



FACULTAD DE DERECHO

**LA NECESIDAD DE REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN
SUBROGADA EN EL PERÚ: UN ENFOQUE JURÍDICO, SOCIAL Y
BIOÉTICO PARA UNA PROPUESTA NORMATIVA INTEGRAL**

PRESENTADA POR

TWANY FIORELLA VALDIVIA FIERRO

ASESOR

GUSTAVO ENRIQUE MONTERO ORDINOLA

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

LIMA – PERÚ

2020



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

La autora sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



FACULTAD DE DERECHO

LA NECESIDAD DE REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN
SUBROGADA EN EL PERÚ: UN ENFOQUE JURÍDICO, SOCIAL Y
BIOÉTICO PARA UNA PROPUESTA NORMATIVA INTEGRAL

TESIS

PARA OPTAR

EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

PRESENTADA POR:

TWANY FIORELLA VALDIVIA FIERRO

ASESOR:

Mg. GUSTAVO ENRIQUE MONTERO ORDINOLA

LIMA, PERÚ

2020

DEDICATORIA

A mi familia, en especial a mis abuelitos que están aquí y en el cielo, los que siempre creyeron en mí; y a mis padres: a “mother” por ayudarme a empezar este trayecto y a mi “pa” por estar ahí siempre.

AGRADECIMIENTO

A las grandes abogadas y hermanas Chary Rodríguez-Cadilla Ponce y Roxana Rodríguez-Cadilla Ponce, especialistas en el área de Derecho Genético y en temas de reproducción asistida, quienes me apoyaron en la realización de la presente investigación.

INDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	II
AGRADECIMIENTO	III
RESUMEN	IX
ABSTRACT.....	X
INTRODUCCION	1
CAPÍTULO I MARCO TEORICO	7
1.1 Antecedentes de la investigación.....	7
1.2 Bases teóricas.....	9
1.2.1 Referencias históricas de la Gestación Subrogada.	9
1.2.2 Terminología.....	9
1.2.3 La infertilidad como principal causal de recurrencia a la Gestación Subrogada	10
1.2.4 Concepto	13
1.2.5 Formas de realización.....	14
1.2.6 Modalidades o tipos	16
1.2.6.1 De acuerdo al grado de intervención del material genético que tenga la mujer quien será la mujer subrogada en la relación.	16
1.2.6.2 De acuerdo a la existencia del factor económico o altruista	18
1.2.7 La Gestación Subrogada en el Derecho comparado	20
1.2.7.1 Países cuya legislación permite su realización.....	21
- Grecia	21
- Rusia.....	21

- Canadá	22
- India	22
- México (Sinaloa)	23
- México (Tabasco).....	24
- Estados Unidos (California).....	25
1.2.7.2 Situación de los países sudamericanos.....	26
- Uruguay.....	26
- Brasil	27
- Argentina.....	28
- Chile.....	29
- Colombia	30
1.3 Definición de términos básicos.....	33
CAPÍTULO II: HIPÓTESIS.....	35
2.1 Hipótesis principal	35
2.2 Hipótesis específicas	35
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	36
3.1 Enfoque de la investigación	36
3.2 Análisis de la investigación	36
3.3 Diseño metodológico.....	36
3.4 Técnicas y herramientas de recolección de datos	37
3.5 Aspectos éticos	37
CAPÍTULO IV ENFOQUE JURÍDICO.....	39
4.1 Documentos de los que el Perú es parte que consagran y protegen la formación de una familia	39

4.1.1 Constitución Política del Perú	40
4.1.2 Declaración Universal de Derechos Humanos.....	47
4.1.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos	48
4.1.3.1 El carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el control de convencionalidad.	48
4.1.4 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	52
4.1.5 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ..	53
4.1.6 Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	53
4.2 Derechos involucrados en la práctica de la Gestación Subrogada	55
4.2.1 Derechos reproductivos (caso Artavia Murillo y otros Vs Costa Rica) ..	56
4.2.2 Derecho a la Identidad – vida privada.....	59
4.2.3 Derecho a la libertad personal	60
4.2.4 Derecho a la integridad.....	62
4.2.5 Derecho a la dignidad	63
4.2.6 Derecho a la Igualdad.....	65
4.2.7 Derecho a la salud.....	66
4.3 Normativa vigente en el Perú - Ley N° 26842- Ley General de Salud	69
4.4 Jurisprudencia peruana.....	75
4.4.1 Expediente N° 183515-2006-00113.....	76
4.4.2 Casación N° 5003-2007-Lima.....	78
4.4.3 Casación N° 4323-2010-Lima: Ovodonación.....	79
4.4.4 Casación N° 563-2011-Lima.....	80
4.4.5 Expediente N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05.....	81
4.4.6 Expediente N° 01286-2017-0-1801-JR-CI-11	84

4.4.6.1 Algunas consideraciones sobre el estatuto jurídico y ontológico del embrión a propósito del caso recaído en el Expediente N° 01286-2017-0-1801-JR-CI-11	88
- La teoría de la fecundación	90
- La teoría de la anidación	91
4.5 Conceptos de observancia obligatoria en la figura de la Gestación Subrogada que merecen ser replanteados	95
4.5.1 El principio “mater semper certa est”	95
4.5.2 Filiación y Voluntad Procreacional	97
4.5.3 Interés superior del niño	100
4.5.4 Orden público y buenas costumbres.....	105
4.6 El contrato de Gestación Subrogada	110
4.7 Proyectos de ley sobre Gestación Subrogada y técnicas de reproducción asistida en el Congreso de la República del Perú	117
CAPÍTULO V ENFOQUE SOCIAL	122
5.1 Problemas sociales latentes debido a la inexistencia de regulación de la Técnica de Reproducción Asistida Gestación Subrogada	122
5.1.1 Falsificación de documentos de identidad	122
5.1.2 Falsas adopciones.....	123
5.1.3 Genera explotación de las mujeres con bajos recursos económicos que ofrecen su vientre a cambio de una determinada suma de dinero.	125
5.1.4 Casos emblemáticos en la sociedad peruana	127
5.1.4.1 Caso del matrimonio chileno Tovar-Madueño.	128
5.1.4.2 Caso Ricardo Morán.....	130
5.1.4.3 Caso Ernesto Pimentel	132

5.2 La capacidad reproductora como recurso social vista desde el Análisis Económico del Derecho	134
CAPÍTULO VI ENFOQUE BIOÉTICO.....	142
6.1 Conceptos preliminares	142
6.2 Características de la bioética:	143
6.3 Principios.....	144
6.3.1 Principio de Autonomía (respeto por las personas)	145
6.3.2 Principio de Beneficencia.....	145
6.3.3 Principio de Justicia	146
6.3.4 Principio de No Maleficencia.....	146
6.4 Bioética y Reproducción Humana	147
6.5 Bioderecho o Biojurídica	148
CAPÍTULO VII MITOS Y VERDADES EN TORNO A LA PRÁCTICA DE LA GESTACIÓN SUBROGADA.....	150
CAPÍTULO VIII CONCLUSIONES.....	174
CAPÍTULO IX RECOMENDACIONES.....	178
FUENTES DE INFORMACIÓN	179
ANEXOS	195

RESUMEN

La investigación demuestra la necesidad de que el Perú cuente con una regulación específica de la Técnica de Reproducción Asistida Gestación Subrogada; para lo cual, se plantearon tres enfoques de estudio: el jurídico, el social y el bioético como sustento para la adopción de una norma idónea frente a la problemática existente en el país debido al ineficaz artículo 7º de la Ley N° 26842 – Ley General de Salud, como único regulador de las formas de reproducción asistida, que, de acuerdo a su obsoleta redacción, produce disímiles interpretaciones generando, por un lado, un vacío legal y, por el otro, situaciones de vulnerabilidad de derechos de los sujetos intervinientes en este tipo de prácticas que cada vez son más frecuentes en la sociedad peruana.

El análisis fue reflexivo, fundamentado en una perspectiva interpretativa centrada en la comprensión del problema percibido en la realidad, y el diseño de investigación fue el etnográfico (crítico) y el de investigación-acción, que permitieron junto al análisis de la casuística, la jurisprudencia peruana y las perspectivas de los profesionales entrevistados ratificar la necesidad de contar con una adecuada norma que brinde las garantías necesarias a todos los involucrados en el procedimiento de Gestación Subrogada en concordancia con los derechos fundamentales de las personas y de los principios bioéticos, con el fin de evitar la ocurrencia de problemas sociales que se deriven de la inobservancia de la existencia de los métodos de reproducción asistida. Habiéndose señalado también aquellos requerimientos mínimos que debería tener una propuesta normativa para una regulación integral de dicho procedimiento.

ABSTRACT

The research demonstrates the need for Peru to have a specific regulation of the Assisted Reproduction Technique Surrogacy Motherhood; which three studies approach were proposed: legal, social and bioethical, as a base for the adoption of an ideal regulation against of the existing problematic in the country due to the ineffective article 7 of Law N° 26842 – General Health Law as the only regulator of alternative forms of reproduction, which according to its erroneous redaction produces dissimilar interpretations, on the one hand, a legal vacuum and; and in the other, situations of vulnerability of rights of the intervening subjects in this type of practices that are increasingly frequent in peruvian society.

The analysis was reflexive, grounded an interpretative perspective focused on understanding the problem perceived in the reality, and the research design was ethnographic (critical) and action research, which allowed, together with the analysis of the cases, allowed the peruvian jurisprudence and the professionals interviewed perspectives, to affirm that it is urgent to have a rule that provides the necessary guarantees to all those involved in the Surrogacy Motherhood process in accordance with the fundamental rights of human being and the bioethical principles in order to avoid the occurrence of social problems that arise from the non-observance of the existence of assisted reproduction methods. Having also indicated the minimum requirements that a regulatory proposal must have for a comprehensive regulation of said procedure

INTRODUCCION

Las deficiencias de la función reproductiva humana han venido cobrando mayor preponderancia desde hace algunas décadas debido a diversos factores, tanto biológicos como patológicos, por los cuales la infertilidad se ha convertido en un serio problema que afecta no solo de manera física sino también psicológica a las mujeres (parejas) que la padecen; en ese sentido, resulta fundamental destacar la aparición de un nuevo mecanismo que la ciencia ha desarrollado para poder hacerle frente a aquellos problemas de imposibilidad reproductiva: la Técnica de Reproducción Asistida (TERA) Gestación Subrogada.

Esta TERA, que importa, *grosso modo*, la consecución del embarazo de una mujer por encargo de otra, con el objeto de que al término de la gestación le entregue a la criatura desprendiéndose de todo vínculo filial del menor, a pesar de no encontrarse regulada de manera expresa (siendo la redacción del artículo 7 de la Ley N° 26842 – Ley General de Salud deficiente y obsoleta) viene siendo practicada en el Perú, por lo que su procedimiento trae aparejado una situación no solo de inseguridad e incertidumbre legal para aquellas personas que la realizan, sino que, también, permite la vulneración de los derechos de los mismos.

Es necesario tener en claro que la Gestación Subrogada debe comprenderse en su forma amplia, tomando en consideración que en la realidad existen varios supuestos bajo los cuales puede realizarse por lo que no se puede restringir su concepto a una idea errónea de intercambio de un bebé por un monto de dinero; es decir, con un fin meramente lucrativo o al desprendimiento de una madre de su “hijo biológico”. Por esta razón, se ha tomado en cuenta la existencia de algunos

de sus diversos elementos para realizar su división: de acuerdo a la procedencia de los gametos, y en base a la presencia de un fin lucrativo o altruista, entre otros.

Ante la deficiente normativa en la materia, sujeta a disímiles interpretaciones, es que se genera un vacío legal sobre la tratativa de la Gestación Subrogada dentro del territorio nacional, por lo cual, el problema general de la investigación se basa en proponer cuáles deberían ser los enfoques de estudio adecuados que permitan el reconocimiento legal de la Gestación Subrogada en el país y que sirvan como base para una oportuna propuesta legal, postulando como objetivo principal el planteamiento del enfoque jurídico, del social y del bioético como los propicios. En ese sentido, la hipótesis de investigación ratifica la existencia de una necesidad de reconocimiento y regulación de la TERA Gestación Subrogada en el Perú, pero atendiendo a razones o enfoques jurídicos, sociales y bioéticos con el ánimo de que sirvan como base para una propuesta normativa integral.

La investigación resulta importante desde un aspecto social y práctico porque además de evaluarse los distintos criterios resolutivos de los tribunales peruanos para casos similares y los argumentos esgrimidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se busca proponer reformas que permitan su incorporación al ordenamiento jurídico del Perú permitiendo generar así un impacto en el derecho nacional al propugnar que aquellas mujeres (parejas) que posean problemas de infertilidad demostrada, así como otros casos que puedan darse en la realidad, previa evaluación, puedan realizar el procedimiento de Gestación Subrogada dentro de un marco de legalidad, con respeto a sus derechos fundamentales y con las garantías jurídicas correspondientes, permitiendo, a su vez, la reducción y

posible erradicación de un mercado descontrolado de oferta y demanda de subrogación de útero.

Si bien es cierto, durante la investigación se tuvo como limitación principal el problema de la inexistencia de datos estadísticos y/o cifras oficiales de casos registrados en la realidad nacional debido a que es un tema en ebullición para la sociedad peruana y por no encontrarse contemplado directamente en la normativa, no hubo mayor afectación ni generó otros inconvenientes en la realización del estudio.

El enfoque bajo el que se desarrolló la investigación fue el cualitativo, que se hizo mediante la observación del desarrollo natural de la TERA Gestación Subrogada en la realidad peruana, delimitando el problema en base a sus propias características y limitaciones sin necesidad de manipular ni estimular ningún suceso. Asimismo, tuvo un análisis reflexivo, fundamentado en una perspectiva interpretativa centrada en la comprensión del problema percibido en la realidad, para el cual se tomaron como referencia las contadas sentencias existentes en el país sobre dicho procedimiento, así como los puntos de vista de profesionales de diversos rubros cuyo campo de acción tiene que ver estrechamente con el tema de dicha técnica de reproducción asistida.

El diseño de investigación utilizado tiene parte de etnográfico, en su clasificación de "crítico", porque se analizó la problemática recaída en un grupo o sector de la sociedad: las mujeres con imposibilidad reproductiva; y, parte de investigación acción, porque mediante la recolección de información sobre la situación de la TERA Gestación Subrogada en el país se pretende la toma de decisiones a un nivel superior para lograr una reforma estructural en el ordenamiento jurídico.

Así pues, se desarrollará la investigación de acuerdo a la siguiente estructura:

En el capítulo I, se verá todo lo referente al marco teórico de la TERA Gestación Subrogada: los antecedentes encontrados tanto en investigaciones de pre grado de autores nacionales como internacionales; las bases teóricas, en las cuales se desarrolla de forma general todo lo concerniente a las referencias históricas, a la terminología a utilizar, a las principales causas de recurrencia a dicha técnica, algunos conceptos que la describen, las formas de realización y sus modalidades, así como la división hecha a esta TERA tomando en cuenta la procedencia del material genético y de la presencia del factor económico o altruista, y la definición de términos básicos.

En el capítulo II, se tiene la descripción de la hipótesis principal de la investigación, así como las específicas.

En el capítulo III, se detalla todo lo concerniente a la metodología de la investigación utilizada: el enfoque cualitativo, el análisis y perspectiva bajo los que se abordó el estudio, el diseño (etnográfico crítico y de investigación-acción), las técnicas y herramientas de recolección de datos, finalizando con el detalle de los aspectos éticos tomados en cuenta durante el desarrollo del trabajo.

En el capítulo IV, se desarrolla el “Enfoque Jurídico”, sustentado básicamente en la existencia y el reconocimiento del derecho de todas las personas a fundar una familia, como lo establece la Constitución Política peruana en sus artículos 4º, 6º y 7º y diversos documentos internacionales de los que el Perú es parte, concatenados con los derechos reproductivos (cuyo reconocimiento fue específico por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia sobre el caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica) así como con el derecho a la libertad, a la integridad,

a la igualdad, a la identidad, a la salud, entre otros; por lo que el Estado, en mérito al cumplimiento de las disposiciones adoptadas por los Tribunales Internacionales en materia de derechos humanos debe procurar los mecanismos necesarios para su satisfacción.

Asimismo, se destaca la existencia de conceptos de observancia jurídica como el principio del *mater semper certa est*, el de la filiación, la voluntad procreacional y del interés superior del niño que, hoy en día, con la existencia de la TERA Gestación Subrogada merecen ser reevaluados para su correcta aplicación a los casos ocurrientes en la sociedad. Luego se desarrolla el análisis de la viabilidad del contrato de dicha figura y se finaliza con la mención de los proyectos de ley existentes en el país sobre la Gestación Subrogada y las TERA.

En el capítulo V, se aborda el “Enfoque Social”, en el cual se desarrollan aquellos problemas de incidencia social en el país debido a la falta de regulación de la TERA Gestación Subrogada, como la falsificación de documentos de identidad, la figura de las falsas adopciones, la explotación de mujeres de bajos recursos económicos, entre otros. Asimismo, se presentan casos peruanos actuales de personajes públicos que llevaron a cabo dicho procedimiento y de cómo los ha afectado el problema normativo sobre dicha técnica. Por otro lado, se desarrolla también el tema de la capacidad reproductora como recurso social desde la perspectiva del Análisis Económico.

En el capítulo VI, está desarrollado lo concerniente al “Enfoque Bioético”, aquí se ve el tema de la bioética como disciplina de observancia obligatoria para el reconocimiento, regulación y aplicación de la TERA Gestación Subrogada, sus características, sus principios: de autonomía, beneficencia, maleficencia y justicia.

Asimismo, se establece su relación con la reproducción humana y se resalta la aparición de un concepto nuevo: el Bioderecho o Biojurídica.

En el capítulo VII, que lleva por título “Mitos y Verdades en torno a la Gestación Subrogada”, se señalan los principales argumentos esbozados en contra de la aprehensión de dicha técnica, los cuales, por medio de razones fundamentadas procedentes de la doctrina, la jurisprudencia y de las entrevistas realizadas a especialistas en temas de reproducción asistida han permitido catalogar a la mayoría de ellos como mitos, demostrando la conveniencia de una regulación del procedimiento del útero subrogado de acuerdo a ciertos parámetros y a determinados requisitos que deben establecerse.

CAPÍTULO I MARCO TEORICO

1.1 Antecedentes de la investigación

- Flores, E. (2014). *Las implicancias positivas de la maternidad subrogada, fundamentos para su regulación como medio alternativo a la adopción* (tesis de pregrado). Universidad Nacional de Ancash Santiago Antúnez de Mayolo, Huaraz.

Investigación de diseño no experimental transversal y de tipo formal o jurídico tuvo como objetivo la determinación de factores que fundamentan una posible regulación de la técnica maternidad subrogada como método alternativo a la adopción, llegando a concluir en que ésta debería ser aceptada como parte de la admisión de la evolución del Derecho Genético, así como su adopción en el sistema de responsabilidad contractual para otorgar seguridad jurídica a las partes.

- Lagos, L. (2017). *Por un acto de amor: ¿Quién tiene un vientre solidario? Aspectos jurídicos sobre infertilidad en el Perú* (tesis de pregrado). Universidad Privada del Norte, Cajamarca.

Esta investigación de diseño no experimental, de corte transversal y de alcance descriptivo tuvo como objetivo principal ubicar el principal cuestionamiento jurídico sobre la Ley General de Salud respecto de la fecundación *in vitro*. Asimismo, planteó la siguiente hipótesis: “El principal cuestionamiento jurídico que se hace a la Ley General de Salud respecto de la Fecundación *In vitro* es la insuficiencia regulatoria de la Maternidad Subrogada” (p.35).

Se realizaron encuestas a veinte parejas infértiles en edad reproductiva sobre el conocimiento y posición sobre la maternidad subrogada resultando que: no existe repudio a la existencia de la maternidad subrogada y que, si fuese necesario recurrir a dicha técnica, lo harían.

- Bustamante, G. (2017). *La contratación de la Maternidad Subrogada en las clínicas de fertilización de Lima Metropolitana en el año 2016* (tesis de pregrado). Universidad César Vallejo, Lima.

Esta investigación de diseño no experimental, descriptivo y transversal tuvo como objetivo general describir la situación presente en la realización de la práctica de lo que la autora denominó maternidad subrogada llevada a cabo en las clínicas de fertilización de Lima metropolitana durante el año 2016, tomando como población a aquellas mujeres con incapacidad reproductiva natural y a madres gestantes subrogadas, obteniendo como resultado de la aplicación de las encuestas sobre la variable maternidad subrogada y dimensiones contraprestaciones y pareja contratante, un nivel alto de aceptación.

- Antonio, C. (2012). *El contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad?* (tesis de pregrado). Universidad Alberto Hurtado, Chile.

Esta investigación utilizó el método documental, axiológico y comparativo de tipo jurídico-fáctico, cuyo objetivo fue determinar si era posible la celebración de un contrato de lo que identifican como maternidad subrogada en su país, Chile y si éste se incluye dentro de la esfera del derecho a procrear a la luz de su ordenamiento jurídico.

Las principales conclusiones giran en torno a la consideración de la maternidad como un privilegio que no todas las mujeres poseen y al reconocimiento constitucional del derecho a procrear que puede ser ejercido por intermediación de la maternidad subrogada. También esboza salidas que prevean un contrato que

regule dicha práctica fundamentado en la esfera de libertad de la mujer en el cual prime la voluntad de procrear.

1.2 Bases teóricas

1.2.1 Referencias históricas de la Gestación Subrogada.

Una de las referencias sobre un posible origen de la Gestación Subrogada, aunque no de la forma como se percibe en la actualidad, es la que se encuentra descrita en un pasaje de la Biblia:

En la que probablemente pueda ser considerada la primera maternidad de sustitución de la historia, Sara, la mujer de Abraham, pidió a éste que mantuviera relaciones sexuales con su sierva Agar para así tener hijos “a través de ella” pues Jehová la había hecho infértil. (Biblia, s.f, Génesis 16,1-2)

Más adelante, remontándonos al origen de dicha figura, apareció en los Estados Unidos en 1975, un anuncio de periódico en el estado de California, donde se solicitaba a una mujer con el fin de ser inseminada artificialmente, ofreciéndole remuneración, en favor de una pareja estéril, época en la que aún no se lograba la fecundación *in vitro*, siendo el término aplicado originariamente al servicio de gestación con “ovulo propio” (Chiapero, 2012).

1.2.2 Terminología

Para los fines de la presente investigación se tratarán como sinónimos algunos de los diversos nombres con los que se conoce también a la Técnica de Reproducción Asistida “Gestación Subrogada” (denominación por la que hemos optado) como son “útero subrogado”, “gestación por cuenta de otra”, “gestación por sustitución” y/o “sustitución de útero”, ya que se considera que, en esencia, se trata

de lo mismo y que, además, no tienen ningún elemento (palabra) que pueda generar conflicto con la idea general como sí pudiese causarlo la referencia “vientre de alquiler”, que es justamente uno de los términos más utilizados popularmente, pero que de acuerdo al criterio seguido en la investigación, no resulta adecuado, pues - precisamente - la existencia de la palabra “alquiler” trae aparejado el concepto de un precio, de dinero por el uso de “algo”, lo cual no corresponde a la figura en cuestión. Asimismo, sobre la presencia del factor monetario, como se explicará a lo largo del trabajo, no necesariamente resulta ser un elemento de presencia obligatoria en la figura de la gestación subrogada.

También es pertinente señalar que, si bien es cierto, que durante el transcurso de la investigación presente se encontraron diversos autores y normativas que utilizan o equiparan el término “maternidad subrogada” con la gestación subrogada (hecho que debe ser respetado por la autonomía y los derechos de autor) la investigadora no comulga con ello, pues tomando en cuenta la perspectiva genética y biológica de la mujer que “otorgará” su vientre el concepto de “maternidad” engloba mucho más que el hecho de gestar y alumbrar un niño, es un sentimiento específico y especial para aquella mujer que ha tenido desde un inicio la intención y el interés de que exista con el fin de criarlo y de prodigarle todos los cuidados necesarios para su bienestar y desarrollo.

1.2.3 La infertilidad como principal causal de recurrencia a la Gestación Subrogada

Tanto en nuestra sociedad como en el resto del mundo se puede percibir la existencia de diversas causas o factores que pueden impulsar a las personas a decidir tener un hijo de manera alterna a la usual (estando biológicamente aptos para serlo), tornando esa sublime realización personal, y de consolidación familiar,

en un mero capricho, que, por supuesto, desnaturaliza el canal de formación de una familia como elemento medular de la sociedad. Por ejemplo, el móvil de vanidad de algunas mujeres por no querer “deformar” su silueta con todo el proceso del embarazo. Lógicamente se destierra la idea de avalar tal ruin afán por medio de la práctica de la Gestación Subrogada.

En ese sentido, y de forma concatenada, es menester destacar la existencia de un grave problema que va en ascenso y que resulta medular para poner en debate la inclusión de dicha técnica de reproducción asistida en el ordenamiento jurídico del país: la infertilidad o imposibilidad reproductiva que, generalmente, responde a patologías biológicas o a otras causas de diversa índole¹ que impiden a una mujer poder concebir y/o llevar a término un embarazo.

Sobre el particular, es necesario hacer hincapié en que, lamentablemente en el Perú, no se cuenta con datos ni cifras oficiales sobre la cantidad de mujeres que padecen de infertilidad, solo existen estadísticas sobre las tasas de fecundidad desarrolladas por el Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI como parte de la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar – Endes (VER ANEXO 1) que muestra como la fecundidad de las mujeres, en comparación con años anteriores, ha ido disminuyendo. Sin embargo, el sector médico especialista en reproducción asistida cuenta con algunos datos aproximados sobre el porcentaje de personas que estarían siendo afectadas por esta enfermedad – porque, y como

¹Las causas orgánicas pueden ser: a) endocrinas, como los defectos en el sistema neurohormonal, la diabetes, el hipertiroidismo, las perturbaciones de las glándulas suprarrenales; b) procesos toxoinfecciosos, como el alcoholismo y la drogadicción, así como la toxoplasmosis, la listeriosis y la hemoglobinopatía; c) uterinas, como malformaciones, tumores, incompetencia ístmico-cervical, hipoplasia uterina, endometriosis y sinequias; d) inmunológicas; dado que los espermatozoides son fuente activa de antígenos y el huevo constituye un homoiimplante, es indudable que el organismo materno puede producir anticuerpos que impidan la fecundación, produzcan abortos o enfermedades en el recién nacido. (Soto,1990, p.315).

se verá más adelante, la infertilidad ya es considerada por la Organización Mundial de la Salud como una enfermedad - (un millón y medio aproximadamente). En tanto, y, aunque desactualizada, resulta pertinente rescatar a la posible única estadística existente sobre casos de infertilidad atendidos en consulta externa en el Hospital Loayza hasta el año 2010 (VER ANEXO 2) desarrollada por la Dra. Roa (2012) quien señala:

(...) La literatura menciona que la infertilidad afecta a más de 15% de personas en edad fértil en el mundo. Eso quiere decir que, sobre el número real de peruanos en edad fértil y considerando solo el 15% existiría un promedio de 1 088 876 de personas que podrían estar necesitando de tratamientos por su problema de infertilidad, lo cual representa una importante magnitud. (párr.20)

Entonces, de acuerdo a las pautas señaladas, resulta importante tener en consideración que la infertilidad, hoy en día, se ha convertido en un problema que aqueja a muchas personas en edad fértil y que, lastimosamente, sigue acrecentándose con el paso del tiempo (y que seguirá en aumento debido al ritmo de vida de las personas, sobre todo, de las mujeres, que van postergando el rol de la maternidad debido a diferentes motivos, uno de ellos y quizás el más común: los logros y/o metas académicos, así como debido a los cambios que afronta la sociedad actual), por lo que resulta lógico - y humano - pensar que cuando ésta no puede ser tratada con métodos comunes mediante medicamentos o procedimientos quirúrgicos (técnicas de baja complejidad) debería quedar a salvo la posibilidad de recurrir a la ciencia para poder subrogar en otra mujer la posibilidad de gestar.

1.2.4 Concepto

Al referirnos a la TERA Gestación Subrogada (como ya se ha señalado mal denominada “vientre de alquiler”) se trae a colación una serie de ideas que, generalmente, están vinculadas con dos aspectos importantes del ser humano: en primer lugar, los derechos inherentes de la propia persona (libertad, integridad, igualdad, salud, formación de una familia, entre otros) y, en segundo lugar, al impacto que dicha técnica podría generar en la sociedad, sobre todo en una sociedad como la peruana en la cual existe aún aquel sector ultra conservador que se opone a la aprehensión de este tipo de técnicas “modernas” y que señalan como uno de los principales fundamentos para su oposición una supuesta vulneración al “orden público” y a las “buenas costumbres”. Sin embargo, cabe señalar que tales conceptos - como se verá más adelante - y a consideración del criterio seguido en la presente investigación, resultan ser muy abstractos (relativos) como para servir de fundamento para un posible impedimento de aceptación de dicha técnica de reproducción asistida.

Cieza (2017) refiere que, “la Gestación Subrogada es aquel procedimiento médico autorizado por la entidad competente a fin de que en un establecimiento de salud se efectúe la transferencia embrionaria de una mujer distinta a la solicitante (...)” (p.289). Añade, además, que en dicho embarazo existe un acuerdo previo entre las partes inmersas, por el cual, la gestante una vez culminada la gestación hará entrega de la criatura a los padres previstos pudiendo haberse originado los gametos en estos mismos y/o en terceras personas (Cieza, 2017).

Por su parte, Rubio (1996), en alusión a la Gestación Subrogada, menciona:

Esta modalidad de reproducción asistida comienza con un contrato en el que una mujer acepta gestar al niño, pero no ser la madre legal, porque otra será la que tenga este reconocimiento. El niño será entregado a la que pretende ser madre legal. Normalmente se remunera el servicio de gestar. (p.39)

Entonces, en términos generales, podemos señalar que por medio de la Gestación Subrogada una mujer (a la que denominaremos subrogante) acepta llevar a cabo la gestación de un producto que puede o no ser genéticamente suyo con la finalidad de que a la culminación del embarazo sea entregado a otras personas (pareja) para que ellos puedan ejercer la paternidad legal de la criatura y, por ende, sea ésta mujer desvinculada de todo nexo con el menor.

1.2.5 Formas de realización

La Gestación Subrogada como técnica de reproducción asistida considerada de alta complejidad, de acuerdo a la evaluación, necesidad y requerimiento de los intervinientes y, por supuesto, de la mujer que intervendrá como gestadora del embrión “ajeno”, puede realizarse por medio de dos procedimientos: por inseminación artificial o por fecundación *in vitro* (más adelante se describirá la postura de la investigadora sobre la pertinencia de considerar solo una forma para realizar este procedimiento). Sin embargo, para fines didácticos, se considera necesario mostrar el panorama general del procedimiento de las técnicas de reproducción asistida.

Al respecto, y para tener una idea un poco más amplia y comprender dicha figura se destaca lo mencionado por Varsi (1997) quien indica que las técnicas de reproducción asistida se clasifican en dos: la inseminación artificial (IA) en la cual

se inocula de forma directa pero asistida el semen del varón en la vagina de la mujer y, la fecundación extracorpórea (FEC), que busca realizar la unión del óvulo y del espermatozoide en una probeta. Así pues, dentro de ésta sitúa tres variaciones: la TE, que es la transferencia directa de embriones al útero de la mujer; la TIG, como la transferencia de ambos gametos (femeninos y masculinos) en una de las trompas de Falopio con el objetivo de realizarse ahí el proceso de concepción; y la TIE, que es la transferencia dentro del tubo de los embriones, como una combinación de las dos anteriores, en donde se realiza una fecundación *in vitro*, con la salvedad de que el embrión no se transfiere al útero sino de forma directa a una de las Trompas de Falopio, lo que permite que el producto crezca y anide de forma natural.

Por su parte, Cieza (2017) señala que, los tipos de TERA son dos: las de baja y alta complejidad. La primera, que implica procedimientos en los cuales la unión del espermatozoide y del óvulo se realiza directamente en la cavidad uterina. Mientras que, la segunda, consiste en recuperar y hacer una selección de los gametos femenino y masculino de buena calidad para hacer la fecundación, el cultivo y selección de los embriones, ello realizado en un laboratorio para realizar su posterior transferencia a la cavidad uterina.

Rubio (1996) señalando a Javier Gafo, menciona que son dos los métodos de realizar la reproducción asistida: por Inseminación Artificial, mediante la introducción directa del semen (del marido o de un donante) en la vagina o en el útero femenino, y mediante fecundación *in vitro*, en la cual se fecunda un óvulo (extraído de forma quirúrgica) con un espermatozoide en un laboratorio.

1.2.6 Modalidades o tipos

La figura de la Gestación Subrogada suele ser comprendida generalmente desde una creencia o perspectiva popular como un procedimiento en el cual interviene siempre una mujer que gesta una criatura para que luego de su nacimiento se desprenda de ella previo pago por parte de las personas (pareja) con imposibilidad reproductiva que tienen la voluntad de ser los padres en todo sentido, incluyendo, por supuesto, el aspecto legal; sin embargo, la realidad de dicha técnica no reviste obligatoriamente las características señaladas, pues ésta comprende un procedimiento amplio que puede incorporar diferentes rasgos de acuerdo al área de estudio que se quiera abordar.

Justamente, y en base a dichas particularidades es que se ha visto por conveniente realizar una división de la forma en la que puede realizarse un procedimiento de útero subrogado tomando en consideración dos de las múltiples características que éste puede presentar: según el grado de participación – directa o indirecta – que tenga la mujer subrogante en el procedimiento, es decir, con aporte o no de su material genético (entiéndase óvulos) y de acuerdo a la presencia del factor económico que pueda existir como motivación del procedimiento, que, incluso, puede no estar presente como un mero fin lucrativo, siendo el altruismo el móvil que prime dentro de este procedimiento.

1.2.6.1 De acuerdo al grado de intervención del material genético que tenga la mujer quien será la mujer subrogada en la relación.

Al respecto, Varsi (2013) considera que existen dos tipos de maternidad subrogada: la portadora y la sustituta. La primera consistente en el caso de una mujer que necesita un “préstamo” de útero ajeno; produciéndose un caso de

trigeneración humana: 1. Aporte de los espermatozoides del marido, 2. Aporte del óvulo de su mujer y 3. La gestante será una tercera mujer. Por otro lado, la maternidad sustituta, en la cual una mujer posee deficiencia uterina y ovárica por lo que otra mujer aportará ambas cosas. Es un caso de progeneración humana: 1. Aporte del espermatozoide del marido y 2. Inseminación en una mujer ajena.

Asimismo, siguiendo con la división realizada, se señala a Mosquera (1997), quien por su parte afirma que la maternidad subrogada puede ser:

- Por subrogación propiamente tal, cuando la mujer subrogada (subrogante) acepta la inseminación artificial con el espermatozoide del marido de la mujer estéril, siendo aquella la madre biológica, la gestadora y la generadora y,

- Madre portadora, la mujer subrogada lleva implantado en su útero un embrión genéticamente ajeno a ella. Dicho producto podría ser de la pareja contratante o de donantes. Ahora bien, en cuanto a la procedencia de los gametos señala la existencia de seis variantes, a saber:

- Semen y óvulo provenientes de la pareja “contratante”
 - Óvulo de la esposa “contratante” y semen de un cedente.
 - Óvulo de una cedente (ovodonación) y semen del esposo “contratante”
 - Óvulo y semen provenientes de cedentes.
 - Óvulo proveniente de la mujer subrogada y semen del esposo “contratante”
 - Óvulo proveniente de la mujer subrogada y semen de un cedente.
- (Mosquera, 1997)

Como se ha revisado pueden existir diferentes modalidades en cuanto la procedencia de los gametos (tanto femeninos como masculinos) para la realización de la TERA Gestación Subrogada, sin embargo, para los fines del presente trabajo de investigación solo se tomó en cuenta el origen de los óvulos, mientras que el de los espermatozoides se restringe meramente a aquellos aportados por la pareja de la mujer con deficiencia reproductiva. Sobre este punto, cabe resaltar que comulgamos con la posibilidad de que en la realidad puedan ser evaluados aquellos otros casos excepcionales que difieran de lo establecido ya que, como se verá en los capítulos subsiguientes, el Derecho tiene la obligación de tutelar (o, por lo menos, preocuparse por intentarlo) todas aquellas situaciones nuevas originadas en la realidad y que merecen una adecuada protección por parte del Estado por estar, justamente, inmersos varios derechos fundamentales.

1.2.6.2 De acuerdo a la existencia del factor económico o altruista

Este factor resulta ser fuertemente discutido en torno al tema, pues el sector en oposición toma el argumento de que al existir un elemento monetario la Gestación Subrogada tendría como trasfondo la “venta de un niño”; *contrario sensu*, otro sector manifiesta su opinión señalando que debería de existir una suerte de “indemnización” a la madre subrogante por los gastos naturales que conlleva un embarazo y por las pérdidas económicas que podría generársele ante una eventual complicación, como pudiera darse en cualquier otra situación cotidiana. Y, otros mencionan que siempre que exista exclusivamente un fin altruista, en el que no haya ningún tema monetario de por medio, se puede permitir.

Comulgando con este último caso, Espinoza, citado por Cárdenas (2017) señala que se puede considerar admisible la figura (de la sustitución de útero) siempre que

exista un motivo, un fin humanitario para permitir a una pareja la realización de su proyecto vital siempre que no se haya pactado una contraprestación económica.

En este punto, conviene destacar la división realizada por Araya (2018), quién en base a las finanzas (dinero) que existan de por medio separa a la maternidad subrogada en:

- Altruista: Cuando la mujer que lleva el embarazo lo hace sin ánimo de lucro, es decir, no obtiene remuneración o pago por sus servicios. Los padres biológicos se suelen responsabilizar por los gastos médicos y legales, y es posible que se incluya compensación por otros aspectos que afectan el bienestar del embarazo y la madre portadora, como atención psicológica y alimentación, o son necesidades directamente relacionadas con el embarazo, como ropa maternal. (párr.5)

- Lucrativa: Cuando la madre gestacional ofrece llevar el embarazo a cambio de una suma de dinero. En este caso, las madres suelen trabajar por medio de una agencia especializada en maternidad subrogada. El monto a recibir varía según el contrato negociado, y suele contemplar pagos adicionales para embarazos múltiples y de alto riesgo. (párr.6)

Frente a esta división, que, independientemente de la autora, por lo general, tiende a ser un tema siempre presente cuando se habla de una Subrogación Uterina, consideramos que así la práctica de dicha TERA se deba a un contexto meramente altruista; es decir, que la mujer a cargo de llevar el embarazo (la subrogante) lo haga motivada por lazos sentimentales que la una a cualquiera de

los miembros de la pareja y por mera colaboración con ésta, desterrando así más fácilmente cualquier ánimo lucrativo, postulamos la idea de que siempre existirá (deberá existir) algún elemento económico que permita solventar los gastos del embarazo y las necesidades naturales que tendrá que afrontar la mujer subrogante derivados de este proceso, pero que en ningún caso deberá entenderse como equivalente al pago a cambio de un hijo.

1.2.7 La Gestación Subrogada en el Derecho comparado

La proliferación de las técnicas de reproducción humana de forma asistida, específicamente la de sustitución de útero, es una realidad que viene siendo adoptada desde hace algunas décadas en muchos países a nivel mundial, ya sea prohibiendo su utilización o aceptándola e incorporando sus directrices para una adecuada aplicación en los respectivos ordenamientos jurídicos de cada Estado.

Justamente, en cuanto esto último es que se ha tomado por conveniente considerar a algunos de los más representativos países que a la actualidad mantienen una legislación que permite la realización de la TERA Gestación Subrogada, cada cual - por supuesto - con sus respectivos parámetros y características, que no siempre pudieran ser los más adecuados, pero que para el objetivo de la investigación resultan ilustrativos, pues se ha extraído de cada uno sus principales particularidades y rasgos distintivos que permitirán mostrar - y demostrar - que la permisión de este tipo de procedimientos es perfectamente posible y viable si se establecen los lineamientos adecuados que permitan que solo pueda ser accesible a personas con determinadas características y bajo determinadas circunstancias. Asimismo, resulta conveniente también conocer la realidad de la situación de la Gestación Subrogada a nivel sudamericano cuyos países tienen un escenario similar al del Perú.

1.2.7.1 Países cuya legislación permite su realización

- Grecia

Existe la ley 3089/2002 (modificada el 2014) y la ley 3305/2005, que regulan lo referente a las Técnicas de Reproducción Médicamente Asistida.

Sobre la Gestación Subrogada establece que será permitida cuando la mujer sea incapaz de gestar, mediante un permiso de los Tribunales y siendo necesario un contrato escrito entre las partes (Ley 3305, 2005).

Asimismo, señala como condición para el procedimiento que el móvil sea netamente altruista y, actualmente, de acuerdo a la modificatoria del 2014, se permite su realización tanto a parejas de otras nacionalidades, mujeres solteras, parejas heterosexuales casadas o no (Ley 3089, 2002).

- Rusia

Ley N° 5487-1 de 1993, sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación Rusa, cuyo artículo 35° establece que:

Toda mujer mayor de 18 años que se encuentra en edad fértil tiene derecho a la fecundación *in vitro* y la implantación del embrión. (...) solo se efectuarán en los centros médicos autorizados, siempre que medie el consentimiento escrito de la mujer sin pareja. Los datos sobre la fecundación *in vitro* y la implantación embrionaria realizadas, así como sobre la identidad del donante tendrán la consideración de secreto médico. (Cieza, 2017, p. 208)

- Canadá

Ley de Reproducción Humana Asistida (Assisted Human Reproduction Act) aprobada en 2004.

En su sección 6 se establece que la Gestación Subrogada no está prohibida, pero que el pago como contraprestación del procedimiento, sí. Sin embargo, en la sección 12, se menciona que aquellos gastos que sean “de bolsillo”, es decir, los relacionados con el proceso clínico, psicológico y jurídico del tratamiento, siempre que sean razonables, pueden ser reembolsados a la gestante.

Es también abierto el procedimiento para todos los modelos de familia, y queda prohibida la publicidad, así como los intermediarios.

Cabe señalar, además, que cada provincia mantiene su autonomía, así pues, en la provincia de Québec se encuentra prohibida la práctica de la gestación por sustitución.

- India

La nueva Ley denominada Surrogacy de 2016, modificó la antigua legislación india sobre Gestación Subrogada debido a que en dicho país se estaba haciendo uso y abuso de su recurrencia mayormente por personas extranjeras atraídas por la facilidad en la que podían acceder a dicho procedimiento y por los costos mínimos que importaba. Por estos motivos, la India llegó a ser considerada como el “paraíso de los “vientres de alquiler””, razón por la que la *Lok Sabha* (Cámara Baja) del Parlamento de la India ha impuesto requisitos más drásticos para poder llevarla a cabo. Algunos de ellos son:

- Solo podrán realizarla las parejas indias que lleven por lo menos 5 años de casados.

- La mujer que desempeñará el papel de subrogada deberá ofrecer su vientre de manera altruista sin percibir compensaciones.
 - Se excluye de la posibilidad de realizarla a los solteros, homosexuales y extranjeros.
 - Aquellas personas que manipulen embriones, así como a aquellas que exploten de forma ilegal a las mujeres subrogadas podrán ser arrestadas y sancionadas con penas de hasta 10 años de prisión, además de ser multados hasta por el valor de un millón de rupias.
- (Religión en Libertad, 2018)

- México (Sinaloa)

El Código Familiar (expedido mediante Decreto N° 742 en 1993) en su capítulo V dispone lo concerniente a la Reproducción Humana Asistida y a la Gestación Subrogada. Así pues, *grosso modo*, señala:

La maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento. (Código Familiar, 1993, artículo 283)

También admite las modalidades de la Gestación Subrogada total, parcial, con compensación y altruista. Asimismo, señala como requisitos, a quien desee ser una gestante subrogada:

- Tener entre 25 y 35 años

- Gozar de adecuada salud (mental y física).
- Haber sido previamente madre de un hijo sano.
- Otorgar el consentimiento de prestar su vientre de forma voluntaria.
- Acreditar que no estuvo embarazada por lo menos un año antes de realizar el procedimiento mediante dictamen médico, así como que no ha participado consecutivamente en éste en más de dos ocasiones.

(Álvarez, 2019)

- México (Tabasco)

Existe el Decreto 233 de 2016, por el cual, se modifica al Código Civil de 1997 del estado de Tabasco, adicionando el capítulo "De la Gestación Asistida y Subrogada", al Título Octavo "De la Filiación" que restringe la forma en la que se llevaba a cabo el procedimiento de Gestación Subrogada y establece, en líneas generales, lo siguiente:

- El procedimiento se reserva solo para ciudadanos mexicanos.
- La Secretaría de Salud del estado de Tabasco será la encargada de vigilar y controlar el proceso tanto de gestación sustituta y el de subrogada.
- Deberá celebrarse mediante contrato entre las partes, suscrito ante un Notario Público y aprobado por un Juez competente mediante proceso no contencioso.
- Se prohíbe la existencia de intermediarios en el proceso.
- La madre contratante deberá tener un máximo de hasta 40 años cuando recurra al proceso de gestación sustituta, y la madre gestante sustituta deberá tener una edad entre 25 y 35 años.

- Los contratantes tendrán que realizar un proceso de adopción plena.
- En caso de muerte o de incapacidad de los padres contratantes, la madre gestante y su cónyuge podrán adoptar al menor nacido.
- Los futuros padres contratantes están obligados a conseguir un seguro médico de gastos mayores para la gestante sustituta/subrogada que cubra el embarazo, parto y puerperio, entre otros. (Código Civil del estado de Tabasco – México, 1997)

- Estados Unidos (California)

En Estados Unidos la legislación de cada estado sobre el tratamiento de la Gestación Subrogada es independiente una de la otra; sin embargo, aquellos en donde se permite y se considera legal es en California, Illinois, Arkansas, Maryland, Utah, entre otros.

Así, la ley de California (Bill AB1217) de 2012, establece en términos generales lo siguiente:

- Es admitida tanto la Gestación Subrogada en la modalidad de comercial, así como la altruista.
- Los padres de un menor nacido por la existencia de un acuerdo de lo que denominan maternidad subrogada será la pareja que se nombró en el contrato.
- Los tribunales de Derecho de Familia de cada localidad tienen la obligación de respetar aquellos términos bajo los que se celebraron los acuerdos de Gestación Subrogada. Al respecto, la ley señala que la resolución o la sentencia (que tienen que ver con los padres

legales de un menor) es la que establecerá la relación filial (filiación) padre-hijo del o los padres designados como tales en el referido contrato de subrogación. Dichos pronunciamientos también contendrán disposiciones en la que se establecerá que ni la mujer que preste su vientre, ni su cónyuge o pareja serán padres, ni tendrán ningún derecho o deber parental respecto al niño o niños concebidos mediante dicha técnica.

- Se puede conseguir una resolución judicial previa al nacimiento de la criatura, la cual otorga derechos legales de paternidad a los padres (contratantes) futuros.
- Los padres de intención pueden ser tanto parejas heterosexuales u homosexuales (casadas o no), así como mujeres y hombres solos.
- Los padres pueden hacer uso tanto de gametos (óvulos y/o semen) donados, así como su propio material genético.
- La gestante debe haber tenido un hijo previamente.
- La edad de la gestante debe oscilar entre los 18 años y menos de 40.
- La gestante debe tener un nivel socioeconómico medio-alto (Gestación Subrogada Web, 2018).

1.2.7.2 Situación de los países sudamericanos

- Uruguay

Ley N° 19.167 de 2013, sobre Reproducción Humana Asistida.

Sobre el tratamiento de la Gestación Subrogada la ley en mención señala su aceptación como un caso excepcional, cuya permisibilidad será solo cuando la mujer sea incapaz de gestar un embarazo. Así se tiene:

Artículo 25.- (nulidad). Serán absolutamente nulos los contratos a título oneroso o gratuito entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean estos propios o de terceros para la gestación en el útero de otra mujer, obligando a esta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero.

Exceptúase de lo dispuesto precedentemente, únicamente la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y gestación del embrión propio.

Artículo 26.- (Suscripción del contrato). El acuerdo (...) deberá ser de naturaleza gratuita y suscripto por todas las partes.

Artículo 27.- (Filiación). (...) la filiación del nacido corresponderá a quienes hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación. (Cieza, 2017, p.215)

- Brasil

No posee legislación específica en la materia, pero existe la Resolución CFM N° 1.957/2010 del Consejo Federal de Medicina (que modifica la Resolución CFM N° 1.358/92) sobre la “gestación de sustitución” que señala que los centros de asistencia de reproducción humana pueden atender situaciones de sustitución de útero cuando se compruebe la existencia médica de un problema que contraindique

o impida el embarazo de la aportante genética (sección VII). Asimismo, refiere que la dadora sustituta debe ser parte de la familia de la madre genética (en una relación de parentesco de hasta segundo grado) y que dicho procedimiento debe ser siempre altruista (numerales 1 y 2).

- Argentina

Tiene vigente la Ley 26.862 de 2013, sobre el Acceso integral a los Procedimientos y Técnicas Médico - Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida.

Esta ley, a pesar de reconocer algunos procedimientos que tienen que ver con los procesos reproductivos asistidos y de contener disposiciones sobre los procedimientos y técnicas que pueden ser realizados con asistencia médica con el objeto de conseguir un embarazo (comprendiendo las técnicas de baja y alta complejidad) con inclusión o no de donación de gametos y/o embriones, no contiene aún nada expreso sobre el tratamiento de la Gestación Subrogada. Sin embargo, como la misma ley - en la descripción de los fundamentos y considerandos – señala, se percibe el ánimo del legislador en atender las necesidades (reproductivas) de su población basadas en derechos reconocidos por la Constitución y en otros documentos vinculantes, brindándole de forma igualitaria las herramientas para que puedan enfrentar el problema de infertilidad y disponiendo a todos sus sectores de salud la prestación de sus servicios en materia de técnicas de reproducción médicamente asistida, por lo que resulta claro que existe una disposición no solo de reconocer dichas técnicas sino de atenderlas.

Así también en el artículo 2º de la ley en mención se señala que:

“Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación” (Cieza, 2017, p.200).

En ese sentido, cabe destacar el afán que existe en las autoridades argentinas de que se pueda ampliar el reconocimiento de las TERA, en este caso, a la Gestación Subrogada, por lo que, aunque se archivó recientemente, cabe destacar el proyecto de ley S-2574/15², presentado el año 2015 a la Cámara de Diputados de la provincia de Mendoza cuyo objeto estuvo destinado a “regular la gestación por sustitución” a los efectos de:

- a. Que se garantice el interés superior del niño que va a nacer,
- b. Proteger jurídicamente a aquellas personas intervinientes y,
- c. Brindar el marco jurídico adecuado que permita garantizar el ejercicio a plenitud de los derechos y que otorgue una seguridad jurídica (Senado de la República argentina, 2015).

- Chile

En Chile no existe regulación expresa que aborde lo concerniente a la práctica de la Gestación Subrogada, pero podemos mencionar la existencia de dos importantes proyectos de ley (uno a favor y el otro en contra) presentados a la Cámara de Diputados con el objeto claro de regular de dicha técnica:

- El primero, presentado el año 2008 con Boletín N° 6306-07³ que propuso “Sancionar la utilización del vientre materno para el embarazo por encargo de

²Extraído de <http://www.maternidadsubrogada.com.ar/index.php/publicaciones/36-anteproyecto-de-ley-> (Consultado el 04 de julio de 2019).

³ Extraído de https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=6696&prmBL=1634-06 (Consultado el 05 de julio de 2018)

terceros incorporando un nuevo tipo penal denominado “De la Sustitución de la Maternidad” en el Código Penal” (Cámara de Diputados, 2008) quedando en el primer trámite constitucional, es decir, sin pasar a debate.

- El segundo, más actual, con fecha 10 de enero de 2018 con Boletín N° 11576-11⁴, que propone “Regular la gestación por subrogación o Gestación Subrogada como mecanismo de reproducción asistida”, el cual se encuentra, a la fecha, en la Comisión de Salud para su discusión.

Cabe destacar que, pese a no existir regulación expresa sobre la maternidad o Gestación Subrogada, al igual que en Perú, en Chile se perciben muchos casos realizados de forma libre sobre el particular y tan es así que, precisamente, en enero de 2018 el Segundo Juzgado de Familia de Santiago dictó un inédito fallo que marca un precedente al reconocer la maternidad biológica en un “vientre subrogado” desatando una polémica, pues la normativa chilena vigente establece que “la maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil” (Código Civil de Chile, 1857, artículo 183°).

- Colombia

En Colombia, el panorama sobre el tratamiento de la subrogación de útero es bastante similar a la del Perú: no existe legislación expresa, de modo tal que al no encontrarse permitida ni prohibida se viene llevando a cabo, sin embargo, quizás algún rastro un tanto más distintivo que en nuestro país sea que la explotación de

⁴Extraído de <http://web.camara.cl/legislaci%C3%B3n/ProyectosDeLey/tramitaci%C3%B3n.aspx?prmID=12092&prmBOLETIN=11576-11>
(Consultado el 05 de julio de 2018)

esta TERA es mucho más obvia en el país norteño, pues desde hace años se lleva a cabo de forma descontrolada, existiendo “ofertas” de servicio de gestación, incluso, mucho más “económicas” frente al mercado de Europa.

Frente a dicho hermetismo jurídico, cabe exaltar la presentación de dos proyectos de ley: el 196-2008 y el 037-2009, los cuales, si bien es cierto, fueron archivados establecían disposiciones con el objeto de regular la gestación sustitutiva. Por otro lado, en el campo de la jurisprudencia, la Corte Constitucional Colombiana en el año 2009 emitió pronunciamiento sobre un caso de sustitución de útero, el cual es considerado ícono en el país, recaído en la sentencia T-968/09 (expediente T-2220700 de 2009), en la cual dicho colegiado señaló lo siguiente:

En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo de convenios o acuerdos. Sin embargo, respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta, la doctrina ha considerado que están legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo 42-6 constitucional, el cual prevé que: “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”. (Corte Constitucional de Colombia - Expediente T-2220700, 2009, párrafo 6) (el subrayado es nuestro).

