

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

CARRERA DE DERECHO

P.E.T.A.E.N.G.



MEMORIA LABORAL

(Para optar al Título Académico de Licenciatura en Derecho)

**“LA NECESIDAD DE ESTABLECER PARÁMETROS JURÍDICOS - SOCIALES,
PARA LEGALIZAR EL ALQUILER DE VIENTRE MATERNO, EN EL ESTADO
PLURINACIONAL DE BOLIVIA. DESTINADO A GARANTIZAR LA VALIDEZ Y
EFICACIA DE ESTE ACUERDO”**

POSTULANTE: Reinaldo Julio Pérez Chura

TUTOR: Dra. Guadalupe Guisbert Rosado

LA PAZ – BOLIVIA

2024

Dedicatoria

El presente trabajo está dedicado a mi amada esposa e hija, que son la motivación diaria para superarse.

Agradecimientos

A la distinguida profesional Dra. Guadalupe Guisbert Rosado, por su comprensión y amplitud al brindarme su tutoría en este trabajo.

A la Universidad Mayor de San Andrés por abrir sus puertas y formar a los mejores profesionales de Bolivia.

INDICE

INTRODUCCION.....	1
ANTECEDENTES.....	2
MARCO METODOLÓGICO	4
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	4
PROBLEMATIZACIÓN	4
DELIMITACIÓN.....	5
ESPACIAL.....	5
TEMPORAL.....	5
TEMÁTICA	5
OBJETIVOS.....	5
OBJETIVO GENERAL	5
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	5
JUSTIFICACIÓN.....	6
MÉTODOS.....	6
MÉTODO JURÍDICO	6
MÉTODO ANALÍTICO	7
MÉTODO ANALÓGICO	7
CAPITULO I.....	8
MARCO HISTORICO	8
1.1 ANTECEDENTES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA, ALQUILER DE VIENTRE.....	8
1.2 ANTECEDENTES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA, ALQUILER DE VIENTRE EN LATINOAMÉRICA.	9
1.2.1 ARGENTINA	9
1.2.2 PERÚ	12
1.2.3 BRASIL	15
CAPITULO II.....	16
MARCO CONCEPTUAL.....	16
2.1 REPRODUCCIÓN ASISTIDA.....	16

2.2 INSEMINACIÓN ARTIFICIAL	16
2.3 FECUNDACIÓN IN VITRO (FIV).....	16
2.4 ICSI (INYECCIÓN INTRACITOPLASMÁTICA).....	17
2.5 LA MATERNIDAD SUBROGADA	17
2.6 ALQUILER DE VIENTRE.....	18
2.7 RELACIÓN CONTRACTUAL	18
2.7.1 SUJETOS DEL CONTRATO	19
2.7.2 SUJETO ACTIVO DEL ALQUILER DE VIENTRE:.....	19
2.7.3 SUJETO PASIVO DEL ALQUILER DE VIENTRE	20
2.7.4 OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE ALQUILER DE VIENTRE.	21
2.7.5 LAS OBLIGACIONES DE LAS PARTES DURANTE EL EMBARAZO.	21
2.7.6 OBLIGACIONES DE LAS PARTES POSTERIORES AL PARTO.	22
CAPITULO III	24
MARCO TEÓRICO	24
3.1 BASES TEÓRICAS DEL INSTITUTO JURÍDICO	24
3.2 LAS PERSONAS COMO FINES EN SÍ MISMAS IMMANUEL KANT.	24
3.3 ASPECTOS SOCIALES	27
3.4 CUESTIONES BIOÉTICAS.....	28
CAPITULO IV	31
MARCO JURIDICO	31
4.1 TENDENCIAS ACTUALES EN LAS LEGISLACIONES	31
4.2 EUROPA.....	31
4.3 DERECHO ANGLOSAJÓN.....	32
4.4 PANORAMA ACTUAL DEL FECNOMENO EN LA REALIDAD BOLIVIANA.....	36
4.5 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO.....	38
4.6 CÓDIGO CIVIL.....	38
4.7 CÓDIGO DE FAMILIA	40
CAPITULO V	43
MARCO PRÁCTICO.....	43
5.1 ENCUESTA DE OPINIÓN.	43

5.2 RESULTADOS.....	43
CAPITULO VI.....	53
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	53
CAPITULO VII.....	54
PROPUESTA DE PROYECTO DE NORMA.....	54
7.1 LEY ESPECIAL PARA REPRODUCCIÓN ASISTIDA MEDIANTE CONTRATO DE ALQUILER DE VIENTRE MATERNO.....	54
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	56
ANEXOS.....	58

INTRODUCCION

La infertilidad humana es una problemática, que en los últimos años se ha constituido en una realidad muy frecuente de la sociedad moderna, las causas obedecen en la mayoría de los casos a la predisposición genética de las personas. La consecuencia inmediata es el menoscabo de la familia unidad básica social de los estados.

Ante este problema la ciencia moderna ha ideado la llamada reproducción asistida; una serie de métodos de apoyo a las parejas infértiles que en la mayoría de los casos no reviste mayor problema si tales procedimientos se aplican entre los miembros de la pareja con interacción entre sus gametos y aparatos reproductores. La controversia surge cuando la infertilidad irreversible se detecta en el seno de la mujer de la pareja siendo necesario que el producto de la fecundación sea gestado en el vientre de una tercera; generando tanto dilemas ético morales tanto como consecuencias jurídicas, siendo estas últimas materia de estudio de la ciencia jurídica a través de la llamada gestación subrogada o contrato de vientre de alquiler.

Es así que el presente estudio abordando el tema del vientre de alquiler, hace un análisis de la historia del fenómeno, el panorama actual de los estudios, análisis de las categorías conceptuales inherentes, hace una encuesta de opinión y finalmente entre sus conclusiones presenta una propuesta de normativa nacional.

ANTECEDENTES

Al respecto de la temática, en los últimos años se han publicado diversos estudios entre los cuales se mencionan los siguientes.

En 2019, en España Navarra, Ana Cervino Fontan y otros con auspicio de la Universidad de Navarra, realizan un Trabajo de Investigación titulado “Maternidad Subrogada”. Este trabajo de investigación tiene como objetivo principal estudiar y analizar la maternidad subrogada en su totalidad, abarcando los aspectos más importantes y el impacto que tienen en la sociedad de hoy en día. El tema se centra en los diferentes ámbitos en los que se encuentra el complejo mundo de la maternidad, véase: aspecto jurídico, aspecto social y planteamientos éticos. El enfoque se centra especialmente en la repercusión que tiene el hecho de la gestación subrogada en la madre y el niño. *(Fontan, 2019)*

En 2018 en Chile, la investigadora Marcela Cáceres Salas, publica el artículo titulado “Legislación Comparada sobre Gestación Subrogada en el Continente Americano”. El artículo presenta un panorama respecto de la legislación sobre gestación subrogada existente en el continente americano. Con este objetivo, se han considerado las experiencias de Argentina, Brasil, Colombia y Uruguay en América Latina, y de México, Estados Unidos y Canadá en América del Norte. *(Salas, 2018)*

En 2014 en Monterrey México, la investigadora Ana Luisa Cruz Ramos, publica un Proyecto de Investigación Aplicada; titulado “La Subrogación Uterina, Breve Estudio Comparado”. Dicha investigación hace un análisis de las tendencias en que se aborda el fenómeno en legislaciones de diversos países, llegando a conclusiones importantes.

En 2021, en Argentina el doctorante Fernando Javier Mancuso, publica su tesis doctoral, trabajo titulado “Implicancias de la Gestación por Subrogación en el Ordenamiento Jurídico Argentino. Sostiene el autor; los objetivos generales que perseguimos son determinar qué implicancias tiene en el ordenamiento jurídico argentino la carencia de un marco regulatorio de la gestación por subrogación, y especificar qué condiciones jurídicas requiere la gestación

por subrogación a fin de tutelar el interés superior del niño y niña nacido/a mediante esta técnica. (Mancuso, 2021)

Con relación a investigaciones publicadas en Bolivia, podemos mencionar algunos trabajos de tesis, que aportan ideas muy importantes sobre el tema.

En 2012, el investigador Ovidio Héctor Laura Toro publica por ante la Universidad Mayor de San Andres; un trabajo de tesis titulado “Subrogación Materna, Alquiler de Útero Materno”. Dicho estudio señala en su objetivo; proponer una norma jurídica que viabilice la regulación de la subrogación materna o alquiler del útero materno, protegiendo los derechos de los padres que no pueden concebir hijos de forma natural ante quienes ofertan un útero de alquiler. (Toro, 2012)

En el mismo año 2012, David Martín Asturizaga Soto publica en la Universidad Mayor de San Andres un trabajo de tesis titulado: “Necesidad de una Ley para que regule el Alquiler de Vientre”- En este estudio el autor aborda el problema buscando las bases para proponer un proyecto de norma en base a previsiones constitucionales.

Un trabajo mas reciente es publicado en 2021, por Oscar Vladimir Yllatarco Guarachi, por ante la Universidad Mayor de San Simon en Cochabamba; fue titulado “El Vacío Legal dentro de La Legislación Boliviana con Relación a la Maternidad Subrogada”. Sostiene el autor como fundamento de su trabajo: “La maternidad subrogada que hoy en día se está convirtiendo en un problema social que no solo afecta al mundo sí que también afecta a nuestro país todo es debido a los avances científicos es por tal motivo de la presente investigación que se realizara en “el vacío legal dentro la legislación boliviana en relación a la maternidad subrogada” que es en donde la sociedad moderna y con el avance de la tecnología, la ciencia, se ha puesto en práctica el alquiler del vientre de la mujer donde acuden parejas para tener el sueño de ser padres mediante el proceso de la reproducción asistida. La reproducción asistida en un proceso muy costoso por tal motivo hoy en día se lo considera como un negocio en donde las mujeres de bajos recursos económicos alquilan su vientre para gestar un bebé que luego es entregado a sus posibles padres genéticos, esta práctica se extendió en todo el mundo llegando a

Bolivia, donde no existe ninguna ley que lo prohíba, lo regule y por lo tanto es un problema que es necesario regular para la protección de los contratantes, la madre sustituta y el niño que será producto de la reproducción asistida”. (*Guarachi, s.f.*)¹

Son algunas investigaciones, entre otras.

MARCO METODOLÓGICO

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Existiendo en nuestro medio, técnicas de reproducción asistida para personas que padecen de infertilidad; sin embargo por determinadas circunstancias la mujer de la pareja no puede gestar en su propio vientre recurriendo en estos casos a una tercera persona. Hecho que se practica en la clandestinidad sin seguridad jurídica para las partes, es necesario plantear normas jurídicas que regulen tales contratos.

PROBLEMATIZACIÓN

- Qué efectos sociales y familiares ocasiona el resultado de no poder tener un hijo al seno familiar?
- ¿Qué involucra la subrogación materna o alquiler de vientre materno?
- ¿Cuál es la doctrina jurídica que apoya la subrogación materna?
- ¿Cuáles son las consecuencias, alcances y arreglos entre las partes intervinientes dentro la subrogación materna?
- ¿Es necesario una norma jurídica que permita la subrogación materna o alquiler de útero materno y cual sus efectos?

¹ Obtenido del Repositorio UMSS, disponible en <https://ddgital.umss.ed.bo:8080/jspui/handle/123456789/17358>

DELIMITACIÓN

ESPACIAL

Para los fines del presente trabajo monográfico se delimita espacialmente, en el ámbito geográfico de la provincia Murillo, La Paz, Bolivia.

TEMPORAL

Para los fines del presente trabajo se aborda los últimos cinco años, analizando los estudios producidos en ese lapso de tiempo.

TEMÁTICA

La temática que aborda este trabajo, se encuadra en el Derecho Constitucional, el Derecho Civil, Código de las Familias y del Proceso Familiar que tendrá sus conclusiones dentro de estos límites para los fines de sus objetivos.

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Establecer los parámetros jurídicos - sociales, para legalizar el alquiler de vientre materno, en el Estado Plurinacional de Bolivia; destinado a garantizar la validez y eficacia de este acuerdo.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Identificar los antecedentes teóricos del problema, a partir de la revisión bibliográfica de estudios referidos más recientes nacionales y extranjeros.
- Definir las categorías jurídicas conceptuales relacionadas con el problema a investigar.
- Examinar las normativas nacionales vigentes relacionadas al problema a investigar.
- Justificar las razones jurídicas sociales en torno al problema que permitan sustentar los parámetros para regulación nacional.

JUSTIFICACIÓN

En muchos países de Latinoamérica actualmente, la gestación subrogada o alquiler de vientre es un instituto jurídico regulado a través de sus ordenamientos jurídicos, particularmente los referidos al Derecho Civil; entre estos debemos mencionar a México, Brasil, Paraguay, Colombia y Cuba; entre otros.

En otras legislaciones esta opción de reproducción asistida no está regulada, pero tampoco se prohíbe, por lo que existe un vacío legal que hace que las gestaciones subrogadas se muevan en un limbo jurídico mejor o peor resuelto según el país; tal es el caso de nuestro país que en su Código Civil no contempla este tipo de negocio jurídico.

Por este motivo siendo el objeto de investigación una problemática actual, que es un fenómeno muy presente en nuestra sociedad se justifica su abordamiento. De esta manera se establecerá los parámetros para viabilizar normativas específicas, analizando los estudios actuales mas pertinentes y recientes en apoyo del derecho comparado y análisis de normas jurídicas internas.

