

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO**



Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera Profesional de Derecho

**REGULACIÓN DEL CONTRATO DE VIENTRE DE ALQUILER (VIENTRE  
SUBROGADO) Y EL DERECHO A LA DIGNIDAD DE LA QUE ALQUILA EL  
VIENTRE**

Tesis presentada para optar el Título Profesional de

**ABOGADO**

Por

**Bach. Genny Milciades Vásquez Fernández.**

**Bach. David Jorge Barboza Quiroz**

Asesora:

**Mg. Gloria Vílchez Aguilar**

Cajamarca – Perú

Mayo, 2021

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO**



Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera Profesional de Derecho

**REGULACIÓN DEL VIENTRE DE ALQUILER (VIENTRE SUBROGANTE) Y EL  
DERECHO A LA DIGNIDAD DE LA QUE ALQUILA EL VIENTRE**

**Tesis presentada en cumplimiento parcial de los requerimientos para optar el**

**Título Profesional de abogado**

**Bach. Genny Milciades Vásquez Fernández.**

**Bach. David Jorge Barboza Quiroz**

Asesora:

**Mg. Gloria Vílchez Aguilar**

Cajamarca – Perú

Mayo, 2021

COPYRIGHT ©2021 BY:

Bach. Genny Milciades Vásquez Fernández

Bach. David Jorge Barboza Quiroz

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO**

**APROBACIÓN DE TESIS PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL**

**REGULACIÓN DEL CONTRATO DE VIENTRE DE ALQUILER (VIENTRE  
SUBROGADO) Y EL DERECHO A LA DIGNIDAD DE LA QUE ALQUILA EL  
VIENTRE**

Presidente: Mg. Edgar Elí Gutiérrez Portal.

Secretario: Mg. Gary Eduardo Cáceres Centurión

Asesor: Mg. Gloria Vílchez Aguilar

A:

En primer lugar, es de vital importancia dedicar a Dios el logro de las metas trazadas, sin dejar de lado a nuestros padres quienes son la columna fundamental para llegar a cumplir dichos objetivos. También a los docentes por guiarnos en el desarrollo de nuestras metas, y como no olvidar aquellos amigos y amigas por ser parte de nuestras vidas.

Autores: - Barboza Quiroz, David Jorge.

- Vásquez Fernández, Genny Milciades.

## **DEDICATORIA**

A mis padres Alipio Milciades Vásquez Azañero e Hilda Palmira Fernández Boy quienes me brindaron todo el apoyo y confianza en el transcurso de mis estudios Universitarios.

A mi esposa, hermanos, amigos y a todas las personas que creyeron en mí.

Bach. Genny Milciades Vásquez Fernández

A mi esposa, ANITA, a mis Hijos, David y Maricielo por el apoyo incondicional en todo momento para cumplir mi meta de concluir mis estudios Universitarios.

A mis padres, Jorge Barboza Carrión, Yolanda Quiroz Gonzales, y hermanos por sus aportes y ayuda permanente.

Bach. David Jorge Barboza Quiroz.

## ÍNDICE

<b>AGRADECIMIENTO</b>	<b>V</b>
<b>DEDICATORIA</b>	<b>VI</b>
<b>ÍNDICE</b>	<b>VII</b>
<b>RESUMEN</b>	<b>XI</b>
<b>ABSTRACT</b>	<b>XII</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>XIII</b>
<b>CAPITULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS</b>	<b>1</b>
<b>1.1. El problema de la investigación.</b>	<b>1</b>
<b>1.1.1. Planteamiento del problema de la investigación.</b>	<b>1</b>
<b>1.1.2. Formulación del problema</b>	<b>3</b>
<b>1.1.3. Justificación de la investigación.</b>	<b>3</b>
<b>1.2. Objetivos de la investigación.</b>	<b>4</b>
<b>1.2.1. Objetivo general.</b>	<b>4</b>
<b>1.2.2. Objetivos específicos.</b>	<b>4</b>
<b>1.3. Marco Teórico.</b>	<b>5</b>
<b>1.3.1. Base teórica (antecedentes)</b>	<b>5</b>
<b>1.4. Definición de términos básicos.</b>	<b>8</b>
<b>1.4.1. Contrato.</b>	<b>8</b>
<b>1.4.2. Vientre de alquiler.</b>	<b>9</b>
<b>1.4.3. Vientre.</b>	<b>9</b>
<b>1.4.4. Alquiler.</b>	<b>10</b>
<b>1.4.5. Dignidad.</b>	<b>10</b>
<b>1.5. Hipótesis de la investigación.</b>	<b>11</b>
<b>1.6. Operacionalización de variables.</b>	<b>12</b>
<b>1.7. Metodología de la Investigación.</b>	<b>14</b>
<b>1.7.1. Aspectos generales.</b>	
<b>1.7.1.1. Enfoque.</b>	<b>14</b>
<b>1.7.1.2. Tipo.</b>	<b>14</b>
<b>1.7.1.3. Diseño temporal</b>	<b>14</b>

1.7.1.4. Diseño temporal	14
1.7.2. Unidad de análisis, universo y muestra.	14
1.7.3. Métodos de investigación	15
1.7.3.1. Método de la dogmática jurídica	15
1.7.4. Técnicas de la investigación.	15
1.7.4.1. Observación.	15
1.7.4.2. Descripción.	16
1.7.4.3. Fichaje	17
1.8. Instrumentos	18
1.9. Limitaciones	18
1.10. Aspectos éticos de la investigación	18
<b>CAPITULO II: ANÁLISIS DE LA DIGNIDAD DE LA MUJER QUE PROPORCIONA SU VIENTRE EN ALQUILER EN LA DOCTRINA</b>	<b>20</b>
2.1. La dignidad.	20
2.1.1. Técnicas de reproducción humana asistida.	21
2.1.2. Inseminación Artificial.	22
2.1.3. Fecundación in Vitro.	23
2.2. Maternidad.	24
2.3. Clasificación de la maternidad.	25
2.3.1. Subrogación total.	26
2.3.2. Subrogación tradicional (o parcial)	26
2.3.3. Subrogación parcial (gestacional)	27
2.3.4. Subrogación gestacional (o plena)	27
2.3.5. Subrogación comercial.	28
2.3.6. Subrogación altruista.	28
2.4. La dignidad de la mujer.	29
<b>CAPITULO III: ANÁLISIS DEL CONTRATO DEL VIENTRE DE ALQUILER EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y DERECHO COMPARADO</b>	<b>44</b>
3.1. Contrato del vientre de alquiler.	44

<b>3.2. Vientre de alquiler.</b>	<b>45</b>
<b>3.3. Contrato de vientre de alquiler.</b>	<b>48</b>
<b>3.4. Regulación del contrato de vientre de alquiler en el Derecho comparado.</b>	<b>65</b>
<b>3.4.1. Uruguay</b>	<b>66</b>
<b>3.4.2. Brasil</b>	<b>68</b>
<b>3.5.3. Chile</b>	<b>71</b>
<b>3.5.4. México</b>	<b>75</b>
<b>3.5.5. Canadá</b>	<b>80</b>
<b>3.5.6. Estados Unidos</b>	<b>83</b>
<b>3.5.7. Rusia</b>	<b>85</b>
<b>3.5.8. Portugal</b>	<b>87</b>
<b>3.5.9. India</b>	<b>91</b>
<b>3.6. Causas de infertilidad en el Perú.</b>	<b>92</b>
<b>3.6.1. Infertilidad primaria.</b>	<b>94</b>
<b>3.6.2. Infertilidad secundaria.</b>	<b>94</b>
<b>3.6.3. Esterilidad primaria.</b>	<b>94</b>
<b>3.6.4. Esterilidad secundaria.</b>	<b>94</b>
<b>3.7. Finalidad del contrato del vientre de alquiler.</b>	<b>94</b>
<b>CAPITULO IV: DISCUSIÓN Y RESULTADOS</b>	<b>99</b>
<b>4.1. Afectación de la dignidad de la mujer por la falta de regulación del contrato de vientre de alquiler.</b>	<b>102</b>
<b>4.2. Consideración de la mujer como objeto y no como sujeto de derecho.</b>	<b>104</b>
<b>4.3. Instrumentación del cuerpo de la mujer.</b>	<b>110</b>
<b>4.4. Sometimiento del vientre subrogante hacia los contratantes.</b>	<b>114</b>
<b>4.5. La explotación de la mujer por parte de los contratantes.</b>	<b>118</b>
<b>CAPITULO V: PROPUESTA NORMATIVA</b>	<b>125</b>
<b>PROYECTO DE LEY QUE REGULA EL VIENTRE DE ALQUILER Y EL DERECHO A LA DIGNIDAD DE LA MADRE GESTANTE</b>	<b>125</b>

<b>CONCLUSIONES</b>	<b>134</b>
<b>RECOMENDACIONES</b>	<b>136</b>
<b>REFERENCIAS</b>	<b>137</b>

## **RESUMEN**

En la presente tesis se realizó el análisis de la falta de regulación del contrato de vientre de alquiler (vientre subrogante) afecta la dignidad de la mujer, por lo que el objetivo principal de esta investigación es dar a conocer la vulneración de la dignidad de la mujer gestante por la falta de regulación del contrato de vientre de alquiler (maternidad subrogada), así como proponer una solución acorde al ordenamiento jurídico, sin dejar de lado las limitaciones que deberían tener dichos contratos en relación a la protección de la dignidad de la mujer; resaltando el rol de la mujer gestante y la labor que realiza al traer una nueva vida al mundo; por consiguiente, es necesario regular el contrato de vientre de alquiler para proteger los derechos fundamentales de la mujer que da su vientre para que parejas que no pueden procrear tengan la oportunidad de tener hijos y consolidar su familia.

Es fundamental determinar la afectación de la dignidad de la mujer por la falta de regulación del vientre de alquiler, así como: Analizar la dignidad de la mujer que proporciona su vientre de alquiler en la legislación, doctrina y jurisprudencia, Analizar el contrato del vientre de alquiler en la legislación nacional y derecho comparado y Proponer la creación de una norma que proteja la dignidad de la mujer en el contrato de vientre de alquiler teniendo como base el Proyecto de Ley 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.

Palabras claves: Contrato, vientre, alquiler y dignidad

## **ABSTRACT**

In this thesis, the analysis of the lack of regulation of the surrogacy contract (surrogate belly) affects the dignity of women, so the main objective of this research is to make known the violation of the dignity of the pregnant woman due to the lack of regulation of the surrogacy contract (surrogacy), as well as proposing a solution in accordance with the legal system, without neglecting the limitations that such contracts must have in relation to the protection of the dignity of women ; highlighting the role of pregnant women and the work they do in bringing a new life to the world; therefore, it is necessary to regulate the surrogacy contract to protect the fundamental rights of the woman who gives her womb so that couples who cannot procreate have the opportunity to have children and consolidate their family.

It is essential to determine the impact on the dignity of women due to the lack of regulation of the surrogacy, as well as: Analyze the dignity of the woman who provides her surrogate in the legislation, doctrine and jurisprudence, Analyze the contract of the surrogate rent in national legislation and comparative law and Propose the creation of a norm that protects the dignity of women in the surrogacy contract based on the Draft Law 3404 / 2018- CR “Bill that regulates the requirements and Solidarity motherhood procedures through the use of assisted reproduction techniques as a human right to be a mother.

Keywords: Contract, belly, rent and dignity

## INTRODUCCIÓN

En una sociedad donde uno de los objetivos principales de una pareja es tener hijos(as) las cuales constituyen la base de dicha organización; sin embargo, debido a múltiples factores biológicos algunas mujeres y varones han visto truncado ese tan anhelado sueño de ser padres. Con los avances de la ciencia y la tecnología han surgido diferentes métodos de reproducción asistida entre las cuales se tiene: la reproducción in vitro, la inseminación artificial y el vientre de alquiler; esta última se ha venido desarrollando como una solución a las distintas parejas que desean formar una familia.

Por tal motivo es de gran importancia el estudio y regulación del vientre de alquiler en el país, teniendo en cuenta que muchas mujeres ven la necesidad de recurrir a este método de reproducción asistida para tener hijos, sin dejar de lado la posible afectación de la dignidad de la mujer y los derechos fundamentales de la gestante que firma este tipo de contrato.

Para poder tener un panorama más claro de la presente investigación es necesario mostrar la definición de contrato, en la legislación se localiza en el artículo 1351: “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial” y las implicancias que posiblemente tendría el contrato de vientre de alquiler en relación a la afectación de la dignidad de la mujer y sus derechos; además, no se puede dejar de lado que en algunos países se encuentra regulado el contrato de vientre de alquiler (vientre subrogado), quienes les ofrecen diferentes medios de protección a los derechos fundamentales, cabe resaltar que los contratos del vientre de alquiler realizados en los diferentes países son de carácter altruista y no remunerado.

En la actualidad es necesario cuestionar que tan importante es la utilización de la ciencia en la formación de nuevas familias y la regulación del contrato de vientre de alquiler teniendo en cuenta la posición de las diferentes fuentes sobre la dignidad de la mujer y sus diferentes

derechos fundamentales que son inherentes a ella; es necesario analizar a la mujer como un sujeto del derecho y esta apreciación no tiene justificación, no es posible que una persona sea considerada objeto de derecho, a no ser después de su muerte.

Finalmente, cabría la posibilidad que la falta de regulación de dicho contrato de vientre de alquiler haría que muchas mujeres se verían afectadas en su dignidad y sus derechos, es por ello que surge la necesidad de investigar la de regulación de dicho contrato teniendo en cuenta que su práctica se ha extendido sin un control legal en el país.

# CAPITULO I

## ASPECTOS METODOLÓGICOS

### 1.1. El problema de la investigación.

#### 1.1.1. Planteamiento del problema de la investigación.

Teniendo en cuenta los avances de las ciencias, las cuales han brindado la posibilidad de engendrar seres humanos a través de los recursos genéticos que cuentan las parejas que no puede formar una familia natural; se conoce que muchas mujeres han recurrido a esta práctica no regulada en territorio peruano de un vientre de alquiler, en relación a este tema, han surgido diferentes posturas morales y jurídicas.

En las últimas décadas se ha incrementado el uso del vientre de alquiler para que ciertas parejas puedan cumplir el sueño de ser padres y así poder formar una familia; sin embargo la inexistencia de una norma en el Perú viene generando conflictos de diversa índole, puesto que el Código Civil vigente y la Ley General de Salud, sustentados bajo el principio “*Mater semper certe es*” consideran como madre a la mujer que gesta y alumbró al niño, dejando desprotegidos a los padres genéticos y a los niños en caso se recurra a un vientre de alquiler.

Asimismo, también pueden presentarse diversos problemas jurídicos en cuanto a la persona que alquila su vientre en estos singulares acuerdos que permiten el contrato del vientre de alquiler (gestación subrogada), en tanto que en el proceso para traer una nueva vida al mundo pueden ser afectadas en el ejercicio de sus derechos individuales, entre los cuales se puede mencionar el derecho a

la integridad, a la intimidad, al libre tránsito, a la libre elección y a su derecho de incorporarse sanamente en el entorno social.

Si se toma en cuenta los estudios realizados sobre el presente tema, se encuentran centrados principalmente en el análisis del vientre de alquiler como contrato o como acto jurídico (el Código Civil dispone en el artículo 1351 que “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”, mientras que el Artículo 140 dispone que “El Acto jurídico es la manifestación de la voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: Agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y observancia de la forma prescriba bajo *sanción de nulidad*”)

En el Perú no se encuentra regulado "el derecho al vientre de alquiler" y de esta manera surgen una serie de problemas relacionados con el tema, promoviendo de alguna manera la afectación o puesta en riesgo de los derechos y libertades de la mujer que realiza esta actividad, los cuales se encuentran establecidos en la Constitución Política del Perú, la Convención Interamericana para Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de *Belém do Pará*), el Plan estratégico de la Organización de la Naciones Unidas (ONU) Mujeres, 2018 – 2021, la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de la ONU sobre Mujeres, Paz y Seguridad (2000), los Derechos de la Mujer son Derechos Humanos (Naciones Unidas, Derechos Humanos), Violencia contra la mujer y familia (Congreso de la República); así como también contra aquellas conductas delictivas que puedan afectar a la mujer que contiene una nueva vida en su vientre.

En Brasil se encuentra prohibido expresamente el carácter lucrativo de ésta práctica, entendiéndose que ésta forma de engendrar una nueva vida sea realizada de una forma altruista, tal como es realizada en los países de Bélgica y Ucrania. Pero siempre será importante no dejar de lado la protección de los derechos de la mujer que lleva el embarazo, respetando todo lo que le favorezca.

En vista del vacío normativo, cabe resaltar que un conjunto de derechos y libertades de las mujeres que actúan dentro de un “vientre de alquiler” no tendrían los elementos legales para actuar jurídicamente para proteger sus llamados derechos fundamentales. Por el contrario, al estar regulado el antes mencionado contrato, cabría la posibilidad de poder compensar o restituir los derechos que le correspondan, en vista que en el sistema jurídico ninguna persona puede quedarse sin la protección de sus derechos fundamentales.

### **1.1.2. Formulación del problema**

¿En qué manera la falta de regulación del vientre de alquiler (vientre subrogante) afecta la dignidad de la mujer?

### **1.1.3. Justificación de la investigación.**

Como bachilleres en derecho se ha desarrollado esta investigación a través de la recolección de información de algunas tesis, libros, artículos y páginas web durante el periodo de un año.

Lo que se ha perseguido con la presente investigación es buscar las diferentes posturas de los distintos autores que analizan las posibles soluciones a la falta de regulación del contratar un vientre de alquiler sin vulnerar ni menoscabar los derechos fundamentales de la mujer.

Se tiene la necesidad de establecer sí durante el inicio de la fecundación, desarrollo y nacimiento de la nueva vida, los derechos de la mujer son respetados; y, por consiguiente, es tratada con dignidad y respeto.

El objetivo de la discusión no es el nacimiento de una vida humana, sino, la protección de los derechos fundamentales de la mujer que alquila su vientre (Contrato de vientre de alquiler). El Estado debería regular la presente relación jurídica en observancia del principio de respeto a la dignidad y los derechos humanos.

Se considera que en la realización de cualquier contrato o ejecución de cualquier actividad se deben respetar los derechos fundamentales de sus integrantes, por consiguiente, el Estado regula los derechos de la mujer en base a la Constitución Política del Perú.

## **1.2. Objetivos de la investigación.**

### **1.2.1. Objetivo general.**

Determinar la afectación de la dignidad de la mujer gestante por la falta de regulación del contrato de vientre de alquiler.

### **1.2.2. Objetivos específicos.**

- a) Analizar la dignidad de la mujer que proporciona su vientre en alquiler en la legislación, doctrina y jurisprudencia.
- b) Analizar el contrato del vientre de alquiler en la legislación nacional y derecho comparado.
- c) Proponer la creación de una norma que proteja la dignidad de la mujer en el contrato de vientre de alquiler.

### **1.3. Marco Teórico.**

#### **1.3.1. Base teórica (antecedentes)**

La tesis “Maternidad subrogada, propuesta de reforma al apartado 4.177 bis del código civil del estado de México”, 2019, sustentado por Andrea Cecilia Jiménez Pedraza, para obtener el título profesional de abogado en la Universidad Autónoma del Estado de México: “Esta investigación buscó destacar que hay un universo de mujeres que desean ser madres, y por alguna razón no pueden serlo, lo que las lleva a recurrir a nuevas prácticas como lo es alquilar un vientre, pero no saben los problemas paralelos que trae consigo con la persona que renta el vientre, que en muchos casos han sido víctima de violencia, o sin su consentimiento, que la madre gestante, ya no quiera dar al niño, configurando violaciones en el procedimiento para llevar a cabo este método. Esta situación pone a la madre artificial en vulnerabilidad jurídica, ya que no cuenta seguridad positiva para que la madre gestante entregue al “hijo”, provocando una infinidad de consecuencias psicológicas, sociológicas, sociales y económicas, que en el terreno del derecho se tienen que dirimir el conflicto de interés...

La tesis “El Contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejerció Legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad? ,2012, sustentado por Cristóbal Antonio Santander, para obtener título profesional de abogado en la Universidad Alberto Hurtado de Chile: “Este trabajo tiene por finalidad estudiar el contrato de maternidad subrogada, es decir, aquel acuerdo de voluntades entre dos sujetos mediante el cual una mujer fértil acepta embarazarse y llevar en su vientre un niño para una persona, con la intención

de entregárselo, pudiendo asumir carácter oneroso o gratuito. Dicho estudio, describirá y analizará los diversos aspectos que asume esta convención, tomando como referente la experiencia regulada española.

Todo esto se verá apoyado por el análisis del derecho a procrear abordando su contenido, alcances y límites determinando si su ejercicio admite al contrato de maternidad subrogada o si este constituye el límite, a la luz de la dignidad humana y de otros derechos igualmente importantes y necesarios en una sociedad democrática como lo es la chilena”

La subrogación gestacional: ¿Vientre o persona en alquiler? Implicancias jurídicas y éticas, Lima, junio de 2017, Rosario de la fuente Hontañón, La maternidad subrogada está siendo objeto de debate, y su legalización está en la agenda de muchos países europeos e iberoamericanos, porque puede parecer difícil no admitirla en el ordenamiento jurídico, al apoyarse en las técnicas de procreación humana, que en la mayoría de los países han sido reguladas.

La subrogación gestacional o maternidad subrogada es una práctica existente en nuestro país, quizá más frecuente de lo que pensamos, y si bien no disponemos de una legislación sobre la reproducción asistida, hay numerosos centros médicos privados que ofrecen esta posibilidad, estableciendo los parámetros de los contratos, los costos, los riesgos que puedan sobrevenir, y a los que acuden matrimonios, integrantes de uniones de hecho, personas solteras, donde se ofrecen los siguientes servicios: 1 “el inicio de una nueva vida: congelación de embriones; nuestra meta, tu sueño, inseminación in vitro; la esperanza de vida: congelación de espermatozoides; guardo lo mejor para ti: congelación de óvulos”. En otras clínicas podemos encontrar los siguientes

anuncios 2: “Tengo 36 años y aún no tengo niños, pero me gustaría tener 2 niñas. Vi que era gratis la consulta. Me gustaría ir para empaparme del tema”. De igual manera se presentan estos otros requerimientos: “quiero saber cuánto me cuesta la inseminación artificial de gemelos”, o ¿es posible seleccionar el sexo del bebé antes de quedar embarazada? La respuesta viene de inmediato: “En efecto, actualmente existen varios tratamientos que nos permiten seleccionar el sexo del bebé, inclusive al 100% de seguridad”. Lo mencionado nos lleva a pensar que los hijos no son considerados como un don, sino como un encargo al gusto del cliente. ¿Qué dice el Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú? En el artículo 30 del Capítulo II relativo al trabajo clínico, se regula lo siguiente:

La tesis: “Implicancias de la falta de respaldo legal en la maternidad Subrogada en la Corte Superior de Justicia de Lima, 2017”, sustentada por Deissy Judit Medina Torrejón, para obtener título profesional de abogado en la Universidad Cesar Vallejo: “En esta investigación se analizó las implicancias de la falta de regulación de la maternidad subrogada en el Perú, Desde la opinión de los especialistas y la jurisprudencia nacional. El estudio considero el supuesto de que la falta de respaldo legal en la maternidad subrogada en la Corte Superior de Justicia de Lima, 2017 conlleva a la negación de la identidad, filiación, la práctica de turismo reproductivo, agravios contra la mujer y el concebido.

Además, acarrea al incremento desordenado de servicios de madres subrogadas. Donde se comprobó que existe un vacío en la legislación peruana con relación maternidad subrogada. Esto afecta a la madre gestante y convierte este tipo de acto en un negocio lucrativo; afectando a la vida del embrión que

es un sujeto de derecho, además se produce un abuso y provecho de manera maliciosa por instituciones privadas. Este resultado permitió verificar parcialmente, el supuesto, porque lo entrevistado y los análisis de la fuente documental permitieron que se hablara de turismo reproductiva.

La tesis: Consecuencias jurídicas que generan los acuerdos de maternidad subrogada en el sistema jurídico civil peruano, Cajamarca, 2019, sustentado por Hugo Miguel Muñoz Peralta, para obtener título profesional de abogado en la Universidad Nacional de Cajamarca: "...tiene como formulación de problema ¿Cuáles serían las consecuencias jurídicas que generan los acuerdos de maternidad subrogada en el sistema jurídico civil peruano?; como objetivo general buscó establecer las consecuencias jurídicas que generan los acuerdos de maternidad subrogada en el sistema jurídico civil peruano.

Como resultado se ha concluido que las consecuencias jurídicas que generan los acuerdos de maternidad subrogada en el sistema jurídico civil peruano son la vulneración del principio del interés superior del niño y la contravención al orden público y las buenas costumbres. Esto se fundamenta en que el artículo 7 de la Ley General de Salud, prohíbe el uso de la maternidad subrogada, aunque no se trata de una prohibición literal, esta se puede deducir de la condición normativa que establece "siempre que la madre biológica y la madre gestante sean la misma persona". No se puede anular la existencia de un ser vivo, pero tampoco se puede otorgar validez los acuerdos de maternidad subrogada.

#### **1.4. Definición de términos básicos.**

##### **1.4.1. Contrato:**

Si se toma en cuenta que el contrato es una manifestación de voluntades entre

las partes, que se da en forma voluntaria y sin ningún tipo de coacción, la cual por su condición los integrantes de dicho acuerdo se ven obligados a cumplir con todos los acuerdos planteados en el documento escrito.

Según el código civil en el artículo 1351: *“El contrato es el acto jurídico plurilateral, referente a una relación jurídica obligacional de carácter patrimonial”*

#### **1.4.2. Vientre de alquiler:**

“Es el acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste. De ahí que, las gestantes son mujeres fértiles que aceptan llevar a término un embarazo que se ha generado mediante el espermatozoides y el óvulo de los padres contractuales, con o sin contraprestación de por medio, para que, una vez producido el parto entregue al hijo a las personas que lo encargaron, las cuales asumieron el pago de la suma acordada o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto” (Allca, 2018, p. 107)

#### **1.4.3. Vientre:**

Es una cavidad del cuerpo de los animales vertebrados, en la que se contiene los órganos principales del aparato digestivo y del genitourinario. Según la Real Academia Española.

Con origen en el latín *venter*, vientre es un término que identifica a la parte del organismo de los seres humanos y de los animales vertebrados que nuclea a los principales órganos de los aparatos digestivo y genitourinario. Cabe resaltar que el concepto también se utiliza para nombrar al grupo de las

vísceras localizadas en dicha cavidad y a la parte exterior del cuerpo que corresponde al abdomen. (Porto & Merino, 2012, p. 12)

#### **1.4.4. Alquiler:**

El concepto de alquiler deriva del árabe hispánico *alkirá* o *alkirí*, que a su vez proviene del árabe clásico *kira* '. El término se utiliza para dar nombre a la acción y efecto de alquilar, y al precio al que se alquila algo. (Porto & Merino, 2012, p. 150)

Se conoce como alquiler al proceso mediante el cual dos partes efectúan la cesión temporal de un bien o servicio a cambio de una contraprestación que generalmente es de tipo económico.

Es muy común que se identifique el concepto de alquiler con el de arrendamiento. Al igual que sucede en este último, se da el caso de un acuerdo entre una parte arrendadora y una arrendataria mediante la cual se disfruta de un determinado bien tras el debido pago de una compensación económica. (Galán J. S., 2019, p. 30)

#### **1.4.5. Dignidad.**

... es una forma de autocontrol del individuo, en la que se asienta su exigencia a sí mismo; en este sentido, las exigencias que presenta la sociedad adoptan la forma de específicamente personales (proceder de modo que no humille la dignidad propia). Así pues, la dignidad, lo mismo que la conciencia es un modo de comprensión por el hombre de su deber y responsabilidad ante la sociedad. Regula también la actitud hacia él por parte de quienes lo rodean y de la sociedad en su conjunto, incluyendo en si las exigencias de respeto a la personalidad, de reconocimiento de sus derechos, &c. En ambos casos, la

dignidad constituye un importante aspecto de la libertad social y moral del individuo. La ética idealista busca la fuente de la dignidad en alguna esencia extra social (divina, natural, “propriadamente humana”) de la personalidad y opone la dignidad del individuo a las leyes, requisitos y normas aceptados en la sociedad. La ética marxista considera la dignidad como relación socialmente condicionada e histórica, que surge por primera vez en el período de la descomposición del régimen de la comunidad primitiva, junto con el surgimiento de la personalidad, pero se manifiesta de modo contradictorio en la sociedad dividida en clases. Bajo el feudalismo, la dignidad toma forma, principalmente, de honor estamental, y bajo el capitalismo, también depende de la pertenencia de clase del individuo. Tan sólo al ser suprimida la desigualdad social, la dignidad se convierte en derecho verdaderamente igual de cada hombre, que, sin embargo, se afianza (y concientiza) realmente por él, en forma individual, en dependencia de su desarrollo social y moral y de su nivel de conciencia. (Fiolosófico D. , 2019, p. 25)

### **1.5. Hipótesis de la investigación.**

Las razones jurídicas que fundamentarían la regulación del vientre de alquiler (vientre subrogante) es la afectación de la dignidad de la mujer que se encuentra expuesta a la explotación de los contratantes y la instrumentalización de su cuerpo, en los siguientes aspectos:

- Consideración de la mujer como objeto y no como sujeto de derecho.
- Instrumentación del cuerpo de la mujer.
- Sometimiento del vientre subrogante hacia los contratantes
- La explotación de la mujer por parte de los contratantes.