La misma sentencia refiere que:

La doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto la necesidad

urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas. (Corte Constitucional de Colombia-Expediente T-2220700, 2009, párrafo 6)

Llega a concluir que, además de la evidencia de la necesidad de contar de manera urgente con una regulación íntegra y exhaustiva, es necesario el cumplimiento de ciertos requisitos, entre otros: que se demuestre médicamente los problemas de concepción de la mujer, que exista un fin altruista, que la mujer sustituta no colabore con los gametos y que haya tenido hijos anteriormente, que se resguarde la identidad de las partes, que se prohíba cualquier tipo de rechazo del menor fruto de esta TERA por iniciativa de sus padres biológicos, así como el establecimiento de protección de éste en caso fallezcan sus progenitores, entre otros (Cieza, 2017).

Ahora bien, actualmente existe un Proyecto de Ley Estatutaria presentado el 2018 por los senadores del Centro Democrático, María del Rosario Guerra y Santiago Valencia con el objeto que la práctica de la Gestación Subrogada sea aceptada y regulada teniendo como objetivo prohibir que pueda realizarse cuando exista un fin lucrativo de por medio, en este caso postulan la idea de que se impongan penas de hasta 8 años de cárcel aunadas a multas que ascenderían desde 50 hasta 100 salarios mínimos.

1.3 Definición de términos básicos

Derecho Genético:

“Rama del Derecho que regula el desarrollo de la ciencia genética y su influencia sobre el ser humano” (Varsi, 2013, p.82).

Derechos reproductivos

Según la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo, llevada a cabo en El Cairo en el año 1994, son aquellos que:

Se basan en el reconocimiento básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos, y el intervalo entre estos, y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. (Chiapero, 2012, p.25)

Fecundación *in vitro*:

“Unión del óvulo de una mujer y el espermatozoide de un hombre en un plato de laboratorio. *In vitro* significa fuera del cuerpo” (Biblioteca Nacional de Medicina de los EE. UU, 2019).

Genética:

Ciencia de la herencia biológica que estudia la generación, expresión y transmisibilidad de las características de los organismos vivos entre generaciones (Revista Genética Médica, 2017).

Infertilidad:

“Enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no

protegidas” (Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida de la Organización Mundial de la Salud, 2009).

Inseminación artificial:

“Técnica de reproducción asistida que consiste en la introducción de esperma en el cuello del útero o en la vagina de la mujer mediante un método instrumental” (Diccionario médico, 2019).

Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)

Están referidas a “todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye (...) al útero surrogado (...)” (Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida de la Organización Mundial de la Salud, 2010).

CAPÍTULO II: HIPÓTESIS

2.1 Hipótesis principal

Existe una necesidad de regulación de la Técnica de Reproducción Asistida Gestación Subrogada en la ley peruana de acuerdo a un enfoque jurídico, social y bioético como bases para una propuesta normativa integral.

2.2 Hipótesis específicas

- El estudio del enfoque jurídico de la Técnica de Reproducción Asistida Gestación Subrogada es pertinente para establecer una base que permita una adecuada propuesta normativa para su regulación en el Perú.

- El estudio del enfoque social de la Técnica de Reproducción Asistida Gestación Subrogada es pertinente para establecer una base que permita una adecuada propuesta normativa para su regulación en el Perú.

- El estudio del enfoque bioético de la Técnica de Reproducción Asistida Gestación Subrogada es pertinente para establecer una base que permita una adecuada propuesta normativa para su regulación en el Perú.

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 Enfoque de la investigación

De acuerdo a la metodología investigativa tomando como referencia a Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, M. (2010) la presente se realizó bajo el enfoque cualitativo pues, de acuerdo a la observación del desarrollo natural de la Técnica de Reproducción Asistida Gestación Subrogada en la realidad peruana es que se hizo la delimitación del problema en base a sus propias características y limitaciones observadas en el entorno sin necesidad de manipular ni estimular ningún suceso.

Debido al enfoque cualitativo es que no fue necesaria la realización de experimentación, mediciones numéricas ni de análisis estadísticos para la consecución de datos.

3.2 Análisis de la investigación

El análisis de la investigación desarrollada fue reflexivo, fundamentado en una perspectiva interpretativa centrada en la comprensión del problema percibido en la realidad; tomando en cuenta, además, los puntos de vista de profesionales de diversos rubros relacionados con el tema de la TERA Gestación Subrogada, con el fin de corroborar la existencia de una necesidad de su reconocimiento legal en el Perú, con lo que se busca generar una alternativa de posible solución.

3.3 Diseño metodológico

El diseño de investigación utilizado se adecúa en parte al etnográfico, en su clasificación de “crítico”, y al de investigación acción. El primero, porque se analizaron cuestiones sociales imperantes en la realidad peruana: la existencia de mujeres con deficiencias reproductivas que no podrían acceder a realizar la TERA

Gestación Subrogada por la carencia de norma específica que la regule, hecho que configura una vulneración de derechos de estas personas.

El diseño de investigación - acción, debido a que, mediante la recolección de información sobre la situación de la TERA Gestación Subrogada en el país se pretende la toma de decisiones a un nivel superior para lograr una reforma estructural en el ordenamiento jurídico, presentando los enfoques de estudio pertinentes (social, bioético y jurídico) como base para una propuesta normativa.

3.4 Técnicas y herramientas de recolección de datos

La herramienta utilizada para la recolección de datos fue la entrevista estructurada, aplicada a especialistas en temas de técnicas de reproducción asistida en la modalidad de Gestación Subrogada en el Perú: abogados, juristas y médicos.

Asimismo, se señala que se utilizaron los datos e información de la mayoría de sentencias existentes en la jurisprudencia peruana sobre casos judicializados basados en la técnica de reproducción asistida Gestación Subrogada.

3.5 Aspectos éticos

Debido a que la investigación se sirvió de la opinión de profesionales especialistas en el tema de la Técnica de Reproducción Asistida Gestación Subrogada por medio de entrevistas, se señala que, en todo momento durante su realización se mantuvo la debida reserva y el respeto a la privacidad de lo argumentado por ellos.

Por otro lado, al tomar como referencia las sentencias existentes en la legislación peruana sobre lo concerniente a la práctica de la Gestación Subrogada en el país, se hace hincapié en que todos los datos confidenciales, así como los nombres de

menores de edad y de todos los intervinientes que figuren en ellas, mantienen su anonimato con el objetivo de resguardar y proteger la identidad de los implicados.

Asimismo, se señala que la información obtenida y plasmada de otras fuentes tales como libros, tratados, compendios, entre otros documentos, tanto físicos como electrónicos, se han realizado manteniendo el respeto a los derechos de autor (en correspondencia con el Decreto Legislativo N° 823, Ley de Propiedad Intelectual y con el Decreto Legislativo N° 822, Ley Sobre Derechos de Autor) realizando las citas correspondientes.

CAPÍTULO IV ENFOQUE JURÍDICO

4.1 Documentos de los que el Perú es parte que consagran y protegen la formación de una familia

La formación de una familia - y su consecutiva protección – como elemento fundamental y natural de toda sociedad está reconocida como uno de los derechos esenciales de todo ser humano y éste encuentra recogido en diversos cuerpos normativos que son (deben ser) de observancia obligatoria para el país en virtud de un estado democrático de Derecho y de los Tratados Internacionales en materia de protección de Derechos Humanos a los que el Perú se ha adherido y ratificado voluntariamente, razones por la que el Estado peruano está comprometido a velar porque se cumpla con lo establecido en su contenido y que éste llegue y se haga efectivo para todas las personas por igual.

Así pues, resulta conveniente citar y desarrollar aquellos documentos de orden nacional e internacional cuyos preceptos son de aplicación obligatoria en el Perú y en cuya redacción han recogido lo concerniente a dicho derecho (el cual, salvaguardando la existencia de los diversos tipos de familia, varios de ellos incluso ya reconocidos por los tribunales peruanos, así como sus diversos objetivos, se vincula de forma directa con la función reproductiva de las personas) con el fin de comprobar no solo su existencia y, en consecuencia, la importancia que tiene sino que, además, permite realizar la crítica sobre la inoperatividad del legislador peruano en cuanto a la viabilidad que tiene una posible aprehensión de la Técnica de Reproducción Asistida Gestación Subrogada y su consecuente aprehensión normativa en el ordenamiento jurídico nacional frente al amparo legal que demuestra el derecho a la formación y consolidación de una familia.

4.1.1 Constitución Política del Perú

Tomando en consideración a la Constitución Política como norma supra del ordenamiento jurídico peruano, cuyos axiomas y postulados están destinados a la protección y tutela de los derechos reconocidos a todo ser humano cabe hacer énfasis en el referido al fomento y consolidación de una familia como base fundamental de la sociedad.

En tal sentido, encontramos en el capítulo II - Derechos Sociales y Económicos tres artículos sobre el particular:

Artículo 4°.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. (Constitución Política del Perú,1993) (El énfasis es nuestro).

Lo resaltado en el artículo expuesto trata sobre el principio de protección de la familia que, precisamente, por considerarse como célula básica de la sociedad merece mayor amparo. En ese contexto, comulgamos con lo expuesto por Varsi y Canales (2013) quienes señalan que, “a través de este principio se evidencia una protección a la familia en general, sin importar cuál sea su origen, tomando en cuenta su tipología y diversidad de formas” (p.504). Así pues, dicho principio debe amparar a la familia de manera integral independientemente de la forma cómo se haya constituido ésta.

En cuanto a este último punto, es necesario señalar que, si bien es cierto, se considera importante la figura de la familia heterosexual matrimonial no resulta

menos importante mencionar que, en la realidad, estas características no excluyen la factibilidad de considerarse también como familia a una conformación distinta de personas; así pues, hoy en día, tenemos reconocidos en el mundo diversos tipos de familia además de la nuclear⁵, cada cual con sus propios rasgos y particularidades, pero que, definitivamente, no pueden ser desdeñadas por ser disímil a la usual, ya que ésta también es una creación del hombre que puede variar según la concepción de una sociedad.

Sobre el particular, es importante mencionar lo señalado por el Tribunal Constitucional por medio de la sentencia N° 06572-2006-PA/TC, “pensión de viudez” (con la que se confirma el criterio adoptado con la sentencia N° 09708-2006-PA/TC) en la cual, refirió que el instituto de la familia no tendría por qué estar relacionado necesariamente con la figura del matrimonio y reconoció que debido a la ocurrencia de diversos hechos que repercuten en la sociedad (la inclusión laboral de la mujer, el alto grado de incidencia del divorcio – y su regulación – las migraciones, entre otros) se han “generado familias con estructuras distintas a la tradicional como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas” (fundamento 9). Asimismo, sobre la postura del Tribunal Constitucional en cuanto indica que la Constitución del 93 no define el concepto de “familia”, resulta “claro entonces, que

⁵ Tipos de familia (reconocidos a nivel general):

- **Familia Nuclear:** típica familia clásica (conformada por el padre, la madre y los hijos de ambos)
- **Familia de Hecho:** se da cuando la pareja convive sin ningún vínculo legal (matrimonio).
- **Familia Ensamblada:** conformada por los hijos de dos o más familias que se unen.
- **Familia Extendida:** conformada por parientes cuya relación no se derivan exclusivamente entre padres e hijos
- **Familia Homoparental:** conformada por una pareja homosexual y sus hijos biológicos o adoptados.
- **Familia Monoparental:** conformada por uno solo de los padres y sus hijos (puede originarse por la separación de aquellos, por el fallecimiento de alguno, entre otros).

el texto constitucional no pretendió reconocer un modelo específico de familia. Por consiguiente, el instituto de la familia no debe relacionarse necesariamente con el matrimonio” (Plácido, 2008, párr.5).

En el mismo sentido, es menester resaltar la sentencia N° 09332-2006-PA/TC, a través de la cual, el Tribunal Constitucional estableció el reconocimiento amplio de familia de acuerdo a la existencia de un nuevo contexto social, otorgándole protección así a las “familias ensambladas”, definiéndolas como aquella “estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa” (fundamento 12).

Cabe señalar, además, que tomando como base la sentencia mencionada el mismo Tribunal el 2018 declaró como nulo el despido arbitrario de un trabajador que declaró como derechohabiente a su hijastra (la hija de su esposa) con el fin de incluirla en el plan de seguro de salud familiar, argumentando que se había vulnerado el derecho constitucional a la protección de la familia ya que, de acuerdo a la definición hecha sobre familias ensambladas y sus determinadas características⁶ “el hijastro forma parte de esa nueva estructura familiar” (Tribunal Constitucional, 2017, Exp. N° 01204-2017-PA/TC).

⁶ Son tres las principales características de una familia ensamblada:

i) Comprende una pareja cuyos integrantes decide voluntariamente fusionar sus proyectos de vida, y en la cual uno de ellos o ambos posee hijos de una relación previa. También comprende a parientes con lazos cercanos que voluntariamente deciden hacerse cargo de la atención, cuidado y desarrollo de niño o niña en forma habitual.

ii) Generalmente, se originan por razones de abandono, viudez, divorcio o separación de uniones de hecho. Este último, en base a la relación de equivalencia que existe en nuestro ordenamiento entre el matrimonio y la unión de hecho; tal como lo ha dispuesto el artículo 5 de la Constitución y el artículo 326º del Código Civil.

iii) La nueva identidad familiar debe guardar algunas características para reconocerse como tal. Estas características pueden consistir en habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento (Tribunal Constitucional, Exp. N° 01204-2017-PA/TC, 2017, fundamento 34).

Como un añadido, respecto al tema del matrimonio, Plácido (2014) ha referido que éste obedece a una creación humana como producto de su cultura. Tras el paso de siglos de comportamientos endógamos y exógamos se llegó hacia la monogamia por diversas razones y luego la pareja se institucionalizó con el matrimonio, siendo la singularidad una característica en la mayor parte del mundo, pero de exclusión de otro tipo de relaciones simultáneas como se da en los países islámicos en donde un hombre puede tener hasta cuatro matrimonios. Con ello se demuestra la mutabilidad del nombre matrimonio más no de su contenido. Asimismo, detalla que hay quien señala que los tratados y otras normas aducen que el único matrimonio reconocido es entre el hombre y a la mujer, siendo errónea dicha alegación, ya que, haciendo una interpretación gramatical de las mismas se llega a concluir que en ninguna disposición se establece que el matrimonio debe darse entre un hombre “con” una mujer, sino que les reconoce el derecho de contraerlo tanto a hombres como a mujeres.

Si bien es cierto, la parte final del párrafo antelado no deja de ser una posición interpretativa de la norma, tampoco es errada, de hecho, tiene mucha lógica, pero lo importante es tener claro que tanto en el Perú como en el mundo la institución “familia” ya no debe comprenderse estrictamente como un vínculo matrimonial entre un varón con una mujer, sino de forma amplia, atendiendo a las situaciones reales de la sociedad.

Ahora bien, siguiendo con el tema del principio de protección familiar podemos encontrar otro que es el de pluralidad familiar “el cual se desarrolla en el principio de igualdad de las entidades y el principio de libertad de elección y todo ello con el

fin de que pueda materializarse el principio de la dignidad humana”⁷ (Varsi y Canales, 2013, p.505).

Artículo 7°. - Todos tienen derecho a la protección (...) del medio familiar (...) así como el deber de contribuir a su promoción y defensa (...) (Constitución Política del Perú,1993).

Este artículo enuncia, al igual que el anterior descrito, la existencia y reconocimiento de la institución familia, otorgándole, por supuesto, la protección que ésta debe de tener como un derecho y prescribe la obligación que tiene el Estado no solo defenderla sino de promoverla. Se desprende de esta última premisa que el Estado debe poner al alcance de la población todas las herramientas posibles y la información necesaria en todo cuanto respecta a estos temas con el fin de que las personas puedan saber qué opciones y qué métodos existen para poder concretar la formación de una familia de manera alternativa a la natural.

En resumen, se puede ver que de acuerdo a la redacción de ambos artículos se reconoce de forma clara que la existencia de la institución natural familia es necesaria, por ende, la función reproductiva del ser humano cobra gran preponderancia, pues gracias a ésta es que se permite formar el núcleo medular de toda sociedad y precisamente debido a esta importancia es que se le otorga la obligación imperativa al Estado de promoverla y protegerla.

Artículo 6°.- La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables

⁷ Principio de dignidad humana, es el presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales enumerados por el artículo 2 de la Norma Fundamental (STC Exp. N° 1417-2005-AA/TC, 2005, fundamento 3).

Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud (...) (Constitución Política del Perú, 1993).

De la redacción de este artículo destacamos, por un lado, la existencia de políticas de Estado con relación a la institución familia y de la promoción de la maternidad y paternidad responsable y, por otro, el reconocimiento taxativo que hace sobre el derecho que tienen no solo las familias ya conformadas, sino, las propias personas a decidir; decidir, lo que es mejor para ellas en cuanto a su desarrollo y a su proyecto de vida, siempre que no se genere alguna afectación de la vida o la salud. Entonces, haciendo una interpretación somera de ambas premisas comprendemos que dicha política abarca temas ineludibles como los de planificación familiar, atención sexual reproductiva, proyección familiar, entre otros.

Sin embargo, a pesar de contar con dichas políticas aún no resultan “completas” para atender las necesidades de una sociedad actual. Dicho artículo “es un ejemplo de la poca atención constitucional que se le ha brindado a la redacción constitucional en el ámbito familiar, por cuanto proviene de una proyección histórica y en su evolución constitucional no se han venido incorporando elementos y situaciones producidas en la actualidad” (Bermúdez, 2013, p.537). (El subrayado es nuestro).

En ese mismo sentido, comulgamos con la interpretación que realiza el citado autor sobre el artículo en cuestión, pues extrapola cuestiones que deben ser consideradas al momento de aplicar las políticas públicas en materia de planificación familiar.

En primer lugar, señala que, el derecho de las personas y de las familias a decidir (en materia de maternidad y paternidad responsable) debe ser entendido desde el mismo acto de la procreación, proyectándose en la gestación y culminando en el alumbramiento. A su vez, cabe destacar la pertinencia de tres puntos importantes que deben encontrarse inmersos en el derecho de decidir:

I. Autonomía reproductiva

Incluye el derecho de las personas a decidir libremente si procrean o deciden interrumpir el embarazo (Bermúdez, 2013, p.538).

II. Autodeterminación reproductiva

Se reconoce, respeta y garantiza la facultad de las personas, en especial de las mujeres de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia (Bermúdez, 2013, p.538).

III. El derecho a un acceso a los servicios de salud reproductiva,

implica reconocimiento y respeto, garantizando el acceso a los servicios de salud reproductiva, que incluyen: (i) Educación e información sobre toda la gama de métodos anticonceptivos, (ii) acceso a los mismos y posibilidad de elegir aquel de su preferencia.

(Bermúdez, 2013, p. 539)

Adicionalmente, consideramos que las tres cuestiones planteadas como parte del derecho de decidir en materia familiar aunadas a una adecuada y sobre todo actual política de planificación familiar en la cual se incorporen las nuevas situaciones existentes en la realidad social (situaciones que se erigen como elementos significativos en la doctrina y práctica judicial contemporánea) como la TERA Gestación Subrogada, permitirían una mejor instrucción al ciudadano con

problemas de infertilidad (o a aquella persona que tenga la real y responsable intención de tener un hijo) de las formas alternas existentes para formar una familia y permitirle, a su vez - como razón más importante – el poder llevar a cabo un proceso (de subrogación de útero) tutelado por la ley y amparado por el Estado.

4.1.2 Declaración Universal de Derechos Humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos⁸ resulta, sin duda alguna, en materia de reconocimiento de derechos, uno de los documentos medulares para todo estado de derecho y para toda sociedad democrática, recogiendo a lo largo de sus 30 artículos los principales (básicos) derechos humanos. Sus preceptos rigen sobre todo ser humano y cada Estado adherido a ella se encuentra obligado a respetarlos, protegerlos y a velar por su estricto cumplimiento. En este contexto, no le resulta ajeno el reconocimiento de un derecho tan importante como el que se está tratando en la investigación: el de “fundar una familia”, el elemento base de una sociedad, el cual ha sido recogido en el inciso 1 de su artículo 16, que, *grosso modo*, señala que todo hombre y mujer al llegar a una edad núbil tendrán el derecho de casarse y fundar así una familia sin ser blanco de ningún tipo de restricción.

Al respecto, en el mismo artículo, también, prevé:

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado (Asamblea General de Naciones Unidas, 1948, Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 16°).

⁸ Aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 13282, publicada con fecha 24 de diciembre de 1959.

4.1.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹(también conocida como el Pacto de San José) es un tratado internacional que contiene los derechos esenciales del hombre y que los vinculan independientemente de la nacionalidad de cualquier Estado, pues su fundamento se encuentra precisamente en el atributo de la existencia de toda persona humana, por lo que se justifica la toma de medidas de una protección internacional que es de naturaleza convencional y que actúa de forma complementaria o coadyuvadora a la existente internamente en el derecho de cada estado americano. En ese sentido, destaca la existencia de dos organismos para la defensa de los derechos: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la que dio origen.

Sobre el derecho a la familia dispone, en su artículo 17 “Protección de la familia”, inciso 1, que ésta debe ser objeto de protección por parte de la sociedad y del Estado. En el mismo sentido, en su inciso siguiente reconoce la existencia del derecho tanto de la mujer como del hombre de poder casarse y de fundar una familia, si tienen una edad adecuada y bajo ciertas condiciones, siempre que no se afecte el principio de no discriminación.

4.1.3.1 El carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el control de convencionalidad.

⁹ Suscrita por el estado peruano, con fecha 27 de julio de 1977 y aprobada mediante Decreto Ley Nº 22231, publicado el 12 de julio de 1978. Ratificada por la Décimo Sexta Disposición General y Transitoria de la Constitución Política de 1979.

La Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 62¹⁰ establece que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH) es el órgano facultado para conocer todos los casos relativos a la interpretación o aplicación del tratado; es decir, la Corte IDH es la única encargada de interpretar los artículos de la Convención. Del mismo modo, queda establecido en su artículo 68° que los estados integrantes se comprometen a cumplir lo que decida el Tribunal.

El estatuto de dicho órgano señala que “es una institución judicial autónoma cuyo objeto es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (Corte IDH, 1979, artículo 1). Asimismo, el artículo 2° la faculta para ejercer dos funciones básicas: la contenciosa o jurisdiccional, en la cual se encuentra la resolución de casos contenciosos y el mecanismo supervisor de sentencias; y la función consultiva, mediante la cual, dicha institución, es la única que puede absolver cualquier tipo de dudas respecto a lo que señala la Convención; es decir, la única que puede realizar su interpretación (Corte IDH, 1979).

Cabe señalar que, el estado peruano no solo ha aceptado – y ratificado – la injerencia de la Corte y su competencia contenciosa¹¹ en su jurisdicción, sino que,

¹⁰ Convención Americana de Derechos Humanos

Artículo 62.- Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención

Artículo 68°.- Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

¹¹ Con fecha 21 de enero de 1981, el Ministerio de Relaciones Exteriores peruano presentó a la Secretaría de la OEA un instrumento (de fecha 20 de octubre de 1980), por el cual declara taxativamente el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH por plazo indeterminado y con la condición de reciprocidad.

Con fecha 8 de julio de 1999, el Gobierno peruano, presidido por el ex presidente Alberto Fujimori, declaró su retiro de la competencia de la Corte IDH, que se produjo con efecto inmediato y fue aplicado a la totalidad de casos en los que el país no contestó demandas incoadas ante la citada Corte, realizando el respectivo depósito con fecha 9 de julio de 1999. Posteriormente, con fecha 29 de enero de 2001, el Perú declara que el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte, realizada en 1980, mantiene vigencia plena y compromete en todos sus efectos jurídicos al Estado

además, en el marco de todo lo descrito debe aceptar la posición de ésta respecto de los fallos que haya emitido en razón de la resolución de los casos de otros estados miembros, ya que, como la misma CIDH ha señalado, dichas sentencias son vinculantes. Sobre el particular, es preciso hacer referencia al denominado control de convencionalidad, el cual supone la aplicación del derecho supranacional al derecho interno de cada país que, en el marco de un tratado, se ha sometido a ese orden. Al respecto, la propia Corte, en su manual ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018) ha señalado:

Es una institución que se utiliza para aplicar el derecho internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal. Así, en varias sentencias la Corte ha establecido que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que

peruano, entendiéndose la existencia de la vigencia de forma ininterrumpida de la citada Declaración desde la fecha de su depósito ante la Secretaría de la OEA, en 1981, retirándose la Declaración hecha por el gobierno de Fujimori.

decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (pp.20-21)

En ese mismo sentido, la doctrina peruana ha referido que:

Los Estados están obligados al cumplimiento de lo establecido en las sentencias dictadas por la Corte IDH (...) el valor vinculante de la sentencia no solo se limita al fallo, sino que se extiende a los fundamentos jurídicos. Asimismo, éstas respecto a unos casos concretos proyectan un efecto irradiador sobre los demás Estados, los cuales, sin haber sido parte en el proceso, se ven obligados a cumplir con lo establecido en dicha jurisprudencia (...). (Plácido, 2014, párr.10)

Asimismo, la ley peruana es clara, pues el artículo V del título preliminar del Código Procesal Constitucional (2004), señala:

El contenido y alcances de los derechos constitucionales (...) deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así

como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte. (párr. único)

4.1.4 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Teniendo en cuenta la envergadura que posee el Pacto de Derechos Civiles y Políticos¹² no solo por el reconocimiento de los derechos inmersos en la participación activa de los ciudadanos en política sino por el otorgamiento más extenso de derechos conferidos por la ley a los miembros de un Estado, así como brindando todos los mecanismos para protegerlos y garantizarlos, convenimos en destacar la preocupación que se le dio a una institución tan importante como la familia y, es precisamente a ella que se le otorga un marco de protección de acuerdo a la dignidad reconocida a cada miembro por el carácter inherente de ser persona humana. En ese sentido, destacamos lo siguiente:

Artículo 23º

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello. (Asamblea de las Naciones Unidas, 1966, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)

¹² Suscrito por el estado peruano, con fecha 11 de agosto de 1977 y ratificado por Constitución Política de 1979. El instrumento de adhesión (12 de abril de 1978) se depositó con fecha 28 de abril de 1978, que fue aceptado como ratificación por Naciones Unidas. En vigencia desde el 28 de julio de 1978.

4.1.5 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales¹³ constituye un tratado multilateral vinculante para todos los países que lo han ratificado que al igual que el pacto de Derechos Civiles y Políticos reconoce y otorga gran protección a la familia, así pues, revisamos lo establecido en su siguiente articulado:

Artículo 10º

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que **se debe conceder a la familia**, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, **la más amplia protección y asistencia posibles**, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo (...). (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) (el énfasis es nuestro).

4.1.6 Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

La convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer¹⁴ constituye uno de los documentos internacionales de mayor envergadura en materia de reconocimiento de derechos otorgados a personas que fueron víctimas de la opresión durante cientos de años por la sola condición de nacer con el sexo femenino; sin embargo, mediante el arduo trabajo de diversos grupos es que se logra reconocer la importancia que tiene la mujer para la sociedad.

¹³ Suscrito por el estado peruano con fecha 11 de agosto de 1977, siendo aprobado mediante Decreto Ley N° 22129, publicado en 1978. Vigente desde el 28 de julio de 1978.

¹⁴ Suscrita por el estado peruano con fecha 23 de julio de 1981 y aprobada mediante Resolución Legislativa N° 23432, publicada en 1982. Vigente desde el 13 de octubre de 1982.

De este modo, la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer creada por el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas tomando como base la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer logra preparar el acuerdo internacional que luego fue firmado y ratificado por más de 187 países (incluyendo Perú) con la intención de que sus legislaciones incorporen leyes que eviten y sancionen aquellos comportamientos discriminatorios contra la mujer, brindándole una esfera de protección en condiciones igualitarias a las del varón.

En ese sentido, observamos que, además del reconocimiento pleno de todos los derechos de la mujer como ser humano en este documento también se le reconoce una función muy importante: la de reproducción (teniendo el derecho de acceder a una adecuada información y a los medios que permitan realizarla). Incluso, se establece su protección dentro del derecho a la salud como uno de los derechos considerados de primera generación.

Artículo 11

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular:

f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la **salvaguardia de la función de reproducción**". (Asamblea General de Naciones Unidas, 1979, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer) (el énfasis es nuestro).

Artículo 16

Los Estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos” (Asamblea General de Naciones Unidas, 1979, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer).

4.2 Derechos involucrados en la práctica de la Gestación Subrogada

Los derechos fundamentales de las personas son concebidos como atributos propios del ser humano reconocidos y garantizados tanto por aquellos instrumentos de carácter internacional de la más alta envergadura como por el ordenamiento nacional; es así que la Constitución Política del Perú como norma fundamental del Estado no solo reconoce y consagra dichos derechos, sino que prevé los mecanismos para su tutela en el marco de una sociedad democrática.

En ese sentido, cuando se habla de una posible aceptación de la técnica de reproducción asistida Gestación Subrogada primero se tiene que evaluar si existen derechos fundamentales en juego e identificar cuáles son, pues no se podría prohibir su práctica sin tomar en cuenta que se puede estar lesionando algún o

algunos derechos cuando el problema de la infertilidad y/o esterilidad se ha convertido en una situación que aqueja de forma creciente a las personas.

En base a lo señalado, es que se ha identificado y se ha desarrollado cada uno de los derechos – o los principales derechos – que se encuentran directamente vinculados con la práctica de la Gestación Subrogada a la luz de lo señalado en nuestra Constitución y en base a lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el reconocimiento de la utilización de las técnicas de reproducción asistida en la sentencia sobre el caso *Artavia Murillo vs Costa Rica*, pronunciamiento que resulta vinculante para el estado peruano y de acuerdo al control de convencionalidad desarrollado precedentemente.

4.2.1 Derechos reproductivos (caso Artavia Murillo y otros Vs Costa Rica)

La sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en interpretación de lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos - CADH) en el caso *Artavia Murillo y otros versus el estado de Costa Rica* resulta medular en lo referido a la existencia de los derechos reproductivos en materia de reproducción asistida, pues no solo destaca su reconocimiento como expresión y concatenación con otros derechos fundamentales (como el de libertad, integridad personal, intimidad, protección de la familia, entre otros), sino que, además, hace hincapié en la obligación que tiene el Estado de permitir el acceso de las personas a los medios tecnológicos para poder ejercerlos.

Los derechos reproductivos no resultan conceptos nuevos pero su aplicación sí; es decir, en los últimos años mediante la utilización de las formas asistidas de reproducción humana han tomado preponderancia debido a que se han convertido en uno de los principales argumentos para la defensa de su práctica, razón por la

cual algunos sectores de la sociedad (los que no aceptan la utilización de las TERA) no lo toman en cuenta o hacen disímiles interpretaciones del mismo.

Es así que en el marco de estos derechos se llevó a cabo la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo llevada a cabo en la ciudad de El Cairo en 1994. En dicha conferencia se procedió a realizar una definición del concepto “salud reproductiva” para posteriormente determinar el alcance de lo que se denominarían derechos reproductivos.

Sobre la salud reproductiva, *grosso modo*, se estableció:

(...) es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades y dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos (...) entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. (Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, 1994, párr.7.2)

También señala que debe existir una adecuada atención de la salud reproductiva cuyo objeto es desarrollar las relaciones interpersonales y, por supuesto, la vida y no solo la atención y el asesoramiento en temas de reproducción y de enfermedades transmisibles sexualmente (Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, 1994).

Por otro lado, también se hizo una delimitación de lo que significan los derechos reproductivos, los cuales han sido detallados en el acápite relacionado a la definición de términos básicos, sin embargo, cabe recordar que están referidos a aquellos basados en el reconocimiento del derecho de

toda persona a decidir de forma libre si desea o no tener hijos, así como la cantidad y el intervalo y espaciamiento entre estos. También tiene que ver con la información que debería existir sobre los medios existentes para lograrlo y así poder alcanzar el deseado y adecuado nivel de salud sexual y reproductiva. Asimismo, está comprendido dentro de estos derechos toda toma de decisiones en torno a la reproducción personal sin ser blanco de ningún tipo de discriminación, violencia y/o coacción. (Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, 1994).

Asimismo, otorgan énfasis en lo respectivo al fomento de estos derechos: "(...) La promoción del ejercicio responsable de estos derechos de todos, debe ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia" (Chiapero, 2012, p.25).

Ahora bien, como se hacía mención en líneas precedentes el problema de los derechos reproductivos no radica en su existencia sino en el alcance que a estos se les pueda otorgar dependiendo, en muchos casos, de las interpretaciones que las antagónicas posturas hagan sobre ellos. Sin embargo, esto no debe ser así ya que se está hablando de derechos humanos de carácter fundamental por lo que se hace necesario establecer un equilibrio entre la libertad (como derecho) que poseen todas las personas y la responsabilidad que de éste debe desprenderse en su actuar.

En ese sentido, hablamos de una libertad de procreación que no debe ejercerse de modo arbitrario; es decir, que no sea sustentada en el solo deseo a toda costa de consecución de prole, lo que se conoce como un mal llamado "derecho al hijo",

sino que, como todo derecho subjetivo no puede ser ejercido por las personas de forma absoluta por lo que “la reglamentación del acceso a los recursos que brinda la ciencia y la técnica moderna debe tener en cuenta las necesidades de los hijos nacidos y futuros” (Chiapero, 2012, p.37).

En concordancia con lo antelado, se destaca, además, el rol preponderante que tiene el Estado en cuanto a la formulación y promoción de programas y políticas comunitarios que deben existir en la sociedad con el fin de que todos los ciudadanos puedan tener acceso a una adecuada información y a las herramientas necesarias para concretar de forma responsable los derechos reproductivos en torno al derecho a la formación de una familia.

4.2.2 Derecho a la Identidad – vida privada

(Constitución Política del Perú, artículo 2º, inciso 1¹⁵)

En palabras de Espinoza (2014) “el derecho a la identidad es una situación jurídica en la que se tutela la identificación de los sujetos de derecho (identidad estática), en la que se encuentran datos como el nombre, el domicilio, las generales de ley, entre otros (...)” (p.387). Sin embargo, el derecho a la identidad también comprende todas aquellas particularidades que le permiten a una persona sentirse única y diferente del resto, y a la vez parte de una sociedad y de un mismo grupo.

Algo muy importante es tener en cuenta que la identidad no conlleva solo al conjunto de rasgos físicos, sino que incluye lo concerniente a lo emocional; es decir,

¹⁵ Constitución Política del Perú:

“Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece (...)”.

engloba aquellas características que le permitan a la persona desarrollar su personalidad.

En ese sentido, la Corte IDH ha señalado que “la forma como se construye la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja” (Corte IDH, 2012, caso Artavia Murillo y otros (Fertilización *in vitro*) Vs. Costa Rica, párr. 272).

En tal sentido Famá, citado por Cieza (2017) sostiene:

(...) la filiación biológica no es suficiente para determinar lo que se entiende por derecho a la identidad, los datos biológicos caen frente a lo que el ser humano ha vivido y la fuerte relación que ha generado con su entorno y consigo mismo. Por tanto, cuando se accede a procreación por medio de las técnicas de reproducción humana médicamente asistida el dato genético o biológico como uno de los elementos de la identidad, se debilita frente al elemento volitivo o voluntad procreacional. Es mucho más real la identidad que nace de la relación paterno-filial entre padres e hijos. (pp.258-259) (el subrayado es nuestro).

4.2.3 Derecho a la libertad personal

(Constitución Política del Perú, artículo 1º, incisos 3 y 4¹⁶)

¹⁶ Constitución Política del Perú

“Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:

(...)

3. A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada (...).

4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento (...).

En interpretación de los presupuestos señalados por nuestra Constitución, el Tribunal Constitucional, sobre la libertad de conciencia ha señalado que es el derecho que tiene toda persona de formarla, de tal manera que ésta no sufra ninguna perturbación por imposiciones de ningún orden, ni siquiera por aquellos postulados morales o éticos que cuenten con apoyo mayoritario social (Expediente N° 00895-2001-AA/TC, 2001).

Por otro lado, la libertad de religión se configura como la autonomía de cada persona para creer en un determinado culto con diversos mandamientos morales, sin embargo, se encuentran limitados de acuerdo al respeto que deben mantener por los derechos de los demás. La libertad de conciencia se vincula a la libertad de ideas; mientras que la libertad de religión, a la de creencias (Mesía, 2013).

Por su parte, como se ha señalado, la Corte IDH, interpretando el derecho a la libertad personal en el caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica, en materia de reproducción asistida, expresó lo siguiente:

(...) constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. (Corte IDH, 2012, caso Artavia Murillo y otros (Fertilización *in vitro*) Vs. Costa Rica, párr. 142)

4.2.4 Derecho a la integridad

(Constitución Política del Perú, artículo 2º, inciso 1¹⁷)

“El derecho a la integridad es la situación jurídica en la que se tutela la condición misma del ser humano, en cuanto inescindible unidad psico-física” (Espinoza, 2014, p.258).

El derecho a la integridad, como está planteado en nuestra norma fundamental, se presenta como un “típico atributo de exclusión, es decir, que proscribire o prohíbe injerencias arbitrarias sobre la integridad, sea que estas provengan del Estado o de cualquier persona” (Sáenz, 2013, p.65). En otras palabras, lo que pretende dicha exclusión es evitar que toda conducta traducida en cualquier tipo de violencia pueda afectar los aspectos morales, psíquicos y físicos de las personas.

Sobre el derecho a la integridad personal, establecido en el artículo 5º de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Corte IDH destacó la existencia de todos aquellos casos de angustia y ansiedad que vienen afectando a las personas debido a los problemas de acceso a procedimientos de salud y a la falta de atención médica. En tal sentido, señala lo siguiente:

148. (...) los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal. La salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

¹⁷ Constitución Política del Perú

Art. 2º. “Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (...).”

(Corte IDH, 2012, caso Artavia Murillo y otros (Fertilización *in vitro*)
Vs. Costa Rica)

4.2.5 Derecho a la dignidad

(Constitución Política del Perú, artículo 1º del capítulo I, título I¹⁸)

La dignidad humana, desde la perspectiva con la que se aborde, puede ser definida de diversas formas, sin embargo, todas convergen en considerarla como el máximo de los atributos de la persona, “como valor central que impone que sus derechos fundamentales proyecten su efecto regulador al ámbito de la sociedad y de la propia autonomía privada” (Gutiérrez y Sosa, 2013, p.37).

Sobre el particular, la Corte IDH en el caso Artavia Murillo realiza una interpretación del derecho a la vida privada como parte del derecho a la dignidad:

(...) abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales (...) Además, que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido

¹⁸ TÍTULO I
DE LA PERSONA Y DE LA SOCIEDAD
CAPÍTULO I

“Artículo 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”

genético o biológico. (Corte IDH, 2012, caso Artavia Murillo y otros (Fertilización *in vitro*) Vs. Costa Rica, párr.143)

Asimismo, es pertinente resaltar la posición de la Corte, que vincula el derecho a la vida privada con el de fundar una familia, pues establece que el primero se encuentra relacionado con la autonomía reproductiva y con el acceso a los servicios de salud reproductiva “lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica para ejercer este derecho” (Corte IDH, 2012, caso Artavia Murillo y otros (Fertilización *in vitro*) Vs. Costa Rica, considerando 146).

Sobre el derecho a la protección de la familia (Artículo 17 de la CADH)

(...) el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar (...) Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia. (Corte IDH, 2012, caso Artavia Murillo y otros (Fertilización *in vitro*) Vs. Costa Rica, párr. 145)

Concluye en este punto señalando que “la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos” (Corte IDH, 2012, caso Artavia Murillo y otros (Fertilización *in vitro*) Vs. Costa Rica, párr. 146).

4.2.6 Derecho a la Igualdad

(Constitución Política del Perú, artículo 2°, inciso 2¹⁹)

“La igualdad es un derecho fundamental destinado a obtener un trato paritario ante hechos, situaciones y relaciones equiparables (...)” (Gutiérrez y Sosa, 2013, p.103).

El derecho a la igualdad constituye una de las prerrogativas más importantes del ser humano, cuyo reconocimiento obliga a que todas las personas, independientemente de factores sociales, económicos, culturales, entre otros sean consideradas semejantes entre sí por lo que merecen un tratamiento similar, de acuerdo a sus propias situaciones y características.

En cuanto al tema de reproducción asistida en el ámbito nacional, el derecho a la igualdad goza de gran preponderancia pues, es precisamente gracias a éste que se puede postular la idea de tanto aquellas personas que carecen de una capacidad reproductiva fértil y que no dispongan de elevados recursos económicos puedan tener las mismas herramientas - informativas y de mayor acceso al procedimiento - que las personas con ambas posibilidades, pues el fin de ambos grupos es el mismo: lograr su propia descendencia.

Seguir manteniendo la situación de la práctica del Útero Subrogado de la forma en la que se está llevando en el Perú constituiría (seguiría constituyendo) una infracción al derecho a la igualdad del ser humano ya que se estaría excluyendo de la posibilidad de acceso a la reproducción por medios alternativos - ante la imposibilidad de procrear de forma natural - a aquel grupo de personas que carecen

¹⁹ Constitución Política del Perú

“Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

2. A la igualdad ante la ley, Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

de recursos monetarios para poder acceder a un tratamiento en un centro privado como algunas clínicas, por ejemplo, a las cuales sí se les permite (o, por lo menos, no se les prohíbe) brindar sus servicios en materia de reproducción asistida, estando facultadas, incluso, para realizar los procedimientos de útero subrogado, pero lógicamente a cambio de cuantiosas sumas de dinero como pago, pago que, como ya se ha señalado, no todas las personas están en capacidad de realizarlo.

Dicho escenario infringe claramente lo establecido en el artículo 44º de la Constitución que prevé como deber fundamental del Estado “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos”, por lo que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas eficaces para lograr el trato igualitario de todas las personas, lo que “justifica adoptar medidas legislativas para que la sociedad en general pueda acceder de manera segura a las técnicas de reproducción humana asistida” (Cieza, 2017, p.262).

4.2.7 Derecho a la salud

(Consagrado en el artículo 7º de la Constitución Política del Perú²⁰)

“El derecho a la salud es la situación jurídica en la que se tutela el estado de bienestar (físico y psíquico) del ser humano (...)” (Espinoza, 2012, p.261).

Este derecho en materia de reproducción asistida está vinculado fuertemente con los demás que se han señalado en líneas precedentes; sin embargo, como lo expresan algunos autores éste junto al derecho a la integridad conforman una unidad indesligable. Cieza (2017) señala:

²⁰ Constitución Política del Perú

“Artículo 7.- Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. (...).

No es posible hablar del derecho a la salud sin tomar en cuenta su otra “arista” cuál es el derecho a la integridad pues ambos derechos forman parte de una unidad inescindible cual es la persona humana. El derecho a la integridad constituye un aspecto estático y el derecho a la salud el dinámico de una realidad: la persona humana. (p.259)

Ahora bien, siendo que el derecho a la salud está referido a todo “estado de bienestar” del ser humano se puede decir entonces que dicho concepto engloba también lo concerniente al derecho de salud sexual y por ende a los derechos reproductivos, lo que hace suponer que toda persona que padezca de problemas de fertilidad no goza de una adecuada salud. Al respecto, cabe tomar en consideración que la Organización Mundial de Salud (OMS) considera a la infertilidad como una enfermedad.

Sobre el particular, destacamos la postura que plantea Cieza (2017) al señalar que el problema de la infertilidad debería ser tratado por el Estado como un tema de salud pública, ya que de la forma como se viene manifestando la situación de la TERA Gestación Subrogada en el país, a pesar de carecer de regulación legal expresa, se realiza en aquellas clínicas de los distritos más pudientes de la capital, lo que hace que su ejecución solo pueda ser accesible para aquellas personas que gozan de un amplio poder adquisitivo, lo que significa que las personas de menores recursos económicos estarían imposibilitadas de poder acceder a ella.

Por otro lado, Roa (2012) hace una evaluación de la situación de los criterios de la salud pública en el país y postula la idea de que “deben ser renovados y orientarse hacia una visión preventiva” (párr.7) pero, además, en concatenación

con la definición de la OMS, considerando que no solo debe referirse a la ausencia de afecciones o enfermedades sin al estado de completo bienestar físico, mental y el bienestar social (el subrayado es nuestro). Con ese enfoque preventivo propone nuevos criterios:

- Incidencia: Crecimiento sostenido de una enfermedad en un determinado tiempo.
- Cronicidad: Que dura un periodo de tiempo largo marcado por la repetición o frecuencia.
- Impacto económico y psicosocial: El poder de lograr un cambio sustancial es aspectos específicos tales como el económico y el psicosocial, ya sea para el Estado o el individuo (...)
- Condicionada por factores económicos, culturales y sociales: Algunas enfermedades suelen aparecer junto a algunos movimientos o cambios socioeconómicos (...)
- Proyección y tendencia al crecimiento: Dadas las coyunturas sociales y económicas se considera que el crecimiento de una enfermedad específica será creciente. (Roa, 2012, párr.8)

En relación con lo antelado es conveniente destacar el contenido del artículo 9º de la Constitución Política peruana por medio del cual se establece que el Estado determina la política nacional de salud de sus habitantes, lo cual refiere de manera implícita su obligación de proteger y conservar la salud de su población. Al respecto, cabe mencionar también lo indicado por el Tribunal Constitucional:

La conservación del estado de salud en cuanto contenido de Derecho Constitucional a la salud comprende, a su vez, el derecho de acceso y goce de las prestaciones de salud. La conservación de la salud no es posible sin el acceso y sin el goce de las prestaciones correspondientes. (...) En consecuencia, una denegación arbitraria o ilegal del acceso a la prestación, una restricción arbitraria de la

prestación, una perturbación en el goce de la misma o, finalmente, una exclusión o separación arbitraria o ilegal de la prestación, constituyen lesiones del derecho constitucional a la salud. (Tribunal Constitucional, 2006, Exp. N° 7231-2005-PA/TC, fundamento 2)

Así pues, tomando en cuenta lo descrito anteriormente se llegaría a establecer la vinculación que tiene el problema de infertilidad como enfermedad con la obligación que tiene el Estado de proveer todos los mecanismos necesarios que permitan a sus ciudadanos un adecuado acceso al derecho a la salud, lo cual implica – por supuesto - el acceso a la salud reproductiva en todas sus formas, incluyendo a la TERA Gestación Subrogada.

4.3 Normativa vigente en el Perú - Ley N° 26842- Ley General de Salud

La única norma vigente que podría ser utilizada – y que de hecho es invocada por los operadores de justicia en sus resoluciones – en los casos referentes a las Técnicas de Reproducción Asistida en la modalidad de Gestación Subrogada y análogos hoy en día en el Perú, se encuentra contenida en el artículo 7º de la Ley N° 26842 - Ley General de Salud (1997), el cual textualmente señala lo siguiente:

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

la procreación, así como la clonación de seres humanos. (El subrayado es nuestro).

De la redacción de la norma podemos hacer un doble desglosamiento: por un lado, vemos que el artículo reconoce la existencia de la infertilidad de las personas, que de algún modo aborda (aunque de manera escasa) el “derecho” a su reproducción, y la de las técnicas de reproducción asistida para hacerle frente a dicho problema; sin embargo, por otro lado, dispone de manera condicionante que se podrá hacer uso de dichas técnicas siempre que “la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona”, es decir, estaríamos, en términos generales, ante una supuesta “prohibición” de la TERA Gestación Subrogada.

Frente a esto, debemos señalar que existen interpretaciones discordantes pues, la Gestación Subrogada en su sentido más amplio importa la consecución del embarazo de una mujer con la finalidad de que a su término entregue a la criatura a otra mujer renunciando a todo vínculo filial con el menor, y como no están establecidos los requisitos ni parámetros para su realización, pudiese darse el caso que tanto el óvulo como la cavidad uterina sean “otorgados” por una misma mujer, que no quiso ser madre pero que acordó con una pareja “estéril” embarazarse y entregarles al niño, resultando una figura bajo la cual, entonces, sí se permitiría la realización de la subrogación uterina.

Al respecto del artículo en cuestión, Siverino (2012) señala que éste no importaría una prohibición respecto de la ovodonación (procedimiento mayormente necesario para la práctica de la sustitución de útero) debido a que “las prohibiciones no pueden interpretarse de manera analógica, sino que deben ser explicitadas”,

argumentando, con toda razón, que al realizar lo contrario se estaría vulnerando el principio de clausura, el cual establece que aquello que no está prohibido está permitido. Asimismo, menciona:

(...)

7. Esta disposición no impide la maternidad subrogada, ya que pueden coincidir madre genética y madre gestante en la subrogante, utilizando esperma de un donante anónimo o del varón de la pareja. Más propio en todo caso sería establecer, de un lado, una clara prohibición de la maternidad subrogada y, por otro, la determinación de la maternidad por el parto. (Siverino, 2012, párr.24)

Por otro lado, y en sintonía con la posición de la misma autora quien argumenta que la disposición de la norma que establece “el requerimiento del consentimiento expreso de los padres biológicos” se demuestra un claro defecto en cuanto a su redacción debido a que al admitirse la donación espermática (siendo el varón el padre biológico) “se estaría exigiendo la presencia de un donante anónimo que asumiría, entonces, ¿obligaciones? en un curioso cuadro jurídico, que solo se entiende merced a una técnica legislativa errónea, resultando conflictiva e inadecuada su aplicación literal” (párr. 26). (el subrayado es nuestro).

Por su parte Cieza (2017) expresa su desacuerdo con lo referenciado en el artículo 7º de la Ley General de Salud, pues señala: “nuestra legislación en materia de TERAS no solamente es cuasi inexistente, sino que está desfasada de los principios que deben orientar las TERAS y de las sentencias supranacionales que ahora orientan el desarrollo de estas en el derecho comparado” (p.70).

En cuanto a la redacción del artículo 7º de la Ley General de Salud, se comparte la idea con los puntos de vistas referidos, ya que, a todas luces, es deficiente por lo que cualquier intento de aplicación a la casuística devendrá en obsoleta, pues aunque reconozca el derecho a la procreación y el uso de los tratamientos de la infertilidad mediante las TERA no hace una delimitación de que sea “condición indispensable (...) el haber seguido sin éxito un tratamiento de fertilidad, sino que se puede llegar a las mismas de forma directa (...)” (Varsi, 2013, p.432). Hecho que, desde un enfoque analítico, no podría ser respaldado, pues, como se ha detallado en la parte introductoria del presente, resulta necesario que las personas (mujeres) infértiles demuestren médicamente su condición, además del cumplimiento de otros requisitos; es decir, que la recurrencia a un procedimiento de alta complejidad como el de gestación por sustitución debe ser la última opción de una pareja.

Por otra parte, se puede decir que trata de realizar una suerte de prohibición a todos aquellos métodos de reproducción asistida que involucren la consecución de un embarazo en donde no haya compartimiento genético entre la madre y la criatura; es decir, se estaría intentando vetar la ovodonación, por ende, la Gestación Subrogada, pero en la modalidad de maternidad portadora (produce óvulos pero no puede gestar); sin embargo, sobre la maternidad sustituta (no produce óvulos ni puede gestar) habría un hermetismo absoluto, por lo que la supuesta “prohibición” “resultaría inaplicable, pues ambas maternidades guardan equidad (...)” (Varsi, 2013, p.434).

Ahora bien, precisamente en este último punto es menester aclarar que se pueden encontrar opiniones divergentes al respecto, pues, como se ha mencionado precedentemente, la subrogación de útero no siempre importa la implantación de

un óvulo fecundado de una mujer en la matriz de otra, sino que, pueden existir diversas modalidades y, es por esta razón, que el contenido del artículo 7º de la Ley General de Salud resulta confuso y, con mayor razón, inaplicable.

Grosso modo, se puede ver que la redacción del artículo cuestionado tampoco pudo prever la existencia de modalidades para llevar a cabo una Gestación Subrogada, razón por la que su aplicación a casos concretos (como se percibe en la realidad) resulta confusa y produce disímiles interpretaciones por parte de los operadores de justicia, hecho que no puede seguirse produciendo – ni avalando - ya que en lugar de encontrarse fallos justos que guarden la debida correspondencia entre sí con una adecuada tutela de derechos de los intervinientes, muchas veces, por seguir a pie juntillas las creencias personales del juzgador (debido a que no hay norma específica), han devenido en todo lo contrario y hasta han resultado ser vulneratorios de derechos, como en el caso de la pareja chilena Tovar – Madueño, el cual se verá ampliamente en el capítulo correspondiente al enfoque social de la Gestación Subrogada.

Entonces pues, a sabiendas que la Gestación Subrogada, según el grado de intervención genética o no de la mujer subrogante, puede ser total (al coincidir en la misma óvulo y útero) o parcial (al aportar “solo” el útero con el material genético de la pareja contratante o de una ovodonación) se tiene a autores que señalan que la práctica de esta TERA solo se materializaría en el segundo caso, mientras que otros defienden la vigencia de ésta en ambas situaciones.

En cuanto a la primera postura tenemos al argentino Zannoni (2012), quien señala que “la verdadera subrogación presupone el embrión ajeno, esto es, una implantación en la mujer que no aporta sus óvulos para la procreación” (pp 28-29).

En la misma línea, la abogada Rodríguez-Cadilla R. expresa su rechazo en que la mujer subrogada, además del vientre, también vaya a colaborar con el aporte de los gametos, “me parece un exceso porque estaría regalando un hijo”, señala (comunicación personal, 07 de agosto de 2019).

Por el lado contrario tenemos a Chiapero (2012) quien cita a Leonseguí refiriendo que “la técnica comprende el caso de la madre que aporta el óvulo como el de la que no contribuye con su elemento genético (...)” (p.97). Por su parte, la jurista española Gómez (1994) es de la idea que el término “maternidad subrogada” comprende a ambos supuestos al definirse como aquel “acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso por el cual cede los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste” (p.48).