Las conclusiones del trabajo, serán los primeros pasos para formular estudios más complejos respecto a esta problemática en beneficio de la sociedad, considerando que la familia constituye la unidad básica social.

MÉTODOS

MÉTODO JURÍDICO

Este método tiene por objeto descubrir los principios generales y establecer las consecuencias que derivan de tales principios, sirve para interpretar, sistematizar y comunicar el conocimiento jurídico. Por ello se recurrirá a este método para sistematizar la naturaleza jurídica del alquiler y subrogación de vientre.

MÉTODO ANALÍTICO

El método analítico es un procedimiento que descompone un todo en sus elementos básicos y, por tanto, que va de lo general a lo específico, también es posible concebirlo también como un camino que parte de los fenómenos para llegar a las leyes, es decir, de los efectos a las causas.

La investigación analítica pretende entender fenómenos al describir y medir relaciones causales entre ellos.

MÉTODO ANALÓGICO

Según Fix, se trata de razonar por medio de analogías y comparaciones, en donde a partir de dos situaciones o sistemas similares, conociendo el resultado de uno de ellos, se obtiene la idea que del otro se obtendrán consecuencias similares o parecidas. En el campo jurídico, este método se identifica con el método de Derecho comparado en que una institución vigente en países distintos se aplica con criterios distintos o similares. Aquí hay que distinguir la analogía de leyes frente a analogía de Derecho comparado.²

² Citado por Witker Velásquez Jorge (2022) en *Metodología de la Investigación Jurídica*. México. p.7

CAPITULO I

MARCO HISTORICO

1.1 ANTECEDENTES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA, ALQUILER DE VIENTRE.

Dentro de los antecedentes cronológicos de la maternidad subrogada o alquiler de vientre mencionamos que se dio en 1976 en California a través de una inseminación financiada por el abogado Noel Keane, creador de la primera agencia dedicada a este negocio, la Surrogate Family Service Inc. Pero, el primer caso mediático, conocido como ‘Baby M’, se dio en 1985 en New Jersey.

La mujer gestante, Mary Beth Whitehead, mediante la suscripción de un contrato en el que se comprometía a tener un hijo para William y Elizabeth Stern; recibió 10.000 dólares de un total de 25.000 que la familia Stern pagó al centro. Mary Beth Whitehead (inseminada con el semen de Stern) decidió no entregar la hija al matrimonio. Fueron a los tribunales, que decidieron otorgar la custodia al padre biológico permitiendo a la madre biológica visitarla.³

En 1982, en Francia el doctor Sacha Geller fundo el CEFER (Centro de Investigaciones de Técnicas de Reproducción), asociación destinada a vincular a parejas estériles con madres subrogadas. De esta forma, en 1983 en la ciudad de Montpellier, una mujer gestó un niño para su hermana gemela que padecía esterilidad (*Julian, 2000*)

Otro antecedente de importancia en la historia es el de la pareja italiana formada por Donatina Paradiso y Giovanni Campanelli, cuando un tribunal de menores les quitó la custodia de su niño concebido en vientre de una tercera; tras comprobar que el pequeño no tenía vínculos genéticos con sus padres de intención.⁴

³ Antecedente mencionado en edición digital EL PAIS (1988). Madrid España.

⁴ Antecedente mencionado en edición digital EL PAIS (1988). Madrid España.

1.2 ANTECEDENTES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA, ALQUILER DE VIENTRE EN LATINOAMÉRICA.

Los países de América Latina, se han convertido hoy en día, en un área geográfica estratégica para la realización de diversos proyectos, ya sea en el ámbito cultural, comercial, de alianzas y relaciones a nivel internacional, entre otros. Se ha hecho evidente que, por lo que respecta a los temas médicos-jurídicos, países de América Latina también quieren mostrarse como naciones que pugnan y apuestan por ser considerados como países modernos, actualizados y empapados de toda información relacionada con los avances científicos en donde la medicina y el derecho tienen su punto de encuentro, y presentarse frente al mundo como naciones que constituyan una autoridad en estos temas. Al menos, eso es lo que algunos países de Latinoamérica han luchado por obtener en relación al tema de la subrogación uterina y su regulación. (*Ramos, 2014*)⁵

1.2.1 ARGENTINA

En su doctrina se la denomina de diversas formas a saber, maternidad subrogada; gestación por sustitución; vientre de alquiler; maternidad intervenida; maternidad disociada; gestación por contrato; maternidad sustituta o maternidad de alquiler.

Si analizamos su jurisprudencia podemos decir que el instituto jurídico se ha definido como; El compromiso entre una mujer, llamada mujer gestante, a través del cual ésta acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación en favor de una persona o pareja comitente, llamados el o los subrogantes, a quien o a quienes se compromete a entregar el niño o niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino con el o los subrogantes.⁶

Estableciendo que el término sustitución, para este caso, se circunscribe exclusivamente al hecho de que una mujer gestic y sólo gestic para otra y por otra que no puede hacerlo.

⁵ Ramos A.L. (2014) *La Subrogación Uterina, Breve Estudio Comparado. Monterrey México.*

⁶ Criterios citados en el portal digital *microjuris.com. Inteligencia Jurídica. (2021) Argentina.*

Diversas investigaciones autóctonas sobre el tema han derivado en la proposición de un anteproyecto unánime de reforma del Código Civil en Argentina, en donde queda establecido que, se ha de preferir la expresión. "gestación subrogada" y no "maternidad subrogada", en virtud que la gestante no es la madre, por lo que la palabra "maternidad" no es la adecuada: aunado a que la legislación argentina, sólo acepta la figura de la mujer que exclusivamente gesta.

Sus características generales son:

- 1) Atendiendo a las obligaciones, será bilateral o unilateral;
- 2) Atendiendo a la forma será consensual o solemne;
- 3) En cuanto a las contraprestaciones será oneroso o gratuito;
- 4) Es un contrato principal puesto que no necesita de otro acto jurídico;
- 5) De tracto sucesivo ya que las prestaciones se cumplen a través de los 9 meses de embarazo;
- 6) Es de libre discusión, dado que las partes pueden establecer libremente el contenido del mismo.

Otros elementos imprescindibles para las partes, son los elementos de capacidad de las partes y manifestación expresa del consentimiento, la validez del contrato dependerá de lo establecido por la ley; el tipo de parentesco que se deriva de este proceso será el parentesco genético si los hijos son concebidos por los gametos pertenecientes a la pareja contratante, de no ser así, los hijos serán considerados como adoptivos.

Un criterio jurisprudencial muy extendido en el país argentino ha establecido que es necesario que el concepto de la gestación subrogada, sea lo suficientemente amplio y descriptivo, en cuanto a sus integrantes y el medio de instrumentación de las obligaciones, dado que está de por medio la vida de un ser humano y de los involucrados, al cual el Estado protege mediante sus cuerpos.

Dentro de normativas específicas sobre la subrogación uterina, podemos señalar la Ley 25673 de Salud Sexual y Procreación Responsable, de 22 de noviembre de lo anterior dio origen a la creación del Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable. Esta norma establece entre sus objetivos, aquellos relacionados con alcanzar el nivel de salud sexual y procreación responsable más elevado para toda la población; disminuir la morbilidad y mortalidad materno infantil; trabajar en la prevención de los embarazos no planificados; promover la salud sexual de los adolescentes; contribuir a la detección precoz de infecciones transmitidas sexualmente; garantizar el acceso a la información; orientación, métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud sexual y procreación responsable y potenciar la participación de las mujeres en la toma de decisiones relativas al tema.

Durante el año 2011, el Legislador Argentino, de nombre Hugo Nelson Prieto, presentó un proyecto de Ley denominado "Régimen de Maternidad Subrogada". El citado proyecto abordaba, entre otros aspectos, la creación de una Agencia Pública de la Maternidad Subrogada con personal y asignación de presupuesto; especificaba los elementos personales del contrato; los requisitos de las partes involucradas en el proceso, considerando entre estos al médico responsable del procedimiento; lo relativo a la donación de óvulos y espermatozoides y los derechos y obligaciones de las partes.⁷

Imponía como requisito, que la madre gestante debía ser una mujer con plena capacidad para contratar; tener una edad comprendida entre los 18 y 35 años y jamás podía ser la dueña del óvulo fecundado; hallarse inscripta en el Registro de la Agencia Pública de la Maternidad Subrogada así como cumplir con determinados exámenes médicos.

El o los contratantes debían ser mayores de edad, pero no tener más de 50 años. Debían tener una residencia mínima de tres años en el país, ser plenamente capaces, solventar los gastos íntegros del procedimiento de maternidad subrogada entre otros requisitos de tipo formal.

⁷ Criterios citados en el portal digital *microjuris.com. Inteligencia Jurídica. (2021) Argentina.*

Obligaba además a que los médicos que intervinieran en el desarrollo del procedimiento, redactaran un documento que se constituiría como Instrumento de la Gestación Subrogada, cuyas formalidades para su elaboración y entrega, se encontraban estipuladas en el mismo.

La Maternidad Intervenida, Reflexiones en tomo a la Maternidad Subrogada. Recuperado el proyecto de ley. Se prohibían expresamente la gestación en mujeres en coma o en animales, y jamás tendría como finalidad la clonación. Este proyecto, al no mencionar expresamente el sexo de pertenencia de los subrogantes, parecería indicar que el mismo se hallaba abierto a parejas de igual o distinto sexo en virtud de la reciente ley de Matrimonio Igualitario. Una de las omisiones que se presentaba en este novedoso proyecto de ley, es la referente a la remuneración o compensación a la que la mujer gestante tendría derecho a percibir.

Cabe destacar que éste, fue uno de los proyectos que sentaron un valioso precedente para el estudio y regulación de la subrogación uterina en Argentina, pese a que nunca fue aprobado.

Más adelante, el 1 de marzo del año 2012, se anunció el envío del proyecto de unificación de los códigos civil y comercial en Argentina. Este proyecto de código contempla numerosas reformas de fondo, entre las cuales destaca la regulación de la "gestación por sustitución".

1.2.2 PERÚ

Para la doctrina Peruana, existen tres maneras a través de las que el ser humano puede crear una familia: a) En forma natural o convencional, a través de las relaciones sexuales entre hombre y mujer, que conduce al reconocimiento legal de la mujer gestante como madre genética del menor en cuestión; b) Con asistencia médica mediante la fecundación in vitro; inseminación artificial o a través de la maternidad subrogada.⁸

En el Perú, la filiación todavía está determinada por las distancias generacionales entre las personas, ascendiendo hasta un antecesor común.

⁸ *Criterios citados en Zaldívar Cerpa Josué (2013) Necesidad de Regulación Jurídica de la Maternidad Subrogada. Arequipa Perú.*

El código civil peruano, vigente desde el año 1984, en materia de filiación, sostiene el concepto clásico romano, según el cual la mujer que gesta un bebé es la madre de éste, hecho que se prueba con el alumbramiento.

El citado cuerpo legal refleja un vacío por lo que a la subrogación uterina y a la teoría del parentesco genético se refiere. El parentesco genético, es aquel que se determina por la proporción de genes idénticos de un antecesor a sus descendientes y la reserva común de genes iguales por descendencia.

Este tipo de parentesco, determina con mayor certeza la relación consanguínea entre las personas por los genes idénticos que se adquieren por transmisibilidad de la descendencia, evidenciado de la siguiente manera: de hijo a padres 50%; de nieto a abuelos 25%; de sobrino a tíos 12,5%; de primos a primos 6,25%.

La ley general de salud 26842 vigente desde el año 1997, aborda en su artículo 7° el tema del parentesco genético al citar una condicionante para procrear de manera no convencional, incluyendo a la subrogación uterina: "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 recaiga sobre la misma persona".⁹

La nueva teoría del parentesco genético con base científica que ha superado al clásico sistema de filiación romanista, estableciendo con mayor certeza el grado de filiación entre las personas mediante la proporción de genes idénticos transferidos a un antecesor común, constituyendo así, una base significativa para sustentar la legalización de la subrogación uterina y la validez de su contrato en el Perú, aspectos que resultan urgentes de visualizar para un considerable número de personas dentro de la sociedad peruana.

Dicha situación se plasmó en una encuesta realizada por el Doctor Peruano Diógenes Jirnénez Domínguez, misma que fue aplicada a 200 personas, entre los que se encontraban

⁹ Texto de la Norma disponible en [//www.gob.pe](http://www.gob.pe).

representantes de las instituciones organizadas de la sociedad civil y de los grupos de interés en infertilidad, evidenciando con esto una tendencia :favorable hacia la subrogación uterina, en virtud que más del 50% de los encuestados, se pronunció a favor de la legalización de la contratación de la subrogación materna en el Perú, considerándola como una buena alternativa para los problemas de infertilidad en los peruanos.¹⁰

Tal ha sido el interés por practicar la subrogación en el Perú, que ya se han presentado algunas controversias en el ejercicio y desarrollo de esta figura. Así aconteció en la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de Perú, instancia que resolvió el primer caso de vientre de alquiler en nuestro país. El proceso culminó al pronunciarse a favor de una pareja que acordó con otra una fecundación asistida y una posterior adopción a cambio de dinero. La problemática surgió cuando los padres biológicos se arrepintieron del acuerdo.

El órgano colegiado determinó en la Casación N°563-2011-Lima que el derecho de un menor engendrado por fecundación asistida a tener una familia idónea prevalece sobre el derecho de la madre biológica y su esposo de ejercer su patria potestad cuando ambos, premeditadamente, acordaron procrear a un ser humano para entregarlo en adopción a cambio de "beneficios económicos".