## 1.6. Operacionalización de variables.

OBJETIVOS	PROBLEMA	HIPÓTESIS	VARIABLES	DEFINICIÓN OPERACIONAL	DIMENSIONES	INDICADORES	METODOLOGÍA	INSTRUMENTOS
<p><b>General</b> Determinar la afectación de la dignidad de la mujer gestante por la falta de regulación del contrato de vientre de alquiler.</p> <p><b>Específicos</b> a) Analizar la dignidad de la mujer que proporciona su vientre en alquiler en la legislación, doctrina y jurisprudencia. b) Analizar el</p>	<p>¿En qué manera la falta de regulación del vientre de alquiler (vientre subrogante) afecta la dignidad de la mujer?</p>	<p>Las razones jurídicas que fundamentarían la regulación del vientre de alquiler (vientre subrogante) es la afectación de la dignidad de la mujer que se encuentra expuesta a la explotación de los contratantes y la instrumentalización de su cuerpo, en los siguientes aspectos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Consideración de la mujer como objeto y no como sujeto de derecho.</li> <li>- Instrument</li> </ul>	<p>Afectación de la Dignidad de la mujer con vientre de alquiler.</p>	<p>La dignidad humana es el derecho que tiene cada ser humano, de ser respetado y valorado como ser individual y social, con sus características y condiciones particulares, por el solo hecho de ser persona.</p>	<p>Derecho Constitucional</p>	<p>Consideración de la mujer como objeto y no como sujeto de derecho.</p> <p>Instrumentación del cuerpo de la mujer.</p>	<p>Análisis documental</p>	<p>Fichas</p>

<p>contrato del vientre de alquiler en la legislación nacional y derecho comparado. c) Proponer la creación de una norma que proteja la dignidad de la mujer en el contrato de vientre de alquiler.</p>		<p>ación del cuerpo de la mujer.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Sometimiento del vientre subrogante hacia los contratantes.</li> <li>- La explotación de la mujer por parte de los contratantes.</li> </ul>	<p>Falta de regulación del vientre de alquiler en el Perú.</p>	<p>El vientre de alquiler se inicia cuando una mujer se presta a gestar un niño para, una vez nacido, entregárselo a la persona o personas que se lo han encargado y que van a asumir su paternidad/maternidad, supuesto no regulado en el ordenamiento jurídico peruano.</p>	<p>Derecho Civil</p>	<p>Sometimiento del vientre subrogante hacia los contratantes.</p> <p>La explotación de la mujer por parte de los contratantes.</p>		
---	--	---	--	---	----------------------	---	--	--

## **1.7. Metodología de la Investigación.**

### **1.7.1. Aspectos generales.**

La investigación se desarrollará teniendo en cuenta los siguientes aspectos metodológicos:

#### **1.7.1.1. Enfoque.**

La presente investigación es de enfoque cualitativo, dado que, para la ejecución, así como para la contrastación de la hipótesis no se hacen uso de cifras estadísticas, sino se desarrolla a partir de argumentos basados en la doctrina, la jurisprudencia y las normas.

#### **1.7.1.2. Tipo.**

Por su finalidad es una investigación básica.

#### **1.7.1.3. Diseño**

El diseño de la investigación es descriptivo, teniendo en cuenta que las variables son el vientre de alquiler y la afectación a la dignidad de la mujer.

#### **1.7.1.4. Diseño temporal**

El desarrollo de la investigación es transversal, dado que se limita al estudio de regulación del vientre de alquiler y el derecho de la dignidad de la mujer.

### **1.7.2. Unidad de análisis, universo y muestra.**

Debido a que es una investigación doctrinaria no se hace uso de universo ni de una muestra, tampoco de unidad de análisis, porque en el sentido estricto de la investigación hace referencia a la afectación de la dignidad de la mujer

gestante.

### **1.7.3. Métodos de investigación**

#### **1.7.3.1. Método de la dogmática jurídica**

Teniendo en cuenta el presente trabajo es de naturaleza descriptiva, uno de los métodos que más se adecuó es el método dogmático. “El método dogmático jurídico, es la aplicación de la lógica formal a los casos de derecho o resolver los casos de derecho” (López Hernani, 2009, p.45).

Este método en concreto se utilizará para interpretar las normas sustantivas relacionadas con la regulación del vientre de alquiler y el derecho de la dignidad de la mujer.

### **1.7.4. Técnicas de la investigación.**

Entre las principales técnicas que se utilizarán en la ejecución de la presente investigación son: la observación, el fichaje y el análisis documental.

#### **1.7.4.1. Observación.**

Se tiene en cuenta que desde los inicios de la ciencia una de las principales técnicas para su desarrollo es la observación, la cual ha abierto la posibilidad al planteamiento de múltiples preguntas, que nos permiten describir los diferentes fenómenos, hechos, acontecimientos, casos, objeto, entre otros, con el objetivo de determinar las causas de los diferentes fenómenos que se producen en nuestro planeta. Esta técnica de investigación es de gran utilidad para observar la conducta de las personas y su implicancia que ella tiene en el respeto de los derechos de la mujer.

Es una técnica que no se basa en el simple acto de ver, tal como

cotidianamente se concibe, sino como un proceso selectivo mediante el cual el investigador delimita intencionalmente los aspectos relativos al problema sobre los cuales va a fijar su atención. La observación científica se realiza de una forma racional y estructurada, atendiendo a objetivos previamente formulados y mediante el uso de las técnicas e instrumentos más adecuados al tipo de información que se desea recolectar (Álvarez, 2011, p. 150)

Esta técnica será utilizada en la investigación para determinar cómo la falta de regulación del vientre de alquiler afecta la protección de la dignidad de la mujer.

#### **1.7.4.2. Descripción.**

Si bien la ciencia se inicia con la fase de la observación, es necesario usar la descripción para recolectar la información que se puede presentar en el campo de trabajo. Si tenemos en cuenta que el campo que estamos estudiando se refiere al comportamiento de las personas y el cumplimiento de la ley, es fundamental describir el cumplimiento de la normativa, así como el accionar de las diferentes partes que se dan en la firma del contrato del vientre de alquiler; de allí, podemos deducir si se cumple lo estipulado en dicho contrato.

Esta técnica de investigación procede con base en la información obtenida a ordenar los rasgos, atributos o características de la realidad observada de acuerdo con el problema investigativo planteado. La descripción permite reunir los resultados de la observación en una exposición relacionada de los rasgos del fenómeno que se estudia de

acuerdo con criterios que le den coherencia y orden a la presentación de los datos. La descripción lleva al investigador a presentar los hechos y eventos que caracteriza la realidad observada tal como ocurre, preparando con esto las condiciones necesarias para la explicación de los mismos. (Álvarez, 2011, p. 154)

#### **1.7.4.3. Fichaje**

Es una técnica que permite recolectar la información necesaria para la investigación, es indispensable tener toda la información guardada y clasificada en fichas ordenadas por categorías, las cuales muestran un campo de desarrollo más ordenado.

Esta técnica permite conocer y ordenar toda información que se pueda recolectar de los distintos investigadores y casos que se pueden producir en los diferentes países y el Perú, la cual va enriquecer a la investigación sobre la regulación del vientre de alquiler y la protección de la dignidad de la mujer gestante. Este último es muy importante ya que existen muchos países que están regulado este tipo de contrato; por consiguiente, es necesario elaborar fichas textuales para tener una visión más clara del tema de investigación.

Es una técnica auxiliar de todas las demás técnicas empleadas en la investigación científica; consiste en registrar los datos que se van obteniendo en los instrumentos llamados fichas, las cuales, debidamente elaboradas y ordenadas contienen la mayor parte de la información que se recopila en una investigación (Huamán Valencia, 2005, pp. 44-48).

## **1.8. Instrumentos**

En el desarrollo de la investigación se ha aprovechado las ventajas del uso de las fichas bibliográficas, textuales, de resumen y de comentario, artículos de revistas, de críticas, reflexiones, aportes y comentarios personales, exposición de motivos. Todo ello para registrar información importante en cuanto a tratados, doctrina, sentencias, leyes y jurisprudencia que se revisará a lo largo de la investigación a través de: Fichas bibliográficas, de comparación, resúmenes, de citas; todo en lo que concierne al análisis del Artículo 7° de la Ley de Salud. Además, se utilizarán como instrumentos fichas de registro de observación y fichas de análisis de sentencias.

## **1.9. Limitaciones**

Se toma en cuenta el hecho de que es un tema muy controversial en el Perú país, las principales limitaciones que se pueden encontrar en el desarrollo de la presente investigación son la falta de regulación jurídica nacional, la definición exacta del concepto de madre genética y su relación con la gestante, la concepción de contrato de vientre de alquiler y el acceso a la información.

## **1.10. Aspectos éticos de la investigación**

Esta investigación no involucra directamente a las personas, sino que se tendrá en cuenta las sentencias que ocasionaron el planteamiento de la presente investigación, de los cuales se tomarán sus casos y no se pondrá en evidencia la identidad de los involucrados, el análisis se realizará en función a la documentación relacionado al tema. Por lo que se está obligado moral y formalmente a respetar los principios éticos primordiales que contienen estos códigos, como son: veracidad, honestidad, equidad, respeto a la dignidad humana.

## **CAPITULO II**

### **ANÁLISIS DE LA DIGNIDAD DE LA MUJER QUE PROPORCIONA SU VIENTRE EN ALQUILER EN LA DOCTRINA**

Desde la antigüedad el rol de la mujer ha cobrado un valor importante en la formación de la familia y su integración como parte de la sociedad, es por tal motivo que a pesar que durante mucho tiempo ha sido relegada de muchas actividades por su mal llamada condición de sexo débil, a pesar de ello ha logrado tomar un protagonismo en las diferentes áreas y campos de desarrollo en la actual sociedad, hace poco las parejas podrían concebir un hijo de manera natural o de no poder tener hijos en acudir a la adopción para así poder constituir familia integral; sin embargo debido a la infertilidad de la mujer se ha tenido que incurrir a diversas técnicas de reproducción humana y asistida las cuales hacen posible que una mujer que no puede concebir logre ese tan anhelado objetivo de ser madre.

#### **2.5. La dignidad.**

En las últimas décadas se han producido diferentes ataques, agravios que atentan a la dignidad de la mujer, la cual se entiende como decoro que tiene en su comportamiento; sin embargo, en nuestra sociedad la dignidad de una mujer se puede concebir como el comportamiento adecuado y responsable hacia su persona.

Es una condición propia del ser humano, por consiguiente, siente respeto por sí mismo y valora a los demás. Implica la necesidad que tienen todos los seres humanos a ser tratados con igualdad y que puedan gozar de los derechos fundamentales que le son inherentes a su persona.

Según el diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, para Manuel Ossorio:

“Calidad de digno. Gravedad, decoro o decencia. Cargo honorífico. Puesto o empleo que lleva aneja cierta autoridad. En el derecho canónico, y con relación a catedrales y

colegiadas, prebenda propia de un oficio honorífico, como el deanato. Prebenda de una catedral o colegiata”

Es gramaticalmente un término abstracto que viene a sustantivar un adjetivo previo (digno). El uso más antiguo, por tanto, no atribuía una dignidad igual a todos los humanos. La dignidad era un predicado accidental, sobrevenido, que separaba a algunos respecto de los demás y los ponía por encima de ellos. El digno o dotado de dignidad era excelente (aristós) o virtuoso y por ello merecía respeto. En cualquier caso, el digno lo era porque, por nacimiento en el seno de una familia de señores o por su conducta aparecía ajustado a un modo de ser o norma “aristocrática”, excelente. (Valls, 2005, p. 285)

Con la finalidad de tener una visión más clara y precisa de la presente investigación se presentan los siguientes conceptos:

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

Teniendo en cuenta que el objetivo de las parejas es tener hijos(as) quienes constituyen de alguna manera la extensión de su legado familiar y por consiguiente la permanencia de su apellido, un sector de la población que tiene problemas de procreación se ha visto en la necesidad de recurrir a los diferentes avances científicos que les facilitan tener hijos.

La presencia de las ciencias y la tecnología han permitido de alguna manera sustituir los procesos naturales de fecundación y así solucionar un problema de gestación o fertilidad de algunas parejas en otros países y el nuestro.

Se entiende por técnica de reproducción asistida (TRA), el conjunto de método biológico, que conducen a facilitar o substituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana, como la deposición

del semen en la vagina, la progresión de los espermatozoides a través de las vías genitales femeninas, la capacitación del espermatozoide una vez eyaculado, la fertilización del óvulo por el espermatozoide. (Solís, 2000, p. 37)

La formación de una familia es y seguirá siendo necesaria para la subsistencia de la humanidad por consiguiente se hace necesario la utilización de las diferentes técnicas de reproducción asistida tales como:

### **2.5.2. Inseminación Artificial.**

La repercusión que ha provocado el avance de las ciencias en los diferentes campos de la vida ha sido favorable ya que con ello se ha logrado materializar el sueño de muchas parejas que por alguna deficiencia no pueden tener hijos.

En la realidad se hace mención al derecho a tener hijos (as), es por ello que muchas parejas se convierten en posibles clientes de muchas empresas médicas dedicadas a la inseminación artificial la cual constituye una ayuda a los futuros padres de familia que anhelan este sueño.

La Inseminación Artificial consiste en la introducción de los espermatozoides, previamente tratados en el laboratorio, en el cérvix o dentro de la cavidad uterina de la mujer, en el periodo próximo a la ovulación. Es una técnica indicada en aquellos supuestos de disminución del número o de la movilidad de los espermatozoides y/o anomalías de los mismos dificultad de penetración de los espermatozoides en la cavidad uterina y causa desconocida de infertilidad o esterilidad y trastornos ovulatorios. Ello sin perjuicio del acceso a la práctica de mujeres solas con material genético de donante. (Cuasante, 2015, p. 51 )

Según Emilio Ibeas la presente técnica de reproducción se puede dividir en dos tipos:

2.5.2.1. Homóloga o con semen de la pareja. cuando este es válido para la procreación, pero existe algún impedimento fisiológico, sea en el hombre o en la mujer, para que ésta se produzca como resultado normal del coito.

2.5.2.2. Heteróloga o con semen de donante. Los principales receptores de la donación de esperma son los matrimonios infértiles, parejas del mismo sexo y mujeres sin pareja. (Cuasante, Vientres de alquiler y dignidad humana, 2011, p. 7)

### **2.5.3. Fecundación in Vitro.**

Cuando se hace mención a las diferentes técnicas de reproducción asistida, se tiene a la fecundación in vitro la cual con la ayuda del hombre hace posible la llegada de una nueva vida al mundo y con ello la felicidad de la futura familia quien con su amor harán posible el desarrollo y crecimiento feliz de ese nuevo ser que necesitará el apoyo de sus padres, de allí la importancia que padre son aquellos que le dieron vida y contribuyeron con sus genes para el nacimiento de un niño (a). Es necesario hacer mención a la conceptualización que tiene los diferentes autores sobre la fecundación in vitro.

La Fertilización In Vitro con Transferencia de Embriones implica la recuperación de ovocitos por aspiración guiada por ultrasonidos. Se utiliza para muchas indicaciones, pero en la única en que está demostrada su efectividad es la lesión tubárica bilateral inoperable. (Calaf, De la mata, Motorras, & Rey del Castillo, 2000, p. 48)

Según el instituto marqués define a la fecundación in vitro: “Esta técnica consiste en facilitar el encuentro entre el ovocito y los espermatozoides poniéndolos en contacto “in vitro” y posteriormente se espera a que el reconocimiento se

produzca de manera espontánea”

La Fecundación in Vitro es un tratamiento que consta de procedimientos médicos y biológicos destinados a facilitar la unión de óvulos (ovocitos) y espermatozoides en el laboratorio, y obtener embriones que serán introducidos en el útero para lograr la gestación. (Cuasante, 2015, p. 52)

La fecundación in vitro es una técnica que reproducción asistida, donde se puede utilizar los óvulos y los espermatozoides de la pareja, en esta técnica también se puede utilizar los óvulos, espermatozoides o embriones de un donador desconocido o anónimo. En otros casos se puede utilizar una sustituta gestacional (contrato de vientre de alquiler), con ello surge la posibilidad de tener un niño que nazca sano utilizando la fecundación in vitro.

Este procedimiento es utilizado principalmente por las parejas que diversos factores no pueden concebir un hijo. Por otra parte, se puede implantar más de un embrión en el útero, produciendo un embarazo múltiple, con uno o más fetos.

## **2.6. Maternidad**

Se tiene cuenta que la maternidad durante el transcurso de la historia y en especial la de la mujer, ésta ha constituido muchas veces la razón fundamental de una mujer ya que con ello le da razón a su vida. A partir de los antes mencionados se puede entender que la maternidad es una característica propia de la mujer, la cual se ha transmitido de generación en generación; sin embargo, en la sociedad el nacimiento de un nuevo ser no es planeada y tomado en forma positiva, por lo cual la maternidad de muchas parejas es causa de separación, llegando al extremo de que muchas mujeres optan por el abandono o asesinato de sus hijos, si tenemos en cuenta este último argumento se plantea la siguiente pregunta: ¿por qué poner trabas o límites al llamado vientre de alquiler? y por

el contrario regularla para así poder ayudar aquellas parejas que desean tener hijos y en especial a la mujer que quiere ser llamada madre, quienes les brindarían amor, protección y cuidado a los nuevos integrantes de la sociedad.

Es necesario conocer la definición de maternidad según la Real Academia de la Lengua Española define a la maternidad: “El estado o cualidad de madre”, que a su vez se refiere a la mujer que da a luz a un hijo, así como a la relación existente entre ambos; por lo que se entiende que madre es, además de la mujer que alumbró, la responsable de los hijos, de su cuidado y educación, etc. Desde la perspectiva jurídica, la maternidad está comprendida dentro de la institución jurídica de la filiación, en función a que es el vínculo que une a los descendientes con sus progenitores, en este caso a los hijos con su madre, sin importar el origen de la relación (biológica o adoptiva). Por otro lado, la Academia define subrogar como “sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”, de lo cual se desprende que la subrogación, para efectos de la presente investigación, se refiere al reemplazo de la mujer que desempeñará la función de gestación”

## **2.7. Clasificación de la maternidad.**

Se tiene en cuenta que la maternidad subrogada, es una técnica de reproducción humana asistida necesaria para parejas y personas que sufren ciertos problemas de fertilidad que les impide tener hijos en forma natural; sin embargo, el niño pertenece tanto genéticamente como legalmente a otros padres. El término de maternidad subrogada no es reconocido fácilmente, pero si se hace mención a “vientre de alquiler” se podría reconocer (con mayor facilidad a esta técnica de reproducción asistida) a una mujer que presta su vientre para que pueda gestarse el niño de otra persona.

En este procedimiento, la pareja que no puede tener hijos (los futuros padres) serían

denominados contratantes y la mujer que proporciona su vientre o capacidad para gestar, sería denominada mujer gestante.

Tomándose en cuenta que el procedimiento reproducción asistida presenta diferentes técnicas, como la reproducción in vitro donde la unión de espermatozoide y ovulo se realiza en un medio artificial, la maternidad subrogada se clasifica en dos grandes grupos que puede dividirse de la siguiente manera:

De acuerdo a la procedencia de los gametos:

### **2.7.1. Subrogación total:**

Aquella en la cual una mujer accede a ser inseminada, aporta sus propios óvulos, para que después de producida la gestación y el parto, entregue el hijo al padre biológico, lo cual implica la renuncia a todos sus derechos generados por la maternidad; asimismo, admite la adopción del menor por parte de la pareja del padre biológico.

En ese sentido, esta modalidad acoge la hipótesis correspondiente a la inseminación artificial heteróloga, en tanto la gestante no ostenta solo la calidad de madre genética, sino además la de madre obstétrica; en este supuesto no existe sustitución de vientre, más bien una maternidad compartida. (Allcca, 2018, p. 103)

### **2.7.2. Subrogación tradicional (o parcial).**

En la cual la madre de alquiler es inseminada artificialmente con el espermatozoide de la persona acordada, o con el de una de las personas que conforman la pareja que lo solicita, o bien con el espermatozoide de un donante. En todo caso la madre de alquiler, en tanto que aporta su material genético, es además la madre biológica. (Cuasante, 2015, p. 56)

En caso de gestación subrogada tradicional, el procedimiento se puede resumir en que se insemina a la gestante para que los espermatozoides lleguen al óvulo y lo fecunden. En esta modalidad, la gestante es la madre biológica del niño, por lo que existe un vínculo genético entre ambos.

### **2.7.3. Subrogación parcial (gestacional)**

Aquella en la cual una mujer desempeña exclusivamente la función gestacional, en virtud de la cual porta en su vientre a un embrión fecundado in vitro, proveniente de la unión del espermatozoide y el óvulo de la pareja contratante. (Allcca, 2018, p. 105)

En este procedimiento la mujer que proporciona su vientre en alquiler, está cumpliendo el papel de portadora de una nueva vida sin ningún tipo de vínculo genético, teniendo en cuenta que las células (ovulo y espermatozoide) fueron proporcionar por la pareja contratante.

### **2.7.4. Subrogación gestacional (o plena)**

En la cual la madre de alquiler se limita a gestar el embarazo para lo cual le es transferido el embrión concebido mediante Fecundación in Vitro, pudiéndose llevar a cabo dicha técnica tanto con gametos de la pareja con la que hace el acuerdo como con gametos de donante o donantes. (Cuasante, 2015, p. 58)

De esta manera la gestante (vientre de alquiler) su función sería la gestación de una nueva vida, la cual sería producto de la unión de los gametos donados por terceros, de esta manera la mujer gestante no guardaría ninguna relación genética con el nuevo integrante de la pareja contratante.

De acuerdo a la existencia o inexistencia de contraprestación:

**2.7.5. Subrogación comercial:** Aquella en la que una mujer acepta embarazarse por otra, a cambio del pago de una cantidad cierta y determinada, bajo los términos de la prestación de servicios; a lo cual se añade el pago de los gastos derivados de la gestación.

**2.7.6. Subrogación altruista:** Aquella en la que una mujer acepta gestar al hijo -por cuenta de otra, de manera gratuita; en la cual, comúnmente, existen lazos de amistad o parentesco entre la gestante y uno de los padres. (Allcca, 2018, p. 106)

Se tiene en cuenta las diferentes clasificaciones es necesario hacer mención a la determinación de la genética de la paternidad y maternidad, Según Emilio José Ibeas

Cuasante lo clasifica en:

**2.7.7.** Paternidad y maternidad genética de la pareja y biológica de la mujer que presta el útero (óvulo y espermatozoide de la pareja y útero de la mujer gestante).

**2.7.8.** Paternidad y maternidad “semi-genética” de la pareja y biológica de la mujer que presta el útero (óvulo o espermatozoide de la pareja y útero de la mujer gestante) y, según sea el caso, el óvulo o espermatozoide pertenecerían a un donante anónimo.

**2.7.9.** No hay paternidad ni maternidad genética ni “semi-genética” de la pareja, pero sí biológica de la mujer gestante (óvulo y espermatozoide donados).

**2.7.10.** No hay paternidad ni maternidad genética ni “semi-genética” de la pareja, pero la mujer no solo presta su útero sino también aporta su óvulo fecundado con el espermatozoide de un donante anónimo.

**2.7.11.** Maternidad “semi-genética” y paternidad genética de la pareja (espermatozoide del hombre y la mujer gestante presta su útero y aporta su óvulo). (Cuasante,

2015, p. 60)

En muchas naciones son realizadas a cambio de una retribución económica, por consiguiente, se ha convertido en un negocio rentable que se aprovecha de las mujeres con bajos recursos económicos.

## **2.8. La dignidad de la mujer.**

Durante la historia la mujer ha cumplido distintos roles productivos en la sociedad, una de las primeras funciones era la recolección mientras que los hombres eran los encargados de traer la carne. Esta relación marcó las funciones de la mujer y el hombre, dejando relegada a la mujer al cuidado de los hijos, produciendo un papel sumiso dentro hogar, por ende, la finalidad básica de la mujer era la de tener hijos y cuidarlos.

Desde el origen de las civilizaciones la mujer ha jugado un papel muy importante dentro de la sociedad. No obstante, este papel no ha sido reconocido en la justa medida por algunos miembros de los grupos sociales. Por ejemplo, en la antigüedad algunos pueblos dejaban en manos de las mujeres la educación, puesto que ellas eran sabias consejeras y además tenían el tiempo y la dedicación para enseñar a los más jóvenes el lenguaje, debido a que los hombres tenían que estar en actividades de agricultura y/o caza; por otro lado, ellas conocían la historia ancestral y la transmitían a sus hijos y luego a sus nietos. (Gómez, 2010, p. 184)

En el génesis de la historia el rol de la mujer ha sido limitado al cuidado de los hijos y las labores del hogar; sin embargo, la mujer ha cumplido un papel muy importante en la educación de los jóvenes, haciendo con ello, que se resalte la dignidad su dignidad a través de esta noble labor de educar y mantener viva su historia ancestral a las nuevas generaciones.

Teniendo en cuenta el aporte de las diferentes culturas a la concepción de la dignidad,

cabe resaltar a la cultura hebrea, dicho reconocimiento se encontraba enlazado al reconocimiento divino de su creación, es por ello que se exige un comportamiento virtuoso que encamina al hombre a su perfección. Sin embargo, fue durante la aparición del cristianismo fue que la dignidad cobró una nueva dimensión, se fundaba en que el hombre es ahora su prójimo, con ello se afirma que la estima y el respeto son inherentes a todos los seres humanos. Por consiguiente, la dignidad es un elemento valioso en el desarrollo de una persona durante ese largo camino que llamamos vida.

La realidad de la mujer es diferente dependiendo del lugar geográfico en el que se encuentra ubicada. La diversidad de países a instituido diferentes roles, integrándose a la sociedad en mayor o menor medida y dependiendo de la estructura social – cultural. No así en otras sociedades como la griega, la judía o la romana, donde la mujer ocupaba un pequeño lugar casi invisible en medio del pueblo. Dedicada siempre a las labores domésticas y entendidas éstas como de poco valor, carecía de ciudadanía, no participaba en política y hasta su nombre era borrado de las genealogías. Siempre subordinada al marido, a los padres, al hermano mayor, etc. Este proceder hacia la mujer se vio alimentado por el cristianismo al introducir la masculinidad de Dios, al llamarlo Padre. Además, por otro lado, en el Sagrado Libro se afirma que fue una mujer la que introdujo el mal en el mundo, como si hubiese corrido la suerte de Pandora: por comer el fruto que estaba prohibido. Estos, entre otros, fueron los detonantes de una infundada tradición de odio y repudio hacia el sexo femenino. Al margen de esta tradición misógina se pueden contar las historias de mujeres que hicieron frente a esta situación como fueran: Jantipa, Safo, Hypatia, Cleopatra, entre otras, del mismo modo como grupos de guerreras que podemos entender como míticas o prototipos: es el caso de las Celtas, las Amazonas, etc. (Triskel, 2012, p. 186)

En este periodo la situación de la mujer era muy precaria; es decir, solo era instruida en las tareas de la casa, no tenía ninguna participación en la vida política; sin embargo las ciudadanas griegas eran protegidas por la ley y gracias a la dote podían tener seguridad económica durante toda su vida, las viudas y ancianas eran protegidas; estos hechos permitieron dar inicio al reconocimiento y valoración de la dignidad de la mujer sino en un nivel igualitario con el hombre. Hay que tener en cuenta que la autonomía de la mujer inicia con su independencia económica, un elemento fundamental para el disfrute del resto de sus derechos como la integración al trabajo.

Es importante analizar la condición de la mujer en tiempos de Jesús y en su medio ambiente. Desde el punto de vista religioso se la tenía como un ser inferior que no podía dedicarse al estudio de la escritura: "Antes sean quemadas las palabras de la Torá que confiadas a una mujer" ... "el que enseña la Torá a la propia hija es como si le enseñara lascivia". Son palabras de un rabino del siglo primero y no necesitan comentario.

En lo que se refiere a la oración, las obligaciones de la mujer no sólo adolecían de poca seriedad, sino que el Talmud llega a decir: "Maldito sea el hombre cuya mujer e hijos dan gracias por él". Y el colmo de esta mentalidad aparece en la triple acción de gracias de la plegaria cotidiana de los hebreos: bendito sea Dios porque no me ha creado gentil,... porque no me ha creado mujer,... porque no me ha creado ignorante (cfr. Ga 3, 28: réplica cristiana a esta plegaria rabínica).

La brecha que se había creado entre las capacidades del hombre y la mujer para realizar determinadas actividades, contribuyeron a menospreciar y atentar contra su dignidad limitándola a la función reproductiva y cuidado de los hijos, apartada de la toma de decisiones dentro de la familia. En esta sociedad no tenía acceso a la educación, por consiguiente tratadas como seres inferiores, sufriendo un atentado contra su dignidad.