En la misma línea, es pertinente mencionar también el contenido de la exposición de motivos de la fenecida Ley Española N° 35/1988, sobre “técnicas de reproducción asistida” (que guarda el mismo sentido en la actual Ley 14/2006) la cual admitió a ambos conceptos como parte de la figura de la Gestación Subrogada, reconociendo desde un enfoque biológico que la maternidad puede ser plena o no. En la primera, la madre ha llevado a cabo la gestación del hijo con la participación de su óvulo propio, mientras que, en la segunda, la mujer puede aportar el óvulo o la gestación, pero ambos no.

Ahora bien, aunque no parece descabellada la postura que propugna que en un útero subrogado la mujer pueda aportar tanto su vientre como sus propios gametos en base a la figura de la voluntad procreacional de la pareja infértil se considera que para efectos de evitar mayores conflictos en el campo jurídico y social sería

mejor que dicha TERA sea restringida y que la mujer que haga del papel de subrogada “solo” aporte su vientre para gestar a la criatura y que los gametos femeninos sean procedentes de la propia mujer con problemas reproductivos (en caso que pueda producir óvulos y de calidad) o, en todo caso, de una donante (ovodonación), fecundados con el espermatozoides de la pareja (cónyuge o conviviente) de aquella. Adicionalmente a lo referido, se vuelve a mencionar que, además de lo señalado, ha quedado establecida la postura de la investigadora en que, de acuerdo a la presencia y a la factibilidad de otro tipo de casos disímiles a los planteados estos podrán ser evaluados y, de ser factibles, aceptados en razón de las circunstancias, de la observancia de los derechos de todas las personas, de la no discriminación y del progreso científico.

4.4 Jurisprudencia peruana.

Si bien es cierto, y como se ha venido señalando, a pesar de no contar con normativa específica que regule el tratamiento de la Gestación Subrogada, los tribunales de justicia peruanos desde hace varios años han venido enfrentando casos que tienen como fondo desaveniencias entre personas que han realizado tanto el procedimiento de subrogación de útero como el de ovodonación (que está vinculada a la primera) y sobre los cuales han tenido que pronunciarse sin contar con un marco normativo idóneo, por lo cual, los propios juzgadores se han visto obligados a “crear derecho” acudiendo a la interpretación de diversas normas y principios con el objeto de dirimir conflictos ya que, además, dichos pronunciamientos en su momento iban a incidir directamente en el futuro de un niño, quien por ser la parte más vulnerable en este tipo de relaciones y procedimientos merecía la más adecuada tutela por parte el Estado.

A continuación, se describen los principales casos resueltos por la Corte de Justicia peruana sobre Gestación Subrogada:

4.4.1 Expediente N° 183515-2006-00113

El Décimo Quinto Juzgado de Familia declara fundada la demanda de impugnación de maternidad interpuesta por C.M.S.A contra J.L.A.O y L.E.M.B

La demandante al no poder sostener un embarazo debido a que padecía de insuficiencia renal, neuropatías e hipertensión arterial, decide, por sugerencia de su médico tratante de la clínica Miraflores, realizar el método de “maternidad subrogada”. Para tal fin, su madre, la señora J.L.A.O, ofreció llevar el embarazo en su vientre con los gametos de su hija y de su yerno (al realizar el procedimiento se obtuvieron 6 embriones, transfiriéndole 3 y congelándose los otros 3). Luego de poco más de 7 meses nace la menor D.M.A a quien se le registra en su acta de nacimiento (perteneciente a la municipalidad de Miraflores) como hija de la demandada, razón por la cual la recurrente realiza la demanda de impugnación de maternidad.

Para resolver la cuestión, el Juzgado analiza la situación legal del tema, señalando que el ordenamiento jurídico positivo está quedando desactualizado ya que las ciencias médicas biológicas incorporan una nueva gama de técnicas de reproducción humana que demandan de tutela y amparo jurídico, siendo que el derecho no puede quedar ajeno a la realidad, así pues, en razón del artículo 139° inciso 8 de la Constitución “no se puede dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (...)”, lo que obliga al órgano jurisdiccional a “crear derecho” para hacer efectiva la tutela jurisdiccional; teniendo en consideración, además, el principio del interés superior del niño, los derechos a la identidad, al nombre y a las

relaciones familiares, el derecho a conocer a sus padres y a ser queridos por ellos, recogidos en el Código de los Niños y de los Adolescentes, en la Convención de los derechos del niño, entre otros.

Sobre el reconocimiento de la maternidad, señala que, el principio romano del *mater semper certa est*, con el avance de la ciencia y las TERA, ha dejado de ser cierto en su totalidad, así como su concepto tradicional, frente a la “reprogenética”, ha quedado obsoleto, resultando el derecho contemporáneo (Derecho Genético) creador de nuevos conceptos de maternidad, cuya regulación legal resulta insoslayable para armonizar relaciones las humanas en la sociedad. Asimismo, se realizaron diversas pruebas de ADN de la demandante, su esposo y de la demandada, para determinar cuál de las dos mujeres era la madre biológica (y genética), resultando ser la señora C.M.S.A y el padre genético el señor L.E.M.B.

Sobre el artículo 7° de la Ley General de Salud, entre la relación que debería existir entre la madre genética y la madre gestante, expresa que existe un problema en el caso de que dicha identidad no exista, ¿cómo se determinaría la filiación en ese caso? dicha afirmación no está expresamente prohibida, por lo que según el artículo 2, inciso 24, literal a) de la Constitución “nadie está obligado de hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”, teniendo en consideración, además, que la señora J.L.A.O colaboró por un medio altruista con su hija.

Por dichas razones, el Juzgado declara fundada la demanda y declara que la menor es hija de la demandante, y del señor L.E.M.B, por lo cual dispone la rectificación de los apellidos de la niña; además, respecto de los embriones

congelados otorga el plazo de dos años para que sean implantados en el útero de la señora C.M.S.A o en de una tercera persona sin fines de lucro.

4.4.2 Casación N° 5003-2007-Lima

La Corte Suprema declara fundado el recurso de casación interpuesto por la señora M.C.O.C en representación de su menor hijo O.F.Q.O sobre impugnación de maternidad de M.A.A.D.

La demandante impugna la maternidad de la demandada respecto de la menor A.B.A.D, argumentando que ésta no es su madre biológica ya que fue inseminada artificialmente con un óvulo donado y con los espermatozoides del esposo de la recurrente (ex pareja de la demandada) C.O.Q.C, sin el consentimiento de éste, mediante la técnica de reproducción asistida "ovodonación", y que se encuentra legitimada para proceder debido a que ella es la representante del hijo que tuvo con el señor C.O.Q.C, el menor O.F.Q.O (quien resulta ser hermano paterno de la menor A.B.A.D).

Al respecto, la Corte Suprema analiza si la demandante está legitimada para pretender el derecho que demanda (ya que en las instancias precedentes fue declarada improcedente su demanda debido a que no acreditó interés económico y moral para ejercer la acción, al no demostrar la afectación directa o indirecta que pudo haber tenido su hijo con el reconocimiento, careciendo de interés para obrar), en ese sentido, a la luz de los derechos de la menor y en base al interés legítimo señalado en el artículo 399° del Código Civil, en el cual la parte debe ser titular de un interés propio, que en el caso se puede percibir por la existencia del vínculo de hermandad, lo que asegura el carácter personal, propio y legítimo del interés; considerando, adicionalmente, que es el único en relación a otros (terceros) que

carecen de vinculación consanguínea, así como la obligación que existe a nivel de hermanos en la protección recíproca sus intereses, además de lo preceptuado en el artículo VI del título preliminar del Código Civil, sobre el interés moral, se declara fundado el recurso de casación y legítimo el interés para obrar de la demandante.

4.4.3 Casación N° 4323-2010-Lima: Ovodonación

La Corte Suprema declara fundado el recurso de casación interpuesto por M.A.A.D sobre el reconocimiento de acto jurídico recaído en el convenio de fecundación *in vitro* (FIV) al que se sometió la demandante.

La señora M.A.A.D tenía problemas de ovulación por lo que se sometió a un proceso de fecundación *in vitro* con los gametos de su esposo C.O.Q.C y con el óvulo de una donante anónima. Quedando ello registrado en el convenio de FIV y, siendo ratificado posteriormente en el documento denominado “Autorización de FIV y transferencia embrionaria”.

Posteriormente el señor C.O.Q.C demanda la nulidad de acto jurídico por ser supuestamente contrario a las normas.

Al respecto, la Corte Suprema señala que en el Perú existen dos tipos de TERA: la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial, siendo, la primera, el método para realizar una Gestación Subrogada (que no está reconocida legalmente) y, la segunda, la forma con la que se practicó la ovodonación. Sobre ésta menciona que según el artículo 7° de la Ley General de Salud sobre la identidad entre madre genética y gestante, no existe proscripción ya que la mujer sí podía gestar, pero no ovular, por lo que recurrió a la donante; en ese sentido – expresa - que lo que habría es un vacío normativo y no un ilícito, resaltando el axioma jurídico de que “lo que no está prohibido está permitido”.

Por otro lado, sobre el convenio de FIV al ser analizadas las cláusulas cuarta y octava, respectivamente, se comprueba que ambas partes estuvieron de acuerdo y manifestaron su voluntad de forma válida, siendo ésta ratificada mediante documento denominado “Autorización de FIV y transferencia embrionaria”.

Por esas consideraciones, queda evidenciado el cumplimiento de los requisitos del artículo 140° del Código Civil y debido a que producto de dicho procedimiento nació una menor (que se encuentra al cuidado de la demandante) de acuerdo a los derechos a la identidad, proyección de la personalidad y a sus atributos reconocidos en el principio del interés superior del niño declaran fundada la casación.

4.4.4 Casación N° 563-2011-Lima

Considerada como la primera sentencia ícono en los casos sobre Gestación Subrogada.

La Corte Suprema declara infundada la casación y confirma las decisiones de primera y segunda instancia que declaran fundada la demanda de adopción por excepción incoada²¹ de la pareja D.F.P.Q y G.S en donde la mujer con imposibilidad reproductiva pactó con otra (los señores I.Z.C.M y P.F.P.C) la realización de un “vientre de alquiler” en la modalidad de gestación sustituta (la mujer subrogada otorga el óvulo y también gesta el producto) mediante un procedimiento de inseminación artificial con los gametos de su esposo, teniendo como resultado el nacimiento de la niña V.P.C a la cual acogerían como hija por medio de la figura de la adopción por excepción (ya que la mujer estéril era tía del esposo de la gestante

²¹ Código del Niño y Adolescente

Art. 128° En vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción ante el juez especializado, inclusive sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente, los peticionarios siguientes:

(...)

b) E que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto de grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción.

subrogada y por tanto sería tía abuela de la menor); sin embargo, la segunda pareja después se retractó del proceso argumentando que dicha figura no existiría y que los pre adoptantes no gozan de solvencia moral.

Los jueces comprobaron que, si bien el padre biológico de la niña era el señor G.S, en el acta de nacimiento figuraba como tal el señor P.F.P.C, por lo que legalmente la menor era hija de éste (y mantendría como tía a la señora D.F.P.Q). Asimismo, quedó evidenciado mediante los informes del equipo multidisciplinario que la primera pareja resguardaba con cariño a la niña, proveyéndole un adecuado ambiente familiar, mientras que, la segunda, exhibió un interés de lucro que los motivó a engendrarla, extorsionando a los señores D.F.P.Q y G.S y amenazándolos con abortarla.

Por dichos motivos, la Corte pese a no contar con la necesaria autorización de los padres para entregar en adopción incoada a la menor, optó por realizar una ponderación de derechos entre la oposición de la “madre” en prestar su asentimiento versus el derecho de la niña a contar con una familia y continuar siendo parte de ella, prefiriendo, en base al principio del interés superior del niño el derecho de la menor a tener una familia.

4.4.5 Expediente N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05

Proceso de amparo interpuesto por dos sociedades conyugales, conformadas por la pareja F.D.N.R y A.N.B.V (en la cual la mujer carecía de maduración de óvulos y tampoco podía gestar, cuyo esposo fue el aportante espermático) y la pareja C.L.S y E.B.R.U, (cuya mujer se sometió al procedimiento de Gestación Subrogada mediante una ovodonación, y cuyo esposo estuvo de acuerdo con todo el procedimiento) y en representación de los mellizos nacidos por dicha técnica,

contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), con el fin de que emita partidas de nacimiento en las que se reconozcan como padres de los menores a los señores F.D.N.R y A.N.B.V

Sobre el particular, el Reniec formula excepción de falta de representación de todos los demandantes menos de la señora E.B.R.U (quien fue la que alumbró a los mellizos), así como la excepción de falta de agotamiento de la vía previa. Al respecto, el juzgado resuelve desestimarlas pues, sobre la primera señala que, si bien es cierto que los demandantes carecen de falta de representación la señora Rojas sí la tiene, además de que si fuese avalada se permitiría la vigencia de la vulneración de los derechos de los menores y de los demandantes, quienes también obran a título personal. Sobre la segunda excepción, establece que existen dos motivos para evitar la vía previa: el agravio irreparable que se puede causar a los adultos y, sobre todo, a los niños y, la regulación exigua que hay en el país sobre las TERA, por lo que no existe vía administrativa que transitar.

Ahora bien, sobre el procedimiento de Gestación Subrogada y sobre el acuerdo inter partes, el juzgado señala que:

- Las normas y la jurisprudencia deben interpretarse de acuerdo a los tratados sobre derechos humanos y a las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, así pues, en mérito a la sentencia Artavia Murillo vs Costa Rica, al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a lo señalado por la Organización Mundial de la Salud, entre otros, se establece que, en base a los derechos a la salud reproductiva, al de la autodeterminación y al de privacidad es que se les reconoce a las mujeres la posibilidad de informarse y de asistirse de técnicas científicas para ser madres, la cual puede hacerse también por

medio de la cooperación de una tercera persona; es decir, utilizando una sustitución de útero. En ese sentido, expresa que no existen razones para que el Estado desconozca el resultado de una TERA, ya que no existe legislación que la prohíba.

- Sobre la identidad entre madre genética y biológica del artículo 7° de la LGS, señala que la norma solo menciona que el elemento genético debe coincidir con la condición de gestante más no ha previsto el tratamiento de otros casos, por lo que no estarían proscritos, ni podría realizarse una interpretación contrario sensu del texto pues, aparte de ser contrarios a la presunción de libertad no se pueden presumir limitaciones de derecho, por lo que sería legítimo aplicar dicha técnica. En el mismo sentido, destaca, que no existe norma legal que la prohíba, así según el artículo 2, inciso 24, literal A) de la Constitución “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”, razón por la cual el pacto realizado sería legítimo y el contrato perfectamente válido.

- Sobre el derecho a fundar una familia, señala que las TERA pueden ser utilizadas siempre que esa sea su finalidad (lo contrario sería ir en contra de la dignidad del ser humano), además de que el libre desarrollo de la personalidad consiste también en ejercer los derechos sexuales y reproductivos, siendo que Reniec, al no inscribir a los menores, atenta contra este derecho frustrando el proyecto de vida familiar por su elección reproductiva.

- Sobre el interés superior de los menores, destaca la existencia de la voluntad procreacional que tuvieron los señores F.D.N.R y A.N.B.V quienes crían y les prodigan un ambiente adecuado familiar a los mellizos versus el sentimiento solo de colaboración que tuvo la pareja conformada por F.C.L.S y E.B.R.U. Además,

destaca el derecho a la identidad (así como a su tutela) de los menores, que resulta fundamental en el desarrollo del vínculo entre los miembros de la familia.

Por los motivos expuestos el Quinto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Lima declaró fundada la demanda disponiendo la anulación de las partidas de nacimiento de los mellizos y la emisión de nuevas con los datos de los señores F.D.N.R y A.N.B.V como sus padres.

4.4.6 Expediente N° 01286-2017-0-1801-JR-CI-11

El matrimonio conformado por el señor N.D.Z.V y la señora C.R.L.R, quienes en 20 años no pudieron tener hijos (debido a que a la señora se le practicó una histerectomía completa a los 18 años y a cuyo cónyuge se le diagnosticó también baja fertilidad) presentan una acción de amparo contra el Reniec solicitando se deje sin efecto la resolución que declara improcedente la rectificación del apellido materno de la menor L.V.Z.P, quien fue producto de un proceso de Gestación Subrogada heteróloga, cuya gestación fue llevada de forma voluntaria y altruista por la prima de la demandante, la señora Z.P.R y en cuya partida de nacimiento figura como hija extramatrimonial del demandante y de esta última mujer.

Cabe añadir que, los demandantes antes de practicar la TERA en cuestión, primero intentaron realizar un proceso de adopción ante las oficinas del Ministerio de la Mujer, tuvieron escasa oportunidad debido a su edad.

El caso fue recibido por el Décimo Primer Juzgado Constitucional, el cual declara fundada la demanda según algunos de los siguientes considerandos:

- Señala que, sobre el particular, no existe regulación y tampoco una prohibición expresa del uso de las técnicas de reproducción asistida (de lo contrario existiría un apercibimiento o sanción). Sobre el artículo 7º de la Ley General de Salud

menciona que la disposición de identidad entre madre genética y madre biológica es un caso diferente al presente, por lo tanto, no está regulado. Así pues, dicha abstención podría ser interpretada como una permisón en mérito al principio de que lo que no está prohibido está permitido.

- No existe un procedimiento en la jurisdicción ordinaria para su revisión y que debido a la urgencia de que se formalice el derecho a la identidad y la filiación de la menor (derechos fundamentales) resulta procedente la vía del proceso de amparo.

- Sobre el principio del *mater semper cessa est*, señala que hoy en día es imposible sostener como incólume dicho supuesto debido a que, en la realidad, como el presente caso, muchas mujeres que no pueden gestar buscan a quien pueda hacerlo por ellas con o sin su carga genética.

- El acuerdo privado de útero subrogado (que no está regulado legalmente) ha sido llevado a cabo delante de un Notario, quien dio fe de todo el acto y de las obligaciones que las partes establecían en el documento, por lo cual es válido.

- La voluntad procreacional y las técnicas de reproducción asistida permiten una nueva forma de filiación.

- Se reconoce la evolución del concepto de familia y se señala que no puede establecerse una sola forma preponderante de ésta.

Dicha resolución fue apelada y en segunda instancia la Segunda Sala Constitucional Permanente se pronunció sobre el caso, señalando de forma general, lo siguiente:

- Sobre la alegada vulneración del derecho a la identidad de la menor

Resalta el principio del *mater semper certa certa est*, es decir, que madre es la que ha dado a luz y que se considera padre al hombre que ha contribuido con la mitad de la estructura genética del niño, asimismo señala que Reniec expidió el acta de nacimiento de la menor en mérito al Certificado de Nacido Vivo (en donde figuraba Z.P.R como madre y, por declaración de ésta el demandante como padre) todo en concordancia con el derecho de toda persona a llevar un nombre y los apellidos de sus padres. Adicionalmente señalan que nadie puede cambiarlos salvo por motivos justificados y mediante autorización judicial.

- Sobre el tratamiento del concebido en el ordenamiento jurídico peruano

Diversos documentos, incluyendo la Constitución y el Código Civil protegen al concebido y lo consideran sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

- Sobre el concepto concepción reconoce que a pesar del contenido de las normas utilizadas se aprecia que ninguna de ellas explica o define en qué momento del proceso vital se produce ésta. Por otro lado, señala que, el Tribunal Constitucional, en la sentencia N° 2005-2009-PA/TC-LIMA-ONG “Acción de lucha anticorrupción, ha señalado que la concepción de un nuevo ser humano se produce con “la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula (...) La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio” (Tribunal Constitucional, 2009, fundamento 38). Concluyendo que dicho tribunal ha establecido que la concepción se produce durante el proceso de fecundación.

- Respecto de la sentencia Artavia Murillo y otros Vs Costa Rica de la CIDH

Dicha Corte entiende el concepto de “concepción” desde el momento de la implantación o anidación, por lo que habría un aparente conflicto entre ambos

tribunales; sin embargo, el punto de vista peruano sería el más protector del derecho a la vida pues, señala “nuestro ordenamiento jurídico protege al ser humano de modo más favorable al concebido desde la concepción, entendida ésta desde la fecundación, y no desde la anidación” (Corte Superior de Justicia de Lima, Segunda Sala Constitucional Permanente, 2017, Exp. 01286-2017-0-1801-JR-CI-11, fundamento 4.27).

- Sobre la legalidad de las TERAS

Considera que el artículo 7° de la Ley General de Salud en cuanto al supuesto de identidad entre madre genética y gestante es una condición estricta y que realizar procedimientos contrarios, como el presente caso, estarían prohibidos, además de exaltar el cumplimiento de la disposición de la misma norma sobre el consentimiento previo y escrito de los padres biológicos.

- En líneas generales, considera que tanto el embrión como el cuerpo de la mujer colaboradora han sido considerado como objetos y que dicho proceso de Gestación Subrogada afecta los principios de dignidad humana y de las costumbres de la sociedad.

Por estos motivos, con resolución número once, de fecha 14 de agosto de 2018, la Sala decidió REVOCAR la sentencia emitida por el Décimo Primer Juzgado Constitucional declarando improcedente la demanda.

Cabe señalar que, la parte demandante ha presentado un recurso de agravio constitucional al Tribunal Constitucional para que pueda resolverse en instancia definitiva el caso, el cual, hasta la fecha, 24 de agosto de 2020, no ha sido resuelto.

4.4.6.1 Algunas consideraciones sobre el estatuto jurídico y ontológico del embrión a propósito del caso recaído en el Expediente N° 01286-2017-0-1801-JR-CI-11

Si bien es cierto, este tema es digno de una investigación específica porque requiere de la presencia de varias disciplinas que son necesarias en su estudio para si quiera aproximarse a un conocimiento exacto sobre el momento en el que surge la vida de una persona humana consideramos necesario mencionar de forma general la postura que mantiene el Perú con respecto a la naturaleza del concebido.

De Lora y Gascón (2008) hacen un recorrido sobre la historia desde donde podría nacer la protección de éste, señalando:

(...) el aborto mismo fue difundido por Aristóteles y Platón como modo de control migratorio. Su licitud dependía de que se practicara antes de que se produzcan en el embrión la sensación y la vida. Ello acontecía cuando se daba la condición de criatura racional en el feto, cosa que no ocurría antes de los 40 días de gestación para los varones y noventa días para las mujeres. Tras esos plazos al cuerpo embrionario humano le era insuflada el “alma intelectual” superponiéndose a sus previas almas vegetativa y animal. (p.62)

Posteriormente, en la Edad Media esa postura fue la que prevaleció convirtiéndose en la postura oficial de la Iglesia Católica con la promulgación de la encíclica *Casti Connubi* y con la Instrucción *Donum Vitae* emitida por la Congregación para la Doctrina de la Fe en 1987 habiendo sido su prefecto el Papa Benedicto XVI, en éste se afirma que desde la constitución del cigoto (fruto de la generación humana) cuando ha sido concebido merece respeto, debiendo

reconocersele desde ese momento todos sus derechos, sobre todo el de la vida (Cieza, 2017).

Lo referido anteriormente es desarrollado por la Iglesia Católica sobre el “estatuto moral del embrión” que considera al cigoto desde el momento de la concepción como ser humano vivo, por ende, beneficiario de toda protección jurídica. Dicho precepto es el que ha recogido en la Constitución Política del Perú, que establece:

“Artículo 2°.-Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece” (Constitución Política del Perú, 1993). (El subrayado es nuestro).

Asimismo, el Código Civil²² recoge similar idea con respecto a la protección del concebido:

Artículo 1.- La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.

La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece.

²² El Código Civil de 1852, siguiendo la corriente del Derecho romano, establecía en su artículo 1° que: “El hombre, según su estado natural, es nacido o por nacer”, y en el artículo 3° que “al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece”; para finalmente agrega en el artículo 4° que: “El nacido y el que está por nacer necesitan para conservar y transmitir estos derechos que su nacimiento se verifique pasados seis meses de su concepción, que vivan cuando menos veinticuatro horas y que tenga figura humana”.

El proyecto de Código Civil de 1890 era, por su parte, hasta más preciso al establecer en su artículo 149 que “el hombre, según su estado natural, es concebido o nacido”, agregando que “al concebido se le reputa nacido para todo lo que le favorece”.

El Código Civil de 1936 no utiliza el término “concebido”, como se preveía en el proyecto antes glosado, sino que establecía que “El nacimiento determina la personalidad. Al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece, a condición de que nazca vivo”.

La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo (Código Civil Peruano, 1984).

Como se ve entonces, queda claro que en la normativa nacional la protección jurídica del ser humano comienza desde la concepción; sin embargo, el verdadero problema se encuentra en saber en qué momento exacto de las fases de desarrollo embrionario es que se da, por ende, en qué momento es que empezaría la vida y en qué momento es que se le daría la máxima tutela jurídica como sujeto de derecho. Así pues, tal como se ha señalado en el derecho comparado, resulta interesante postular la idea de si el ser humano debe ser protegido como sujeto de derecho en este periodo de su desarrollo o, *contrario sensu*, como un bien jurídico tutelado constitucionalmente hasta su consideración como concebido (caso del embrión extrauterino) (Cieza, 2017).

Sobre el estatuto ontológico del embrión, existen diversas teorías como la de la fecundación, la de la anidación, la de la viabilidad, la del surgimiento del sistema nervioso, entre otras, que tratan de explicar desde cuándo se produciría la vida en el ser humano y desde cuándo merece la tutela del derecho, pero para los fines de la presente investigación solo se desarrollan dos: la teoría de la fecundación (que es la que ha adoptado el Perú) y la teoría de la anidación (que es la que la Corte Interamericana de Derechos Humanos defiende).

- La teoría de la fecundación

Establece que la vida de un ser humano comienza desde el instante en que la cabeza del gameto masculino (espermatozoide) penetra la membrana que recubre el ovocito (óvulo) dando lugar a una nueva célula denominada cigoto que, aunque contiene los cromosomas del varón y la mujer, ya es un ser distinto.

Sobre el particular, destacamos que la posición peruana es precisamente la basada en esta teoría, así lo ha demostrado el Tribunal Constitucional con la expedición de la sentencia N° 02005-2009-PA/TC-Lima-ONG “Acción de lucha anticorrupción”, conocida como la sentencia de “la píldora del día siguiente” por medio de la cual refiere que el proceso de concepción debe entenderse desde el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide.

Debemos de señalar que, el Tribunal Constitucional ha establecido en dicha sentencia que la concepción de un ser humano nuevo se da “con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que (...) constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. Un ser único e irrepetible (...) (Tribunal Constitucional del Perú, sentencia N° 02005-2009-PA/TC, 2009, fundamento 38).

Asimismo, menciona:

(...) el Tribunal Constitucional peruano establece que la concepción se produce durante el proceso de fecundación, cuando un nuevo ser se crea a partir de la fusión de los pronúcleos de los gametos tanto materno y paterno, proceso (...) antes de la implantación. (Tribunal Constitucional del Perú, sentencia N° 02005-2009-PA/TC, 2009, fundamento 53)

- La teoría de la anidación

Esta teoría presupone que el inicio de la vida en el ser humano solo puede ser posible - y viable - a partir del momento de la anidación del cigoto, originado por la fecundación del gameto femenino (entiéndase óvulo) con el espermatozoide, dentro del útero materno.

La anidación no es un acto instantáneo, sino que también es un proceso que comienza aproximadamente al séptimo día de la fecundación, cuando el cigoto transformado en blastocisto se comienza a adherir al endometrio y con la hormona gonadotrofina coriónica humana (HCG) secretada por el blastocisto a través de la sangre, el cuerpo materno advierte que está en desarrollo un nuevo individuo, actuando pues para impedir la ovulación. El proceso de anidación dura 7 días aproximadamente una vez iniciado y 14 desde la fecundación. (Corte Superior de Justicia de Lima, Segunda Sala Constitucional Permanente, 2018, Exp. N° 01286-2017-0-1801-JR-CI-11, fundamento 4.25)

Esta teoría es la que ha tomado la Corte Interamericana de Derechos Humanos para referirse al inicio de la vida y de la tutela del embrión por parte del Derecho, precisando el contenido y alcances del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre el derecho a la vida²³.

Ahora bien, sobre el punto de vista de la investigadora en cuanto al expediente N° 01286-2017-0-1801-JR-CI-11, en el cual hay un claro conflicto entre la posición de primera instancia (que concuerda con la Corte IDH y la teoría de la anidación) con la de segunda (que defiende lo señalado por el Tribunal Constitucional y la teoría de la fecundación) respecto de la consideración del comienzo de la vida humana en el marco de la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida.

²³ Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Al respecto, resulta importante mencionar la posición de la Corte en la sentencia Artavia Murillo y otros Vs Costa Rica (que ha sido ampliamente desarrollada en el numeral 4.2.1 del presente capítulo), en la cual, sobre el reconocimiento de los derechos reproductivos de las personas, así como de la posibilidad de acceso a la tecnología para combatir su infertilidad mediante mecanismos alternativos de reproducción asistida, concluyó:

El Tribunal entiende el término “concepción” desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, la expresión "en general" permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones. (Corte IDH, 2012, caso Artavia Murillo y otros (Fertilización *in vitro*) Vs. Costa Rica, fundamento 189)

Sobre esta teoría resulta importante destacar lo señalado por Jones, citado por Cieza (2017), quien menciona que hasta el momento de la fase de la anidación (producido aproximadamente por el día sexto desde el momento de la fecundación) no sería posible pronunciarse sobre la existencia de una individualidad o unicidad, ya que el cigoto posee células totipotenciales hasta el día 3 o 4 , por lo que éstas podrían dividirse y generar un proceso de gemelación; del modo contrario, también podría producirse el proceso de forma inversa, fundiéndose varios cigotos en uno. Adicionalmente, menciona que la masa celular, además de contener el material biológico que generará al embrión, también está compuesta por el material que dará origen, entre otros, a la placenta y al cordón umbilical, por lo que tendrían la misma composición del feto, sin embargo, podría decirse que ¿son una persona?

Definitivamente, cada teoría vista tiene su propia argumentación y están fundamentadas desde perspectivas médicas y biológicas; sin embargo, consideramos que, como se había mencionado, el hecho de querer referirse a un tema tan importante como el hecho de conocer y de tener certeza de cuándo empieza la vida en un ser humano es bastante complejo, sin duda alguna, seguirá siendo un tema en estudio y sobre el cual no se puede hacer ninguna aseveración precisa, sin embargo, y para los fines de la presente investigación se considera que tanto la teoría adoptada por la legislación nacional como por la supranacional están siendo utilizadas a conveniencia de cada sistema legal y de acuerdo a la mentalidad que prima en ellos; es decir, el Tribunal Constitucional peruano con la tesis de la fecundación (a pesar que señale que es más protectora de la vida) estaría restringiendo o intentando prohibir de esa forma la posibilidad de poder realizar fecundaciones *in vitro* (que es el mecanismo mayormente utilizado para la realización de las técnicas de reproducción asistida) o estaría tratando de que estas técnicas no contemplen la existencia de embriones sobrantes, por ende, de limitar el número de productos y transferencias, lo cual sería idóneo, siempre y cuando se contara con un marco legal que previera todas esas circunstancias, pero no es así.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se adhiere a la teoría de la anidación presenta, a criterio de la investigadora, una visión de la realidad más amplia, una perspectiva de las situaciones sociales con mayor apertura a la utilización de las herramientas tecnológicas desarrolladas y que deberían por medio del Estado ser puestas a disposición de la sociedad para que las personas con imposibilidad reproductiva puedan encontrar en ellas una alternativa de solución a su problema.

Básicamente, por este motivo es que el caso en cuestión ha sido elevado vía recurso de agravio constitucional al Tribunal Constitucional para que de acuerdo a su discrecionalidad y a sus facultades puedan sus miembros revisar los fundamentos de la causa y emitir el tan esperado pronunciamiento que les permita no solo a las partes sino a toda la sociedad contar con una decisión idónea que constituya el precedente que tanto se espera y que fije de una vez un criterio efectivo y garante de derechos en el marco de la aplicación de la Gestación Subrogada y las técnicas de reproducción asistida.

4.5 Conceptos de observancia obligatoria en la figura de la Gestación Subrogada que merecen ser replanteados

4.5.1 El principio “mater semper certa est”

El Perú, así como la mayoría de legislaciones latinoamericanas, reconoce en su Código Civil la presunción de maternidad de una mujer cuando ésta ha dado a luz a una criatura sin necesidad de realizarle un reconocimiento posterior, ya que, hasta el momento, se toma como certidumbre el hecho de que madre es la que pare, en concordancia con el principio romano “*partus sequitur ventre*” o el parto sigue al vientre.

En atención a lo señalado, el Código Civil peruano en su artículo 409²⁴ realiza el reconocimiento de dicha situación y le atribuye la maternidad a aquella mujer que pruebe el hecho del parto con la identidad del hijo. En ese sentido, la presunción “*mater semper certa est*” se encontraría determinada tanto por el contenido del artículo antelado, así como por lo mencionado en el cuestionado artículo 7º de la

²⁴ Código Civil peruano
Art. 409º.- La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo.

Ley General de Salud, en cuanto a la pretendida coincidencia que debe haber entre la maternidad genética con la biológica (Varsi, 2013).

Según el contexto en el que nos encontramos, destacamos que la figura de la maternidad siempre ha sido considerada como algo cierto mientras que el tema de la paternidad como una duda (que puede ser develada con pruebas genéticas); es decir, el tratamiento de ambas figuras ha sido distinto siguiendo una regla que, hoy en día, a la luz de las circunstancias evidentemente ha quedado desfasada.

Ahora bien, tomando como referencia la existencia de este procedimiento, la situación creciente de los casos de infertilidad en la sociedad peruana y la práctica de la TERA Gestación Subrogada en circunstancias irregulares es necesario que se le brinde otra perspectiva - podría decirse más flexible - al principio que alude a la presunción de maternidad, tomando en consideración que es un postulado proveniente de la antigua Roma, época en la cual no existía el hecho de una posible disociación entre los conceptos de madre genética y madre gestante, por lo que en la actualidad sus efectos quedan relativizados e inaplicables a los hechos producto de dicho procedimiento.

En ese sentido, Torres (2017) refiere que dicha presunción “admitiría prueba en contrario, pues la regla del parto tiene sentido cuando se condice con la realidad, lo que no ocurre en la maternidad disociada donde resulta ineficiente” (párr.10).

Por su parte, Chiapero (2012), destaca también la necesidad de considerar los avances tecnológicos aplicados a la reproducción asistida, pues antes “la fecundación (...) estaba indisolublemente unida en una realidad causal inobjetable, y unida al hecho también biológico del parto. Hoy la posibilidad de transferir

embriones humanos al útero de otra mujer pone en crisis a la legislación civil (...)” (p.139).

4.5.2 Filiación y Voluntad Procreacional

Sin duda alguna con la aparición de las Técnicas de Reproducción Asistida no solo se ha generado una revolución en lo referido a la consecución de descendencia, sino que, además, ha permitido fomentar cambios a conceptos que antes se consideraban infranqueables como el de la filiación.

La filiación, del latín *filius* que significa hijo, se caracteriza como aquel “conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres dentro de la familia” (Chiapero, 2012, p.135). Otras definiciones la señalan como el estado de familia que inmediatamente deriva de la generación para el generado.

Entonces, la filiación se puede entender como aquel “vínculo jurídico que nace entre padre e hijo, que el estado protege y regula mediante ley” (Cieza, 2017, p.291). El cual puede tener una procedencia biológica o no como en los casos de la adopción. Dicha filiación resulta indispensable para determinar responsabilidades de los padres frente a sus hijos en los casos de proveerlos de alimentación, educación, recreación, entre otros.

En el derecho nacional, la filiación tiene como regla general el vínculo de la consanguinidad, que sirve de fundamento para la presunción *pater is*²⁵ y es una de las consecuencias más importantes de ella. Existen tres aspectos en los cuales el

²⁵ La presunción *pater is* es aquella aplicable al Derecho de Familia por el cual se presume que el hijo nacido de una mujer casada siempre tiene como padre al esposo de ésta, a pesar que ella declare lo contrario.

vínculo legal no consanguíneo puede producir filiación: en caso de adopción, incisos 1 y 2 del artículo 402° del Código Civil²⁶ y ciertos resultados de la presunción *pater is* (Rubio, 1996).

Teniendo en consideración entonces la postura existente en nuestra legislación sobre los casos en los cuales procede el vínculo de filiación resulta fundamental comprender que la práctica de la TERA Gestación Subrogada ha modificado dicha concepción, pues al ser una realidad el hecho de que una pareja pueda tener un hijo genéticamente ajeno a ellos o cuyo alumbramiento pueda ser realizado por otra mujer sitúan a dicha figura “ante un nuevo umbral, ya que al tratarse de relaciones nuevas, crea múltiples dificultades y polémicas sobre su tratamiento, aumentando la importancia de la voluntad, y disminuyendo el valor de la realidad biológica o genética” (Lamm, 2012, párr.6).

En concordancia con la opinión de la misma autora se sostiene que tanto la Gestación Subrogada como las otras técnicas de reproducción asistida hacen necesaria la reestructuración del sistema jurídico peruano y del sistema adoptado por el Código Civil ya que con la existencia de éstas se ha abierto paso a otro tipo de filiación distinta de las convencionales en las cuales la voluntad (de procreación) juega un papel preponderante.

La voluntad procreacional:

El concepto de la voluntad de procreación no es nuevo, pues es aquel que debería estar presente siempre en todas aquellas parejas antes de conseguir

²⁶ Art. 402. La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

1. Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.
2. Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobados por actos directos del padre o de su familia.

descendencia; es decir, se reduce a la planificación – básicamente - del momento en el que las personas deciden ser padres. Ahora bien, si lo llevamos al ámbito de la aplicación de la TERA subrogación uterina la voluntad procreacional desempeña un rol vital debido a que es precisamente gracias a ésta que se le podría reconocer (y de hecho se le ha reconocido en algunas sentencias) el vínculo jurídico de filiación de padres (específicamente a la madre que no gestó a la criatura) con el menor producto de dicha técnica, asumiendo todas las consecuencias que de ese vínculo se derivan.

Como acertadamente señala Siverino (2012):

La maternidad legal, en el contexto de las nuevas tecnologías reproductivas, no puede ser impuesta por cánones rígidos o formales. Debe ser atribuida luego de un análisis en cada caso concreto, analizando cómo fluyen los elementos involucrados: el dato genético (quién aporta el óvulo), quién lleva adelante la gestación y quién ha determinado e impulsado todo este proceso, es decir, quién es la mujer que desea, proyecta y busca concretar la maternidad (...). (párr.38)

Así pues, tomando en consideración la coyuntura social en materia del uso y de aplicación de la TERA Gestación Subrogada en el Perú y siendo conscientes que deben existir y valorarse ciertos conceptos que hoy en día resultan medulares, es necesario considerar a la voluntad de procreación como uno de ellos, ya que es un elemento directo de convicción sobre la razón de existir de un menor fruto de esta técnica, el cual debería de resultar, debería de ser considerado determinante para la atribución de maternidad en un caso de subrogación de útero.

Al respecto, Cieza (2017) se pronuncia, comulgando con lo descrito por Siverino, señalando que, ante un caso de determinación de maternidad los operadores jurídicos deben analizar quién tuvo la incontrovertible voluntad de ser la madre por medio de sus actuaciones, las cuales deben estudiarse fácticamente, “pasar por alto en el análisis jurídico la voluntad procreacional entendida como la expresión inequívoca de la voluntad o la querencia de ser padres es cegarse (...)” (p.81). (el subrayado es nuestro).

En ese sentido, resulta conveniente citar el caso (ya desarrollado en jurisprudencia peruana) recaído en el expediente N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-O5, en cuyo considerando décimo segundo, señaló:

(...) Además de lo antes indicado, se debe tener en cuenta que la Sra. Ballesteros desde un inicio tuvo voluntad procreacional para tener hijos, a diferencia de la madre biológica que desde un inicio – y hasta ahora – tuvo una voluntad de entregar a los menores a la Sra. Ballesteros. (Corte Superior de Justicia de Lima, Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, 2017) (el subrayado es nuestro).

4.5.3 Interés superior del niño

Otro concepto fundamental que debe respetarse y tenerse en cuenta siempre para poder comprender y atender la necesidad de aceptación de la TERA Gestación Subrogada en el ordenamiento jurídico peruano es el del interés superior del menor, aquel principio base que tiene que ver con la procura del bienestar máximo del niño, en este caso del menor producto de la práctica de la técnica reproductiva en cuestión; aquel principio que alberga y propugna sus

derechos básicos y que, a la vez, le permite un adecuado desarrollo tanto físico como psicológico en las mejores condiciones y en un ambiente apropiado.

Dicho principio ha sido reconocido por la ley nacional y goza de tutela tanto en la Constitución Política²⁷ como en el Código del Niño y del Adolescente²⁸, así como en dispositivos de orden internacional y de los que el Perú es parte, como la Convención sobre los Derechos del Niño²⁹, que establecen, en líneas generales, que ante cualquier medida que el Estado deba tomar, en donde se encuentren en juego los intereses de un menor, deberá hacerse siempre respetando el principio del interés superior de éste en concordancia con la primacía de los derechos que lo asisten.

La jurisprudencia nacional ha establecido que “(...) es un principio que garantiza la satisfacción de los derechos del menor; y como estándar jurídico implica que (...) “cualquier medida que se tome a nivel público o privado deberá contemplar en primer lugar el cuidado de que no dañe ni ponga en riesgo el cumplimiento de ningún derecho de niñas, niños y adolescentes” (Corte Suprema de Justicia de Lima, Sala Civil Transitoria, 2008, Casación N° 1006-2007, considerando quinto). En el mismo sentido, Plácido (2015) refiere que el interés superior del niño “es el conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas

²⁷ Constitución Política

Artículo 4. La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)

²⁸ Código del Niño y del Adolescente

Título Preliminar

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

²⁹ Convención sobre los derechos del niño (ratificada el 02 de setiembre de 1990)

Artículo 3º

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño (...).

condiciones de vida del niño y que, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción para la debida protección de sus derechos fundamentales (...)” (p.190).

El Tribunal Constitucional en el expediente N° 02079-2009-PHC/TC, también se ha pronunciado sobre este principio y ha determinado su significado y los alcances que tiene, señalando que:

(...) el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no solo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés (...). En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no pueda ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos. (fundamento 13)

Resulta claro entonces que, el principio de interés superior del niño es un concepto que debe encontrarse siempre presente al momento de evaluar todo lo concerniente a cualquier conflicto o desavenencia producida entre personas y en el cual esté presente algún menor de edad. Así pues, y en el contexto presente, sobre casos de subrogación, con mayor razón, pues el objetivo de estos procedimientos es la consecución, precisamente, de una criatura y, como ya se ha

señalado, al no contar con normas que regulen este tipo de técnicas dichos menores resultan ser la parte más vulnerable en la relación de los partícipes y por ello la normativa nacional debería de considerarlo y proveerle de una adecuada tratativa con el fin de hacer prevalecer sus derechos, incluso, sobre los de los demás intervinientes cuando exista algún conflicto entre ellos.

En ese contexto, resaltamos la existencia de aquellos fundamentos que tienen que ver con la alegación del principio del interés superior del niño desarrollados en algunas sentencias sobre Gestación Subrogada y las TERA. Así pues, en el marco de la vinculación y ponderación de derechos que los jueces tienen que hacer frente a estos casos y en donde se decide el futuro de un niño, han recurrido indubitablemente a dicho principio como salvaguarda de los menores, aquellos que, como se ha ido señalando, resultan ser la parte más vulnerable en todo el proceso.

Como muestra de ello, tenemos la Casación N° 4323-2010, en la cual, como ya se ha visto, la Corte Suprema, en mérito al principio en alusión, reconoció la maternidad de la mujer que alumbró a una niña con la que no compartía vinculación genética en mérito al hecho de su existencia (que debería ser protegida en virtud de los instrumentos nacionales e internacionales que tutelan a los menores de edad) y de los cuidados que ella le prodigaba.

En el mismo sentido, destacamos la casación N° 563-2011, en la que la Corte Suprema peruana sobre una menor fruto de un proceso de Gestación Subrogada, luego de analizar la situación de ésta quien se encontraba viviendo con los padres pre adoptantes casi desde su nacimiento y verificar que se encontraba en un ambiente adecuado, realizó una ponderación de derechos entre la oposición de la madre en prestar su asentimiento como requisito para la adopción de la niña, versus

el derecho de ésta a tener una familia y continuar siendo parte de ella, en virtud del principio del interés superior del niño, consideró que debía preferirse el derecho de la menor a tener una familia.

Para finalizar esta parte consideramos conveniente citar también la posición que adoptó el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional en su resolución N° 05 sobre el tema del interés superior del niño reconocido en el penúltimo caso de gestación por sustitución en el país. Así pues, en su considerando décimo segundo, sobre el interés superior de los menores, señaló:

(...) Y es que este Juzgado no solo debe tener en cuenta los derechos de los adultos que intervienen en esta causa (esposos que querían ser padres y no podían y esposos que podían ser padres y ayudaron a los primeros) sino también el interés superior de los menores. (Corte Superior de Justicia de Lima, Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, 2017, Exp. N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05)

Así resultó que, en base al principio señalado, concatenado con derecho a la identidad de los menores, al derecho de una familia, así como a otros presentes en el caso de los adultos, la justicia resolvió por darles la razón a los accionantes y reconocer la maternidad de una mujer que no gestó ni aportó su material genético respecto de los menores nacidos por la subrogación gestacional.

Dicha sentencia por su contenido y por el análisis más completo que realizó en relación a sus homólogas, resulta precedente jurisprudencial medular en cuanto al reconocimiento de la práctica de la TERA Gestación Subrogada en el Perú.

4.5.4 Orden público y buenas costumbres

Uno de los principales problemas con los que se enfrenta el debate para la aceptación de la Técnica de Reproducción Asistida Gestación Subrogada en el Perú es precisamente aquella postura que alega que dicha práctica iría en contra de los preceptos sociales “orden público” y “buenas costumbres”, sin embargo, la investigadora destaca que el contenido de estos no se encuentra descrito imperativamente en ninguna norma por lo que su significado impreciso puede, y de hecho, es fácilmente manipulable de acuerdo a la concepción que algún sector de la sociedad tenga sobre ellos, y ese es precisamente el problema, que el sector opositor a la aprehensión de la TERA Gestación Subrogada los utiliza y los convierte en una suerte de trabas para no permitir la adopción de figuras nuevas que obedecen al cambio y a la evolución social, las cuales no tendrían que generar ningún conflicto si se les aceptara bajo determinados parámetros.

Si bien es cierto, el título preliminar del vigente Código Civil señala que: “Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres” (artículo V), también es cierto que no existe definición alguna de éstas; es decir, no existe conceptualización expresa en la ley de ninguno de los términos aludidos.

Ahora bien, con respecto a la jurisprudencia encontramos un intento de otorgarle definición al tema del orden público. Así tenemos la casación N° 3702-2000-Moquegua, que lo considera como:

(...) el conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible, y de cuyos márgenes no puede escapar ni la conducta de los órganos del Estado, ni la de los particulares, para

lo cual el Estado compromete sus atribuciones coercitivas, de ser necesario recurrir a ellas. (Corte Suprema, Sala Civil, 2000)

Sobre lo antelado llegamos a la misma conclusión: no existe una explicitación de los hechos que configuran el denominado “orden público”, solo menciona a una agrupación de normas jurídicas, sin señalar a cuáles se refiere y, a unos “márgenes” que tampoco establece ni menciona cuáles son, por lo que se sigue trastabillando en una idea vaga que hasta establece prohibiciones acompañadas de medidas coercitivas sobre conductas infractoras que no están expresamente delimitadas y que, lógicamente, no son estáticas; razón suficiente para argumentar que la alegación de dicho concepto como fundamento de prohibición de la Gestación Subrogada en el país, además de fútil, resulta ilógico.

Ahora bien, respecto al tema de las buenas costumbres, pese a encontrarse mencionado (al igual que el orden público) en el artículo V del título preliminar del Código Civil, tampoco tiene una definición exacta y se le suele identificar más con temas de moralidad (que también suele ser un concepto relativo y vago, “ajustable” y pasible de manipulación que muchas veces obedece a criterios de sectores ultra conservadores y/o ultra religiosos enquistados en la sociedad); sin embargo, se postula la idea de que su existencia, comprendida de forma general y correcta, podría evitar la aprehensión de situaciones que importen verdaderos hechos de degradación humana y social (como “la venta de influencias o el corretaje matrimonial”, entre otras (De La Puente, 2011, p.39)), pero aun así no termina siendo argumento suficiente para oponerse, ni mucho menos, para prohibir el contrato de Gestación Subrogada.

En cuanto al tema, Varsi refiere que:

El concepto de buenas costumbres es un concepto axiológico, valorativo, que va cambiando conforme la sociedad avanza, y la idiosincrasia, los valores y las costumbres de las personas también cambian; quizás hace 10 años sí, pero actualmente los valores de la sociedad son totalmente distintos y la maternidad subrogada no es un acto negativo, sino, por el contrario, positivo. (comunicación personal, 21 de agosto, 2019)

Asimismo, Rodríguez-Cadilla M. menciona:

Orden público, es una situación o estado de paz, de normalidad, de armonía en las relaciones humanas dentro de una colectividad y las buenas costumbres vendrían a ser formas de comportamiento de las personas dentro de dicha colectividad dentro de un tiempo o una época. (...) las buenas costumbres de antes no son las de hoy en día. El orden público va a tener que ir cambiando también, no podemos cerrarnos en cánones rígidos formales (...) el Derecho tiene que resolver las situaciones actuales para poder tratar de encauzar y ver de qué manera cuidar ese orden público que se puede ver resquebrajado frente a realidades que hoy en día superan lo que venía desde atrás (...) nuestro Código Civil viene de una realidad en donde no cabía ninguna duda de la maternidad de una mujer, la paternidad podía estar en tela de juicio, pero la madre no, la que paría era la madre; hoy en día con la reproducción humana asistida estos pilares del Derecho se han venido abajo, las TERA han hecho posible que un niño pueda tener una madre

genética, una madre biológica y una madre legal. (Comunicación personal, 07 de agosto, 2019)

Así pues, creemos más bien que los conceptos de orden público y de buenas costumbres obedecen a un marco general de comportamiento de las personas dentro de la sociedad, el cual - sin duda - es importante para establecer parámetros en la interrelación humana, pero que, a su vez, deben ser concebidos tomando en cuenta la recepción de todas aquellas nuevas situaciones sociales que surgen con el desarrollo y avance de las ideas y de la tecnología, por lo que de ningún modo pueden ser (o intentar ser) reducidos a conceptos limitantes o prohibitivos, basados en criterios desfasados propios de un contexto distinto al actual, de aquellas decisiones que solo podrían generar impacto en las propias personas que recurran a un procedimiento de útero subrogado como consecuencia de una imposibilidad reproductiva.

En este punto, destacamos lo referenciado por la doctrina española en el sentido que se señala que orden no es aquella simple presión que desde afuera se puede ejercer sobre la sociedad, sino que es el equilibrio que se suscita en su interior (Ortega y Gasset, 1996).

Del mismo modo, es pertinente traer a colación las principales conclusiones a las que llega Ferrand (2007) en su tesis “El orden público en el Derecho Privado”, de las cuales hemos considerado básicamente tres, la números 12, 28 y 30 (las principales identificadas para los fines de la presente investigación): la primera que señala que tanto el orden público como aquellas costumbres calificadas como “buenas” son procedentes de una historia de relaciones económicas, sociales y políticas a las cuales obedece una cultura por lo que siempre pueden reorientarse

de acuerdo a las aspiraciones sociales; la segunda, que refiere que dichas normas (las de orden público) pueden ser – y han sido - instrumento de logro de un paradigma de una sociedad ineficiente e inequitativa según la actividad legislativa que demuestre un Estado, en razón a ello adiciona que el orden público es el que permite dirigir tanto a la sociedad como al Derecho mismo; y, la última, que indica que la determinación del orden público por parte del Estado no tiene que generar ninguna situación de discriminación ni de exclusión para sus ciudadanos, tomando en consideración que el Perú es un país diverso y pluricultural, adicionalmente se detalla que no es que éste deba ser neutral tampoco sino que está en la obligación de crear, mediante el establecimiento de reglas, aquel equilibrio que permita ser posibles tanto a un mercado de recursos escasos y a la sociedad en cuanto tales.

Teniendo en consideración lo señalado, la investigadora es de la idea que tanto las nociones de orden público como las de costumbres consideradas como “buenas” están direccionadas a brindar los lineamientos para seguir determinados comportamientos, los cuales, se supone, deberían ser los idóneos para vivir de manera armoniosa tanto individual como socialmente. Así pues, creemos que el primer término alude a las actitudes llevadas a cabo en colectividad y, la segunda, a aquellas que pertenecen a cada persona. En ese sentido, creemos que ambos deberían obedecer a un concepto más amplio y evolucionado en concordancia con la normal mutabilidad de la sociedad, de ese modo nos animamos a plantear un pequeño concepto que los considera como aquellas conductas sociales que encauzadas por el poder que rige un Estado permiten construir una sociedad en base al respeto y a la observancia de los derechos y libertades atribuidos a las personas que la integran cuyo objetivo se traduce en normas que regulen el

comportamiento de los ciudadanos y que vayan acorde con la evolución y el avance de los pueblos.

4.6 El contrato de Gestación Subrogada

Uno de los elementos más importantes que rodean la figura de la Gestación Subrogada es la forma en la que ésta podría ser regulada entre los intervinientes; es decir, aquel dispositivo idóneo que recoja las condiciones y parámetros bajo los cuales se llevará a cabo el desarrollo del procedimiento entre las partes, aquel que les otorgue seguridad del cumplimiento de las obligaciones de los involucrados y que, a su vez, les sirva de medio probatorio ante las autoridades frente a la eventual ocurrencia de cualquier problema.

