

FACULTAD DE
DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS

Carrera de Derecho y Ciencias Políticas

**LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD
SUBROGADA EN EL PERÚ COMO MEDIDA PARA EL
RESGUARDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

Tesis para optar el título profesional de:

ABOGADA



Autora:

Joana Maria Malquichagua Picon

Asesor:

Dra. María Isabel Pimentel Tello

Lima - Perú

2021

Tabla de Contenidos

	Pág.
DEDICATORIA	2
AGRADECIMIENTO	3
RESUMEN	7
ABSTRACT	8
I. INTRODUCCIÓN	9
1.1. Realidad problemática	9
1.2. Formulación del problema	12
1.3. Justificación de la investigación	14
1.4. Objetivos	16
1.4.1. Objetivo General	16
1.4.2. Objetivos Específicos	16
1.5. Hipótesis	17
1.5.1 Hipótesis General	17
1.5.2 Hipótesis Específicas	17
II. MARCO TEÓRICO	19
2.1. Componentes básicos de la investigación	19
2.1.1. El ordenamiento jurídico y la maternidad subrogada en Perú	19
2.1.2. Las Técnicas de Reproducción Asistida	23
2.1.2.1. Alcance desde la perspectiva científica	23
2.1.2.2. Alcance de las TERAs desde una perspectiva social y jurídica	24
2.1.2.3. Tipos de TERAs	25
a. Fecundación in vitro	26
b. Inseminación artificial	28
2.2. Bases jurídico conceptuales	30
2.2.1. Derecho a constituir una familia	30
2.2.1.1. La familia	39
2.2.1.2. Derecho a fundar una familia	33

2.2.2. Derecho a la salud sexual y reproductiva	35
2.2.3. Libertad contractual	44
2.2.4. El derecho al libre desarrollo de la personalidad	48
2.3. Antecedentes de investigación sobre maternidad subrogada	50
2.3.1. Ambito nacional	50
2.3.2. Internacionales	51
2.4. Marco normativo	52
2.4.1. Nacional	52
2.4.2. Internacional	54
A. Estados Unidos	54
a. Louisiana	55
b. Michigan	56
c. Washington	56
B. Canadá	57
C. Europa	58
a. Alemania	58
b. España	58
c. Francia	60
d. Italia	60
e. Países Bajos	61
D. America Latina	62
a. Argentina	62
b. Brasil	63
c. Colombia	63
d. Mexico	65
e. Uruguay	66
III. METODOLOGÍA	68
3.1 Tipo y diseño de investigación	68
3.2 Métodos de investigación	69
3.3 Técnicas e instrumentos de recolección de datos	69
3.4 Procedimiento de recolección y análisis de datos	70

3.5. Definición de Variables	75
3.6. Aspectos Éticos	76
IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN	77
4.1. El ordenamiento jurídico nacional e internacional ampara la existencia del derecho a constituir una familia	78
4.2. El contrato que se suscribiría entre las partes es compatible con el derecho a la libertad contractual	84
4.3. La maternidad subrogada no se encuentra expresamente prohibida por el ordenamiento jurídico peruano.	87
4.4. El derecho a la realización personal o derecho al libre desarrollo de la personalidad ampara el hecho de reconocer el deseo de los aspirantes a ser padres como parte de su proyecto de vida	92
4.5. El derecho a la salud sexual y reproductiva viene siendo reconocida en el marco normativo nacional e internacional	97
4.6. Se debe garantizar el acceso a la maternidad subrogada en tanto es un avance seguro que permite el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas	100
V. CONCLUSIONES	103
VI. RECOMENDACIONES	105
REFERENCIAS	107
ANEXOS	114

RESUMEN

En los últimos años, la posibilidad de acceder a las Técnicas de Reproducción Asistida (TERAs) han comenzado a ser demandadas con mayor frecuencia, siendo una de las modalidades más recurridas el de la maternidad subrogada. Por ello, muchas legislaciones han comenzado a considerarlas dentro de sus propios ordenamientos internos. Es así, que en la presente investigación nos hemos centrado en la necesidad de justificar la regulación los casos de maternidad subrogada en el Perú, desde una óptica de derechos fundamentales. De ese modo, a lo largo de la investigación, hemos podido constatar que la no regulación de esta técnica ha conllevado a serias restricciones hacia el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, quienes ven imposibilitado su deseo de poder forjar una familia. Además, se ha constatado la afectación de varios derechos conexos, como los derechos sexuales y reproductivos, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad contractual de los implicados, etc. Finalmente, se concluye que, en vista de que la maternidad subrogada no está expresamente prohibida en el Perú, es necesario que se desarrolle una regulación específica sobre sus alcances, con el fin de resguardar los derechos de los ciudadanos que acuden a esta modalidad para poder ser padres.

Palabras clave: Técnicas de Reproducción Asistida, Familia, Constitucional, Derechos Humanos, Salud.

ABSTRACT

In recent years, the possibility of accessing Assisted Reproduction Techniques (by its acronym in Spanish, TERAs) has begun to be demanded more frequently, one of the most used modalities being that of surrogacy. For this reason, many laws have begun to consider them within their own internal regulations. Thus, in this research we have focused on the need to justify the regulation of surrogacy cases in Peru, from a fundamental rights perspective. In this way, throughout the investigation, we have been able to verify that the non-regulation of this technique has led to serious restrictions towards the full exercise of fundamental rights, who see their desire to forge a family impossible. In addition, it has been found that several related rights have been affected, such as sexual and reproductive rights, the free development of the personality, the contractual freedom of those involved, etc. Finally, it is concluded that, in view of the fact that surrogacy is not expressly prohibited in Peru, it is necessary to develop a specific regulation on its scope, in order to protect the rights of citizens who resort to this modality to be able to be parents.