En el Perú, la contratación de alquiler de vientre con subrogación materna, se realiza ilegalmente por falta de una legislación especial apropiada. Se oferta y demanda alquiler de vientres para subrogación materna por diversos medios de comunicación escrita e internet, luego entonces, resulta precisa su correcta regulación en aras de brindar una solución jurídica ante la citada problemática.

El escenario presentado sobre la subrogación uterina en algunos países de Latinoamérica no es ajeno ni se encuentra lejano a la realidad de nuestro país, tal como se podrá apreciar en las líneas del siguiente capítulo.

¹⁰ *Criterios citados en Zaldívar Cerpa Josué (2013) Necesidad de Regulación Jurídica de la Maternidad Subrogada. Arequipa Perú.*

1.2.3 BRASIL

En Brasil no existe una ley formal para la gestación por sustitución. Sin embargo, se afirma que la legitimidad de las tecnologías de reproducción asistida descansa en el reconocimiento constitucional de la libre planificación familiar, enunciada en el artículo 226, § 7, de Constitución de la República y regulada por la Ley 9.263/1996. La decisión de tener o no hijos y, en su caso, la definición del momento y la forma más adecuados para llevar a cabo el desiderátum corresponde a la persona o pareja, sin injerencia de entidades públicas o privadas.

A tal efecto, se ofrecerán todos los métodos y técnicas de concepción y anticoncepción científicamente aceptados y que no pongan en riesgo la vida y la salud de las personas, lo que incluye las técnicas de reproducción asistida, en los términos del artículo 9 de la Ley 9.263/1996. (Yaksic, 2022)

A falta de legislación en la materia, el Consejo Federal de Medicina (CFM), en uso de sus atribuciones, ha emitido actos normativos para orientar a los médicos en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. Actualmente está en vigor la Resolución 2.294/2021.3 El CFM, creado por la Ley 3.268/1957, es una entidad de administración pública indirecta con facultades de inspección y regulación de la práctica médica.¹¹

Sus actos normativos, en forma de resoluciones, indican las normas de conducta que deben seguir los médicos, so pena de responsabilidad disciplinaria.

En la práctica, también sirven para regular el acceso de los usuarios y algunas de las repercusiones legales del uso de las técnicas de reproducción asistida.

¹¹ Criterios emitidos en el portal web del Consejo Federal de Medicina de Brasil. (2022). <https://portal.cfm.org.br> > la-institucion

CAPITULO II

MARCO CONCEPTUAL

2.1. REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Las técnicas de reproducción asistida son técnicas empleadas para concebir un ser humano fuera de la intimidad del acto sexual, con la intervención de terceras personas, técnicas en la materia y gran parte de las veces fuera del hábitat natural en que esto acontece, o al menos alterando o interviniendo en tal hábitat. (*Ballesteros, 2007*)

La Reproducción asistida o fecundación artificial es la técnica de tratamiento contra la esterilidad o infertilidad que conlleva una manipulación de los gametos o células sexuales. Para intentar solucionar los problemas de infertilidad, cada vez y con más frecuencia afectan a las parejas, se han desarrollado dos técnicas principales (inseminación artificial y fecundación in vitro) y una serie de métodos complementarios que ayudan a la pareja a conseguir su objetivo, tener un hijo. Asimismo como un método que ayuda a los anteriores existe también la Inyección Intrascitoplasmática,

2.2. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Consiste en depositar una muestra de semen en el tracto reproductor femenino (vagina). Previamente para potenciar la capacidad de fertilización espermática, se realizan una serie de mejoras en el laboratorio con objeto de concentrar y vitalizar el semen. Es requisito necesario que la mujer tenga al menos una trompa uterina permeable.¹²

2.3 FECUNDACIÓN IN VITRO (FIV)

Este método consiste en reproducir el proceso de fecundación que se produce de manera natural en el interior del cuerpo femenino, en un laboratorio especializado. Para ello se necesita tener en el laboratorio los ovocitos y los espermatozoides en un ambiente adecuado para conseguir la fecundación. Es preciso realizar un ciclo de estimulación ovárica para conseguir suficientes ovocitos y garantizar una buena transferencia embrionaria.

¹² Criterios emitidos en biblioteca digital de la organización SANITAS (2023) Madrid, España.

2.4 ICSI (INYECCIÓN INTRACITOPLASMÁTICA)

Con la ayuda de una microinyección se consigue la introducción de un espermatozoide en el óvulo, para facilitar la fecundación. La ICSI es una medida auxiliar en el ámbito de la FIV, que se emplea en caso de que el semen del hombre sea de mala calidad, o después de un fallo de fertilización tras una FIV "clásica". En tal caso, todas las fases son idénticas hasta la aspiración folicular.¹³

Los ovocitos deben ser liberados de las células que le rodean para determinar su estado de maduración ya que sólo algunas serán adecuadas para la microinyección. Empleando un microscopio especial, se toma un solo espermatozoide con una pipeta de microinyección y se introduce directamente en el óvulo. La ICSI, que también se denomina microinyección, imita por tanto el procedimiento natural por el que el espermatozoide penetra en el óvulo.

2.5 LA MATERNIDAD SUBROGADA

Se denomina gestación subrogada al procedimiento por el cual una mujer se encarga de gestar un niño concebido artificialmente, que puede tener su información genética o no, para entregarlo después del parto a la madre, padre, o pareja contratante, quienes en adelante serán sus padres legales, y que pueden tener relación genética o no con el niño o niña.

Dependiendo del material genético utilizado, existen las siguientes posibilidades de practicarla:

- a) La pareja aporta óvulo y espermatozoide con la finalidad de que se produzca un embrión, que posteriormente será implantado en una mujer ajena encargada de llevar a cabo el embarazo.
- b) Solo una persona de la pareja aporta su material genético para que con la donación de un óvulo o espermatozoide de una tercera persona, según corresponda, se lleve a cabo la fecundación extracorpórea y sea implantado posteriormente en una mujer, quien no tiene relación genética con el embrión.

¹³ Criterios emitidos en la biblioteca digital de la Organización SANITAS (2023). Madrid, España.

- c) La mujer gestante aporta el óvulo, que es inseminado con semen del padre.
- d) Tanto óvulo como espermia provienen de donantes, que una vez realizada la fecundación se implanta en una mujer, es decir, sin relación genética con los padres contratantes ni la gestante.

2.6 ALQUILER DE VIENTRE.

”El alquiler de vientre se puede definir como un contrato innominado mediante el cual, una mujer consiente y se obliga con la parte contratante a gestar un óvulo fecundado mediante técnicas de reproducción asistida; a llevar a término el embarazo; y posterior al parto, a entregar al recién nacido a la parte contratante, sin que medie filiación entre la madre gestante y el recién nacido. (Ceballos, 2018)”¹⁴

Hoy en día, aunque se le llama subrogación materna, a este acto de reproducción asistida está claro que doctrinalmente la subrogación de derechos en el ámbito del derecho privado es un instituto completamente diferente.

2.7 RELACIÓN CONTRACTUAL.

“Los contratos deben cumplir con ciertos requisitos para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, en consecuencia, requieren del cumplimiento de los requisitos de existencia y validez para producir plenos efectos jurídicos; por un lado los requisitos de existencia son esenciales al acto jurídico, y su ausencia impide el nacimiento del contrato; por otro lado, los requisitos de validez buscan la producción de efectos jurídicos sin vicio alguno, de modo que, su falta genera el nacimiento defectuoso del contrato, y conlleva sanciones de nulidad absoluta, nulidad relativa o ineficacia dependiendo del requisito de validez vulnerado”. (http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html, s.f.).¹⁵

¹⁴Ceballos (2018). *Naturaleza Jurídica del Contrato de Alquiler de Vientre: Impacto y Consecuencias en el Ámbito del Derecho Laboral*. Bogota. Colombia.

¹⁵ Criterios expuestos en el sitio web: (http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html).

La maternidad subrogada es un contrato de carácter atípico, que permite al contratante o la pareja contratante obligarse con una mujer contratista (madre gestante) para que albergue al feto del sujeto activo en su ser, desde la fecundación hasta el parto, y luego transfiera los derechos y obligaciones materno filiales a su favor.

En el caso del alquiler de vientre, el negocio jurídico se caracteriza por ser:

- a) Un contrato atípico.
- b) De naturaleza gratuita (no onerosa).
- c) Consensual, de tracto sucesivo.
- d) Principal.
- e) No traslativo de dominio.
- f) Intuitu personae.

En nuestra economía jurídica del Código Civil vigente, se encontraría entre los llamados contratos innominados.

2.7.1 SUJETOS DEL CONTRATO

Los sujetos del contrato son las personas naturales, con capacidad para obligarse válidamente por sí mismos, que manifiestan su voluntad para que nazca el negocio jurídico.

“La práctica del alquiler de vientre se limita únicamente a personas naturales el sujeto pasivo o madre gestante se obliga a llevar a término un embarazo, y dicha actividad solo puede ser ejecutada por una persona natural; por su parte, el sujeto activo o parte contratante, debe ser una persona natural, pues resulta imposible la transferencia de derechos y obligaciones materno filiales de la madre gestante a una persona jurídica.”¹⁶

2.7.2 SUJETO ACTIVO DEL ALQUILER DE VIENTRE:

El sujeto activo o parte contratante, es quien se beneficia del objeto del contrato.

¹⁶ Medina J.E. (2010) *Derecho de Familia*. Bogotá, Colombia

En el alquiler de vientre, la parte contratante puede componerse por una o varias personas, por parejas heterosexuales, parejas homosexuales o personas solteras; de modo que, cuando se hace referencia a la parte contratante se habla en general de padre de intención, madre de intención o pareja de intención.

El contrato de alquiler de vientre requiere para su ejecución del material genético que será utilizado en la técnica de reproducción humana asistida elegida por las partes; puede ser aportado en su totalidad o en parte por la parte contratante, obtenido total o parcialmente por donación de semen y ovodonación o proporcionado por la madre gestante.

En la práctica del derecho comparado se puede inferir que no es recomendable una completa donación del material genético para la técnica de reproducción humana asistida, pues la ausencia de material genético de la parte contratante dificultará la transferencia de derechos y obligaciones materno filiales de la madre gestante.

2.7.3 SUJETO PASIVO DEL ALQUILER DE VIENTRE

El sujeto pasivo o parte contratista se compone por la(s) persona(s) que se obliga(n) a cumplir la prestación principal a favor de la parte contratante.

En el alquiler de vientre, el sujeto pasivo siempre será una persona natural, más específicamente una mujer que “alquila” su vientre en favor de la parte contratante.

El sujeto pasivo del alquiler de vientre debe de cumplir con la aptitud biológica necesaria para llevar a término un embarazo de forma exitosa, pues la técnica de reproducción humana asistida elegida por las partes, se efectuará previa práctica de exámenes médicos. En la eventualidad de que dichos procedimientos, den cuenta de la falta de idoneidad de la madre gestante, es recomendable que las partes den por terminado el contrato.

2.7.4 OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE ALQUILER DE VIENTRE.

El contrato de maternidad subrogada o alquiler de vientre tiene por objeto llevar a término un embarazo y la posterior transferencia de los derechos maternos filiales a favor de la parte contratante; dicho objeto puede descomponerse en las siguientes obligaciones.

Para que la gestante pueda llevar a término el embarazo en favor de los padres de intención, es necesario el alojamiento de un embrión en su útero; de modo que, el alquiler de vientre como contrato principal requiere de un pacto accesorio con una clínica, para la práctica de técnicas de reproducción humana asistida.

Aunque la obligación de contratar el procedimiento médico pertinente puede estar en cabeza de la madre gestante o de una agencia que preste asesoría e intermediación entre las partes de la maternidad subrogada en la práctica es común que la parte contratante se encargue.

Esta obligación puede categorizarse como condicional pues la ejecución de cualquiera de las técnicas requiere que la madre gestante se someta a exámenes médicos; de concluirse que, carece de aptitud biológica para llevar a término el embarazo, el procedimiento no podría efectuarse, para salvaguardar la vida de la paciente, el eventual nacimiento del menor producto del contrato, y el interés de las partes.

Por su parte, la madre gestante se obliga a efectuar todos los exámenes y procedimientos médicos necesarios para que se lleve a cabo la técnica de reproducción humana asistida elegida por las partes pues sin su ejecución no podrá conocerse la fertilidad de la contratista.

2.7.5 LAS OBLIGACIONES DE LAS PARTES DURANTE EL EMBARAZO.

Cumplidas las obligaciones previas a la fecundación, la madre gestante se encontrará encinta; las partes determinarán las obligaciones del contrato de alquiler de vientre durante el embarazo; en este período, la madre gestante deberá cumplir con lo que se haya estipulado en el contrato

Cuando las partes no hayan pactado nada al respecto, la madre gestante estará obligada a actuar de forma medianamente diligente y leal durante la ejecución del contrato; conforme al principio de buena fe contractual la madre gestante tendrá que cumplir con deberes secundarios de conducta los cuales se centrarán en realizar el interés contractual de la parte contratante; en este sentido la madre gestante estará obligada a evitar todas las conductas que puedan lesionar la integridad del nasciturus ¹⁷ y realizar todas aquellas actividades que la aseguren.