Actualmente, los casos que han sido conocidos en sede judicial han mostrado que los acuerdos entre las partes han sido realizados por medio de un “convenio de útero subrogado”, el cual, por sus características hacía las veces de un contrato. Sobre ello, la especialista en litigación sobre temas de Gestación Subrogada en el Perú, Rodríguez-Cadilla R. menciona:

Por ahora, venimos utilizando un acuerdo privado entre partes que es el convenio de útero subrogado, que tiene validez y que normalmente contempla en sí mismo sus propias sanciones entre los involucrados y que, además, recibe una validación respecto de la figura del Notario como garante y es precisamente él quien está dando fe no solamente de que las personas están de acuerdo en lo que pactan sino que están en capacidad de hacerlo y lo están haciendo libremente, sin coacción alguna y que luego no van a

poder retractarse de aquello que han pactado (...). (Entrevista personal, 14 de agosto, 2019)

Si bien es cierto, creemos que dicho mecanismo regulador utilizado hasta el momento ha resultado adecuado, como lo destacan los especialistas: “Los casos que llevo no se judicializan porque una de las partes no quiso entregar al bebé o porque la otra no lo quiso aceptar porque nació con un defecto, en estos casos es por la falta de legislación que hay, el problema son los apellidos que se ponen al niño, los de la mujer que dio a luz y no los de la verdadera madre” (Rodríguez-Cadilla. M, comunicación personal, 07 de agosto, 2019), consideramos que, una vez que el Estado vía Poder Legislativo decida regular la figura de la Gestación Subrogada con todos los requisitos y límites que permitan que su aplicación en el país sea la más adecuada, la adopción de la figura del contrato (como reemplazo del convenio) resultaría un mecanismo idóneo para otorgar mayor seguridad jurídica a las obligaciones a las que se someterán voluntariamente las partes inmersas en dicho procedimiento.

Sin embargo, somos conscientes de que la TERA en cuestión al tener como finalidad el surgimiento de una vida humana es que se torna un tanto compleja (pero no imposible) su aprehensión jurídica debido a que es un tema que dista de la regulación contractual usual, pero que debido a la relevancia que ha adquirido en la sociedad peruana se torna necesaria tanto en el ámbito público - como se ha venido detallando - como en el privado.

Entonces, resulta conveniente realizar un pequeño análisis sobre la composición de la figura del contrato para señalar la factibilidad que éste tiene de poder ser realizado en el marco de un procedimiento de Gestación Subrogada en el Perú.

En primer lugar, se debe recalcar la inexistencia de norma específica que prohíba expresamente la realización de dicho procedimiento, por lo cual, el contrato de Gestación Subrogada no sería ilícito. Así pues, en aplicación del artículo 2º inciso 24, literal a) de la Constitución Política peruana, la TERA en cuestión descansaría en un pacto legítimo de acuerdo al principio de reserva, por el cual “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. En ese mismo razonamiento, el Tribunal Constitucional ha establecido en cuanto al principio de legalidad, que éste “exige no solo que por ley se establezcan los delitos sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por ésta, prohibiéndose la aplicación por analogía como el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones” (Expediente N° 3954-2006-PA/TC, fundamento 34).

En segundo lugar, el contrato de Gestación Subrogada no infringe normas de orden público ni de buenas costumbres pues, como ya se ha señalado en el numeral 4.5.4 del presente capítulo, estos conceptos tienden a ser idealizados y su contenido suele ser bastante relativo, pues pueden girar en torno a las ideas y/o percepciones que cada persona o grupo de personas tenga de las cosas; así pues, resulta ser un argumento utilizado por sectores conservadores que se cierran a la posibilidad de existencia de hechos disímiles a los usuales, cuyas mentalidades se encuentran en conflicto con la realidad como es el caso de la Subrogación Uterina, pero justamente por el hecho de su completa relatividad es que no podrían ser un argumento verdaderamente válido para prohibir el contrato.

Ahora bien, analizando la figura del contrato a nivel normativo se tiene que el Código Civil en su artículo 1351º lo define como “el acuerdo de dos o más partes

para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial”, así pues, convendría realizar entonces un pequeño “desglose” de su contenido con el objeto de comprender que el procedimiento de Gestación Subrogada puede ser perfectamente regulado por este medio.

Para realizar el análisis, primero, se puede recurrir a lo descrito por Roppo (s.f) quien señala que el contrato, para que sea considerado como tal, debe tener tres componentes:

- El primer componente, el acuerdo de los interesados. Es un acto consensual
- El segundo componente, atiende al objeto del acuerdo: una relación jurídico-patrimonial.
- El tercer componente, atiende al modo finalista o voluntarista. Es un acto de voluntad. (p.30)

Entonces, desde esa perspectiva se puede llegar a señalar *grosso modo* que tanto el primer como el tercer componente de existencia contractual pueden ser fácilmente apreciados dentro de un procedimiento de Gestación Subrogada, pues existiría la disposición voluntaria de las partes (la pareja - cuya mujer es estéril – con otra mujer que será quien lleve el proceso de gestación en favor de la primera) de celebrar intencionalmente dicho acuerdo, bajo ciertos requisitos y parámetros generales que serán de estricto cumplimiento. Sin embargo, el problema podría encontrarse en el segundo componente: el de la relación jurídica de carácter patrimonial, por lo que será pertinente analizar dicha figura.

Inicialmente, convendría examinar lo concerniente al significado de “relación jurídica”. Al respecto, destacamos la postura de De La Puente (2011), quien refiere

que ésta debe ser entendida como una conexión entre dos o más personas desde que tiene como destino regular conductas humanas; es decir, son las relaciones de la vida social que gozan de reconocimiento por el Derecho objetivo y que están constituidas por un doble sujeto: el titular del derecho y el deudor. Asimismo, y en concordancia con el autor, destacamos lo descrito en el artículo 1402º del Código Civil, en el cual se señala que “el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones”, y haciendo un símil entre el precepto que refiere que la relación jurídica es aquella que se crea, regula, modifica o extingue por el contrato, se tendría entonces que, esta última, no sería otra que la misma obligación.

Un concepto muy interesante, y con elementos importantes, sobre la relación jurídica es la que da Fernández (2012), pues señala que es:

Aquella vinculación intersubjetiva concreta de cooperación que liga a dos o más sujetos de derecho para la realización de una función económica o social, sea esta patrimonial o no, dirigida a la tutela de intereses que han merecido juridicidad por el orden jurídico positivo. (p.27) (El subrayado es nuestro).

De todo lo señalado se puede extraer, primero, que la relación jurídica del contrato por su definición y contenido preceptuados en la norma puede ser equiparada al objeto del contrato; es decir, a la obligación; en segundo lugar, convendría ser considerada (aparte de solo un nexo interpartes) como un vínculo de cooperación en la que “un sujeto ha buscado relacionarse con otro con el fin de conseguir una utilidad que esté en capacidad de procurarle y que satisfaga una necesidad experimentada por aquel, originada por la falta de ciertos bienes”

(Fernández, 2012, p.26). (el subrayado es nuestro). Ahora bien, tomando como referencia lo mencionado sobre la relación jurídica es conveniente analizar el siguiente componente de la proposición: el carácter patrimonial de ésta, ya que no pueden ser desvinculados porque la misma redacción de la norma les otorga dicha concatenación.

Con respecto a la segunda parte del componente en desarrollo, la “patrimonialidad” de la prestación (esta última entendida como el contenido de la obligación) se puede señalar que, si bien es cierto - y a pesar de no encontrarse descrita taxativamente - la normativa peruana acoge la tesis en la cual se señala que aquella está referida a la “susceptibilidad de valoración económica” o - como dice Forno (s.f) - de “apreciación pecuniaria” y, a pesar que, en un proceso de Gestación Subrogada no existiría un bien susceptible de pago, pues hablamos de una vida humana, sí podría subsumirse dicha figura (según los límites de nuestra propuesta) al entendimiento de la prestación si tomamos en cuenta la postura en la que se señala que la patrimonialidad de la prestación puede resultar de la propia naturaleza intrínseca de aquella; es decir, que ésta puede no tener ese carácter pero que puede adquirirla cuando las partes pactan. Sobre el particular, Roppo (s.f) señala que “existen acuerdos sobre materias no patrimoniales que, sin embargo, se patrimonializan por la introducción de elementos económicos destinados a acompañar a los no económicos” (pp.33-34). Por lo que esa acción hace patrimonial a todo el acuerdo y lo convierte en un contrato

Del mismo modo, De La Puente (2011), refiere que si bien es cierto la prestación debe de ser por sí patrimonial, puede darse el caso en que en el campo contractual existan prestaciones a cargo de cada parte, bastando que solo una de ellas fuese

patrimonial para que toda la relación jurídica creada por el contrato tuviera ese carácter. Asimismo, también resulta importante la posición que adopta Forno (s.f) citando a Giorgiani, quien sostiene que para lograr el establecimiento de si una prestación específica posee un carácter patrimonial debe observarse el lugar, el ambiente jurídico social en el cual la obligación nazca.

En consideración a la segunda parte del análisis efectuado se ve que en el marco de un procedimiento de Gestación Subrogada la realización de un contrato como instrumento de regulación sería factible, pues existiría el vínculo de cooperación entre las partes, las cuales – desde su propia necesidad (entendida en sentido amplio) – están en la capacidad de proveerle una a la otra los medios para poder llegar a la finalidad requerida, esto es básicamente, lograr ser padres por un lado y, por el otro, hacer efectiva la colaboración por medio del vientre subrogado de la mujer, por ello se plantea que ella deberá compartir cierto grado de parentesco (o, en el última instancia, de amicalidad demostrada) con uno de los miembros de la pareja (o con la persona que tenga la verdadera voluntad de tener un hijo), a saber: cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, quien, además, percibirá por el “apoyo” no un pago sino una compensación económica por los gastos irrogados directamente del embarazo.

Sobre el tema, Rodríguez Cadilla R. (comunicación personal, 14 de agosto, 2019) refiere: “tiene que haber compensación porque el embarazo genera gastos, genera una manutención especial (...) que requiere la mujer que está gestando para que dicho embarazo esté dado en un ambiente de paz y tranquilidad sin ningún tipo de angustia económica”. En concordancia con ella, Varsi señala:

Una mujer embarazada tiene unos gastos, costos que asumir (...) pagos que de ninguna manera vendrían a ser consecuencia de un acto de mercantilización, en todo caso deberían ser entendidos como actos de estipendio por el gasto y por la labor excepcional de gestación que te genera un costo y el que recibiría esta mujer colaboradora, una compensación. (comunicación personal, 21 de agosto, 2019)

Justamente respecto a la necesidad de compensación económica es que se puede percibir la existencia del carácter patrimonial de la relación jurídica presente en un procedimiento de Gestación Subrogada que - como ya se ha mencionado - obedece a criterios de valoración económica de la prestación, pero considerando también la postura en la cual basta que una de las prestaciones de las partes tenga el referido contenido patrimonial para que toda la relación jurídica tenga ese carácter es que la presencia de la compensación que la pareja infértil le otorgará a la mujer que se desempeñará como subrogada en razón a todos los gastos que se necesitarán cubrir desde el inicio del procedimiento hasta el término de éste (así como algunas otras posibles contingencias, incluido el lucro cesante que puede surgir en caso que la mujer subrogada se encuentre laborando) es que la patrimonialidad necesaria para que exista el contrato se encuentra presente por lo que se cumple con lo descrito en el artículo 1351° del Código Civil.

4.7 Proyectos de ley sobre Gestación Subrogada y técnicas de reproducción asistida en el Congreso de la República del Perú

Hasta hace menos de 20 años en el Perú no se tenía actividad legislativa en cuanto a temas sobre reproducción médicamente asistida, lo cual, de alguna

manera, se concatenaba con la realidad social, pues tanto la TERA Gestación Subrogada como todo lo concerniente a dichas prácticas no eran conocidas como ahora o, por lo menos, no habían acaparado la atención de ningún poder del Estado ni de la sociedad debido a que su práctica no era tan concurrida, o porque no llegaron a judicializarse casos sobre el particular, o porque simplemente ninguno llegó a ser difundido por los medios de comunicación existentes.

Hoy en día, destacamos que dicho panorama ha cambiado y esto puede ser fácilmente corroborado, ya que no solo hemos podido ser testigos durante el año 2019 de la existencia y la práctica de este tipo de procedimientos en el país cuando se hizo, quizás, un poco más conocido cuando se mostró ante cámaras el polémico y tristemente caso de la familia chilena Tovar Madueño quienes vinieron al Perú a realizarse un procedimiento de este tipo y que luego tuvieron que ir a la cárcel por acusárseles del delito de trata de infantes (este caso se desarrolla con mayor amplitud en el capítulo perteneciente al Enfoque Social de la presente investigación), sino que, además, es posible verificar la existencia de algunos proyectos legislativos que de alguna manera han buscado otorgarle cierto tipo de tratamiento regulatorio tanto a lo concerniente a las técnicas de reproducción asistida en general como a la Gestación Subrogada en particular.

Así pues, realizando una búsqueda en el portal institucional del Congreso de la República del país, desde el año 2001 hasta la actualidad, se pueden encontrar once proyectos de ley (VER ANEXO 3) presentados por distintos parlamentarios y bancadas al Congreso que proponen la regulación del procedimiento de gestación por sustitución (tanto su aceptación como su prohibición), así como los que tienen que ver directamente con las técnicas reproductivas médicamente asistidas; los cuales - si bien es cierto - bajo el criterio seguido en la presente investigación, no

resultan ser completamente idóneos de acuerdo al contexto y a la realidad social peruana, pero - destacamos que - por su sola existencia ya evidencian la necesidad y el afán de que en el Perú se cuente con una norma adecuada y efectiva que regule directamente todo lo concerniente a este procedimiento.

Sobre al particular, cabe señalar que, destacamos la existencia de dos de los proyectos en mención, que son bastante actuales, cuya presentación fue durante el año 2018; así pues, ambos de manera general, intentan realizar una regulación adecuada (haciendo la salvedad de que aun así no regula la situación de forma idónea, ya que en la realidad existen diversidad de casos que no han encontrado solución) de la TERA Gestación Subrogada, los cuales, *grosso modo*, proponen una serie de requisitos y supuestos sobre los que podría llevarse a cabo dicha técnica. Algunos de ellos: el necesario estado de incapacidad reproductiva (o infertilidad) de la mujer (comprobado por médico certificado) como el esencial. También permiten la participación de personas ajenas - o terceras - como donantes de gametos; establecen que dicha técnica nunca deberá tener como objeto un fin lucrativo, así como que las partes pactarán todo lo concerniente a sus derechos y obligaciones por medio de un documento público (certificado notarialmente) y que la filiación (derivada del concepto ya desarrollado de la voluntad procreacional de los padres de intención) será otorgada y comprobada mediante dicho documento.

Por otro lado, y aunque en oposición a los fines de la presente investigación, se ha considerado conveniente mencionar a otro grupo de proyectos de ley, un poco más antiguos, provenientes de los años 2012 y 2013, cuyo contenido se opone a la aprehensión y aprobación del procedimiento de útero subrogado en el país. Estos reafirman en su contenido una idea desfasada, obsoleta e inamovible de la figura de “maternidad”, pues destacan la idea de unicidad entre la condición de madre

genética y de madre gestante (como lo menciona el ya referido y observado artículo 7 de la Ley General de Salud) y que la filiación entre la mujer quien lleva un embarazo y el menor fruto de éste siempre estará determinada por el parto, prohibiendo de este modo cualquier tipo de renuncia a la misma.

Respecto al contenido de dichos proyectos consideramos, por supuesto, que el objeto de los mismos resulta claramente infructuoso y obsoleto para enfrentar la actual realidad social peruana sobre este tipo de procedimientos. Sin embargo, y como ya se había señalado, el hecho de que estos se hayan presentado; es decir, que existan, y aunque con un afán contrario, nos permite también demostrar que la situación en materia de TERA es real en el país y que, por ello, merece ser atendida jurídicamente.

Adicionalmente, es menester exaltar un proyecto de ley presentado en el año 2014, propuesto por iniciativa del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, cuyo objeto se centraba en la búsqueda y agrupación de profesionales reconocidos de diversos rubros (abogados, médicos, bioeticistas, psicólogos, entre otros); es decir, especialistas y/o conocedores en temas de reproducción humana asistida, cuyo ámbito de acción permitiera contar con una adecuada perspectiva sobre la viabilidad del reconocimiento de las diferentes TERAS en el país, por lo que se abrió paso a la conformación e implementación de una Comisión de Estudio *ad hoc* que pudiera encargarse de la elaboración de un Anteproyecto de Ley sobre el tema de la Reproducción Humana Asistida en el Perú (VER ANEXO 4).

Cabe señalar que, el desarrollo de dicho proyecto, a consideración nuestra, resulta ser el más completo en la materia (justamente debido a que su redacción fue realizada por personas capacitadas en todo lo referido a las técnicas

reproductivas en mención); sin embargo, somos conscientes de que aún quedan algunos escenarios sueltos (como el caso de las familias homoparentales o monoparentales que ya han realizado el procedimiento de útero subrogado en otros países y que han regresado al Perú con sus hijos, como el caso de Ricardo Morán, que se verá en el capítulo perteneciente al enfoque social), los cuales, muchas veces, no van a poder ser regulados en su totalidad por lo mutable que pueden resultar ciertas situaciones, pero creemos que podrían ser evaluados de forma particular; en primer lugar, porque son casos que ya existen y, por tanto, no pueden ser desconocidos por el Derecho y, en segundo lugar (sin ser menos importante), por tratarse de un problema referido a la vida y a la dignidad de un menor, quien resulta siempre ser la parte más vulnerable en toda relación y por lo que necesita tener la mayor tutela posible por parte del Estado.

Es así que, de acuerdo a lo revisado, queda claro el ánimo que ya tiene la sociedad, y que esbozan algunas autoridades mediante la presentación de los sendos proyectos legislativos mencionados, de poder contar con una ley que establezca disposiciones adecuadas sobre el tratamiento de la TERA sustitución de útero en el país, pero que, sin embargo, aún no goza de una verdadera aprehensión jurídica, lo cual, es lo verdaderamente importante, porque a pesar de los antecedentes descritos, hoy por hoy, no se cuenta con una ley en la materia, por lo que, con el presente trabajo, se espera pueda servir de aporte para una pronta regulación integral en el país de la técnica de reproducción asistida Gestación Subrogada.

CAPÍTULO V ENFOQUE SOCIAL

5.1 Problemas sociales latentes debido a la inexistencia de regulación de la Técnica de Reproducción Asistida Gestación Subrogada

Como se ha ido señalando en el desarrollo de la investigación, al no contar el estado peruano con un marco normativo que regule el procedimiento y aplicación de la TERA Gestación Subrogada, además de contravenir los derechos detallados en el capítulo precedente, fomenta la generación y latencia de hechos (hasta delitos) que se han convertido en verdaderos problemas sociales a los cuales no se les presta la importancia debida porque a pesar de la presencia (en ascenso) de casos relativos a la recurrencia de esta técnica no se poseen cifras ni estadísticas oficiales; sin embargo, se puede conocer la existencia de éstos en muchas ocasiones tomando como referencia a aquellas personas que han llevado sus casos hasta los tribunales (y que, como ya se ha visto, en su mayoría han resultado amparados los padres de intención en mérito a la vigencia del principio del interés superior de los menores) y, en otras, por los casos que han sido cubiertos por los medios de comunicación, ya sea por tratarse de gente conocida en el ámbito televisivo o por tratarse de casos que traían inmersos a personas extranjeras y debido a la nefasta tratativa de la figura realizada por nuestras autoridades judiciales.

5.1.1 Falsificación de documentos de identidad

Se ha señalado que la práctica de la Gestación Subrogada, dada su situación legal, no devendría en un acto ilegal, sin embargo, al mantener el vigente Código Civil activo el principio romano del *mater semper certa est*, por el cual se reconoce siempre como madre a la mujer que da a luz constituye un aliciente para que las

parejas (tanto peruanas como extranjeras) que actualmente vienen realizando dicho procedimiento en el país incurran en conductas ilícitas como la falsificación de documentos del menor o de la gestante subrogada para evitar tener problemas con la coincidencia entre sus datos y el registro de los menores quienes deberán figurar como hijos de ellos.

En cuanto a lo detallado, es pertinente traer a colación lo que señala Siverino, citada por Cieza (2017):

(...) se puede incurrir en conductas ilícitas al intentar por medios irregulares lograr la inscripción del nacido por este método, una práctica ilegal habitualmente utilizada consiste en adulterar el DNI de la mujer que va a dar a luz. Se labra un nuevo DNI con los datos de la mujer que encargó la gestación y se coloca una foto de la mujer que gesta y va a dar a luz. Así, cuando luego del parto se tomen los datos en el establecimiento de salud para confeccionar los datos del recién nacido se colocarán los datos de la mujer que asumirá la maternidad y no la de aquella que gestó, evitando en lo sucesivo cualquier inconveniente legal; luego, con esos datos se confeccionará la partida de nacimiento. (p.75)

5.1.2 Falsas adopciones

Este problema es uno de los más recurrentes cuando se habla de la práctica de la TERA Gestación Subrogada en el país, pues justamente en razón de la inexistencia de una normativa idónea que permita su realización dentro de un marco de seguridad las personas que la realizan se ven obligadas a “disfrazar” su actuar recurriendo y desvirtuando la figura de instituciones de trascendencia social como

la adopción, que resulta una opción alternativa de conformación de una familia ante la imposibilidad de tener descendencia propia.

En cuanto a lo descrito se puede citar como ejemplo el caso recaído en la Casación N° 563-2011-Lima, que, si bien ya fue explicada en el numeral 4.4.4 del capítulo enfoque jurídico, resulta ilustrativo describirla de forma general: la Corte Suprema confirma las decisiones de primera y segunda instancia que declaran fundada la demanda de adopción por excepción incoada³⁰ de una pareja en donde la mujer con imposibilidad reproductiva pactó con otra la realización de un “vientre de alquiler” en la modalidad de gestación sustituta (la mujer subrogada otorga el óvulo y también gesta el producto) a través de una inseminación artificial con los gametos del esposo de aquella, teniendo como resultado el nacimiento de una niña a la cual acogerían como hija por medio de la figura de la adopción por excepción (ya que la mujer estéril era tía del esposo de la mujer subrogada y por tanto – se señalaba – compartía parentesco también con la menor) pese a la retractación que tuvo después la segunda pareja de entregarla.

Lo relevante aquí es que los jueces a pesar de encontrar vestigios que llevaban concluir que no existiría en el caso la figura de una adopción por excepción (al comprobarse que el padre biológico de la menor era en sí el esposo de la mujer estéril, por lo que no compartía la menor ningún vínculo parental con ella), ni teniendo la revocación de la autorización de los padres reconocidos para no entregar a la menor, optaron por determinar la existencia de dicha institución en

³⁰ Código del Niño y Adolescente

Art. 128º En vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción ante el juez especializado, inclusive sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente, los peticionarios siguientes:

(...)

b) E que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto de grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción.

mérito a la aplicación del principio – ya explicado - del interés superior del niño. Decisión que, si bien es cierto, fue la mejor opción en ese contexto para la menor no resulta ser el mecanismo idóneo para otorgar (y reconocer) los derechos filiales de los intervinientes y la niña pues, fue producto de un proceso de Gestación Subrogada, originando ésta un caso de filiación distinta a la natural y a la de la adopción.

5.1.3 Genera explotación de las mujeres con bajos recursos económicos que ofrecen su vientre a cambio de una determinada suma de dinero.

Como es de conocimiento general, una parte importante de la población peruana carece de una fuente de ingresos económicos estables, hecho que aunado a la situación laboral y a otros factores permitan que los indicadores de pobreza se sigan vislumbrando en el país. Esta situación permite que algunas personas opten por buscar formas alternativas de ganar dinero de forma rápida y “fácil”, por lo que no es la excepción que muchas mujeres en edad fértil, ante este escenario y debido al vacío normativo y ante la inoperatividad de la norma en cuanto al abordaje de los procedimientos de útero subrogado, tomen medidas drásticas para poder afrontar sus problemas económicos y se generen de alguna manera sus propios recursos “alquilando” su útero para llevarles el embarazo a aquellas personas (mujeres) con imposibilidad reproductiva a cambio de sumas de dinero, cuyo monto puede variar de acuerdo a diversos factores, así como por la mera voluntad de la “ofertante” o del arreglo al que puedan llegar las partes.

Al respecto, la argentina Mir Candal, citada por Lalupú (2013) menciona:

En los países de América Latina, donde importantes sectores de la población tienen sus necesidades básicas insatisfechas por el

aumento de la pobreza, la relación contractual entre las partes (madre portadora y la pareja) puede llevar a situaciones de explotación y/o coerción. A la vez, se transforma en un comercio con amplias ganancias de lucro para clínicas e intermediarios. Si la subrogación se convierte para la madre subrogante en una opción laboral y una oportunidad para lograr una cierta “estabilidad económica” para ellas y sus familias, la libertad reproductiva pensada como un derecho a la autodeterminación es nula. (p.185)

El problema social descrito es probablemente el de más fácil corroboración, pues solo basta recurrir al buscador de internet digitar frases como “busco gestante subrogada”, “vientre de alquiler en Perú” o cualquiera de sus variantes y automáticamente se tendrá un listado amplio tanto de anuncios de agencias intermediarias como de mujeres de todas las edades (peruanas y extranjeras en Perú) que ofrecen sus servicios como gestantes subrogadas (VER ANEXO 5), exaltando sus cualidades, rasgos físicos, la cantidad de hijos que han tenido y la “disposición” que tienen de poder “cumplir el sueño de ser padres” de aquellas personas que no pueden serlo de forma natural, adicionando el detalle de sus datos de contacto para cualquier comunicación, así como el “costo del servicio” que casi siempre es mantenido en reserva, pero que siempre es descrito como “accesible”, “cómodo”, “razonable” o factible de tratar.

Como se ha señalado, en la mayoría de estos anuncios no figura el precio que dichas mujeres cobran por realizarse el procedimiento; sin embargo, de acuerdo a lo manifestado por varios medios de comunicación el monto de pago oscila entre los S/ 40.000 y los S/ 70.000, aparte de los gastos médicos en los que incurrirá la

gestante subrogante durante todo el desarrollo y proceso de gestación y aquellos otros que puedan derivarse de éste.

5.1.4 Casos emblemáticos en la sociedad peruana

Lamentablemente y debido al abstencionismo de los legisladores peruanos sobre el tratamiento legal de la técnica de reproducción asistida Gestación Subrogada (entre otras) se han estado viendo no solo casos aislados con connotación jurídica sobre este tema, sino que desde hace algunos meses ha cobrado mayor importancia debido a la ocurrencia de hechos que han sido polémicos ya por su contenido ya porque los protagonistas han sido personajes conocidos debido a su aparición en algún medio de comunicación local (generalmente televisivo), gracias a eso y a que están apareciendo más casos judicializados es que el tema de la necesidad de regulación de la práctica del útero subrogado en el país ha cobrado mayor fuerza y ha acaparado la atención (se espera que no de forma momentánea) de las personas y de algunas autoridades, razón por la cual, a la fecha, existen mayores y mejores propuestas para legislar dicho procedimiento, que a consideración nuestra aún están incompletas y por ello presentamos una propuesta integral.; sin embargo, se destaca que, por lo menos, ya exista una preocupación, una intención de legislar pero ésta tiene que ser materializada.

A continuación, se mencionan tres de los casos más mediáticos ocurridos en el Perú, aquellos que han salido a la luz y que se han vuelto polémicos por las razones ya expuestas, con el objeto de conocer cómo la TERA Gestación Subrogada es un mecanismo que puede ser utilizado por cualquier persona (que tenga los medios económicos para solventarlo) en la sociedad peruana y para ser conscientes de cuan necesaria es una adopción legal de ésta.

5.1.4.1 Caso del matrimonio chileno Tovar-Madueño.

El 25 de agosto de 2018 la pareja chilena conformada por doña Rosario Madueño Atalaya y don Jorge Tovar Pérez fue acusada del delito de trata de personas (VER ANEXO 6) siendo detenidos tras una orden de prisión preventiva proveniente de la Corte de Justicia del Callao cuando se disponían a retornar a su país con sus gemelos producto de un procedimiento de útero subrogado (con intervención de los gametos del señor Tovar). Cabe señalar que, la pareja había tratado infructuosamente de tener descendencia recurriendo a múltiples tratamientos de fertilidad por un periodo de más de 7 años y es que ante tal imposibilidad decidieron recurrir como última opción a dicha técnica de reproducción asistida por sugerencia de su médico tratante en una clínica local de Lima, teniendo como mujer subrogada a una peruana quien en todo momento reconoció que ella no era la madre y que solo colaboró (aunque presuntamente le habrían pagado \$ 10.000) prestando su vientre para apoyarlos a ser padres y que los menores eran hijos de la pareja. Afortunadamente, por solicitud del abogado defensor, pudo comprobarse mediante una prueba de ADN que los gemelos tenían la carga genética del señor Tovar, por lo que la Primera Sala de apelaciones del Callao decidió revocar la medida preventiva y ambas personas pudieron ser liberadas y, lo más importante, reencontrarse con sus hijos.

Este caso ha sido tristemente célebre y conocido a nivel internacional en donde el Perú ha quedado ante los ojos del mundo como un país que debido a la falta de pronunciamiento específico de sus legisladores y aun sin tener prohibición expresa sobre un tema que se ha vuelto tan significativo como la reproducción asistida es capaz de emitir - a través de sus autoridades judiciales - resoluciones sorprendentes que lejos de tutelar los derechos de los intervinientes en esta clase

de procesos (incluyendo, por supuesto, a los menores producto de estas técnicas, los cuales debido a su condición de seres vulnerables deberían recibir mayor protección por parte del Estado) bajo una argumentación sesgada, cerrada y completamente incompatible con la realidad, propia de un pensamiento personal apegado a creencias propias de una sociedad arcaica y obsoleta, contienen disposiciones de prisión, que deberían ser la opción última para sancionar a una persona, tal y como lo prevé una de las máximas del Derecho Penal.

Medios de comunicación extranjeros que cubrieron la noticia tenían titulares como:

- 20 minutos (03.09.2018) “Prisión preventiva para una pareja chilena por un presunto delito de trata de personas vinculado a vientres de alquiler”. España³¹

“(…) podrían afrontar una pena no menor de 25 años de cárcel por el delito de trata de personas, aunque en el Perú la maternidad subrogada no cuenta con un marco normativo explícito que la regule, por lo que no está permitida ni prohibida”. (el subrayado es nuestro).

LA TERCERA (09.2018) “Familia de matrimonio detenido en Perú pedirá ayuda a Piñera”. Chile³².

María Atalaya, madre de Rosario Madueño, dijo que la familia ha iniciado gestiones para pedirle ayuda al presidente Piñera y que están pensando

³¹ Recuperado de <https://www.google.com/amp/s/amp.20minutos.es/noticia/3429072/0/prision-preventiva-pareja-chilena-presunto-delito-trata-personas-vientres-alquiler/>

³² Recuperado de <https://www.google.com/amp/s/www.latercera.com/nacional/noticia/familia-matrimonio-detenido-peru-pedira-ayuda-pinera/310443/amp/>

en contactarse con la alta comisionada de la ONU para los Derechos Humanos y ex presidenta Michelle Bachelet (...) lo único que falta es que la justicia de allá (Perú) tenga un poco de cordura (...)". (el subrayado es nuestro).

5.1.4.2 Caso Ricardo Morán

En abril de 2019, el popular conductor y productor de televisión Ricardo Morán Vargas, de 45 años de edad, publicó en sus redes sociales la noticia de que se había convertido en padre de mellizos, a los que nombró Emiliano y Catalina, quienes fueron producto de un proceso de Gestación Subrogada (llevado a cabo mediante fertilización *in vitro* con sus gametos, por medio de una ovodonación y gestados por una tercera mujer) realizado en los Estados Unidos. Actualmente él y sus hijos viven en Perú y es padre soltero.

Cabe señalar, que el citado personaje optó por realizar el procedimiento fuera del país para evitar problemas de índole legal por la situación de incertidumbre que tiene dicha técnica en la actualidad en el Perú eligiendo hacerlo en Estados Unidos en donde la mayoría de estados lo permiten porque, como ya se ha detallado en el capítulo pertinente, su legislación es bastante abierta y permisiva a casi todos los tipos de casos que se pueden presentar, en ese sentido, y debido a la autoreconocida homosexualidad de Morán es que no tuvo mayor inconveniente para aplicar y realizar una Gestación Subrogada aportando sus espermatozoides, razón por la cual, los menores son sus hijos consanguíneos y han sido registrados (en Estados Unidos) con sus propios apellidos. Sin embargo, el verdadero problema que ha tenido (tiene) que afrontar es precisamente el tema del reconocimiento de él como único padre de sus hijos en el Perú, hecho que en la actualidad es imposible, pues nuestro ordenamiento jurídico no prevé dicha situación, es más, el

Código Civil solo le permite a la mujer la posibilidad de reconocimiento e inscripción de sus hijos en sus diversas modalidades³³, pero al varón solo, no.

Dicha problemática es la que Morán destacó señalando “En Estados Unidos no hay ningún problema, llegué con mi resolución del juez que decía que yo era el único padre, me dieron la partida de nacimiento en la que aparecemos mis hijos y yo, y me dieron sus pasaportes (...)”, pero el verdadero inconveniente apareció cuando al acercarse al Consulado peruano en Houston con la intención de inscribir a los menores como sus hijos le dijeron que no podían hacerlo porque la norma peruana no contempla dicho supuesto. “En el Perú no hay ningún lado en el que se diga que un papá puede inscribir a sus hijos (...) el proceso administrativo no existe, no hay marco legal” señaló (entrevista Perú 21, 2019)³⁴.

Sobre el particular, cabe señalar que al no poder inscribir a sus hijos como ciudadanos peruanos estos han tenido que ingresar al país en calidad de turistas teniendo solo un lapso de 6 meses para poder quedarse, de lo contrario, están obligados a que les tramite un carnet de extranjería, hecho que consideramos completamente insólito. Y, como si esta incongruencia entre la norma y la realidad no fuese suficiente también estaría obligado a no salir nunca con sus hijos, o por lo

³³ Código Civil

Artículo 21 (modificado por la Ley N° 28720).-

Cuando el padre o la madre efectúe separadamente la inscripción del nacimiento del hijo nacido fuera del vínculo matrimonial, podrá revelar el nombre de la persona con quien lo hubiera tenido. En este supuesto, el hijo llevará el apellido del padre o de la madre que lo inscribió, así como del presunto progenitor, en este último caso no establece vínculo de filiación.

Luego de la inscripción, dentro de los treinta (30) días, el registrador, bajo responsabilidad, pondrá en conocimiento del presunto progenitor tal hecho, de conformidad con el reglamento.

Cuando la madre no revele la identidad del padre, podrá inscribir a su hijo con sus apellidos

³⁴ Recuperado de

<https://rpp.pe/famosos/farandula/ricardo-moran-iniciara-una-batalla-legal-para-que-sus-hijos-catalina-y-emiliano-sean-reconocidos-como-peruanos-noticia-1203251>

menos hasta que sean mayores de edad, fuera del país ya que como es sabido se necesitaría, en este caso, de la autorización notarial de la madre (que no existe).

Morán actualmente se encuentra llevando una batalla legal para que el estado peruano le permita inscribir a sus hijos como tales y que se les otorgue la nacionalidad peruana como le corresponde a cualquier menor descendiente de padre o madre peruano (VER ANEXO 7).

5.1.4.3 Caso Ernesto Pimentel

El 22 de julio de 2019, el conductor de televisión de 49 años Ernesto Pimentel Yesquén, más conocido en el mundo artístico como “La chola Chabuca” hizo pública la noticia por sus redes sociales del nacimiento de su primogénito al que llamó Gael Pimentel³⁵, fruto de un procedimiento de reproducción asistida, al que han catalogado como Gestación Subrogada³⁶, llevado a cabo mediante una fecundación *in vitro* con sus gametos (espermatozoides) y con el aporte de los óvulos de su amiga y manager Miluska Jácome, gestado también en el vientre de ella (VER ANEXO 8).

Cabe resaltar que, Pimentel hace más de 20 años recibe tratamiento para combatir el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) que le detectaron, situación que aunada al hecho de haber logrado tener un hijo biológico sano resulta un tanto compleja de creer para la mayoría de personas que ignoran cuál es el procedimiento que permite realizar esta hazaña. Precisamente para explicarlo, el

³⁵ Recuperado de:

<http://diariocorreo.pe/espectaculos/instagram-ernesto-pimentel-se-convirtio-en-padre-sus-49-anos-hijo-gael-pimentel-900011/>

³⁶ NOTA: Desde la postura de la presente investigación no consideramos dicho procedimiento como uno de Gestación Subrogada porque la misma mujer aportó los óvulos, el vientre y, además, reconoció legalmente al menor como hijo suyo.

médico Luis Noriega, quien fue el especialista que atendió al artista en una entrevista realizada por un medio de comunicación local, señaló:

Él tiene más de 10 años con el HIV (-), nosotros en los laboratorios de reproducción recibimos la muestra de semen, se les hace uno o dos lavados y parte de esa muestra es mandada a los laboratorios de biología molecular, trabajamos con el óvulo de Miluska, hacemos un procedimiento de reproducción asistida (fecundación *in vitro*) se forma un embrión durante uno, dos, tres, cuatro, cinco días, al quinto día hacemos una biopsia del embrión con láser y eso nos determina básicamente la composición cromosómica normal de este embrión, que es Gael, libre de enfermedad. (Cuarto Poder, 2019, la nueva vida de Ernesto Pimentel)

Veamos que, si bien es cierto, el caso de “Gestación Subrogada” que llevó a cabo Ernesto Pimentel – reiteramos – a pesar de no estar regulado, no tuvo más inconveniente que un menor un poco prematuro que tuvo que estar algunos días en la incubadora y que, además, no resulta problemático ya que en dicho proceso ambos padres (varón y mujer) aportantes de los gametos han podido reconocer y registrar legalmente al menor como hijo suyo, justamente por eso, por ser una pareja conformada por una persona de sexo femenino y otra de sexo masculino. Sobre el particular, Pimentel, en el mismo programa expresó lo siguiente:

Yo considero que necesitamos ser un país más inclusivo, respetuoso y diverso, una persona puede tomar la decisión de no tener hijos y, por supuesto, que merece ser feliz con esa decisión y nadie tiene por qué cuestionarlo sea hombre o mujer. ¿Una persona gay puede tener un

hijo a través de un vientre subrogado?, por supuesto, y yo aplaudo lo que ha pasado con Ricardo (Morán) (...) yo creo que el modelo de familia perfecto es el que se basa en el amor. (Cuarto Poder, 2019, la nueva vida de Ernesto Pimentel)

Como se había señalado, los casos descritos son solo algunos ejemplos de lo que está pasando en la sociedad peruana que han salido a la luz por tener como protagonistas a personas conocidas en los medios o porque la magnitud del problema no ha podido controlarse y tuvo que ser atendida por la prensa; sin embargo, en estos momentos existen muchos otros que son llevados por personas de a pie y que merecen una pronta solución.

Así pues, de acuerdo a la problemática señalada, es que se hace necesario tomar en cuenta los problemas sociales que la inobservancia regulatoria de la TERA Gestación Subrogada está generando, pues de mantenerse el hermetismo que hasta el momento se ve, a pesar de todos los inconvenientes que se muestran, el estado peruano podría convertirse en una sociedad en la que no solo no se garantice, o se desconozca, la protección de los derechos de sus ciudadanos, sino que, además, el propio sistema se convierte en vulnerador de los mismos.

5.2 La capacidad reproductora como recurso social vista desde el Análisis Económico del Derecho

Desde siempre se ha comprendido a la capacidad de reproducción como un concepto vinculado netamente a las ciencias biológicas y médicas como expresión de la misma naturaleza del ser humano; sin embargo, desde la aparición de la técnica de reproducción asistida Gestación Subrogada dicho concepto, debido a sus implicancias, ha tenido que ser abordado por otras áreas de estudio.

En ese sentido, la capacidad reproductora puede ser considerada no solo como una función propia del ser humano, sino, como un atributo, una característica inherente a la persona o, simplemente un don. Así pues, es conveniente resaltar el aporte que hace el Análisis Económico sobre el particular, ya que es una de las áreas (escasamente utilizada cuando se habla de estos temas) que viene analizando desde su propia perspectiva la situación real y creciente que afrontan muchas personas: la infertilidad o a la que cataloga en sus propios términos como la capacidad reproductora deficiente o nula.

Al respecto, considera que existen personas que nacen con dicha capacidad sana y, por tanto, superior a la de otras que pueden verse afectadas por factores diversos (aquellos que carecen de los recursos biológicos para poder ser padres).

En ese aspecto, existiría una “capacidad reproductora social”, que no sería más que la sumatoria de capacidades reproductoras individuales, la cual, es precisamente la que se toma en cuenta para realizar el análisis. Dicha capacidad depende de varios factores que podrían modificarla, y es el caso de la tecnología biológica y médica que recaen sobre la capacidad individual de las personas en razón a la creación de medios que tienden a favorecerla, por ejemplo, mediante los novedosos tratamientos de fertilidad o con la aplicación de la fecundación *in vitro*) o a limitarla (los métodos anticonceptivos) (Bullard, 2010).

Entonces, se puede decir, bajo la perspectiva en cuestión, que la capacidad reproductora, actualmente, puede encontrarse determinada por factores tecnológicos que le han permitido manifestarse en personas que biológicamente fueron privadas de ser padres. Ahora bien, algo medular resulta la consideración del Derecho como regulador de la situación planteada, así pues “la aceptación o

rechazo legal de ciertos métodos es otro elemento que permite aumentar o disminuir la capacidad reproductora de los seres humanos (...) la prohibición de acuerdos de subrogación de maternidad puede dejar fuera de la capacidad de tener hijos a un grupo importante de personas” (Bullard, s.f, p.55). También existen otros factores importantes como las costumbres o creencias religiosas que pueden incidir directamente en dicha capacidad.

Por otro lado, veamos que la capacidad reproductora social aunada a la aceptación de la práctica de la TERA Gestación Subrogada puede generar costos y beneficios, entre los primeros – y más comunes – la afectación de susceptibilidades éticas, morales y religiosas de los sectores conservadores de nuestra sociedad.

Entre los beneficios tenemos, como el principal, la realización de la persona, pues se sabe que uno de los logros del ser humano se ve reflejado en la materialización del anhelo de tener descendencia y ello es perfectamente visible ya que muchas parejas están dispuestas a pagar mucho dinero e ir a países en donde la regulación permite realizar el procedimiento de Gestación Subrogada o, simplemente no la regula, como en nuestro caso.

Dicha “evaluación de costos y beneficios es fundamental para determinar la conveniencia o no de legalizar estas prácticas o establecer los límites dentro de los cuales las mismas podrán ser llevadas a cabo” (Bullard, s.f, p.56).

Siguiendo el análisis económico en mención, se puede decir que existen aquellas personas para las que tener un hijo no es un problema – en materia de capacidad – es decir, pueden ser padres a un “costo bajo”, mientras que para otras esta facultad es difícil; incluso, imposible, por lo que los “costos” son altos o

insuperables. De modo que, existen personas con “excedente de capacidad reproductiva” y otras con “déficit” de la misma, pudiendo, los primeros, ubicarse dentro de un mercado hipotético en el lado de la oferta y, los segundos, en el de la demanda (Bullard, 2010).

Cabe decir entonces, que dicho “mercado” debe ser regulado con las medidas más idóneas que impidan la generación de otros problemas que se pueden apreciar en los casos donde la práctica de la Gestación Subrogada es permitida como la especulación o la aparición de intermediarios que se beneficien y lucren con el deseo de las partes, así como el impedimento del aprovechamiento de la situación por cualquiera de éstas.

Asimismo, comulgando con lo señalado por el autor en desarrollo, dentro del análisis económico de la capacidad reproductora y de la posible aceptación de la TERA Gestación Subrogada, consideramos importante disgregar el concepto de acuerdo a los elementos que intervienen o los que pueden verse afectados con este procedimiento para poder tener una idea de la viabilidad o no de su aceptación. Así tenemos:

- La madre subrogada: Como ya se ha señalado en los capítulos pertinentes es aquella mujer que en virtud de un contrato de subrogación acepta la implantación de un embrión (hemos señalado que siempre tendrá que ser genéticamente ajeno a ella) en su matriz para que se desarrolle hasta el día de su nacimiento, con el objeto de que luego, y en virtud de lo estipulado entre las partes intervinientes, lo entregue a la pareja contratante, renunciando así a todo derecho sobre el menor (Chiapero, 2012).

De acuerdo al análisis en desarrollo se evalúa *grosso modo* aquellos puntos de vista que señalan que esta mujer es la que carece de recursos monetarios y que por tanto puede ser la parte explotada en la relación. Este hecho puede quedar rezagado si se toma en cuenta que dicha mujer “valora” menos (en términos de sentimientos) que la otra parte su capacidad reproductiva, por lo que “los precios de reserva respectivos dejan espacio a un posible acuerdo (...) la capacidad de pago (entendida como el nivel de ingresos), es un factor determinante de los precios de reserva de las partes involucradas” (Bullard, 2010, pp. 302-303). Así pues, el beneficio económico que puede obtener la candidata es evaluado de forma previa por ella misma siendo la que determina su disposición.

También se ha dicho que otra situación negativa que recae sobre la madre subrogante es que no es consciente del cariño que puede llegar a tener sobre el niño que gestará en su vientre hasta su nacimiento; es decir, que “existe una suerte de vicio de la voluntad – incapacidad - ocasionado por el desconocimiento que tiene al momento de suscribir el contrato, de cuál sería su situación emocional al momento del alumbramiento” (Bullard, sf, p.59). Hecho que puede ocasionar que opte por no querer entregarlo a la parte contratante.

Al respecto, se señala que aceptar dicha situación haría que la medida fuera considerada como paternalista ya que el acuerdo resulta como consecuencia de la libre determinación, voluntad y aceptación de ambas partes.

- Los padres contratantes: Para los fines de la propuesta, lo componen aquellas parejas unidas por vínculo matrimonial o convivencia reconocida (pero, como ya se ha señalado también, queda a salvo la idea de que puedan serlo también todas aquellas personas que tengan la voluntad real y responsable de tener un hijo), en

la que se demuestra por médico certificado que la mujer, no ha logrado engendrar hijos luego de más de un año de haber tenido relaciones sexuales con su pareja sin ningún tipo de protección.

Mayormente no se toma en cuenta a esta parte ni se valora su falta de capacidad reproductiva debido a que generalmente se observa la situación desde una perspectiva de un inadecuado igualitarismo sin tomar en cuenta la realidad, no de una persona, sino la de miles de parejas que se ven imposibilitadas de poder tener descendencia de forma natural y cuyas cifras van en aumento.

Como señala Bullard (s.f):

(...) los peores males para ellos no se derivan de la existencia de convenios de subrogación, sino, precisamente de su inexistencia o de su prohibición legal. En la mayoría de los casos nos encontramos con personas condenadas a no tener hijos o a tenerlos sufriendo un tremendo costo humano y económico. (p.60) (el subrayado es nuestro).

- Los menores: Precisamente esta es la parte que merece mayor atención al referirnos al tema de la aceptación legal de la Gestación Subrogada, ya que resultan ser los más vulnerables en toda la relación y sobre el que se tomarán decisiones decisivas sobre su vida, incluso antes de que se produzca.

Sobre el particular mencionaremos que, aquellos que están en contra de la aceptación de dicha TERA convergen, entre otras razones, en que si se acepta se le estaría causando un detrimento psicológico a la criatura luego de enterarse cuál fue la forma de su origen (argumento que es rebatido en el capítulo VII MITOS Y VERDADES en torno a la Gestación Subrogada) pero se puede decir que no cabría mayor dificultad en el niño que la que le causaría el conocimiento de provenir de

una adopción. Por otro lado, también se dice que los padres subrogantes pueden ser inadecuados para criar a un niño con el cual no comparten vínculo sanguíneo. Este aspecto resulta “fácil” rebatir pues, no siempre los lazos de sangre hacen que los padres sean buenos con sus hijos.

- La sociedad: Aunque parezca que no es una parte directa en una pretendida relación de un contrato de Gestación Subrogada, cumple un rol fundamental pues, es precisamente debido a su grado de desarrollo que se permitirá o no la incorporación de dichos acuerdos a la legislación. Factores como las costumbres, la moral, las concepciones religiosas, culturales, entre otros pueden ser decisivas a la hora que el legislador afronte un tema tan polémico como el que se está tratando.

Estos factores son considerados como “costos”, que en muchos casos pueden ser considerados tan altos que justifican la prohibición de algunas conductas “cuantas más personas crean moralmente algo, mayor será el costo del sacrificio de un principio de este tipo” (Bullard, 2010, p.309). Sin embargo, es menester señalar que dichos factores pueden haber tenido su apogeo en épocas pasadas y que ahora con la evolución del pensamiento han hecho que muchos conceptos antes aceptados³⁷ en la sociedad peruana hoy hayan quedado rezagados.

En ese sentido, tenemos que mencionar que el legislador debe de cumplir su función tomando en cuenta el desarrollo del pensamiento social aunado al avance de los medios tecnológicos y científicos, por tal motivo, y considerando los preceptos que establece nuestra Constitución en su artículo 2º, incisos 2 y 3 en donde se consagra la igualdad entre todos y se prohíbe cualquier tipo de

³⁷ Por ejemplo, la prohibición del divorcio, el fenecimiento de la figura del duelo, entre otros.

discriminación, así como el reconocimiento de la libertad, incluyendo la de conciencia y de religión, se entiende que ante una situación de necesidad legislativa - como la presente – debe ser atendida de forma democrática, en base al reconocimiento legítimo de los derechos de todas las personas sin exclusión de ninguna, obedeciendo lo preceptuado en los diversos instrumentos nacionales e internacionales que consagran y protegen dichos derechos.

Los costos de una prohibición de los convenios de subrogación uterina, en cuanto sean evaluados de acuerdo a la perspectiva de un determinado sector, resultarían superiores a sus beneficios tomando en cuenta que la capacidad reproductora humana es un recurso relativamente escaso por lo que no dejar que pueda ser puesta al servicio de la realización personal, no solo puede resultar económicamente ineficiente sino humanamente injusto (Bullard, sf).

CAPÍTULO VI ENFOQUE BIOÉTICO

6.1 Conceptos preliminares

La palabra bioética es proveniente de dos voces griegas: *bíos* que significa “vida” y *ethos*, “comportamiento, costumbre o hábito”. Asimismo, es conveniente señalar que la Real Academia de la Lengua Española la define como la “disciplina que aplica los principios éticos a las técnicas biomédicas en proceso de desarrollo para salvaguardar a dignidad de la persona y la entidad personal” (Diccionario de la Lengua Española, 2018).

Sendos autores convergen en que el término fue propuesto inicialmente en 1970 por Van Rensselaer Potter, oncólogo y científico de Estados Unidos. Su nombre refiere a un campo o especial parte de la ética en la que se erige un vínculo entre la vida, los valores y los deberes del hombre y la tensión generada debido a la intromisión de las nuevas tecnologías aplicadas directamente al ser humano. “Podría decirse que nació una nueva conjugación de la ética en relación directa con la vida, salud e integridad somática de todo ser vivo, sensibilizando el desarrollo social” (Varsi, 2013, p.53).

Mosquera (1997) señala, que la Bioética es una especial disciplina de la ética, que tiene como objetivo primordial la resolución de conflictos de carácter ético que necesitan los nuevos avances generados en el campo de las ciencias biológicas y médicas; cuya función se centra en velar porque el nuevo poder de transformación del hombre (con fines predeterminados y de una forma programada) no se convierta en contra de la propia humanidad, buscar el aseguramiento de que el progreso científico y tecnológico no se utilice como arma de autodestrucción.

En cuanto a lo descrito anteriormente queda claro que debido a los avances de la tecnología y su aplicación sobre los seres humanos se hace necesario contar con una disciplina que dirija y supervise todo lo concerniente a la manipulación médica y biológica de las personas debiendo ser aplicada también a cualquier intento de regulación de las técnicas de reproducción médicamente asistidas y, especialmente, a la subrogación de útero, pues - de lo contrario - se podría poner en peligro atributos fundamentales propios de las personas como su integridad o su dignidad. Así pues, es conveniente destacar la aparición de un nuevo concepto, también considerado como una nueva rama de las ciencias jurídicas, que se encarga del estudio y desarrollo de las normas que deben tutelar los actos médicos relacionados directamente con la manipulación de la vida, estamos hablando del Bioderecho, también conocido como Biojurídica (el desarrollo de éste se verá con mayor detalle en las páginas posteriores):

6.2 Características de la bioética:

Sabiendo la importancia que ha adquirido la Bioética en estos últimos años debido al avance y mayor utilización de las ciencias (médicas y biológicas) en las personas, y en concordancia con los valores y principios morales que deben primar sobre éstas, se pueden extrapolar algunas de las más importantes características de dicha disciplina. Así pues, destacamos los expresado por Varsi (2013), quien señala que la Bioética aunque es una disciplina teórica está destinada a ser práctica, que tiene como sustento la base de los derechos humanos por lo que se orienta a la protección (física, mental y social) de la persona, trazando límites sociales que sirvan de guía para la adecuada actuación científica y tecnológica y evitando así que ésta pueda irse en contra de la vida y de su ambiente. Asimismo, menciona que la Bioética tiene que ver con todo lo relacionado a los valores de los

profesionales que operan en el área de la salud y los problemas que pueden derivarse por la inobservancia o carencia de estos.

Así pues, hasta el momento, queda clara la importancia que tiene (siempre ha tenido) la Bioética como limitante no del progreso científico sino del desborde que éste pueda tener sobre todo si se aplica sobre el ser humano de forma directa y que es precisamente gracias a ésta que permite también contener el esfuerzo interdisciplinario de diversos profesionales (sociólogos, médicos, teólogos, abogados y filósofos) para el logro de la integración de múltiples perspectivas con el objeto de conocer y obtener enfoques y respuestas nuevos en el ámbito de la aplicación de las modernas y tecnológicas técnicas, en este caso, de reproducción médicamente asistida.