La mujer estaba, ni más ni menos, a la altura de los niños y de los esclavos. Tanto en el templo como en la sinagoga había una estricta separación entre hombres y mujeres, naturalmente en detrimento de éstas.

La inferioridad "religiosa" de la mujer trascendía, por supuesto, al ambiente social público y privado: "Un rabino consideraba indigno y del mayor descrédito hablar en público con una mujer" (P. Ketter). Los "Proverbios de los Padres" contienen, entre otras, esta recomendación: "No hables mucho con una mujer". Y la razón de ello no es poner en guardia contra unas relaciones demasiado libres entre los dos sexos. El verdadero motivo de que el rabino no deba hablar por la calle ni siquiera con la propia esposa, con la hija o con la hermana, no es otro que la arrogancia masculina. Además, y salvo en rarísimos casos, la mujer no podía comparecer como testigo en el tribunal. En el matrimonio, la función de la mujer consistía, prevalentemente, en la procreación y crianza de los hijos. Todas las mujeres, por lo demás, estaban bajo la tutela de un varón (el padre o el marido y, en caso de enviudar, el hermano del muerto). La poligamia - lícita entre los hebreos en tiempos de Jesús, aunque probablemente poco practicada nunca se entendía en el sentido de tener más de un marido- Y mientras el hombre obtenía el divorcio con suma facilidad, a las mujeres no les era permitido.

Las máximas rabínicas, en fin, son altamente elocuentes: "Cuando nace un varón, todos están contentos; cuando nace una niña, todos están tristes", "...en las mujeres resaltan cuatro cualidades: son glotonas, chismosas, perezosas y celosas", etc. En resumen: la condición de la mujer en Palestina era ¡verdaderamente anémica!

Los evangelios en varias ocasiones, refieren cómo los hombres tratan a la mujer en calidad de un ser inferior, más aún, como simples objetos de placer sexual. Así era; y se esperaba que Jesús tendría que ser de la misma opinión. Pero no. Recordemos la comida

en casa del fariseo (Lc 7, 36 ss): la pecadora pública es vista por el fariseo exclusivamente bajo el prisma de lo sexual: si Jesús fuese profeta sabría lo que es esta mujer sexualmente hablando. Así piensa el fariseo. Pero Jesús *rechaza expresamente esta reducción deplorable de la mujer a simple objeto*; se enfrenta con la norma y sólo habla de las actitudes humanas y espirituales de aquella mujer: de su amor y de su falta de amor, del perdón, de su fe; se dirige a ella y -contra lo socialmente admitido- le habla en público, como a una persona humana: "tus pecados te son perdonados... tu fe te ha salvado... vete en paz". (Swidler, 1971, pp. 177 – 183)

La dignidad de la mujer ha sido menoscabada al verse sometida a la dependencia de su hermano mayor y durante el matrimonio a su esposo; sin embargo, con su esfuerzo y perseverancia ha logrado que se le reconozca sus derechos, esta igualdad, es el reconocimiento de su dignidad humana, la que hace posible el crecimiento común y personal de todos. Al reconocernos dignos y amados podemos alcanzar un crecimiento social y moral que tanto se anhela durante toda la vida. Entonces, para favorecer un igual desarrollo social es fundamental que las condiciones a la que se vea expuesta sean las mismas que de los varones y que se garantice una igualdad objetiva ante la ley.

Es necesario cuestionarse si la dignidad se puede cuantificar y concluir que algo o alguien es más o menos digno. Sí recurrimos a la historia el concepto de dignidad humana se remonta hasta la cultura griega, la cual estaba vinculado a la posición social a expresar la autonomía y capacidad moral de las personas. Si nos establecemos en el Perú, dicho concepto, tal vez en algunos casos se ha cuantificado teniendo en cuenta su valoración de la condición social, el lugar donde vive, las condiciones que le faciliten su vida y en muchas ocasiones se han referido a morir con dignidad. Por ejemplo: “La familia necesita una casa para poder vivir dignamente”

Al referirse a la dignidad de la mujer es imprescindible hacer mención a la valoración o apreciación que se le tiene a la personas, en el lenguaje cotidiano u habitual es la condición o atributo propia del ser humano; por consiguiente, solo las personas poseen “dignidad” cuando se habla de la dignidad de la mujer hay un elemento fundamental que no puede ser sometida y que no puede ser utilizada como un medio o instrumento; sino que será un fin en si mismo.

La condición de mujer y ser humano no es algo agregado, es la manera que tiene el ser humano de existir y de ser. La dignidad específicamente no está ligada a su aspecto físico o intelectual, sino que se relaciona a la posición que ocupa en la cración y la sociedad como un ser único e irrepitible con capacidades únicas dentro de la humanidad.

Durante el transcurso de la historia se ha permitido las vejaciones, falta de respeto hacia las mujeres, rebajandolas a simples objetos sexuales y reproducción; sin embargo, el mundo entero ha tenido a bien la reivindicación de la mujer por el rol fundamental que cumple en el desarrollo de la sociedad con su trabajo físico e intelectual.

...la dignidad humana nos sitúa ante una noción sumamente compleja que, además, puede ser contemplada desde diversas perspectivas. Además, posee muchos significados, tanto en el lenguaje coloquial como en el jurídico. A ello se une el hecho de que ante un concepto abundantemente, e interdisciplinariamente, tratado por la doctrina, la jurisprudencia. Por ello, aquí se aportará algunas ideas generales, adoptando una perspectiva concreta de la dignidad de la mujer. Evidentemente, no se trata de aportar nada novedoso sino de recordar ideas básicas, al efecto de poderlas aplicar al tema que ocupa, el contrtao de vientre de alquiler.

El principio de la dignidad humana es el fundamento último del orden social, moral y

jurídico, en consecuencia, un absoluto axiológico que, en palabras de Robles, no puede ser ignorado bajo ningún concepto. (G., 1994, p. 56)

En términos generales, la dignidad de la persona remite a una cualidad exclusiva, indefinida y simple del ser humano, que designa su superioridad frente al resto de los seres, con independencia del modo de comportarse. (Cuadrado, 1995, p. 460)

Millán Puelles sostiene que “la dignidad que todo hombre tiene por el hecho de serlo constituye una determinación axiológica formal, independiente de los contenidos de la conducta” (Millan Puelle, 1976, p. 95)

La palabra dignidad se ha generalizado como un calificativo o apelativo que es usada por muchas agrupaciones sociales y en la vida cotidiana; sin embargo, es imperioso establecer si se está reconociendo el significado de dignidad. Recapacitando que en muchas sociedades se le ha relacionado o enlazado a la conducta y forma de vida dentro de la comunidad, se puede dar una opinión de que los valores y la conducta determinan el grado de dignidad de una persona.

Si se entiende que la dignidad es inherente al ser humano y que la violencia contra la dignidad de la mujer se produce y desarrolla dentro de la familia, en un cambio privado, donde el hombre la consideraba como su propiedad de la cual podía disponer y hacer uso, en el contrato de alquiler (maternidad subrogada) la mujer que proporciona su vientre es tratada como un objeto, al mismo nivel de una encubadora, del cual pueden disponer en todo momento, marcándoles límites y restringiéndoles sus derechos y atentando contra su dignidad, la violencia no solo se limita al maltrato físico; sino, al ejercicio de poder sobre alguien.

Hervada mantiene que la dignidad implica, o significa, una excelencia o eminencia en el ser humano, que no sólo lo hace superior a los otros seres, sino que lo sitúa en otro orden

del ser. El hombre no es sólo un animal de una especie superior, sino que pertenece a otro orden del ser, distinto y más alto por más eminente o excelente, en cuya virtud el hombre es persona. (Hervada, 1991, p. 361) Para este autor, la dignidad podría definirse como “la perfección o intensidad del ser que corresponde a la naturaleza humana y que se predica de la persona, en cuanto ésta es la realización existencial de la naturaleza humana”

Si se considera que una mujer es digna cuando mantiene y preserva sus valores como una persona dentro, dentro de la sociedad, se ha dejado de lado la capacidad de valorarnos, trayendo como consecuencia una visión reduccionista que ha venido convirtiendo a la mujer en un objeto que solo proyecta cuerpo y belleza al servicio de la satisfacción masculina o para obtener un beneficio, por otro cabría la posibilidad de promover la protección de la dignidad de la mujer que alquila su vientre para contribuir a que una pareja pueda alcanzar su tan anhelado sueño que es la de ser padres.

En definitiva, con la dignidad indicamos una peculiar calidad de ser. O, con otros términos, la condición de ser una persona no es una propiedad añadida al modo de ser humano, sino la realidad misma del ser humano, su existencia concreta.

En consecuencia, al referirse a la dignidad no se admite, en ningún caso, superioridad de un ser humano sobre otro, sino de todo ser humano sobre el resto de los seres que carecen de razón. Como destaca Hervada, a pesar de las radicales desigualdades que separan a los seres humanos, “lo igual en todos –independiente de toda condición social o rasgos diferenciales– es justamente la naturaleza. En ella se asienta la dignidad que por ser de naturaleza, es igual en todos”. (Hervada, 1991, p. 362)

Al referirse a la dignidad humana se establece que ha existido a lo largo de su existencia, a través de su reconocimiento como un ser valioso merecedor de aprecio y respeto en su

condición individualizarse y comprenderse a si mismo. En muchas sociedades es concebida como un estatus social, así como durante la conquista se tenía una concepción de la naturaleza de los indígenas, bajo el concepto de que si eran considerados humanos debían ser tratados como tales, esto es, debía respetárseles la dignidad.

Al referirse al contrato al contrato de vientre de alquiler (maternidad dubrogada) y su contraste con la dignidad de la mujer es necesario hacer énfasis que la pareja contratante no es superior a la mujer presta su vientre en alquiler para los contratantes logren alcanzar sus sueños de ser padres, evitando que se le considere como un simple contenedor de una nueva vida, trayendo como consecuencia una tentado a su dignidad como mujer.

Apelar al principio de la dignidad humana se sitúa, por otro lado, ante una distinción básica para el derecho: la existente entre personas y cosas, sujetos y objetos. Las cosas tienen precio, valor de mercado y pueden ser objeto de comercio; las personas, los seres humanos, merecen respeto. Ello remite a una exigencia de trato completamente distinta que la que se otorga, por ejemplo, a los objetos, por muy valiosos que éstos sean. Así lo recogía ya Tomás de Aquino, al defender que la persona no puede ser rebajada a ninguna otra condición. (Aquino, 1960, p. 91), si se tiene en cuenta al autor la mujer en su condición de persona no puede ser rebajada a una condición objeto de la cual se puede disponer o ser utilizada como un simple objeto o medio para alcanzar un objetivo. Asimismo, y especialmente a partir de Kant, la dignidad también remite a la idea de que la persona es un fin en sí mismo, por lo que nunca debe ser tratado sólo como un medio al servicio de fines ajenos. Como es bien conocido, este autor, en su Fundamentación de la metafísica de las costumbres, señaló que las personas: “no son meros fines subjetivos, cuya existencia, como efecto de nuestra acción, tiene un valor para nosotros, sino que

son fines objetivos, esto es, seres cuya existencia es en sí misma un fin, y un fin tal que en su lugar no puede ponerse ningún otro fin para el cual debieran ellas servir como medios... Los seres racionales se llaman personas porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado meramente como medio, y, por tanto limita en ese sentido todo capricho (y es objeto de respeto)". (Kant, 1983, p. 83)

Teniendo en cuenta a la mujer como un ser humano racional y conciente de su desarrollo y crecimiento dentro de la sociedad, no puede ser sometida a los caprichos de una persona o un grupo para obtener un objetivo trazado sin tener en cuenta su dignidad y sus derechos.

Por ello, mientras que los objetos pueden emplearse como medios al servicio de determinados fines, la persona, de acuerdo con su dignidad, debe ser considerada y tratada como un fin en sí misma. De ahí se deriva la exigencia ética y jurídica de no instrumentalizarla para alcanzar fines que le son ajenos. Esto es, en definitiva, lo que significa respeto incondicionado. Por otro lado, y de acuerdo con lo señalado, debemos recordar que la fundamentación de la dignidad es ontológica, ya que ésta se posee, no en base a determinados rasgos o cualidades concretas, sino que es inherente a la persona. Por ello, la dignidad no se fundamenta en algunas manifestaciones o facultades de la persona, que se pueden poseer o no en un momento dado: por ejemplo, la racionalidad humana, la sensibilidad ante el dolor, la capacidad de autodirigirse moralmente, la posibilidad de vida independiente (por ejemplo, de la madre). Tampoco se manifiesta en una sólo dimensión de la persona (por ejemplo, considerando que sólo es digna la dimensión espiritual y no así la corporal...), ya que, en ese caso, caeríamos en un evidente dualismo. Frente a todo ello, se entiende que la dignidad impregna e inhiere todo

el organismo humano (unidad sustancial entre cuerpo, espíritu, razón, emociones...), así como sus expresiones somáticas. (Puelle, 1998, pp. 98-99)

Teniendo en cuenta que existe un incremento en las denominadas técnicas de reproducción humana asistida, es necesario hacer énfasis en el contrato de vientre de alquiler y su contraste con la dignidad de la mujer quien proporciona su vientre para que se pueda desarrollar una nueva vida. Por ende, alcanzar la efectiva vigencia de sus derechos, teniendo en cuenta la protección de la dignidad humana, se manifiesta la necesidad de resaltar la dignidad de la mujer dentro de la sociedad para asumir un rol protagonista, dejando de lado una visión reduccionista que ha venido convirtiendo a la mujer, en muchas ocasiones como un objeto, en la que su cuerpo y belleza son sus principales atributos. Esto se puede evidenciar en las diferentes publicidades que utilizan a la mujer como un simple objeto sexual que adornan las diferentes páginas de diarios del país; sin embargo, la humanidad misma de la mujer le hace merecedora del respeto de sus derechos humanos los cuales deben ser respetados por todos los integrantes de la sociedad y los diferentes órganos del Estado, con el fin de lograr el respeto de su dignidad.

Al considerar a la mujer como un objeto dentro del contrato de vientre de alquiler se estaría dejando de lado las emociones y sentimientos que tiene durante el proceso del embarazo, va a sufrir diferentes cambios físicos, trayendo como consecuencia ansiedad y deseos de comer ciertos alimentos, produciéndoles ciertos cambios emocionales durante todo el embarazo, grandes dolores durante el parto y posterior nacimiento del nuevo integrante de la sociedad.

En realidad, entender que el ser humano es digno por sí mismo, y no sólo en razón de su conciencia, racionalidad, o su capacidad de autodeterminarse, puede parecer una

diferencia muy sutil, pero tiene una gran trascendencia práctica: también es igualmente digna su naturaleza corporal, su cuerpo y todas sus funciones. En la medida en que la subjetividad personal se manifiesta en una naturaleza corporal, no hay respeto a la persona sin respeto a su naturaleza física, a su dimensión corporal. (Gonzales, 2004, p. 41)

Además, no se puede olvidar que es la dimensión material –el cuerpo– la que se aporta, quizás mejor que otros elementos, un signo sensible decisivo para el reconocimiento de la dignidad, ya que esta realidad es previa a la manifestación empírica de, por ejemplo, la racionalidad, que incluso puede llegar a no manifestarse, reducirse o anularse.

La mujer por su condición y su función dentro de la familia es un ser digno de respeto ya que cumple un papel muy importante en la sociedad, no solo como un ser para la conservación de la especie, sino que es una persona que tiene las condiciones y capacidades para desarrollarse en las diferentes profesiones.

En definitiva, apelar a la dignidad ontológica presupone partir de una concepción unitaria de la persona, que se opone a cualquier tipo de dualismo disgregador. Se parte de la consideración de la persona como un todo, un ser que no es solamente espiritual ni exclusivamente sensitivo o corporal, sino que integra, en su estructura, todas estas dimensiones. De ahí que no haya respeto a la dignidad si no se respeta alguna de las mismas. (Andorno, 2004, p. 437)

Teniendo en cuenta que la dignidad de la mujer se encuentra hermanado al valor que le confiere su humanidad, se le considera como un ser valioso, con honor y merecedora de respeto; sin embargo, se la considera digna cuando preserva sus valores y una conducta respetable ante la sociedad. El rol de la mujer en la sociedad se ha extendió al campo laboral, teniendo en cuenta su convicciones y determinación, llevándola a realizar

grandes proyectos que no solo la benefician en el ámbito personal sino a la economía local y nacional; proporcionándole un rol independiente y autónomo que se relaciona directamente con su situación económica, por consiguiente no solo cumplen la función de madres sino de administradoras, profesionales y trabajadoras por lo cual ha ganado su lugar en diferentes ámbitos: cultural, social, laboral y político.

Si se aplica lo señalado a la maternidad por subrogación, podemos observar que, en relación a la mujer contratada, dicha práctica contradice directamente las referidas exigencias de la dignidad humana, cabe la posibilidad que al mercantilizar, cosifique e instrumentalice el cuerpo de la mujer gestante, además de que la discrimina y, habra una posible, disgregación de su unicidad personal.

En la actualidad, en aquellos países en los que la maternidad por subrogación es aceptada legalmente, se la tiende a considerar como un contrato entre las partes. Su contenido suele ser denominado “servicio gestacional”. De esta manera, el propio cuerpo de la madre, con todas sus implicaciones físicas y psíquicas, racionales y emocionales, es objeto de una transacción económica. Dicha transacción suele estar muy bien retribuida o “compensada”, debido a las consecuencias físicas y psicológicas que la situación puede acarrear a la mujer. Estamos, por lo tanto, ante una forma de “auto-mercantilización” de una función humana, la reproductiva. (Ángela Aparisi., 2000, pp. 404-409)

La maternidad sustituta es una práctica basada en la decisión libre de adultos que ejercen sus derechos y prerrogativas, sin perjudicarse ni perjudicar a terceros, razón por la cual no puede señalarse ni objetarse a las personas que la ejercen, ni a la práctica en sí misma. Todos los participantes y personas involucradas se suelen beneficiar de la misma: el niño que nace de dicho acuerdo no hubiera nacido si la práctica no se hubiera

realizado y encuentra una familia que lo recibe con mucho amor y que lo deseó profundamente, los padres logran acceder a la paternidad y tienen la posibilidad de dar amor y brindarle todos los cuidados necesarios a su hijo y por último la mujer portadora puede satisfacer sus deseos de ayudar a otras personas y obtener un beneficio, en general económico a cambio de esa ayuda.

Se considera que esta postura representa, por un lado, una visión teórica, formal, e “idílica” de la maternidad por subrogación, ya que no da cuenta de la compleja problemática que plantea en la realidad, especialmente para las partes más vulnerables, como son la mujer y el hijo. Por otro lado, presupone una concepción dualista de la persona, que la disgrega en dos: por un lado, su razón y su autonomía y, por otra, su dimensión corporal.

Se tiene en cuenta que a la dignidad se le considera como una cualidad de grandeza que tiene toda persona sin ninguna distinción de sexo, religión, raza u otras razones, sino por su condición de ser humano. Teniendo la importancia de la dignidad de la mujer en su desarrollo como persona y eje fundamental de la familia dentro de la sociedad, es necesario que no se la menosprecie y se le haga menos que un varón.

La dignidad de la mujer no solo se ve ligada de alguna manera al respeto y al buen trato, sino por el contrario según la filósofa Martha Nussbaum señala un decálogo para defender la dignidad de las mujeres, donde advierte que en gran parte del mundo las mujeres están privadas de los medios de sostén indispensables para el ejercicio de las funciones fundamentales necesarias para una vida humana. (Monsalve & Javier Aguirre Román, 2010, p. 138)

Teniendo en cuenta que la mujer cumple un rol importante dentro de la familia y al ver que muchas mujeres no pueden procrear, las mujeres gestantes son tratadas como

simples objetos de un derecho sin tener en cuenta el gran valor que tiene dicha mujer. Cuando en la sociedad se entienda que la mujer no es tan solo el ser que trae hijos al mundo y su función es procreadora, se habrá logrado respetar la dignidad de la mujer. La mujer gestante que cumple o realiza un contrato de vientre de alquiler con una pareja que por algún motivo no puede tener hijos de una manera directa acude a este servicio, pero hay que recordar que la mujer gestante es un ser humano que tiene sentimientos y necesidades que deberían ser respetadas y cubiertas por la parte contratante ya que por intermedio de dicha mujer la pareja contratante puede cumplir su máximo sueño de tener hijos(as).

## CAPITULO III

### ANÁLISIS DEL CONTRATO DEL VIENTRE DE ALQUILER EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y DERECHO COMPARADO

#### 3.1. Contrato del vientre de alquiler.

A lo largo de los años se ha logrado que una mujer a pesar que cuenta con las células para poder ser madre no puede serlo por diferentes motivos, se ha desarrollado lo que se llama reproducción asistida y con ello nace la maternidad subrogada una nueva forma de poder llegar a ser padre, una gran cantidad de parejas acuden a las diferentes clínicas que brindan este servicio, buscando para ello a mujeres que puedan llevar a cabo la gestación, en nuestro caso nosotros lo llamaremos “contrato de vientre de alquiler”, la cual debería ser regulada para evitar abusos a sus derechos y dignidad.

La maternidad subrogada ha constituido una solución a los problemas que puede tener una mujer y con ello cumplir su máximo sueño de ser llamada madre, si tomamos en cuenta que muchas mujeres desde su infancia han jugado a ser madres y a realizar las labores propias de una mujer, se ve frustradas por ciertas limitaciones biológicas que tiene y le son ajenas a su voluntad.

“Es el acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste. De ahí que, las gestantes son mujeres fértiles que aceptan llevar a término un embarazo que se ha generado mediante el esperma y el óvulo de los padres contractuales, con o sin contraprestación de por medio, para que, una vez producido el parto entregue al hijo a las personas que lo encargaron, las cuales asumieron el pago de la suma acordada o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto” (Allecca, 2018, p. 103)

### 3.2. Vientre de alquiler

A través del tiempo se ha podido revisar que las mujeres han acudido a otras mujeres para poder dejar descendencia a sus esposos, en la biblia se hace mención a Sarai esposa de Abram quien no le podía dar hijos debido a su condición de estéril, le rogó a su esposo que tomara a su sierva Agar para que a través de ella pueda tener descendencia; sin embargo, los resultados fueron negativos teniendo en cuenta que el hijo biológicamente le pertenecía a su esclava.

El vientre de alquiler puede dar una salida positiva para las mujeres que desean tener hijos que lleven su sangre, por tal motivo es necesario que el óvulo y el espermatozoide sean proporcionados por la mujer y el varón que constituyen el matrimonio tal como lo estipula el código civil en su artículo 234: “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer igualmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de Código, a fin de hacer una vida común”. La unión de dichas células en el vientre de alquiler puede formar una vinculación sanguínea y genética de los padres y por consiguiente no habría una relación consanguínea con la mujer que realiza esta actividad.

El alquiler de vientres o gestación subrogada puede ser definida como la práctica en virtud de la cual, una mujer, a través de un acuerdo, con o sin precio, se compromete a gestar un bebé con el fin de entregarlo después del parto a aquella o aquellas personas que van a ser sus padres, biológicos o no, renunciando ella a su filiación. (Cuasante, 2015, p. 54)

Teniendo en cuenta la diferentes posturas y concepciones que se tiene del vientre de alquiler o maternidad subrogada haremos mención a otros autores, “son muchos los términos diferentes que se han venido utilizando -gestación subrogada, vientres de alquiler, maternidad subrogada, gestación por sustitución, subrogación gestacional- para

hacer referencia a un mismo fenómeno que sucede cuando una mujer se presta a gestar un niño o una niña para, una vez nacida, entregársela a la persona o personas que se la han encargado y que van a asumir su paternidad y/o maternidad. Se trata de un contrato que suele contemplar el compromiso de una mujer (conocida como mujer o madre gestante, portadora, madre por sustitución o gestante de alquiler) a través del cual acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación a favor de una persona o pareja comitente (también conocida como madre o padre subrogante, madre o padre intencional o aspirantes), a quien o quienes se compromete a entregar la niña, el niño o las y los niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino con quienes son subrogantes. (Sobrimo, 2018, p. 60)

La maternidad subrogada, conocida también como maternidad de alquiler, de encargo, portadora, o sustituta, se basa en que una mujer lleva implantado en su cuerpo un embrión hasta su nacimiento, con la finalidad de entregarlo después a otra mujer, hombre o a una pareja, ya sea matrimonial o, de hecho, heterosexual u homosexual. (Pineda, 2015, p. 57)

Para comprender las diferencias y este concepto legal, debemos partir de los nuevos conceptos de maternidad. Antiguamente, cuando no existía la reproducción asistida, se entendía que gestación y maternidad eran lo mismo, es decir, la mujer que gestaba un bebé era necesariamente la madre legal del mismo. Por ello, la mayoría de las legislaciones latinoamericanas establecen que la maternidad se determina por el parto: "quien da a luz, es la madre". Ello significa que la forma en que la ley determinaba la filiación materna, era sencillamente el parto.

Con el avance de la tecnología médica y de la reproducción asistida, entran en crisis muchos conceptos legales antiguos. La madre de un niño o niña no siempre será quien da a luz (como en la maternidad subrogada). La madre de un niño o niña no siempre será la

que aporta el óvulo (como en la donación de óvulos)

Sin duda, la infertilidad puede deberse a múltiples factores, pero no es la intención de este apartado abocarse a ello. Basta con señalar que los estudios respecto a este tema se han centrado especialmente en la mujer, por lo que no hay mayor información en cuanto a la infertilidad masculina.

Si se tiene en cuenta que existe una gran cantidad de mujeres que desean apoyar a diferentes parejas que por alguna razón no pueden tener hijos de una forma altruista, hay que tener en cuenta que las parejas que requieren el apoyo de una mujer que puede llevar a cabo un embarazo tiene derecho a que se le retribuya y con ello apoyar al desarrollo y bienestar de su familia nuclear constituiría un medio de apoyo a su economía y por el otro lado cumplir con el sueño de una pareja que ve frustrado su deseo de ser padres y ver en sus futuros vástagos la continuidad de su legado como es el caso de sus apellidos, que serán testigos de su presencia espiritual en este mundo.

Las razones que llevan a una mujer a portar el hijo de otra no están muy bien estudiadas. Se han señalado como motivaciones más probables el altruismo, el interés económico, o la reparación. Es muy importante conocer las razones que sustenta que una mujer participe en un proceso de subrogación ya que éstas afectarán a la seguridad del niño, a los padres que alquilan el útero, a la portadora e, incluso, a la propia sociedad. “El punto de vista de la madre sustituta de su embarazo también constituye una interpretación de ella (social y moral) y de su relación con el feto y el niño”, con claras consecuencias en todo el proceso. (Guzman, 2017, p. 199)

Según Lorenceau El altruismo se define como el deseo de ayudar a los demás desinteresadamente. Ciertos autores indican que para que exista el altruismo se requiere de empatía. Si se toma en cuenta los estudios realizados por Rudappa y Colins, basados en

entrevistas a las partes implicadas en subrogación en la India, se evidencia que se ha comportado de una manera altruista y que el dinero recibido no desvirtúa la motivación. (Méndez, 2013, p. 92)

Respecto a los argumentos a favor, la maternidad subrogada es una modalidad más para ejercer la paternidad y se equipara a otras formas de acceder a la misma. Sintetizadas ambas posturas, surge la pregunta obligada: ¿es conveniente prohibir la figura de la madre subrogada, declarar la nulidad del convenio y reconocer siempre la maternidad en la gestante, o se debe regular esta figura, y reconocer la afiliación de aquel? (Méndez, 2013, p. 95)

Si se hace mención a los aportes del autor, así como la interrogante planteada podemos mencionar que la regulación del contrato de vientre favorecería la protección de la dignidad y los derechos de la mujer gestante.

### **3.3. Contrato de vientre de alquiler**

Ahora bien; a todas las parejas que han decidido tener hijos mediante la figura del contrato del vientre de alquiler han tenido como motivaciones principales la formación de una familia, donde cabe la posibilidad de tener una maternidad responsable y segura, cabe resaltar que con este procedimiento cabría la posibilidad de evitar la muerte de la madre o el niño durante el embarazo, parto o post parto.

El fenómeno de la maternidad subrogada ha tenido un gran desarrollo en países como Estados Unidos, en donde, por medio de normas y decisiones judiciales, se ha ido regulando su ejercicio, aunque no de manera uniforme. En consideración a lo anterior, este artículo tiene como propósito central identificar las características o principios fundamentales que conforman la visión de los Estados Unidos en materia de los contratos de maternidad subrogada. La determinación de estas características es el resultado de la

revisión y análisis de las distintas normas y pronunciamientos judiciales proferidos por las cortes estadounidenses.

Bajo este contexto, los rasgos distintivos que han sido identificados como característicos de la postura estadounidense son los siguientes: a) existe una regulación del contrato a partir de la ley y la jurisprudencia, b) no hay una posición uniforme entre los estados frente a la validez jurídica del contrato, c) se acude a la noción de orden público y a las normas del derecho de familia para aceptar o rechazar su validez, y d) la regulación del contrato está encaminada a contrarrestar los efectos negativos que se derivan del fenómeno de maternidad subrogada.