En caso de que, las partes pacten obligaciones para ejecutarse durante el embarazo de la gestante, estas no pueden constituirse en un abuso

Si la parte contratante se encuentra en una mejor posición para exigir obligaciones a la madre gestante, no puede obstaculizar el normal desarrollo de la vida diaria de la contratista; mientras que la maternidad subrogada figure como un vínculo de carácter civil, no podrán exigir conductas como un determinado régimen de alimentación, la asistencia a clases o programas determinados, o el seguimiento de directrices.

Las obligaciones de esta etapa se pueden catalogar como prestaciones de hacer y de no hacer, que dependiendo del contenido del contrato darán lugar a la aplicación del principio de buena fe contractual y brindarán mayor libertad a la madre gestante, o se ceñirán a lo pactado en la maternidad subrogada.

Comportando obligaciones de medio y de carácter *intuitu personae*, elementos que guardan parecido al elemento de prestación personal del contrato de trabajo como se analizará en el siguiente capítulo.

2.7.6 OBLIGACIONES DE LAS PARTES POSTERIORES AL PARTO.

Aunque normalmente el menor sería considerado hijo legal de la madre gestante y de su cónyuge o compañero permanente, el alquiler de vientre da lugar a la obligación de transferir

¹⁷ *Nasciturus*: “el que va a nacer”, participio de futuro en latín es un término jurídico que designa al ser humano desde que es concebido hasta su nacimiento.

los derechos materno filiales a la parte contratante en este caso, es posible extender la institución de la filiación por consentimiento de las técnicas de reproducción humana asistida desarrollada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia al alquiler de vientre.

CAPITULO III

MARCO TEÓRICO

3.1 BASES TEÓRICAS DEL INSTITUTO JURÍDICO

3.2 LAS PERSONAS COMO FINES EN SÍ MISMAS IMMANUEL KANT.

Si se trata de dar un sustento teórico a una normativa que regule la subrogación materna, donde pueda superarse los paradigmas éticos y morales, sobre el bien mayor de la perpetuación de la especie humana; podemos decir que existen muchas teorías en que apoyarse. Sin embargo a través de los años un conjunto de ideas muy interesante es la “Teoría de Las Personas como Fines en si Mismas” del filósofo alemán Immanuel Kant.

Para los fines de este trabajo, se ha analizado un artículo científico en concreto titulado Gestación subrogada: alcances y límites en la teoría kantiana, de Magda Viridiana Rodríguez Tovar y Laura Alicia Camarillo Govea, publicado en la Revista Científica Intercursos Sociales en 2021 en México.¹⁸

La gestación subrogada es una figura compleja que sufre de una amplia desaprobación legal y social, sin embargo, su práctica va en aumento como una solución para las personas que por ningún otro procedimiento natural o médico pueden procrear. Un argumento sustancial en contra de la gestación subrogada es la vulneración de la dignidad de la mujer gestante, por el contrario, el razonamiento que la defiende, se basa en la autonomía de la voluntad de los participantes para justificarla. *“Este análisis se fundamenta en la teoría filosófica de Immanuel Kant por lo que respecta a la dignidad de las personas y concomitantemente, la autonomía de la voluntad en la realización de sus actos como personas capaces de regirse por su propia razón, principalmente de la futura gestante”.* (Tobar, 2021)¹⁹

¹⁸ Artículo completo en la Biblioteca Electrónica Scielo. <http://www.scielo.org.mx> › scielo › pid=S2007-49642.

¹⁹ Criterios emitidos en por Tobar (2021) en Gestación Subrogada. Alcances y límites en la Teoría Kantiana.

La teoría kantiana propone un modelo de moral para la humanidad guiada por su propia razón, la importancia de mencionarlo en este trabajo radica en que estas ideas facilitan comprender lo que somos y queremos ser.

Previamente de hacer una exposición de las partes más importantes de la teoría kantiana que nos ayuden a sustentar la justificación filosófica y jurídica del alquiler o subrogación de vientre; se debe manifestar en principio dos aspectos importantes que son: la defensa y justificación de legalizar esta conducta; sus defensores destacan la utilidad de la técnicas de reproducción asistida, la autonomía de la mujer, negar estos aspectos incurriría en un paternalismo. Por otro lado el repudio a la legalización del instituto, cuyos defensores sostienen que al legalizar esta práctica se está mercantilizando la dignidad de las mujeres y la dignidad humana por ende.

Por lo citado, recurrimos a Kant para enervar el argumento más sólido de los detractores de la subrogación de vientre: el menosprecio y mercantilización de la dignidad humana.

El citado filósofo alemán, es bastante conocido por su teoría de “los imperativos categóricos”, tesis que se funda en tres imperativos que son los siguientes:

1. Obrar solamente siguiendo una máxima, de tal forma que se pueda querer al mismo tiempo que dicha máxima se torne en ley universal, es decir, obrar como si los principios que rigen nuestra acción se fueran a convertir por propia voluntad en una ley universal.
2. Obrar de tal modo que se use a la humanidad, tanto en sí mismo como en el resto de las personas, siempre como un fin y nunca solamente como un medio.
3. La voluntad de todo ser racional como voluntad que legisla universalmente. Mediante la intervención de la autonomía de la persona, que no está sometida a la ley por

imposición, sino por autolegislación; consecuentemente, está sometida a la ley de la que ella misma es autora.²⁰

Según estas máximas podemos decir que la persona es un fin en sí misma, mientras que el resto de los objetos o seres existentes en la naturaleza son auxiliares para cumplir los propósitos de los seres humanos; en consecuencia existe la dignidad humana.

En criterio de Javier Aguirre Pabón, la concepción de dignidad humana de Immanuel Kant se encuentra ausente en la totalidad de sus obras literarias, en contraste con la noción moderna que ha sido consistente, sin embargo, tácita o explícitamente, aún suele ser mencionada con fuerte influencia dentro del desarrollo jurídico.²¹

El pensamiento kantiano reconoce el valor incondicionado de una persona, es decir, la disposición que tenemos de servir a otros de uno u otro modo, constituyéndose en un medio para el fin de otros, pero sin llegar a ser solo medios, situación que contradice el segundo imperativo categórico. La diferencia fundamental es entonces el ser un medio para los fines de otras personas en virtud a la voluntad, lo opuesto es ser usado como mero medio.

Cuando en la realidad se recurre a una mujer gestante se debe analizar que no exista conductas dolosas que mellen su dignidad, si la mujer esta decidida a participar de una gestación subrogada por voluntad propia podemos decir que hace correcto el fin de otra persona.

Las autoras del artículo, sostienen que una posible explotación a la mujer puede ser subsanable jurídicamente así pudiéndose respetar su dignidad a la luz de la segunda fórmula kantiana.

Aunque la segunda fórmula kantiana ha servido de argumento en contra de la gestación subrogada para sus detractores; debe mencionarse que son tres las que integran el

En una gestación subrogada, una mujer gestante que actúa por deber (en el sentido kantiano), lo hace por solidaridad, es decir, por ser benéfica a otros y cuando es así puede considerarlo como ley universal. La gestación subrogada para una gestante puede ser considerada como

²⁰ Estas definiciones son citadas por Immanuel Kant, en la obra "Fundamentación de la metafísica de las costumbres", originalmente publicado en Alemania en 1785.

²¹ Aguirre Pabon Javier (2011). *Dignidad, derechos humanos y la filosofía práctica de Kant*, Vniversitas. México.

multiplicada por la sociedad cuando lo hace por solidaridad a otros, convertible en regla universal para ella por no conculcar con sus principios y su moralidad.

En consecuencia en un criterio jurídico la maternidad subrogada no vulnera la dignidad humana, por ello las legislaciones que lo permiten han optado por establecer límites a través de la ley, se funda por lo general en su capacidad, el consentimiento informado afirmando así su dignidad aspectos que confirman los extremos de la teoría kantiana.

En la toma de una decisión de una mujer para ser parte de un contrato de alquiler de vientre, entonces debemos manifestar que son requisitos necesarios que impiden se vulnere su dignidad; además de los ya mencionados, la voluntad y el deber de solidaridad. La Etica en este punto dependerá de cada caso, pues los parámetros morales con alcance a lo jurídico los ha dado ya la teoría kantiana.

Finalmente señalar que la teoría de Kant no es una justificación completa de la maternidad subrogada; sin embargo facilita a los legisladores entender los fines en que está pensada.

3.3 ASPECTOS SOCIALES

Dentro de los aspectos sociales que giran en torno a la subrogación materna, podemos señalar que si bien la tecnología brinda un abanico de posibilidades ante la infertilidad, la reproducción asistida en vitro, en algunas sociedades se permite mediante normas específicas, pero en otras se castiga y se persigue.

Las cuestiones inherentes a la permisividad de la subrogación materna, tienen que ver con la libertad y dignidad de las mujeres en cuanto al derecho de decidir sobre su propio cuerpo por una parte. Y por otra con la apertura de una serie de conductas que en cierta forma van en deterioro de las sociedades más conservadoras. En particular se dice que al abrir jurídicamente la posibilidad de procrear libremente mediante vientre de tercero, este derecho ya no sería irrestricto a las parejas convencionales de hombre y mujer que sufren de infertilidad; sino a aquellas parejas homosexuales o LGBT que por razones biológicas no pueden concebir

progenie, pues en la actualidad estos grupos han ganado el reconocimiento de sus uniones y sus derechos.

Otro aspecto de estos tipos de contrato es que sociedades como son muchas de Latinoamérica con alta incidencia de delictualidad, permitir los negocios jurídicos de alquiler de vientre se degeneraría en delitos como trata y tráfico de personas, explotación o violencia contra la mujer.

La maternidad subrogada recibe críticas por gran parte de la sociedad, una de las razones principales es que muchos consideran que este método contempla la maternidad como un negocio y el cuerpo de la mujer como una mercancía. El embarazo subrogado igualmente puede ser un problema social a la gestante, como ocurre en algunos países donde las gestantes esconden su intervención en el proceso y donde es el marido quien decide si pueden actuar como tal, podemos pensar en explotación y falta de libertad vulneran los derechos básicos de la mujer. *“En la mayoría de ámbitos sociales no respetan los intereses y decisiones de la gestante al implicar el embarazo subrogado”*. (Caro, 2021)²²

Finalmente atendiendo a la clase de sociedad y al contexto, al momento de formular una norma se debe tener en cuenta la forma de los contratos, deben ser estos altruistas; es decir por el principio de conservación de la especie humana en favor de un tercero o en virtud de todas las consecuencias para la mujer que presta su vientre; debe haber una contraprestación onerosa a cambio.

3.4 CUESTIONES BIOÉTICAS.

Existen varias definiciones sobre esta ciencia. Entre ellas podemos fijarnos en la que ofrece la “Encyclopedia of Bioethics” preparada por Warren T. Reich. En la segunda edición (1995) Reich dice que la Bioética “puede ser definida como un estudio sistemático de las dimensiones morales (se incluyen la visión moral, las decisiones, la conducta y las opciones políticas) de las ciencias de la vida y la salud, usando distintas metodologías éticas en una visión

²² Caro C.V.(2021), artículo científico: *¿Qué consecuencias Psicológicas, Sociales, Económicas y de Salud, traen consigo respecto a las Madres de Alquiler?. Bogotá, Colombia.*

interdisciplinar”. Para tranquilidad de algunos, aclaramos que Reich usa aquí los términos “ética” y “moral” como sinónimos. (*htt1*)

En la maternidad subrogada una mujer acuerda ya sea con fines altruistas o económicos, gestar en su útero un embrión, que puede o no tener su material genético. Al término del embarazo, entrega el recién nacido a los solicitantes.

De esta forma se ha diversificado el concepto de “maternidad” como se conoce tradicionalmente, generando el debate sobre quién puede considerarse la madre del bebé que nace:

- a) Aquella que presta su vientre para llevar a cabo el proceso de gestación, aunque el material genético no sea de ella
- b) Aquella que aporta el material genético del bebé que se gesta en otro vientre
- c) Aquella que cría al bebé sin aportar el material genético o gestarlo

Siendo en esta práctica la fecundación in vitro la técnica que permite el embarazo, en uso de esta técnica se plantean diversos dilemas bioéticos:

En principio nos plantea un serio problema moral, y es que, cuando el niño es engendrado de manera natural, nadie elige el óvulo y el espermatozoide que se van a unir, porque nadie tiene potestad para tomar tal decisión.

Todas las intervenciones sobre el patrimonio genético de la persona humana que no están orientadas a corregir las anomalías, constituyen una violación del derecho a la integridad física y están en contraste con el bien de la familia

Sin embargo, con el empleo de estas técnicas se normaliza el hecho de que la decisión la tome un facultativo que estimará cuál de las células es en potencia más idónea para dar lugar a un mero ser. Ningún óvulo es mejor o peor que otro, ni una vida nueva es más digna que otra por

el hecho de adjudicarle unas cualidades u otras. Por lo que, al apropiarse el hombre de la decisión sobre qué uniones de células deben tener lugar está adquiriendo un derecho que no le pertenece, está jugando a ser Dios.

Otro aspecto de importancia es la dignidad de la persona, el valor de la persona es infinito y por lo tanto su cuerpo es sagrado, no se puede considerar al cuerpo como un mero objeto, algo que se posee y del que por lo tanto se dispone para satisfacer las necesidades propias.