6.3 Principios

Como disciplina que pretende coadyuvar a otras a trazar limitaciones y parámetros fundados en el respeto de los derechos del ser humano, la Bioética, aplicada a las técnicas de reproducción asistida, expresa su campo de acción por medio de principios o postulados que, en mérito a la protección de la vida e integridad de las personas, obligan a los profesionales de la salud a observar rigurosamente el panorama al momento de realizar sus labores para evitar cualquier tipo de abuso o de excesos que pudieran menoscabar su integridad o, incluso, su dignidad.

Estos principios clasifican y ordenan normas morales que deben de analizarse e interpretarse con otras normas. La doctrina autorizada señala principalmente cuatro: el principio de autonomía, el de beneficencia, el de justicia y, el de no maleficencia.

6.3.1 Principio de Autonomía (respeto por las personas)

Propugna el respeto por las opiniones y elecciones de las personas; es decir, reconoce su derecho a la libertad y a la autodeterminación. En palabras de Atienza (2004), significa el reconocimiento a toda persona de tener un propio punto de vista, a realizar acciones sustentadas en creencias personales y valores, de forma tal que se les permita a los agentes actuar autónomamente.

Ahora bien, con relación al procedimiento de Gestación Subrogada este principio implica que toda persona tiene el derecho de optar por el mecanismo o procedimiento que considere más conveniente para ella de acuerdo a su situación y al problema que esté afectando su capacidad reproductiva; es decir, que mediante el acceso a todas las herramientas e información disponibles pueda acudir libremente a la realización de esta técnica siendo consciente de que por su sola voluntad asume las consecuencias (positivas o negativas) y obligaciones que de ésta puedan desprenderse.

6.3.2 Principio de Beneficencia

El principio de beneficencia implica que aquellos procedimientos aplicados al ser humano deben de guardar coherencia con la finalidad que éste persiga tomando en cuenta la utilidad y el beneficio de sus resultados. Dichas actividades médicas deben ser de orden terapéutico extremando los beneficios.

Con relación al procedimiento de Gestación Subrogada este principio le brinda las directrices al profesional de la salud sobre la necesidad de buscar el máximo bienestar de sus pacientes sometidos al procedimiento en cuestión y que debe de mantenerse durante su desarrollo, previendo y evitando, en cuanto le sea posible,

cualquier situación perjudicial que pueda causar alguna afectación a la salud o a la integridad de los intervinientes.

6.3.3 Principio de Justicia

Este principio resulta medular en el desarrollo y aplicación de la TERA Gestación Subrogada, pues establece que nadie debe ser blanco de ningún tipo de discriminación en la aplicación de un tratamiento médico. En ese sentido, Varsi (2013) menciona que “(...) todos los seres tienen igual derecho a ser asistidos clínicamente y de acuerdo a las necesidades y urgencias que requiera su salud. La igualdad en el tratamiento científico es fundamental” (p.60). (El subrayado es nuestro).

Como se ha señalado, la observancia del principio de justicia es fundamental dentro de un procedimiento de subrogación uterina, ya que, en la misma dirección planteada cuando se abordó lo concerniente al derecho a la igualdad en materia de reproducción asistida, tiene como fundamento que todas las personas con problemas de infertilidad deberían poder ser atendidas por el profesional de la salud competente de igual forma, teniendo las mismas herramientas de acceso para la evaluación y el tratamiento de su enfermedad como parte del derecho a la salud.

6.3.4 Principio de No Maleficencia

El principio de No Maleficencia, aunque hay quienes lo asimilan al de beneficencia, implica específicamente el deber que tiene todo profesional de la salud de no producir daño y/o de disminuir todo riesgo innecesario en su paciente durante la evaluación, el tratamiento y/o la aplicación del procedimiento médico de la Técnica de Reproducción Asistida Gestación Subrogada.

6.4 Bioética y Reproducción Humana

La Bioética, hoy en día, cumple un rol fundamental en los aspectos de la reproducción del ser humano, se puede decir que muchos de los dilemas éticos emergentes de ésta se encuentran sujetos a los avances de la tecnología, por lo que se hace necesario su estudio y aplicación a las denominadas técnicas de reproducción asistida y, especialmente, a la Gestación Subrogada.

Como menciona Benavides (2017) el proceso reproductivo presenta un enorme reto al médico. Los desafíos ahora se centran en que la ciencia pretende modificar aquellos conceptos relacionados con la fecundación, el desarrollo embrionario y el nacimiento y que se aplican a los métodos de reproducción asistida, por lo que establecen un reto a los conceptos enquistados de la moralidad de las sociedades.

Al respecto, cabe señalar que, se debe de comprender el problema desde una óptica imparcial lejos de pensamientos conservadores (en su mayoría desfasados) que mantienen la idea de la cópula entre un varón y una mujer como única y absoluta forma de reproducción - cuasi como una obligación - sin entender que hoy más que nunca es necesario saber y comprender que existen formas alternativas de lograr tener descendencia frente a un problema de comprobada infertilidad (que con el devenir del tiempo se acrecienta más) por lo que resulta fundamental que el legislador antes de emitir algún pronunciamiento normativo sobre la TERA Gestación Subrogada tenga en cuenta aquellos parámetros éticos bajo los cuales debería de realizarse para evitar cualquier tipo de vulneración a los atributos propios y esenciales de las personas.

6.5 Bioderecho o Biojurídica

Como se ha ido señalando, la Bioética juega un papel fundamental en las actividades de los profesionales de salud, sobre todo en el tema de la reproducción asistida; sin embargo, consideramos que ésta debe tener una vinculación indesligable con las ciencias jurídicas desde el momento en que comienzan a generar impacto en la sociedad y en la interrelación humana.

En ese sentido, como se describió en la primera parte del presente capítulo, se destaca la creación de nuevos conceptos que vinculan a ambas ciencias: el “bioderecho” que aparece con la intención de que el legislador, atendiendo a la realidad social actual sobre el avance de la tecnología y las necesidades de la población, sea consciente de la urgencia de regulación de dichas técnicas sobre todo, de la que hacemos mención: la de la Gestación Subrogada, que es la más practicada y la que más polémica ha venido desatando en el país según se ha ido vislumbrando. Asimismo, resulta necesario que este nuevo enfoque del campo jurídico sea utilizado de forma práctica, pues debe resolver conflictos relacionados a la licitud y legalidad y jurídica de las consecuencias que puede generar la aplicación de los avances de la ciencia.

Luego, comulgamos con lo expresado por Martín (2004), quien señala que:

Es, pues necesario que el legislador intervenga ordenando conductas y puntualizando extremos no deducibles, sin más de las vagas formulaciones de la bioética, lo que no puede quedar al libre albedrío o interpretación de profesionales. (...) De nada vale proclamar enfáticamente el derecho a la salud de todos los ciudadanos, si no se

adopta un estatuto que haga efectivo el acceso a los servicios públicos sanitarios. (p.75)

En el mismo sentido, pensamos que los principios de la bioética resultan fundamentales al momento de realizar actividades médicas y/o biológicas dentro de los procedimientos de las TERA, sin embargo, tomando en cuenta la abstracción de dichos principios devendrían en nulos si no se aplican en la realidad. “El problema fundamental de la bioética es pasar del nivel de los principios a las reglas; dicho de otra manera, construir (...) un conjunto de pautas específicas que resulten coherentes con ellos y permitan resolver los problemas prácticos que se plantean (...)” (Atienza, 2004, p. 73).

Entonces, de acuerdo a la situación de la Gestación Subrogada, estimamos bastante coherente - y urgente - que el legislador tome en consideración los principios bioéticos ya existentes y los pueda aplicar, que es lo que realmente se necesita, a la par de la observancia de la situación actual y de la realidad de dicha técnica reproductiva que se percibe en la sociedad peruana, esto con el fin de poder contar con un marco jurídico que no solo resuelva de forma directa todos aquellos conflictos que vienen suscitándose por la inexistencia de normas adecuadas - y específicas - en materia de reproducción asistida, sino que contenga disposiciones originadas de la observancia directa de los preceptos básicos de la Bioética, pues, como ya se ha señalado, ésta es la que va a parametrar la ley, la que va a permitir que no exista ninguna norma que se exceda, que sobrepase los límites del respeto, la dignidad, la individualidad y la integridad de ningún ser humano.

CAPÍTULO VII MITOS Y VERDADES EN TORNO A LA PRÁCTICA DE LA GESTACIÓN SUBROGADA

Sin duda alguna, con la aparición de la técnica de reproducción humana asistida Gestación Subrogada se ha dado origen no solo a una puerta de solución alternativa para aquellas parejas con imposibilidad reproductiva que antes tenían que resignarse a ver frustrado su proyecto de vida personal y como familia, sino que, además, también ha generado un gran remezón en la sociedad peruana que presenta sectores o grupos (bastante poderosos e influyentes, en algunos casos) que aún mantienen rasgos ultraconservadores en su pensamiento y que, por supuesto, se oponen a su aceptación y a su aprehensión jurídica señalando diversos argumentos, unos más inverosímiles que otros.

Así pues, en razón de dicho pensamiento es que se han señalado los principales argumentos de los que se valen aquellos sectores que se oponen al reconocimiento y aceptación de la TERA descrita y que son explicados y aclarados por los especialistas entrevistados y, por supuesto, rebatidos, pues consideramos - como se ha ido señalando en el transcurso del presente trabajo de investigación - que la Subrogación de Útero es un método que necesita ser aprehendido directamente por nuestro ordenamiento jurídico no solo porque en su contenido se encuentran en riesgo derechos reconocidos que merecen la debida tutela por parte del Estado (sobre todo los de los menores) sino porque se viene realizando de forma descontrolada, y es precisamente el hermetismo normativo peruano el que permite la vulneración no solo de los diversos derechos de las partes involucradas, sino que también afectan al propio Estado.

Así tenemos las siguientes razones opositoras:

1. La fecundación *in vitro* como método principal del procedimiento de Gestación Subrogada, costosa, poco eficaz y con un alto coste de vidas de embriones

Esa afirmación es cierta en el extremo del costo y es un MITO en los demás argumentos.

Sobre la parte que señala que la realización de dicho procedimiento es costosa, lo es, pero precisamente por la carencia de regulación de la misma y justamente eso permite que solo acceda a ella un porcentaje mínimo de la población que sí cuenta con medios económicos para poder asistir a una clínica y realizarla, y aunque en el Perú - a nivel del sector público - se cuenta con una institución capaz de poder llevar a cabo un proceso de útero subrogado (el Instituto Materno Perinatal, antes conocido como la maternidad de Lima) la cual, a pesar de realizar procesos de fecundación *in vitro* y de tener el costo más bajo a nivel nacional, no puede atender todos los casos de infertilidad existentes y menos brindar la posibilidad de realización de un proceso de alta complejidad como el de Gestación Subrogada y no por causas vinculadas al mismo procedimiento ni por carencia de instrumentación o personal capacitado sino por la falta de norma específica. Al respecto, el médico Antonio Cipriano³⁸ señala que:

Entre las atenciones del sector privado y el público se reporta una población de 5000 o 6000 parejas anualmente, que no constituye ni el 2% del total de la necesidad del medio millón de personas que requieren de procedimientos de alta complejidad como la Gestación Subrogada (el otro millón requiere de procedimientos de

³⁸ Dr. Antonio Zacarías Cipriano Bernuy, médico gineco-obstetra, especialista en reproducción humana e infertilidad / jefe de la Unidad de Medicina Reproductiva Humana en el Instituto Materno Perinatal-Minsa.

baja complejidad); por otro lado, tampoco es que los procedimientos en el Perú sean demasiado costosos (registramos los costos más bajos de Latinoamérica) sino que nuestra población no tiene capacidad para poder solventar un procedimiento de fertilización asistida porque es costoso, lo que hace pensar que el Estado en algún momento tendrá que hacerse cargo de este problema porque como está solamente un grupo muy pequeño de poder económico puede acceder a estos servicios especializados y el resto de la población, no. (comunicación personal, 15 de agosto, 2019)

Sobre la posición que señala que al practicarse la TERA Gestación Subrogada siempre existirá un atentado contra la vida de los embriones que no logren ser implantados, primero, se señalará la realidad vista desde el campo médico. Así pues, el médico Cipriano menciona que la pérdida de células germinales hasta de embriones es normal tanto en los procesos naturales de gestación como en los asistidos, las tasas de abortos en el ser humano a nivel mundial tiene una incidencia del 30% a 40% de los embarazos, la mayor parte se pierde de forma inadvertida (...) por lo tanto, lo que se da en la naturaleza en forma normal es lo mismo que se da con la fertilización *in vitro*, se pierden embriones no porque los profesionales los descartan (porque ello no es ético), lo que pasa en el proceso de unión de las células germinales, tanto óvulo y espermatozoide, en el laboratorio – que luego pasan a una incubadora en la cual estarán entre 3 a 5 días donde van a ir desarrollándose - muchos de ellos, sí es cierto que se pierden (entre aproximadamente 20% a 30%) y, después para la implantación, se pierde un porcentaje más, pero eso también se ve en la naturaleza normal, es porque la

genética de los propios embriones estaba destinada a vivir hasta ese momento (...)
Lo que pasa es que en fecundación asistida nosotros lo vemos por cada día a
diferencia de la forma natural en la que se pueden dar micro abortos imperceptibles
(Cipriano, 2019).

Sobre los embriones excedentes menciona que justo “la falta de regulación la
que genera este problema” y señala que dicho inconveniente sucede a nivel
mundial porque después que las personas logran conseguir el embarazo, habiendo
quedado 2 o 4 embriones congelados, los abandonan y es así que el centro se llena
de embriones; sin embargo – y sobre el argumento que señala que el procedimiento
de fecundación *in vitro* es poco eficaz – explica que la tendencia de las técnicas de
fertilización asistida es que cada vez están siendo mucho más efectivas, hay
técnicas de estimulación mínima, de tal manera que ya “no hay necesidad de
extraer tantas células germinales (ovocitos) de la mujer; por ejemplo, en Europa
están transfiriendo solo un embrión, nosotros acá, por ahora, estamos transfiriendo
2. Hace 10 o 15 años se transferían 3 o 4” (Antonio Cipriano, comunicación
personal, 15 de agosto, 2019).

En segundo lugar, invocamos lo establecido por la Corte Interamericana de
Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica:

Si bien al ser fecundado el óvulo da lugar a una célula diferente con
la información genética suficiente para el posible desarrollo de un
ser humano, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el
cuerpo de una mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas
(Corte IDH, 2012, caso Artavia Murillo y otros (Fertilización *in vitro*)
Vs. Costa Rica, párr. 186).

El término concepción no puede ser comprendido como un proceso excluyente del cuerpo de una mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede (Corte IDH, 2012, caso Artavia Murillo y otros (Fertilización *in vitro*) Vs. Costa Rica, párr. 187).

Asimismo, el Tribunal de la Corte IDH refiere que debe entenderse a la concepción desde aquel momento en el que ocurre el proceso de implantación, motivo por el cual establece que antes de dicho episodio “no procede aplicar el artículo 4° de la Convención Americana (derecho a la vida)”. Sobre el particular, que ya ha sido explicado en el numeral 4.4.6.1 del capítulo IV Enfoque Jurídico, la abogada Roxana Rodríguez-Cadilla³⁹ ante el “conflicto” que habría entre lo dispuesto por la Corte IDH y lo señalado por el Tribunal Constitucional (Expediente N° 2005-2009-PA/TC) sobre el inicio de la vida y la protección del concebido – refiriendo lo argumentado por la Segunda Sala Constitucional Permanente en el expediente N° 01286-2017-0-1801-JR-CI-11, señala:

El Tribunal Constitucional con esa sentencia en torno a la píldora del día siguiente ha recortado los derechos sexuales y reproductivos de las parejas, con el argumento de que como la Corte Interamericana de Costa Rica no protege al embrión sino hasta que esté implantado en el útero y como el Perú tiene una legislación que protege al concebido antes de la implantación, y como es más protector de la vida humana, entonces debe primar ello y no aceptar el fallo de la Corte, o sea, ahora incumplimos fallos

³⁹ Roxana Inés Rodríguez-Cadilla Ponce, abogada, historiadora y magíster en docencia universitaria, actualmente dedicada a litigar sobre casos de Gestación Subrogada en el Perú.

que son *jus cogens* y que son de obligatorio cumplimiento para el Perú (...), ha sido tajante la Corte - quien es la encargada vía jurisprudencial de interpretar la Convención - al decir textual y claramente que los artículos de ésta solo protegen al concebido a partir de su implantación en el útero materno y no desde el momento de la unión del gameto espermatozoide con el ovulo. Entonces, ya es hora que el Perú adecúe su legislación interna, como es su obligación, a la jurisprudencia a la cual está obligatoriamente suscrito. (comunicación personal, 14 de agosto de 2019)

Así pues, la Corte comprende a la concepción como el momento de la implantación del cigoto en el útero materno, entendiéndose que “la tutela de derechos se realiza a partir de la anidación y comprende que antes de ésta la célula constituida (blastocisto) no es sujeto de derecho”. Permitiéndonos apreciar que “una cosa es la vida viviente o biológica y otra, la vida tutelada por el Derecho” (Cieza, 2017, p.131) ambas situaciones no siempre tienen coincidencia.

2. Los niños nacidos mediante las Técnicas de Reproducción Asistida tienen mayores riesgos de nacer prematuros, con menor peso y con posibilidades también menores de sobrevivencia de los embriones

Este argumento aplicado al procedimiento de Gestación Subrogada es un MITO, y quien mejor para explicarlo desde su campo de acción y sus años de práctica y experiencia en el rubro que el médico Antonio Cipriano, quien señala, al respecto, que:

Dicha afirmación es falsa ya que desde el año 1978 que nació el primer niño probeta han pasado muchas décadas y han nacido millones de niños mediante este tipo de técnicas y se ha visto que entre un bebé concebido en forma natural o por métodos de fertilización asistida no hay diferencia en mortalidad, una vez concebidos tienen el mismo riesgo de la población, porque si se hubiese demostrado a nivel mundial, con estadísticas que digan lo contrario, no lo haríamos; además, si fuera cierto, los miles de niños que nacen por fertilización asistida tendrían este problema y se hubiera demostrado científicamente que es correcta esa afirmación, pero no es así. Las tasas de mortalidad neonatal son las mismas tanto en los bebés concebidos de forma natural como en los concebidos por reproducción asistida. (Antonio Cipriano, comunicación personal, 15 de agosto, 2019)

En ese sentido, no corresponde hacer mayor intervención sobre la explicación dada, puesto que, como se ha descrito, el profesional competente para señalar detalles y contradecir la premisa es el médico experto en el tema, quien maneja datos y cifras estadísticas de propia fuente y que nos resultan de gran apoyo debido a que, como se ha detallado en el capítulo pertinente, es justamente el talón de Aquiles que existe en el país; es decir, porque no se cuenta con números oficiales que nos permitan tener una certeza de la cantidad de casos sobre subrogación que se realizan en el Perú ni de la cantidad de problemas que pueden surgir en el producto fruto del uso de este tipo de técnicas; así pues, solo nos quedaría reafirmar la idea de que el argumento opositor en cuestión sobre la TERA Gestación

Subrogada es errado y, por tanto, no constituye una opción válida, valga la redundancia, de oposición.

3. Es una figura que atenta en contra de la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Dicha argumentación es un MITO.

La contradicción actual entre la moral (como aquella relativa a la conducta humana en relación con el bien y con el mal) y la gestación subrogada, básicamente es la expresión de aquel sector que ve con temor y desconfianza el avance de las tecnologías genéticas, siendo que el “ataque” a la aceptación de estas técnicas son el resultado de dicha desconfianza y de una imagen de “antinaturalidad” de la madre sustituta, por lo que, el concepto de “moral” no debería interferir limitando la libertad de las personas que han decidido participar en actividades consensuales si es que no dañan a otros (Cieza, 2017).

Sobre lo concerniente a las ideas de orden público y de buenas costumbres, se ha detallado en el capítulo pertinente, que éstos no poseen una conceptualización exacta ni una aplicación estática por lo que su carácter es completamente relativo, por el contrario, se ha llegado a razonar que mejor sería considerarlas (a las directrices del orden público) como normas de conducta social que deben de condecirse con la realidad y que deben de tener un carácter mutable, por lo que su utilización como argumentos de prohibición del procedimiento de gestación por sustitución es claramente carente de razonabilidad.

El concepto de buenas costumbres es axiológico, propio de la valoración de las personas, que va cambiando conforme la sociedad avanza (...) actualmente los valores de la sociedad son

totalmente distintos y la maternidad subrogada no es un acto negativo, sino, por el contrario, positivo.

Con respecto a la norma de orden público, si bien el artículo 7° de la Ley General de Salud te dice que la maternidad biológica debe coincidir con la maternidad genética simplemente establece pues un deber, pero no es una prohibición y no establece una sanción; en todo caso la norma tiene que interpretarse en sentido amplio en beneficio de la pareja porque es un acto pro vida. (Enrique Varsi⁴⁰, comunicación personal, 21 de agosto, 2019)

Por otro lado, resulta interesante la opinión de la abogada Rodríguez-Cadilla R. quien sobre el precepto de “buenas costumbres” menciona:

Las buenas costumbres son un concepto que, en mi opinión, debería desaparecer de toda norma en nuestro sistema jurídico y de los sistemas jurídicos en general por su completa relatividad, porque es un cajón de sastre que se utiliza exclusivamente para proteger valores religiosos de grupos mayoritarios - entiéndase religión católica - y no las buenas costumbres de nadie más, porque las buenas costumbres de los ateos no se van a ver afectadas, tampoco la de los agnósticos, las únicas buenas costumbres que se van a interpretar desde la perspectiva de los jueces con esta visión limitada, sesgada y totalmente cerrada que tienen del derecho son normas religiosas producto de sus credos personales

⁴⁰ Enrique Antonio Varsi Rospigliosi, abogado independiente, docente, investigador de la Universidad de Lima y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, investigador Concytec y árbitro en varios centros de arbitraje.

que no tienen nada que ver con el ejercicio del Derecho.
(comunicación personal, 14 de agosto de 2019)

Entonces, en razón de todo lo mencionado en los párrafos precedentes, así como tomando como referencia lo desarrollado en acápite que aborda lo concerniente al orden público como a las buenas costumbres visto en el capítulo “Enfoque Jurídico” de la presente investigación) se tiene que no existe un concepto estático de los hechos que configuran el denominado “orden público” ni las “buenas costumbres”, los cuales, a criterio de la investigadora, están orientados a dirigir tanto el comportamiento de la colectividad en su conjunto como el de cada persona de forma individual; sin embargo, vistos ambos de forma general atinamos a pensar que serían una agrupación de normas jurídicas que fijan márgenes de conducta, pero que deben obedecer a los cambios que toda sociedad en desarrollo va a presentar de manera natural por lo que alegar que dichos preceptos van a verse vulnerados con la aplicación de la Gestación Subrogada es razón suficiente para señalar que es un argumento que carece de toda lógica y razón.

4. La Gestación Subrogada genera esclavitud, explotación y una situación de indignidad para las mujeres que la ejercen.

Dicho argumento es un MITO.

No se puede, es imposible e irrazonable equiparar una subrogación con una situación de esclavitud ya que no consta de por medio la “alienación de la voluntad”. Cualquier argumento contra la explotación de la mujer debe tener en cuenta el problema de la autonomía personal. En ese sentido, Cieza (2017) citando a Hatzis, en el análisis de la problemática vista desde el Análisis Económico del Derecho, menciona que si el Estado no puede ofrecer una alternativa a estas mujeres y el

mercado de madres sustitutivas es completamente abierto a cualquier oferta, entonces toda restricción de la autonomía personal es paternalista, dañina para las mujeres e inconsistente. Mejor es que las mujeres estén correctamente informadas y sin restricciones para que tomen mejores decisiones.

Sobre un atentado de la dignidad de la subrogante, creemos que no es así ya que si tomamos en consideración lo señalada líneas arriba veremos que en un escenario donde las reglas estén claras con una adecuada información, ninguna de las personas que acuden voluntariamente a realizar una subrogación de útero tiene que ver afectada su dignidad.

En igual sentido, Rodríguez-Cadilla R (comunicación personal, 14 de agosto, 2019). argumenta que:

La dignidad de la mujer se afecta cuando no se le da la libertad para decidir, cuando se le subestima para ello, cuando se decide por ella y se cree que es incapaz de hacerlo por sí misma, cuando se trata a la mujer con paternalismo; muchos sectores, incluso del feminismo, van a decir que eso se va a convertir en una forma de explotación de las personas que menos recursos tienen pero no es necesariamente cierto, la gestación por subrogación es algo que si se regula adecuadamente no se va a poder utilizar como un medio de subsistencia, (...) y no es una cuestión de decir que el fin justifica los medios, es cuestión de decir que la mujer tiene el derecho y es libre de tomar cualquier decisión sobre lo que hace con su propio cuerpo, si no este reconocimiento por el que se ha luchado por tantos años desde el feminismo, del derecho al propio cuerpo y que

se usa tanto en temas del aborto, por ejemplo, se estaría contradiciendo al negarlo en los casos de Gestación Subrogada.

Así pues, consideramos que, si existiese un adecuado tratamiento de dicha TERA por parte del Estado, incluyendo la información pertinente al alcance de la población, dejaría de existir algún atisbo de explotación por cualquiera de las partes involucradas en el procedimiento.

5. Permite la mercantilización del cuerpo humano

Dicha afirmación es un MITO.

En cuanto a esta idea, resulta más factible señalar que carece de todo fundamento, pues en una Gestación Subrogada la mujer no está tratando su cuerpo como una mercancía ya que ella no está vendiendo un pedazo de sí misma, lo que estaría realizando es, en palabras de Wertheimer citado por Cieza, un *trade off*⁴¹, por el cual, ofrece un servicio utilizando alguna parte específica de su cuerpo (en este caso, su útero, pero también podría haber sido otra parte como su mano, por ejemplo) con el fin de obtener algo que es más valioso para ella (que no siempre será dinero). Este servicio es similar a otros existentes ofrecidos en los cuales las mujeres realizan a otros, mediante contratos de trabajo, la transferencia de un uso limitado de sus cuerpos, por ejemplo, el caso de las actrices, modelos, atletas, entre otros.

Enrique Varsi (comunicación personal, 21 de agosto, 2019) menciona que:

El hecho de que haya un pago no es porque se esté comprando el cuerpo, arrendando el vientre o mercantilizando el acto generatriz

⁴¹ Anglicismo que describe una situación en la cual se debe perder cierta cualidad a cambio de otra cualidad

o gestacional de una mujer, en caso exista un dinero de por medio se entiende que es consecuencia de los gastos que esta mujer va a tener, porque una mujer embarazada tiene unos gastos, costos que asumir, entonces de ninguna manera podemos aceptar que esos pagos vendrían a ser como consecuencia de un acto de mercantilización, en todo caso deberían ser entendidos como actos de estipendio por el gasto y por la labor excepcional de gestación que te genera un costo y el que recibiría esta mujer colaboradora, una compensación, pero no es un precio.

También hay quien afirma que este un tema polémico y delicado y que como se puede percibir en muchos casos existen personas (sobre todo las mujeres que se postulan como subrogadas e, incluso, las agencias intermediarias) que consideran este procedimiento como un negocio, existiendo la posibilidad también de que quieran dedicarse recurrentemente a eso para hacer un comercio, “por eso es importante que el Derecho entre a tallar para poder restringir ciertas cosas, poner ciertos candados”. Sin embargo, hay que comprender que llevado de una forma adecuada mediante el establecimiento de parámetros y garantías podría convertirse la TERA Gestación Subrogada en un mecanismo idóneo. “No le veamos siempre el tinte comercial (...), hay un sufrimiento de por medio, ¿quién es el Derecho o la sociedad para negar tan legítima aspiración de vida a una familia, a una persona que no puede hacerlo de manera natural? (Rodríguez-Cadilla M⁴², comunicación personal, 07 de agosto, 2019)

⁴² María del Rosario Rodríguez - Cadilla Ponce, abogada y bioeticista, consultora legal en clínicas de fertilidad y asesora particular en casos sobre reproducción asistida.

Vemos entonces que la sustituta está muy lejos de ser considerada como una vendedora que oferta sus productos en el mercado, así pues y en atención a lo ya señalado por Bullard (2010) en cuanto al tema del análisis económico de la capacidad reproductora de las mujeres, es alguien quien ha realizado la clasificación de sus prioridades en la vida para lograr un objetivo más importante para ella de la manera más eficiente. El problema en sí pasa por el hecho de que nuestra sociedad aún cuenta con pensamientos tradicionalistas basados en concepciones y realidades desfasadas, por lo que el considerar a mujeres que piensen en la subrogación como una manera de alcanzar un objetivo en la vida es visto como algo antinatural, y, como generalmente pasa, la antinaturalidad tiende a ser considerada como algo malo, como alguna situación a la que, incluso, hay que temer. Ello pone en evidencia que el tratamiento de esta TERA es una cuestión de “valores” y posturas subjetivos.

7. La madre gestante sufrirá las consecuencias psicológicas de desprenderse del niño al nacer.

Dicha argumentación es un MITO.

Sobre el particular, consideramos que la mejor contra argumentación la tiene un profesional especialista en ese sector, así pues, la psicóloga Karolina Velit⁴³ (comunicación personal, 07 de agosto, 2019) señala:

Durante el proceso del embarazo y el post embarazo es cierto que se pasan por muchos desbalances hormonales, siempre se recomienda que tanto la persona que está haciendo de madre subrogada (que está brindando el vientre) tenga un

⁴³ Karolina Velit Poblete, psicóloga, especialista en psicología de la infertilidad y psicoterapeuta privada.

acompañamiento emocional porque no podemos predecir qué es lo que va a sentir esta mujer cuando ya nazca el bebé, es importante que antes de esto cuando ya se tengan todos los procesos de la evaluación estas personas (tanto la pareja que quiere adoptar el vientre como la persona que está siendo de gestante) tengan un acompañamiento emocional de parte de una persona especialista en el tema (...) y para tratar de evitar o de aminorar dicho padecimiento se recomienda que la gestante subrogada haya sido madre por lo menos una vez antes de someterse al procedimiento.

Al respecto, y como es sabido, compartimos la idea de que efectivamente hay un vínculo emocional y afectivo que se va desarrollando entre una mujer con el bebé cuando lo está gestando, es un hecho natural y que normalmente puede generarse y es característico en casi todos los seres humanos (hacemos la salvedad del “casi” porque siempre hay excepciones a la regla. Al respecto, se han visto casos en los que algunas mujeres por sus comportamientos han evidenciado no haber tenido ningún nexo sentimental con la criatura que gestaron); pero justamente por ello siendo conscientes de la realidad de la TERA Gestación Subrogada en el país y sabiendo que su regulación es apremiante es necesario que se prevean todos los requisitos y mecanismos que posibiliten que se pueda llevar a cabo sin mayores afectaciones de ninguno de los intervinientes.

En ese sentido, debemos plantear – y comulgar con la mayoría de legislaciones que han aprehendido en favor a la TERA subrogación de útero – la premisa que la mujer que acepte ser madre gestacional tendrá que tener ciertas características de obligatorio cumplimiento: como contar con una edad mínima y, por supuesto, haber tenido previamente, por lo menos, un hijo con el fin de que sea consciente de que

a pesar de haber generado algún vínculo o lazo sentimental con la criatura gestada debe tener la capacidad de renunciar al producto que albergó durante todo el proceso del embarazo y eso solo lo podrá hacer una mujer que ha experimentado tal situación previamente.

8. El menor se mercantiliza, se cosifica pues, tiene un precio

Este argumento es un MITO y es precisamente uno de los más utilizados en la oposición a la TERA en desarrollo; sin embargo, es completamente inexacto señalar que el menor producto de una Gestación Subrogada sea considerado como un objeto y menos aún que se ponga un precio y que se le venda como si fuese una cosa en un bazar. En ese sentido y sobre el alegado “precio del menor” la abogada Rodríguez-Cadilla R. señala:

Claramente no se está comprando un niño, lo que estás haciendo es poder acceder a lo que te falta para completar tu anhelo de maternidad y es que por alguna razón medicamente probada no puedes, además, para eso también hay un informe psicológico de parte de quien va a ser la gestante subrogada; en ese contexto, que se pueda dar una contraprestación económica por el hecho de brindar el vientre para poder permitir que otra persona sea madre yo creo que no es una comercialización ni una mercantilización, es una decisión de la mujer, es el ejercicio de su derecho de decidir sobre su propio cuerpo y creo que está mal que se opte por decir que la mujer no está en capacidad de tomar esa decisión.
(comunicación personal, 14 de agosto, 2019)

Al respecto, nos parece interesante aquella opinión que argumenta que, en el marco de un acuerdo de subrogación, el embrión “pertenece” a sus padres; es decir, a la pareja de esposos o cónyuges que tuvieron el ánimo (voluntad) de procrear a la criatura y pactaron llevar a cabo dicho procedimiento con la mujer que llevará el embarazo. En dicho escenario convendríamos en que el embrión pertenecería a sus padres y no se podría hablar de “venta de bebés” ya que la sustituta no puede vender algo que ella no tiene: los derechos de los padres al recién nacido” (Cieza, 2017, p.89).

La idea descrita nos resulta bastante peculiar, incluso nos cuesta comulgar del todo con ella puesto que se estaría hablando de una especie de titularidad del embrión (que una vez que nazca vivo será sujeto de todos los derechos que le correspondan); es decir, se hablaría de la posibilidad de que una persona tenga la titularidad de otra (y no hablamos de la figura de la tutela ni de patria potestad) lo cual, no nos parece posible, si es que esa fuese la idea del autor, en virtud del postulado de que ningún ser humano puede ser pasible de posesión por parte de otro; sin embargo no la descartamos y la saludamos, puesto que, como se ha venido señalando durante todo el trabajo, el tratamiento de esta técnica no tiene ninguna regulación, así que resultan bienvenidas todas las ideas que puedan aportar a la implementación de una normativa no solo adecuada sino eficaz.

9. Los menores nacidos por este medio tendrán problemas psicológicos al saber su procedencia

Dicha afirmación es un MITO, y sobre ésta la psicóloga Karolina Velit (comunicación personal, 07 de agosto, 2019) menciona que:

No hay ninguna evidencia científica la cual nos diga que los niños puedan tener algún tipo de trastorno emocional al simplemente enterarse de cómo han sido concebidos, ni de esta forma ni los niños que han sido concebidos por algún gameto donado, más bien hay evidencia científica de que no hay en ellos ningún tipo de compromiso emocional al enterarse que han sido concebidos por ninguna de las formas descritas.

Así pues, consideramos que esta argumentación es una de las que menos asidero tendría para oponerse o incluso intentar prohibir la práctica de la TERA Gestación Subrogada en el país, pues, si bien es cierto, pensamos que un menor fruto de dicho procedimiento pueda tener en algún momento de su vida sentimientos de duda respecto a su origen y a la identidad de su madre genética (en caso que se haya dado una ovodonación) no es menos cierto que lo mismo puede pasarle a un menor que haya sido incorporado a un seno familiar ajeno por medio de la figura de la adopción.

En ambos casos, aunque por diferentes medios, los padres por voluntad del menor serán los encargados a través de sus cuidados de atender a sus requerimientos físicos y emocionales para hacer que ese niño no se sienta diferente al resto de personas de su edad, ya que lo que se busca con la Gestación Subrogada es que sea considerada, mediante su reconocimiento legal, como un método tan normal (aunque de última ratio, como se ha puntualizado) de tener descendencia como el de la figura de la adopción.

10. La Gestación Subrogada conflictuaría con la presunción *pater is* establecida en los artículos 361º y 362º del Código Civil.

Esta afirmación es cierta si se toma en cuenta la actual redacción de los artículos 361º y 362º del Código Civil; sin embargo, y como se ha señalado en el capítulo pertinente, la presunción *pater is*, como la figura que presume que el hijo de una mujer casada siempre va a ser hijo de su esposo así fuese desmentido por dicha mujer, resulta ser no solo un principio carente de razonabilidad sino, que, hoy en día, con la proliferación de las técnicas de reproducción asistida merece ser replanteado o, incluso, desterrado del ordenamiento jurídico. En razón a ello, es que consideramos que una propuesta normativa idónea e integral debería plantear la modificación del artículo 361º del Código Civil, que establece que “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido” para que pueda contemplar excepciones (prueba en contrario) a la presunción de paternidad en los casos que una mujer casada sea colaboradora en un procedimiento de Gestación Subrogada.

Asimismo, y en el caso del artículo 362º del Código Civil, que establece que “El hijo se presume matrimonial, aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera”, precisamos la idea de que nos resulta una disposición absurda que no tendría asidero coherente, por lo que consideramos que debería ser derogada.

Entonces, de acuerdo a lo señalado, una adecuada regulación de la técnica de reproducción asistida Gestación Subrogada que contemple las debidas modificaciones de normas cuyo contenido resulta inútil, no acarrearía mayor inconveniente con la presunción *pater is*, por lo que sería perfectamente posible de realizar aun cuando la mujer subrogante esté casada.

11. La Gestación Subrogada se equipara a la figura de la prostitución

Dicha afirmación resulta ser un MITO.

Sobre el particular, la abogada Rodríguez-Cadilla R. enfáticamente señala:

Hay sectores que incluso la llegan a comparar con la prostitución, pero la situación en ningún caso es análoga, yo no puedo tener tantas gestaciones subrogadas como relaciones sexuales cobrando por prostitución, la gestación por subrogación es algo que si se regula adecuadamente (si se establece el número de partos que uno puede tener por este método, el intervalo entre ellos, etc.) no se va a poder utilizar como un medio de subsistencia (...) como termina siendo la prostitución, sin contar que no podemos comparar la finalidad de ésta, que es la simple satisfacción sexual de uno utilizando al otro a cambio de un pago, al hecho de traer vida a este mundo, de dar la felicidad de ser padres; ¿en dónde estamos si consideramos que la finalidad es la misma? (comunicación personal, 14 de agosto, 2019)

Comulgamos con la idea planteada, pues el proceso de útero subrogado no tendría comparación con la figura de la prostitución en ningún aspecto, salvo que sea utilizado como un modo de vida por la mujer que desempeñará el papel de dadora del vientre, lo cual, rechazamos enérgicamente ya que – como se ha venido planteando – esta técnica de reproducción asistida debería ser utilizada solo cuando ya no sea posible acudir a otras de menor complejidad y teniendo en cuenta que con una ley bien estructurada que contemple todos los márgenes y requisitos necesarios de las partes intervinientes (limitando las veces que la mujer subrogada puede serlo) jamás contendría alguna equiparación con la figura de la prostitución.

Así que la solución no es tratar de asimilar a la TERA en mención con ninguna figura delictiva sino darle un adecuado tratamiento con el objeto de fijarle límites para evitar que sea utilizada de una forma inadecuada y que pueda generar, en ese sentido, alguna vulneración de derechos.

12. La Gestación Subrogada puede ser considerada como trata de niños

Esta razón podría ser cierta si no se toman las medidas adecuadas para la regulación integral de la TERA Gestación Subrogada.

Probablemente este sea uno de los argumentos que mayores problemas a nivel judicial pueda traer a las personas que realizan dicha técnica producto de un mal entendimiento del procedimiento de útero subrogado, ya que, lamentablemente, dicha concepción depende del ordenamiento jurídico imperante en cada Estado. Así pues, algunos de los países europeos como España⁴⁴ no solo prohíben la práctica de la Gestación Subrogada, sino que, además, la configuran como el delito de trata de personas y es que la legislación española en estos temas es bastante radical, aunque en otros y, posiblemente, más polémicos, no.

Al respecto, la abogada Rodríguez-Cadilla R. considera dicha concepción como:

Una barbaridad, una desnaturalización de lo que implica la técnica, se le ha llevado a un extremo de convertirla en una práctica delictiva y están habiendo tremendos problemas con aquellos padres que han salido a realizar gestaciones subrogadas fuera de España y

⁴⁴ Ley 14/2006, Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida
Artículo 10. Gestación por sustitución

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

que al momento de retornar están viendo a sus hijos perjudicados en la posibilidad de acceder, incluso, a la nacionalidad que les correspondería (...) yo creo que España está cometiendo una atrocidad, está confundiendo cosas de una manera impresionante y aberrante, nada tiene que ver un delito tan execrable como la trata de personas con lo que viene a ser una TERA completamente válida y que bien regulada no debería generar ningún problema, simplemente creo yo que está saliendo a la luz el conservadurismo y exceso de catolicismo de la sociedad española, línea en la que parece que se quiere poner el Perú y que ojalá no acabe en la misma posición. (comunicación personal, 14 de agosto, 2019)

Ahora bien, hay que señalar que en la sociedad peruana aún existen jueces cuya mentalidad no les permite aceptar los avances de la ciencia, mucho menos aplicados a la reproducción humana y a la consecución de una vida, razón suficiente para calificar como en la legislación española el procedimiento de Gestación Subrogada como un delito: el de trata de personas y, como ya se vio en el capítulo pertinente, el caso de los esposos Tovar - Madueño constituye un triste ejemplo de lo que puede pasar si se sigue (mal) interpretando una norma deficiente y obsoleta (el artículo 7° de la Ley General de Salud) que aunada a un pensamiento cerrado y desfasado lleva a los representantes de la justicia a tomar decisiones que lejos de hacer prevalecer los derechos fundamentales de las personas se han constituido, más bien, en vulneratorios de estos.

En ese sentido, la abogada Rodríguez-Cadilla M (comunicación personal, 07 de agosto, 2019) menciona:

Mira lo que pasó el año pasado con esta pareja de chilenos que vinieron a hacer el procedimiento, si veías todo el historial de la señora Rosario Madueño y el señor Jorge Tovar, gracias a Dios que ahí mediaba el componente genético de uno de ellos, en este caso del papá por el que se pudo comprobar con la prueba de ADN que existía esa correspondencia genética entre los niños y él, pero si hubiese pasado como el caso que tengo en el Tribunal Constitucional en el que ni él ni ella dieron el material genético estarían presos hasta el día de hoy (...) habrá personas que si quieren utilizar esto como trata de niños, pero por gente inescrupulosa no se puede castigar a todo el mundo, a aquellos que sí necesitan dicho procedimiento para poder concretar su legítima aspiración de vida y su proyecto de vida. Además, para eso está el Derecho, justamente su función es ver todas estas situaciones para tratar de regular, pero ojo legislar no como sinónimo de prohibir porque las prohibiciones no solucionan el problema más bien cómo establecer derechos y asignar responsabilidades.

Comulgamos con lo señalado anteriormente, pero también creemos que resulta interesante tener posturas así de cerradas, pues esto, además de mostrarnos la diferencia de concepciones sobre un mismo tema que puede existir en diferentes legislaciones, permite que seamos conscientes de que en la realidad actual no se puede tener una mentalidad tan hermética, teniendo en consideración que el problema de infertilidad en las personas (mujeres) cada vez se acrecienta tanto a nivel internacional como nacional (tomando como referencia los pronósticos

perfectamente documentados y señalados por los profesionales de la salud y por los especialistas en estos temas), razón por la cual, la propia Organización Mundial de la Salud la ha considerado como una enfermedad.

Entonces, convendría que el Perú analice la viabilidad de seguir manteniendo un abstencionismo legal sobre una situación (el reconocimiento de la TERA Gestación Subrogada y su regulación como solución a los graves problemas de infertilidad e incapacidad para gestar de las mujeres) que requiere una pronta solución por parte del Estado como garante del respeto de los derechos de todos sus ciudadanos.

CAPÍTULO VIII CONCLUSIONES

- ✓ La Técnica de Reproducción Asistida Gestación Subrogada necesita ser reconocida y regulada por la ley peruana, desde un enfoque jurídico, porque:
- El derecho a la formación de una familia, en concordancia con el reconocimiento de los derechos reproductivos de las personas, así como otros derechos fundamentales, tienen su fundamento y tutela en la Constitución Política del Perú y en diversos documentos de carácter internacional de la más alta envergadura.
 - Resultaría un mecanismo adecuado siempre que exista un equilibrio entre la libertad, como el derecho que poseen todas las personas para decidir formar una familia y la responsabilidad (y los límites que deben establecerse) que de este derecho debe desprenderse en su actuar.
 - La infertilidad en el Perú, tal como lo establece la Organización Mundial de la Salud, debe ser considerada como una enfermedad que, debido a sus características y a sus cifras en ascenso, merece ser atendida por el Estado peruano como un tema de salud pública, por el que se provea a sus ciudadanos un adecuado acceso al derecho a la salud reproductiva, en todas sus formas, incluyendo a los métodos de reproducción asistida.
 - De mantenerse la situación actual en la que se encuentra dicha técnica en el país, se seguiría fomentando la vulneración del derecho a la igualdad, pues, a pesar de carecer de regulación legal expresa puede ser realizada en aquellas clínicas de los distritos más pudientes de la capital, infringiéndose así lo establecido en el artículo 44º de la Constitución que prevé como deber fundamental del Estado “garantizar la plena vigencia de los derechos

humanos”, por lo que, éste tiene la obligación de adoptar medidas eficaces para lograr el trato igualitario de todas las personas, medidas legislativas que permita a la sociedad acceder de manera segura a dicha técnica de reproducción alternativa.

- Una propuesta normativa integral que regule la Técnica de Reproducción Asistida Gestación Subrogada debería tener, por lo menos (aunque teniendo en consideración la particularidad de casos existentes) algunas de las consideraciones siguientes:
 - Un mecanismo de última ratio (cuando la condición médica certifique que existe una imposibilidad de llevar un embarazo).
 - Que sea altruista (la mujer subrogante podría compartir vinculación parental con alguno de los miembros de la pareja).
 - La mujer subrogante cumpla con algunos requisitos: como un rango de edad determinado, que haya tenido hijos previamente, que su cónyuge emita su consentimiento, entre otros.
 - La existencia de un contrato como el documento que regule las obligaciones a las que se someterán las partes intervinientes en el procedimiento, el cual deberá ser formalizado ante un notario público, constituyéndose así, como medio probatorio válido a nivel administrativo y/o judicial.
 - La filiación derivada de este mecanismo se determina por la voluntad procreacional de las personas que se someten a su práctica, siendo expresada de manera previa, formal y contenida en el contrato de Gestación Subrogada.

- La identificación de los nacidos por aplicación de la técnica de reproducción humana asistida Gestación Subrogada es determinada por el médico tratante en el Certificado de Nacido Vivo.
- ✓ La Técnica de Reproducción Asistida Gestación Subrogada necesita ser reconocida y regulada por la ley peruana, desde un enfoque social, porque:
- Permitirá disminuir los niveles de comisión de delitos relativos al procedimiento como la falsificación de documentos de identidad tanto del menor producto de dicha práctica como de la mujer subrogada, hecho que claramente afecta, no solo a las normas jurídicas del Estado sino a toda la esfera de la sociedad.
 - Erradicaría la idea de las parejas con imposibilidad reproductiva de realizar este procedimiento, pero con invocación de falsas instituciones como la adopción con la intención de disfrazar su accionar.
 - Disminuiría el problema de la explotación y/o extorsión de cualquiera de las partes intervinientes en el proceso al contar con un marco jurídico que tutele sus derechos y les brinde las garantías necesarias.
- ✓ La Técnica de Reproducción Asistida Gestación Subrogada necesita ser reconocida y regulada por la ley peruana, desde un enfoque bioético, porque:
- La bioética como rama de la ética permite señalar las pautas que todo profesional inmerso en la realización de dicha técnica debe tener en cuenta para que pueda delimitar su actuar con los intervinientes en concordancia con el respeto a la vida, la dignidad y a los demás derechos fundamentales que todo ser humano merece.

- La bioética, aplicada a las técnicas de reproducción asistida, expresa su campo de acción por medio de principios (autonomía, beneficencia, justicia y no maleficencia), los cuales, en el marco de la protección de la dignidad e integridad de las personas, si son observados y aplicados adecuadamente permiten encauzar y limitar el comportamiento tecnológico y científico del ser humano.
- El bioderecho, nace como un nuevo concepto que vincula al Derecho con la Bioética en base al surgimiento de las nuevas tecnologías aplicadas sobre las etapas, en este caso, reproductivas del ser humano y de acuerdo a las necesidades que muestre la población, con el fin de que el legislador sea consciente de que debe regular dicha técnica, pero observando los parámetros que deben separar la vida del comportamiento humano

CAPÍTULO IX RECOMENDACIONES

- Ante una situación de necesidad legislativa - como la presente descrita– que debe ser atendida de forma democrática en base al reconocimiento legítimo de los derechos de todas las personas es que se ha desarrollado tanto los enfoques como los requisitos mínimos que debería tener una propuesta integral de la TERA Gestación Subrogada, los cuales, esperamos puedan ser aprehendidos por la institución correspondiente como coadyuvantes en la formulación de una normativa idónea en la materia para el país.
- Que el Ministerio de Salud reformule el certificado de nacido vivo para que permita contemplar supuestos de Gestación Subrogada en el Perú.
- Que el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) lleve a cabo censos poblacionales a nivel nacional para saber cuál es el porcentaje de personas (mujeres y varones) con problemas de imposibilidad reproductiva en el país, así como para tener datos y cifras oficiales de la cantidad de personas que realizan el procedimiento de Gestación Subrogada y de las clínicas que lo hacen anualmente.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Fuentes bibliográficas

Atienza, M. (2004). *Bioética, Derecho y argumentación*. Lima: Palestra-Temis. p.42.

Benavides, A. (2017). *Bioética en sexualidad y reproducción humana*. Revista peruana de Ginecología y Obstetricia (4). Lima, pp.568-569.

Bermúdez, M. (2013). La Constitución Comentada. *Gaceta Jurídica (2ªed)*. Lima: El Búho E.I.R.L. pp. 504-559.

Bullard, A. (2010). Derecho y Economía. *El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra. pp.287-312.

Bullard, A. (s.f). Advertencia: el presente artículo puede herir su sensibilidad jurídica. El alquiler de vientre, las madres sustitutas y el Derecho Contractual. *IUS ET VERITAS, año V (10)*, pp. 51-63.

Cabanellas, G. (2008). *Diccionario Jurídico*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L. p.733

Canales, C. y Varsi, E. (2013). La Constitución Comentada. *Gaceta Jurídica (2ªed)*. Lima: El Búho E.I.R.L. pp. 504-559.

Calderón, V. (20 de noviembre de 2012). Corte Suprema resuelve el primer caso de vientre de alquiler. *Jurídica*, pp. 7-8.

Cárdenas, R. (2017). Una discutible sentencia. A propósito del fallo emitido por un juez admitiendo los contratos de alquiler de vientre. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (48), p.46.

Chiapero, S. (2012). *Maternidad Subrogada*. Buenos Aires: Astrea.

Cieza, J. (2017). *Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. El impacto y la necesidad de una regulación jurídica en el Perú. Lima: Instituto Pacífico. p.292.

- De La Puente, M. (2011). *El Contrato en General*. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil (Tomo II). Lima: Pacífico.
- De la Torre, J (s.f). *Bioética. Vulnerabilidad y responsabilidad al inicio de la vida*. Madrid: DYKINSON, S.L, p.246.
- De Lora, P. y Gascón, M. (2008). *Bioética. Principios, desafíos, debates*. España: Alianza.
- Espinoza, J. (2014). *Derecho de las personas (7ªed)*. Lima: RODHAS SAC.
- Espinoza, J. (2012). *Derechos de las personas: concebido y personas naturales (6ªed)*. Lima: Grijley.
- Fernández, G. (2012). *De las Obligaciones en General*. Coloquio de Iusprivatistas de Roma y América, cuarta reunión de trabajo. Lima: Fondo editorial de la PUCP, pp.19-36.
- Forno, H. (2004). El Código Civil Comentado (Volumen VI). *Gaceta Jurídica*. Lima: El Búho, pp. 21-27.
- Gómez, Y. (1994). *El derecho a la reproducción humana*. Madrid: Marcial Pons.
- Gutiérrez, W. y Sosa, J. (2013). La Constitución Comentada. *Gaceta Jurídica (2ªEd)*. Lima. El Búho. p. 37/103.
- Hernández, R., Fernández, C., y Baptista, P. (2010). *Metodología de la investigación (5ªed)*. México: McGraw-Hill/Interamericana Editores S.A de C.V.
- Hooft, P. (2005). *Bioética, Derecho y Ciudadanía. Casos bioéticos en la jurisprudencia*. Bogotá: Temis. p.18.
- Martín, R. (1987). *Bioética y Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Lalupú, L. (2013). *Las Técnicas de Fecundación Artificial: Maternidad Subrogada y Dignidad Humana*. Lima: San Marcos.

- Mesía, C. (2013). La Constitución Comentada (Tomo I). *Gaceta Jurídica*. Lima: El Búho. pp. 118/120-121.
- Mosquera, C. (1997). *Derecho y Genoma Humano (1° ed.)*. Lima: San Marcos.
- Mosquera, C. (agosto de 2012). El primer caso de “vientre de alquiler” en la Corte Suprema. *Diálogo con la jurisprudencia. Gaceta Jurídica, año 18 (167)*. pp. 55-60.
- Ortega y Gasset, J. (1996). *La rebelión de las masas*. Chile: Editorial Andrés Bello.
- Plácido, A. (2015). *Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Lima: Instituto Pacífico.
- Roppo, V. (2009). *El Contrato*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rubio, M. (1996). *Reproducción Humana Asistida y Derecho. Las Reglas del Amor en Probetas de Laboratorio*. Lima: Fondo editorial de la PUCP.
- Sáenz, Luis. (2013). La Constitución Comentada. *Gaceta Jurídica (2°Ed)*. Lima: El Búho.
- Siverino, P. (2012). Una mirada desde la Bioética Jurídica a las Cuestiones Legales sobre la Infertilidad en el Perú. *Revista peruana de ginecología y obstetricia (58)*, pp.215-216.
- Soto, M. (1990). Biogenética, filiación y delito. Buenos Aires: Astrea. p.315.
- Sumaria, O. (enero de 2013). El Poder Judicial “¿resuelve?” el primer caso de vientre de alquiler en el país. *Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica, (230)*, 129-133.
- Varsi, E. (2013). *Derecho Genético. Principios Generales (5° ed.)*. Lima: Grijley.
- Zannoni, E. (2012). *Derecho Civil. Derecho de Familia (5° ed.)*. Buenos Aires: Astrea.

