métodos y/o procedimientos para tener descendencia, el mismo que sólo se aplicará a la mujer voluntaria cuando exista posibilidades razonables de éxito y estos no supongan riesgos graves para su salud, previo acuerdo suscrito de consentimiento de gestación voluntaria y libre.

De los padres para el Inicio del Procedimiento de Reproducción Humana Asistida

- 1.-Acreditar haber agotado o ser incompatible con las técnicas de reproducción humana asistida.
- 2.-Acreditar certificado médico, emitido por el especialista en fertilidad que diagnostique la causa médica de la patología mencionada en alguno de los padres, en dicho certificado se deberá consignar la firma indubitable y su código de colegiatura habilitada, y de ser el caso se deberá presentar el informe médico e historia clínica de los abortos involuntarios producidos por la madre genética de intención que amerite iniciar el procedimiento de reproducción asistida.
- 3.-La información y asesoramiento sobre la técnica de reproducción humana asistida que se aplique deberá ser informado a la pareja que recurra a ella.
4. -Los padres de intención se comprometen a asumir los gastos económicos que genere la gestante voluntaria durante el proceso de gestación, previo y posterior que pueda devenir el procedimiento de reproducción humana asistida.

De la Gestante Voluntaria para el Inicio del Procedimiento de Reproducción Humana Asistida

- 1.-Deberá ser informada sobre el tratamiento y/o técnica que se le aplicará, suscribiendo un acuerdo de consentimiento de gestación informada, voluntaria y libre en el que se hará mención expresa y detallada de todas las condiciones concretas que se haya acordado.
- 2.-No encontrarse registrada y/o identificada en el SISFHO como persona en estado de vulnerabilidad económica.
- 3.-La gestante voluntaria no podrá recibir dinero por gestar en su vientre al futuro hijo de los padres de intención, únicamente recibirá el reembolso por los gastos que haya podido generarle el embarazo durante los 09 meses que usualmente dura este proceso, tales como:
 - Traslados para acudir a sus chequeos médicos
 - Medicación y suplementos vitamínicos indicados y/o señalados por el especialista.
 - Alimentación adaptada indicados y/o señalados por el nutricionista.
 - Vestimenta de maternidad.
 - Faltas y/o ausencias laborales (en el caso se le indique reposo absoluto).

Con fines de evitar que alguien lucre con el proceso de gestación.

Artículo 6°. – **Del acuerdo de consentimiento de gestación libre y aceptado**

Los padres de intención y la gestante deberán suscribir un acuerdo y/o compromiso en la que se exprese detalladamente los compromisos, responsabilidades y obligaciones que deberán cumplir ambas partes durante el proceso de gestación, previo y posterior que pueda devenir del procedimiento de reproducción humana asistida, el mismo que será certificado refrendado ante notario público.

Se vicará todo el proceso si la gestante voluntaria se encuentra en estado de vulnerabilidad económica y/o de necesidad y no cumpla con lo dispuesto en la presente ley, ajustándose a las disposiciones penales vigentes.

Artículo 7°. – **De la filiación**

Los padres de intención deberán suscribir un acuerdo previo de consentimiento vía notarial, con la gestante voluntaria a fin de ser declarados los padres legales en el certificado de nacimiento cuando el niño nazca, prohibiéndose toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad, conforme lo dispone el último párrafo del artículo 6 de la Constitución Política del Perú.

Los padres de intención se consideran los padres legales desde la transferencia del embrión al útero de la gestante. Por lo tanto, ésta no tiene ningún derecho ni obligación sobre el bebé.

Tampoco será admisible el reconocimiento por una demanda de filiación y/o paternidad entre la gestante voluntaria y el nacido, cuando se haya suscrito un acuerdo contractual entre las partes vía notarial para someterse al procedimiento de reproducción humana asistida.

Artículo 8°. – **Servicio Público de Salud para la Reproducción Asistida de carácter progresivo conforme al presupuesto del Estado.**

Las parejas infértiles tienen derecho a acceder a los procedimientos de reproducción humana asistida en las instituciones prestadoras de servicios de salud pública, siempre que se cumpla con los requisitos previstos en el artículo 3° de la presente ley, la misma a la que se accederá de forma progresiva priorizando los sectores de mayor vulnerabilidad económica como política pública, a fin de salvaguardar el acceso de los peruanos y peruanas al derecho fundamental de ser padres.

La práctica de cualquiera de las técnicas de reproducción humana asistida solo se podrá llevar a cabo en los hospitales y centros o servicios de salud debidamente autorizados por la autoridad sanitaria correspondiente. Dicha autorización especificará las técnicas cuya aplicación se autoriza en cada caso.

Artículo 9°. - Órgano rector

El Ministerio de Salud, la Superintendencia Nacional de Salud y los Gobiernos Regionales serán las encargadas de proponer y aprobar las medidas necesarias para el cumplimiento de la presente Ley.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. - Sobre el presupuesto y gastos al erario del Estado a la presente Ley.

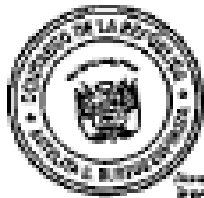
La presente Ley no impondrá gastos al Estado toda vez que se trata de una regulación a la Ley General de Salud, debido al vacío en nuestro ordenamiento jurídico peruano y lo que respecta para los casos que reproducción humana asistida en los hospitales y centros o servicios de salud debidamente autorizados por la autoridad sanitaria, será aplicado y ejecutado con los recursos que el Presupuesto General de la República asigna habitualmente para el sector Salud, la misma a la que se accederá de forma progresiva, priorizando los sectores de mayor vulnerabilidad económica, como política pública, ergo que su implementación será conforme lo dispone la Undécima Disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú.

SEGUNDA. - Reglamentación

Por Decreto Supremo y dentro de los 90 días hábiles de la vigencia de la presente ley, se dictarán las medidas reglamentarias y complementarias para su mejor aplicación y ejecución.

TERCERA. - Derogación.

Daróquense o déjense sin efecto las normas que se opongan a la presente ley.



ESTELITA SORIA BUSTOS ESPINOZA
Congresista de la República


Estelita Soria Bustos Espinoza


Marita Herrera A.




Sonia Echevarría


Carmen García