Los críticos de la maternidad subrogada dicen que la práctica está abierta a la explotación de la madre de alquiler, a la mercantilización del niño, y puede conducir a problemas emocionales y legales cuando se trata de los derechos de paternidad y custodia. Entre los argumentos está la mercantilización del cuerpo y de la capacidad reproductora de las mujeres durante la gestación subrogada, se asocia a una alianza entre patriarcado y capitalismo que lleva a las mujeres a ser consideradas como un medio y no como un fin, lo cual supone un atentado contra su dignidad.

La activista y escritora sueca Kajsa Ekis Ekman, autora de "Being and Being Bought - Prostitution, Surrogacy and the Split Self" (Ser y ser comprado: prostitución, subrogación y el ser dividido), cree que todas las formas de subrogación deberían ser prohibidas.

Parejas que padecen infertilidad, el vientre de alquiler sería una solución a los años de espera sin fruto, les daría felicidad tan esperada.

CAPITULO IV

MARCO JURIDICO

4.1 TENDENCIAS ACTUALES EN LAS LEGISLACIONES

4.2 EUROPA.

Según sostiene Parra: *“en muchos países de la Unión Europea, este método se rige por el Código de la Familia y el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad respetando las decisiones de sus ciudadanos y de aquellos extranjeros que contraten la subrogación con una mujer de estos países y velando por el respeto de los intereses y los derechos del menor y la madre subrogante”*. (Parra, 2018)²³

Italia, España, Francia y Alemania son algunos de los países que han prohibido todas las formas de gestación subrogada.

En Irlanda, Países Bajos, Bélgica y la República Checa, las disposiciones son "nulas e inaplicables", lo que significa que "no existe una legislación que reconozca la maternidad subrogada y, por lo tanto, no hay forma de transferir la paternidad a los padres que la solicitan", dijo Familias por Subrogación.

En Reino Unido, la gestación subrogada es legal para sus nacionales si es altruista, mientras que Portugal también permite la gestación subrogada altruista para parejas heterosexuales con necesidades médicas.

Ucrania y Rusia tienen las leyes más laxas de Europa en materia de maternidad subrogada, lo que permite a las personas incluidos los extranjeros pagar a una madre de alquiler por sus servicios.

²³ Tomado de: Parra P.B. (2018) *Maternidad Subrogada: Un Estudio Multidisciplinar*. Madrid España.

4.3 DERECHO ANGLOSAJÓN.

Es momento entonces de esclarecer el concepto de "Contrato de Subrogación Uterina" y lo que el mismo significa para algunos de los Estados que conforman Norteamérica.

El contrato de subrogación uterina dentro de la concepción anglosajona se ha definido como "el acuerdo por medio del cual una mujer acepta quedar embarazada mediante un procedimiento de inseminación artificial, para que luego, una vez que se produzca el nacimiento del bebé, lo entregue al donante de la esperma y a su esposa, renunciando para ello a los derechos que la ley le confiere sobre el recién nacido, y en contraprestación, por regla general, al pago de una compensación, generalmente consistente en una suma de dinero.

Definiciones similares a la anterior han sido adoptadas por algunos Estados de Norteamérica, ejemplo de ello es el Estado de Louisiana, territorio donde se define al contrato de subrogación uterina como "un acuerdo por medio del cual una persona no casada con el contribuyente del esperma, acuerda por una contraprestación de valor ser inseminada; llevar el feto resultante hasta el nacimiento, y luego entregar al contribuyente de la esperma la custodia y todos los derechos y obligaciones del recién nacido."²⁴

Similar a lo anterior pronunció el Estado de Michigan, al señalar que un contrato descendencia subrogada significa un contrato, acuerdo o arreglo en el cual una mujer acuerda concebir un niño mediante inseminación natural o artificial, o en el cual una mujer acuerda sustituir en la gestación, y voluntariamente renunciar a sus derechos parentales o de custodia sobre el niño. Se presume que en un contrato, acuerdo o arreglo en el cual la mujer acuerda concebir un niño por medio de inseminación natural o artificial por una persona diferente a su esposo, o en el cual la mujer acuerda sustituir en la gestación, incluye una provisión, expresa o no, de que la mujer renunciará a sus derechos parentales o de custodia sobre el niño.²⁵

Es necesario señalar que existen algunos otros Estados que han aportado una definición del Contrato de Subrogación Uterina, como lo ha hecho el Estado de New Hampshire, Virginia, Washington, New York, entre otros.²⁶

^{24, 25, 26} Criterios emitidos por Gutton I. (2017) en "Gestación subrogada en Estados Unidos: precio, legislación y requisitos". Bogotá, Colombia.

De las definiciones anteriores, se desprenden las particularidades del contrato, como lo son su clasificación y los derechos y las obligaciones de las partes que celebran el mismo, este tipo de contrato puede encuadrarse en el mismo contenido que la citada teoría establece. Una de las clasificaciones más importantes en que: se ubica este contrato es aquella que atiende a las contraprestaciones del contrato, en virtud de la cual, puede clasificarse en subrogación altruista y subrogación comercial.

La primera ubica un escenario en donde la madre subrogada o contratada, no recibe ningún tipo de pago o compensación por motivo del procedimiento de subrogación, no contemplando en este caso como pago, los gastos derivados de su condición durante el embarazo, como gastos médicos, alimenticios, entre otros.

El segundo escenario es aquel en donde la madre contratada efectivamente recibe un pago, tanto en dinero como en especie, en calidad de contraprestación por el proceso, considerándose estas, en cantidades de dinero, servicios o compensaciones de cualquier tipo.

Continuando con la Teoría General del contrato, esta señala que de todo contrato, se derivan derechos y obligaciones recíprocas, por lo tanto, esta es una figura con características imperativo-atributivas, es decir, conceden derechos pero también imponen obligaciones.

Dentro del conjunto de obligaciones que serán impuestas a la madre subrogada o contratada se encuentran:

- a) Permitir ser inseminada artificialmente con el espermatozoides del padre biológico.
- b) Llevar el feto en su vientre hasta el nacimiento del bebé.
- c) Renunciar a los derechos de custodia sobre el recién nacido en favor del padre biológico y su esposa.

Del mismo modo, los padres contratantes deberán observar también determinadas obligaciones, entre estas se encuentran:

- a) Pagar todos los gastos médicos y legales generados como consecuencia del embarazo.
- b) Asumir la responsabilidad de custodia sobre el recién nacido.
- c) Pagar a la madre subrogada la compensación acordada.

Aproximándonos un poco más respecto a la regulación de la subrogación uterina, es posible aseverar que la misma atiende a aspectos legislativos y judiciales, esto es, que varios de los Estados de la Unión Americana han promulgados leyes específicamente sobre este tema, mientras que algunos otros, se abstienen en hacerlo y dejan la solución de las controversias las autoridades jurisdiccionales para que de ello surja jurisprudencia.

De lo anterior, cabe destacar que, a pesar de que la jurisprudencia sienta un precedente de suma importancia para la solución de futuras controversias respecto al tema, los mismos criterios jurisprudenciales han invocado que, la mejor manera de contar con una verdadera regulación de la subrogación uterina, es a través del proceso legislativo. Es así como lo manifestó la Suprema Corte del Estado de California, cuando, al resolver una controversia, estableció lo siguiente *"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.*

El caso de donde se derivó este pronunciamiento de la Corte, se suscitó entre una pareja de cónyuges de, Mark y Crispina Calvert, quienes, al encontrarse imposibilitados para procrear un hijo por los medios convencionales y naturales, contrataron a una mujer, Anna Johnson, para que fungiera como una madre gestante, es decir, el material genético que daría origen al bebé pertenecía a la pareja Calvert. Inicialmente, el proceso se desarrollaba sin complicación alguna, fue cuando la mujer de apellido Johnson exigió un pago mayor por sus "servicios", mismo que de no cumplirse, ella no entregaría el bebé a la pareja contratante, luego entonces, los Calvert interpusieron una demanda con el ánimo de que se determinara la filiación del menor y los derechos y obligaciones que de la misma se desprenden. Cuando el bebé nació, las partes contratantes acordaron que los Calvert se quedarían con el menor, pero que la madre gestante tendría derechos de visita y convivencia, a pesar de que los Calvert eran los verdaderos padres biológicos del menor. La corte de primera instancia resolvió a favor de los

Calvert afirmando que ellos son los verdaderos padres del menor y que la mujer contratada, Johnson, carecía de derecho alguno sobre el menor, por lo que le fue suprimido el derecho de visita y convivencia, aseverando también, que el contrato celebrado tenía validez y era vinculante para las partes que lo celebraron. Johnson apeló esta resolución, pero la Suprema Corte confirmó la misma.

Otro aspecto relevante referente a la regulación de la subrogación uterina, es aquel que señala que, a pesar de que han habidos esfuerzos admirables por parte de varios Estados para lograrla, no se cuentan todavía con criterios uniformes para todos. De esta manera, mientras los Estados de Indiana, Arizona y New York le niegan totalmente validez jurídica al contrato de subrogación uterina, algunos otros como Florida; Utah; Virginia; New Hampshire e Illinois le otorgan total validez.

Un elemento más que funge como clave para la regulación de la subrogación uterina, es el "orden público", mismo que se constituye como eje central de estudio para determinar la validez del contrato en esta materia. Con base en este elemento, se desprende el pronunciamiento de la Suprema Corte de Ohio, la que establece 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. Si las partes entienden el contenido del contrato y están conscientes de los derechos y las obligaciones que se derivan *del mismo*, *hacerlos cumplir es totalmente válido y correcto*".

En contraposición a este criterio, el Estado de Louisiana determinó que "un contrato de maternidad subrogada como está definido allí será absolutamente inválido y será nulo y no exigible por ser contrario al orden público".

Una postura no tal radical como la anterior, es la sustentado por el Estado de Washington, mismo que contiene una salvedad respecto al tema del orden público, en virtud que asevera que "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". Es decir, el contrato de subrogación

uterina no es nulo de origen para el Estado de Washington, lo será únicamente bajo el supuesto que el mismo contemple la obligación para los padres contratantes de entregar una remuneración a la madre contratada.

Según la concepción anglosajona las cuestiones de orden público relevantes para determinar la validez de este tipo de contratos, recaen en tres aspectos específicos:

- a) la dignidad de la mujer, ya que es absolutamente inaceptable la explotación de mujeres por motivo de este contrato;
- b) los derechos de los menores, puesto que jamás se permitirá la compraventa de bebés; y
- c) la unión de la familia, ya que el Estado procura que la familia permanezca unida y estable, evitando su destrucción, al ser ésta el núcleo de la sociedad y una de las relaciones de mayor importancia para el ser humano.

Aunado al orden público, los preceptos de Derecho de Familia se traducen en otra base fundamental para reconocer la validez del contrato de subrogación uterina.

La figura del Derecho Familiar que se toma como base para determinar la validez de este contrato es la "Adopción", es decir, si el contrato de subrogación uterina vulnera los preceptos establecidos por la figura de la adopción, luego entonces el contrato será nulo.

4.4 PANORAMA ACTUAL DEL FECNOMENO EN LA REALIDAD BOLIVIANA.

El jurista boliviano Julio Veizaga en una entrevista realizada por ante un medio de comunicación digital, al respecto del alquiler de vientre en Bolivia, señalaba que lo que la Constitución y la ley no prohíbe, permite; si no está prohibido, está permitido” asimismo decía que en nuestro país es una realidad.

Señala este medio también que existen diferentes páginas creadas en Facebook donde las mujeres ofrecen alquilar su vientre en Bolivia sin que este procedimiento se regule y parejas que buscan a De acuerdo a una de las páginas de Facebook donde varias mujeres ofrecen ser madre sustituta, existen al menos cinco requisitos para que las mujeres accedan a alquilar su vientre. Uno de ellos es un diagnóstico de infertilidad avalado por un especialista en reproducción humana asistida; tener a un médico tratante especialista en fertilidad y

reproducción asistida así como la clínica donde se realizará el tratamiento. Los padres de intención deben haber cumplido sus tratamientos y tener sus embriones congelados, así como la capacidad de solventar los costos que representará el proceso en el que a la mamá sustituta se le debe reconocer una indemnización y su manutención. Asimismo, piden tener un abogado que escriba un contrato sólido en el que estipule los detalles del proceso en el que ambas partes deben ser beneficiadas. El documento debe incluir exigencias y deberes de mutuo acuerdo antes de iniciar el proceso.

Por lo referido el panorama actual de la maternidad subrogada en nuestro país raya en la clandestinidad de la práctica, si por la falta de una norma expresa que lo regule. En ese sentido los contratos que se celebran lo hacen aprovechando el vacío jurídico y sus controversias no son objeto de reclamo formal en los órganos jurisdiccionales. Los focos de mayor práctica de la maternidad subrogada mediante contrato son los departamentos de Santa Cruz y Cochabamba.

En síntesis concretamente nuestro ordenamiento jurídico tanto sustantivo como adjetivo en vigencia en la actualidad no contempla en ninguna de sus disposiciones legales de esta manera la práctica o actividad del alquiler de vientre o maternidad subrogada se encuentra en un vacío jurídico en que no se distingue un procedimiento legal para esta práctica.

Dentro de los antecedentes normativos, como ser el Código Civil Santa Cruz de 19 de octubre de 1830, vigente desde el 2 de abril de 1831 esta norma en ninguno de sus acápite considera el tratamiento del Alquiler de vientre o maternidad subrogada.

En relación a normas vigentes como la Constitución Política del Estado y el Código Civil; el Código Niño Niña Adolescente, Ley de Registro Civil, tampoco consideran en alguno de sus artículos de manera expresa el tema en cuestión.