Tesis

Antonio, C. (2012). *El contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad?* (tesis de pregrado).

Universidad Alberto Hurtado, Chile.

Bustamante, G. (2017). *La contratación de la Maternidad Subrogada en las clínicas de fertilización de Lima Metropolitana en el año 2016* (tesis de pre grado).

Universidad César Vallejo, Lima.

Ferrand, A. (2007). *El orden público en el Derecho Privado* (tesis de maestría).

Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

Flores, E. (2014). *Las implicancias positivas de la maternidad subrogada, fundamentos para su regulación como medio alternativo a la adopción* (tesis de pregrado).

Universidad Nacional de Ancash Santiago Antúnez de Mayolo, Huaraz.

Hidalgo, S. (2018). *La maternidad subrogada y la afectación a la Teoría General de la Contratación contenida en el Código Civil peruano* (tesis de pregrado).

Universidad Nacional de Ancash Santiago Antúnez de Mayolo, Huaraz.

Lagos, L. (2017). *Por un acto de amor: ¿Quién tiene un vientre solidario? Aspectos jurídicos sobre infertilidad en el Perú* (tesis de pregrado).

Universidad Privada del Norte, Cajamarca.

Fuentes electrónicas

Álvarez, N. (2019). *La maternidad subrogada en México: leyes en cada estado y precios. Babygest*. Recuperado de:

<http://babygest.es/mexico/#ley-de-maternidad-subrogada-en-sinaloa>

- Araya, H. (2018). ¿Qué es la maternidad subrogada? *About Español*. Recuperado de: <https://www.aboutespanol.com/que-es-la-maternidad-subrogada-1176895>
- Biblioteca Nacional de Medicina de los EE.UU. (2019). *Enciclopedia médica*. Recuperado de: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/007279.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Sentencia de 2012 sobre el caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=235
- Cuarto Poder. (28 de julio de 2019). *Reportaje: La nueva vida de Ernesto Pimentel*. Lima. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=i1rsGO4puaQ&feature=youtu.be>
- Diccionario de la Lengua Española - DLE. (2018). *Real Academia Española*. Madrid, España. Recuperado de: <http://dle.rae.es/?w=diccionario>
- Diccionario del Español Jurídico – DEJ. (2016). Real Academia Española. Madrid, España. Recuperado de <https://dej.rae.es/lema/bio%C3%A9tica>
- Doctissimo. (2019). *Diccionario médico*. Recuperado de: <https://www.doctissimo.com/es/salud/diccionario-medico/inseminacion-artificial>
- Garcés, C. (18 de mayo de 2016). Vientre de alquiler, maternidad subrogada o gestación por sustitución: ¿Debe el derecho evitar los abusos? *IUS360*.

- Recuperado de: <http://ius360.com/jornadas/ventre-de-alquiler-maternidad-subrogada-o-gestacion-por-sustitucion-debe-el-derecho-evitar-los-abusos/>
- Gestación Subrogada Web. (2019). *Gestación Subrogada en Estados Unidos: legalidad, requisitos, precio y filiación*. Recuperado de: <http://www.gestacionsubrogadaweb.com/gestacion-subrogada-estados-unidos/>
- Lamm, E. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista de Bioética y Derecho*, (24). Recuperado de: www.ub.edu/fildt/revista/RByD24_master.htm
- Montes, G. (2004). Bioética y Técnicas de Reproducción Asistida. *Scielo*. Recuperado de: <http://www.scielo.sa.cr/>
- Organización Mundial de la Salud. (2010). *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida*. Recuperado de: http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_2/es/
- Plácido, A. (2008). El principio de reconocimiento integral de las uniones de hecho según el Tribunal Constitucional. *Blog de Alex Plácido*. Recuperado de: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2008/04/21/el-principio-de-reconocimiento-integral-de-las-uniones-de-hecho-segun-el-tribunal-constitucional/>
- Plácido, A. (2014). La admisión de la convivencia homoafectiva como un tipo de familia constitucionalmente protegida. *Blog de Alex Plácido*. Recuperado de: http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/#_ftn1

Religión en libertad. (2018). *India prohíbe el vientre de alquiler comercial y restringe mucho el altruista...pero no basta*. Recuperado de:

<https://www.religionenlibertad.com/mundo/370549334/India-prohibe-el-vientre-de-alquiler-comercial-y-restringe-mucho-el-altruista-pero-no-basta.html>

Revista Genética Médica. (2017). *10 conceptos básicos para introducirse en el mundo de la Genética*. Recuperado de:

<https://revistageneticamedica.com/blog/conceptos-genetica/>

Roa, Y. (2012). La infertilidad como problema de salud pública en el Perú. *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia* (58). Recuperado de:

www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-51322012000200003

Siverino, P. (2012). Una mirada desde la Bioética Jurídica a las Cuestiones Legales sobre la Infertilidad en el Perú. *Revista peruana de ginecología y obstetricia* (58). Recuperado de:

http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-51322012000300009

Siverino, P. (5 de setiembre de 2018). Cuando tu madre no te parió. *El Comercio*.

Recuperado de: <http://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/madre-pario-paula-siverino-noticia-553974>

Torres, M. (12 de octubre de 2017). El significado actual de la regla mater semper certa est: ¿Tiene un carácter absoluto? *Pólemos*.

Recuperado de: <https://polemos.pe/significado-actual-la-regla-mater-semper-certa-est-caracter-absoluto/#>

Otras fuentes

Andrés Bello. (1857). *Código Civil de Chile*. Chile: Congreso de la República de Chile.

Asamblea Federal Rusa. (1993). *Ley N° 5487-1 del 22 de coljulio de 1993, por la cual se emite la Ley sobre la Protección de la salud de los ciudadanos de la Federación rusa*. Rusia: Asamblea Federal de la Federación Rusa.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (18 de diciembre de 1979). *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer*.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948*. París.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (16 de diciembre de 1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

Asamblea General de las Naciones Unidas (16 de diciembre de 1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. (octubre de 1979). *Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. La Paz.

Cámara de Diputados de Chile. (18 de diciembre de 2008). *Proyecto de Ley con Boletín N° 6306-07, que propuso sancionar la utilización del vientre materno para el embarazo por encargo de terceros Incorporando un nuevo tipo penal denominado “De la Sustitución de la Maternidad” en el Código Penal (en Comisión de Constitución desde el 2008)*. Chile: Cámara de Diputados de Chile.

Cámara de Diputados de Chile. (10 de enero de 2018). *Proyecto de Ley con Boletín N° 11576-11, que propuso regular la gestación por subrogación o Gestación Subrogada como mecanismo de reproducción asistida* (en Comisión de Salud). Chile: Cámara de Diputados de Chile.

Cámara de Representantes de Colombia. (04 de noviembre de 2008). *Proyecto de Ley N° 196-2008, por medio del cual se reglamenta la práctica de la gestación sustitutiva mediante las técnicas de reproducción humana asistida y se dictan otras disposiciones* (retirado por el autor en 2009). Colombia: Congreso de la República de Colombia.

Cámara de Representantes de Colombia. (21 de julio de 2009). *Proyecto de Ley N° 037-2009, por medio del cual se establecen procedimientos para permitir en el territorio nacional la práctica de la gestación sustitutiva en desarrollo de las técnicas de reproducción asistida y se dictan otras disposiciones* (archivado en 2011). Colombia: Congreso de la República de Colombia.

Consejo Federal de Medicina. (2010). *Resolución CFN N° 1.957/2011 del 06 de junio de 2011, por la cual se modifica la Resolución CFM N° 1.358/92 sobre Reproducción Asistida*. Brasilia: Consejo Federal de Medicina.

Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. (22 de noviembre de 1969). *Convención Americana de Derechos Humanos*. Costa Rica.

Congreso Constituyente Democrático. (29 de diciembre de 1993). *Constitución Política del Perú*. Lima.

Congreso de los Diputados. (1988). *Ley N° 35/1988 del 22 de noviembre de 1988, por la cual se emite la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida*. España. Congreso de los Diputados. España: Jefatura del Estado.

Congreso de los Diputados. (2006). *Ley N° 14/2006 del 26 de mayo de 2006, por la cual se emite la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. España. Congreso de los Diputados. España: Jefatura del Estado

Congreso de la República del Perú. (2006). *Ley N° 14/2006 del 26 de mayo de 2006 por la cual se emite la Ley General de Salud*. Lima: Congreso de la República del Perú.

Congreso del Estado de Sinaloa. (2013). *Decreto N° 742, por el cual se expide el Código Familiar del Estado de Sinaloa, que dispone en su capítulo V lo concerniente a la Reproducción Humana Asistida y a la Gestación Subrogada*. México- Sinaloa: Congreso del Estado de Sinaloa.

Congreso de la Nación Argentina. (2013). *Ley 26.862 del 25 de junio de 2013, por la cual se emite la ley del Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida*. Argentina: Congreso de la Nación Argentina.

Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia. (06 de enero de 2009). *Expediente N° 183515-2006-00113 (Impugnación de maternidad)*. Lima: Corte Superior de Justicia de Lima.

Décimo Primer Juzgado Constitucional. (21 de noviembre de 2017). *Sentencia de Primera Instancia sobre el Expediente N° 01286-2017-0-1801-JR-CI-11 (recurso de amparo)* Lima: Corte Superior de Justicia de Lima.

Grupo Parlamentario No Agrupados. (18 de setiembre de 2018). *Proyecto de ley N° 03404/2018-CR, por el cual se propone modificar el artículo 7 e incorporar el artículo 7-A a la Ley 26842- Ley General de Salud*. Perú: Congreso de la República del Perú.

Grupo Parlamentario Célula Parlamentaria Aprista. (11 de octubre de 2018). *Proyecto de Ley N° 03542/2018-CR, por el cual se propone regular el uso y acceso y acceso de la población a las técnicas de reproducción asistida y los requisitos básicos de los centros que las lleven a cabo*. Perú: Congreso de la República del Perú.

Grupo Parlamentario Alianza por el Congreso. (07 de setiembre de 2018). *Proyecto de ley N° 03313/2018-CR, por el cual se propone la garantía al acceso integral de las técnicas de reproducción humana asistida reconocidas por la Organización Mundial de la Salud (OMS), así como el reconocimiento de la infertilidad como enfermedad para otorgar posibilidades de solución con el objeto de la procreación humana*. Perú: Congreso de la República del Perú.

Grupo Parlamentario Solidaridad Nacional. (30 de octubre de 2013). *Proyecto de Ley N° 02839/2013-CR, por el cual se propone modificar el artículo 7 de la Ley 26842 – Ley General de Salud con el objeto de incorporar la maternidad sustituta en la modalidad parcial altruista*. Perú: Congreso de la República del Perú.

Grupo Parlamentario Nacionalista Gana Perú. (15 de noviembre de 2012). *Proyecto de Ley N° 01722/2012-CR, por el cual se propone regular la reproducción humana asistida*. Perú: Congreso de la República del Perú.

Grupo Parlamentario Concertación Parlamentaria. (05 de diciembre de 2013). *Proyecto de Ley N° 02003/2012-CR, por el cual se propone la modificación del artículo 7 de la Ley 26842- Ley General de Salud, referida al uso de las técnicas de reproducción humana asistida*. Perú: Congreso de la República del Perú.

Grupo Parlamentario Concertación Parlamentaria. (11 de marzo de 2013). *Proyecto de Ley N° 03034, por el cual se propone la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida y los diferentes procedimientos que tengan la finalidad de paliar la esterilidad humana con carácter subsidiario, cuando otras terapéuticas fueran desechadas por ineficientes, inadecuadas o clínicamente inconvenientes*. Perú: Congreso de la República del Perú.

Grupo Parlamentario Alianza PPC-APP. (26 de agosto de 2014). *Proyecto de Ley N° 03744/2014-CR, por el cual se propone conformar una Comisión Especial de Estudio encargada de elaborar al Anteproyecto de la Ley de Reproducción Humana Asistida*. Perú: Congreso de la República del Perú.

Grupo Parlamentario Fuerza Popular. (22 de julio de 2014). *Proyecto de Ley N° 03685/2013-CR, por el cual se propone la modificación del artículo 7 de la Ley 26842-Ley General de Salud*. Perú: Congreso de la República del Perú.

Grupo Parlamentario Unión Parlamentaria Descentralista. (13 de setiembre de 2001). *Proyecto de Ley N° 00685, por el cual se propone una ley que regula las Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Perú: Congreso de la República del Perú.

Legislatura Estatal de California. (2012). *Bill AB 1217, ley que modifica el Código de Familia del Estado de California y agrega los acuerdos de subrogación.*

Estado de California-Estados Unidos: Legislatura Estatal de California.

Lok Sabha (2016). “*Surrogacy*” o ley que regula la subrogación, que modifica la antigua legislación india. India: Parlamento Indio.

Naciones Unidas. (1994). *Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo-CIPD, documento A/CONF.171/13.* El Cairo.

Parlamento Helénico. (2002). *Ley N° 3089 de 2002, por la cual se introduce el artículo 1458° del Código Civil Griego que regula la subrogación uterina.*

Grecia: Parlamento Helénico.

Parlamento Helénico. (2005). *Ley N° 3305 de 2005, por la cual se emite la ley sobre la Imposición de la Reproducción Médicamente Asistida.* Grecia: Parlamento Helénico.

Parlamento de Canadá. (2004). *Ley que regula el AHRA – Assisted Human Reproduction Act o Ley de Reproducción Humana Asistida.* Canadá: Parlamento de Canadá.

Pleno del Tribunal Constitucional peruano. (30 de noviembre de 2007). *Sentencia N° 09332-2006-PA/TC.* Perú: Tribunal Constitucional.

Pleno del Tribunal Constitucional peruano. (01 de octubre de 2018). *Sentencia sobre el Expediente N° 01204-2017-PA/TC.* Perú: Tribunal Constitucional.

Pleno del Tribunal Constitucional peruano. (16 de octubre de 2009). *Sentencia sobre el Expediente N° 02005-2009-PA/TC-Lima (ONG “Acción de lucha anticorrupción”).* Lima: Tribunal Constitucional.

Pleno del Tribunal Constitucional peruano. (08 de julio de 2005). *Sentencia N° 1417-2005-AA/TC*. Lima: Tribunal Constitucional del Perú.

Pleno del Tribunal Constitucional peruano. (19 de agosto de 2002). *Sentencia sobre el Expediente N° 0895-2001-AA/TC-Lambayeque*. Lima: Tribunal Constitucional del Perú.

Pleno del Tribunal Constitucional peruano. (11 de diciembre de 2006). *Sentencia sobre el Expediente N° 3954-2006-PA/TC*. Lima: Tribunal Constitucional del Perú.

Poder Legislativo uruguayo. (2013). *Ley N° 19.167 del 22 de noviembre de 2013, por la cual se decreta la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Uruguay: Poder Legislativo de la República Oriental de Uruguay.

Poder Legislativo del Estado de Tabasco. (2016). *Decreto N° 233 del 14 de diciembre de 2015, por el cual se modifica el Código Civil del Estado de Tabasco añadiéndose el capítulo VI "De la Gestación Asistida y Subrogada"*. Tabasco-México: Poder Legislativo del Estado de Tabasco.

Primera Sala del Tribunal Constitucional. (06 de noviembre de 2007). *Sentencia sobre el Expediente N° 06572-2006-PA/TC, "pensión de viudez"*. Lima: Tribunal Constitucional.

Primera Sala del Tribunal Constitucional. (09 de setiembre de 2010). *Sentencia sobre el Expediente N° 02079-2009-PHC/TC-Lima*. Lima: Tribunal Constitucional.

Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional. (21 de febrero de 2017).
Sentencia del Expediente N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05. Lima: Corte Superior de Justicia de Lima.

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema del Perú. (06 de mayo de 2008).
Recurso de Casación N° 5003-2007-Lima. Lima: Corte Suprema de Justicia del Perú.

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema del Perú. (11 de agosto de 2011).
Recurso de Casación N° 4323-2010-Lima. Lima: Corte Suprema de Justicia del Perú.

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema del Perú. (06 de diciembre de 2011).
Recurso de Casación N° 563-2011-Lima. Lima: Corte Suprema de Justicia del Perú.

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema del Perú. (05 de mayo de 2008). *Recurso de Casación N° 1006-2007-Lima*. Lima: Corte Suprema de Justicia del Perú.

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema del Perú. (01 de octubre de 2001).
Recurso de Casación N° 3702-2000-Moquegua. Lima: Corte Suprema de Justicia del Perú.

Sala Primera del Tribunal Constitucional. (29 de agosto de 2006). *Sentencia del Expediente N° 7231-2005-PA/TC-Lima*. Lima: Tribunal Constitucional del Perú.

Segundo Juzgado de Familia de Santiago. (enero de 2018). Fallo sobre impugnación y reclamación de maternidad. Chile: Poder Judicial de Chile.

Segunda Sala de Revisión de la Corte Constitucional Colombiana. (18 de diciembre de 2009). *Sentencia T-968/09 (expediente T-2220700)*. Corte Constitucional de Colombia. Colombia.

Segunda Sala Constitucional Permanente. (14 de agosto de 2018). *Sentencia de Segunda Instancia sobre el Expediente N° 01286-2017-0-1801-JR-CI-11 (recurso de amparo)*. Lima: Corte Superior de Justicia de Lima.

Segunda Sala del Tribunal Constitucional. (11 de enero de 2007). *Sentencia del Expediente N° 09708-2006-PA/TC*. Lima. Lima: Tribunal Constitucional del Perú.

Senado de la Nación argentina. (13 de agosto de 2015). *Proyecto de Ley S-2574/15, que propuso la regulación de la gestación por sustitución* (archivado en 2017). Senado de la Nación argentina.

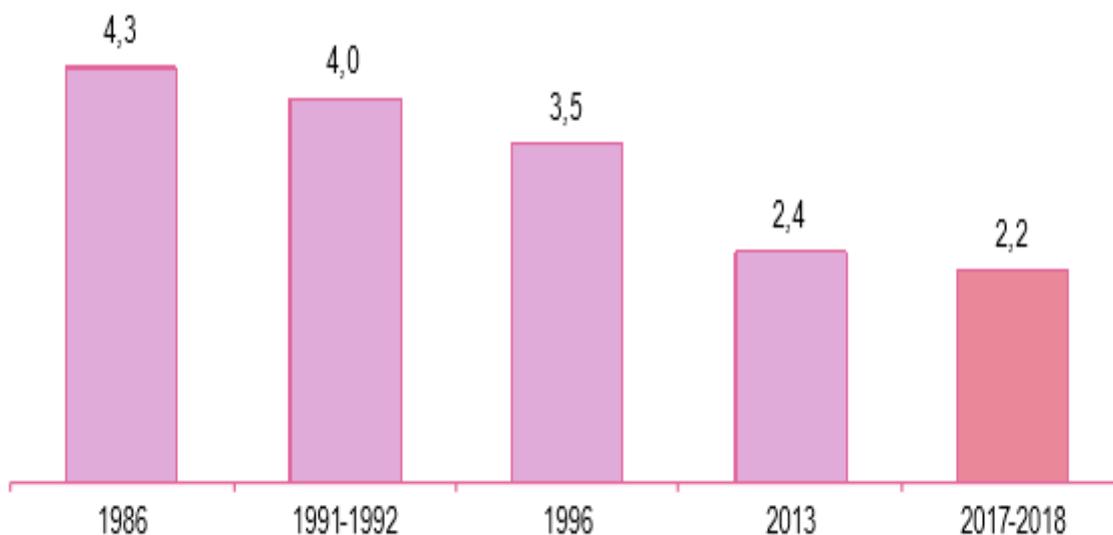
Senado de la República de Colombia. (2018). *Proyecto de Ley Estatutaria, por medio del cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro en Colombia y se reglamenta en otros casos*. Colombia: Congreso de la República de Colombia.

ANEXOS

ANEXO 1

Gráfico 1

PERÚ: EVOLUCIÓN DE LA FECUNDIDAD, 1986, 1991-1992, 1996, 2013 Y 2017-2018

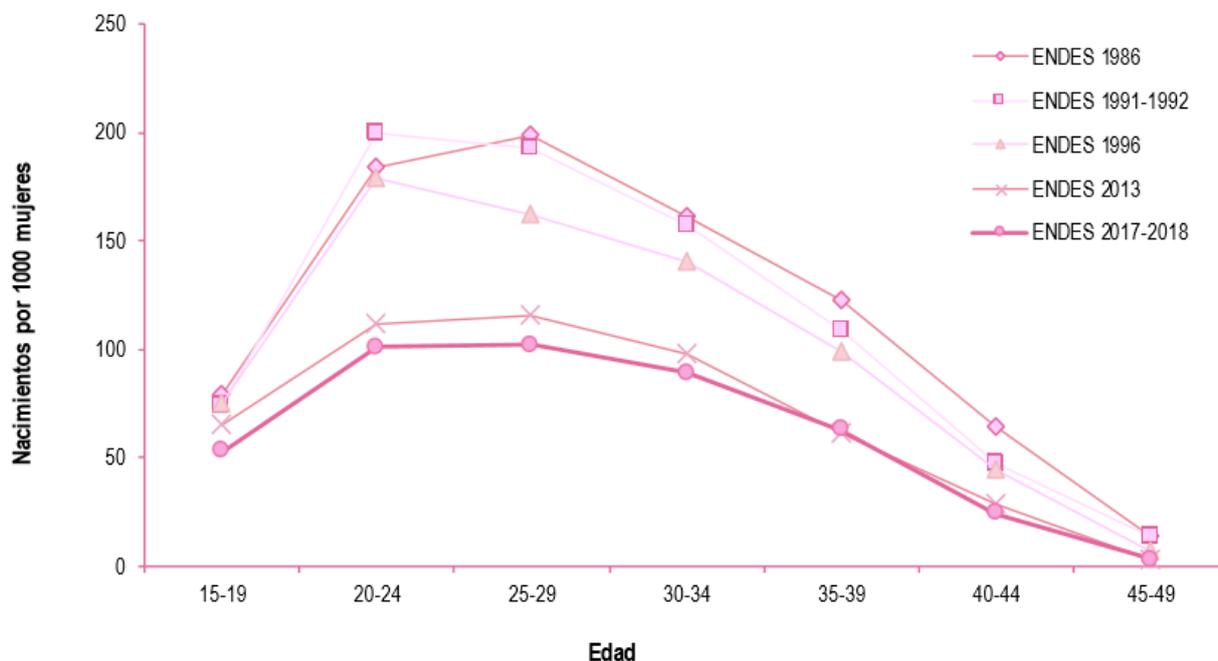


FUENTE: Instituto Nacional de Estadística e Informática – Encuesta Demográfica y de Salud Familiar

En el periodo de 32 años transcurrido entre las encuestas de 1986 y 2017-2018, la fecundidad disminuyó en 48,8%, desde 4,3 hijas y/o hijos por mujer a 2,2 (menos 2,1 hijas y/o hijos).

Gráfico 2

PERÚ: TASAS ESPECÍFICAS DE FECUNDIDAD, 1986, 1991-1992, 1996, 2013 Y 2017-2018



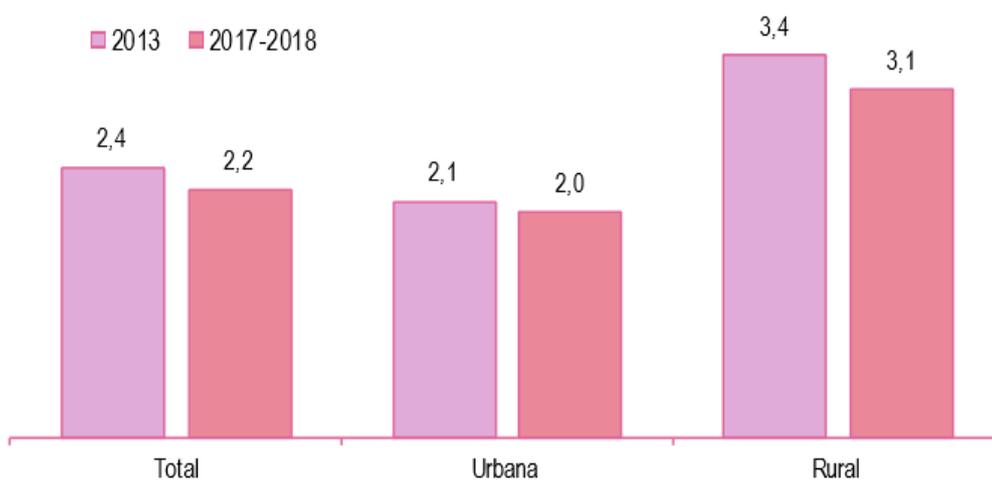
FUENTE: Instituto Nacional de Estadística e Informática – Encuesta Demográfica y de Salud Familiar

En los últimos cinco años, la fecundidad descendió 8,3%. Por grupos de edad los descensos más importantes han tenido lugar entre las mujeres de 15 a 19 años de edad (18,5%) y 25 a 29 años (11,3%).

En el año 2017-2018, las tasas de fecundidad por edad, en promedio fueron relativamente bajas al comienzo de la vida reproductiva, pero alcanzan su mayor nivel en los grupos 20 a 24 y 25 a 29 años de edad. La fecundidad desciende rápidamente a partir de los 40 años de edad.

Gráfico 3

**PERÚ: EVOLUCIÓN DE LA FECUNDIDAD EN LOS ÚLTIMOS CINCO AÑOS, SEGÚN
ÁREA DE RESIDENCIA, 2013 Y 2017-2018**
(Para los tres años anteriores a la encuesta)



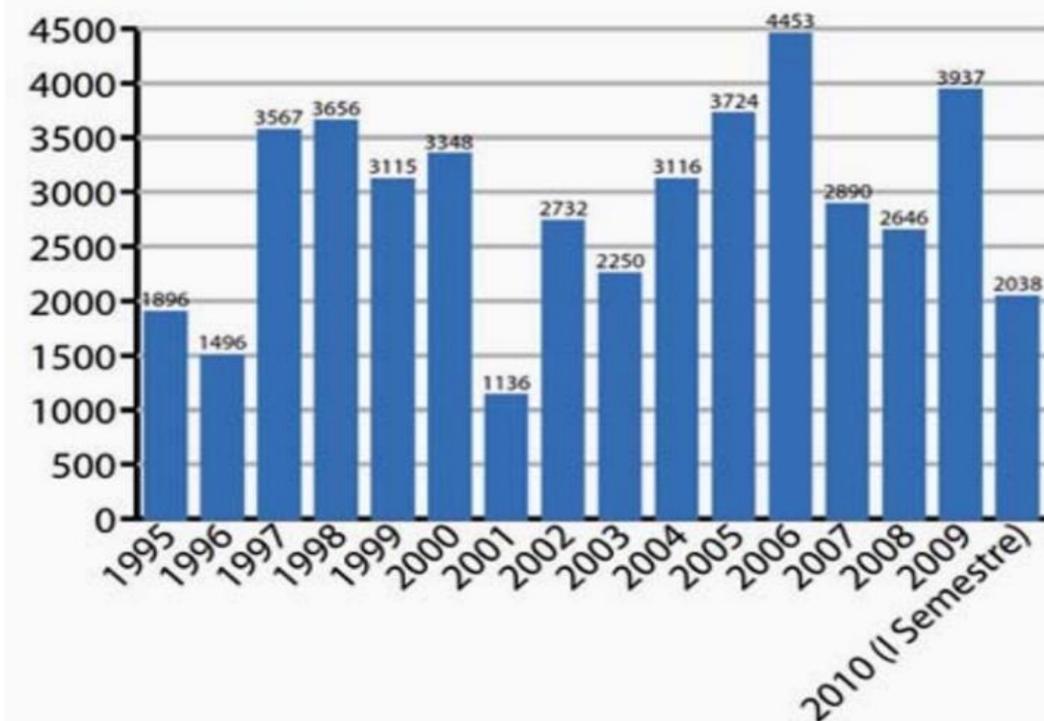
FUENTE: Instituto Nacional de Estadística e Informática – Encuesta Demográfica y de Salud Familiar

En el país, la Tasa Global de Fecundidad (TGF) fue de 2,2 hijos por mujer para el período 2017-2018. La TGF estimada para el área rural (3,1) fue 55,0% más alta que la del área urbana (2,0).

La fecundidad en el país ha disminuido levemente respecto a la estimada a partir de la Encuesta 2013, en el ámbito nacional y área de residencia.

ANEXO 2

Grafico 1. Casos de consulta externa por infertilidad atendidos en consulta externa del Servicio de Fertilidad del Hospital Nacional Arzobispo Loayza.



FUENTE: Roa-Meggo, Ysis, "La infertilidad como problema de salud pública en el Perú"

ANEXO 3

PROYECTOS DE LEY SOBRE GESTACIÓN SUBROGADA Y TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA PRESENTADOS AL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

(Periodo 2016-2021)

- Proyecto de Ley N° 03404/2018-CR.

“Ley que regula los requisitos y procedimientos de la maternidad solidaria mediante el uso de técnicas de reproducción asistida como derecho humano a ser madre” (Congreso de la República del Perú, 2018).

Proponente: Congreso (No agrupados)

Fecha de presentación: 18/09/2018 (En comisión de Justicia y Derechos Humanos).

Contenido:

Propone la modificación del artículo 7° de la Ley General de Salud - Ley N° 26842 - estableciendo que la condición de madre (genética y gestante) también podrá recaer sobre tercera mujer y que las personas que tienen la voluntad de ser padres deberán corroborar su estado de infertilidad; asimismo, que el procedimiento deberá ser solidario y reservado, sin fines de lucro. También plantea la incorporación del artículo 7-A a dicha ley señalando que la “maternidad asistida” será realizada con el material genético de uno de los padres de intención, y si ninguno es capaz se podrá recurrir a donantes voluntarios.

También establece las condiciones necesarias para los intervinientes en dicho procedimiento como que la gestante voluntaria debe ser peruana, mayor de 24 años, haber tenido un hijo previamente y tener una condición socioeconómica estable (no registrada como vulnerable financieramente). Sobre los padres de intención expresa que deben ser peruanos, casados o con unión manifiesta por Notario y que acrediten, mediante certificado, su capacidad mental, física y emocional, entre otros. Por otro lado, refiere que las parejas con problemas reproductivos pueden acceder a las TERA en hospitales y centros de salud autorizados. Sobre la filiación prevé que las partes deberán suscribir un acuerdo vía notarial con el fin de que exista una declaración para que sean reconocidos como padres legales en el acta de nacimiento de la criatura.

- Proyecto de Ley N° 03542/2018-CR.

“Ley que regula el uso y el acceso a los tratamientos de reproducción humana asistida” (Congreso de la República del Perú, 2018).

Proponente: Congreso (Célula parlamentaria aprista)

Fecha de presentación: 11/10/2018 (En comisión Salud y Población)

Contenido:

Propone que las personas que acudan a una TERA deberán aportar su propio material genético, pero también se permitirá la participación con gametos o embriones de terceros. Hace hincapié en el deber del Estado en proveer todos los medios de forma igualitaria a todas las personas para que accedan a estos métodos, promoviendo su inclusión en el Seguro Social de Salud (Essalud), el Seguro Integral de Salud (SIS) y en empresas privadas (Congreso de la República del Perú, 2018).

Sobre la Gestación Subrogada señala que nunca tendrá fin lucrativo, que se pactará un acuerdo privado inter partes y que la gestante subrogada jamás donará sus propios óvulos para el procedimiento. Sobre la filiación establece que ésta será determinada por la voluntad de procreación expresada mediante documento público de fecha cierta. También exalta la función de los centros sanitarios y los equipos biomédicos interdisciplinarios como proveedores de los servicios de reproducción asistida. Asimismo, prevé la creación de un Registro de Gestantes Subrogadas (Congreso de la República del Perú, 2018).

- Proyecto de Ley N° 03313/2018-CR

“Ley que garantiza el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida” (Congreso de la República del Perú, 2018).

Proponente: Congreso (Alianza por el progreso)

Fecha de presentación: 07/09/2018 (En comisión de Salud y Población)

Contenido:

Reconoce a la infertilidad como enfermedad y establece que, aunque será nulo todo contrato que pacte el hecho de que una mujer renuncie a sus derechos como madre de la criatura a la que ha procreado en favor de otra, en aquellos casos en que una mujer compruebe que no puede gestar debido a alguna enfermedad podrá hacerlo a través de otra siempre que comparta algún grado de parentesco o de afinidad y sea de forma altruista. La filiación del menor producto del procedimiento se determinará de acuerdo a la procedencia de los óvulos (Congreso de la República del Perú, 2018).

(Periodo 2011-2016)

- Proyecto de Ley N° 02839/2013-CR

“Ley que modifica el artículo 7 de la ley 26842, ley general de salud” (Congreso de la República del Perú, 2013).

Fecha de presentación: 30/10/2013 (En comisión de Salud y Población)

Proponente: Congreso (Grupo parlamentario Solidaridad Nacional)

Contenido:

Propone la modificación del artículo 7 de la Ley N° 26842 - Ley General de Salud, con el objeto de añadir la maternidad sustituta en la modalidad parcial altruista, señalando que ésta se realizará mediante fecundación *in vitro*, pero con los gametos propios de la pareja cuyo embrión deberá implantarse en el útero de la tercera mujer de forma altruista (Congreso de la República del Perú, 2013).

- Proyecto de Ley N° 01722/2012-CR.

“Ley que regula la reproducción humana asistida” (Congreso de la República del Perú, 2012).

Fecha de presentación: 15/11/2012 (En comisión de Salud y Población)

Proponente: Congreso (Nacionalista Gana Perú)

Contenido:

Sobre la gestación por sustitución prevé que todo contrato que contenga cualquier tipo de renuncia a la filiación materna de una mujer en favor de otra, sea cual sea la modalidad, será nulo. Dicha filiación siempre quedará establecida por el parto (Congreso de la República del Perú, 2013).

- Proyecto de Ley N° 02003/2012-CR.

“Ley que modifica el artículo 7° de la ley 26842, Ley General de Salud” (Congreso de la República del Perú, 2013).

Fecha de presentación: 11/03/2013 (En comisión de Salud y Población)

Proponente: Congreso (Concertación Parlamentaria)

Contenido:

Sobre el procedimiento de “maternidad subrogada” señala que tendrá que ser autorizado por el Juez de Familia o Mixto perteneciente al domicilio de los solicitantes por medio de un proceso no contencioso, por el cual se evaluará cada caso, pero solo podrá proceder cuando se haya adjuntado un informe médico que señale que la única forma de concebir es recurriendo a las TERA (Congreso de la República del Perú, 2013).

- Proyecto de Ley N° 03034/2013-CR

“Ley general de técnicas de reproducción humana asistida” (Congreso de la República del Perú, 2013).

Fecha de presentación: 05/12/2013 (En comisión Salud y Población)

Proponente: Congreso (Concertación Parlamentaria)

Contenido: Menciona que los casos de “maternidad subrogada” deberán ser autorizados por el Juzgado de Familia o Mixto del domicilio de los solicitantes previa presentación de la solicitud que contendrá un informe del médico especialista que precise que la única forma de reproducción es por medio de dicho procedimiento (Congreso de la República del Perú, 2013).

- Proyecto de Ley N° 03744/2014-CR

“Ley que crea la comisión especial encargada de elaborar el anteproyecto de ley de reproducción humana asistida” (Congreso de la República del Perú, 2014).

Fecha de presentación: 26/08/2014 (En comisión de Salud y Población)

Proponente: Congreso (PPC-APP)

Contenido:

“Propone la conformación de una Comisión Especial de Estudio encargada de elaborar el Anteproyecto de la Ley de Reproducción Humana Asistida” (Congreso de la República del Perú, 2014).

- Proyecto de Ley N° 03685/2013-CR

“Ley que modifica el artículo 7° de la Ley 26842, Ley General de Salud” (Congreso de la República del Perú, 2014).

Fecha de presentación: 22/07/2014

Proponente: Congreso (Grupo parlamentario Fuerza Popular)

Contenido:

Propone modificar el artículo 7° de la Ley 26842-Ley General de Salud, estableciendo disposiciones bastante restrictivas en cuanto al acceso a las Técnicas de Reproducción Asistida, pues reafirma lo descrito en la norma sobre la coincidencia y unicidad de madre genética y madre gestante. Sobre el consentimiento de los padres biológicos para la realización de una TERA adiciona que además de previo y escrito deberá ser expreso (Congreso de la República del Perú, 2013).

(Período 2006-2011)

No se encontraron proyectos de ley sobre el tema.

(Periodo 2001-2006)

- Proyecto de Ley N° 00685

“Ley que regula técnicas de reproducción humana asistida” (Congreso de la República del Perú, 2001).

Fecha de presentación: 13/09/2001 (comisión de Salud y Población, Familia y personas con discapacidad).

Proponente: Congreso (Unión Parlamentaria Descentralista).

Contenido:

Propuesta de Ley que regula las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Congreso de la República del Perú, 2001).

ANEXO 4

Comisión conformada por Resolución Ministerial No.271-2013-JUS

LEY QUE REGULA LA REPRODUCCIÓN HUMANA MÉDICAMENTE ASISTIDA

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo I.- Objeto de la ley

La presente ley tiene por objeto regular los procedimientos relacionados con la reproducción humana médicamente asistida y las obligaciones de las IPRESS involucradas.

Artículo II.- Finalidad de la ley

1. Los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida son realizados con la finalidad de atender los problemas de infertilidad, así como salvaguardar los derechos reproductivos.
2. Los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida son realizados con la finalidad de contribuir con la procreación.
3. En la aplicación de los procedimientos que coadyuven con la procreación, se garantiza el respeto a la vida y la dignidad humana, incluidos los no nacidos.

Artículo III.- Principios rectores

Los principios rectores para la aplicación de los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida son los que se indican a continuación, de conformidad con la Constitución Política del Perú, las leyes y el ordenamiento jurídico.

1. Principio de dignidad humana:

La aplicación de los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida está en armonía con el pleno respeto a la dignidad humana, los derechos y las libertades fundamentales derivados de ella. En caso de duda, este principio se toma como guía interpretativa.

2. Principio de autonomía:

Toda persona tiene derecho a decidir sobre aquello que puede afectar su estado de salud, asumiendo las consecuencias que puedan acarrear sus determinaciones.

3. Principio de igualdad:

La atención médica es brindada conforme a las necesidades de salud, sin distinciones, privilegios, ni preferencias.

Dicho principio se vulnera cuando la atención médica brindada en un establecimiento de salud resulta ser de manera diferente, sin que exista una justificación objetiva y razonable.

El Estado realiza acciones de prevención de los factores que causen la infertilidad. Asimismo, adopta medidas a favor de las personas infértiles, a fin de salvaguardar su derecho a la salud reproductiva, de acuerdo a la disponibilidad presupuestal de los pliegos institucionales involucrados.

4. Principio de beneficencia:

El profesional de la salud procura el bienestar de los/las usuarios/usuarios involucrados/involucradas conforme a los alcances de la presente ley.

5. **Principio de no maleficencia**
El profesional de la salud realiza acciones que procuren el menor riesgo y daño a los/las usuarios/ usuarias involucrados/involucradas conforme a los alcances de la presente ley.
6. **Principio de información:**
En los procedimientos relacionados con la reproducción humana médicamente asistida se ofrece toda la información relevante sobre sus beneficios, riesgos, posibilidades de éxito y consecuencias que deriven de estos.

La información brindada es veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y, de ser necesario, en la lengua originaria o el lenguaje utilizado por los/las usuarios/ usuarias.
7. **Principio de confidencialidad**
La información relativa a los procedimientos involucrados con la reproducción humana médicamente asistida es reservada. Esta no es utilizada o revelada para fines distintos de los que determinaron su acopio, salvo las excepciones previstas en la ley.
8. **Principio de solidaridad**
Los/las donantes de gametos y embriones, las gestantes subrogadas y las IPRESS se rigen por el altruismo a favor de aquellos/aquellas que, de preferencia, son infértiles.

Artículo IV.- Definiciones

Las definiciones que se detallan a continuación son de aplicación en la presente ley, en sus normas reglamentarias, complementarias normativas en el que se regulen materias afines a la reproducción humana médicamente asistida:

1. **Beneficiarios/Beneficiarias:** Usuarios/Usuarias que reciben gametos o embriones donados por parte de las IPRESS, en el marco de los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida.
2. **Criopreservación:** Procedimiento que consiste en la congelación de gametos o embriones, recuperados u obtenidos, para preservar la fertilidad o para realizar algún procedimiento de reproducción humana médicamente asistida.
3. **Donación:** Acto voluntario y altruista, de forma incondicional, por medio del cual una persona autoriza a una IPRESS que realice procedimientos a fin de que recabe sus gametos o embriones que serán entregados a favor de terceros beneficiarios, conforme a la presente ley.

Para efectos de la presente ley, toda referencia a donación se entiende como acto de disposición, de conformidad con lo previsto en el Artículo 7° del Código Civil.
4. **Estimulación ovárica:** Procedimiento médico controlado que consiste en inducir una ovulación múltiple.
5. **Fecundación *in vitro*:** Procedimiento que consiste en la unión de óvulos y espermatozoides en el laboratorio, con la finalidad de obtener un número apto de embriones disponibles para ser transferidos a la cavidad uterina.

Es considerada una técnica de reproducción humana médicamente asistida de alta complejidad.

6. **Gametos humanos:** Células reproductoras denominadas óvulos u ovocitos en el caso femenino y espermatozoides, en el caso masculino.
7. **Gestación subrogada:** Procedimiento médico autorizado por la Comisión Nacional de Reproducción Humana Médicamente Asistida, a fin de que en una IPRESS se efectúe la transferencia embrionaria en una mujer distinta a una usuaria.

Para tal efecto, es necesario la aplicación de técnicas de reproducción humana médicamente asistida de alta complejidad.

8. **Implantación embrionaria:** Proceso biológico que consiste en la adhesión del embrión al endometrio a fin de continuar su evolución.
9. **Inseminación intrauterina:** Procedimiento médico que consiste en introducir espermatozoides seleccionados al interior de la cavidad uterina, a fin de que se consiga la fecundación natural.

Es considerada una técnica de reproducción humana médicamente asistida de baja complejidad.

10. **Infertilidad:** Enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de doce (12) meses o más de relaciones sexuales no protegidas y sin uso de métodos anticonceptivos.
11. **IPRESS:** IPRESS y servicios médicos de apoyo, públicos, privados o mixtos, que realizan procedimientos de reproducción humana médicamente asistida y que pueden tener un banco de gametos y embriones, conforme a lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1158.
12. **Usuarios/usuarias:** Persona o personas que solicitan el uso o aplicación de alguna técnica de reproducción humana asistida con fines procreacionales. Para efectos de la presente ley, también se entiende por usuarios/usuarias a los progenitores que solicitan una gestación subrogada.
13. **Procedimiento de reproducción humana médicamente asistida:** El procedimiento se inicia una vez que se realice alguna de las técnicas de reproducción humana asistida.
14. **Recuperación de gametos:** Procedimientos médicos que consisten en la obtención de gametos femeninos y masculinos.
15. **Técnicas de reproducción humana asistida:** Procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para la obtención de un embarazo, los cuales pueden ser de baja o alta complejidad.

Las técnicas de baja complejidad implican procedimientos en función de los cuales la unión de óvulo y espermatozoide se produce dentro del órgano reproductor femenino.

Los procedimientos de alta complejidad consisten en la recuperación y selección de óvulos y espermatozoides de buena calidad, por medio del cual se lleva a cabo la fecundación, el cultivo y la selección de embriones. Estos procedimientos son efectuados en un laboratorio de alta tecnología para su oportuna transferencia en la cavidad uterina.

16. **Transferencia embrionaria:** Es el punto culminante de las diversas técnicas de reproducción humana médicamente asistida de alta complejidad, que consiste en el traslado de los embriones al interior de la cavidad uterina.
17. **Síndrome de hiperestimulación ovárica:** Situación patológica que se da en aquellas usuarias que responden de forma exagerada al procedimiento de estimulación ovárica.

TÍTULO I REPRODUCCIÓN HUMANA MÉDICAMENTE ASISTIDA

(...)

CAPÍTULO V GESTACIÓN SUBROGADA

Artículo 21°.- Finalidad de la gestación subrogada

La gestación subrogada tiene por finalidad coadyuvar de manera altruista a aquellas personas que pretenden tener descendencia, siempre que su condición médica impida llevar la gestación por cuenta propia.

Artículo 22°.- Partes involucradas en la gestación subrogada

La gestación subrogada puede ser acordada entre una mujer y aquellas personas que expresen su voluntad para tener descendencia, siempre y cuando se cumplan los presupuestos y las condiciones personales contempladas en la presente ley.

Artículo 23°.- Presupuestos de la gestación subrogada

La gestación subrogada tiene los siguientes presupuestos:

1. Es altruista.
2. Es libre y voluntaria.
3. Es expresa y se formaliza por escrito entre las partes involucradas. Para tal efecto, se tiene en cuenta lo previsto en el Artículo 3° de la presente ley.
4. Entre el embrión y al menos uno de los usuarios existe correspondencia genética. De ninguna manera, la gestante subrogada es la donante de los óvulos fecundados para esta finalidad.
5. Es un procedimiento excepcional y solo se lleva a cabo bajo indicación médica expresa, siempre que no exista otro procedimiento médico para tener descendencia. Para tal efecto, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Médicamente Asistida evaluará los casos en que procede, según corresponda.
6. Es realizada a través de las IPRESS conforme lo previsto en la presente ley.
7. Los datos de identidad de la gestante subrogada son confidenciales, salvo las excepciones previstas en la ley.
8. No genera vínculo filial.

9. Entre las partes involucradas no existe ningún tipo de subordinación laboral.

Artículo 24°.-Condiciones personales de la gestante subrogada

Las condiciones personales de la gestante subrogada son las siguientes:

1. Mujer mayor de edad. La edad máxima es de 40 años de edad. En caso se supere dicho límite, la usuaria puede requerir a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Médicamente Asistida, según corresponda, que evalúe la situación de la gestante subrogada y autorice los procedimientos que le resulten aplicables.
2. Gozar de buen estado de salud físico y mental, que es determinado por el médico especialista, de conformidad con las exigencias de un protocolo obligatorio que lo acredite.
3. Tener por lo menos un hijo biológico/hija biológica.
4. Solo puede serlo una vez, siempre y cuando selleve una gestación a término.
5. En caso tenga cónyuge o conviviente esnecesario, además, su consentimiento previo e informado. En caso los cónyuges estuvieran separados de hecho, basta con presentar una declaración jurada.
6. Tener nacionalidad peruana o acreditar la calidad de residente peruana.

Artículo 25°.- Derechos de la gestante subrogada

La gestante subrogada tiene los siguientes derechos:

1. A recibir información sobre los riesgos y consecuencias derivadas de la gestación subrogada, antes de formalizarla y brindar su consentimiento previo y por escrito.
2. A ser beneficiada de un seguro, a fin de prever alguna contingencia que pueda derivarse como consecuencia de la aplicación de los procedimientos de la reproducción humana médicamente asistida y/o de la gestación subrogada.
3. A recibir atención de salud adecuada antes, durante y después del embarazo hasta su recuperación.
4. A recibir una alimentación adecuada, antes, durante y después del embarazo. Esto último, bajo indicación médica expresa.
5. A recibir una compensación económica relativa a las molestias físicas, gastos de desplazamiento y laborales que puedan haberse derivado de esta. En ningún caso supone incentivo económico que desnaturalice la finalidad prevista en el presente capítulo.
6. A revocar su decisión inicialmente adoptada hasta antes de la transferencia embrionaria.
7. En caso el embarazo se interrumpa por situaciones de orden natural o médico, ello no acarrea indemnización para ninguna de las partes.
8. A gozar del descanso prenatal, conforme lo establecido en la ley de la materia. El referido descanso no puede ser utilizado con posterioridad al parto.
9. A gozar de una licencia justificada con posterioridad al parto, en caso lo determineel médico especialista. Esta licencia es con goce de haberes.
10. A reincorporarse en su centro de labores, bajo las mismas condiciones en las que se encontraba al momento de la suspensión.

Artículo 26°.- Obligaciones de la gestante subrogada

La gestante subrogada tiene las siguientes obligaciones:

1. Acudir a los controles médicos.
2. Tener una vida saludable.
3. Seguir todas las recomendaciones prescritas por el médico especialista antes y durante el embarazo.

4. Entregar a quienes sean los progenitores que soliciten una gestación subrogada el/la recién nacido/nacida, conforme el acuerdo suscrito.

Artículo 27°.- Derechos de los progenitores que soliciten una gestación subrogada.
Los progenitores que soliciten una gestación subrogada tienen los siguientes derechos:

1. A gozar del derecho de un descanso post-natal, conforme la ley de la materia.
2. Al periodo de lactancia, conforme la ley de la materia.

Artículo 28°.- Obligaciones de los progenitores que soliciten una gestación subrogada.

Los progenitores que soliciten una gestación subrogada que suscriban un acuerdo de gestación subrogada asumen las siguientes obligaciones:

1. Asegurar, en cuanto les sea aplicable, la satisfacción de los derechos reconocidos a la gestante subrogada.
2. Asumir la paternidad o maternidad del niño/niña recién nacido/nacida inmediatamente después del parto.

(...)

TÍTULO II REGISTRO NACIONAL DE DONANTES DE GAMETOS Y EMBRIONES Y GESTANTES SUBROGADAS

Artículo 34°.- Objeto del registro

El Registro Nacional de Donantes de Gametos y Embriones y Gestantes Subrogadas tiene por objeto administrar, custodiar y actualizarla confidencialidad de la información remitida por las IPRESS relativa al origen y al destino de los gametos y embriones donados, así como la identidad de las mujeres que voluntariamente deciden ser gestantes subrogadas.

Artículo 35°.- Finalidad del registro

El Registro Nacional de Donantes de Gametos y Embriones y Gestantes Subrogadas tiene por finalidad:

1. Garantizar el acceso a la información en los supuestos previstos en el Artículo 38° de la presente ley.
2. Garantizar el cumplimiento de lo previsto en el Numeral 9 del Artículo 10° y del Numeral 4 del Artículo 11° de la presente ley.
3. Evitar que una mujer sea gestante subrogada más de una vez.

Artículo 36°.- Ente encargado del registro

El Registro Nacional de Identificación y Estado Civiles responsable de administrar, custodiar y actualizar la confidencialidad de la información contenida en el Registro Nacional de Donantes de Gametos y Embriones y Gestantes Subrogadas.

Artículo 37°.- Contenido del registro

Las IPRESS remiten al Registro Nacional de Donantes de Gametos y Embriones y Gestantes Subrogadas la siguiente información:

1. Con relación a los/las donantes de gametos y embriones:
 - a) Nombres, apellidos, fecha y lugar de nacimiento, estado civil y número de documento de identidad.

- b) Descripciones fenotípicas, grupo sanguíneo, antecedentes médicos, ocupación u otra información de especial relevancia, a fin de garantizar el derecho a la salud y la identidad de las personas cuyo origen se debe a unadonación de gametos y embriones.
 - c) Información relevante de los ascendientes hasta el primer y segundo grado de consanguinidad y, de ser el caso, de los descendientes.
 - d) Indicar el número de donaciones efectuadas.
 - e) Indicar el número de embriones obtenidos con sus gametos.
 - f) Indicar el número de personas concebidas con sus gametos y los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida realizados.
 - g) Indicar el lugar en que residen los/las donantes, el cual deberá corresponder con su domicilio real, así como otra forma de ser ubicados.
 - h) Consentimiento expreso si desean ser ubicados.
2. Con relación a los/las usuarios/usuarias vinculados a donaciones de gametos y embriones:
- a) Nombres y apellidos.
 - b) Indicar el lugar de residencia, así como otra forma de ser ubicados.
 - c) Estado civil y número de documento de identidad.
 - d) Lengua originaria o lenguaje utilizado,
 - e) Nombre del/de la intérprete, de ser el caso.
3. Con relación a las personas cuyo origen se debe a una donación de gametos o de embriones:
- a) Nombres y apellidos.
 - b) Fecha y lugar de nacimiento.
 - c) Indicar el lugar de residencia de sus padres, así como otra forma de ser ubicados.
4. Con relación a las gestantes subrogadas:
- a) Nombres y apellidos.
 - b) Fecha y lugar de nacimiento.
 - c) Indicar el lugar de residencia, así como otra forma de ser ubicadas.
 - d) Estado civil y número de documento de identidad.
 - e) Lengua originaria o lenguaje utilizado.
 - f) Nombre del/de la intérprete, de ser el caso.
5. Con relación a los/las usuarios/usuarias que tienen descendencia debido a la gestación subrogada:
- a) Nombres y apellidos.
 - b) Fecha y lugar de nacimiento.
 - c) Indicar el lugar de residencia, así como otra forma de ser ubicados.
 - d) Estado civil y número de documento de identidad.
 - e) Lengua originaria o lenguaje utilizado.
 - f) Nombre del/de la intérprete, de ser el caso.
6. Asimismo, las IPRESS deben consignar lo siguiente:
- a) Razón social.
 - b) Los nombres de los profesionales de la salud y el asesor legal involucrados en la donación de gametos y embriones.
 - c) Los nombres de los profesionales de la salud y el asesor legal involucrados en la gestación subrogada.

7. Las IPRESS están obligadas a informar al Registro Nacional de Donantes de Gametos y Embriones y Gestantes Subrogadas, en caso el embarazo se interrumpa por situaciones de orden natural o médico.

Artículo 38°.- Supuestos para acceder al registro

Para acceder al Registro Nacional de Donantes de Gametos y Embriones y Gestantes Subrogadas se cumplen los siguientes supuestos:

1. Los/las donantes de gametos y embriones pueden acceder al registro, a efectos de conocer el número de descendientes generados mediante los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida.
2. Las personas cuyo origen se debe a una donación de gametos o de embriones, una vez cumplida la mayoría de edad, pueden acceder a la información de su progenitor o progenitora biológico/biológica, a excepción de los nombres, apellidos y domicilio u otra forma de ubicación.

En caso peligre la vida o la salud de las personas cuyo origen se debe a una donación de gametos o de embriones y tengan la voluntad de ubicar a los/las donantes de gametos y embriones, estos pueden ser notificados.