El contrato de maternidad subrogada puede clasificarse en altruista y comercial. El primero se presenta cuando la madre no recibe pago alguno por el alquiler de su vientre, o si recibe alguna contraprestación, esta se limita al pago de los gastos derivados del embarazo. Por el contrario, el contrato de maternidad subrogada de carácter comercial existe cuando la madre sí recibe un pago como contraprestación de las obligaciones derivadas del contrato, pago que puede consistir, no solamente en una suma de dinero, sino también en la entrega de objetos, servicios o cualquier otra cosa de valor pecuniario. A partir de las anteriores consideraciones, es posible identificar un conjunto de obligaciones particulares que surgen para las partes del contrato. Para el caso de la madre subrogada, estas consistirán en: 1) permitir ser inseminada artificialmente con la esperma del padre biológico, 2) llevar el feto en su vientre hasta el nacimiento del bebé, y 3) renunciar a los derechos de custodia sobre el recién nacido en favor del padre biológico y su esposa. Por su parte, en contraprestación a las obligaciones asumidas por la madre subrogada, el padre biológico y su esposa se obligan a: 1) pagar todos los gastos médicos y legales generados como consecuencia del embarazo, 2) asumir la responsabilidad de

custodia sobre el recién nacido, y 3) como regla general, pagar a la madre subrogada una compensación (Tiller, 2018; pp. 417 – 418)

La identificación de la aproximación estadounidense a los contratos de maternidad subrogada es de gran importancia y relevancia, *toda vez que puede servir a países que no tienen una regulación sobre esta materia*, y por lo tanto pueden encontrar en esta experiencia herramientas útiles que le permitan reglarlo de una mejor manera. De otra parte, y aprovechando la identificación de los rasgos distintivos que caracterizan la visión estadounidense frente a los contratos de maternidad subrogada, este artículo tiene un segundo propósito, cual es, identificar los puntos comunes que existen entre esta visión y la postura colombiana que puede construirse a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y los diversos intentos regulatorios que se han presentado, esto es, los proyectos de Ley N° 46 de 2003-Senado, N° 196 de 2008 – Cámara de Representantes y N° 37 de 2009. Recuérdese que en Colombia no existe una regulación especial vigente sobre los contratos de maternidad subrogada, a pesar de que la Corte Constitucional ha reconocido la necesidad de tenerla y la ocurrencia de varios intentos legislativos fallidos. Conocer las similitudes existentes entre la visión estadounidense de los contratos de maternidad subrogada y lo hasta ahora planteado en el contexto colombiano, permite conocer qué tan cerca o lejanas están una de la otra, y en consecuencia, valorar de manera más eficaz la posibilidad de recurrir a la experiencia norteamericana para la solución de conflictos sobre la materia o la regulación del contrato en el país. (Revista de derecho, universidad de Chile. (Rodríguez-Yong, Camilo, & Martínez Muñoz, 2013, pp. 59-81); El primer rasgo característico de la experiencia norteamericana frente a los contratos de maternidad subrogada es que estos se encuentran regulados por una serie de reglas y principios jurídicos que tienen origen legislativo y judicial. Lo anterior, debido a que

algunos estados de la unión americana han promulgado leyes particulares o especiales sobre la materia, mientras que otros se han abstenido de hacerlo, dejando en este último caso la regulación del contrato a la jurisprudencia, es decir, a las decisiones de los jueces. En el caso de las legislaciones estatales en materia de contratos de maternidad subrogada, estas fueron promulgadas con el propósito de, por un lado, establecer de manera clara los derechos de custodia del recién nacido, y por el otro, proteger a las partes del contrato por el establecimiento de estándares y salvaguardas que respetarán el orden público del estado.

Igualmente, la jurisprudencia también ha sido una fuente fundamental en la construcción del análisis jurídico de los contratos de maternidad subrogada. Sin embargo, debe destacarse que la propia jurisprudencia ha resaltado que el mejor escenario para construir una aproximación jurídica al fenómeno de maternidad subrogada es mediante el poder legislativo. En esta dirección se pronunció la Suprema Corte de California en el caso *Johnson v. Calvert*, al señalar: *We are all too aware that the proper forum for resolution of this issue is the Legislature, where empirical data, largely lacking from this record, can be studied and rules of general applicability developed.* [Nosotros somos conscientes de que el foro adecuado para resolución de este asunto es el legislativo, en donde datos empíricos, que faltan ampliamente en este caso, pueden ser estudiados y reglas de aplicación general desarrolladas] (Calvert, 1993, p. 84)

Esta primera característica de la experiencia norteamericana difiere a lo acontecido en el caso colombiano, pues, como se mencionó anteriormente, en Colombia no existe actualmente una regulación particular sobre el contrato de maternidad subrogada. No obstante, sí se han presentado varios intentos legislativos, aunque fallidos, por regularlo. Precisamente, la ausencia de regulación, sumada al reconocimiento de la ocurrencia del

fenómeno de la maternidad subrogada en el país, motivó la presentación de diversos proyectos de ley. Así, por ejemplo, fue reconocido en la exposición de motivos del proyecto de ley N° 037 de 2009 de la Cámara de Representantes colombiana. Allí se manifestó: “No podemos estar ajenos al vacío jurídico que en la actualidad se encuentra en nuestro ordenamiento; la práctica reiterada de esta figura en nuestro país hace necesaria la urgente actividad del legislador para reglamentar una situación que no puede ser ajena a la evolución de la procreación de la humanidad” (Yong, Camilo , & Martínez Muñoz, Revista de derecho, universidad de Chile, 2013, pp. 65-70)

El derecho a la reproducción humana se encuentra reconocido en México como un derecho fundamental de la persona, en el artículo 4°. constitucional, en cuya parte conducente dispone que “toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos...”. Invocan este precepto quienes, en afán de dar continuidad a su genética, acuden a las modernas técnicas científicas que les ofrecen la oportunidad de tener descendencia, en vez de adoptar niños que les son ajenos la disposición constitucional se adiciona el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD) firmado por México, en el que se establece que los derechos reproductivos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos, el intervalo entre estos y a disponer de la información y los medios para ello, así como el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. El mismo programa, en el Capítulo VII, denominado de los Derechos Reproductivos y Salud Reproductiva, punto 7.3, consagra el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los

documentos de derechos humanos.

Es de destacarse que ni la Ley General de Salud ni su Reglamento en Materia de Investigación para la Salud hacen referencia alguna a la maternidad subrogada. Ambos ordenamientos solo se refieren en forma general a la inseminación artificial y a la fertilización in vitro. Debido a que los estados de la República Mexicana y la Ciudad de México tienen competencia para legislar en materia de derecho de familia, en este apartado nos avocaremos a estudiar la normatividad de aquellas entidades federativas que prohíben o regulan —con serias deficiencias— a este método de reproducción asistida. Por su parte, el Código Civil para el Estado de Tabasco —uno de los pioneros en reconocer a las técnicas de reproducción asistida como una posible solución cuando la mujer es incapaz de concebir o de gestar debido a causas físicas o psicológicas— distingue a la madre gestante sustituta, de la madre subrogada y de la madre contratante.

La primera de las figuras jurídicas, es decir, la madre gestante sustituta es aquella mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, pero no el componente genético. Por su parte, la madre subrogada provee el material genético y el gestante para la reproducción. La madre contratante es aquella mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso, penúltimo párrafo del artículo 92 del Código Civil para el estado de Tabasco.

(Congreso Tabasco, 2014, pp. 28 - 35)

La práctica en Tabasco permite que el contrato sea de carácter gratuito u oneroso.

Respecto a este último punto encontramos que existe cierta aceptabilidad por la celebración del contrato de maternidad subrogada gratuito —contrato benévolo o con fines altruistas—, siempre que la mujer que admita ceder temporalmente su cuerpo otorgue su libre e informado consentimiento, al igual que su marido, si fuere casada. La

mayoría rechaza el acuerdo oneroso de alquiler de útero, al equiparlo a un contrato de venta futura de hijo, prohibido por las legislaciones de los países y por los tratados internacionales, pues atenta contra la dignidad del ser humano, lo que significa que la persona no tiene precio y no puede ser considerada, bajo ninguna condición, como un simple instrumento. Ella excluye toda comercialización aunque sea parcial del cuerpo humano. (Hottois, 2011, p. 45)

En el texto legal tabasqueño, se dispone que salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta o como resultado de un contrato de maternidad sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que este haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare. Los dos casos de excepción consideramos que obedecen a que el Código Civil de Tabasco reputa como madre legal del niño a la que contrata los servicios de la gestante, abandonando la madre portadora toda pretensión de maternidad, cuando se produce el nacimiento del menor. (Martínez, 2014, p. 53)

En el caso del Código Civil, para la Ciudad de México se reconoce en su artículo 162 el derecho que tienen los cónyuges a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como a emplear, en los términos que señala el mismo ordenamiento, cualquier método de reproducción asistida para lograr su propia descendencia. Un aspecto por considerar del citado artículo 162, es que al permitir “cualquier método de reproducción asistida”, deja abierta la posibilidad para que cónyuges y, por extensión, concubinos —al serles aplicables todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia— puedan tener descendencia a través de la maternidad subrogada, quedando prohibido este método para aquellas personas que viven

solas, además de no prever la posibilidad de que un varón recurra a este tipo de técnica. Es importante mencionar que al definir en el artículo 146 del Código Civil para la Ciudad de México, al matrimonio como la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua... Asimismo, y al igual que en el estado de Tabasco, el artículo 326 del Código Civil para la Ciudad de México establece que no se podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso, en llevar a la práctica tales métodos. Por disposición del artículo 1803 de este ordenamiento, el consentimiento es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. (Martínez, 2014, p. 58)

Otro rasgo distintivo que identifica la experiencia norteamericana frente a los contratos de maternidad subrogada es la utilización de normas del derecho de familia, particularmente las de adopción, para la determinación de la validez del contrato. En efecto, un segundo gran argumento que ha sustentado la posición negativa frente a los contratos de maternidad subrogada ha sido el considerar que estos violan las normas sobre adopción. Estas últimas son aplicadas a los contratos de maternidad subrogada, toda vez que el recién nacido que resulta del proceso de subrogación será adoptado por la esposa del padre biológico. (Ferguson, 2013, p. 908)

En el caso *In the Matter of Baby M*, la Corte Suprema del estado de Nueva Jersey tuvo la oportunidad de decidir acerca de la validez de un contrato de maternidad subrogada. El contrato celebrado entre las partes establecía que el dinero pagado a la madre que prestaba su vientre para la gestación del bebé era una compensación por dicho servicio y los gastos derivados del contrato. Igualmente, el mismo contrato señalaba expresamente que la remuneración por ningún motivo correspondía a un pago en favor de la madre como

contraprestación a la terminación de sus derechos de custodia sobre el recién nacido, o por su consentimiento de entregarlo en adopción.

No obstante, lo anterior, la corte calificó el pago como una compensación encaminada a obtener la adopción del menor. Dos razones principales le permitieron arribar a esta conclusión. Primero, el propio contrato establecía que el pago de la remuneración (\$ 10.000 dólares) ocurriría solamente cuando la madre subrogada hubiera renunciado a la custodia del niño y completado las obligaciones derivadas del contrato. Segundo, el acuerdo también indicaba que no se pagaría nada a la madre subrogada en caso de que el niño muriera antes del cuarto mes de embarazo, y que solamente pagaría \$ 1.000 dólares si el niño nacía muerto. El argumento de considerar el contrato de maternidad subrogada inválido por considerarse que viola la prohibición de pagar una remuneración para la obtención de una adopción, podría también esgrimirse en el caso colombiano, toda vez que el artículo 74 de la Ley N° 1098 de 2006 prohíbe claramente el pago de cualquier tipo de retribución por la entrega en adopción de un niño, niña o adolescente.

En base a estos lineamientos, no es posible reconocer como válidos los contratos de maternidad subrogada, pues no debe perderse de vista que el padre y la madre de un recién nacido no pueden decidir sobre los derechos de custodia sobre él por un acuerdo privado. Lo anterior en razón a que la custodia de un menor debe estar sometida a un control judicial que tome en cuenta el mejor interés para él. Esta posición fue adoptada en el caso *Hawkins v. Frye*, en donde la corte de familia decretó la invalidez del contrato de maternidad subrogada por considerar que la terminación de los derechos de custodia debía establecerse únicamente considerando el mejor interés del niño, y no mediante un contrato. (Yong Rodríguez & Martínez Muñoz, 2012, pp. 59 - 81)

La tercera característica de la experiencia norteamericana con relación al contrato de

maternidad subrogada, es la utilización del concepto de orden público como criterio fundamental para determinar su validez jurídica. En efecto, como acaba de mencionarse, existen dentro de los Estados Unidos posiciones disímiles frente a la validez jurídica de los contratos de maternidad subrogada. Al revisar la jurisprudencia y la legislación norteamericana sobre la materia, se puede concluir que la adopción de una postura positiva o negativa frente a los mencionados contratos, encuentra sustento en el concepto o noción de orden público que pretende proteger el respectivo estado. Por ejemplo, la Suprema Corte de Ohio ha señalado que los contratos de maternidad subrogada no son violatorios del orden público, y por tanto, deben honrarse las obligaciones y derechos que se asumen mediante estos: A written contract defining the rights and obligations of the parties seems an appropriate way to enter into surrogacy agreement. If the parties understand their contract rights, requiring them to honor the contract they entered into is manifestly right and just. [Un contrato escrito que defina los derechos y obligaciones de las partes parece una forma apropiada de celebrar acuerdos de maternidad subrogada. Si las partes entienden sus derechos contractuales, solicitarles que honren el contrato que ellos celebraron es claramente correcto y justo]

Una postura similar se presenta en el estado de Washington en donde se considera que un contrato de maternidad subrogada es nulo por violar el orden público cuando este involucre el pago de una remuneración como contraprestación a su celebración: A surrogate parentage contract entered into for compensation, whether executed in the state of Washington or in another jurisdiction, shall be void and unenforceable in the state of Washington as contrary to public policy. [Un contrato de maternidad subrogada celebrado por una compensación, sea ejecutado en el estado de Washington o en otra jurisdicción, será considerado nulo y no exigible en el estado de Washington por ser contrario al orden

público]. En consecuencia, el contrato no es violatorio del orden público, sino únicamente cuando este involucre el pago de una remuneración en favor de la madre subrogada.

Desde la perspectiva de la jurisprudencia, se ha considerado que los contratos de maternidad subrogada atentan contra el orden público por tres razones principales: a) constituyen un instrumento para la explotación de las mujeres, especialmente aquellas de bajos recursos económicos, b) tienen como propósito la compraventa de recién nacidos, lo que convierte a estos en una mercancía que puede ser vendida y comprada como cualquier otro producto y de acuerdo con el precio del mercado y c) atentan contra la unidad de la familia, pues al intercambiarse un niño por una compensación, se está contribuyendo a la destrucción de una de las relaciones más importantes de la vida humana. (Ferguson S. A., 1995, p. 1240) Sin embargo, estos argumentos no han sido aceptados de manera unánime. Por ejemplo, la Suprema Corte de California en el caso *Johnson v. Calvert* señaló que, aunque era razonable pensar que las mujeres de escasos recursos eran más propensas a celebrar contratos de maternidad subrogada ocupando en ellos la posición de madre subrogada, no existía prueba de que estos acuerdos explotaran a las mujeres pobres en mayor medida de lo que lo hacen los trabajos de bajos salarios o no deseables que estas deben aceptar como consecuencia de su necesidad económica. Adicionalmente, la corte indicó que no existía evidencia que sustentara la posición de que los contratos de maternidad subrogada promovieran el tratamiento de los recién nacidos como mercancías. (Calvert, J., 1993, p.154)

Por otra parte, quienes defienden la validez de los contratos de maternidad subrogada, sostienen que estos no pueden ser invalidados, toda vez que la remuneración que se paga a la madre que presta su vientre para la gestación del feto, corresponde a una contraprestación por ese servicio, y no al del pago de un precio por la compra de un recién

nacido. Por lo tanto, el contrato de maternidad subrogada no involucra la realización de un contrato de compraventa de un bebé, sino el de uno de prestación de servicios. (Yong C. R., 2012, p. 62)

Para muchos, la maternidad subrogada es un ejemplo más de la autonomía que ostenta la persona que se fundamenta en un dualismo en donde el ser humano como tal es libre de disponer de su cuerpo convirtiéndolo en susceptible de cualquier transacción, ya que ello no afecta al propio concepto de persona. Estaríamos, pues, ante un liberalismo extremo que no pone límites a la libertad contractual y que apoya sin lugar a dudas la eficacia de los contratos de gestación por subrogación. Esta consideración es el resultado de la concurrencia de determinados factores: por la existencia de una sociedad cada vez más tecnológica la ética queda subordinada a la producción técnica; por la progresiva aparición de la medicina del deseo o del cliente; por la aparición de los llamados derechos reproductivos y por la profunda modificación de las relaciones interpersonales (Aparisi Millares, A. y López Guzmán, J., 2012, pp.255-259).

En este sentido, la maternidad subrogada refleja la necesidad que siempre ha tenido el ser humano de salvaguardar su herencia genética en el tiempo. Un ejemplo de ello lo podemos encontrar en las familias hebreas, en donde existía el deber de engendrar hijos y si ello no era posible se recurría a la adopción, ya que la mayor desgracia para una mujer lo constituía el divorcio causado por esterilidad. Existen muchos otros ejemplos en la literatura antropológica donde no solo se manifiesta esa importancia de la reproducción, sino también, cómo la esterilidad se ha imputado siempre a las mujeres. Por ejemplo, en Mali, África occidental, se aceptaba la poligamia o poliginia como alternativa social para que el hombre tenga la posibilidad real de engendrar descendencia por sus propios medios (Mir Candal, 2010, p.4).

Es evidente que se sigue buscando una solución a cualquier complicación que impida la continuidad de la herencia genética y del apellido de una familia a lo largo del tiempo, el contrato del vientre de alquiler a la par de otras técnicas de reproducción asistida ha contribuido a que muchas parejas hayan cumplido ese tan anhelado objetivo de tener descendencia.

Otros autores afirman que se intenta encubrir la realidad vinculada a la maternidad subrogada presentándola como una forma más de reproducción asistida, con la que de forma altruista se da la oportunidad de realizar el sueño de ser padres a aquellas personas que no pueden serlo. Cuando en realidad lo que se lleva a cabo es “una nueva forma de explotación de la mujer y tráfico de personas que convierte a los niños en productos comerciales; sin embargo, los seguidores de esta práctica fundamentan su admisibilidad en la existencia del derecho a procrear.

Este derecho se fundamenta desde la perspectiva internacional, donde una pareja (varón y mujer) tienen el derecho a formar una familia y a la reproducción asistida para evitar la disolución del matrimonio, como lo establece el art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) donde se establece en su apartado que “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio” y que “la familia es la unidad natural y fundamental de la sociedad y merece protección por parte de la sociedad y del Estado”. Cabe resaltar que, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CDEH), ratifica el derecho a formar una familia y añade la protección de la vida privada y familiar de los individuos, (artículos 12 y 8); Por tanto, no existe un concepto delimitado de lo que

debe entenderse por derecho a la reproducción, ya que se asume la existencia y protección del mismo de una forma indirecta. Hay autores que apuntan que el derecho a procrear también debe vincularse al derecho a una salud reproductiva. Es decir, la imposibilidad de concebir es entendida como una especie de enfermedad, que queda cubierta por este derecho dando lugar a la prevención y el tratamiento apropiado de la infertilidad, así como a la libertad de decidir si se quiere tener hijos, cuándo, y con qué frecuencia (Fárnos, 2011, p. 45). Con estos argumentos se podría fundamentar que, si el derecho a tener hijos es parte del derecho a la salud, como se ha expuesto anteriormente, sería admisible que las instituciones especializadas puedan cubrir de una manera adecuada las diferentes técnicas de reproducción asistida, incluida el contrato de vientre de alquiler, con el fin de atenuar los múltiples casos de infertilidad que padecen las parejas para formar una familia sin tener en cuenta su situación económica.

Estos derechos se encuentran establecidos en se encuentran fundamentados en el art. 4 de la Constitución Política del Perú, donde establece que el Estado protege y promueve el matrimonio, a través del cual la pareja busca la prolongación de su herencia genética y sus apellidos a lo largo del tiempo.

Ahora bien, si recapacitamos en los art. 233 y 236 del Código Civil, se puede apreciar que hace énfasis a la protección de la familia tiene y que “el parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco en común”.

Por tanto, si se tiene en consideración, en determinados casos el contrato de vientre de alquiler, el deseo de mantener el parentesco consanguíneo y la prolongación de apellido familiar cabría la posibilidad de que se vulneren esos límites, ya que cabe la casualidad de poner en riesgo la dignidad de la mujer gestante; sin embargo, una adecuada legislación

de dicho contrato protegería sus derechos fundamentales y la defensa de su dignidad como mujer.

Todo esto lleva a cuestionarse si los avances tecnológicos deben sobrepasar los límites inherentes a nuestros derechos y valores fundamentales con el objetivo de superar los propios obstáculos que establece la naturaleza. En España se pueden encontrar estudios sobre el Informe Palacios, realizado por la Comisión especial creada por acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados de 2 de noviembre de 1984 para el estudio de la fertilización extracorpórea, que muestran como ya se plateaba esta disyuntiva desde esa época: “la evolución tecnológica no debía propiciar la modificación de los valores fundamentales de nuestra civilización en aras de favorecer un prometeico mayor dominio sobre la naturaleza, sino que en aras de la protección de esos valores debía tenerse extremo cuidado con las consecuencias de la aplicación de las nuevas técnicas” (Serrano, 1987, pp. 32-34).

Una de las causas que genera que parejas acudan al contrato de vientre de alquiler como una vía para acceder a la maternidad o paternidad, es la infertilidad. La Organización Mundial de la Salud (OMS) define a la infertilidad como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas. se añade que esta situación conlleva una gran cantidad de efectos tanto en la salud física, como mental, emocional, psicológica, social y hasta religiosa en las parejas que la sufren. Esta situación puede llegar a provocar un sentimiento de culpa, miedo, depresión y pérdida de la dignidad. Ante esa imposibilidad de tener un embarazo de forma natural son muchas las parejas que acuden a los procesos de fecundación in vitro como segunda vía. Otro aspecto a destacar es que la edad a la que se decide acceder a la maternidad o paternidad es cada vez más tardía. Este es uno de los principales puntos, que como se ha

señalado, determinan la efectividad de los procesos de fecundación in vitro. Es evidente que el acceso de la mujer al ámbito académico y laboral determina que decidan ser madres a una edad más tardía, al entender que “la mejor apuesta individual es abstenerse por el momento, con la esperanza de obtener mejores oportunidades en el futuro” (Dawkins, 2002, p.156).

Cuando el escenario de una pareja se torna incierto en la procreación de una nueva vida acude a otras técnicas de reproducción asistida; ahora bien, cuando ni por vía natural, ni a través de los procesos de fecundación in vitro, se consigue ser padres biológicos lo que queda es acudir al contrato de vientre de alquiler. Esta práctica, como ya se ha dicho, permite gestar el embrión que se ha obtenido como resultado de fusionar, como regla general, el material genético de una pareja o persona en el útero de otra mujer con el fin de obtener un hijo biológico.

De dicha situación, surge para muchos el conflicto ético entre la adopción y el contrato de vientre de alquiler (maternidad subrogada) pues si lo que se busca es poder desempeñar el conjunto de derechos y obligaciones que determina la maternidad o la paternidad, se considera que la adopción es una vía propicia, ya que es un sistema de protección del menor que permite desempeñar esas facultades. No obstante, si lo que se busca es salvaguardar la herencia genética en el tiempo a pesar de los obstáculos impuestos por la propia naturaleza, el contrato de vientre de alquiler (maternidad subrogada) se convierte en una alternativa viable. Por ello se afirma que si el contrato de vientre de alquiler se admitiese legalmente daría lugar a que muchas parejas logren su tan anhelado sueño de ser padres y prolongar por consiguiente su herencia genética.

Teniendo en cuenta la premisa planteada por el autor Méndez, por hacer mención a que la regulación del contrato de vientre de alquiler y por consiguiente sus limitaciones que

favorezcan los derechos de la mujer gestante haría que muchas parejas se vean beneficiadas sin dañar su dignidad y atentar contra sus derechos.

Para ello se va a mencionar la posición de algunos autores sobre el contrato de vientre de alquiler altruista, en este caso Mohorte afirma que la legislación presentada por el grupo de Ciudadanos descarta toda compensación económica. Es decir, quiere anular el argumento opositor, echando por tierra la idea de "vientre de alquiler" y bautizándolo en su lugar como "gestación subrogada", por la cual una mujer se prestaría libremente al embarazo. Los costes generados durante el embarazo, eso sí, sí se podrán compensar. Para asegurar que las condiciones sean igualitarias es necesario que en la legislación se añada varias cláusulas que busquen limar las desigualdades entre los contratantes y la gestante. Entre los principales requisitos que debería cumplir la mujer que alquila su vientre sería en primer lugar ser mayor de 25 años, con un mínimo nivel de ingresos y haber tenido al menos un hijo con anterioridad, ninguna mujer debería tener múltiples embarazos teniendo en cuenta la protección de la dignidad de la mujer y sus derechos en el cuidado de su cuerpo y por último evitar que muchas mujeres arriesguen su vida al querer obtener dinero a costas de arriesgar su salud e integridad física. (Méndez, 2013, pp. 641 – 653)

Si se tiene en cuenta el contrato, como argumenta María Eugenia R. Palop, su futuro está desvinculado del bebé que porta, pero paradójicamente unido: tanto durante el embarazo como después su cuerpo sufrirá transformaciones como resultado de la gestación, pero su capacidad de decisión queda anulada. Si consideramos que el feto que lleva en su cuerpo genéticamente no le pertenece las únicas personas que podrían tomar una decisión sobre ella (él) sería los padres,

En la actualidad no se puede negar que existe un mercado ilegal donde se aprovechan de

aquellas parejas que no pueden tener un hijo, en Canadá, por ejemplo, además del viaje, la cifra puede ascender hasta los 16.000 euros. Naturalmente, es un privilegio que a día de hoy sólo se pueden permitir familias adineradas con los recursos necesarios para ello.

El objetivo fundamental es que todas las parejas puedan acceder a realizar sus sueños de tener un hijo y así convertirse en una familia funcional.

Si se considera la libertad de elección un derecho protegido por nuestra legislación, la mujer tendría la posibilidad de alojar en su cuerpo una nueva vida, podría aportar de una manera altruista al logro de los sueños de una pareja que anhela tener hijos.

Se puede corregir que la regulación del contrato del vientre de alquiler beneficiaría a las parejas que por motivos naturales no pueden tener hijos; sin embargo, es necesario aclarar que en el contrato de vientre de alquiler o llamado Subrogación parcial (gestacional) la mujer desempeñaría el papel de gestante y por consiguiente estaría aportando un espacio donde pueda desarrollarse una nueva vida la cual biológicamente y genéticamente pertenecería a la pareja contratante.

Los futuros padres realizan una transacción económica como una acción de gratitud para mejorar la calidad de vida de la madre gestante, es necesario que el vientre de alquiler al ser regulado evita que se convierta en un negocio de aprovechamiento y explotación no solo a la mujer gestante sino también a la pareja a la cual muchas veces se le cobra exorbitantes costos de dinero para lograr su tan anhelado sueño de ser padres de familia. (Palop, 2017, pp. 13 -18)

### **3.4. Regulación del contrato de vientre de alquiler en el Derecho comparado**

En el presente capítulo se tratará como se ha positivizado el vientre de alquiler en otros países teniendo en consideración ciertos criterios.

### 3.4.1. Uruguay

En Uruguay la gestación subrogada se puede aplicar a la mujer que tiene un impedimento médico para gestar un embrión propio, este procedimiento es una esperanza para formar una familia quienes han intentado durante varios años quedar embarazadas sin ningún éxito, viendo en el contrato de vientre de alquiler la oportunidad de tener una relación genética con sus hijos, lo que no podría conseguir de otra forma.

La Ley 19167 regula las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente, así como los requisitos que deben cumplir las instituciones públicas y privadas que las realicen.

Respecto de la gestación subrogada, la normativa señala, en resumen:

- La maternidad subrogada está permitida en Uruguay, aunque en ciertos casos.
- Se exige que la madre tenga un impedimento médico para gestar un embrión propio.
- Se exige que la mujer gestante tenga vínculo familiar directo (hasta el 2º grado de consanguinidad) con la futura madre o su pareja.
- Debe ser autorizada por la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida, organismo administrativo creado por la ley expresada.
- La filiación del nacido corresponderá a quienes hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación. (Lara, 2018,p. 12)

La gestación subrogada se encuentra contemplada en el artículo 25 de la mencionada ley. “Serán absolutamente nulos los contratos a título oneroso o

gratuito entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean estos propios o de terceros para la gestación en el útero de otra mujer, obligando a esta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero. Exceptúese de lo dispuesto precedentemente, únicamente la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y gestación del embrión propio. Entiéndase por embrión propio aquel que es formado como mínimo por un gameto de la pareja o en el caso de la mujer sola por su óvulo.