Sin embargo estas normas contienen previsiones abstractas que pueden dar pie al razonamiento jurídico para fundamentar una norma específica; a saber las siguientes en orden de jerarquía normativa.

4.5 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO.

Artículo 6.- Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídicas, con arreglo a las leyes. Goza de los derechos, libertades y garantías re conocidos por esta Constitución, sin distinción de raza, sexo, idioma, religión opinión política o de otra índole, origen, condición económica o social, u otra cualquiera.

II. La dignidad y la libertad de la persona son inviolables.

Respetarías y protegerlas es deber primordial del Estado.

Todos nosotros tenemos la libertad de realizar contratos, y nos garantiza el estado para proteger los contratos realizados.

Artículo 7.- Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio:

A) a la vida, la salud y la seguridad

El fin del contrato de vientre o vientre en alquiler es de concebir un nuevo ser para aquellos que no pueden hacerlo por diferentes motivos, este ser tiene todas las garantías constitucionales para que se integre a nuestra sociedad. Es decir el niño que sea concebido en el contrato de vientre tiene todas las garantías para venir a este mundo.

4.6 CÓDIGO CIVIL.

Artículo 1.- (COMIENZO DE LA PERSONALIDAD)

I. El nacimiento señala el comienzo de la personalidad.

II. Al que está por nacer se lo considera nacido para todo lo que pudiera favorecerle, y para ser tenido como persona basta nacer con vida.

III. El nacimiento con vida se presume, salva la prueba contraria, siendo indiferente que se produzca naturalmente o por procedimientos quirúrgicos.

En este Artículo se determinan que cualquier concebido tiene el comienzo de la personalidad sin discriminar a los nacidos por otros medios.

Artículo 7.- (ACTOS DE DISPOSICIÓN SOBRE EL PROPIO CUERPO).

1. Los actos por los cuales una persona dispone sobre todo o parte de su cuerpo están prohibidos cuando debiendo ejecutarse en vida del donante, pueden ocasionar una lesión grave y definitiva a su integridad física o son de otra manera contrarios al orden público o a las buenas costumbres.

II. En la donación de órganos que se van a trasplantar en vida del donante, serán necesarios, para la ejecución quirúrgica, el informe previo y el control por una comisión que designará el Colegio Médico.

III: Una persona puede revocar siempre los actos de disposición sobre su propio cuerpo.

Debemos tomar en cuenta que en el alquiler de vientre no ocasiona ninguna lesión grave o definitiva a su integridad física, además es lo más normal que una mujer dé a luz para la preservación de la raza humana. Por otro lado no existe un precepto jurídico que prohíba el alquiler de vientre

Artículo 450.- (NOCIÓN): (Del contrato.)

Hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo para constituir, modificar o extinguir entre sí una relación jurídica.

El contrato realizado por ambas partes está apoyado por este Artículo ya que existe el conocimiento de lo que se está realizando.

Artículo 452.- (ENUNCIACIÓN DE REQUISITOS). Son requisitos para la formación del contrato:

- 1) El consentimiento de las partes.
- 2) El objeto.
- 3) La causa.
- 4) La forma, siempre que sea legalmente exigible.

En el contrato de vientre se tiene el consentimiento de las partes, como objeto es el concebido, la causa es la de ser padres, la forma es arrendando un vientre para este fin.

Artículo 489.- (CAUSA ILÍCITA). La causa es ilícita cuando es contraria al orden público o a las buenas costumbres o cuando el contrato es un medio para eludir la aplicación de una norma imperativa.

En el contrato de vientre no es contrario al orden público y las buenas costumbres avanzando de la mano con la tecnología y la legalidad.

4.7 CÓDIGO DE FAMILIA.

LEY N° 996.: Código de Familia Abrogado.

Artículo 179.- (CONCEPCIÓN DURANTE EL MATRIMONIO). Se presume concebido durante el matrimonio al hijo que nace después de los ciento ochenta días de su celebración hasta los trescientos días siguientes a su disolución o anulación. En este último caso el plazo se cuenta desde el día que sigue a la separación de los esposos.

Para el nacimiento del nuevo ser se precisa más de 6 meses de embarazo y no mayor a los 10 meses, en el caso del contrato de vientre los contratantes como requisito deben estar casados previamente el terminado del contrato será una vez dado a luz y entregado a las partes interesadas.

Artículo 180.- (CONFLICTO DE PATERNIDAD). La filiación paterna de un hijo que puede atribuirse legalmente a dos maridos sucesivos de la madre o, en caso de bigamia, a varios de los maridos de la misma, se establece en caso de controversias, por todos los medios de prueba, admitiéndose la que sea más verosímil con arreglo a los datos aportados y a las circunstancias particulares que apreciará el juez.

Uno de los medios de prueba que realizara es la de ADN donde se determinara la paternidad del padre o de la madre contratante, con lo que se puede demostrar la paternidad de uno de los contratantes o de ambos.

Artículo 185.- (NEGACIÓN DEL HIJO NACIDO ANTES DE LOS CIENTO OCHENTA DÍAS DEL MATRIMONIO). El marido puede negar al hijo nacido antes de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, salvo que haya conocido el embarazo de la mujer o que de otra manera haya admitido al hijo como suyo.

No debemos descartar esta posibilidad ya que para realizar un acto de subrogación de la familia está bajo consentimiento de las partes y hay posibilidades de que el la madre subrogando dé a luz con anterioridad a lo normal o después de los establecido o ya esté embarazada antes del contrato o lo haya perdido entre el embarazo y se vuelva embarazada de otra tercera persona por lo que dará a luz después de lo estipulado lo que generara una cierta duda lo que puede ser solucionado con un examen de ADN, en situación extrema.

Artículo 186.- (NEGACIÓN DEL HIJO EN CASO DE DEMANDA DE DIVORCIO O DE SEPARACIÓN). En caso de demanda de divorcio o de separación de los esposos, el hijo nacido después de los trescientos días siguientes al decreto de separación personal o antes de los ciento ochenta días posteriores al desistimiento o a la reconciliación, no goza de la presunción de paternidad y puede ser negado por el marido, siempre que no haya habido reunión de los esposos durante el periodo legal de la concepción.

La pareja contratante para iniciarse el tratamiento de alquiler de vientre estará legalmente casada y por lo que cumplirá con los términos exigidos por ley.

Artículo 187.- (DESCONOCIMIENTO DE PATERNIDAD).

I. El marido puede desconocer al hijo concebido durante el matrimonio demostrando por todos los medios de prueba que no puede ser el padre del mismo.

II. Sin embargo, el desconocimiento no es admisible si el hijo concebido por fecundación artificial de la mujer, con autorización escrita del marido.

El código de familia prevé la existencia de la inseminación artificial aunque no da un concepto claro de ella, por lo tanto se deduce que existe y lo acepta entonces es válida en Bolivia

realizar una inseminación artificial y no indica si será en una tercera persona como arrendamiento de vientre si no está escrito no es prohibido.

Artículo 201.- (RECONOCIMIENTO DE HIJOS CONCEBIDOS Y PREMATUROS). Puede reconocerse a los hijos simplemente concebidos, e igualmente a los premuertos para beneficio del cónyuge y los descendientes que hay.

Durante la gestación de la madre sustituta los padres contratantes podrán realizar este acto de forma voluntaria para reforzar el contrato efectuado por ambas partes.

Ley 603: Código de la Familias y Del Proceso Familiar.

ARTÍCULO 12. (FILIACIÓN).

I. Es la relación jurídico familiar que genera derechos y obligaciones de la madre, el padre o de ambos con relación a sus hijas o hijos. En relación a la madre, se la denomina maternidad, en relación al padre, se la denomina paternidad. II. La filiación como derecho de las hijas e hijos se constituye en un vínculo jurídico y social que genera identidad de éstos en relación a su madre, a su padre o a ambos.

ARTÍCULO 13. (DERECHO, OBLIGACIÓN Y GARANTÍA A LA FILIACIÓN).

- I. Toda hija o hijo tiene derecho a la filiación materna, paterna o de ambos.
- II. Toda madre, padre o ambos, tienen la obligación de establecer la filiación de su hija o hijo.
- III. El Estado garantiza la filiación materna, paterna o de ambos.

ARTÍCULO 31. (IGUALDAD DE HIJAS E HIJOS). Las y los hijos, sin distinción de origen, son iguales en dignidad y ante la Ley, tienen los mismos derechos y deberes en el núcleo familiar y social.

CAPITULO V

MARCO PRÁCTICO

5.1 ENCUESTA DE OPINIÓN.

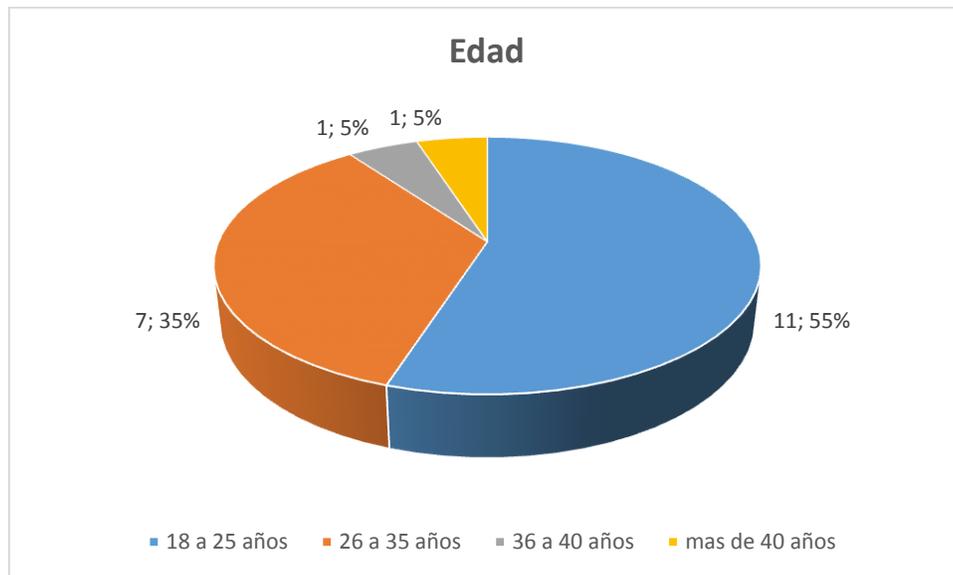
Con el objeto de darle más objetividad a la presente investigación, se ha practicado una encuesta de opinión, la muestra de encuestados son 20 alumnos regulares de la Carrera de Derecho de nuestra Universidad. Se plantea un cuestionario de 10 preguntas de selección múltiple.

5.2 RESULTADOS.

Sobre las variables sociodemográficas del grupo encuestado tenemos lo siguiente:

1. EDAD

Gráfico 1

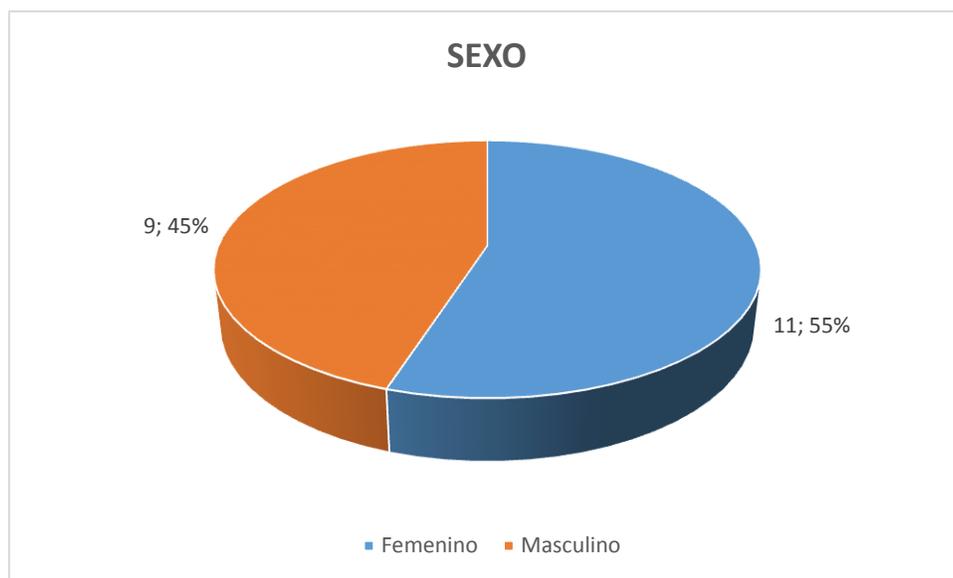


Fuente: Elaboración propia

Donde de un total de veinte alumnos encuetados la mayoría bordea loa 18 a 25 años de edad (11,55 %).