Sin perjuicio de lo señalado, cualquier supuesto no previsto en la presente ley o el reglamento, el juez, en ejercicio de sus funciones, lo decidirá.

Artículo 39°.- Funciones del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Embriones y Gestantes Subrogadas

Las funciones del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Embriones y Gestantes Subrogadas son las siguientes:

1. Registrar y actualizar la información remitida por las IPRESS relativa al origen y al destino de los gametos y embriones donados.
2. Notificar la información prevista en la presente ley.
3. Remitir información requerida por orden judicial.
4. Cruzar la información brindada por las IPRESS.
5. Otras que determine el reglamento.

Artículo 40°.- Responsabilidades en la administración del Registro

El personal que tenga acceso al Registro Nacional de Donantes de Gametos y Embriones y Gestantes Subrogadas conserva, con debida protección y confidencialidad, todas las referencias sobre la información relacionada con las personas involucradas en los procedimientos previstos en la presente ley, bajo responsabilidad administrativa y/o penal a que hubiere lugar.

Asimismo, los terceros que deliberada e ilegítimamente accedan al registro, incurren en responsabilidad penal en cualquiera de los tipos penales previstos en la Ley N° 30096, Ley de Delitos Informáticos, según corresponda, y sin perjuicio de otros tipos penales a que hubiere lugar.

TÍTULO III

FILIACIÓN DERIVADA DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA MÉDICAMENTE ASISTIDA

Artículo 41°.- Principio para determinar la filiación

El principio fundamental para determinar la filiación derivada de la reproducción humana médicamente asistida es la voluntad procreacional.

La voluntad procreacional es formal y está contenida en el formulario de consentimiento informado, y ello constituye un medio probatorio.

Los/las usuarios/usuarias que consienten la aplicación de un procedimiento de reproducción humana médicamente asistida, no pueden negar la relación filial con el concebido.

Artículo 42°.- Inimpugnabilidad de paternidad y maternidad

En los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida no puede invocarse alguna de las reglas contempladas en los Artículos 363°, 366° y 371° del Código Civil, para impugnarla paternidad y maternidad.

Artículo 43°.- Supuestos de inexistencia de vínculos filiatorios

En el marco de la reproducción humana médicamente asistida, no existen vínculos filiatorios en los siguientes supuestos:

1. Entre los/las nacidos/nacidas por la aplicación de los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida y los donantes de gametos y embriones.
2. Entre los/las nacidos/nacidas por la aplicación de los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida y la gestante subrogada.
3. Entre los/las nacidos/nacidas por la aplicación de los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida y la pareja fallecida, cuando haya vencido el plazo establecido en el formulario del consentimiento informado, el cual no puede exceder al plazo previsto en el reglamento.

Artículo 44°.- Filiación *post mortem*

La filiación *post mortem* solo procede cuando entre los/las nacidos/nacidas por la aplicación de los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida y la pareja fallecida se cumplan cualquiera de los siguientes supuestos:

1. Cuando el material reproductor de la pareja fallecida o de un donante, se encuentre en el útero de la pareja supérstite o de la gestante subrogada en la fecha de la muerte de aquel o aquella, según sea el caso.
2. Cuando la pareja fallecida haya prestado su consentimiento libre, consciente, voluntario y expreso para que su material reproductor pueda ser utilizado por la pareja supérstite para sí.
3. Cuando la pareja fallecida haya prestado su consentimiento libre, consciente, voluntario y expreso para que el embrión criopreservado con el que existe correspondencia genética o para el cual se haya autorizado una donación de gametos, según corresponda, pueda ser utilizado por la pareja supérstite para sí.

Para efectos de la interpretación y aplicación de los Numerales 2 y 3, el consentimiento solo es válido a través del formulario del consentimiento informado, por medio del cual se puede consignar un plazo que no sea mayor al establecido en el reglamento.

TÍTULO IV

COMISIÓN NACIONAL DE REPRODUCCIÓN HUMANA MÉDICAMENTE ASISTIDA

Artículo 45°.- Creación y naturaleza

Créase la Comisión Nacional de Reproducción Humana Médicamente Asistida (CNRHMA) como órgano colegiado con autonomía técnica y funcional, de carácter permanente, adscrito al Ministerio de Salud.

Artículo 46°.- Finalidad

La Comisión Nacional de Reproducción Humana Médicamente Asistida (CNRHMA) tiene por finalidad emitir opiniones, evaluar determinadas solicitudes y orientar al Poder Ejecutivo en el desarrollo de políticas públicas, programas, proyectos, planes de acción y estrategias en aspectos relacionados con la reproducción humana médicamente asistida.

Artículo 47°.- Conformación

La Comisión Nacional de Reproducción Humana Médicamente Asistida (CNRHMA) está integrada por los siguientes miembros:

- a) Un representante del Ministerio de Salud, quien ejerce la presidencia
- b) Un representante del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, quien ejerce la vicepresidencia
- c) Un representante del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables
- d) Un representante del Colegio de Médicos del Perú
- e) Un representante del Colegio de Biólogos del Perú

Los miembros son designados por un periodo de tres (3) años y es retribuida mediante dietas, conforme en el reglamento de la presente ley.

Artículo 48°.- Requisitos para ser miembro de la CNRHMA

Con relación a los miembros del Poder Ejecutivo, son designados mediante Resolución Ministerial del titular del sector correspondiente. En el caso de los colegios profesionales, sus representantes son propuestos al titular del Ministerio de Salud. En todos los casos, se requiere cumplir con los siguientes requisitos:

1. Contar con título profesional de médico/a, biólogo/a, abogado/ay colegiatura hábil.
2. Tener experiencia profesional relativa a las técnicas de reproducción humana asistida en entidades del sector público y/o privado no menor de cinco (5) años o comprobada docencia universitaria sobre la referida materia por el mismo periodo.
3. Tener estudios de posgrado, sea en temas relativos a la fertilidad humana y/o en bioética y/o en derechos sexuales y reproductivos.
4. No encontrarse en estado de insolvencia patrimonial.
5. No haber sido condenado por delito doloso con sentencia firme.
6. No haber sido sancionado con destitución o despido por falta grave.

Artículo 49°.- Funciones

La Comisión Nacional de Reproducción Humana Médicamente Asistida tiene las siguientes funciones:

1. Asesorar al Ministerio de Salud sobre el desarrollo de los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida.
2. Asesorar y proponer al Ministerio de Salud sobre las políticas públicas que sirvan para atender los problemas de infertilidad humana.
3. Proponer técnicas de reproducción humana médicamente asistida válidas para llevar a cabo el procedimiento.
4. Proponer el procedimiento estandarizado del proceso del consentimiento informado para su aplicación por las IPRESS.

5. Evaluar y decidir la solicitud de la gestación subrogada.
6. Evaluar y decidir las solicitudes vinculadas al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia formuladas por los/las profesionales de la salud directamente implicados/implicadas en los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida.
7. Consolidar la información acopiada por SUSALUD sobre el número de embriones.

Artículo 50°.- Secretaría Técnica de la CNRHA

La CNRHA cuenta con una Secretaría Técnica a cargo de un Secretario Técnico designado por Resolución Ministerial a propuesta del Presidente de la CNRHA.

La Secretaría Técnica tiene como función brindar soporte administrativo y técnico para la proyección de los informes y las resoluciones que emita, citar a sesión, disponer la realización de las notificaciones correspondientes, así como preparar todo lo necesario para que la CNRHA pueda cumplir con sus funciones, entre otras funciones que el reglamento convenga.

La Secretaría Técnica puede convocar a especialistas en técnicas de reproducción humana asistida para su labor de asesoramiento.

Artículo 51°.- Organización de la CNRHA

La organización de la CNRHA será prevista en el reglamento de la presente ley y desarrollará las causales de remoción, vacancia, justificación de inasistencia y otorgamiento de licencias, entre otras temáticas que sirvan para que la CNRHA pueda cumplir con sus funciones.

TÍTULO V INFRACCIONES Y SANCIONES

Artículo 52°.- Infracciones y sanciones

Las infracciones se clasifican en leves, graves y muy graves, las cuales serán tipificadas en vía reglamentaria conforme a lo establecido en la presente ley y en el Numeral 4 del Artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.

SUSALUD sanciona a los profesionales de la salud y a las IPRESS públicas, privadas y mixtas a nivel nacional por las acciones u omisiones contrarias a la presente ley, su reglamento y demás dispositivos complementarios y conexos, conforme a su potestad sancionadora, establecida mediante el Decreto Legislativo N° 1158.

SUSALUD puede ordenar la implementación de una o más medidas correctivas y/o restitutivas con el objeto de corregir o revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que esta se produzca nuevamente.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA.- Reglamentación

El Poder Ejecutivo reglamentará la presente ley, en un plazo no menor de doscientos cuarenta (240) días hábiles, contados desde el día siguiente de su publicación.

Asimismo, se modificará, en un plazo no menor de doscientos cuarenta (240) días hábiles, el Reglamento de Infracciones y Sanciones de la Superintendencia Nacional de Salud,

aprobado mediante Decreto Supremo N° 031-2014-SA, de acuerdo a lo contemplado en la presente ley.

SEGUNDA.- Implementación del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Embriones y Gestantes Subrogadas

El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil–RENIEC, en el plazo de noventa (90) días hábiles, computados a partir de la vigencia del reglamento de la presente ley, implementará el Registro Nacional de Donantes de Gametos y Embriones y Gestantes Subrogadas.

TERCERA.- Implementación de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Médicamente Asistida

El Ministerio de Salud modificará su Reglamento de Organización y Funciones, a fin de determinar la ubicación de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Médicamente Asistida en un plazo no mayor de noventa (90) días hábiles, computados a partir de la vigencia del reglamento de la presente ley.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

PRIMERA.- Sobre los embriones criopreservados

La presente ley se aplica a los embriones actualmente criopreservados.

SEGUNDA.- Excepción de la obligación de Registro

Quedan exceptuadas de la inscripción en el Registro Nacional de Donantes de Gametos y Embriones y Gestantes Subrogadas, las personas que donaron sus gametos y embriones o fueron gestantes subrogadas antes de la vigencia de la presente ley, salvo que voluntariamente decidan incorporarse en dicho Registro, conforme lo estipulado en el Título II de la presente ley.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS

PRIMERA.- Modificación del Artículo 5° del Decreto Legislativo N° 1158, Decreto Legislativo que dispone medidas destinadas al fortalecimiento y cambio de denominación de la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud

Modifíquese el Artículo 5° del Decreto Legislativo N° 1158, Decreto Legislativo que dispone medidas destinadas al fortalecimiento y cambio de denominación de la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud, en los siguientes términos:

"Artículo 5.- Ámbito de Competencia

La Superintendencia Nacional de Salud es una entidad desconcentrada y sus competencias son de alcance nacional.

Se encuentran bajo el ámbito de competencia de la Superintendencia todas las Instituciones Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud (IAFAS), así como todas las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPRESS) y **los profesionales de la salud en el marco de las prestaciones del sector privado.**

Asimismo, se encuentran bajo el ámbito de competencia de la Superintendencia las Unidades de Gestión de IPRESS, definidas como aquellas entidades o empresas públicas, privadas o mixtas, creadas o por crearse, diferentes de las IPRESS, encargadas de la

administración y gestión de los recursos destinados al funcionamiento idóneo de las IPRESS.

La presente disposición no afecta las competencias de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones regulada por la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, ni las previstas mediante Decreto Legislativo N° 1051 que modifica la Ley N° 27181, Ley General del Transporte Terrestre".

SEGUNDA.- Incorporación del Artículo 238°-A del Código Civil

Incorpórese el Artículo 238°-A del Código Civil, en los siguientes términos:

"Artículo 238-A.- Filiación civil

El uso de los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida es fuente de parentesco que vincula al concebido con aquellos que manifiesten su voluntad procreacional".

TERCERA.- Modificación de los Artículos 361°, 363° y 371° del Código Civil

Modifíquense los Artículos 361°, 363° y 371° del Código Civil, en los siguientes términos:

"Artículo 361°.- El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido, **salvo prueba en contrario.**"

"Artículo 363°.- El conyuge que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:

(...)

1. Cuando adolezca de infertilidad absoluta.

(...)"

Artículo 371°.- La maternidad puede ser impugnada en los casos de parto supuesto o de suplantación del hijo.

No procede impugnar la maternidad de los/las nacidos/nacidas una vez que se haya autorizado la gestación subrogada".

CUARTA.- Modificación del Artículo 153° del Código Penal.

Modifíquese el Artículo 153° del Código Penal, en los siguientes términos:

"Artículo 153.- Trata de personas

1. El que mediante violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio, capta, transporta, traslada, acoge, recibe o retiene a otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país con fines de explotación, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.
2. Para efectos del inciso 1, los fines de explotación de la trata de personas comprende, entre otros, la venta de niños, niñas o adolescentes, la prostitución y cualquier forma de explotación sexual, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, cualquier forma de explotación laboral, la mendicidad, los trabajos o servicios forzados, la servidumbre, la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos **o gametos** o sus componentes humanos, la **gestación subrogada sin los presupuestos de ley**, así como cualquier otra forma análoga de explotación.

3. La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considera trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios previstos en el inciso 1.
4. El consentimiento dado por la víctima mayor de edad a cualquier forma de explotación carece de efectos jurídicos cuando el agente haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en el inciso 1.
5. El agente que promueve, favorece, financia o facilita la comisión del delito de trata de personas, es reprimido con la misma pena prevista para el autor”.

QUINTA.- Incorporación de los Artículos 153-B, 153-C y 153-D del Código Penal.

"TITULO IV DELITOS CONTRA LA LIBERTAD (...)

CAPITULO I-A

Delitos relativos al uso indebido de las técnicas de reproducción humana asistida

Artículo 153-B.- Fecundación ilegítima de óvulos humanos

1. El que fecunda óvulos humanos con finalidad diferente a la procreación humana es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.
2. Si el agente es profesional médico u otro profesional de las ciencias médicas, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años.
3. En el supuesto previsto en el Numeral 2, el agente es además reprimido con inhabilitación conforme a los Números 1, 2 y 4 del Artículo 36° del Código Penal.

Artículo 153-C.- Inseminación artificial o transferencia embrionaria no consentida

1. El que realice algún procedimiento de reproducción humana médicamente asistida o de gestación subrogada en una mujer, sin su consentimiento, es reprimido con pena privativa de libertad, no menor de cuatro ni mayor de ocho años.
2. Si la víctima es una menor de entre catorce a dieciocho años de edad o sufre discapacidad física o mental y el agente se aprovecha de dicha condición, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce.
3. La pena privativa de libertad es no menor de diez, ni mayor de veinte años si la conducta descrita en el numeral 1 se practica en una menor de catorce años o si se pone en grave riesgo la vida o salud de la víctima.
4. En los supuestos previstos en los Números 1, 2 y 3, el agente es además reprimido con inhabilitación conforme a los Números 1, 2 y 4 del Artículo 36° del Código Penal.

Artículo 153-D.- Comercio ilegal de gametos y embriones

1. Es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho el que por lucro y sin observar la ley de la materia, compra, vende, importa, exporta y el que ilegalmente almacena o transporta gametos o embriones de personas o cadáveres.
2. La pena es no menor de seis ni mayor de diez años cuando el agente:
 - a) Utiliza los medios de prensa escritos o audiovisuales o base de datos o sistema o red de computadoras.

- b) Es un profesional de la salud o funcionario o servidor público del sector salud.
 - c) Actúa en calidad de integrante de una organización criminal.
3. En el supuesto previsto en el Literal b) del Numeral 2), el agente es además reprimido con inhabilitación conforme a los Numerales 1, 2 y 4 del Artículo 36° Código Penal.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS DEROGATORIAS

PRIMERA.- Deróguese el Artículo 362° del Código Civil.

SEGUNDA.- Deróguese el Artículo 7° de la Ley General de Salud, Ley N° 26842.

Comuníquese al señor Presidente Constitucional de la República para su promulgación.

ANEXO 5

AdButler Cloud-based ad serving with world-class support. [FREE 14-DAY TRIAL](#)

Members Login
Username:
Password:

 Remember Me
[New Member](#)
[Lost Account info?](#)

Main Recent Posts Chat Room Calendar List All Users Links Facebook User Details Search

TorontoHotSingles.com → TH Foto. → Areas Clasificadas → Busco vientre de alquiler

Start A New Topic Reply Printer Friendly

Post Info
Barbara Julia
Busco vientre de alquiler
Permalink Reply Quote More

Barbara Julia
Nombre:
Status: Offline
Posts: 1
Date: Aug 27 2:25 PM 2019

Ofrezco vientre de alquiler

Hola mi nombre es barbara alquilo mi vientre mi edad es 34 años tengo 1 niño y vivo en lima-peru, cuento con buena salud me puedo someter a los exámenes medicos que ustedes requieran. Deseo ayudar a una pareja, a realizar sus sueños de ser padres.

Mi pueden contactar al correo anikagutierrez23@hotmail.com

Anonymous
Date: Aug 30 3:39 AM 2019

hola mi nombre es karla alquilo mi vientre mi edad es 30 tengo dos hijas las cuales fueron por parto normal y vivo en lima-peru gozo de buena salud me puedo someter a los exámenes medicos que ustedes decidan. Deseo ayudar a una pareja, a realizar sus sue;os de ser padres.

Mi pueden contactar en h.m.g.p.19813@gmail.com o al siguiente tlf 932-401-377

Anamadiann
Nombre:
Status: Offline
Posts: 1
Date: Aug 28 4:53 PM 2019

Hola estoy muy interesada en alquilar mi vientre solo a parejas estables ya sea heterosexual o gay, todo detalle será por interno. Tengo 26 años sin ningún vicio, acepto cualquier tipo de análisis si es que lo solicitan. Soy una persona seria como tal deseo que me escriban aquellas personas. Les dejo mi correo para previo contacto socultos799@gmail.com

Soy persona seria y deseo tratar con personas serias cómo tal.

Anonymous
Date: Aug 26 6:20 AM 2019

Hola me llamo Cecilia soy madre de dos niñas sanas y tengo muchas ganas de poder ayudar aquellas personas que quisieran ser padres y tener la dicha de tener una pequeña sonrisa en sus vidas me pueden llamar 925276028 o escríbeme en love_13_57@hotmail.com te estaré esperando con mucho gusto

<p><small>Date: Aug 25 12:43 AM, 2019</small></p>	<p>Buenas noches mi nombre es Ana soy venezolana 34 años residenciada en peru deseo alquilar mi vientre a personas que realemnte lo necesiten y sepan que se trata de algo muy serio cobro 5 mil dolares siendo invitro si necesitas de mis ovulos es adicional si deseas contactarte conmigo este es mi whatsapp +51914334957 o correo lakatira1508@gmail.com</p>
<p><small>Claudia14</small></p> <p><small>Nuevo</small></p> <p><small>Status Offline</small></p> <p><small>Recibo 1</small></p> <p><small>Date: Aug 17 2:59 AM, 2019</small></p>	<p>Hola me llamo claudia y tengo 3 niños hermosos y sanos yo tambien estoy sana y quiero prestar mi vientre a alguien que desea y anhela ser mama si es posible yo puedo ayudarlos mucho si desean puedo vivir con ustedes asi ustedes le dan amor desde la barriga todo se puede hablar muy bien y quiero personas serias bendiciones</p> <p>claudia</p>
<p><small>Dana Vargas</small></p> <p><small>Date: Jul 21 10:42 AM, 2019</small></p>	<p>vientre de alquiler</p> <p>Dana Vargas wrote:</p> <p>Dana Vargas wrote:</p> <p>hola mi nombre es Dana y soy de Lima,Perú...tgo 27 años y dos niños por parto natural,soy una mujer sana sin ningún tipo de vicio y madre soltera,dispuesta a ayudarte a hacer tu sueño realidad de convertirte en padre...eh pasado anteriormente los exámenes que solicitan para ser madre subrogada En una clínica prestigiosa aqui en Lima, y cuento con la disponibilidad y Tiempo de volver a pasar los exámenes...Para mayor información me puedes contactar al +51 991529502 llamar o escribir sólo personas serias y decididas porfavor abstenerse curiosos o personas con otras intenciones...Yo sólo alquilo mi vientre de manera de ayuda mutua...bendiciones</p>

FUENTE: AdButler/Busco vientre de alquiler-TH Foro⁴⁵

⁴⁵ Recuperado de:

<http://thforo.activeboard.com/t40375076/busco-vientre-de-alquiler/?ts=first>

ANEXO 6

 elcomercio.pe 

El Comercio [Últimas noticias](#)

Vientre de alquiler: caso de pareja de chilenos muestra un vacío legal



[Siguiendo Artículo >](#)



Los extranjeros ayer fueron trasladados al juzgado del Callao para la audiencia de prisión preventiva. (Foto: USI)

La Corte de Justicia del Callao dictó 12 meses de prisión preventiva contra Rosario Madueño Atalayal, de 46 años, y Jorge Tovar Pérez, de 48, los esposos chilenos que fueron detenidos el pasado 25 de agosto en el **aeropuerto Jorge Chávez** cuando iban a salir del país con dos bebés que fueron gestados por un vientre de alquiler.

Desde el 2011, Madueño y Tovar se han sometido a múltiples tratamientos de fertilidad para ser padres, según sus familiares. Luego de fracasar en Santiago de Chile, en el 2013 llegaron a la clínica Concebir, en Lima. Intentaron otros tres procedimientos de fertilidad sin éxito y, como última opción, decidieron someterse a la técnica del vientre subrogado o de alquiler. Los bebés nacieron el pasado 28 julio y ahora están bajo el cuidado de un albergue del Inabif.

Luis Felipe López, abogado de Madueño y Tovar, sostiene que esta familia realizó todos los trámites sugeridos por los abogados de la clínica Concebir e inscribieron a los bebés en los Registros Civiles. Al momento de la captura en el aeropuerto, se dijo que ellos contaban con documentos falsos.

Ambos extranjeros están acusados de trata, delito sancionado en el Código Penal con una pena de entre 8 y 25 años de prisión. Sin embargo, su abogado señaló que basta con una prueba de ADN para demostrar que Tovar es el padre genético de los mellizos.

“Con esta prueba quedaría demostrado que el padre es el señor Tovar. Siendo él el padre biológico de los niños, ¿de qué delito de trata o de compra de niños hablamos?”, cuestionó y dijo que ya apelaron la orden de prisión



El médico Luis Noriega, director de la clínica Concebir, quien también es investigado en este caso, lamentó el drama de esta pareja que lleva siete años buscando tener hijos. “No pueden decir que es una banda delincuencial, que nosotros vendemos úteros y que vendemos niños”, declaró a “Perú 21”.

—Hay un vacío legal—

Chary Rodríguez, abogada experta en reproducción humana asistida, afirmó que en el Perú no existe una ley que regule este tipo de técnicas de reproducción en vientres sustitutos.

El artículo 7 de la Ley General de Salud

dice que toda persona tiene derecho a recurrir a estos tratamientos de reproducción asistida siempre que “la condición de la madre genética (la que proporciona el óvulo) y la madre gestante recaiga sobre la misma persona”.

Rodríguez señaló que esto no puede interpretarse como una prohibición, ya que estas deben ser expresas.

Al respecto, el abogado penalista Luis Lamas Puccio afirmó que no hay un reglamento que especifique el rol de los médicos y de las clínicas en este tipo de embarazos. También aseguró que no existe en la legislación peruana el delito por gestación subrogada.

FUENTE: EL Comercio,pe⁴⁶

⁴⁶ Recuperado de:

<https://elcomercio.pe/lima/sucesos/vientre-alquiler-caso-pareja-chilenos-muestra-vacio-legal-noticia-553484>

ANEXO 7



rpp.pe



Ricardo Morán se propone iniciar una batalla legal para que sus hijos sean reconocidos como peruanos

Ricardo Morán celebró su primer Día del Padre con sus hijos Catalina y Emiliano. Dado que nacieron por gestación subrogada, en EE.UU., él es el único padre; pero, no pudo inscribirlos bajo la ley peruana por falta de un marco legal.

Redacción

17 de junio del 2019 - 6:45 PM



Ricardo Morán celebró su primer Día del Padre al lado de sus hijos Catalina y Emiliano. A propósito de la fecha, el **productor de "Yo Soy"** brindó detalles sobre cómo fue el proceso de gestación subrogada para tener a sus hijos. En medio de su felicidad, hay una lucha que pronto iniciará: la batalla legal por inscribir a sus hijos como ciudadanos peruanos. **"La voy a pelear para que mis hijos tengan su DNI"**, aseguró.

Los pequeños nacieron en Estados Unidos —donde el productor y conductor de televisión realizó el proceso de **gestación subrogada** ya que no hay un marco legal en el Perú— y los inscribió. Pero cuando se acercó al Consulado peruano en Houston le dijeron que no podía debido a un artículo del Código Civil de 1984 y su condición de padre



"En Estados Unidos no hay ningún problema, llegué con mi resolución del juez que decía que yo era el único padre, me dieron la partida de nacimiento en la que aparecemos mis hijos y yo, y me dieron sus pasaportes [...] [Pero en Perú] No hay ningún lado en el que se diga que un papá puede inscribir a sus hijos [...] El proceso administrativo no existe, no hay marco legal", explicó [Ricardo Morán](#) en entrevista a "Perú 21".

FUENTE: RPP NOTICIAS⁴⁷

⁴⁷ Recuperado de:

<https://rpp.pe/famosos/farandula/ricardo-moran-iniciara-una-batalla-legal-para-que-sus-hijos-catalina-y-emiliano-sean-reconocidos-como-peruanos-noticia-1203251>



ESPECTÁCULOS

Ernesto Pimentel se convirtió en padre gracias a una gran amiga [FOTOS]



La República

23 M07 2019 | 12:33 h

Se unió al club de padres junto a Ricardo Morán. Ernesto Pimentel, “La Chola Chabuca”, cumplió uno de sus grandes anhelos.

La paternidad llegó a su vida. El conductor de televisión **Ernesto Pimentel** siguió los pasos de **Ricardo Morán**. La popular **'Chola Chabuca'** hizo realidad uno de sus grandes sueños y compartió su emoción en su **Facebook** y otras redes sociales.

“Hoy (lunes 22) quiero compartir con todos ustedes mi sueño más largo, mi anhelo más duradero y el que será desde hoy el gran motivo de mi vida. Hoy ha llegado al mundo Gael Pimentel a las 33 semanas, pesando 3 kilos. Junto a Miluska, mi más entrañable amiga por más de 20 años, gracias al esfuerzo de un gran equipo de médicos y científicos; hemos traído al mundo a un niño que sabemos será más feliz aún que los padres que hoy lo reciben”, se lee la primera parte del mensaje.

Miluska, quien ha sido su mánager, productora, y mejor amiga desde sus inicios, le dio la dicha a **Ernesto Pimentel** de convertirse en papá primerizo.

El conductor de televisión mostró algunas fotografías en las historias de Instagram en las que daba la bienvenida a su primer hijo, quien nació en el vientre de su mejor amiga.

FUENTE: Larepublica.pe⁴⁸

⁴⁸ Recuperado de:

<https://www.google.com/amp/s/larepublica.pe/espectaculos/2019/07/22/ernesto-pimentel-como-ricardo-moran-la-chola-chabucase-convirtio-en-padre/%3fouputType=amp>

ENTREVISTA (CAMPO JURÍDICO)

Fecha: 07/08/2019

Nombre del entrevistado: Dra. María del Rosario Rodríguez - Cadilla Ponce

Profesión/cargo: Abogada y Bioeticista, consultora legal en clínicas de fertilidad y asesora particular en casos sobre reproducción asistida.

Objetivo: Conocer las perspectivas de diversos profesionales cuyos rubros se encuentran inmersos en la práctica de la TERA Gestación Subrogada en el Perú, como sustento de los enfoques jurídico, bioético y social para una propuesta normativa.

1. ¿Qué opinión le merece la Técnica de Reproducción Asistida Gestación Subrogada y cómo percibe su situación en el Perú desde su campo de acción?

Trabajo en estos temas hace más de 17 años, veo que si bien es cierto todavía hay cierto recelo y mucha gente la desconoce - incluso médicos - hay que considerar que esta TERA es la extrema, lo normal es empezar de menos a más: primero con inseminaciones intrauterinas, luego vas a fecundaciones *in vitro* con material genético propio (óvulos y espermatozoides), ya cuando la cosa no va funcionando intentas con óvulos donados, con espermias donados o con ambos gametos donados pero llevando el embarazo, y ya la figura extrema es la reproducción humana asistida con vientre subrogado. Ahora, la percibo como una técnica más, simplemente que es más complicada por las consecuencias una vez que nazca el niño, consecuencias que no están contempladas en nuestra legislación; aunque ahora hay mayor apertura (es un tema tabú, todavía sí) pero si lo comparamos cuando empecé a investigar mi tesis en el año 96 ahora la gente habla con mucha más normalidad de esto, lo que pasa es que hay una brecha muy grande entre el Derecho y la realidad.

2. El derecho a la formación de una familia, así como su protección están consagrados en la Constitución Política y en otros documentos internacionales reconocidos por el Perú. En ese sentido, ¿considera la

práctica de la Gestación Subrogada como un buen medio alternativo (ante la imposibilidad de reproducción de forma natural) para la realización de ese derecho o cree que, en todos los casos, se debería recurrir a la adopción?

Por supuesto, partamos del concepto de familia, de familia nuclear que contemplábamos en la Constitución del 79 y luego del 93, cuando uno habla de familia pues, piensa en mamá, papá e hijos, ese concepto en pleno siglo 21 que estamos ahora ha ido cambiando, sabemos que existen familias monoparentales, familias ensambladas, hay diversos tipos de familia. Se reconoce ya a nivel supranacional que existe este derecho a realmente a realizar tu proyecto de vida; es decir, si tú por A o B motivos no puedes salir embarazada y la ciencia honesta y seria te posibilita que puedas suplir esas deficiencias que la naturaleza te puso por el paso del tiempo o por la edad, yo no le veo ningún problema a que puedas hacer uso de estas técnicas, es más, existe el derecho al uso de las tecnologías, el problema es que no están al alcance de todo el mundo, pero a eso se tiende y lo veo totalmente una opción válida para poder realizar tu proyecto de vida.

Ahora, la adopción es una figura perfectamente válida, no estoy en contra, enhorabuena las personas que puedan adoptar, me parece genial que habiendo niños que necesiten de un padre, de una madre haya familias dispuestas a adoptar. El problema que le veo a la adopción es que, por un lado, no es fácil hacerlo hay personas que han recurrido a tratar de adoptar y en vista a la negativa, que no han calificado, etc, han tenido que adoptar, pero un embrión, por ejemplo, que es un caso que tengo ahorita que está en el Tribunal Constitucional, estas personas trataron de adoptar un niño y no calificaban entonces adoptaron un embrión. Me parece perfecto, pero no puedes imponer, si la persona quiere hacerlo (adoptar) enhorabuena, pero si no puede y quiere hacer uso de las técnicas de reproducción asistida está bien, además, tiene unas ventajas, por ejemplo, un niño que vas a adoptar es uno que ya está formado; es muy poco probable que puedas adoptar un bebé, ya es un niño más grande o adolescente, en fin; en cambio acá (en el vientre subrogado) puedes gestar, sentir la parte genética con ellos. Yo pienso que madre no es quien da sus óvulos

ni necesariamente quien gesta, madre es quien va a criar, la que tiene la voluntad de ser madre, pero en una sociedad hay diferentes posturas, cada persona es un mundo, entonces la adopción es una figura válida, pero eso no le quita a que las técnicas de reproducción asistida puedan ser válidamente utilizadas

3. La CIDH, a la que se encuentra adscrita el Perú, en su sentencia sobre el caso Artavia y Murillo vs Costa Rica, ante la imposibilidad natural de reproducción, reconoce la existencia de los derechos reproductivos y los exalta en concordancia con otros derechos (a la familia, a la libertad, a la integridad, a la dignidad, a la igualdad, a la salud, entre otros). En ese sentido:

- ¿Cree que el Estado peruano debería implementar dentro de sus políticas de salud mecanismos para enfrentar el tema de la infertilidad en sus ciudadanos? ¿cuáles serían?

Por supuesto, la infertilidad, ya lo ha dicho la OMS, es una enfermedad, por lo tanto considero que debería estar como una política pública, ahora la sentencia Artavia y Murillo constituye un precedente vinculante para el Perú, pues se reconoce una serie de derechos (al libre desarrollo de la personalidad, los derechos sexuales y reproductivos, los derechos a tener una familia, los derechos a hacer uso de las tecnologías), también prohíbe toda injerencia abusiva o arbitraria en la vida privada de las personas, ha interpretado de manera amplia o extensiva el artículo 7º de la Convención Americana en donde se habla de una libertad en sentido extenso: uno puede hacer todo lo que no dañe a otra persona, lo que sea lícitamente permitido y no vaya en contra de ninguna otra persona. Ahora, la persona escoge libremente las acciones que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones, eso es parte del libre desarrollo de la personalidad que implica como cada persona se percibe en sociedad, tú podrías decir pero si esta persona no tiene óvulos, el esposo tampoco tiene espermatozoides entonces ¿para qué van a hacer una TERA? mejor que adopten, esa es una manera de pensar totalmente válida pero para estas personas, por ejemplo la pareja que te comento, ellos quieren hacer uso de una TERA, entonces por qué se les va a prohibir, se les va a truncar ese proyecto de vida que tienen ellos.

- ¿Cree usted que los aludidos derechos reproductivos podrían ser absolutos, dando lugar a un “derecho al hijo” o existirá alguna limitación?

No hay derechos absolutos, ni la vida, considero que debe haber algunos límites, se debe dar un equilibrio no dar rienda suelta a que la ciencia haga cualquier cosa ni tampoco cruzar las manos ni taparse los ojos a una realidad, todo debe tener un equilibrio. Por ejemplo, me parece un exceso el tema de que una mujer de 70 años - como ha habido en la India - quiera ser madre a toda costa, o sea yo te puedo entender que una mujer de 40, 45 o 50 años intente serlo, pero que una mujer de la tercera edad (las madres abuela) que quieren un hijo para que las atienda, las cuide para que sea un compañero en la vejez creo que es un exceso, por encima de todos los caprichos personales debemos ver cuál es el interés superior del menor, entonces hay ciertas limitaciones que se deben poner, ciertos candados.

4. ¿Considera que la práctica de la Gestación Subrogada vaya en contra de los preceptos de “orden público y buenas costumbres”? ¿Qué concepto tiene sobre ellos?

Partamos de lo que es el orden público, es una situación o estado de paz de normalidad, de armonía en las relaciones humanas dentro de una colectividad y las buenas costumbres vendrían a ser formas de comportamiento de las personas dentro de dicha colectividad dentro de un tiempo o una época. Entonces las buenas costumbres de hace 50 años atrás no vienen a ser las mismas costumbres de hoy en día. El orden público va a tener que ir cambiando también, no podemos cerrarnos en cánones rígidos formales y decir que hoy en día en pleno siglo 21 estamos igual que en el año 1800, nuestro Código Civil tiene que regular las situaciones que ocurren hoy en la sociedad, el Derecho en realidad tiene que resolver las situaciones actuales para poder tratar de encauzar y ver de qué manera cuidar ese orden público que se puede ver resquebrajado frente a realidades que hoy en día superan lo que venía desde atrás, yo sé que el Derecho tiene que ser previsor y toma su tiempo pero ya la brecha es demasiado grande, nuestro Código Civil viene de una realidad en donde no cabía ninguna duda de la maternidad de una mujer, la paternidad podía estar en tela de juicio, pero la madre no, la que paría era la madre; hoy en día con la

reproducción humana asistida estos pilares del Derecho se han venido abajo, las TERA han hecho posible que un niño pueda tener una madre genética, una madre biológica y una madre legal. Entonces no podemos tratar de meter la realidad como sea en lo poco o mucho que pueda tener el Derecho, sino más bien es el Derecho el que tiene que salir y dejarse de tapar los ojos a una realidad que le guste o no le guste va a tener que normarla, así que yo creo que las cosas tienen que irse adecuando, aquí las TERA no van a romper ningún orden público ni a atentar contra las buenas costumbres simplemente hay que tener una mentalidad abierta que no tenga cánones rígidos ni formales.

5. Una parte de la doctrina nacional, e internacional, señala que la admisión de la TERA Gestación Subrogada debería darse solo si se hace de forma altruista, es decir, sin que exista ningún factor monetario de por medio. ¿Está de acuerdo con dicha postura o cree que debería existir algún tipo de compensación económica para la mujer que será la gestante?

Es un tema bastante polémico en donde, por un lado, por ejemplo, las feministas de España lejos de defender la posición de una mujer que desee “alquilar” su vientre (aunque no me gusta utilizar ese término, pero es utilizado en el argot popular) porque es suyo, ven que dicha mujer no lo hace porque quiere sino porque las circunstancias económicas las obliga, entonces es un tema bastante controversial. Vemos que hay países que lo permiten, medie o no comercio; hay países que lo prohíben, medie o no comercio y vemos que hay países que lo permiten siempre y cuando sea altruista. Yo creo que no se puede ver esto como un medio de vida, no me voy a dedicar a alquilar mi vientre, creo que quien lleva adelante un embarazo debe tener un tema altruista, humanitario, de querer ayudar a otra persona. Los vientres solidarios, que son los casos que yo he patrocinado y he ganado, siempre han sido con la intención de ayudar, pero por más intención de ayuda que tengas no puedes trabajar, no todos los embarazos son iguales, tienes que alimentarte bien, tienes que comprarte ropa de maternidad, tienes que transportarte para las consultas, hay una serie de gastos que no sería justo que la persona que está ayudando a llevar el embarazo de otra persona tenga que asumir, y por otro lado la pareja que no puede tener el goce, el disfrute de poder gestar quiere velar por el bienestar de la persona que

está llevando el embarazo, que tenga el mejor posible, entonces yo creo que una compensación tiene que mediar de todas maneras. Definitivamente tiene que haber un dinero de por medio para que esta persona que está actuando en calidad de colaboradora pueda llevar un embarazo digno, un embarazo tranquilo y que va a beneficiar tanto a la pareja como al propio bebé, así como a ella misma para que no vaya a tener problemas su salud.

6. Por lo general, se considera como gestante subrogada a aquella mujer que lleva en su útero un embrión con material genético ajeno, pero existe doctrina que señala que también puede serlo aquella mujer que, además del vientre, participe con su propio óvulo. En ese aspecto, ¿cree que deban aceptarse como Gestación Subrogada ambos casos o restringiría alguno y por qué?

Si la colaboradora que está aportando el vientre también va a aportar el óvulo ya no está colaborando lo que está haciendo es regalar un hijo, no estoy de acuerdo en eso, o sea la colaboradora siempre va a actuar como una incubadora humana, digamos, para poder llevar adelante la gestación de la persona que no puede gestar, pero que se dé que la colaboradora dé también el óvulo no me parece, es un exceso porque está regalando un hijo. Tampoco estoy de acuerdo en que la persona que encarga un embarazo lo haga por un tema de exquisitez, de vanidad o un tema que no sea médico, tiene que haber ciertos límites, ciertas restricciones. Si no llevas el embarazo es porque no puedes llevarlo, médicamente tienes un impedimento (renal, cardíaco, neurológico o no tienes útero, etc); por otro lado, quien colabora tiene que tener también ciertas restricciones, no puede aportar el óvulo, eso no me parece que sea una Gestación Subrogada, escapa a esa figura, está simplemente regalando un hijo.

7. El Código Civil en su artículo 409º contiene el principio del *mater semper certa est*, por el cual, se considera como madre de un menor a aquella quien lo pare, siendo suficiente este hecho para determinar su filiación; sin embargo, con la aplicación de la Gestación Subrogada la infranqueabilidad de dicho principio hoy ha quedado relegada. Así pues, la jurisprudencia peruana en algunas sentencias ha recurrido al concepto de “voluntad

procreacional” como base para establecer el vínculo filiatorio del menor con la mujer infértil que tuvo la intención de que viniera al mundo. En ese aspecto:

- ¿Considera que la presunción del mater *semper certa est*, hoy en día, pueda ser *iure et de iure*, es decir, admitiría prueba en contrario?

Se ha venido abajo el *mater semper certa est*, o sea no necesariamente la persona que está dando a luz es la madre, netamente hoy por hoy en pleno siglo 21 la maternidad no está determinada por el hecho del parto, la maternidad está determinada por la voluntad procreacional, tal cual hemos ganado un caso limpiamente en el Quinto Juzgado Constitucional y confirmado por la Sala Civil (caso Nieves Ballesteros contra Reniec), entonces por supuesto que admite prueba en contrario, es la voluntad procreacional lo que manda. Para mí una madre no es necesariamente la que aporta un óvulo, en el caso de una ovodonación; necesariamente no es madre la que está gestando, puede ser una colaboradora, para mí quien es madre es la que tiene la voluntad procreacional, el afecto, el querer, el amor, el desear ese niño y hacer todo lo que tenga que hacer para poder tener y concretar ese proyecto de vida.

- ¿Considera que el postulado “voluntad procreacional” es un buen mecanismo para reconocer la filiación o cree que otros medios como la adopción sean los más adecuados?

Antes el determinante de la filiación era el nexo biológico o la adopción, hoy en día con las TERA existe la llamada filiación civil que se basa no en el dato biológico sino en el dato social como en una adopción, pero, por ejemplo, en los casos que he tenido no se han llevado como una adopción ni como una impugnación de maternidad nos hemos ido por una acción de amparo justamente reclamando los derechos constitucionales que habían sido vulnerados, no todo encaja en una adopción ni en una impugnación de maternidad o en un dato biológico, nuevamente la voluntad procreacional es la que va a determinar la conexión, la correspondencia con un niño entre padre e hijos.

8. La Ley General de Salud - Ley N° 26842, establece en su artículo 7° que toda persona puede hacer uso de las técnicas de reproducción asistida para

enfrentar sus problemas de fertilidad, siempre y cuando la condición de madre genética sea la misma que la madre gestante. De acuerdo a ello, ¿considera usted que esa última parte sea una prohibición al reconocimiento de la TERA Gestación Subrogada o cree que para establecer una prohibición ésta debería estar directamente descrita?

Las únicas prohibiciones que tiene el famoso artículo 7° de la Ley 26842 es la de utilizar los óvulos con fines distintos a la procreación y la de la clonación humana, esas son las únicas dos cosas que prohíbe ese artículo. Lo que ha generado tanto problema es la redacción de esa parte de la condición de que la madre genética y la madre gestante recaiga en la misma persona, que si bien es cierto el legislador quiso prohibir o su intención fue prohibirla pues, no lo hizo bien y se está poniendo solo en una de las 4 hipótesis que hay en el caso del vientre subrogado. No considero y tampoco lo ha considerado así la Corte Suprema que ya en una casación dijo (porque ese artículo supuestamente estaría prohibiendo la ovodonación y el vientre subrogado) que este artículo no prohíbe la ovodonación y que solamente estaría prohibiendo el útero subrogado, pero posteriormente en otros casos también se pronunció diciendo que en realidad las prohibiciones tienen que ser expresas y que el principio de reserva nos dice que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, por lo tanto para que sea una prohibición tenía que estar expreso y de paso tipificado en el Código Penal con alguna sanción, pero así como está no es un delito, no está prohibido, se puede hacer y de hecho, se hace.

9. ¿Cree usted que la figura idónea para regular las prestaciones entre las partes en una Gestación Subrogada sea por medio de un “contrato”? Si es así, ¿qué sanciones cree que podrían establecerse ante su incumplimiento?

No sé cómo tendría que enfocarse el tema del contrato, se ve muy comercial creo yo, pero hay que seguir ciertos protocolos tratar de ver que en la medida de lo posible sea un familiar para evitar algún tipo de reclamo, porque es muy delicado, en realidad como hemos visto en el famoso caso de Estados Unidos

(el caso baby M) que los padres genéticos se peleaban con la madre gestante, entonces es bastante problemático, si realmente quien está gestando un producto ajeno aunque no sea genéticamente perteneciente a ella lo siente como hijo, por otro lado, los otros que genéticamente sí pueden demostrar que son los padres, llegar a ese extremo es lo que se tiene que evitar a toda costa por eso creo que en lugar de recurrir a una persona ajena o que la pueda mover algún interés comercial (como un modo de vida el hecho de vivir a costa de las compensaciones que se dan) en la medida posible tendría que ser un familiar y que pueda llevar esto como un vientre de acogida, un vientre solidario en donde es mucho menos probable que yo viendo el sufrimiento de mi hija me quiera quedar con ese “hijo nieto” que voy a tener o que una tía que pueda bien ser más adelante la madrina de ese niño, que pueda ser como una segunda madre, vaya a quererse quedar con el niño. Habría que manejarse con una manera mucho menos comercial para dejar de llamar a esto “vientre de alquiler” y llamarlo vientre solidario.

10. ¿Cuál es su opinión respecto a la postura que señala que mediante al acceso a la TERA Gestación Subrogada se estaría permitiendo la mercantilización del cuerpo humano tanto de la gestante subrogada como del niño en cuestión, pues se les estaría poniendo un precio?

Es un tema polémico, delicado, no va a faltar quien vea esto como un negocio, no nos tapemos los ojos a una realidad, habrá gente que quiere dedicarse a esto para hacer un comercio, por eso es importante que el Derecho entre a tallar para poder restringir ciertas cosas, poner ciertos candados, por ejemplo en el anteproyecto de ley que trabajamos en el Minjus en el año 2013 se estaban considerando algunos requisitos, por ejemplo, a la colaboradora se le ponía una edad, no podía tener más de un embarazo solidario llevándolo para otra persona, habían una serie de candados para evitar que se mercantilice y se vea como un negocio. Yo veo al mes hasta 4 casos sobre vientre subrogado, o cada 2 meses, entonces son muchas más las personas que recurren a esto y hay todo un sufrimiento detrás, que no se crea que por vanidad o porque no se quiere quedar con kilos de más o con estrías una mujer recurra a un vientre subrogado y, por otro lado, la mujer subrogada lo ve como un tema mercantil haciendo negocio

cobrando por el alquiler llevando como mercancía al bebé, no; los casos que veo son casos de colaboración de ambos lados, quien está llevando el embarazo se solidariza porque ha visto el sufrimiento de la pareja, son personas que han intentado muchos años de manera fallida poder tener descendencia. Los casos que llevo no se judicializan porque una de las partes no quiso entregar al bebé o porque la otra no lo quiso aceptar porque nació con un defecto, en estos casos es por la falta de legislación que hay, el problema son los apellidos que se ponen al niño los de la mujer que dio a luz y no los de la verdadera madre; no le veamos siempre el tinte comercial a estos casos donde en realidad hay mucho más, es un tema humano, hay un sufrimiento de por medio, entonces quien es el Derecho o la sociedad para negar tan legítima aspiración de vida a una familia, a una persona que no puede hacerlo de manera natural.

11. Existen legislaturas radicales, como la española, en las cuales se ha llegado a considerar a la Gestación Subrogada como una modalidad del delito de trata de niños, ¿considera esto razonable? ¿cuál es su opinión al respecto?

No me parece razonable, uno no puede generalizar, habrá gente a lo mejor que quiera utilizar esto como una trata de niños, mira lo que pasó el año pasado con esta pareja de chilenos que vinieron a hacer el procedimiento, si veías todo el historial de la señora Rosario Madueño y el señor Jorge Tovar, gracias a Dios que ahí mediaba el componente genético de uno de ellos, en este caso del papá por el que se pudo comprobar con la prueba de ADN que existía esa correspondencia genética entre los niños y él, pero si hubiese pasado como el caso de tengo en el Tribunal Constitucional en el que ni él ni ella dieron el material genético estarían presos hasta el día de hoy. Entonces, hay que tener mucho cuidado, creo que a lo mejor la ley también debería poner en estos casos que por lo menos medie el componente genético de uno de ellos, del padre o de la madre para evitar estos problemas y que al final no se termine prohibiendo el uso de esta figura a personas que sí la necesitan para poder concretar su legítima aspiración de vida y su proyecto de vida.

Sin embargo, también existen casos en donde ninguno de los miembros de la pareja puede otorgar los gametos por lo que la ley, si bien tiene que regular de

manera general, también tiene que ver caso por caso, hay que hacer un estudio en singular para ver cómo actuar. Ahora, por gente inescrupulosa no se puede castigar a todo el mundo, pero ahí está el Derecho, justamente su función es ver todas estas situaciones para tratar de regular, pero ojo legislar no como sinónimo de prohibir porque las prohibiciones no solucionan el problema más bien cómo establecer derechos y asignar responsabilidades.

12. ¿Considera usted que al no regularse o incluso prohibirse la práctica de la Gestación Subrogada en el Perú, el Estado estaría inmerso en un acto de discriminación de los derechos de las mujeres incapaces de concebir frente a aquellas que sí tienen esa posibilidad?

Sí, efectivamente porque estarías limitándolas cuando realmente es posible que si una mujer no tiene un útero para poder gestar pueda encargársela a otra persona para que la pueda llevar. Tengo el caso de una pareja joven, ella nació sin útero, tiene ovarios, el esposo está con sus espermatozoides todo muy bien, tienen sus embriones, pero no tienen donde alojarlos ¿por qué habría que prohibirle? ¿por qué habría que discriminarla? ya la naturaleza la discriminó de alguna manera, ¿por qué una doble discriminación por la parte social? creo que tenemos que dejar de ver estas cosas como extrañas o cosas futuristas, del más allá, son cosas que se dan, cada día la tecnología avanza más y es misión del ordenamiento jurídico ir a la par por lo menos lo más cercano o posible para tratar de regular estas situaciones y que esto sea una práctica a la cual puedan acceder las personas. Hoy en día en el Perú existe millón y medio de personas en edad reproductiva que tienen problemas de infertilidad, entonces si hablamos de inclusión tenemos que hacer las cosas que realmente favorezcan a todos y que se dé el marco jurídico para que evitemos la discriminación y lleguemos justamente a esa inclusión.

ENTREVISTA (CAMPO JURÍDICO)

Fecha: 14/08/2019

Nombre del entrevistado: Roxana Inés Rodríguez-Cadilla Ponce

Profesión/ocupación: Abogada, historiadora y magíster en docencia universitaria, actualmente dedicada a litigar sobre casos de Gestación Subrogada.

Objetivo: Conocer las perspectivas de diversos profesionales cuyos rubros se encuentran inmersos en la práctica de la TERA Gestación Subrogada en el Perú, como sustento de los enfoques jurídico, bioético y social para una propuesta normativa.

1. ¿Qué opinión le merece la Técnica de Reproducción Asistida Gestación Subrogada y cómo percibe su situación en el Perú desde su campo de acción?

Considero que la Gestación Subrogada, como cualquiera de las técnicas de reproducción asistida, permite ofrecer a las mujeres infértiles que no tienen otra forma de concebir (en especial a aquellas que han pasado por tratamientos de cáncer o que han pasado por una histerectomía) y que de alguna forma no pueden gestar por ellas mismas su propio embarazo, una solución al deseo de la maternidad y poder llegar a concretarlo, considerando a la maternidad como parte del proyecto de vida de la persona y del derecho a su libre desarrollo de la personalidad.

En cuanto al Perú, el tema aquí es que la técnica se encuentra incipientemente regulada a partir de solo el artículo 7º de la Ley General de Salud, una ley que ya tiene varias décadas y que obviamente no ha sido pensada con los avances de la tecnología con los que hoy se cuenta. En ese sentido, podríamos decir que la Gestación Subrogada viene siendo (mal) interpretada a partir de ese artículo como una técnica prohibida en el Perú a pesar de que explícitamente no la ha sido, de hecho, viene llevándose a cabo con bastante éxito y son muchas las parejas que ya recurren a esta técnica, justamente en mi campo de acción he podido llevar la litigación de lo que ha sido la primera sentencia vía

proceso de amparo de maternidad subrogada en el Perú en donde se cuenta con sentencia firme y se reconoce que no se trata de una técnica prohibida sino de una permitida en cuanto que no se encuentra expresa o taxativamente sancionada ni prohibida en la norma, en todo caso parece ser más bien un vacío que el legislador ha dejado con miras de regular a futuro, porque la exigencia de que sea la madre genética y la madre gestante la misma persona no contempla todos los demás supuestos en que no hay madre genética ni madre gestante en la misma persona y ahí el vacío normativo justamente. Actualmente, muchas parejas están recurriendo a procesos a través de la adopción o de impugnación de maternidad para que de alguna manera “camuflada” logren el reconocimiento de sus hijos tenidos por la vía de la técnica de la Gestación Subrogada; pero en realidad este proceso de amparo que se llevó tenía la intención (y se logró) de poner estas técnicas sobre el tapete, de exaltar la idea de que la Gestación Subrogada debe ser reconocida en vía del reconocimiento de los derechos constitucionales, los cuales se estarían afectando si se considera una interpretación restrictiva de la norma.

2. El derecho a la formación de una familia, así como su protección está consagrado en la Constitución Política y en otros documentos internacionales reconocidos por el Perú. En ese sentido, ¿considera la práctica de la Gestación Subrogada como un buen medio alternativo (ante la imposibilidad de reproducción de forma natural) para la realización de ese derecho o cree que, en todos los casos, se debería recurrir a la adopción?

No, de hecho la adopción en el Perú es un tremendo problema, una de las parejas que actualmente estamos litigando su caso (ganamos en primera instancia, perdimos en Sala y está en este momento en el Tribunal Constitucional a través del recurso de agravio constitucional que hemos interpuesto) justamente tiene el problema de que la señora ha pasado por una histerectomía, sus óvulos ya no son óptimos por su edad, además de que los espermatozoides de su esposo tampoco son adecuados, por lo que recurrieron a la Gestación Subrogada como una alternativa para poder tener una familia en el sentido que la concibe plenamente, es decir, con descendencia; por ejemplo,

para ellos es una excelente forma de poder haber concretado su anhelo, su deseo de formar una familia, en el sentido pleno que ellos conciben el término. Asimismo, cabe señalar que actualmente no podemos considerar que la familia tenga un modelo único, de hecho el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado sobre la existencia de familias ensambladas, monoparentales, etc, reconociendo que la familia constitucionalmente protegida no es solo la familia clásica sino que hoy en día hay muchos otros modelos de familia que empiezan a ser mucho más numerosos en términos porcentuales y poblacionales como lo demuestran las cifras del INEI y que de hecho también son protegidas constitucionalmente, entonces tenemos que empezar a ver en un sentido más amplio el concepto de familia, en términos modernos y, además, reconocer que las personas, en general, tal como lo establece la sentencia del caso Artavia y Murillo vs Costa Rica tienen derecho a hacer uso del máximo desarrollo tecnológico, del derecho de acceso a la tecnología y al máximo desarrollo de ésta para la realización de su proyecto de vida y creo que esto se logra con poder acceder a esta técnica.