La incapacidad referida deberá ser diagnosticada por el equipo tratante, el que deberá elevar un informe a la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida para su conocimiento, la que evaluará si se cumplen las condiciones establecidas en el inciso segundo de este artículo”

En el artículo 26, “el acuerdo a que refiere el inciso segundo del artículo anterior deberá ser de naturaleza gratuita y suscripto por todas las partes intervinientes”

Se admite la gestación subrogada siempre que la mujer por enfermedades genéticas o adquiridas no pueda gestar, para lo que la gestante subrogada solo podrá ser un familiar de hasta segundo grado de consanguinidad. El embrión debe ser propio (de la pareja) o como mínimo un gameto de la pareja. Además, debe suscribirse por las partes intervinientes y ser altruista. El equipo tratante que diagnostique la incapacidad de gestar, tendrá que presentar un informe a la Comisión encargada de evaluar este tipo de tratamientos, la misma determinará si se cumple con las condiciones establecidas. De no darse uno de los supuestos serán absolutamente nulos.

Teniendo en cuenta los lineamientos establecidos por la ley antes mencionada, se puede apreciar su viabilidad en la formación de nuevas familias, es por ello que nuestra propuesta se encuentra sustentada en base a los artículos anteriormente descritos, los cuales favorecen a las mujeres que tienen impedimentos médicos para llevar a cabo la gestación de un embrión propio.

La aprobación del “Contrato de vientre de alquiler” favorecería a las parejas que desean tener un hijo por esta vía sin la necesidad de tener que recurrir a celebrar un contrato que podría no cumplirse a cabalidad, lo cual constituye demasiado riesgo o bien viajar al extranjero, constituyendo muy altos costos: en Canadá, por ejemplo, además del viaje, la cifra puede ascender hasta los 16.000 euros. Constituyéndose un privilegio para aquellas personas que cuentan con un buen recurso económico para acceder a este procedimiento.

Sí se tiene en cuenta que el aborto es aprobado en algunos países, convirtiéndose un atentado a la vida, es por ello que el contrato de vientre de alquiler haría que muchas parejas vean una salida a sus problemas reproductivos.

Invocando a la libertad de elección que tienen las mujeres que desean prestar altruistamente su vientre para la gestación de una nueva vida, se vería reforzado por la existencia de un marco normativo que regule, proteja y no las exponga al mercado negro.

### **3.4.2. Brasil**

En Brasil, no existe una legislación específica que norme la práctica de reproducción asistida de maternidad substituta. Ésta, estaba regulada tan sólo por la Resolución nº 1358 / 92 del Consejo Federal de Medicina, la cual no tenía fuerza de ley, no implicaba sanciones, pero promovía su reglamentación estableciendo

parámetros, sin que hubiese intención mercantil; no obstante, la Resolución CFM N° 1.358 / 92, después de 18 años de operación, fue reemplazada por la Resolución CFM N° 1957 / 2010 que en lo relacionado en la gestación de sustitución mantiene el mismo articulado, la cual establece que:

“Las clínicas, o centros de servicios de reproducción humanos pueden utilizar técnicas de Reproducción Asistida para crear la condición conocida como gestación de sustitución, siempre que exista una condición médica que impida o contraindique el embarazo en donante genético.

1. Las donantes temporales del útero deben pertenecer a la familia de la donante genética, en un parentesco de hasta segundo grado, siendo los demás casos sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina.
2. La donación temporal del útero no puede tener carácter rentable o lucrativo.”  
(Federal, 2018, p. 27)

El tema abordado en este país es maternidad de sustitución; esta práctica, que comprende al involucramiento de una técnica de reproducción humana asistida, consiste básicamente en la donación temporal del útero de una mujer a favor de otra que por motivos biológicos no puede llevar a buena consumación su embarazo. En Brasil, para acceder a un tratamiento de reproducción, éste deberá ser altruista, porque la Constitución prohíbe la comercialización de órganos; la gestante subrogada deberá tener relación de hasta el 4to grado de consanguineidad con los padres de intención. La madre de intención deberá acreditar su incapacidad para gestar. La presente resolución contribuye a la afirmación de nuestra propuesta normativa que regule el contrato de vientre de alquiler, la cual contribuiría a que muchas parejas que se encuentran imposibilitadas de tener hijos vean cumplir sus

tan anhelados sueños con la propuesta establecida en la presente investigación.

Por tal motivo es relevante promulgar una ley que establezca los lineamientos del contrato de vientre de alquiler, la cual contribuiría a la protección de los derechos de la mujer gestante, derecho a la dignidad, la viabilidad de dicha ley favorecería a las diferentes parejas que por motivos genéticos no pueden llevar a cabo una gestación que les convertiría en padres.

Para respaldar el contrato de vientre de alquiler es necesario mencionar que muchas parejas que han intentado tener hijos y han visto frustrado sus deseos de ser padres han visto en la maternidad subrogada una alternativa para tener un bebé, con ello vería realizado el sueño de que su familia estaría completa.

El avance de la tecnología en salud reproductiva, permite contar con profesionales experimentados que aseguran a los futuros padres un buen procedimiento en la aplicación de la inseminación in vitro, constituyéndose en un procedimiento más seguro y exitoso. La subrogación brinda a los futuros padres la oportunidad de tener una relación genética con su hijo, lo que no podían conseguir de otra forma, por lo que los derechos de los supuestos padres se establecen mucho antes de que nazca el bebé. Un equipo de profesionales ayudará a despejar los temores y el estrés, así como dar seguridades en el proceso de subrogación. Para los futuros padres este proceso es nuevo y puede parecer abrumador; Sin embargo, el soporte de alta calidad y los profesionales que acompañarán todo el curso del procedimiento garantizarían el desarrollo y nacimiento de una nueva vida.

El contrato de vientre de alquiler garantiza que los padres participen en el embarazo y el parto, garantizando un resultado positivo en la gestación del nuevo integrante familiar.

### 3.5.3. Chile

La legislación chilena actual no contempla la posibilidad, para una pareja o una persona sola, de recurrir a una mujer para que asuma la parte biológica de la gestación de su bebé. No existe ningún texto que regule la gestación subrogada.

Además, la filiación se define por el parto. La madre es la que da a luz: el certificado de parto es lo que justifica su maternidad en la legislación chilena.

Por otra parte, en Chile no existe la modalidad de adopción directa

Estas circunstancias impiden que se realice una subrogación gestacional (tradicional o mediante tratamiento de Fecundación In Vitro ) porque no hay vía legal para el posterior reconocimiento legal del bebé por los padres de intención (Los padres y madres por gestación subrogada, también conocidos como *padres de intención*, son aquellas personas que recurren al mal llamado vientre de alquiler para poder tener hijos. En la mayoría de los casos, no consiguen ser padres de otra forma y acuden a la gestación subrogada como solución de último recurso)

La única forma viable para los chilenos que deseen un hijo por este método es viajar al extranjero, a un país donde esta práctica sea legal.

*Esta circunstancia convierte el tratamiento en una solución limitada a personas con buenos recursos económicos.*

El proyecto de ley presentado por los diputados Miguel Ángel Alvarado, Loreto Carvajal y Guillermo Ceroni, en su propuesta de ley entregada el 29 de noviembre de 2017 al Parlamento, pretenden poner fin a esta situación. Su texto aboga por una autorización regulada de la gestación subrogada en Chile.

Además de la lucha para que la infertilidad sea reconocida como una enfermedad, el proyecto pretende hacer progresar las nuevas modalidades de familia. En efecto,

se pide que Chile autorice la gestación subrogada tanto para parejas como para personas solas

Otro de los temas centrales del proyecto sería el carácter altruista y solidario de la gestante subrogada, que no recibirá dinero más allá del necesario para cubrir los gastos directamente derivados del embarazo

El texto presentado al Parlamento pretende adelantarse a situaciones problemáticas, estableciendo normas claras y condiciones que privilegien el carácter altruista de este método de reproducción asistida:

para evitar que haya un mercado, que se convierta en un negocio el encargo de una gestación y *se vulneren los derechos de las mujeres*.

Por su parte, los padres de intención que deseen realizar este tratamiento de reproducción asistida deberán acreditar que han intentado, sin éxito, conseguir el embarazo mediante otro método o técnica de reproducción asistida. En el caso de parejas de hombres, no será necesario este requisito

#### *Condiciones para ser gestante en Chile*

Si se aprueba el proyecto de ley del PPD, existirá una serie de condiciones para poder ser gestante en Chile.

Los principales requisitos de partida que deberá cumplir la candidata serán:

- Ser de nacionalidad chilena.
- Ser residente legal en el país
- Carecer de antecedentes penales
- Tener una edad comprendida entre 25 y 45 años
- No tener relación de ningún tipo con los padres de intención
- Haber gestado un hijo sano con anterioridad

- Además, la gestante tendrá que acreditar una situación económica estable. En efecto, como ya hemos comentado, la gestación subrogada en Chile no podrá ser comercial. El texto del proyecto de ley insiste en el carácter altruista y solidario del procedimiento.
- Esto significa que la gestante sólo recibiría de los padres de intención los recursos necesarios para cubrir los gastos propios del embarazo. Para garantizar condiciones óptimas, ella tendrá que encontrarse en una situación económica y social favorable
- Finalmente, deberá renunciar explícitamente a reclamar, en un futuro, los derechos de filiación del menor.

Hasta que no se regularice, la gestación subrogada no se puede practicar en Chile.

Por lo tanto, es difícil hacer una evaluación del coste del tratamiento o un presupuesto que contemple todos los aspectos de proceso (administrativos, legales, médicos, gastos del embarazo...).

Actualmente, la reproducción asistida no beneficia de una política pública en Chile.

Por lo tanto, el debate sobre la gestación subrogada debería incorporar una reflexión sobre su inclusión dentro del sistema sanitario para que, en caso de aprobarse, todas las mujeres que lo necesiten puedan acceder al tratamiento

Como se ha mencionado, todavía no se puede realizar legalmente un procedimiento de gestación subrogada en Chile por las complicaciones legales después del nacimiento del niño. La gestante sería considerada como la madre legal, aunque el bebé no fuera genéticamente suyo. Por lo tanto, no se recomienda buscar a una mujer dispuesta a hacerlo allí.

Si se aprueba el proyecto de ley, las candidatas figurarán en un registro para que los

futuros padres de intención puedan acudir a ellas (Álvarez N. 2019, p. 17)

La promulgación de la ley que regule el contrato de vientre de alquiler permitiría que muchas parejas no pueden gestar a un hijo, siendo este método de reproducción la más viable y segura para mantener el lazo genético entre los padres y el niño que fue alojado en el vientre de la gestante; sin embargo, si la comparamos con la adopción éste se constituye en un trámite de muchos años que llevan a la desesperación de quienes desean tener un hijo, con ello conservar la descendencia de una pareja, porque impedir la llegada de un nuevo integrante de la sociedad y que una pareja pueda formar una familia completa.

Apostar por el contrato de vientre de alquiler no solo contribuiría a que se mantenga la relación genética entre los futuros padres y el bebé recién nacido, sino que se respetaría los derechos y la dignidad de la mujer gestante la cual llevaría en su vientre a nuevo integrante de la sociedad, quienes necesitan un cuidado especial, atención de sus necesidades personales, citas médicas, ropa adecuada para la gestante en las diferentes etapas del desarrollo del feto, una alimentación adecuada que garanticen su integridad y respeto de su dignidad como mujer gestante.

#### **3.5.4. México**

En México la gestación subrogada ha sido regulada en Estados como Tabasco y Sinaloa.

En el artículo 92 del Código Civil de Tabasco, se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la

madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare. (VLEX, 2018, p. 130)

El mismo corpus incluye un capítulo referido a la gestación asistida y subrogada. Así, el artículo 380 Bis 1, establece que “la gestación por contrato se efectuará a través de la práctica médica, mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por los padres contratantes, cuando la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero”

Respecto de las formas de gestación por contrato, el artículo 380 Bis 2, indica que éstas pueden ser:

- Subrogada, que implica que la gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que, después del parto, entregue el recién nacido a la madre contratante mediante adopción plena y;
- Sustituta, que implica que la gestante sea contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión obtenido por la fecundación de gametos de la pareja o persona contratante.

Será la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, quien determinará el perfil clínico, psicológico y social de la “madre gestante”, previamente a su contratación, a fin de comprobar que su entorno social sea estable, libre de violencia y su condición física y psicológica sea favorable para el adecuado desarrollo de la

gestación.

Entre los requisitos para la gestante, se encuentran tener entre veinticinco y hasta treinta y cinco años de edad, buena salud bio-psicosomática y el haber dado su consentimiento de manera voluntaria para ser gestante subrogada o sustituta.

Además, no debe haber estado embarazada durante los 365 días previos a la implantación de la mórula o participado en más de dos ocasiones consecutivas en dicho procedimiento, lo que no impediría que pueda donar el óvulo para la fecundación in vitro o portar al producto fecundado en su vientre mediando conocimiento del cónyuge o concubino.

Se establece que en caso de que la gestante sustituta o su cónyuge demanden la paternidad o maternidad, solamente podrán recibir, previo reconocimiento de su cónyuge, la custodia del producto de la inseminación, únicamente cuando se acredite la incapacidad o muerte de la madre o padre contratantes.

Para la realización del contrato de gestación deberá constar de manera indubitable y expresa la voluntad de las partes. Este debe ser firmado ante notario público por la madre y el padre contratantes con la gestante y, si fuera el caso, su cónyuge o concubino, así como un intérprete. El notario público, estará obligado a exigir de los contratantes la presentación del dictamen médico que demuestre el cumplimiento de los requisitos y condiciones exigidas.

Las instituciones que brinden atención obstétrica, en razón del procedimiento de reproducción asistida, deberán informar el nacimiento a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, durante las primeras veinticuatro horas de ocurrido el mismo y el tipo de atención brindada; esta notificación deberá incluir la copia del certificado de nacimiento del o los recién nacidos.

Existen algunas circunstancias que ocasionarían la nulidad del contrato de gestación, tales como, la existencia de algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas, el no cumplimiento de los requisitos exigidos, el establecimiento de compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del niño y la dignidad humana; la intervención de agencias, despachos o terceras personas; y de compromisos o cláusulas que contravengan el orden social y el interés público.

La nulidad del documento no exime a las partes contratantes de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia.

Para suscribir un contrato de gestación, las partes deben haber cumplido previamente ciertos requisitos que incluyen ser ciudadanos mexicanos; tener plena capacidad de goce y ejercicio de sus derechos, la acreditación por parte de la mujer contratante y, vía certificado médico, de su imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero, además de tener entre 25 y 45 años de edad; y la aceptación de la mujer gestante de implantar en su útero la mórula, junto con concluir la relación contratada, respecto al o los recién nacidos y los padres contratantes una vez producido el nacimiento.

Los padres contratantes deben garantizar una póliza de seguro de gastos médicos mayores a favor de la gestante.

El contrato de gestación carece de validez cuando haya existido error o dolo respecto a la identidad de los padres contratantes por parte de la mujer gestante, en cuyo caso están facultados para demandar civilmente los daños y perjuicios ocasionados y presentar denuncias penales.

Por su parte, el Código Familiar del estado de Sinaloa (Decreto N° 742), permite la

gestación subrogada la que es definida, como “la práctica médica mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando ésta padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento”.

(COSALA, 2018, p. 75)

La maternidad de sustitución puede ser total, parcial, onerosa o altruista. La total, implica que la mujer gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto, entregue el hijo a la pareja o persona contratante. La subrogación parcial, se da cuando la gestante es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja o persona contratante. La onerosa, se produce cuando una mujer acepta embarazarse en lugar de otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación y la subrogación altruista, ocurre cuando una mujer acepta gestar por cuenta de otra de manera gratuita.

Los requisitos para la gestante, son tener entre veinticinco y treinta y cinco años de edad, poseer al menos un hijo consanguíneo sano, una buena salud psicosomática, y haber otorgado su consentimiento voluntario para prestar su vientre. Asimismo, no podrá padecer ninguna toxicomanía, acreditar vía dictamen médico que no estuvo embarazada durante los 365 días previos a la implantación de la mórula, y que no ha participado en más de dos ocasiones consecutivas en dicho procedimiento.

El instrumento de maternidad subrogada será firmado por la madre y padre

subrogados, la madre subrogada gestante, el intérprete si fuera necesario uno, el Notario Público, el director de la clínica o centro hospitalario quedando asentados el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado.

Las circunstancias que ocasionarían la nulidad del contrato de gestación, son al igual que en el Estado de Tabasco, la existencia de algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas, el no cumplimiento de los requisitos exigidos, el establecimiento de compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del niño y la dignidad humana, la intervención de agencias, despachos o terceras personas, y de compromisos o cláusulas que contravengan el orden social y el interés público.

Para suscribir un contrato de gestación, las partes deben cumplir con ciertos requisitos que incluyen ser ciudadanos mexicanos; poseer capacidad de goce y ejercicio, la acreditación por parte de la madre subrogada y, vía certificado médico, de su imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero; y la aceptación de la mujer gestante de implantar en su útero la mórula, junto con concluir la relación contratada, respecto a la persona menor y los padres subrogados con el nacimiento.

Se establece que “una vez que se suscriba el instrumento, deberá ser notificado a la Secretaría de Salud y al oficial del registro civil, para que el estado de la persona menor nacida, sea contemplado en su filiación como hijo desde el momento de la fecundación de sus progenitores biológicos, es decir, madre y padre o madre subrogados”.

Se establecen responsabilidades civiles y penales para aquellos médicos que realicen la implantación o fecundación de embriones humanos sin el

consentimiento y plena aceptación de las partes que intervienen. (Lara, 2018, pp. 8-10)

El establecimiento del Contrato del vientre de alquiler establecería el perfil psicológico y social de la pareja, las cuales permitirían comprobar que el futuro integrante de la sociedad se desarrollaría dentro de un entorno social estable, en relación a la gestante se establecería el cumplimiento las siguientes limitantes: estar entre los 25 y 35 años de edad, gozar de buena salud física y psicológica y no haber estado embarazada durante el plazo de 365 días, así como el respeto de su dignidad como mujer.

Dicho contrato aseguraría a que muchas parejas que no pueden llevar a cabo un embarazo, vean la posibilidad de tener hijos biológicos. Si consideramos que la donación de un órgano es una acción altruista porque dejar de lado a que una mujer ayude a otra a llevar a cabo una gestación del hijo de otra mujer que no puede concluir con su gestación a pesar de que cuenta con los óvulos en perfectas condiciones, con ello la gestante no mantendría un vínculo genético con el nuevo integrante de la sociedad.

Establecer el contrato de vientre de alquiler ayudaría a evitar la explotación y respeto de la dignidad de la gestante, teniendo en cuenta la inmensa alegría que provoca traer una vida al mundo es comparable con la euforia que provocaría en los futuros padres, porque negarle este gran privilegio a todas las esposas que no pueden ser capaces de experimentar este hermoso regalo de traer una nueva vida al mundo.

### **3.5.5. Canadá**

La subrogación es legal en Canadá. La Ley de Reproducción Humana Asistida,

AHRA, aprobada el año 2004, no prohíbe la subrogación en sí misma, siempre que la madre sustituta adopte esta decisión por razones altruistas, es decir, sin esperar obtener ganancias financieras o de cualquier otro tipo.

Según la Ley AHR, "madre sustituta" es aquella mujer que, con la intención de entregar al niño al nacer a un donante u otra persona, lleva un embrión o un feto, concebido a través de un procedimiento de reproducción asistida y derivado de los genes de un donante o donantes.

La norma establece una serie de prohibiciones. Así, se señala que no se debe aconsejar o inducir a una mujer para que se convierta en madre sustituta, ni realizar ningún procedimiento médico para ayudar a una mujer a convertirse en madre sustituta, ya sea sabiendo o teniendo razones para creer que ésta es menor de 21 años. (LAWS LOIS, 2018, p. 48)

Asimismo, está prohibido pagar, ofrecerle pagar o anunciar que se le pagará una contraprestación a una mujer por ser madre sustituta. Ninguna persona aceptará la consideración por la organización de los servicios de una madre sustituta, ni ofrecerá hacer tal acuerdo o publicitará la organización de dichos servicios.

Tampoco se pagará, se ofrecerá pagar o se anunciará que se pagará una contraprestación a otra persona para coordinar los servicios de una gestante sustituta.

Del mismo modo, está prohibido comprar, ofrecer comprar o anunciar la compra de esperma u óvulo de un donante o una persona que actúe en nombre de un donante o; de una célula o gen humano de un donante o una persona que actúe en nombre de un donante, con la intención de utilizar el gen o célula para crear un ser humano o de ponerlo a disposición para ese fin.

En virtud de la Ley AHR una gestante sustituta puede ser reembolsada por los gastos directamente relacionados con su embarazo y generalmente se necesita un recibo. Esto incluye gastos por concepto de ropa de maternidad, viajes para citas médicas y medicamentos.

Está prohibido reembolsar a una madre sustituta por una pérdida de ingresos relacionados con el trabajo, incurrida durante su embarazo, a menos que un médico certifique, por escrito, que continuar trabajando puede suponer un riesgo para su salud y / o la salud del embrión o feto.

Cualquier persona en Canadá que infrinja la ley en virtud de la Ley AHR está cometiendo un delito. Si la declaran culpable, la persona podría ser multada con hasta \$ 500.000 o encarcelada por hasta diez años, o ambos. (Lara, 2018, pp. 12-13)

La legislación canadiense refuerza la importancia que tiene la creación de una ley que regule el contrato de vientre de alquiler, por la cual, la mujer gestante vería protegida su dignidad, se le reembolsaría los gastos producidos por el embarazo, incluyendo ropa de maternidad, viajes para la cita médica y medicamentos; sin embargo, la mala utilización del feto o la infracción de la ley sería sancionada con cárcel.

El contribuir a que una mujer llegue a ser llamada mamá y a encontrar el amor de un niño puede ser una gran experiencia y gratificante para la mujer gestante que ha hecho posible ese milagro.

El rol de la mujer gestante, quien durante el embarazo va enfrentar fuertes emociones y cambios corporales, esto demuestra que la creación de ley de contrato de vientre de alquiler afirmarían la protección de la dignidad de la gestante, evitar que muchas mujeres pongan en riesgo su integridad física, que se establezca

requisitos para convertirse en una gestante sustituta y con ello evitar la trata de personas.

### **3.5.6. Estados Unidos**

La legislación de la gestación subrogada en Estados Unidos difiere mucho dependiendo del estado que se trate. Los estados de Michigan y Nueva York imponen sanciones penales a la gestación subrogada comercial. Asimismo, los estados de Arizona, Indiana y Nebraska prohíben la gestación subrogada y consideran nulo de pleno derecho su contrato. Por otro lado, hay estados en los que sí que se permite esta práctica, incluso de forma onerosa, tales como California, Virginia, Texas, Florida, Illinois y Utah, entre otros. Sin embargo, muchos de estos estados permiten la gestación subrogada con limitaciones, como por ejemplo Florida, donde solo se puede acceder a la gestación subrogada si los comitentes están casados. (Mohapatra, 2017, pp. 84-85)

Existen estados que no tienen regulación alguna sobre gestación subrogada, como por ejemplo Missouri, Nuevo México y Oregón. El vacío legal existente en estos estados permite el acceso a esta técnica de reproducción asistida, pero con una menor seguridad jurídica. Por otro lado, entre los estados que establecen la gestación subrogada sin prácticamente limitaciones, hallamos California. (JAMES, CHILVERS, HAVEMANN, & PHELPS, Reproducción asistida, 2019, pp. 863-865)

A continuación, se analizar la legislación californiana en materia de gestación subrogada, ya que es con diferencia, el destino más recurrido internacionalmente para llevar a cabo esta técnica y el que ofrece más seguridad jurídica. La regulación de la gestación subrogada en California se halla en su Código de Familia (Uniform

Parentage Act), aprobado en 1973. El Uniform Parentage Act pasó a formar parte del Código de Familia californiano en 1994. (Schwart, 2019, pp. 105-110)

En California se permite acceder a la gestación subrogada, incluso de forma onerosa, donde la compensación económica media se encuentra entre los 100.000 y 150.000 dólares. Asimismo, no existe ninguna limitación de acceso por razón de modelos de familia, orientación sexual, grado de infertilidad, estado civil, número de miembros de la pareja o número de embriones implantados.

Sin embargo, aunque no exista una legislación que limite estos aspectos, la Sociedad Americana para la Medicina Reproductiva elaboró un informe que recomendaba ciertas restricciones, como por ejemplo establecer la edad mínima y máxima de la gestante, el número máximo de embarazos llevados a cabo por la misma, o las pruebas físicas y psicológicas pertinentes. Además, tal y como establece el artículo 7.601 del Uniform Parentage Act, California permite establecer la filiación del niño en favor de dos o más comitentes, independientemente de si ha habido transmisión de material genético o no al niño<sup>107</sup>. (Vilar Gonzales, 2018, pp. 221-230)

La aprobación de la ley de contrato de vientre de alquiler fortalecería la protección de los derechos de la gestante, en California está permitido la gestación subrogada onerosa. La legislación establece ciertas restricciones que ayudarían a proteger la integridad de la gestante: edad mínima, pruebas físicas y psicológicas, y número máximo de embarazos.

Eliminaría los vacíos legales teniendo en cuenta que el contrato de vientre de alquiler no está estipulado en el país y teniendo en cuenta que el contrato de vientre de alquiler es una opción que ayudaría a muchas parejas para convertirse en padres.

Este tipo de fertilización tiene grandes beneficios y ventajas que contribuirían que numerosas parejas tengan hijos que se encuentra enlazados genéticamente e incluso sería mucho más rápido que la adopción, debido que su trámite se resuelve en el transcurso de muchos años trayendo como consecuencias la desesperación y estrés de la pareja que desea tener hijos.

La legislación estadounidense demuestra que la gestación subrogada no solo protege los derechos de la gestante en lo referente a su estabilidad física y emocional, sino que también protege a la pareja que desea constituirse en una familia completa. Las limitantes que se han establecido evita que se convierta en un negocio y por consiguiente las madres con bajo recurso vean en ella una solución a sus problemas económicos, poniendo en riesgo sus vidas.

### **3.5.7. Rusia**

Se regula en *Article 51-52 The Family Code of the Russian Federation*, para que se consienta un acuerdo de gestación subrogada, los padres de intención deberán ser una pareja heterosexual y la madre de intención debe demostrar su imposibilidad de quedar embarazada.

La gestación subrogada en Rusia también está permitida, incluso de forma onerosa. Esta se encuentra regulada en la Ley Federal sobre los Fundamentos de la Protección de la Salud de los Ciudadanos del año 2011 (núm. 323). Para recurrir a esta práctica en Rusia se han de cumplir unos requisitos.

El primer requisito consiste en que el comitente o comitentes sean una mujer individual infértil o una pareja heterosexual, donde la madre intencional tenga problemas de infertilidad. Asimismo, el contrato de gestación subrogada no podrá contener ninguna cláusula que prohíba a la gestante abortar durante el embarazo, tal

y como establece el artículo 56 de la Ley Federal sobre los Fundamentos de la Protección de la Salud de los Ciudadanos del año 2011.

El segundo requisito consiste en que la gestante ha de tener un hijo sano con anterioridad a esta práctica. Este requisito fomenta que haya menos arrepentimientos por el desconocimiento de los costes de un embarazo y parto. El tercer requisito consiste en que la gestante ha de tener entre 20 y 35 años, y no puede aportar su propio material genético al niño, aunque sí se permite utilizar gametos de terceras donantes.

Asimismo, el apartado segundo del artículo 51.4 del Código de Familia Ruso establece que: “[...] las personas casadas entre sí y que han dado su consentimiento por escrito para la implantación de un embrión a otra mujer con el fin de gestarlo, sólo podrán ser inscritas como los padres del niño con el consentimiento de la mujer que dio a luz al niño (madre sustituta)”.

Por otro lado, la gestación subrogada comercial en Rusia no está regulada, y debido al vacío legal existente, la gran mayoría de veces, esta práctica se lleva a cabo de forma onerosa. Además, para que no existan problemas legales, normalmente, los intercambios monetarios se suelen hacer a escondidas. (Vilar Gonzales, 2018, pp. 230-236)

La legislación rusa permite la gestación subrogada, teniendo en cuenta ciertos requisitos que contribuyan a la protección de la gestante, es fundamental tener en cuenta que el primer requisito para acceder a este beneficio es que la mujer deberá ser considerada infértil, que la mujer gestante haya tenido hijos sanos y que no aporte su material genético. Teniendo en cuenta dicha legislación es viable la aprobación del contrato de vientre de alquiler en el país, por la cual una mujer que

se encuentra en condiciones de llevar a cabo un embarazo alquile su vientre por razones altruista para dar a luz a al hijo de otra pareja.

La legislación busca eliminar la brecha que existe al contratar los servicios de un vientre de alquiler oneroso; sin embargo, al establecer que cualquier mujer que sea mayor de 25 años, con un mínimo nivel de ingresos y haber tenido al menos un hijo con anterioridad se convierte en una potencial gestante que lleve en su vientre al hijo de una pareja que por motivos biológico no pueden tener hijos. El objetivo principal es evitar abusos, atentado contra la dignidad de la gestante y evitar que muchas mujeres con bajos recursos económicos vean dicho contrato una solución a sus problemas económicos, es por ello que unos de sus requisitos es que una gestante no puede exceder los 35 años y una determinada cantidad de embarazos.