2. SEXO

Gráfico 2



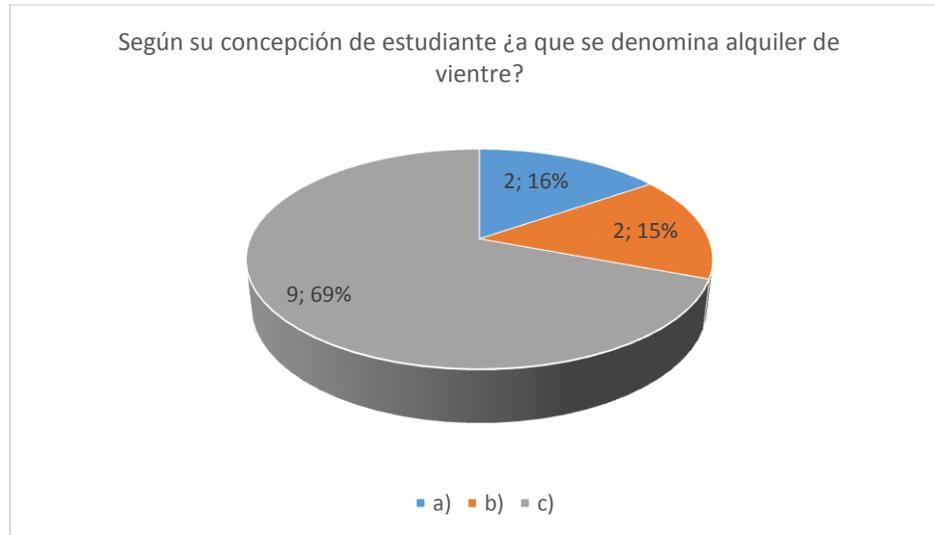
Fuente: Elaboración propia.

Donde un porcentaje mayor de los encuestados son mujeres (11, 55%).

3. Según su concepción de estudiante, ¿A que se denomina alquiler de vientre?

- El contrato por el cual se subroga un derecho subjetivo de orden patrimonial.
- La relación jurídica sinalagmática entre un inquilino y un propietario, a cambio de una contraprestación económica.
- Un contrato innominado mediante el cual, una mujer consiente y se obliga con la parte contratante a gestar un óvulo fecundado mediante técnicas de reproducción asistida; a llevar a término el embarazo; y posterior al parto, a entregar al recién nacido a la parte contratante, sin que medie filiación entre la madre gestante y el recién nacido.

Gráfico 3



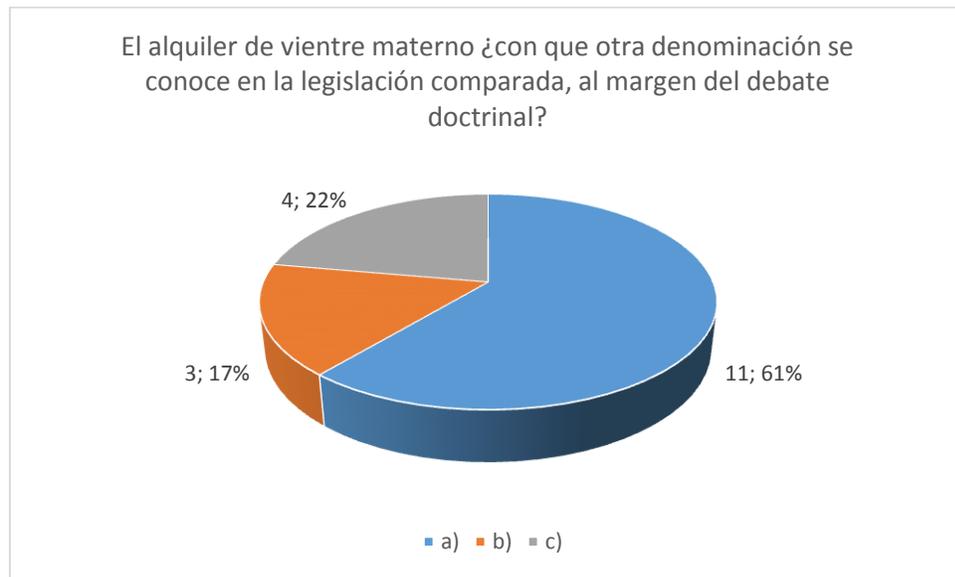
Fuente: Elaboración propia

Donde podemos decir que la mayoría de los estudiantes encuestados, tiene una correcta apreciación conceptual del instituto jurídico (9,69%). Ya que la opción c) del cuestionario es la definición correcta.

4. El Alquiler de vientre materno ¿con qué otra denominación se conoce en la legislación comparada, al margen del debate doctrinal?

- a) Madre sustituta.
- b) Subrogación Materna.
- c) Maternidad Subrogada

Gráfico 4



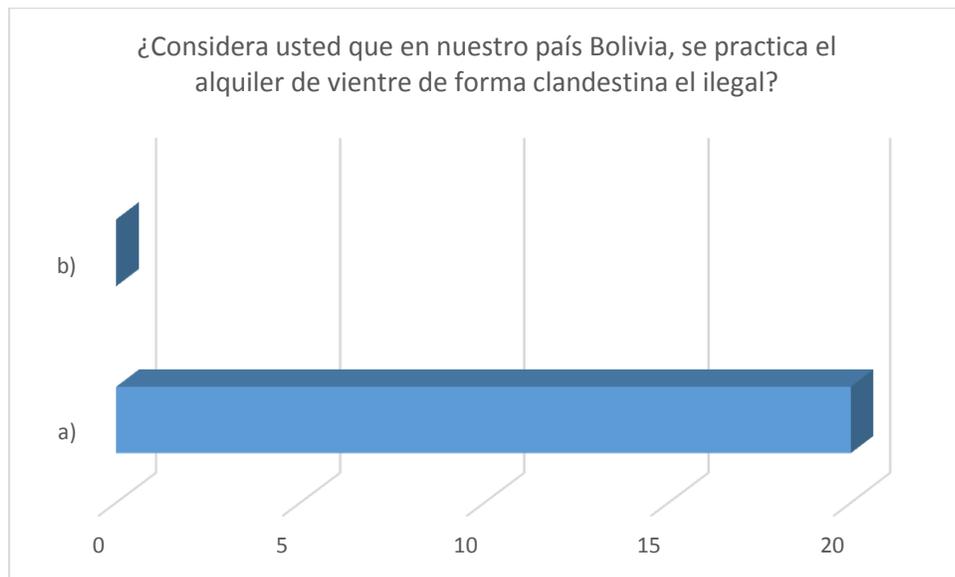
Fuente: Elaboración propia

Donde podemos apreciar que una gran parte de los estudiantes encuestados, tiene una confusión conceptual de la denominación, talves por la palabra subrogación, ya que la subrogación es un instituto del Derecho Civil con características propias. De ahí que el termino madre sustituta es incorrecto ya que en el contrato de alquiler, una vez producido el nacimiento, la gestante debe entregar el bebé a los padres contratantes y no así cumplir las obligaciones de madre.

5. Considera usted que en nuestro país Bolivia, se practica el alquiler de vientre de forma clandestina e ilegal?

- a) Si.
- b) No

Gráfico 5



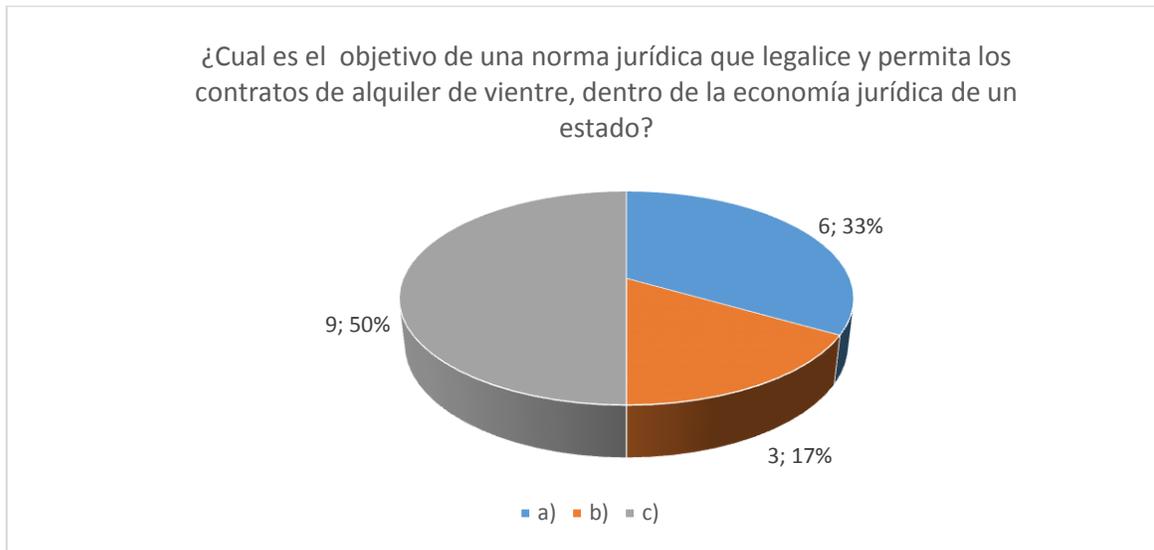
Fuente: Elaboración propia.

En este ítem se puede apreciar que los estudiantes encuestados, pueden percibir o tienen información de la práctica ilegal del alquiler de vientre en nuestro país. Al respecto muchos medios de comunicación digitales han difundido de que Santa Cruz y Cochabamba son focos para la contratación de vientre materno clandestina.

6. ¿Cuál es el objetivo del establecimiento de una norma jurídica que legalice y permita los contratos de alquiler de vientre, dentro de la economía jurídica de un estado?

- a) Adecuación de las normas a la dinámica social.
- b) Resolver vacíos jurídicos.
- c) Permitir a los ciudadanos que padecen infertilidad optar por un medio de reproducción asistida, con seguridad jurídica.

Gráfico 6



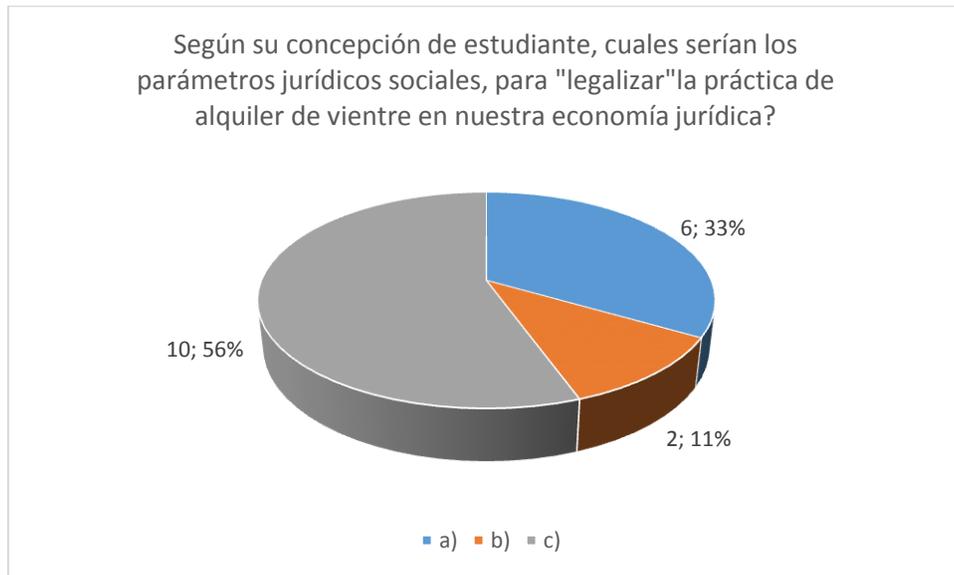
Fuente: Elaboración propia

Donde se puede advertir que una gran mayoría de los estudiantes encuestados si tiene un criterio jurídico aceptable, respecto a la interrogante (9,50%). Pues la respuesta correcta es la tercera opción.

7. ¿Según su concepción de estudiante cuales serían los parámetros jurídicos sociales, para “legalizar” la práctica de alquiler de vientre en nuestra economía jurídica?

- a) Evaluar el problema, estableciendo la existencia real de la práctica ilegal.
- b) Que los abogados redacten contratos especiales.
- c) Formular proyectos de norma en base a premisas constitucionales para reformar las partes pertinentes del Código Civil Boliviano y normas conexas.

Gráfico 7



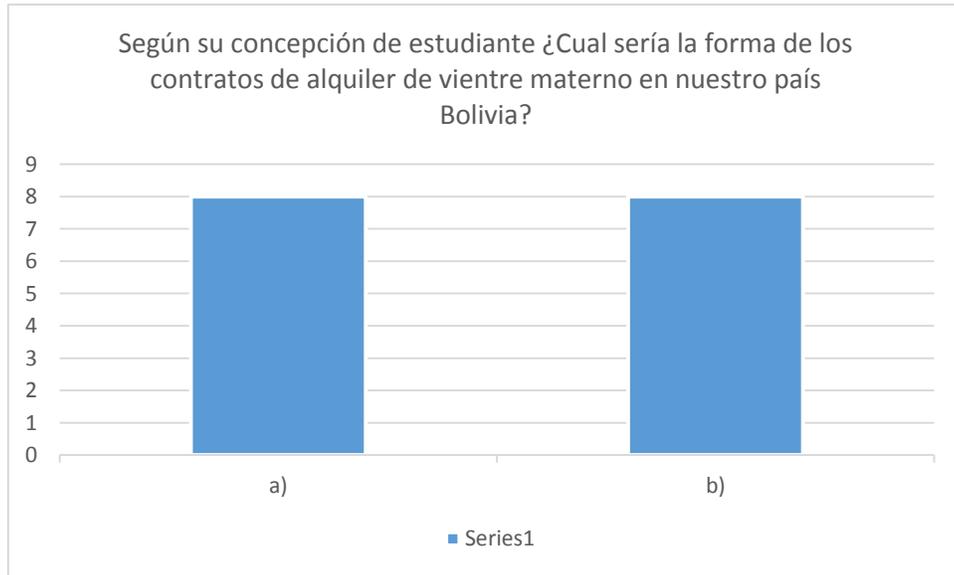
Fuente: Elaboración propia.