En cuanto a la adopción, el caso de la pareja que está en el Tribunal Constitucional intentó adoptar, pero por la edad que tenían (ya que la mayoría de parejas que recurren a la Gestación Subrogada es precisamente porque no pueden concebir debido a que se les pasó la edad, generalmente son mujeres sobre los 40 años que ya no están en una edad fértil o reproductiva y no porque les aqueje una infertilidad de origen, de nacimiento o enfermedad) les fue negada, entonces ¿ante que adopción estamos hablando? si adoptar en el Perú tiene requisitos que son inaccesibles para las parejas que justamente son las que la necesitan y no estoy hablando de requisitos económicos sino de aquellos relacionados estrictamente con la edad de las parejas y también del hecho de que a cuanta más edad de ésta menor la probabilidad de que pueda acceder a adoptar un niño de menos de 7 años (que es a lo que se aspira) y, además, del tiempo que duran los procesos de adopción en el Perú; así pues, incluso pudiendo adoptar un niño pequeño para cuando se concrete el proceso el menor suele ya pasar la edad de los 7 y largamente, entonces estamos hablando de una adopción sumamente burocratizada en el Perú que no permite

realmente a las parejas que así lo desean acceder a ella y que, a su vez, afecta a los menores porque la adopción tiene que ser vista más que como un derecho de los padres como un derecho de los niños a tener una familia y que se les está negando, afectando su interés superior.

3. La CIDH, a la que se encuentra adscrita el Perú, en su sentencia sobre el caso Artavia y Murillo vs Costa Rica, ante la imposibilidad natural de reproducción, reconoce la existencia de los derechos reproductivos y los exalta en concordancia con otros derechos (a la familia, a la libertad, a la integridad, a la dignidad, a la igualdad, a la salud, entre otros). En ese sentido:

- ¿Cree que el Estado peruano debería implementar dentro de sus políticas de salud mecanismos para enfrentar el tema de la infertilidad en sus ciudadanos? ¿cuáles serían?

No solo el tema de la infertilidad, además, de la plena vigencia de los derechos sexuales y reproductivos en general. En el Perú estos derechos están reconocidos de nombre, pero no hay vigencia real de los mismos, por ejemplo, un derecho sexual y reproductivo es el derecho a interrumpir el embarazo en condiciones que no pongan en riesgo la vida de la mujer, y eso no se permite en nuestra sociedad, de hecho, el aborto está penalizado, entonces ¿de qué derechos sexuales y reproductivos estamos hablando? No se trata solamente de plantear políticas públicas en torno a la infertilidad sino también plantear políticas públicas en torno de una mayor y plena vigencia de los derechos sexuales y reproductivos; es una problemática grave y para no entrar en un tema tan polémico como el aborto planteemos también a otro nivel, sin ir muy lejos el Tribunal Constitucional con esa nefasta sentencia en torno a la píldora del día siguiente ha recortado los derechos sexuales y reproductivos de las parejas, de hecho, en la sentencia de Sala que comentaba (sobre la pareja completamente infértil que hace el procedimiento de fecundación *in vitro* y posterior transferencia embrionaria a un vientre de una tercera persona, es decir una Gestación Subrogada y con gametos ambos donados) ésta señala que como la Corte Interamericana de Costa Rica no protege al embrión sino hasta que esté implantado en el útero y como el Perú tiene una legislación que

protege al concebido antes de la implantación y eso es más protector de la vida humana, entonces debe ser considerado ello y no aceptar el fallo de la Corte, o sea, ahora incumplimos fallos que son *jus cogens* y que son de obligatorio cumplimiento para el Perú con argumentos tan falaces como ese, realmente me parece absurdo, creo que ha sido tajante la Corte - quien es la encargada vía jurisprudencial de interpretar la Convención - al decir textual y claramente - que los artículos de ésta solo protegen al concebido a partir de su implantación en el útero materno y no desde el momento de la unión del gameto espermatozoide con el ovulo. Entonces ya es hora que el Perú adecúe su legislación interna, como es su obligación, a la jurisprudencia a la cual está obligatoriamente suscrito.

- ¿Cree usted que los aludidos derechos reproductivos podrían ser absolutos, dando lugar a un “derecho al hijo” o existirá alguna limitación?

No existen derechos absolutos, hasta el derecho a la vida está limitado por la pena de muerte, sabemos que ningún derecho fundamental es absoluto, ni siquiera el derecho a la vida por eso puede existir la interrupción del embarazo, todo derecho puede ser limitado y no hay jerarquía entre los derechos fundamentales, por ejemplo, el derecho a la vida no es que sea de mayor jerarquía a otros sino que es un derecho que se convierte en requisito para el ejercicio de los demás; en ese sentido, los derechos reproductivos también tienen que ser limitados y las políticas públicas tendrán que definir esos límites, pero para ello, reconozcamos primero la plena vigencia de los derechos reproductivos, antes de limitarlos primero tenemos que estar claros en que estos derechos estén vigentes y sean reconocidos para todos y no solamente letras muerta en el papel de los tratados que hemos suscrito y que aún no terminamos de reconocer en nuestra legislación interna.

4. ¿Considera que la práctica de la Gestación Subrogada vaya en contra de los preceptos de “orden público” y “buenas costumbres”? ¿Qué concepto tiene sobre ellos?

Desde una perspectiva del orden público como simplemente normas imperativas positivistas probablemente te van a decir que sí, es más, porque consideran que el artículo 7º de la Ley General de Salud lo prohíbe, entonces

sí estaría yendo en contra de una norma de orden público, pero en realidad ni el orden público es conjunto de normas imperativas, ni el artículo 7º lo está prohibiendo, porque incluso desde ese concepto limitante de orden público como conjunto de normas imperativas no hay norma imperativa que en este momento prohíba el vientre subrogado de manera expresa y taxativa, por lo que, lo que no está prohibido está permitido; ahora, además, hay que entender que el orden público es el respeto y vigencia de los derechos fundamentales, y en la medida que la técnica de la Gestación Subrogada sea una de las herramientas con las que se cuenta para lograr esta plena vigencia de los derechos sexuales y reproductivos de las personas es perfectamente congruente con la noción de orden público y no contrario a ella.

Las buenas costumbres es un concepto que, en mi opinión, debería desaparecer de toda norma en nuestro sistema jurídico y de los sistemas jurídicos en general por su completa relatividad, porque es un cajón de sastre que se utiliza exclusivamente para proteger valores religiosos de grupos mayoritarios - entiéndase religión católica - y no las buenas costumbres de nadie más, porque las buenas costumbres de los ateos no se van a ver afectadas, tampoco la de los agnósticos, las únicas buenas costumbres que se van a interpretar desde la perspectiva de los jueces con esta visión limitada, sesgada y totalmente cerrada que tienen del derecho son normas religiosas producto de sus credos personales que no tienen nada que ver con el ejercicio del Derecho.

5. Una parte de la doctrina nacional, e internacional, señala que la admisión de la Técnica de Reproducción Asistida Gestación Subrogada debería darse solo si se hace de forma altruista, es decir, sin que exista ningún factor monetario de por medio. ¿Está de acuerdo con dicha postura o cree que debería existir algún tipo de compensación económica para la mujer que será la gestante?

Yo sí creo que debe haber compensación económica, yo sé que con el argumento del altruismo es que hemos obtenido la victoria (caso Nieves Ballesteros contra el Reniec), porque claramente el caso se ha ganado debido a que fue altruista; el segundo caso que tenemos en el Tribunal Constitucional

también lo es, de hecho, la que le lleva el vientre es prima hermana de la afectada, entonces hay un real altruismo en los casos que he venido litigando; sin embargo, yo no creo que la contraprestación económica, desde mi perspectiva netamente liberal, se condiga como una contrariedad, como por ejemplo, del orden público. Para empezar, tiene que haber compensación porque el embarazo de por sí genera gastos, genera una manutención y un tipo de alimentación diferente que requiere la mujer, una serie de complementos vitamínicos, un estado emocional especial para que la mujer esté gestando el embarazo en un ambiente de paz, tranquilidad sin ningún tipo de angustia económica, etc, sin contar que hasta la ropa es diferente y requiere de un conjunto de gastos; por otra parte, si tú vas a ser padre o madre de un niño que va a nacer por un vientre subrogado ¿no esperas que durante esos 9 meses que esa gestante te está llevando el vientre tenga las mejores condiciones de existencia y de vivir? ¿no vas a buscar que esté lo mejor posible? porque cuidarla a ella de alguna forma también es cuidar al hijo que va a venir, por lo tanto, me parece que la compensación siempre debe existir, ahora, la contraprestación o el pago, que es mucho más polémico para muchos, puede conllevar a la mercantilización del cuerpo de la mujer y a la llamada afectación de la dignidad humana, pero yo soy de la perspectiva realmente de que queda en el ámbito de la libertad de la mujer si realmente da el vientre a cambio de una contraprestación económica o no, no creo que con ello se afecte realmente su dignidad, la dignidad se afecta cuando no se le da la libertad para decidir, cuando se le subestima para ello, cuando se decide por ella y se cree que es incapaz de hacerlo por sí misma, allí es cuando se afecta la dignidad, cuando se trata a la mujer con paternalismo; muchos sectores del feminismo, incluso, van a criticar abiertamente lo que estoy diciendo y van a decir que eso se va a convertir en una forma de explotación de las personas que menos recursos tienen, incluso lo llegan a comparar con la prostitución, pero la situación en ningún caso es análoga, yo no puedo tener tantas gestaciones subrogadas como relaciones sexuales cobrando por prostitución, la gestación por subrogación es algo que si se regula adecuadamente, si se establece el número de partos que uno puede tener por este método, el intervalo entre ellos, etc, no se va a poder utilizar como un medio de subsistencia, tal vez, como un plus de

un determinado momento de ingresos, puede ser, pero no como un medio de subsistencia como termina siendo la prostitución, sin contar que no podemos comparar la finalidad de ésta, que es la simple satisfacción sexual de uno utilizando al otro a cambio de un pago, al hecho de traer vida a este mundo, de dar la felicidad de ser padres; ¿en dónde estamos si consideramos que la finalidad es la misma? y no es una cuestión de decir que el fin justifica los medios, es cuestión de decir que la mujer tiene el derecho y es libre de decidir lo que hace con su cuerpo, si no este reconocimiento por el que se ha luchado por tantos años desde el feminismo, del derecho al propio cuerpo y que se usa tanto en temas del aborto, por ejemplo, se estaría contradiciendo al negarlo en los casos de Gestación Subrogada cuando la mujer decide hacerlo a cambio de un pago, mi gran pregunta es ¿por qué no realmente?.

6. Por lo general, se considera como gestante subrogada a aquella mujer que lleva en su útero un embrión con material genético ajeno, pero existe doctrina que señala que también puede serlo aquella mujer que, además del vientre, participe con su propio óvulo. En ese aspecto, ¿cree que deban aceptarse como Gestación Subrogada ambos casos o restringiría alguno y por qué?

Claro que restringiría el caso en el cual quien preste el vientre para la subrogación, además, preste el óvulo, en realidad ya la diferencia entre eso y madre es nada, lo único que me desligaría es la voluntad procreacional, yo no quise parir para mí sino para un tercero, pero en estricto ya es mucho más difícil, ese, por ejemplo, es un límite que debería ponerse porque entonces sí se prestaría a situaciones como la venta de niños, de que todos estos embarazos no deseados se convertirían en forma de venta de niños bajo la modalidad de Gestación Subrogada o camuflándolos bajo esa modalidad, entonces en realidad sí considero que esa debería ser una limitación para que quede claramente establecido que el niño que se va a tener es plenamente parte de quienes han tenido la voluntad procreacional y que no tiene la carga genética de la persona que se ha encargado de llevar adelante el embarazo.

7. El Código Civil en su artículo 409° contiene el principio del *mater semper certa est*, por el cual, se considera como madre de un menor a aquella quien lo pare, siendo suficiente este hecho para determinar su filiación; sin embargo, con la aplicación de la Gestación Subrogada la infranqueabilidad de dicho principio hoy ha quedado relegada. Así pues, la jurisprudencia peruana en algunas sentencias ha recurrido al concepto de “voluntad procreacional” como base para establecer el vínculo filiatorio del menor con la mujer infértil que tuvo la intención de que viniera al mundo. En ese aspecto:

- ¿Considera que la presunción del *mater semper certa est*, hoy en día, pueda ser *iure et de iure*, es decir, admitiría prueba en contrario?

Por supuesto que hoy admite prueba en contrario, decir lo opuesto sería negar la realidad, claramente desde que existe la posibilidad científica de llevar a cabo una Gestación Subrogada para poder tener un hijo obviamente no va a ser madre la que siempre dé a luz, pongámonos, además, en el supuesto de Gestación Subrogada con fecundación *in vitro* homóloga, en donde la propia pareja ha contribuido con sus propio gametos (óvulo y espermatozoide), pero le lleva el vientre otra persona, ese niño que nace va a nacer siendo genéticamente hijo de la pareja que lo quiso tener y biológicamente hijo de la mujer que lo ha dado a luz y, sin embargo, si no se aceptara prueba en contrario se estaría atribuyendo la maternidad a quien dio a luz, quien no tiene por su parte correspondencia genética con el niño que ha parido; entonces, eso te habla de una barbaridad, de ir en contra de la realidad pretendiendo que un principio de origen romano y válido para una sociedad de hace muchas décadas o siglos siga manteniéndose en este nuevo contexto, pretender su vigencia es negar el avance de la ciencia, sin duda, se tiene que admitir prueba en contrario. Hoy en día, ya no es que la admita o no, sino es que la realidad lo impone.

- ¿Considera que el postulado “voluntad procreacional” es un buen mecanismo para reconocer la filiación o cree que otros medios como la adopción sean los más adecuados?

No confundamos instituciones, la adopción es una institución válida que cumple una serie de funciones, es un caso al que las parejas pueden recurrir o no sin que nadie se los pueda imponer como obligatorio y que, además en el Perú es muy difícil de obtener y, por otro lado, está la voluntad procreacional que es completamente válida por la cual parejas infértiles deciden recurrir a las TERA y dar vida, esta voluntad es determinante en la existencia de ese ser y por eso debe ser sustento más que suficiente para reconocer la filiación, como de hecho se ha venido reconociendo en algunas sentencias del Perú.

8. La Ley General de Salud - Ley N° 26842, establece en su artículo 7° que toda persona puede hacer uso de las técnicas de reproducción asistida para enfrentar sus problemas de fertilidad, siempre y cuando la condición de madre genética sea la misma que la madre gestante. De acuerdo a ello, ¿considera usted que esa última parte sea una prohibición al reconocimiento de la TERA Gestación Subrogada o cree que para establecer una prohibición ésta debería estar directamente descrita?

Directamente descrita y eso es parte de la Teoría General del Derecho, no me lo estoy inventando yo, excepto que queramos cambiarla ahora. Una prohibición tiene que ser expresa y por una razón muy simple: porque la libertad es un derecho valioso del ser humano y para poder restringirla en términos tan radicales como lo que constituye una prohibición (que es la negación absoluta de poder practicar determinada situación) no se puede hacer por analogía, por suposición o por interpretación, la única forma de hacer una prohibición es si expresamente está así contemplada y, además, debe disponer normalmente una sanción como contraparte. El artículo 7° de la Ley General de Salud contempla prohibiciones muy claras (las de llevar a cabo las TERA con fines distintos a la procreación y la clonación humana) entonces, si querían prohibir la ovodonación o la Gestación Subrogada ¿por qué no lo dijeron así de claro también? lo que está habiendo ahí no es una prohibición sino se está contemplando un supuesto (el que madre genética y madre gestante sean la misma persona), pero se está dejando de regular sobre los otros supuestos en los que madre genética y madre gestante no son la misma persona.

9. ¿Cree usted que la figura idónea para regular las prestaciones entre las partes en una Gestación Subrogada sea por medio de un “contrato”? Si es así, ¿qué sanciones cree que podrían establecerse ante su incumplimiento?

Por ahora, venimos utilizando un acuerdo privado entre partes que es el convenio de útero subrogado, que tiene validez y que normalmente contempla en sí mismo sus propias sanciones entre los involucrados y que, además, recibe una validación respecto de la figura del Notario como garante y es precisamente él quien está dando fe no solamente de que las personas están de acuerdo en lo que pactan sino que están en capacidad de hacerlo y lo están haciendo libremente, sin coacción alguna y que luego no van a poder retractarse de aquello que han pactado (por ejemplo, que los que han tenido la voluntad procreacional se van a hacer cargo del menor, incluso si el niño tiene problemas y/o enfermedades y que mujer subrogada no asume en ningún caso responsabilidad sobre la crianza del niño, entre otros). Por ahora creo que es la única forma de hacerlo, la libertad de las partes es la forma en que esto debe regularse dentro de un marco normativo que establezca ciertos límites a las prácticas (la edad, el hecho de haber tenido un hijo antes de ser gestante subrogada, no llevar a cabo muchas gestaciones subrogadas, etc).

10. ¿Cuál es su opinión respecto a la postura que señala que mediante al acceso a la TERA Gestación Subrogada se estaría permitiendo la mercantilización del cuerpo humano tanto de la gestante subrogada como del niño en cuestión, pues se les estaría poniendo un precio?

Claramente no se está comprando un niño, lo que estás haciendo es poder acceder a lo que te falta para completar tu anhelo de maternidad y es que por alguna razón medicamente probada no puedes, además, para eso también hay un informe psicológico de parte de quien va a ser la gestante subrogada; en ese contexto, que se pueda dar una contraprestación económica por el hecho de brindar el vientre para poder permitir que otra persona sea madre yo creo que no es una comercialización, es una decisión de la mujer, es el ejercicio de su derecho de decidir sobre su propio cuerpo y creo que está mal que se opte por decir que la mujer no está en capacidad de tomar esa

decisión, creo que nadie tiene derecho de decirle a la mujer qué es bueno o malo para ella en su vida, y si fue un error tiene derecho a cometerlos también. No creo que haya seguir tratando a las mujeres con esa actitud paternalista de tomar las decisiones por ellas ni siquiera con argumentos como la comercialización del cuerpo humano porque no estás vendiendo partes, no estás entregando órganos, estás llevando a cabo una gestación y que más natural en el cuerpo de una mujer que gestar que es connatural a su propia esencia.

11. Existen legislaturas radicales, como la española, en las cuales se ha llegado a considerar a la Gestación Subrogada como una modalidad del delito de trata de niños, ¿considera esto razonable? ¿cuál es su opinión al respecto?

Considero una barbaridad, una desnaturalización de lo que implica la técnica, se le ha llevado a un extremo de convertirla en una práctica delictiva y están habiendo tremendos problemas con aquellos padres que han salido a realizar gestaciones subrogadas fuera de España y que al momento de retornar están viendo a sus hijos perjudicados en la posibilidad de acceder, incluso, a la nacionalidad (sanguínea) que les correspondería; hoy en día la ley nos lo permite y es un derecho que nos corresponde, yo creo que España está cometiendo una atrocidad, está confundiendo cosas de una manera impresionante y aberrante, nada tiene que ver un delito tan execrable como la trata de personas con lo que viene a ser una TERA completamente válida y que bien regulada no debería generar ningún problema, simplemente creo yo que está saliendo a la luz el conservadurismo y exceso de catolicismo de la sociedad española, línea en la que parece que se quiere poner el Perú y que ojalá no acabe en la misma posición.

12. ¿Considera usted que al no regularse o incluso prohibirse la práctica de la Gestación Subrogada en el Perú el Estado estaría inmerso en un acto de discriminación de los derechos de las mujeres incapaces de concebir frente a aquellas que sí tienen esa posibilidad?

Creo que es un poco radical decir que es una discriminación, pero, por ejemplo, al no reconocer, al no regular adecuadamente sí está generando una discriminación entre quienes pueden pagar un tratamiento privado para lograr una Gestación Subrogada y quienes no, porque el Estado no lo viene ofreciendo y no lo ofrece precisamente por una interpretación errada, sesgada y prohibitiva del artículo 7º de la Ley General de Salud, la discriminación, creo yo, se está dando entre las propias parejas infértiles porque aquellas que pueden pagar acceden hoy en día a una Gestación Subrogada y tienen un hijo por este medio y luego ya ven a través de qué vía legal regularizan la situación - cuando no es una vía ilegal - y buscan, incluso, lavar papeles de alguna forma, con excepción de los casos que sí hemos llevado de una manera prolija ante los tribunales adecuados y por las vías adecuadas, que en nuestro caso creemos que es el proceso de amparo, pero ¿qué pasa con las parejas infértiles que no tienen la posibilidad de pagar ello? y que teniendo el Estado los recursos, la clínica adecuada, los medios necesarios para ofrecerlos a través de la ex maternidad de Lima (hoy Instituto Materno Perinatal) no lo ofrece, porque solo ofrece la posibilidad de fecundación homóloga, con gametos de la propia pareja, y en ningún caso con Gestación Subrogada, ni con ovodonación. Entonces, yo creo que la discriminación no es entre los fértiles y los infértiles porque se trata igual a los iguales y diferente a los diferentes, pero sí entre las parejas infértiles entre sí en donde la capacidad adquisitiva y el poder económico están generando una tremenda discriminación en aquellas mujeres que quieren tener hijos, que no pueden gestar ellas mismas por razones médicas y que sin embargo no pueden recurrir a instituciones del Estado para poder acceder a ello.

ENTREVISTA (CAMPO JURÍDICO)

Fecha: 21/08/2019

Nombre del entrevistado: Enrique Antonio Varsi Rospigliosi

Profesión/cargo: Abogado independiente, docente, investigador de la Universidad de Lima y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, investigador Concytec y árbitro en varios centros de arbitraje.

Objetivo: Conocer las perspectivas de diversos profesionales cuyos rubros se encuentran inmersos en la práctica de la TERA Gestación Subrogada en el Perú, como sustento de los enfoques jurídico, bioético y social para una propuesta normativa.

1. ¿Qué opinión le merece la Técnica de Reproducción Asistida Gestación Subrogada y cómo percibe su situación en el Perú desde su campo de acción?

Bueno, la maternidad subrogada es una técnica de alta reproducción, que permite en casos extremos que una pareja, que una mujer pueda tener descendencia a través de la gestación de una colaboradora y, en nuestro medio, soy consciente de que existe un buen número de parejas que recurren a este mecanismo, a esta terapia de alta tecnología reproductiva.

2. La CIDH, a la que se encuentra adscrita el Perú, en su sentencia sobre el caso Artavia y Murillo vs Costa Rica, ante la imposibilidad natural de reproducción, reconoce la existencia de los derechos reproductivos y los exalta en concordancia con otros derechos (a la familia, a la libertad, a la integridad, a la dignidad, a la igualdad, a la salud, entre otros). En ese sentido:

- ¿Cree que el Estado peruano debería implementar dentro de sus políticas de salud mecanismos para enfrentar el tema de la infertilidad en sus ciudadanos?

Yo tengo entendido que sí las hay, dentro de los planes de fortalecimiento a la familia que se hace cada quinquenio se tocan temas de fertilidad, pero si la pregunta va dirigida al hecho de que debe existir una política directa, frontal, especial, creo que sí, a pesar de que los índices de infertilidad no sean tan altos a diferencia de otros países, pero yo creo que sí es pertinente.

3. ¿Considera que la práctica de la Gestación Subrogada vaya en contra de los preceptos de “orden público y buenas costumbres”? ¿Qué concepto tiene sobre ellos?

No, porque el concepto de buenas costumbres es un concepto axiológico, valorativo, que va cambiando conforme la sociedad avanza, y la idiosincrasia, los valores y las costumbres de las personas también cambian; quizás hace 10 años sí, pero actualmente los valores de la sociedad son totalmente distintos y la maternidad subrogada no es un acto negativo, sino, por el contrario, positivo.

Con respecto a la norma de orden público, si bien el artículo 7 de la Ley General de Salud te dice que la maternidad biológica debe coincidir con la maternidad genética simplemente establece pues un deber, pero no es una prohibición y no establece una sanción; en todo caso la norma tiene que interpretarse en sentido amplio en beneficio de la pareja porque es un acto pro vida.

4. El Código Civil en su artículo 409º contiene el principio del *mater semper certa est*, por el cual, se considera como madre de un menor a aquella quien lo pare, siendo suficiente este hecho para determinar su filiación; sin embargo, con la aplicación de la Gestación Subrogada la infranqueabilidad de dicho principio hoy ha quedado relegada. Así pues, la jurisprudencia peruana en algunas sentencias ha recurrido al concepto de “voluntad procreacional” como base para establecer el vínculo filiatorio del menor con la mujer infértil que tuvo la intención de que viniera al mundo. En ese aspecto:

- ¿Considera que la presunción del *mater semper certa est*, hoy en día, pueda ser *iure et de iure*, es decir, admitiría prueba en contrario?

Sí, acá lo que debe primar es la voluntad procreacional, el deseo de ser padre no quien realiza el acto biológico sino quien quiere serlo aplicando de manera

analógica también la institución de la adopción, ¿quiénes son padres? los que quieren, no aquellos que lo han traído al mundo. Por supuesto, el artículo 409º del Código Civil está total y absolutamente desfasado, así como tantos otros artículos en materia de filiación.

La voluntad procreacional es aquella institución en virtud de la cual tú llegas a determinar la filiación de cuando hay una técnica de reproducción humana asistida de por medio, sobre todo, cuando hay una procreación asistida, porque cuando hay una procreación natural tú aplicas las pruebas de ADN.

5. ¿Cuál es su opinión respecto a la postura que señala que mediante al acceso a la TERA Gestación Subrogada se estaría permitiendo la mercantilización del cuerpo humano tanto de la gestante subrogada como del niño en cuestión, pues se les estaría poniendo un precio?

¿Quién le pone precio? el hecho de que haya un pago no es porque tú estés comprando el cuerpo, arrendando el vientre o mercantilizando el acto generatriz o gestacional de una mujer, en caso exista un dinero de por medio se entiende que es consecuencia de los gastos que esta mujer va a tener, porque una mujer embarazada tiene unos gastos, costos que asumir, entonces de ninguna manera podemos aceptar que esos pagos vendrían a ser como consecuencia de un acto de mercantilización, en todo caso deberían ser entendidos como actos de estipendio por el gasto y por la labor excepcional de gestación que te genera un costo y el que recibiría esta mujer colaboradora, una compensación, pero no es un precio.

6. ¿Considera usted que al no regularse o incluso prohibirse la práctica de la Gestación Subrogada en el Perú, el Estado estaría inmerso en un acto de discriminación de los derechos de las mujeres incapaces de concebir frente a aquellas que sí tienen esa posibilidad?

Yo creo que sí pero, pongámonos en el extremo de que se llegue a prohibir, igual se va a seguir haciendo porque hay cosas que escapan del control de la ley, y la fertilidad es un acto tan humano, tan sensible y tan del que hacer cotidiano en nuestro medio, a pesar de que los peruanos no son tan infértiles, pero se dan casos, entonces hay que tender justamente a la democratización de las prácticas

de reproducción humana asistida y pensar, incluso, de que pueda ser parte de una política de seguridad del Estado, parte de la seguridad social, por así decirlo. Entonces a mí me parece que habría un acto de discriminación, de limitación de los derechos de la pareja al no permitirle que recurra a las técnicas de reproducción existentes.

ENTREVISTA (CAMPO MÉDICO-SECTOR PÚBLICO)

Fecha: 15/08/2019

Nombre del entrevistado: Dr. Antonio Cipriano Bernuy

Profesión/cargo: Médico Gineco Obstetra, especialista en reproducción humana e infertilidad.

Objetivo: Conocer las perspectivas de diversos profesionales cuyos rubros se encuentran inmersos en la práctica de la TERA Gestación Subrogada en el Perú, como sustento de los enfoques jurídico, bioético y social para una adecuada propuesta normativa.

1. ¿Qué opinión le merece la TERA Gestación Subrogada y cómo percibe su situación en el Perú desde su campo de acción?

Desde el punto de vista médico la Gestación Subrogada, mal llamada vientre de alquiler, es una necesidad dentro de la reproducción asistida y lo sabemos debido a que tenemos pacientes a nivel nacional que por algún motivo no pueden llevar la gestación dentro de su organismo, pero si tienen los ovarios donde tienen células germinales capaces de ser fecundadas, de tal manera que necesitan una tercera persona le “preste” el vientre para que pueda llevar el producto de la gestación.

2. ¿Cómo observa el tema de la infertilidad en el Perú? ¿Cree que ha habido un incremento de ésta en los últimos años? De ser afirmativa la respuesta, ¿considera que la infertilidad debería ser considerada como un problema de salud pública?

Por supuesto, nosotros estamos trabajando en el sector público en el Instituto Materno Perinatal desde 1996, desde que abrimos nuestro primer centro de fertilidad ya han transcurrido varios años y, actualmente contamos con un centro especializado en el cual hacemos fertilización asistida de alta complejidad. Somos el único en el país que tenemos laboratorios para hacer las técnicas de fertilización asistida, ICSE y otros más, por lo tanto, hemos visto toda una

evolución en estos 23 años de la fertilidad en el país, y vemos que ella ha ido acompañada por los cambios socioeconómicos que ha habido en el país, hace décadas la situación era muy distinta en nuestra sociedad, la característica de la mujer era la multiparidad y las pocas que tenían problemas de infertilidad eran jóvenes que mayoritariamente tenían problemas infecciosos de las trompas uterinas o del útero producto de pérdidas, abortos, infecciones pélvicas crónicas, pero no veíamos un fenómeno como el que se está presentando ahora, en ese entonces las mujeres tenían hijos a temprana edad, así que los problemas de infertilidad no era por problemas de edad sino por temas básicamente inflamatorios o pélvicos infecciosos que alteraban el aparato reproductivo de la mujer. Con el transcurso de los años hemos visto que el país ha cambiado su situación socioeconómica, donde la pareja (no solamente la mujer sino el varón) se ha incluido en la actividad económica, de tal manera que las mujeres han empezado a postergar la maternidad, razón por la que hoy la primera causa de infertilidad ya no son problemas infecciosos de las trompas o del útero, hoy la primera causa es la edad, es decir que las mujeres están buscando tardíamente bebés, vemos que ha cambiado la conducta reproductiva de los jóvenes en edad reproductiva y esto no tiende a modificarse, va a seguir para adelante. Si en la década del 90 la tasa de fecundidad era del 5.6 hijos por mujer, hoy en día en el último censo está en 2.1 por mujer y eso que en algunos lugares de Lima ya están por debajo de los 2, estamos así y esas cifras no se van a detener.

Tanto la mujer como el varón deciden tardíamente tener hijos, por encima de los 35, 36, 38 años, cuando la posibilidad de embarazarse ya es baja debido a que en el caso de la mujer sus ovarios (que no son una fábrica de células germinales, sino un almacén) nacen con una cierta cantidad de dichas células depositadas las cuales se van consumiendo progresivamente, de tal manera que los mejores óvulos salen a partir de los 17, 18, 20 años y ese almacén está stockeado hasta los 35 años aproximadamente, a partir de esas edad ya comienza a declinar ese volumen de tal manera que las mujeres cuando pasan la barrera de los 40 años, de cada 10 solamente 3 se pueden embarazarse. Por ello, estamos viendo que la cantidad de pacientes infértiles ha aumentado y va a seguir aumentando, por lo

tanto, es el Estado peruano el que en algún momento va a tener que hacerse cargo del problema de la reproducción humana de sus ciudadanos.

La infertilidad en el 2009 ya fue considerada por la OMS como una enfermedad, por lo tanto, es deber del estado peruano atender esa población infértil; nosotros, sin tener estudios estadísticos sobre cuál es la verdadera incidencia de parejas infértiles en el país, tenemos un cálculo de aproximación (que todos los que manejamos temas de infertilidad coincidimos) en que probablemente en estos 30 o 31 millones de peruanos haya un millón y medio de parejas con problemas de infertilidad, pero hay que tener claro que de ellos un millón requiere tratamientos solamente de baja complejidad, o sea, tratamientos mínimos que lo pueden recibir en cualquier unidad de infertilidad de centro privado o de algún hospital que lo tenga, sin embargo, existe medio millón aproximadamente de parejas que no pueden tener hijos con estos tratamientos simples, necesitan tratamientos más complejos como la reproducción asistida (fertilización *in vitro*, ICSE y todas sus variantes), pero para esto se necesitan laboratorios especializados (son laboratorios de alta tecnología y de manejo complejo que necesitan de mayor costo) y a nivel del Estado no tenemos más que nosotros en el Instituto Materno Perinatal, somos los únicos que lo hacemos, pero tenemos un laboratorio pequeño, aunque ya es un comienzo y se espera que la tendencia sea a crecer.

De todas maneras, va a ser un problema de salud pública por la cantidad de pacientes que hay, lo que pasa es que es un problema de salud pública no visible debido a que la infertilidad no mata a la pareja, no mata al ser humano, pero sí trastoca profundamente la vida de la pareja porque uno de los deseos grandes del ser humano es la reproducción. Este problema, con el devenir de los años, va a ser un problema de salud pública porque va a haber mayor presión por parte de la sociedad para que el Estado se haga cargo de la reproducción humana en el país.

- 3. Desde su perspectiva como profesional de la salud, ¿cree que el padecimiento de esterilidad en una mujer puede constituir un factor de daño a su integridad (física y psicológica) y a su proyecto de vida?**

Por supuesto, y no solo a la mujer sino a la pareja (afecta tanto al hombre como a la mujer). Hace 20 o 30 años uno pensaba que cuando una pareja era infértil la que tenía la responsabilidad era la mujer, pero la verdad que hoy en día sabemos que tanto el hombre como la mujer comparten en igual proporción los problemas de infertilidad. Afecta en todo nivel y fundamentalmente trastoca lo más íntimo por ser uno de los instintos más fuertes que tenemos los seres humanos: la reproducción, la descendencia, la continuidad de nuestra vida a través de nuestros hijos; entonces al no poder hacerlo produce una tremenda frustración en la pareja de tal manera que afecta toda su vida, todo su proyecto de vida y si es una pareja altera, incluso, la misma relación; hay muchos casos hasta que se disuelven matrimonios, se separan por este motivo, entonces el Estado debe hacerse cargo de estas parejas debido a que es un derecho reconocido por la OMS y a nivel mundial.

4. Al realizar el procedimiento de fecundación *in vitro* (como método principal en práctica de una Gestación Subrogada) la doctrina opositora señala, por un lado, que es costosa y poco eficaz y; por otro, que los niños logrados por este método tienen mayores riesgos de nacer prematuros y con menor peso. Sobre el particular:

- ¿Qué tan ciertas resultan dichas afirmaciones?

La primera sí es cierta, nosotros hacemos fecundación *in vitro* en una entidad del Estado (la maternidad de Lima) donde tenemos el costo más bajo porque no perseguimos fines de lucro, por lo tanto, los pacientes se hacen dicha técnica al costo mínimo (casi cuesta la mitad o la tercera parte de un privado) son técnicas de reproducción asistida que en todas partes del mundo son de alto costo y es fácilmente demostrable; acá en el Perú decimos que hay medio millón de personas que requieren fertilización asistida, sin embargo, existen en la entidad privada como 14 o 16 clínicas (no sabemos exactamente cuántas porque no solamente hay en la capital sino en provincias), sin embargo, por parte del Estado somos los únicos, que sumados anualmente calculamos que se atienden a una población de 5000 o 6000 parejas, nada más; no tenemos cifras porque los centros no reportan, pero es una cantidad muy baja para la necesidad del

medio millón de parejas que existe, no constituye ni siquiera el 1 o el 2% del total, entonces uno se pregunta ¿por qué el 98% de la población que requiere fertilización *in vitro* no lo hace? algunos dicen que será porque hacen falta centros especializados, no; existen centros suficientes, la limitante es la accesibilidad económica, porque este gran grupo de población no puede pagar esos costos; ahora bien, tampoco es el procedimiento en el Perú sea carísimo, (porque cuando uno compara los costos de acá con los de Latinoamérica) registramos los costos más bajos, si no que nuestra población no tiene capacidad para poder solventar un procedimiento de fertilización asistida porque es costoso, lo que hace pensar que el Estado en algún momento tendrá que hacerse cargo de este problema porque como está solamente un grupo muy pequeño de poder económico puede acceder a estos servicios especializados y el resto de la población, no.

Sobre el argumento de que los niños obtenidos por esta técnica nazcan prematuros, no es cierto, desde el año 1978 que nació el primer niño probeta ya han pasado muchas décadas y han nacido millones de niños mediante este tipo de técnicas y se ha visto que entre un bebé concebido en forma natural o por métodos de fertilización asistida no hay diferencia en mortalidad, una vez concebidos tienen el mismo riesgo de la población, porque si se hubiese demostrado a nivel mundial, con estadísticas que digan lo contrario, no lo haríamos, además, si fuera cierto los miles de niños que nacen por fertilización asistida tendrían este problema y se hubiera demostrado científicamente que es correcta esa afirmación, pero no es así. Las tasas de mortalidad neonatal son las mismas tanto en los bebés concebidos de forma natural como en los concebidos por reproducción asistida.

5. Considera que, si el Estado logra adoptar un marco regulatorio sobre dicha TERA ¿Se podrían disminuir algunos de los riesgos señalados? ¿por qué?

Por supuesto, ese es el gran vacío que tenemos aquí en el Perú que no tenemos una ley de reproducción asistida, es un vacío tremendo porque solamente existe un artículo en la Ley General de Salud (artículo 7º) pero que es muy vago y no muy preciso, es corto y muy general, de tal manera que deja desprovista a la gran población para que se pueda atender y hacer uso de estos servicios. El

beneficio de una ley regulatoria es que fija los márgenes (consideraciones y obligaciones) con los cuales los médicos, biólogos y enfermeras que hacemos reproducción asistida podemos movernos, los de los pacientes, los de las clínicas o de los establecimientos, a todos se les fija cuáles son sus derechos, sus obligaciones y cuál es el límite que tiene que llevar y, sobre todo, respetando fundamentalmente los derechos humanos de cada persona que va a adquirir los servicios, ese es el beneficio; cuando hay ausencia de una ley de reproducción asistida que regule estamos frente a una ley de la selva porque da pie para hacer lo que sea y de cualquier manera donde se violan mucho los principios éticos y bioéticos que deben normar este campo; en ese sentido, la ausencia de esa ley hace que desconozcamos cómo se está haciendo la fertilización asistida en el país y tampoco sepamos si todos los colegas que la realizan son personas capacitadas para esto y si tienen la formación adecuada para garantizar un buen servicio y de calidad. No somos dioses, pero estamos manipulando células germinales que van a producir un nuevo ser y eso obviamente tiene que ser bien regulado para que se haga todo de la forma debida, para garantizar un buen servicio y de calidad.

6. Siguiendo con la postura contraria, otro de los argumentos del sector opositor al reconocimiento de la Gestación Subrogada es el tema del desecho de los embriones sobrantes, en tal sentido se señala que durante el procedimiento de fecundación *in vitro* se van a descartar muchos atentando contra ellos sin considerar que son seres vivos. Sobre el particular:

- ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Cuántos embriones se implantan normalmente en la matriz de la mujer que será la gestante?

Ese ha sido el argumento de la corriente contraria que se opuesto desde el inicio porque piensan que cuando se hace una técnica de fertilización *in vitro* se van a perder muchos embriones o células germinales, pero la verdad es que no es así, cuando nosotros vemos en la naturaleza el comportamiento normal de una pareja que es fértil y que no requiere ningún procedimiento asistido no quiere decir que todos los meses se va a embarazar probablemente lo haga después

de 6 a 12 meses, por lo tanto, es perfectamente posible la pérdida de células germinales de todas maneras tanto en el varón como en la mujer. Ahora, nosotros sabemos por investigación que la tasa de aborto en el ser humano, a nivel mundial, tiene una incidencia del 30% a 40% de los embarazos, la mayor parte se pierde de forma inadvertida, o sea, la mujer nunca se va a dar cuenta que ha estado embarazada simplemente tendrá un retraso en la regla, nada más; por lo tanto, lo que se da en la naturaleza en forma normal (la pérdida de embriones naturalmente) es lo mismo que se da con la fertilización *in vitro*, se pierden embriones no porque los profesionales los descartan (porque ello no es ético), lo que pasa en el proceso de unión de las células germinales, tanto óvulo y espermatozoide, en el laboratorio – que luego pasan a una incubadora en la cual estarán entre 3 a 5 días donde van a ir desarrollándose - muchos de ellos, sí es cierto que se pierden, entre aproximadamente 20% a 30% y, después para la implantación, se pierde un porcentaje más, pero eso también se ve en la naturaleza normal, entonces no es porque el procedimiento de fertilización asistida sea el motivo por el cual se pierdan; no es por culpa del equipo sino porque la genética de los propios embriones estaba destinada a vivir hasta ese momento. Lo que pasa es que en fecundación asistida nosotros lo vemos por cada día a diferencia de la forma natural en la que se pueden dar microabortos imperceptibles.

- ¿Qué hacen con los embriones excedentes?

Es justo la falta de regulación la que genera este problema, es a nivel mundial que todo centro de reproducción humana asistida se llena de embriones, porque una pareja viene, se hace el procedimiento, y se consigue el bebé, pero antes se obtienen 5 o 6 embriones de los cuales pueden quedar 2 o 4 excedentes congelados. Muchas de las parejas a veces no quieren tener más familia y los dejan, los abandonan, eso es cierto, pero es un problema a nivel mundial, o sea, no es solo de nosotros, obviamente esos embriones no se deben descartar porque son seres humanos que solamente están congelados ahí; por otro lado, hay que ver que en la sociedad existe una tremenda demanda por adopción, por lo que así como se solicitan bebés también podría ser viable adoptar embriones, y esto fue lo que se planteó en el anteproyecto de ley trabajado con el Minjus el

2014 con la finalidad de que no haya excedentes, la titularidad del embrión es de la pareja, siempre y cuando pague el congelamiento y no lo abandone, pero si lo hacía se le iba a notificar y si no respondían entonces la titularidad la tomaría el centro donde se hizo el procedimiento para que pueda darlo a otras personas que sí lo requieren.

- ¿Cuán factible sería limitar la generación de embriones al límite posible y cuál sería éste?

La tendencia de las técnicas de fertilización asistida es que cada vez están siendo mucho más efectivas, hay técnicas de estimulación mínima, de tal manera que no hay necesidad de sacar tantas células germinales (ovocitos) de la mujer; por ejemplo, en Europa están transfiriendo solo un embrión, nosotros acá, por ahora, estamos transfiriendo 2. Hace 10 o 15 años se transferían 3 o 4.

7. Otro de los argumentos de dicho sector opositor es que el procedimiento de hiperestimulación ovárica al que tendría que someterse la mujer aportante del óvulo es muy peligroso y que ello puede acarrearle serias consecuencias en su salud, ¿qué tan cierta es esta afirmación? ¿cómo se realiza el procedimiento?

Esta afirmación fue cierta hace 10 años, todavía en ese tiempo una de las complicaciones más difíciles de afrontar era la hiperestimulación ovárica no controlada que de cierta manera ponía en riesgo la salud de la mujer, pero hoy en día gracias a que hay nuevas técnicas, productos y medicamentos ya se ha bajado tremendamente esa complicación de tal manera que ahora es mínima, en todo caso, se sabe manejar mejor, así que la mortalidad de este síndrome ha bajado notablemente, por lo cual, señalar dicha argumentación no se justifica para que estas técnicas no se deban usar.

8. ¿Cómo se viene manejando el tema legal (acuerdos, prestaciones, convenios) entre las partes participantes en dicho procedimiento si no existe regulación específica?

La verdad es que cuando no hay regulación solamente se tiene la confianza que tiene la paciente con su médico, por eso que este vacío legal se presta para que

existan algunos centros que no obren con el respeto y garantía de los derechos y que el paciente no sabe, no tiene mayor acceso a la información, entonces tiene que confiar en lo que le diga el profesional pero eso no es suficiente debería haber una regulación para que las parejas y los médicos sepan cuáles son sus derechos y deberes, los límites sobre los que debe desenvolverse todo el equipo. En otras palabras, estamos muy atrás, necesitamos ese marco regulatorio urgente porque ya existe ese anteproyecto, ya está escrito, nos tomó más de un año y medio trabajarlo con diversos profesionales e instituciones, lo único que falta es presentarlo ante los entes correspondientes y que pueda ser debatido por todos los interesados para que al final tengamos una ley que sirva para el beneficio de las parejas infértiles, sobre todo para aquellas que tienen bajos recursos. Nosotros lo vemos porque trabajamos en una entidad pública del Estado donde se percibe todos los días estos casos de problemas de salud reproductiva.

9. Desde su campo de acción, ¿considera necesario que el Estado regule la TERA Gestación Subrogada en el Perú? ¿Cuál sería el beneficio general? ¿Considera que aparte de realizarse en clínicas podría llevarse a cabo en hospitales del sector público beneficiando así a todas las personas con problemas de fertilidad de todos los estratos sociales?

Por supuesto, el gran volumen de ese 98% de personas que necesitan reproducción asistida no lo hacen no porque no quieren sino porque no tienen los recursos económicos para ir a una clínica privada, entonces este grupo tendría que encontrar una solución en un hospital de salud pública, así que, necesitamos esta ley, no solo porque regule el trabajo sino porque su base son derechos humanos universales como el de igualdad y el de salud hacia todos por igual, de tal manera que el estado peruano de forma paulatina pueda abrir centros de fertilidad con laboratorios y equipos adecuados haciéndose cargo progresivamente de la reproducción humana asistida, sobre todo de las personas de bajos recursos económicos que tienen los mismos derechos que aquellas otras que sí tienen dichos recursos. Justamente en el Instituto Materno Perinatal atendemos a pacientes de bajos recursos económicos que tienen problemas de fertilidad y que requieren de fertilización asistida, lo estamos

haciendo con bastante eficiencia de tal manera que nuestras de tasas de éxito son las de estándar internacional, demostrando, en primer lugar, que sí se pueden hacer estas técnicas de gran complejidad en el país; en segundo lugar, que hemos aprendido cómo hacerlas, como implementar centros de fertilidad de alta complejidad y sabemos cómo capacitar; y en tercer lugar, lo hacemos bien. Todo esto se encuentra demostrado con las tasas de embarazo que tenemos en la actualidad con información precisa, brindamos servicio de alta calidad porque todo ser humano se lo merece, pero eso podría mejorar si se contara con una regulación que nos permita replicar el servicio para toda la población que lo necesite.

ENTREVISTA (CAMPO MÉDICO-PSICOLÓGICO)

Fecha: 07/08/2019

Nombre del entrevistado: Dra. Karolina Velit Poblete

Profesión/cargo: Psicóloga, especialista en psicología de la infertilidad y psicoterapeuta privada.

Objetivo: Conocer las perspectivas de diversos profesionales cuyos rubros se encuentran inmersos en la práctica de la TERA Gestación Subrogada en el Perú, como sustento de los enfoques jurídico, bioético y social para una propuesta normativa.

1. ¿Qué opinión le merece la TERA Gestación Subrogada y cómo percibe su situación en el Perú desde su campo de acción?

El vientre subrogado, como también se le puede conocer, es una alternativa que las parejas hoy en día toman como última opción, las personas que están acudiendo a un vientre subrogado créeme que han tenido muchos años antes con intentos lamentablemente fallidos, algunos de los cuales han podido concebir y a las pocas semanas o meses han tenido algún tipo de pérdida por lo cual han tenido que recurrir a esta técnica. Es una alternativa para las personas que no pueden concebir de forma natural.

Sobre su situación en el Perú, lamentablemente en este momento no hay ningún tipo de marco legal que pueda apoyar a las mujeres, tanto aquellas que están recibiendo la ayuda, la donación de un vientre subrogado como las mujeres que están prestándose para hacer un procedimiento de estos, que las ampare; es un tema que está todavía bajo el tapete y no tiene ningún marco legal desafortunadamente.

2. ¿Cómo observa el tema de la infertilidad en el Perú? ¿Cree que ha habido un incremento de ésta en los últimos años? De ser afirmativa la respuesta, ¿considera que la infertilidad debería ser considerada como un problema

de salud pública? si ese fuera el caso, ¿el Estado debería implementar políticas para enfrentar dicha situación?

Yo creo que sí, en lo que es mi práctica últimamente estoy escuchando cada vez más de mujeres jóvenes o en edad fértil (podemos decir de los 32 años) que tienen que recurrir, por ejemplo, a óvulos donados y antes no se veía esto, más bien se podía considerar que una mujer recurriera a óvulos donados a partir de los 40 años, pero cada vez se ve que más tempranamente se está dando este fenómeno. En general, me parece que el incremento en los temas de necesidad de reproducción asistida sí se ha incrementado.

La infertilidad sí debería ser considerada como un tema de salud pública porque no solamente hay temas, por ejemplo, de necesidad de un óvulo donado porque ya la calidad ovocitaria no es la misma o no es la adecuada para poder fertilizarse sino que hay diferentes otros temas, ya biológicos, ya médicos que merecen ser tomados como salud pública y el Estado debería implementar políticas para enfrentarla; sé que en otros países como en Argentina el Estado les brinda a las personas un cantidad de tratamientos en reproducción asistida antes de que ellos puedan hacerlo de forma particular, por ejemplo.

3. Desde su perspectiva como profesional de la salud, ¿cree que el padecimiento de esterilidad en una mujer puede constituir un factor de daño a su integridad (física y psicológica) y a su proyecto de vida?

Totalmente de acuerdo, por supuesto, el daño emocional que les produce pasar por este impacto de un diagnóstico de infertilidad es sumamente doloroso, emocionalmente muy doloroso porque hay que reconocer que estas personas tienen eso, un proyecto de vida y éste se ve truncado, el paso en el que una persona tenga un diagnóstico de infertilidad y que pueda tomar un procedimiento de reproducción asistida le puede durar meses, semanas o incluso años porque esto es un proceso interno emocional de cada uno.

4. ¿Considera que la figura de la adopción sería un mejor mecanismo que la recurrencia a la TERA Gestación Subrogada para aquellas personas que sufren de infertilidad?

Muchas personas cuando tienen un diagnóstico de infertilidad también consideran como alternativa la adopción de un niño y muchas veces lo hacen hasta a la par (de un procedimiento de reproducción asistida), pero el mismo hecho de que los procesos de adopción son muy largos y tediosos y considerando, además, que las parejas que acuden a estos procesos, por lo general, son personas que superan los 40 años y que, además, desean criar un niño pequeño - lo cual en la mayoría de casos resulta imposible – hace que los limite mucho y optan por la opción de hacer un procedimiento de reproducción asistida.

5. El sector opositor a la regulación de la TERA Gestación Subrogada señala como fundamentos que:

- Atenta contra la moral, el orden público y las buenas costumbres, ¿Cuál es su opinión?

Son opiniones, definitivamente yo sí estoy de acuerdo en que se haga el vientre subrogado, pero no considero que vaya a atentar contra las buenas costumbres porque todo eso es muy subjetivo, lo que para uno puede ser moralmente aceptado para otra persona no lo puede ser, entonces eso es un valor muy subjetivo. Yo creo que sí se deben de poner ciertas reglas en donde el marco de la tolerancia sea bastante amplio porque no simplemente es que unos puedan hacerlo y otros no, por ejemplo, en el caso de Ricardo Morán que decidió tener hijos con vientre subrogado estoy totalmente de acuerdo porque fue una opción de él tomar esta decisión y lamentablemente no lo pudo hacer en el Perú.

- La madre gestante sufrirá las consecuencias psicológicas de desprenderse del niño al nacer. ¿Cuál es su opinión como profesional?

Durante el proceso del embarazo y el post embarazo es cierto que se pasan por muchos desbalances hormonales, siempre se recomienda que tanto la persona que está haciendo de madre subrogada (que está brindando el vientre) tenga un acompañamiento emocional porque no podemos predecir qué es lo que va a sentir esta mujer cuando ya nazca el bebé, es importante que antes de esto cuando ya se tengan todos los procesos de la evaluación, estas personas (tanto la pareja que quiere adoptar el vientre como la persona que está siendo de

gestante) tengan un acompañamiento emocional de parte de una persona especialista en el tema.

- Los menores nacidos por este medio tendrán problemas psicológicos al saber su procedencia, ¿Cuál es su opinión profesional?

No, no hay ninguna evidencia científica la cual nos diga que los niños puedan tener algún tipo de trastorno emocional al simplemente enterarse de cómo han sido concebidos, ni de esta forma ni los niños que han sido concebidos por algún gameto donado, más bien hay evidencia científica de que no hay en ellos ningún tipo de compromiso emocional al enterarse que han sido concebidos por ninguna de las formas descritas.

6. Sobre el particular, ¿considera usted que la mujer que vaya a desempeñarse como subrogada ya haya tenido hijos previamente?

Sí, es importante que haya tenido hijos, es uno de los requisitos que más recomendamos.

7. Desde su campo de acción, ¿considera necesario que el Estado regule la TERA Gestación Subrogada en el Perú? ¿Cuál sería el beneficio general?

Regularlo sí, ponerle pautas, por ejemplo señalar quienes serían las mujeres que podrían hacer el vientre subrogado, quiénes serían las parejas, establecer que la mujer y el hombre tengan que pasar por filtros emocionales, sociales y económicos, entre otro tipo de filtros; en eso sí lo considero, además estoy de acuerdo en que tanto una pareja homosexual pueda hacerlo como una heterosexual o una persona de forma independiente, en todos esos casos considero que las personas tienen los mismos derechos de poder recurrir a un vientre subrogado.