### **3.5.8. Portugal**

La Ley 25/2016 estipula que solo puede darse un acuerdo de subrogación gestacional, cumpliendo como requisito que la madre de intención presente ausencia de útero o algún problema médico relacionado a la posibilidad de quedar embarazada. La ley ampara que parejas heterosexuales y homosexuales femeninas puedan contratar una tercera persona, pero dicho acuerdo debe ser altruista, sin embargo, los padres de intención pueden pagar gastos que deriven del proceso de gestación. Respecto a la filiación, el niño resultante será reconocido como hijo de los padres de intención, en el acta de nacimiento no se especificará el nombre de la gestante subrogada, ni el método de reproducción asistida al que se recurrió. Si es que no se da un acuerdo altruista, se imputará encarcelamiento hasta un año. Además, antes de implantarse el embrión, los padres de intención y la madre subrogada deberán llenar un formulario y esperar la autorización del Consejo

Nacional de Reproducción Asistida.

El artículo 67.2 de la Constitución portuguesa de 2 de abril de 1976 establece que, para la protección de la familia, el Estado es el encargado de regular la reproducción asistida en términos que salvaguarden la dignidad de la persona humana. La gestación subrogada se basaba en una interpretación extensiva de señalizaciones en la propia constitución y en otros textos legales. En desarrollo del art. 67.2 de la Constitución portuguesa se publicó la ley 32/2006 el 26 de Julio de 2006, en materia de reproducción médicamente asistida que colmó el vacío existente. Esta ley exigía que la reproducción asistida fuera un método subsidiario de procreación ante la existencia de causas de infertilidad o por prescripción médica y se mantenía extremadamente conservadora, únicamente permitiendo el acceso a tales formas de reproducción a parejas de hecho o matrimonios heterosexuales ampliándolo a parejas homosexuales solo tras la aprobación de la ley 17/2016. Ley 17/2016 de 20 de Junho, Alarga o Âmbito dos Beneficiários das Técnicas de Procriação Médicamente Assistida, procedendo à segunda alteração à Ley N° 32/2006 de 26 de Julho (procriação médicamente assistida).

En lo que a la gestación subrogada se refiere el artículo 8 de la LPMA que la denominó “maternidad de sustitución” establecía en su apartado primero la nulidad de pleno derecho de los negocios jurídicos, tanto gratuitos como onerosos, que la tuvieran por objeto. Su tercer y último apartado contenía la regla tradicional del Derecho civil portugués, que se asemeja a la española, que señala que, a todos los efectos legales, madre es la mujer que da a luz, por lo que, si en dicho momento se hubiera llevado a cabo un acuerdo de gestación subrogada en Portugal, la maternidad hubiese quedado determinada, a favor de la gestante

independientemente de la proveniencia de los gametos para la fecundación.

Pese a la existencia de esta ley permisiva en ciertos puntos, la mera participación en los acuerdos estaba penalizada en el Derecho penal portugués, con penas de prisión de hasta 2 años o una multa de hasta 240 días, para aquellos que promoviesen o celebrasen contratos de gestación subrogada de carácter oneroso. Llevar a cabo contratos de “maternidad por sustitución” gratuitos también podría suponer un sin fin de problemas puesto que la nulidad del contrato y el modo de determinación de la maternidad hubiesen hecho casi imposible que se reconocieran los derechos de las partes ante los Tribunales.

En el año 2016, tras un intenso debate en la Asamblea de la República, se aprobó la Ley 25/2016 que regula el acceso a la gestación por sustitución, que legaliza la técnica desde el 22 de agosto de ese año. No obstante, esta legalización no es absoluta, sino que se ve limitada a los casos de “ausencia de útero, de lesión o de dolencia de este órgano que impida de forma absoluta y definitiva el embarazo” señalando también que se admite en caso de que existan otras condiciones clínicas que justifiquen llevarla a cabo. El artículo 8 de la nueva LPMA define la gestación de sustitución de la siguiente forma: “cualquier situación en la que la mujer se disponga a soportar un parto por cuenta de otros y a entregar al niño después del parto, renunciando a las facultades y deberes propios de la maternidad”. Esta misma ley establece que la gestación subrogada ha de ser siempre gratuita y veta, en el punto 7 del citado artículo 8, la suscripción de cuantías económicas que existiría en caso de darse una relación de subordinación entre los padres de intención y la madre gestante ya fuera por motivos laborales, prestación de servicios o de otro tipo. Un problema que presenta la legislación portuguesa es que, pese a haber admitido

la gestación subrogada gratuita, no se ha llevado a cabo una modificación del Código Civil nacional, en concreto de su artículo 1796.1 según el cual: “con respecto a la madre, la filiación es la que resulta del hecho del nacimiento”. Para solucionar este problema, en el año 2017, la CNPMA como órgano competente para ello hizo una declaración interpretativa vinculante por la que afirmaba que los niños nacidos mediante el empleo de esta técnica deberían ser siempre considerados como hijos de los padres intencionales, no importando que el contrato de subrogación fuera declarado nulo con posterioridad. Un año después de su entrada en vigor, se presentó contra la ley un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional luso quien acabó considerando la ley contraria a los principios básicos recogidos en la Constitución y anulando así la misma, dejando de nuevo la gestación subrogada en un marco de prohibición. (Gómez M. G., 2019, pp. 9-10)

La ley de gestación por sustitución establecida en este país hace referencia al altruismo que tiene la mujer gestante con la pareja que desea convertirse en padre; sin embargo, no deja de lado una compensación económica que contribuya a mitigar los gastos provocados durante el embarazo.

El establecimiento de un contrato establecería la protección de la dignidad de la gestante, así como poder eliminar que muchas parejas acudan al mercado negro o que viajen al extranjero, lo cual traería costos elevados al cual solo un pequeño grupo de parejas podrían acceder a este método de reproducción.

Teniendo en cuenta el vientre de alquiler constituye una opción viable que ayudaría a muchas parejas a convertirse en padres, debería sopesarse todas las ventajas de este tipo de fertilización. Con la aprobación de la antes mencionada ley ayudaría a

encontrar muchas parejas el amor de un hijo que sería una experiencia gratificante. Los acuerdos legales que se establezcan en dicho contrato son imprescindibles, sea redactado por profesionales, se describa claramente todas las funciones y responsabilidades de todas las partes involucradas. Además, tengan la certeza de que éstos de acuerdo sean respetado tal como se describen. Es tan importante para una madre sustituta proteger sus propios intereses de salud, protección de su dignidad y gastos personales.

### **3.5.9. India**

Hasta hace poco, la gestación subrogada en India estaba permitida, tanto de forma onerosa como gratuita, y resultaba ser el tercer país del mundo más solicitado por los extranjeros para llevar a cabo un proceso de gestación subrogada, después de Estados Unidos y Ucrania. Sin embargo, la legislación sobre gestación subrogada en dicho país ha sido reformada en 2016, por la Surrogacy (Regulation) Bill, y ha supuesto muchos cambios que han afectado al turismo reproductivo del país.

A consecuencia de la reforma, India solo permite la gestación subrogada a matrimonios heterosexuales de origen indio, a extranjeros casados con una mujer nacional india o a extranjeros viviendo allí. Por tanto, una persona española ya no puede acceder a la gestación subrogada en India. Por otro lado, ya no se permite la gestación subrogada de forma onerosa. Las ventajas que ofrecía India eran los bajos precios para llevar a cabo esta técnica de reproducción asistida. El cambio en la legislación tiene la finalidad de erradicar a los operadores que explotaban a las gestantes, en las conocidas “granjas de mujeres”.

En referencia a los requisitos que ha de cumplir la mujer gestante, esta ha de ser menor de 35 años, haber tenido ya un hijo, estar casada, contar con la aprobación de

su marido (a causa del establecimiento de una sociedad patriarcal) y ser pariente de los comitentes. (Blázquez, 2019, pp. 46-47)

*The Surrogacy (Regulation) Bill of 2016* permite la gestación subrogada altruista y solo para parejas heterosexuales casadas, siempre que la pareja o uno de ellos sea infértil; la edad del varón deberá oscilar entre 23-50 años y la mujer 26-55 años.

Respecto de la gestante subrogada, debe ser una mujer de entre 25-35 años, un familiar cercano a los padres de intención, casada y que por lo menos haya tenido un hijo propio. Solo podrá ser gestante subrogada una única vez.

La gestación subrogada en la India permite que las parejas heterosexuales que tienen problemas en llevar a cabo un embarazo exitoso puedan acceder a este procedimiento; sin embargo, los extranjeros no pueden acceder a este beneficio.

La finalidad de tener una legislación que regule el contrato de vientre de alquiler es erradicar la explotación de la mujer gestante que tiene problemas económicos, se hace mención claramente a los operadores que explotaban a la gestante en las llamadas “granja de mujeres”, para ello se ha establecido requisitos que se deben cumplir: gestante menor de 35 años, haber tenido un hijo, estar casada, contar con la aprobación del marido y ser pariente de los comitentes.

### **3.6. Causas de infertilidad en el Perú**

Los casos que se han dado en el Perú han sido porque las madres de intención eran estériles o infértiles, no porque no hayan querido gestar a un hijo propio. Asimismo, es necesario exponer alguna de las causas de esterilidad e infertilidad biológicas, las que pueden darse en forma indistinta en cada mujer, dependiendo la edad que tenga.

Algunas de las causas en la mujer, pueden ser:

- Factor cervical. El cérvix es el canal que comunica la vagina con el útero. Su medida

aproximada es de 3 cm y cualquier alteración en el cuello uterino puede implicar un problema de esterilidad. (Moreno, 2018, p. 29)

- Factor uterino. Es la incapacidad de completar un embarazo luego de un tiempo razonable de relaciones sexuales sin tomar medidas anticonceptivas. (Brugo-Olmedo, 2003, p. 27)
- Factor tuboperitoneal. Las trompas de Falopio son mucho más que conductos pasivos que permiten el transporte de gametos y embriones, juegan también un papel importante en diversas funciones reproductivas como transporte y capacitación espermática, captura y transporte ovocitario, fertilización, soporte nutricional y transporte del embrión. (Ginecol, 2011, p. 727) La incapacidad de transportar y dar soporte nutricional al embrión produce la infertilidad en la mujer.

Causas en hombres:

- Factor pretesticular. Se debe a problemas en el sistema endocrino, lo que provoca una incorrecta formación de los espermatozoides. De este modo, se van a producir defectos en la morfología, en la cantidad o en la movilidad de los espermatozoides. (Cataño, 2020, p. 38)
- Factor testicular. La formación de espermatozoides, también llamada *espermatogénesis*, es un proceso complejo que tiene lugar en los testículos del varón. Por tanto, cualquier alteración de éstos hace que la producción espermática no funcione correctamente y se obtengan espermatozoides con alteraciones en su concentración, movilidad, morfología u otros defectos. (Gómez M. B., 2020, p. 83)
- Factor posttesticular. La principal causa de este tipo de infertilidad es algún tipo de obstrucción en las vías seminales que impida la salida de los espermatozoides en una eyaculación. (Agirregoikoa, 2019, p. 68)

Las antes mencionadas, son algunas causas que pueden producir infertilidad o esterilidad en hombres o mujeres, no se explicará cada una de estas, dado que son términos médicos que no atañen al presente trabajo. Sin embargo, es necesario distinguir infertilidad y esterilidad.

**3.6.1. Infertilidad primaria:** Cuando se da un embarazo, pero no se llega al final de este exitosamente, es decir, se produce un aborto involuntario.

**3.6.2. Infertilidad secundaria:** Cuando se da un primer embarazo exitoso, pero un segundo o más embarazos que devienen en aborto involuntario.

**3.6.3. Esterilidad primaria:** Cuando luego de doce meses de haber mantenido relaciones sexuales sin el uso de métodos anticonceptivos, no se alcanza un embarazo

**3.6.4. Esterilidad secundaria:** Sucede al lograrse un primer embarazo sin problemas, pero después de dos años o más de sostener relaciones sexuales sin ningún tipo de protección, no se logra un embarazo (ICMART & OMS, 2010, p. 158).

### **3.7. Finalidad del contrato del vientre de alquiler.**

Como se puede analizar la finalidad del vientre de alquiler es la constitución familiar de una pareja con problemas para engendrar hijos, cabe indicar, que a través de los avances científicos y médicos en las denominadas técnicas de reproducción humana asistida viene siendo un gran aporte a la continuidad de su herencia genética, la cual no se podría lograr con la adopción.

En base a la primera postura se puede establecer la importancia de la utilización de la norma del derecho de familia, particularmente en la adopción, para la determinación de la validez del contrato. En efecto, un segundo argumento que ha sustentado la viabilidad del contrato de vientre de alquiler ha sido el considerado la continuidad descendencia de una pareja, lo cual no se da con la adopción. Esta última es aplicadas a dichos contratos, toda

vez que el recién nacido que resulta del producto de la unión de las células de la pareja contratante.

En el caso *In the Matter of Baby M*, la Corte Suprema del estado de Nueva Jersey tuvo la oportunidad de decidir acerca de la validez de un contrato de maternidad subrogada. El contrato celebrado entre las partes establecía que el dinero pagado a la madre que prestaba su vientre para la gestación del niño era una compensación por dicho servicio y los gastos derivados del contrato. Igualmente, el mismo contrato señalaba expresamente que la remuneración por ningún motivo correspondía a un pago en favor de la madre como contraprestación a la terminación de sus derechos de custodia sobre el recién nacido, o por su consentimiento de entregarlo en adopción.

No obstante, lo anterior, la corte calificó el pago como una compensación encaminada a obtener la adopción del menor. Dos razones principales le permitieron arribar a esta conclusión. Primero, el propio contrato establecía que el pago de la remuneración (\$ 10.000 dólares) ocurriría solamente cuando la madre subrogada hubiera renunciado a la custodia del niño y completado las obligaciones derivadas del contrato. Segundo, el acuerdo también indicaba que no se pagaría nada a la madre subrogada en caso de que el niño muriera antes del cuarto mes de embarazo, y que solamente pagaría \$ 1.000 dólares si el niño nacía muerto. (Yong C. A., 2012, p. 59)

Cabe mencionar que las finalidades para establecer el contrato de vientre de alquiler son: el establecimiento del papel de cada una de las partes en el desarrollo de la gestación del nuevo ser humano, el establecimiento de los límites que se tendría en relación a la madre gestante y evitar las futuras reclamaciones o retraer al recién nacido por parte de la madre gestante; asimismo se debería tener en cuenta la dignidad de la mujer que presta su vientre para llevar a término la gestación de un niño, gracias al contrato celebrado con los

padres de intención.

La “industria” de las madres de alquiler ha crecido de manera exponencial. Una industria multimillonaria que se aprovecha de personas con bajos recursos económicos y que, al mismo tiempo, debe mantener y contrarrestar la presión ejercida por distintos colectivos (por ejemplo, grupos feministas) y por los medios de comunicación populares que describen a este sector con términos tan cuestionables como “industria de alquiler de vientre”, “granja de bebés”, “fábrica de niños”. Incluso se ha llegado a afirmar que estamos ante una nueva cara de la explotación.

En la actualidad no queda ninguna duda de que la maternidad por subrogación es un proceso comercial, también legal en algunos países. Ya se ha comentado que esta maternidad por subrogación es parte de la reproducción artificial que, cada vez con más intensidad, se está convirtiendo en un negocio con fines de ganancia, “un mercado lucrativo en el que las parejas ricas recorren el mundo en busca de una descendencia producto de la alta tecnología” (Guzman, 2017, p. 202)

Es fundamental conocer que muchos países se han visto sumergidos en el problema de la disminución de población joven debido a la infertilidad de algunas mujeres y varones, en este sentido la humanidad ha tenido la necesidad de dejar su descendencia y conservar su legado familiar en el futuro para ello es necesario regular y limitar el contrato de vientre de alquiler para tener así resultados positivos.

La permanencia de la familia, teniendo en cuenta que es reconocida como la base de la sociedad y por consiguiente la supervivencia de la humanidad. Según Lourdes Rupay la maternidad subrogada gestacional altruista es una nueva forma de crear familia, de fracturar la clásica concepción que se tenía de ésta, compuesta por una mujer que se embarazaba con los gametos de su pareja y después de nueve meses daba a luz. Con una

regulación adecuada se podría proteger los derechos de la mujer gestante y al mismo tiempo lograr los sueños anhelados de una mujer que desea ser madre y cubrir los deseos de dejar descendencia del padre.

La subsistencia de la humanidad en un futuro, teniendo en cuenta que muchas personas se ven afectadas por la aparición de causas de infertilidad o esterilidad a consecuencia de ellas se ve disminuida la cantidad de nacimientos, y gracias a la celebración del contrato de alquiler de vientre, dicho contrato puede ayudar a mitigar el problema de escases de nacimientos o lograr el tan anhelado deseo de la maternidad o paternidad.

Las ciudades tendría la posibilidad de contar con una población joven y evitar el caso de muchas ciudades donde su población esta compuesta por ancianos.

Se estaría protegiendo el derecho a la maternidad de una mujer, la cual le da una razón de vida a cada mujer que anhela ser una madre, brindándole protección y amor a su futuro hijo. En resumen llevar con orgullo el nombre de madre, título que llevará toda su vida y conllevar una gran responsabilidad.

Ayudaría a incorporar un nuevo método de maternidad a el país, ya que muchas personas piensan que la maternidad solo se da a través de un proceso natural. Si pensamos de esa manera estaríamos dejando de lado a muchas mujeres y matrimonio (varon y mujer según nuestro código civil) que por diferentes motivos no pueden tener hijos. La implementación de la propuesta de ley contribuiría para que muchas parejas que por causas de esterilidad o infertilidad, que no pueden lograr la paternidad o maternidad, puedan verse realizados y puedan darle un ambiente cálido y seguro al nuevo integrante de la familia y la sociedad. Se eliminaría o caso contrario se controlaría a muchas empresas y al mercado negro que se aprovechan de aquellas mujeres que no cuentan con los recursos económicos para sustentar a su familia, siendo éstas víctimas de la explotación y el atentado de sus vidas; a

través de la regulación del contrato de vientre de alquiler se pondrían límites que favorecerían tanto a las parejas que no pueden tener hijos, como a la protección de la dignidad de la mujer gestante y a su familia. (Rupay Allcca, 2018, pp. 110 -114)

Cabe resaltar que con el acompañamiento e implementación de normas que regulen el contrato de vientre de alquiler se evitaría el abuso de los derechos fundamentales de la mujer gestante, tanto por parte de las empresas que se dedican a esta actividad como por parte de las parejas contratantes. Es necesario resaltar que la finalidad de este tipo de contrato ha sido el establecimiento de una regulación, para ello se ha realizado un análisis crítico que ha tomado en cuenta los avances de la medicina, los alcances y limitaciones del derecho comparado.

## CAPITULO IV

### DISCUSIÓN Y RESULTADOS

Los derechos humanos surgen en 1948 con el documento emitido por la Organización de la Naciones Unidas (ONU) en el cual podemos apreciar el respeto a la dignidad y a “todo ser humano”, entendiéndose que no solo hace referencia a los derechos del hombre (varón), por el contrario, hace referencia a los derechos de la mujer.

Es necesario conocer que los derechos humanos hacen referencia a los derechos fundamentales que son inherentes al ser humano, los cuales facilitan la convivencia dentro de una sociedad, según la Organización de la Naciones Unidas (ONU) los derechos humanos han sido definidos, en distintos ordenamientos internacionales y nacionales, como el conjunto de prerrogativas sustentadas “en la dignidad y el valor de la persona humana y la igualdad de derechos de hombres y mujeres”. La declaración universal de los derechos humanos, prohíbe el abuso como la tortura, el genocidio, la discriminación racial, la esclavitud, así como la protección de los derechos de niñas y niños y los derechos de la mujer.

Si se hace un recuento de los derechos de la mujer estos han sufrido una metamorfosis desde sus orígenes hasta la actualidad, en algunos lugares estos derechos han sido institucionalizados o respaldados por la ley; sin embargo, debido a la evolución de la sociedad han aparecido nuevas necesidades y derechos que de alguna manera se están vulnerando, aquí tenemos los derechos que son transgredidos con la falta de regulación del contrato de vientre de alquiler. Cuando se habla de los derechos de la mujer con frecuencia se hace mención a la integridad y la dignidad, a la igualdad, a la educación, a firmar contratos, al trabajo, entre otros. En el transcurso de la historia la mujer ha estado relegada social, económica y políticamente a un segundo plano. Desde la revolución francesa, se empezaron a reivindicar los derechos de la mujer o la igualdad de los derechos entre los sexos, la lucha por dichos derechos rindió sus

primeros frutos en la declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadanía.

Es necesario hacer mención que sin una regulación adecuada de dicho contrato se estaría vulnerando la capacidad de decisión de la mujer al no dejarla que pueda escoger su alimentación, ropa que vestir y la cantidad de tiempo que tendría que estar con su familia, si tiene en cuenta ciertas cláusulas de contrato donde se estipule la capacidad de decisión de la mujer en relación a su familia y la frecuencia de convivencia con la misma se estaría mejorando su condición de vida y por consiguiente la salud del nuevo ser vivo.

Para hacer mención a los derechos fundamentales de la mujer es necesario hacer mención a la feminista Ana Trejo Pulido quien menciona existe una violación del derecho a la salud de las mujeres gestantes, la salud materna, que comprende todos los aspectos de la salud de la mujer desde el embarazo al parto y el posparto, se va a ver seriamente comprometida por las condiciones de los contratos de maternidad subrogada. Tomando en cuenta la afirmación de la autora se puede aseverar que su regulación podría mejorar las condiciones de la mujer gestante teniendo en cuenta que muchas veces las mujeres no cuentan con los recursos para llevar a cabo una gestación favorable, los cuales son apreciados con los abortos que se realizan en el país siendo esto un delito que atenta contra la vida de un ser humano que no puede defenderse. Hay que tener en cuenta que la mujer no solo cumple el papel de una incubadora, sino por el contrario es un ser vivo que se interrelaciona con la nueva vida que va creciendo y desarrollándose dentro de ella. La gestante no es un depósito donde se guarda un objeto que posteriormente será utilizado para cumplir un propósito, por el contrario, la gestante va desarrollando una conexión con el feto, dicha interrelación predispone el normal desarrollo del niño(a) que llegue a nacer y con ello cumplir un tan anhelado sueño de las parejas que desean ser padres.

No hay que dejar de lado que en la doctrina se encuentra la opinión de muchos autores que

hacen mención como la explotación de la mujer gestante es decir que valiéndose de la necesidad y la falta de recursos económicos la hacen presa fácil de personas o empresas que se dedican a aplicar este tipo de técnicas de reproducción asistida sin tener en cuenta la integridad de la mujer y en algunos casos se le llega a considerar una explotación para lograr el incremento de sus ingresos económicos, muchos de ellos son disfrazadas con el título de centros médicos de ayuda a parejas con dificultad para poder procrear o centros de fertilidad. Hay que tener en cuenta que existe organizaciones que actúan con el único propósito de proteger a la mujer y el nacimiento de un nuevo ser y con ello cumplir el sueño de toda mujer, el de ser madres.

El país no es ajeno al llamado vientre de alquiler y cada vez son más parejas que acuden a este método para lograr el tan anhelado sueño de ser padres y brindar a sus hijos todo el amor, cariño y protección que tienen para lograr que ellos tengan una vida adecuada y así contribuyan al desarrollo social y económico de nuestro país que tanto lo necesita.

Si se considera que la base de la sociedad es la familia, la unión de un varón y una mujer, la familia lo constituyen los hijos al no contar con la prole es de vital importancia para muchas parejas buscar los diferentes medios para lograr su tan anhelado sueño de ser llamados familia nuclear, cuando se refiere a la vulneración de los derechos que son afectados por la ausencia de normatividad se tiene que mencionar a José López Guzmán quien menciona que hay desatención de los hijos (principalmente, si son menores) ya que no pueden estar en contacto con ellos por vivir aisladas. Esta situación puede generar nuevos gastos posteriores ya que la afectación emocional de sus integrantes hace necesariamente la intervención de los psicólogos, en el futuro para el fortalecimiento y recuperación de la confianza de los padres con los hijos. Otro de los derechos que podría verse afectado sería el derecho a la salud y bienestar social, Según Helble, M. “Los grupos de población pobres y vulnerables están dispuestos a poner su

salud personal en peligro si con ello reciben una pequeña recompensa económica” son muchas las mujeres que buscando mejorar sus condiciones económicas son fecundadas en múltiples oportunidades sin darse cuenta que sus cuerpos no son máquinas que pueden ser utilizadas de manera indiscriminada sin sufrir agotamiento físico y mental que a lo largo del camino le pueden traer consecuencias irreversibles, donde los integrantes de su familia serán los principales perjudicados. (Lopez Guzman, 2017, p.205)

Las feministas se pronunciaron sobre el riesgo de abusos que puede generar la subrogación en la mujer, de hecho, ya en el año 1987 se suscribió un comunicado en este sentido con el argumento de que la comercialización de la paternidad sustituta violaba la Constitución y la dignidad de las mujeres al dar lugar a su explotación, especialmente las más pobres, por las parejas más ricas.

Cabe agregar que los investigadores, no están en desacuerdo con el vientre de alquiler, por el contrario, propone que se regule el contrato de vientre de alquiler, de modo que no se vean afectados los derechos fundamentales de la madre que alquila el vientre y pueda garantizarse el respeto de sus derechos por parte de la sociedad, la pareja que contrata el vientre de alquiler y por el Estado.

#### **4.1. Afectación de la dignidad de la mujer por la falta de regulación del contrato de vientre de alquiler**

La dignidad constituye uno de los derechos fundamentales del ser humano y por consiguiente uno de los derechos que se debería de proteger en relación a la mujer que se ve involucrada en el contrato de vientre de alquiler, aun cuando en la sociedad existe instituciones que se encargan de respaldar y proteger los derechos de la mujer, como es el caso de la defensoría de la mujer, la dignidad de ella se ve

vulnerada a través de los ataques que recibe a su autoestima y amor propio, ello debido a que socialmente hablando en algunos sectores conservadores de la sociedad se puede considerar ésta práctica como no adecuada o que no se ajusta a las reglas de la moral o las buenas costumbres.

De esta manera la carencia de regulación del contrato de vientre de alquiler afecta su dignidad, si se toma en cuenta que el cuerpo de la mujer debe ser respetado y según nuestra perspectiva la mujer no debería ser utilizada como un objeto de gestación e incluso llegando a compararla con una incubadora. La mujer que realiza la gestación no puede estar ajena a ciertos límites que le son impuestas por los contratantes.

Aquellas que realizan esta función a menudo necesitan un apoyo psicológico después del embarazo, quiénes con el paso del tiempo son consideradas como un objeto del derecho y no como un sujeto del derecho que necesitan ser protegidas.

A pesar que ellas cumplen un rol importante en la formación de una nueva familia para aquellas parejas que no pueden engendrar hijos de manera natural, se ven obligadas a abandonar el cuidado y protección de su propia familia, debido a que son aisladas en un ambiente adecuado para el normal desarrollo del feto que lleva en su vientre; sin embargo, con la regulación del vientre de alquiler la mujer gestante tendría la oportunidad de mantenerse junto con sus hijos.

Otra afectación que se cometería sería la elección de los médicos, poco confiables, que estarían al cargo del cuidado y control de la gestación, proporcionados por parte de los contratantes, en muchas ocasiones las mujeres cuentan con un profesional médico con quienes se encuentra plenamente confiadas y seguras.

La mujer es considerada como una simple portadora de la nueva vida que se está formando dentro de ella, quien no tiene ningún derecho y está sometida a las

cláusulas implantadas por la parte contratante, dando lugar a la explotación de la mujer y privación de su vida privada.

Si se considera el contrato de vientre de alquiler como un medio, donde las parejas con dificultades puedan alcanzar su tan anhelado sueño de ser padres y por consiguiente el futuro integrante de esa familia tendría todas las facilidades y recursos para llevar una vida digna y amorosa proporcionados por los futuros padres.

La falta de regulación del llamado vientre de alquiler y su mala utilización por personas que no buscan el bien del futuro integrante de nuestra sociedad (recién nacido) sino como una fuente de ingreso en el delito de trata de persona haría un estigma en este tipo de contrato. Tal como es considerado por un sector de la doctrina, por el contrario, su regulación protegería a la mujer, por tal motivo hay que ver a la mujer gestante no como un simple objeto del derecho sino como un sujeto del derecho que tiene necesidades.

Al contrario, no considerarla como un simple depósito, al igual que una incubadora que no tiene sentimiento y que solo cumple una labor de resguardar una nueva vida, la mujer gestante tiene derechos y como una mujer psicológicamente apta que desea el bienestar y nacimiento de una nueva vida.