En este ítem, se puede advertir que un gran porcentaje de los estudiantes encuestados (10,56%); tiene un buen criterio jurídico, pues la opción c) es la respuesta correcta. Toda vez que se debe partir de las previsiones constitucionales en virtud a la jerarquía normativa.

8. Según su concepción de estudiante, ¿cuál sería la forma de los contratos de alquiler de vientre materno en nuestro país Bolivia?

- a) Sin contraprestación onerosa, altruista.
- b) Debe ser un contrato oneroso.

Gráfico 8



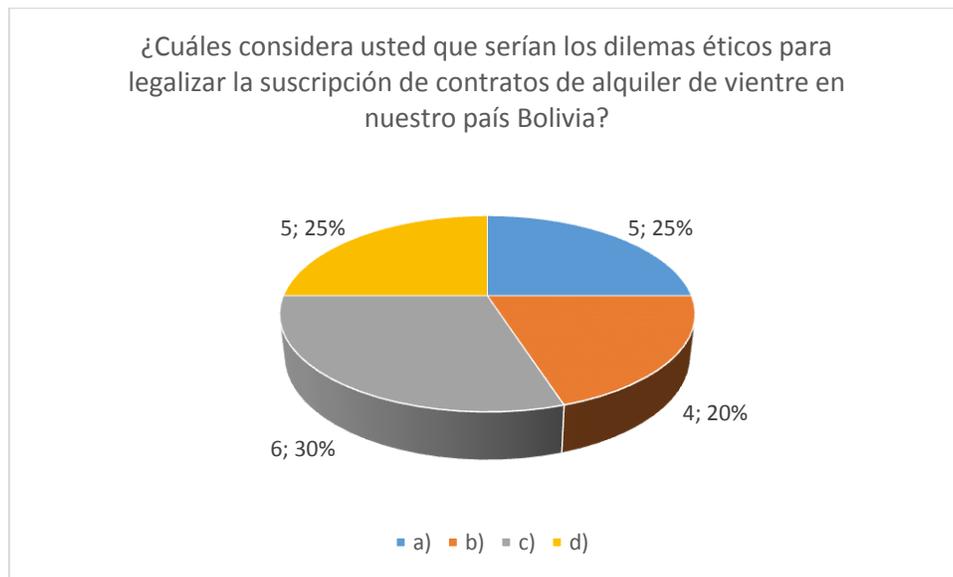
Fuente: Elaboración propia.

En este ítem es muy interesante el criterio de los estudiantes encuestados, ya que según se advierte los criterios a favor del altruismo y la onerosidad están divididos en partes iguales.

9. ¿Cuales considera usted que serían los dilemas éticos para legalizar la suscripción de contratos de alquiler de vientre en nuestro país Bolivia?

- a) Mercantilización del cuerpo humano.
- b) Una forma de incurrir en violencia hacia la mujer.
- c) Deterioro de los valores de una sociedad conservadora.
- d) Incisos a y b.

Gráfico 9



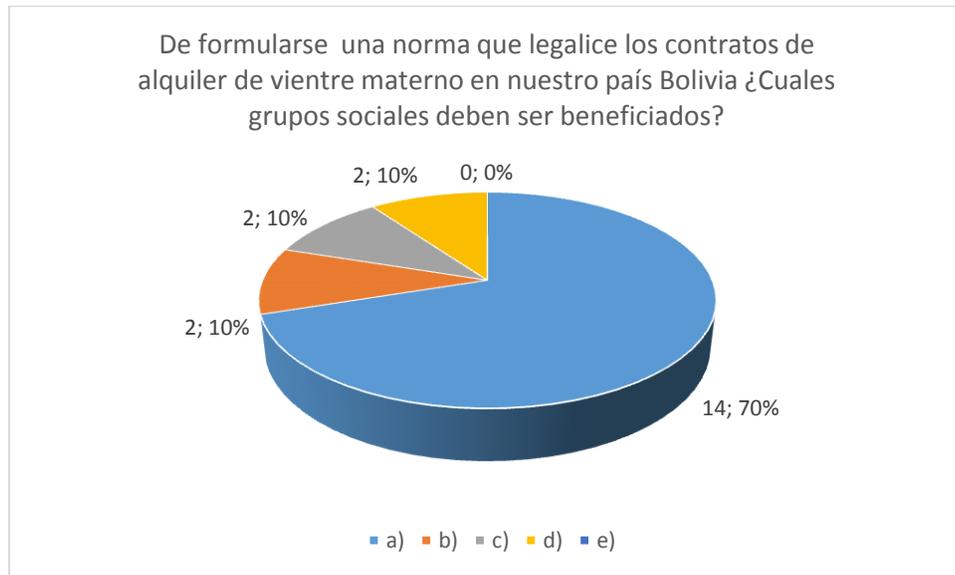
Fuente: Elaboración propia

En este ítem los encuestados en gran parte (6,30%), se inclinan por la opción c), sin embargo la respuesta correcta es la opción d). Haciendo una interpretación de estos resultados, podemos inferir que los estudiantes perciben nuestra sociedad como conservadora. Sin embargo otro porcentaje importante (5,25%) responden correctamente indicando eso un buen criterio.

10. De formularse una norma que legalice los contratos de alquiler de vientre materno en nuestro país Bolivia, ¿Cuáles grupos sociales deben ser beneficiados?

- a) La pareja en base a la Constitución Política del Estado, Código de las Familias y Código Niña Niño Adolescente.
- b) Incluir además de la pareja heterosexual, a las minorías L.G.B.T, pues también tienen derechos.
- c) Incluir a las familias monoparentales.
- d) Incisos a) y c).
- e) Incisos a) b) y c).

Gráfico 10



Fuente: Elaboración propia

En este ítem puede advertirse que los estudiantes encuestados en gran porcentaje (14,70%) se inclinan en su criterio por la opción a); reiterando una vez más que ellos perciben a nuestra sociedad como conservadora. La pregunta en si trata de incluir a la familia dentro de una concepción moderna y amplia.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- De todo lo expuesto en líneas que anteceden, podemos decir en principio que en la actualidad ante la problemática de la infertilidad humana, la ciencia ha ideado los métodos de Reproducción Asistida. En el extremo del problema se encuentran las parejas que no pueden sostener el embarazo entre ellos mismos, siendo una solución que la fecundación y desarrollo del nuevo ser se lleve a cabo en vientre de una tercera persona que reúne ciertas características que permiten el desarrollo hasta el nacimiento; esta figura se ha denominado alquiler de vientre o maternidad subrogada.
- Las legislaciones de muchos países han adoptado en sus ordenamientos jurídicos incluyen el alquiler de vientre y le dan seguridad jurídica, regulándolo mediante contratos de naturaleza onerosa. El resto de países incluido el nuestro, si bien no regulan esta conducta, la practican de forma clandestina aprovechando el dogma de “lo que no está prohibido, está permitido”.
- Los dilemas. Sociales y éticos del alquiler de vientre y su regulación jurídica, son paradigmas que pueden ser superados dependiendo del tipo de sociedad. Asimismo debe tomarse en cuenta la escala de valores de dichas sociedades, ya como se ha manifestado abrir una puerta a algo beneficioso también, puede abrirla a la delictualidad y degeneración social. El objetivo principal de estas regulaciones será garantizar la perpetuación de la especie dentro del seno de la familia, sin vulnerar derechos de las partes intervinientes con seguridad jurídica.
- En la encuesta de opinión a estudiantes de la carrera de Derecho de nuestra universidad, se pudo advertir un nivel reflexivo adecuado respecto al tema, siendo la nota mas destacada el hecho de que los estudiantes perciben a nuestra sociedad como conservadora.
- Como recomendación, debe investigarse más el tema midiendo patrones sociales y sanitarios, aunando criterios multidisciplinarios, de acuerdo a nuestra realidad.

CAPITULO VII

PROPUESTA DE PROYECTO DE NORMA.

7.1 LEY ESPECIAL PARA REPRODUCCIÓN ASISTIDA MEDIANTE CONTRATO DE ALQUILER DE VIENTRE MATERNO

TITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.- (Ambito de aplicación) La presente ley regula las condiciones del contrato de reproducción asistida mediante alquiler de vientre.

Artículo 2.- (Finalidad) Tiene por finalidad garantizar a los contratantes la tutela del concebido y la remuneración pecuniaria de la mujer receptora con seguridad jurídica.

Artículo 3.- (Disolución) Por las características de la gestación humana, el contrato se disuelve al término del embarazo o aborto espontáneo.

Artículo 4.- (Información) Es de carácter obligatorio dar una información y asesoramiento suficiente a ambas partes, sobre los distintos aspectos e implicaciones posibles de la técnica, así como los resultados y los riesgos previsibles. La información se extenderá a todos los relacionados biológico, jurídico, ético o económico se relaciones con el acto contractual, y será responsabilidad del equipo sanitario que asuma la responsabilidad de los procedimientos.

Artículo 5.- (Formalidades) La aceptación del alquiler de vientre se reflejara en un contrato de contenido uniforme en el que se expresan todas las circunstancias que definan la aplicación del contrato.

TITULO II

CONDICIONES

CAPÍTULO I

CONDICIONES ESPECIALES PARA ALQUILAR VIENTRE MATERNO

Artículo 6.- (Alcance) La persona que alquilará su vientre debe manifestar por escrito su consentimiento expreso libre y voluntario de gestar por cuenta de otra mujer un nuevo ser que genéticamente no es de ella, y renunciar a cualquier tipo de derecho que creyera tener después del alumbramiento.

Artículo 7.- (Edad e idoneidad reproductiva) La mujer que acepta apoyar en Reproducción asistida, mediante contrato de alquiler de vientre, debe ser mayor de edad y encontrarse dentro de la edad óptima para llevar un embarazo exitoso, previa evaluación médica, que determine idoneidad reproductiva. Este requisito debe ser acreditado mediante certificado médico.

CAPÍTULO II DE LOS CONTRATANTES

Artículo 8.- (Idoneidad de los futuros padres) Los futuros padres deben acreditar un estado de salud óptimo certificado para ser donantes de material genético y comunicar estas idoneidad a la persona que alquilará su vientre a favor suyo.

Artículo 9.- (Acreditación) Para garantizar la acogida de una familia para el futuro ser, los futuros padres deben acreditar con documentación idónea establecida por normas pertinentes; su matrimonio o unión libre. Siendo este un requisito indispensable para la celebración del contrato

Artículo 10.- (Antecedentes penales) Ambas partes deben acreditar no tener antecedentes penales mediante certificado emitido por REJAP.

TÍTULO III DERECHOS Y OBLIGACIONES

Artículo 11.- (Derecho a la Información) La gestante por alquiler de vientre tiene pleno derecho a la información irrestricta de los procedimientos de reproducción asistida que vayan a aplicarse, así como de la información especializada del personal sanitario que monitoreará el embarazo.

Artículo 12.- (Renuncia absoluta al producto) La persona gestante por alquiler de vientre renuncia expresamente a quedarse con el producto del alumbramiento o pretender algún derecho de filiación, este acto debe materializarse en clausula expresa en el contrato.

Artículo 13.- (Onerosidad o altruismo) Debe determinarse en el contrato la forma del contrato si será oneroso o altruista, sin embargo los gastos médicos de reproducción asistida, monitoreo del embarazo, alumbramiento y puerperio deben cubiertos por los futuros padres.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(s.f.). Obtenido de <https://bioeticaparatodos.com/tag/warren-t-reich/>

Ballesteros, J. (2007). *Biotecnología y Post Humanismo*. Navarra, España: Aranzadi.

Caro, C. V. (2021). ¿ Que consecuencias Psicológicas, Sociales, Económicas y De Salud, traen consigo respecto a las Madres de Alquiler? Universidad Católica de Colombia, 4.

Ceballos, J. M. (2018). *Naturaleza Jurídica del Contrato de Alquiler de Vientre: Imoacto y Consecuencias en el Ámbito del Derecho Laboral*. Bogotá Colombia.

Fontan, A. C. (2019). *Trabajo de Investigación: Maternidad Subrogada*. Navarra, España: Centro Educativo Fuenllana.

Guarachi, O. V. (s.f.). Obtenido de <http://ddigital.umss.edu.bo:8080/jspui/handle/123456789/17358>

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html. (s.f.).

Julian, G. F. (2000). *La Genética y el Derecho Familiar*. Tapia.

Mancuso, F. J. (2021). *Implicancias de la Gestación por Subrogación en el Ordenamiento Jurídico Argentino*. Buenos Aires Argentina: USES- Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales.

Parra, P. B. (2018). *Maternidad Subrogada: Un Estudio Multidisciplinar*. Madrid, España: Miguel Hernandez Universitas.

Ramos, A. L. (2014). *La Subrogación Uterina, Breve Estudio Comparado*. Monterrey, México.

Salas, M. C. (2018). *Legislación Comparada sobre Gestación Subrogada en el Continente Americano*. Asespría Técnica Parlamentaria, 1.

Tobar, M. V. (2021). *Gestación Subrogada: Alcances y Límites en la Teoría Kantiana*. *Intersticios Sociales*, 71-92.

Toro, O. H. (2012). Subrogación Materna, Alquiler de Útero Materno. La Paz, Bolivia: UMSA.

Yaksic, N. E. (2022). La Gestación por Subrogación en América Latina. México: Corte Suprema de Justicia de la Nación.

ANEXOS