#### **4.2. Consideración de la mujer como objeto y no como sujeto de derecho**

Sobre la consideración de la mujer como objeto, dicha afirmación la hacemos debido a que, de la información obtenida y analizada, se puede decir que la idea de la maternidad subrogada o vientre de alquiler ha dado lugar a que la mujer que presta su vientre para llevar a cabo dicha gestación, ha sido considerada como un

reciente o contenedor, que solo albergará al ser en formación durante el tiempo que dure la gestación, de ello ha surgido la afirmación de que la mujer es considerada como una incubadora; en ese sentido, y al no estar regulado jurídicamente hablando el vientre de alquiler, existe una posibilidad latente de que la mujer tenga aquellas consideraciones y que atenten contra su dignidad.

Así también se tiene la apreciación de Ángela Aparisi, que considera que al hacer referencia al vientre de alquiler éste tiene que su contenido suele ser denominado “servicio gestacional”; ello debido a la prestación de vientre a la pareja contratante, para llevar a cabo la gestación y lo que ésta dura. Por otro lado, considera que el propio cuerpo de la madre, con todas sus implicaciones físicas y psíquicas, racionales y emocionales, es objeto de una transacción económica. Dicha transacción suele estar muy bien retribuida o “compensada”, debido a las consecuencias físicas y psicológicas que la situación puede acarrear a la mujer. Estamos, por lo tanto, ante una forma de “auto-mercantilización” de una función humana, la reproductiva. (Aparisi Miralles, 2017, p. 21)

Sobre la remuneración o altruismo de la maternidad subrogada, no es materia de discusión de la presente investigación, pero es necesario aclarar que al existir una compensación a la mujer que alquila su vientre, un tema controversial de si aquella es para cubrir los gastos de la gestación, gastos inherentes a la atención médica y gastos adicionales de alimentación, vestido, recreación, etc.

Cayuela y García consideran que se instrumentalizaría el cuerpo de la mujer cuando aquella se somete a un vientre de alquiler o gestación subrogada como ellos la mencionan; es más ellos consideran una falacia entre el principio de autonomía y el libre consentimiento en el caso de que sea una gestación comercial; ello porque al

haber suscrito un contrato, es poco probable que la gestante pueda ejercer su autonomía libremente sin incumplir alguna cláusula que se haya previsto expresamente.

Uno de los argumentos más comunes entre los defensores de la G.S. es apelar al principio bioético de autonomía y libre elección de la mujer gestante que presta su cuerpo a cambio de dinero. Pero ese no es el único principio que se ha de tener en cuenta para hacer un juicio moral prudente y equilibrado. De hecho, en la G.S. comercial sólo existe una igualdad formal, pero no real, como se ha expuesto en los apartados anteriores a tenor de las investigaciones realizadas por diversos autores en los distintos contextos nacionales, haciendo evidente la instrumentalización de la mujer, su explotación y la subordinación patriarcal. (Cayuela Sánchez & García Capilla, 2019, p. 39)

Cómo se mencionó en líneas precedentes, hay que evidenciar que la autonomía y libertad de la mujer que se ha comprometido a gestar en su vientre un feto de una pareja contratante, está supeditada a las cláusulas de un contrato, además como mencionan Cayuela y García, existe la posibilidad de que las partes no se encuentren en un ámbito de igualdad, puesto que las necesidades económicas podrían ser el móvil del por qué una mujer decide alquilar su vientre.

Según el Informe del Comité de Bioética de España, se exponen tres posibilidades respecto de la mujer que alquila su vientre, una de ellas es, que la gestación subrogada sea de manera altruista y lícita, otra, que la gestación pueda ser altruista o comercial, pero lícita y la tercera y controversial es la ilicitud de la gestación subrogada, donde se afirma.

Unos consideran que la mujer que presta su cuerpo para gestar el niño de otro

consiente en que un tercero la reduzca a la condición de mero instrumento. Es obvio que todos consentimos cierta instrumentalización cuando prestamos nuestros servicios a cambio de una retribución. Pero, salvo que las condiciones de ese intercambio sean abusivas, no consideramos que el prestador de servicios sea un puro instrumento en manos de quien le paga. Eso sucede cuando o bien las condiciones son abusivas o bien cuando se realiza una acción o servicio que aliena a la persona de forma temporal. Esa alienación puede producirse cuando alguien ejerce el dominio sobre nuestra persona, ya sea en su libertad o en su corporalidad. No es lo mismo que alguien prepare los discursos de un político con cuya ideología no sintoniza, a votar en unas elecciones por el partido político que ese político le diga. Mientras que lo primero sería éticamente irreprochable, lo segundo sería una agresión a la dignidad humana, aunque fuera consentida. El derecho al voto es inalienable. Igualmente, cuidar de un niño que no es propio puede ser una acción encomiable, mientras que gestar al niño de otro es alienar lo que no se puede enajenar. (Comité de Bioética de España, 2017, p. 26)

La instrumentalización del cuerpo de la mujer, es un aspecto importante a ser resaltado, puesto que constitucionalmente y civilmente las personas son consideradas como sujetos de derecho, adicionalmente solo podemos ser considerados como objetos de derecho después de nuestra muerte. Es así la polémica sobre ello radica en la consideración de la gestante, no es como madre, puesto que ella cederá la maternidad a la contratante; sino como incubadora o instrumento para lograr el objetivo de traer un nuevo ser al mundo, lo que no está previsto en nuestro ordenamiento jurídico como actos de disposición del propio cuerpo, ni tampoco la

persona como objeto antes de la muerte.

En ese mismo sentido en el que se considera a la gestante en el Informe del Comité de Bioética de España, es que Aparisi afirma:

El sujeto humano se limita a un ser pensante y autónomo, mientras que su cuerpo es “algo”, una cosa de la que puede disponer a discreción y que no le constituye esencialmente como persona. En consecuencia, estamos frente a un dualismo que considera que la dimensión corporal, al igual que el resto de la naturaleza, puede ser tratada como un objeto disponible y susceptible de cualquier transacción. Ello, como se puede advertir, desemboca en un liberalismo extremo, que no establece límites a la libertad contractual. Todo puede ser objeto de un contrato, también el cuerpo humano y sus funciones más esenciales. (Aparisi Miralles, 2017, p. 22)

Asimismo, se discute lo que puede suceder luego de la gestación, puesto que el objeto de transacción es el embarazo que se produce dentro del vientre subrogado, y una vez concluido aquel, finalizó el contrato y el mismo fue ejecutado; por lo tanto, las consecuencias favorables o desfavorables de dicha gestación, ya no forman parte del acuerdo al que llegaron las partes, sobre ello los Profesionales de la Ética, afirman:

Durante el embarazo, el contacto entre la madre de alquiler y los padres que la han contratado se hace estrecho y todo son atenciones. Pero una vez que el procedimiento jurídico ha terminado y el contrato concluye, la pareja contratante desaparece y la madre de alquiler se convierte en un elemento innecesario, molesto y amortizado, en términos de mercado, y siente todo el peso de la explotación, de la separación del bebé, de la cosificación del

embarazo y de los intereses creados de una transacción comercial que implicaba a personas completas y no a productos de compra-venta.

(Profesionales por la Ética, 2015, p. 3)

La propuesta que se encuentra en las siguientes páginas, hacen referencia al vientre de alquiler, pero de manera altruista, en donde de manera desinteresada y sin intención de obtener una compensación a cambio de la gestación; pero en la doctrina encontramos que sea una gestación de manera altruista, o comercial, el acuerdo o contrato que celebran la gestante con la pareja contratante trae las mismas consecuencias sobre la consideración de la mujer o del vientre de la mujer como objeto.

La mercantilización del cuerpo de las mujeres es uno de los retos a los que la bioética neoliberal, la que descuenta la igualdad y la justicia, no quiere enfrentarse. Una individualidad abstracta, descontextualizada, y supuestamente no condicionada por la necesidad o la precariedad, es la que firma un contrato para ceder su útero cual si fuera una propiedad inmobiliaria. El proceso de la gestación queda reducido a mero “alojamiento” como si no comprometiera física, psíquica y socialmente a la mujer gestante. Se trata, en suma, de firmar un mero contrato con obligaciones y deberes. (Smith, 1993, citada por Guerra Palmero, 2018, p. 44)

La mujer naturalmente ha sido creada para albergar un ser en su vientre, la decisión de alquilar o no su vientre será de aquella sin presiones u hostigamiento de terceras personas.

### 4.3. Instrumentación del cuerpo de la mujer

Al referirnos a la instrumentalización de la mujer, debemos partir de qué entendemos por instrumentalizar, según la RAE: utilizar algo o a alguien como instrumento para conseguir un fin. En el problema que no invoca, la que sería considerada instrumentalizada sería la mujer, debido a que ella es la que llevará por encargo de terceros la gestación de un nuevo ser.

Por otro lado, Casciano compara el vientre de alquiler con la prostitución, donde no la considera desde el punto de vista técnico penal, sino que lo compara con la prestación del servicio sexual que presta una persona a cambio de una retribución; aquella comparación poco precisa, se hace por la compensación que obtendría una persona por la prestación de un servicio, en este caso el servicio prestado es el de alquilar el vientre por el tiempo que dure la gestación, aquel alquiler y retribución sería considerado por el autor como atentatorio contra la dignidad de la mujer en la medida en que implica una cosificación de su cuerpo. Además, considera que: cómo se puede advertir, se trata de una acepción que no tiene nada que ver con la referencia a un acto sexual explícito y retribuido, sino que se trata, más bien, de una forma de “auto-mercantilización” de una función humana que, en el caso de la maternidad subrogada, sería la función reproductiva. (Casciano, 2017, p. 128)

El panorama podría agravarse de acuerdo a las necesidades de la mujer que alquila el vientre, ello debido a que, en los países más pobres, al ser consideradas las gestantes como instrumentos, donde se podrían identificar escenarios como:

- 1) La necesidad económica de las mismas y, por tanto, la substancial iniquidad de las sumas pagadas a ellas, sumas que nunca pueden ser vistas como contraprestaciones económicas, ya que las formas, la duración y los riesgos

implicados en esta práctica parecen incomparables con los de cualquier otro trabajo.

2) La segregación en las baby farms o en las clínicas que practican la fecundación, para que sean protegidas, también, de los efectos de la estigmatización y reprobación social que acompañan normalmente a estos contratos, con las graves limitaciones que esto implica.

3) La obligación, contractualmente prevista, de someterse a una cesárea para proteger la salud del niño de las posibles complicaciones posibles del parto y, todo esto, con un olvido total de las exigencias de tutela de la salud materna, cuyos riesgos pueden derivar de: a) las condiciones higiénico-sanitarias de los hospitales de los países en los que estas intervenciones quirúrgicas se efectúan; b) la tasa de mortalidad materna existente en estos países; c) la posible manifestación de complicaciones que sigan al momento del parto y la ausencia de coberturas sanitarias previstas en esta hipótesis.

4) Las asimetrías informativas, culturales y sociales normalmente existentes entre los miembros de la pareja comitente, por un lado, y la madre subrogada por el otro.

5) Los riesgos en la salud psíquica de la madre gestante, especialmente en la fase del post-parto, cuando tendrá que separarse del recién nacido, sin que el contrato prevea nada para atenuar estos riesgos o ayudar a la madre en esta fase.

6) La obligación, a menudo contemplada en el contrato mismo, aunque no coercible, de abortar fetos con malformaciones, o de someterse a una reducción embrionaria, en el caso de un embarazo múltiples, sin que se garantice a la

mujer ningún tipo de apoyo, moral o material, en el caso de que quiera hacer una elección diferente.

7) La obligación de renunciar, por adelantado, a cualquier derecho parental sobre el niño, obligación que también incide en la esfera jurídica del marido de la gestante, que tendrá que declarar, desde el principio, que hará todo lo que sea necesario para rechazar la presunción de paternidad.

8) La caducidad de cualquier efecto contractual y de cualquiera obligación jurídica para los contratantes, en el caso de que el niño no resultase hijo biológico del padre comitente, y esto también en el caso de que una eventualidad tal no sea atribuible a la responsabilidad de la madre gestante.

9) La falsedad de las relaciones entre la gestante y la pareja comitente, que deberían sobrevivir más allá del momento del alumbramiento, pero que normalmente no parecen destinadas a durar en el tiempo, generando más frustraciones en la madre gestante. (Casciano, 2017, pp. 129-130)

Los acuerdos de vientre de alquiler donde puede instrumentalizarse a la mujer que alquila su vientre, tienen aspectos importantes a ser resaltados para evitar que dicha instrumentalización se materialice, como; establecer límites respecto del estado de necesidad de la mujer que alquila el vientre; para que debido a la imperiosa necesidad económica que pueda tener no se va expuesta a una posible explotación. Ello podría ir acorde a lo que se tiene previsto en el artículo 4° del Proyecto de Ley 3404-2028-CR, Ley que Regula los Requisitos y Procedimientos de la Maternidad Solidaria mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida como derecho humano a ser madre.

Sobre la intervención de terceros, ya sea la pareja contratante, personal de una

clínica o alguna otra persona que capto a la mujer para propiciar que alquile su vientre, no interfiera con el pleno ejercicio de su libertad. También se tiene la protección de la salud de la gestante, ya sea por el médico especialista que dará seguimiento al embarazo, los que intervendrán en el parto y la atención que podría ser necesaria luego del parto, incluyendo dentro de la atención post parto la atención psicológica o terapia a la que podría someterse la mujer que alquiló su vientre.

Evitar asimetrías informativas y culturales, ello iría aunado al consentimiento informado, acorde al artículo 6° del Proyecto de Ley 3404-2018-CR, donde la mujer que alquila el vientre es informada de todas las consecuencias que traería la toma de decisiones médicas y contractuales. Por otro lado, algo sobre lo cual no podría haber un acuerdo, es sobre las posibles malformaciones del feto y la interrupción del embarazo, ello debido a que, en la legislación peruana, el aborto está penalizado.

Algo inevitable en el acuerdo de alquiler de vientre, sería la renuncia anticipada a cualquier derecho parental que podría tener la gestante, debido a que ella no desea traer a un nuevo ser al mundo, sino que por razones altruistas o comerciales decidió alquilar su vientre, ello iría acorde al artículo 7° del Proyecto de Ley 3404-2018-CR.

Pastor considera que el vientre de alquiler o maternidad subrogada puede considerarse que: Evidentemente esta práctica puede convertirse en una nueva forma ya lo está siendo en varios países de violencia machista, que busca el cuerpo de la mujer como una realidad instrumental para usar, rehusando reconocerla con igual dignidad y derechos que el hombre. (Pastor, 2017, p. 4)

Al no tener claro jurídicamente hablando, las consideraciones sobre las cuales una mujer puede decidir alquilar su vientre, se presta a la vulneración de derechos de la misma.

#### **4.4. Sometimiento del vientre subrogante hacia los contratantes**

La decisión de la mujer de alquilar su vientre, debe ser voluntaria sin presiones ni intervención de terceros. Una vez decidido ello, la mujer del vientre subrogante, se ve expuesta a someterse a las decisiones de los contratantes. El acuerdo o contrato al que se someta, deberá ser pactado entre ella y los contratantes, para establecer las condiciones en que se llevará a cabo el alquiler del vientre.

Antes de adentrarnos en los acuerdos o contratos de vientre de alquiler y de la relación entre el vientre subrogante y contratantes, hay que esclarecer la concepción de vientre de alquiler según de De La Barreda, donde se tiene:

Lo cierto es que las expresiones “vientres de alquiler”, “maternidad por sustitución” e incluso “gestación subrogada”, que son las usualmente utilizadas, adolecen de cierta opacidad respecto al hecho al que se refieren. En primer lugar, no se trata de un vientre de alquiler, sino de una “madre de alquiler”, ya que lo que se está haciendo es contratar a una persona en su integridad, no solo su vientre, para que lleve a cabo la gestación que quien la contrata no desea o no puede llevar a cabo. Tampoco parece correcto hablar de “maternidad por sustitución” ya que desde la perspectiva biológica y genética la maternidad no es sustituible y o hay maternidad genética (la madre que aporta el óvulo) o hay maternidad fisiológica (la madre gestante). Por último, denominar a esta práctica “gestación por sustitución” es precisamente ocultar la palabra maternidad, lo que resulta inadecuado pues ser madre supone mucho más que gestar y dar a luz un hijo. Por todo ello, parece más adecuado hablar de “madre de alquiler” o “maternidad subrogada”, que es lo que describe mejor los hechos que se llevan a cabo. (De La Barreda, 2017, p. 7)

A lo largo de toda la tesis, como investigadores hemos creído conveniente utilizar el término vientre de alquiler o vientre subrogante para hacer referencia a la mujer que alquila el vientre y decide llevar el nuevo ser en formación hasta el alumbramiento; ello debido a que no se pretende poner en discusión si la mujer que alquila el vientre es madre o no, o si aportó o no el óvulo que fue fecundado, ello debido a que sería materia de otra investigación, que no nos invoca en esta tesis

El Instituto Vasco de la Mujer, sobre el contrato de alquiler de vientre, afirma:

Se trata de un contrato que suele contemplar el compromiso de una mujer (conocida como mujer o madre gestante, portadora, madre por sustitución o gestante de alquiler) a través del cual acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación a favor de una persona o pareja comitente (también conocida como madre o padre subrogante, madre o padre intencional o aspirantes), a quien o quienes se compromete a entregar la niña, el niño o las y los niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino con quienes son subrogantes. (Emakunde - Instituto Vasco de la Mujer, 2018, p. 8)

El contrato o acuerdo al que llegan las partes, contiene todas las especificaciones y cláusulas a la que las partes se someten a cumplir indefectiblemente, dicho acuerdo es firmado por las partes intervinientes, la mujer del vientre subrogante, la pareja contratante o padres de intención y algún tercero que asuma algún compromiso, como la persona que se compromete a entregar el niño luego del nacimiento, etc. El Instituto Vasco, también hace referencia a los tipos de contratos que pueden existir:

El tipo de relación jurídica que se establezca entre comitentes y gestante:

pueden existir contratos minuciosos o genéricos. Lo más frecuente, sobre todo cuando la maternidad subrogada es de carácter comercial, es que la relación entre gestante y comitente se lleve a cabo a través de un agente, que bien puede ser una empresa que ofrece el servicio reproductivo completo a las o los comitentes, una persona mediadora que pone en contacto a las o los comitentes con la gestante o una agencia pública que realiza la intermediación o vela por el buen desarrollo de todo el proceso. (Emakunde - Instituto Vasco de la Mujer, 2018, p. 11)

No se podría afirmar que hay un contrato ideal o un modelo preestablecido de contrato de vientre de alquiler; en ese sentido no podríamos limitar la libertad de contratar. Pero si podríamos afirmar que un contrato detallado y minucioso sería muy beneficioso para las partes antes que celebrar un contrato genérico, para ello sería necesario que las partes recurran a un asesor especializado, donde se puedan prever todas las posibilidades y garantizar la no vulneración de los derechos de las partes contratantes. Otra posibilidad sería que las partes recurran a un centro de fertilidad o clínica especializada en prestar este tipo de servicios y garantice el asesoramiento necesario para la celebración del contrato.

Algunos aspectos que deben considerarse al momento de celebrar un acuerdo o contrato, son las limitaciones al pleno ejercicio de derechos de la mujer que alquila su vientre, en ese caso, Casciano afirma:

La invasividad de la práctica de la maternidad subrogada en la vida de la madre gestante se puede comprobar también en la amplia serie de prescripciones que la misma tiene que observar puntualmente en la fase del embarazo, ya que, en caso contrario, el contrato de subrogación podría ser resuelto por

incumplimiento. Las limitaciones previstas incluyen las normales precauciones tendentes a garantizar la preservación de la salud tanto del feto como de la gestante – la prohibición de fumar, de consumir alcohol o drogas, hasta el punto de contemplar prescripciones que inciden profundamente sobre su estilo de vida, ya que tendrá que observar restricciones relativas a la comida, los deportes, el tiempo libre e, incluso, la vida sexual, imponiendo, por ejemplo, el uso de los contraceptivos desde el primer día del tratamiento de fecundación, hasta el día en que se confirme oficialmente el comienzo del embarazo. La vigilancia puede ser efectuada de maneras diversas, por medio de visitas o llamadas diarias, por parte de los abogados de la pareja comitente y/o de los psicólogos, cuya presencia incidirá inevitablemente sobre las dinámicas ordinarias de las relaciones familiares de la madre gestante. (Casciano, 2017, p. 127)

La mujer que decide alquilar su vientre, si bien es cierto que accederá voluntariamente a celebrar un acuerdo o contrato, el mismo no debería exponerla a limitar el pleno ejercicio de sus derechos, así como a establecer pactos sobre aspectos importantes de convivencia, como condicionamientos sobre en qué lugar podría vivir o con quienes podría vivir, que hábitos de su vida diaria se restringirían o no, etc. En ese caso se estaría exponiendo a que sus derechos se vean limitados, por otro lado, existen prescripciones médicas que por obvias razones le son exigibles a la gestante, como ir a consultas de seguimiento de embarazo, controlar su alimentación acorde a las necesidades específicas de cada gestante, y toda prescripción destinada a cuidar de la madre y del feto en formación; también hay prohibiciones para cuidar de la salud de la gestante y del feto, como evitar el

consumo de drogas o alcohol.

Los límites que se establezcan para cuidar de la salud de la madre o del feto, se encuentran dentro de lo permisible; lo que no se admitiría son las limitaciones al pleno ejercicio de los derechos de la subrogante, que no estén destinadas a cuidar de su salud o la del feto.

#### **4.5. La explotación de la mujer por parte de los contratantes**

Según la RAE, explotación significa: utilizar abusivamente en provecho propio el trabajo o las cualidades de otra persona. En el problema que se ha investigado, se enfoca la explotación desde el punto de vista donde la mujer del vientre subrogante es explotada por los contratantes, aprovechándose de alguna situación o circunstancia que la orilló a decidir alquilar su vientre.

Las razones por las que una mujer decide alquilar su vientre, son diversas, entre las que tenemos el altruismo, razones económicas, etc. Sobre ello López Guzmán establece: Las razones que llevan a una mujer a portar el hijo de otra no están muy bien estudiadas. Se han señalado como motivaciones más probables el altruismo, el interés económico, o la reparación. (López Guzmán, 2017, p. 64)

Si la motivación para alquilar el vientre, es altruista, se refiere a una acción desinteresada, donde se procura el bien ajeno a costa del propio; en la propuesta de la investigación se tiene esta orientación, donde se busca la participación de la subrogante de manera desinteresada, sin buscar una retribución a cambio del alquiler del vientre. Aunque se debe agregar que otra de las motivaciones de la subrogante podría ser el interés económico, y ello no sería algo negativo, pero sí lo sería si la subrogante se encuentra en estado de imperiosa necesidad donde una salida para

obtener un beneficio económico sería el alquilar el vientre; en ese supuesto la subrogante podría exponerse a explotación por parte de los contratantes o de los terceros que puden intervenir y aprovecharse del estado de necesidad de la subrogante.

Es por ello que como investigadores consideramos apropiado el contenido del artículo 5° del Proyecto de Ley 3404-2018-CR, donde se prevé que la gestante voluntaria (según el proyecto en mención, puesto que en el desarrollo de la investigación se ha considerado como vientre subrogante) 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.

Cárcar Benito afirma respecto de la compensación:

El problema sería si no puede mediar precio alguno, por sí una compensación por los costes del embarazo, incluidos los laborales. La cuestión de la compensación económica es la prueba del modelo de gestación altruista. Esto exige tener la situación económica resuelta, lo que descarta en principio que se haga por necesidad, pero no descarta que se haga por dinero. Sutil diferencia, dado que cabe la oportunidad de que bajo la figura de una gestación altruista se instaure un sistema que en realidad los sea. La compensación económica resarcitoria sólo podría cubrir los gastos estrictamente derivados de las molestias físicas, los de desplazamiento y los laborales, y el lucro cesante inherentes a la gestación, y proporcionar a la mujer gestante las condiciones idóneas durante los estudios y tratamiento pre-gestacional, la gestación y el post-parto. (Cárcar Benito, 2017, p. 164)

Como se ha mencionada anteriormente, la situación económica de la mujer del vientre subrogante, es importante, ya que ello podría influir en la toma de decisiones, además hay que considerar que las consecuencias que podría haberle generado dicha gestación, desde el punto de vista laboral, de la salud física y psicológica, etc.

En la realidad actual, ésta práctica se realiza en Perú, pero no de manera publicitada o abierta, asimismo al no estar regulada, se dejan abiertas muchas posibilidades, pero en otros países ésta práctica es común, pese a estar o no regulada en el ordenamiento jurídico de aquellos países, donde existen mujeres de escasos recursos económico se ven expuestas a estas prácticas, adicionalmente a ello se prevé la posibilidad de que parejas del mismo sexo puedan acceder a un vientre subrogante para lograr tener un hijo.

Lo cierto es que la contratación de una mujer para gestar un hijo, se ha convertido en una práctica posible y atractiva como fuente de recursos económicos a cambio de un embarazo para mujeres pobres en los países en que esta práctica está autorizada. Es además el modo en que una mujer estéril o no, con pareja o no, un varón o una pareja de homosexuales, con suficientes recursos económicos, pueden conseguir un hijo mediante un contrato de una mujer gestante. Por ello, cuando se habla de maternidad subrogada se habla de una gestación por encargo, que quien puede costearlo lo hace, con independencia de las razones, sean médicas o para satisfacer un deseo personal de tener un hijo. (De La Barreda, 2017, p. 8)

Otro tema discutible desde un punto de vista económico, es el enfoque comercial que se le da al vientre de alquiler, lo que traería como consecuencia la obtención de

un producto y para obtener ello, la explotación de la subrogante.

Además, se habla del riesgo de comercialización y/o explotación de las madres sustitutas por parte de los contratantes o por instituciones creadas para comercializar con este tipo de contratos y que funcionan como intermediarios entre las partes. Tal explotación favorecería que las madres sustitutas sean, de ordinario, personas de menos ingresos en relación a quienes contratan sus servicios. La necesidad económica las llevaría así a aceptar la situación que se les plantea. (Bullard Gonzales, 2016, p. 58)

La explotación a la que se podría exponer a la subrogante, se daría al momento de obtener los óvulos donde se sometería a una estimulación ovárica, lo cual podría traer consecuencias a futuro para la subrogante, sobre ello, De la Barreda afirma:

En primer lugar, la madre genética, que es la que aporta el/los óvulo/s necesario/s para la FIV, -que podría ser la comitente, la gestante o una donante ajena al contrato de la maternidad subrogada-, debe conocer los posibles riesgos que conlleva el procedimiento de estimulación ovárica. Se trata de crear un ambiente hormonal que estimule el desarrollo celular múltiple a nivel folicular de forma sincrónica hasta el estado de madurez, con el fin de producir la ovulación y provocar la liberación de uno o más óvulos en un ciclo estimulado farmacológicamente. Para ello, existen diferentes tipos En primer lugar, la madre genética, que es la que aporta el/los óvulo/s necesario/s para la FIV, -que podría ser la comitente, la gestante o una donante ajena al contrato de la maternidad subrogada-, debe conocer los posibles riesgos que conlleva el procedimiento de estimulación ovárica. Se trata de crear un ambiente hormonal que estimule el desarrollo celular múltiple a nivel folicular de forma sincrónica

hasta el estado de madurez, con el fin de producir la ovulación y provocar la liberación de uno o más óvulos en un ciclo estimulado farmacológicamente. Para ello, existen diferentes tipos de tratamiento y cierta discusión sobre los protocolos y dosis de su administración. La estimulación ovárica es un tratamiento agresivo para la fisiología femenina ya que fuerza un tipo de ovulación múltiple contra natura, con el fin de obtener en un ciclo el mayor número de óvulos para su uso posterior en la FIV. El método habitual consiste en un tratamiento con gonadotropina coriónica humana (hCG) para activar la ovulación. (De La Barreda, 2017, pp. 9-10)

También el vientre de alquiler comercial, lleva el estigma de ser considerado negativo, del lucro con un proceso natural de la procreación, asignándole un precio al deseo de tener un hijo y la elección de una persona para lograrlo, además se considera la posibilidad de poder elegir las condiciones y requisitos que debe cumplir la subrogante para someterse a dicho procedimiento, situaciones a la que se encuentra dispuesta muchas veces por el estado de necesidad económica y otro asunto discutible, el privarle a aquella mujer luego del alumbramiento la posibilidad de la maternidad a la que renuncia al momento de celebrar el acuerdo o contrato de vientre de alquiler.

En efecto, el negocio de la gestación subrogada, como forma de mercantilización reproductiva del cuerpo femenino, no puede analizarse sin tener en cuenta el retorno de la servidumbre feminizada en la sociedad contemporánea al margen de los derechos humanos y laborales, incluyéndose en el fenómeno global de la feminización de la pobreza. A este respecto hay que tener en cuenta que en buena parte de los países en los que la práctica de la

G.S. es legal, ésta coincide con la estructura de patriarcados en los que el mecanismo de coerción es habitual. De esta manera, explotación y patriarcado se refuerzan pues, como señala M. J. Guerra “el negocio de la gestación subrogada parece obedecer a la degradante tendencia en la que el capitalismo global refuerza al patriarcado y viceversa” (Cayuela Sánchez & García Capilla, 2019, p. 38)

Otro aspecto que contribuye a la mala reputación del vientre de alquiler, es la falta de información que se le otorga a la subrogante, ya sean de los procedimientos para la obtención de óvulos, la gestación misma, las condiciones del contrato, las consecuencias post parto.

Las ya citadas asimetrías informativas, culturales, económicas y sociales que suelen existir entre la madre portadora, los que la contratan y los intermediarios que organizan el servicio (entidades privadas, gestores, abogados, centros de fecundación in vitro, etc.). Ello puede redundar en abusos en lo que se refiere a la información suministrada, exigencias, cláusulas impuestas, etc. Esto puede hacer, de nuevo, que los riesgos de explotación se incrementen. (Aparisi Miralles, 2017, p. 24)

En el mismo sentido Ángela Aparisi considera que, estamos ante una nueva forma de explotación de la mujer, que ignora la indisponibilidad del cuerpo humano y el hecho de que no puede ser considerado como un objeto de comercio. No se trata sólo de ciertos abusos perpetrados en detrimento de la parte contractual más débil, en países en los que parece más fácil violar los derechos fundamentales de la persona. (Aparisi Miralles, 2017, p. 25)

En algunos países se ha generado una actividad lucrativa con los vientres de

alquiler, donde existían grangas de madres, y el fin principal de ello era el lucro que se podía obtener de ello puesto que los contratantes tenían las posibilidades económicas para lograr la paternidad/maternidad.

En la actualidad no queda ninguna duda de que la maternidad por subrogación es un proceso comercial, también legal en algunos países. Ya se ha comentado que esta maternidad por subrogación es parte de la reproducción artificial que, cada vez con más intensidad, se está convirtiendo en un negocio con fines de ganancia, “un mercado lucrativo en el que las parejas ricas recorren el mundo en busca de una descendencia producto de la alta tecnología. (López Guzmán, 2017, p. 66)

Finalmente, como investigadores consideramos que gracias a las mujeres que altruistamente ayudan a aquellas parejas que por diferentes motivos no pueden tener hijos, con ello cumplir el sueño de toda pareja de ser padres y preservar su legado familiar, se reconoce la digna labor que aquellas podrían cumplir, pero lo que es imperioso es proteger a las subrogantes de la vulneración de su dignidad y de sus derechos fundamentales en general.

Mediante el presente estudio se ha podido probar la hipótesis, donde la falta de regulación del vientre de alquiler afecta la dignidad de la mujer del vientre subrogante debido a que no está protegida su dignidad y sus derechos fundamentales por lo que al establecerse límites, podría lograrse exitosamente la protección de la subrogante y garantizar una relación equitativa entre ella y los contratantes, evitando todo tipo de explotación y consideración como objeto.

## **CAPITULO V**

### **PROPUESTA NORMATIVA**

#### **PROYECTO DE LEY QUE REGULA EL VIENTRE DE ALQUILER Y EL DERECHO A LA DIGNIDAD DE LA MADRE GESTANTE**

##### **Artículo 1 °. FINALIDAD**

Este proyecto de ley tiene por finalidad modificar el artículo 7° de la Ley General de Salud, para evitar vacíos normativos, que restringen el libre acceso a los derechos personales como a tener hijos y conformar una familia ya 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, la modificación que proponemos es que más personas puedan acceder a dicho procedimiento, así como establecer los requisitos y condiciones que deben presentar las partes que voluntariamente accedan y todo este procedimiento debe ser de forma solidaria y sin fines de lucro, para evitar vicios y malos entendidos en el acuerdo contractual, como también evitar que personas inescrupulosas se beneficien comercializando con la necesidad de otras, para este procedimiento de deberá contar con un estudio minucioso de las personas tanto los padres de intención, de los donantes y la madre con vientre de alquiler este estudio estará dado tanto por parte de los médicos especialistas como por la parte legal poniendo especial énfasis en sus antecedentes, para evitar la malas praxis por parte de las clínicas y/o hospitales.

**Artículo 2°.** Se Modificará del artículo 7° de la Ley 26842, Ley General de Salud.

El cual estipula lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas

de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

Se cambiará por el siguiente:

"Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a tener hijos y formar una familia, en caso de infertilidad o problemas de salud que se vea agravada por la gestación, podrán recurrir al uso de técnicas de reproducción humana asistida, por lo que la condición de madre genética y de madre gestante podrá recaer sobre la misma persona o sobre una tercera persona (vientre de alquiler) siempre que los padres de intención presenten problemas de infertilidad o presenten problemas de salud debidamente comprobada y sustentada con un informe médico.

Este procedimiento deberá contar con un contrato firmado por todas las partes involucradas donde se estipulará que solo tendrá una finalidad netamente altruista sin fines de comercialización, quedando prohibida toda forma de lucro; es por ello que se considerarán los requisitos previstos en el presente proyecto de ley.

### **Artículo 3º. – Requisitos**

Los padres de intención deben cumplir los siguientes requisitos:

- 1.-Deben ser peruanos o que tengan la nacionalidad y/o residir legalmente en el Perú debidamente acreditado.
- 2.-La edad debe estar comprendida entre los 25 años y 50 años.
- 3.-No tener ninguna enfermedad mental, acreditada mediante Certificado de Psicología.
- 4.- No contar con antecedentes penales y/o judiciales.
- 5.- La pareja puede ser casada y/o en unión de hecho perfecta certificada por notario público.
- 5.-El material genético se obtendrá de la siguiente forma:

- Se utilizan gametos de ambos padres, óvulo y espermatozoides serán aportados por la pareja que solicita el vientre de alquiler.
- Los dos gametos procederán de donantes, o se recurre a embriones donados.
- Un progenitor proporcionará uno de los gametos, mientras que el otro procederá de una donación.

### **De la Gestante con vientre de alquiler**

#### **Requisitos de la madre con vientre de alquiler**

- 1.-Ser peruana de nacimiento o poseer la nacionalidad y/o residir legalmente en el Perú,
- 2.-La edad debe estar comprendida entre los 25 y 40 años, es la edad ideal para no ser considerada de alto riesgo reproductivo y presentar complicaciones en el embarazo.
- 3.- Contar con buen estado de salud, lo que se podrá comprobar a través de diferentes exámenes físicos y psíquicos, refrendado con sus respectivos certificados.
- 4.- No consumir drogas ni medicamentos que pueda afectar al feto.
- 5.-No tener ninguna enfermedad de transmisión sexual.
- 6.-Haber tenido al menos un embarazo con parto previo, sin complicaciones.
- 7.-No presentar carencias económicas y poseer una situación socioeconómica estable.

#### **Artículo 4º. -Condiciones para el procedimiento de vientre de alquiler.**

El procedimiento de reproducción humana asistida vientre de alquiler, solo se aplicará luego de que los padres de intención hayan intentado tener un hijo con otros métodos y no fuera posible, por lo que se les ayudará con este procedimiento para tener descendencia, teniendo sumo cuidado en no afectar a terceras personas como a la madre con vientre de alquiler, afectándola en su salud y dignidad.

- 1.- Los padres deben acreditar mediante un informe médico que no es posible el embarazo luego de haber recurrido a otros métodos de reproducción.

- 2.- En caso que la madre presente alguna enfermedad que el embarazo ponga en riesgo su salud, deberá presentar un informe médico especificando los riesgos a que se enfrentaría.
- 3.- Se deberá brindar toda la información referente a esta técnica de reproducción humana asistida por parte de los médicos que realizaran este procedimiento.
4. -Los padres de intención deberán asumir todos los gastos que genere este procedimiento, tales como alimentación de la gestante, ropa de maternidad, suplementos vitamínicos, chequeos médicos entre otros generados por la gestación y otros que se pudieran presentar y que se encuentren relacionados con la gestación.
- 5.- Se respetará la dignidad de la madre vientre de alquiler tanto por parte de los padres de intención como por los profesionales que la atiendan.

#### **De la Gestante Vientre de alquiler.**

- 1.-Los médicos responsables del procedimiento explicaran y orientaran acerca de la técnica que aplicarán en su organismo luego de lo cual firmará un consentimiento informado, como el que se realiza con cualquier otro procedimiento que pone en riesgo la vida y la salud.
- 2.- El gestante vientre de alquiler no podrá solicitar pago o retribución alguna por someterse a este procedimiento de gestar un bebé, solo se podrá reembolsar algún gasto producido por el embarazo.

#### **Artículo 5º. – Del contrato para establecer los términos del vientre de alquiler**

En el procedimiento de reproducción humana asistida, los padres de intención como la madre con vientre de alquiler deberán firmar un contrato ante notario público con la finalidad de evitar cualquier imprevisto, donde se estipularán las obligaciones compromisos y responsabilidades de cada una de las partes. Dicho contrato no podrá contener limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales de la gestante del vientre de alquiler, ni cláusulas que atenten contra su dignidad.

### **Artículo 6º. - De la filiación**

En el contrato de vientre de alquiler quedará estipulado que, al nacimiento del niño, en el certificado de nacimiento se registrará como padres del recién nacido a los padres de intención con la finalidad de no tener inconvenientes en los registros civiles y RENIEC.

### **Artículo 7º. – Salud Pública.**

Con la finalidad que la mayor parte de las parejas puedan acceder al procedimiento de reproducción humana asistida y no tener ningún inconveniente, se irán incorporando a más establecimientos de salud, implementándolos con el equipamiento y los profesionales necesarios para atender a la mayor parte de parejas que necesiten este servicio. Para brindar esta técnica las clínicas, hospitales e institutos de salud deberán estar autorizados y debidamente acreditados.

### **Artículo 8º. - Órgano rector**

La rectoría de la presente ley estará a cargo del Ministerio de salud y la Superintendencia Nacional de Salud.

## **DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES**

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

La presente Ley no irrogará 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.**

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

## **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

### **I. ANTECEDENTES**

Ante los evidentes vacíos legales existentes en nuestro ordenamiento jurídico, es preciso y conveniente presentar el presente proyecto de ley, que establece los requisitos necesarios para acceder al derecho humano a fundar una familia, así como de las prohibiciones de ley para evitar la comercialización de embriones y/o gametos ya crio conservados, impidiendo así actos que favorezcan al tráfico y la trata de personas en cualquiera de sus formas.

Por otro lado, tenemos, como casuística el caso de los esposos de Nacionalidad Chilena a quienes le declararon fundado el requerimiento de prisión preventiva por el presunto delito de trata de personas, toda vez que fueron intervenidos en circunstancias que intentaron trasladar del país a dos bebés recién nacidos, empero nuestra Constitución Política del Perú dispone que en el Art. 2º establece que toda persona tiene derecho: numeral 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia a. *Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*, en razón a ello ante la falta de regulación precisa y detallada de la norma, se tiene que la misma debe ser clara y sencilla y perseguir el objeto de lo que se pretende legislar y no caer en la subsunción de los hechos acaecidos del referido caso y/o en conductas punibles debido a la imprecisión de la norma o falta de interpretación discrecional del operador de justicia, a fin de no caer en abuso del derecho, es por ello que se pretende evitar en imprecisiones vagas y ambigüedades estando a que el Derecho Penal es de

última ratio y para la medida cautelar de prisión preventiva se debe agotar todos los medios probatorios y no caer en un sistema meramente inquisitivo como ocurrió con la pareja extranjera que acudió a dicha técnica, si bien regulamos dicha técnica humana reproductiva también precisamos disposiciones a fin de evitar actos que favorezcan a la trata de personas. Finalmente se tiene que si bien la Casación 563-2011 resolvió un caso de vientre de alquiler, la misma precisó que la maternidad subrogada o asistida no está prohibida por ley, disponiendo en la sentencia de la Corte Suprema que estos casos se resuelven priorizando el interés superior del niño y del adolescente y el derecho a la familia, así como la protección por sus integrantes, no obstante, se necesita que dicha casación tenga rango de Ley.

## **II. JUSTIFICACIÓN**

El presente proyecto de ley se justifica por los vacíos legales que presenta nuestro ordenamiento jurídico Peruano, debido a las imprecisiones de la maternidad con vientre de alquiler de carácter solidario y reservado, asimismo se establece como política pública, salvaguardar el derecho humano a ser madre de carácter progresivo para las familias de escasos recursos que no puedan acceder a este método de reproducción humana asistida, priorizando aquellos sectores de mayor vulnerabilidad económica que deseen tener descendencia, asignándose progresivamente el presupuesto del Estado para la ejecución de la misma, conforme lo dispone la undécima Disposición final y transitoria de nuestra Constitución Política del Perú.

## **III.- MARCO NORMATIVO DE AMBITO NACIONAL**

### **CONSTITUCIÓN POLITICA DEL PERÙ**

#### **DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA**

Artículo 2º. – Derechos fundamentales de la persona.

Artículo 3º. - Derechos Constitucionales.

Artículo 4 °. - Protección a la familia.

Artículo 6°.- La política nacional de población.

Artículo 9°.- Política Nacional de Salud.

Artículo 11 °. – Libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones.

Artículo 44 °. – Deberes del Estado.

## **DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS**

**Undécima.** – Aplicación Progresiva de Disposiciones de la Constitución.

**Cuarta.** - Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

## **LEY N°26842 LEY GENERAL DE SALUD**

Artículo 7°. - Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

## **CÓDIGO CIVIL PERUANO**

Incapacidad absoluta

Artículo 43°. - Son absolutamente incapaces:

Artículo 44 °. - Son relativamente incapaces:

## **ÁMBITO INTERNACIONAL**

## **PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS ECONOMICOS,**

## **SOCIALES Y CULTURALES**

Artículo 10. - Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

### **CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS**

**(SAN JOSÉ, 1969)**

Artículo 17°. - Protección a la Familia

#### **IV. ANÁLISIS DE COSTO BENEFICIO**

La aprobación y vigencia del presente proyecto de ley no genera costo económico al Estado y, por el contrario regula y contribuye al fortalecimiento de políticas públicas orientadas a promover y proteger el derecho a formar familia con cargo al presupuesto destinado al sector salud en caso de familias de escasos recursos que recurran a dicha técnica y de carácter progresivo conforme al presupuesto del Estado, dispuesta en la Undécima final y transitoria de nuestra constitución política del Perú, así como otorgar a los jueces herramientas legales para resolver problemas, cuando se le presenten casos ambiguos de resolver como filiación y sucesión con fines de determinar quiénes son los padres naturales y legales de las personas procreadas mediante el uso de las técnicas de reproducción humana asistida.

#### **V.- EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA.**

El efecto de la vigencia de la norma, no colisiona con la Constitución Política del Perú, este proyecto de ley ayudaría a solucionar una serie de problemas por las que atraviesan las parejas matrimoniales respecto a temas de infertilidad ergo que se ampara para los casos del Derecho humano a ser madre y conforme al presupuesto del Estado a la Undécima final y transitoria de nuestra Constitución Política del Perú.

## CONCLUSIONES

1. En el presente trabajo de investigación se puede concluir que la ausencia de regulación del contrato del vientre de alquiler propicia la vulneración de la dignidad de la mujer que brinda su vientre en alquiler, debido a: Consideración de la mujer como objeto y no como sujeto de derecho, instrumentación del cuerpo de la mujer, sometimiento del vientre subrogante hacia los contratantes y la explotación de la mujer por parte de los contratantes.
2. Se puede determinar que la protección y respeto de la dignidad es el fin supremo de la sociedad y del Estado, en el caso de la mujer que alquila su vientre, la investigación se ha orientado en la protección de la dignidad y de los derechos fundamentales de la mujer que de manera altruista ha alquilado su vientre para que los contratantes logren tener un hijo que por causas de esterilidad o infertilidad, no ha sido posible; pero todo acuerdo debe estar dentro del marco del respeto de la dignidad de la subrogante para que no afecte su desarrollo dentro de la sociedad.
3. En relación al contrato de vientre de alquiler se realiza de común acuerdo entre los contratantes, donde se establecen las condiciones y cláusulas de obligatorio cumplimiento entre las partes intervinientes, y al no existir regulación en Perú, se celebra estableciendo condiciones o indicando limitaciones al ejercicio de la dignidad y de los derechos fundamentales de la mujer que alquila el vientre, ello gracias a la poca información que podría tener la mujer para celebrar el contrato y a no tener quien vele por la protección de aquella, siendo el Estado quien debería garantizar la protección de la población y sobre todo en situaciones no reguladas en el ordenamiento jurídico.

4. La norma propuesta ha sido desarrollada dentro del marco de la legalidad, donde se garantiza la protección de la dignidad de la mujer del vientre de alquiler o subrogante y de los derechos fundamentales de la misma; en base a este fundamento, se puede establecer que la falta de regulación del contrato de vientre de alquiler atentaría contra los derechos de la mujer gestante, las cuales se manifiestan con la consideración de la mujer como objeto y no como sujeto de derecho, instrumentación del cuerpo de la mujer, sometimiento del vientre subrogante hacia los contratantes y la explotación de la mujer por parte de los contratantes; sin embargo, con una regulación adecuada y con las cláusulas apropiadas se eliminaría y se controlaría el abuso de sus derechos fundamentales.

## **RECOMENDACIONES**

Se recomienda a otros investigadores, profundizar sobre los posibles daños psicológicos que se pudiesen producir en la mujer del vientre de alquiler durante el proceso del embarazo, el alumbramiento y la entrega del nuevo integrante a la pareja que realizó el contrato, con la finalidad que se establezca un asesoramiento psicológico a la gestante.

También se recomienda a otros investigadores, indagar, analizar y contrastar acerca de las consecuencias que podría acarrear el vientre de alquiler comercial en Perú, teniendo como antecedentes realidades como las de India y Nigeria, haciendo hincapié en los puntos de vista social, legal, económico, moral, ético y cultural.

## REFERENCIAS

- Agirregoikoa, J. A. (21 de 10 de 2019). *Reproducción Asistida ORG*. Obtenido de <https://www.reproduccionasistida.org/esterilidad-masculina-debida-a-un-factor-postesticular/>
- Allca, L. K. (2018). La maternidad subrogada gestacional altruista en el Perú. *Revista Derechos & Sociedad*, 15.
- Allca, L. K. (2018). La maternidad subrogada gestacional altruista en el Perú. *Revista Derecho & Sociedad*, 4.
- Álvarez, C. M. (2011). *Metodología de la Investigación cuantitativa y cualitativa*. Neiva.
- Álvarez, N. (30 de Agosto de 2019). *Babygest*. Obtenido de <https://babygest.com/es/chile/#:~:text=La%20legislaci%C3%B3n%20chilena%20actual%20no,se%20define%20por%20el%20parto.>
- Andorno. (2004). *Una aproximación a la bioética*.
- Aparisi Miralles, Á. (2017). Maternidad Subrogada y Dignidad de la Mujer. *Cuadernos de Bioética XXVIII*.
- Aquino, T. (1960). *Suma Teológica*. Madrid.
- Armengol, C. M. (2015). *Los métodos en la investigación jurídica*. Mexico: Ediciones SM.
- Blázquez, S. P. (2019). *La gestación subrogada y la dignidad de la mujer*.
- Brugo-Olmedo, S. (2003). *DEFINICIÓN Y CAUSAS DE LA INFERTILIDAD*.
- Bullard Gonzales, A. (2016). Advertencia: el presente artículo puede herir su sensibilidad jurídica. El alquiler de vientre, las madres sustitutas y el Derecho Contractual. *IUS ET VERITAS*.
- Calaf, J., De la mata, I., Motorras, R., & Rey del Castillo, J. (2000). *Técnicas de reproducción humana asistida*. Vasco: Osteaba.

Calvert, J. (1993). *Maternidad subrogada*.

Calvert, J. v. (1993). *Maternidad Subrogada*.

Cárcar Benito, J. E. (2017). La gestación por sustitución dentro del derecho a la asistencia sanitaria: su configuración y prioridad en una futura regulación. *Extraordinario XXVI*.

Casciano, A. (2017). La Subrogación En La Maternidad. Fenomenología De Una Interacción Humana Despersonalizadora. *Cuadernos de Bioética XXVIII*.

Cataño, J. G. (20 de 01 de 2020). *Reproducción asistida ORG*. Obtenido de <https://www.reproduccionasistida.org/esterilidad-masculina-debida-a-un-factor-pretesticular/>

Cayuela Sánchez, S., & García Capilla, D. (2019). Aspectos bioéticos de la gestación subrogada comercial en relación con la madre portadora: el conflicto entre los principios de justicia y autonomía. *Revista de Filosofía*.

Comité de Bioética de España. (2017). *Informe Del Comité De Bioética De España Sobre Los Aspectos Éticos Y Jurídicos De La Maternidad Subrogada*. Bilbao.

*Congreso Tabasco*. (23 de Diciembre de 2014). Obtenido de [www.congresotabasco.gob](http://www.congresotabasco.gob.mx).

COSALA. (Octubre de 2018). *Tramitesinaloa*. Obtenido de <http://cosala.tramitesinaloa.gob.mx/Content/Archivos/TiposTramites/Sistema/TMTO J-2558.pdf>

Cuadrado, G. (1995). *Problemas constitucionales de la dignidad de la persona*.

Cuasante, E. J. (2011). Vientres de alquiler y dignidad humana. *La vida humana y la preservación de la casa común*, (pág. 15).

Cuasante, E. J. (2015). *Ventre de alquiler y dignidad humana*. La Plata.

De La Barreda, N. J. (2017). Perspectivas Biomédicas de la Maternidad Subrogada. *Cuadernos de Bioética XXVIII*.

- derecho, L. m. (2015). *Luis Ponce de León Armenta*. Mexico.
- Emakunde - Instituto Vasco de la Mujer. (Abril de 2018). *Emakunde - Instituto Vasco de la Mujer*. Obtenido de [https://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/publicaciones\\_informes/es\\_emakunde/adjuntos/ges\\_sub\\_vie\\_alq\\_informe.pdf](https://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/publicaciones_informes/es_emakunde/adjuntos/ges_sub_vie_alq_informe.pdf)
- Federal, C. (18 de Octubre de 2018). *Portalmedico.org*. Obtenido de [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1957_2010.htm)
- Federal, C. (Octubre de 2018). *Portalmedico.org*. Obtenido de [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1957_2010.htm)
- Ferguson. (2013). *Contrato de maternidad subrogada*.
- Ferguson, S. A. (1995). *Características del contrato de subrogacion*.
- Filosófico, D. (12 de Marzo de (2019).). *Filosofía.org*. Obtenido de Filosofía: <http://www.filosofia.org/enc/ros/dig.htm>
- Filosófico, D. (2019). *Filosofía.org*. Obtenido de <http://www.filosofia.org/enc/ros/dig.htm>
- G., R. (1994). *El libre desarrollo de la personalidad*. Barcelona: Ariel.
- Galán, J. S. (2019). *Economipedia* . Obtenido de <https://economipedia.com/definiciones/alquiler.html>
- Galán, J. S. (2019). *Economipedia*. Obtenido de <https://economipedia.com/definiciones/alquiler.html>
- Ginecol. (2011). *Diagnóstico y tratamiento del factor tuboperitoneal*. México.
- Gómez, M. B. (31 de 07 de 2020). *Reproducción asistida ORG*. Obtenido de <https://www.reproduccionasistida.org/esterilidad-masculina-debida-a-un-factor-testicular/>

- Gómez, M. G. (2019). *La gestación subrogada: un análisis desde una perspectiva comparativa y del sistema español de Derecho internacional privado*. Madrid: Campus.
- Gómez, R. M. (2010). *La discriminación de la mujer en la historia*.
- Gonzales, A. M. (2004). *La dignidad de la persona*. Pamplona.
- Guerra Palmero, M. J. (2018). Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La “gestación subrogada” como nuevo negocio transnacional. *DILEMATA*.
- Guzman, J. L. (2017). *Dimensión económica de la maternidad subrogada*.
- Hervada. (1991). *Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana*.
- Hottois, G. (2011). *¿Qué es la bioética?* México.
- JAMES, S., CHILVERS, R., & HAVEMANN, D. (s.f.).
- JAMES, S., CHILVERS, R., HAVEMANN, D., & PHELPS, J. (2019). *Reproducción asistida*. Elsevier.
- Kant, E. (1983). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid: Espasa.
- Lara, M. C. (2018). Legislación comparada sobre gestación subrogada en el continente americano. *Asesoría Técnica Parlamentaria*, 16.
- lara, M. C. (2018). Legislación comparada sobre gestación subrogada en el continente americano. *Asesoría Técnica Parlamentaria*, 8-10.
- LAWS LOIS*. (Octubre de 2018). Obtenido de <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/A-13.4/FullText.html>
- Lopez Guzman, J. (2017). *Dimensión económica de la maternidad subrogada*.
- López Guzmán, J. (2017). Dimensión Económica de la Maternidad Subrogada "Habitaciones de Alquiler". *Cuadernos de Bioética XXVIII*.
- Martínez, V. L. (2014). *Maternidad Subrogada una mirada a su regulación en México*.

- Méndez, J. M. (2013). *La maternidad subrogada*. Extremadura.
- Millan Puelle, A. (1976). *El hombre y la sociedad*. Madrid.
- Mohapatra, S. (2017). *Gestación subrogada en Estados Unidos*.
- Monsalve, V. B., & Javier Aguirre Román. (2010). *Mujeres y dignidad humana*. Bucaramanga.
- Moreno, O. o. (03 de Septiembre de 2018). *Reproducción Asistida ORG*. Obtenido de <https://www.reproduccionasistida.org/factor-cervical/>
- Palop, M. E. (2017). *¿Gestación subrogada o vientre de alquiler?*
- Pastor, L. M. (2017). La Maternidad, Su Valor Y Sentido Como Núcleo Del Debate Bioético Sobre La Maternidad Subrogada. *Cuadernos de Bioética XXVIII*.
- Pineda, B. G. (2015). *Maternidad subrogada*. Madrid: Miguel Hernandez.
- Porto, J. P., & Merino, M. (2012). *DEFINICION.DE*. Obtenido de <https://definicion.de/vientre/>
- porto, J. P., & Merino, M. (2012). *Definicipon.DE*. Obtenido de <https://definicion.de/vientre>
- Profesionales por la Ética. (05 de Abril de 2015). *Fundación Bioética*. Obtenido de [https://www.bioeticacs.org/iceb/seleccion\\_temas/vientreAlquiler/v\\_aquiler\\_web.pdf](https://www.bioeticacs.org/iceb/seleccion_temas/vientreAlquiler/v_aquiler_web.pdf)
- Puelle, M. (1998). *la dignidad de la persona humana*.
- Raffino, M. E. (2020). *Concepto.de*. Obtenido de <https://concepto.de/integridad/>
- Raffino, M. E. (15 de Marzo de 2020). *Concepto.de*. Obtenido de [Concepto.de: https://concepto.de/integridad/](https://concepto.de/integridad/)
- Reyes, E. (18 de Junio de 2018). *Americatv.com.pe*. Obtenido de <https://www.americatv.com.pe/noticias/actualidad/15-parejas-peru-tienen-problemas-infertilidad-n326586>

- Rodríguez-Yong, C. A., & Martínez-Muñoz, K. X. (s.f.). *El contrato de maternidad subrogada*. Valdivia.
- Rodríguez-Yong, Camilo, A., & Martínez Muñoz, K. (s.f.). *El contrato de maternidad subrogada*. Valdivia.
- Rupay Alleca, L. K. (2018). *La maternidad subrogada gestacional altruista en el Perú*.
- Schwartz, G. (2019). *Guía de referencia de litigio por paternidad*.
- Sobrimo, B. S. (2018). *¿Gestación subrogada o vientre de alquiler?* Barcelona.
- Solis, L. S. (2000). Técnicas de Reproducción asistida.
- Solis, L. S. (2000). Técnicas de reproducción asistida. . *Cuaderno de Bioética*, 11.
- SPR-MSH. (2011). *Saber más sobre fertilidad y reproducción asistida*. Madrid: MSH Impresores.
- Swidler, L. (1971). Jesús y la dignidad de la mujer. *Catholic World*, 177-183.
- Tiller, S. L. (2018). *Maternidad subrogada*.
- triskel. (2012). *La mujer celta: mitología y sociología*.
- Valls, R. (2005). El Concepto de dignidad humana. *Revista de Bioética y Derecho*, 278-285.
- Vilar Gonzales, S. (2018). *La gestación subrogada en España y el derecho comparado*. Madrid: Wolters.
- VLEX. (Octubre de 2018). Obtenido de <https://vlex.com/#vid/43451907>
- [www.congresotabasco.gob.mx](http://www.congresotabasco.gob.mx/LX/trabajo_legislativo/pdfs/codigos/Codigo_Civil_Tabasco.pdf). (23 de diciembre de 2014). Obtenido de [http://www.congresotabasco.gob.mx/LX/trabajo\\_legislativo/pdfs/codigos/Codigo\\_Civil\\_Tabasco.pdf](http://www.congresotabasco.gob.mx/LX/trabajo_legislativo/pdfs/codigos/Codigo_Civil_Tabasco.pdf)
- Yong Rodríguez, C. A., & Martínez Muñoz, K. X. (2012). Maternidad subrogada. *Revista de derecho*, 59 - 81.

Yong, C. A. (2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense.

*Revista de derecho*, 81.

Yong, C. R. (2012). La Subrogacion. *Revista de derecho*.

Yong, R., Camilo , A., & Martínez Muñoz, K. (Revista de derecho, universidad de Chile;). *El contrato de maternidad subrogada*. Valdivia.