Key Words: Assisted Reproduction Techniques, Family, Constitutional, Human Rights, Health.

NOTA DE ACCESO

No se puede acceder al texto completo pues contiene datos confidenciales

VI. REFERENCIAS

- Álvarez, A., & Carrizo, D. (2014). Tratamiento Legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado Español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿De quien eres...? *La notaria*, 59-77. Obtenido de <https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/6768/Notaria2014.pdf?sequence=1>
- Anchapaxi, P. (Enero de 2017). *Análisis Jurídico Social de la Reproducción Humana Médica Asistida por el procedimiento de Fecundación In-vitro y los vacíos legales en los contratos de vientre de alquiler*. Obtenido de <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/9475/1/T-UCE-0013-Ab-44.pdf>
- Asnal, S. (2018). La gestación por sustitución en el derecho y la jurisprudencia argentina. *Revista Derecho Y Salud | Universidad Blas Pascal*, 2(2), 9-22. doi:[https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2018\)02](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2018)02)
- Asociación AGAR. (s.f.). *Canadá*. Obtenido de <https://www.agar-asociacion.org/gestacion-subrogada/destinos/canada/>
- Babygest. (28 de septiembre de 2016). *Gestación subrogada y familias homoparentales en Quebec*. Obtenido de <https://babygest.com/es/subrogacion-y-familias-homoparentales-en-quebec/>
- Babygest. (28 de agosto de 2019). *Gestación subrogada en Canadá: legislación y precio*. Obtenido de <https://babygest.com/es/canada/#que-dice-la-ley-de-subrogacion-en-canada>
- Babygest. (2 de septiembre de 2019). *Gestación subrogada en Holanda: ¿cómo está regulada?* Obtenido de <https://babygest.com/es/holanda/#prohibicion-de-la-explotacion-comercia>

- Badell, M., & Kawwass, J. (2018). Riesgo materno y fetal relacionado con técnicas de reproducción asistida. *Obstetrics & Gynecology*, 132, 763-772.
- Badilla, A. (1996). *El derecho a constitución y la protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. San José: Porvenir.
- Bagnarello, F. (2015). Fertilización in vitro: conceptualización. *Revista Parlamentaria*, 21(1), 205-224.
- Bernales, E., Eguiguren, F., & Rubio, M. (2017). *Los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Bestard, J. (2014). *Lo dado y lo construido en las relaciones de parentesco: En La familia en la historia*. Barcelona: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Cáceres, F., Molina, G., & Ruiz, M. (2014). Maternidad: un proceso con distintos matices y construcción de vínculos. *Rev. Aquichan*, 14(3), 316-326. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/aqui/v14n3/v14n3a04.pdf>
- Cáceres, M. (2018). *Legislación comparada sobre gestación subrogada en el continente americano*. Obtenido de https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26024/1/BCN_gestacion_subrogada.pdf
- Cárdenas, C. (2000). La supuesta santidad de los contratos y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú. *Contratación contemporánea: teoría general y principios*, 259-261.
- Carracedo, S. (2015). *La fertilización in vitro y el debate sobre el estatuto del no nacido*. Tesis para optar por el título de abogada, Pontificia Universidad Católica del Perú. Obtenido de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/7212>
- Chuck, J. (2015). *Bioética en pediatría*. México: Editorial Manual Moderno.

Clavijo, R. (2005). *Educador de Educación Especial de la Generalitat Valenciana*. España: Editorial MAD.

De La Puente Lavalle, M. (1996). La libertad de contratar. *Themis Revista de Derecho* , 7-14.

El País. (4 de octubre de 2019). *La justicia francesa reconoce la filiación de los hijos de vientres de alquiler con sus madres no biológicas*. Obtenido de https://elpais.com/sociedad/2019/10/04/actualidad/1570204231_011783.html

Eva Fertility Clinics. (24 de mayo de 2016). ¿Cuántos tipos de Fecundación in Vitro existen?. <https://www.evafertilityclinics.es/novedades-fecundacion-in-vitro/tipos-de-fecundacion-in-vitro/>

Espinoza, J. (2002). El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídica nacional. *Ius Et Veritas*, 12(24), 302-313. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16188>

Gesurmino, M. d. (2013). *Las técnicas de reproducción humana asistida y las relaciones de familia*. Obtenido de https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/11982/Tesis_T%C3%A9cnicas_de_Reproducci%C3%B3n_Asistidaa.pdf?sequence=1

Giraldo, J. (2018). *Buscando un bebé*. España: Editorial Vergara.

Gonzales, C. (2007). *Manual de Derecho de Familia*. Madrid: Edisofer.

González, L. (2015). *Límites en el derecho al conocer los orígenes biológicos como consecuencia de una inseminación artificial heteróloga en el Perú*. Obtenido de <http://repositorio.uancv.edu.pe/bitstream/handle/UANCV/480/DNI%20N%C2%BA%2001310384%20lena%20Karina%20Gonzalez%20Delgado%20Derecho.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Gonzales, S. (2017). *Situación jurídica y jurisprudencia de las técnicas de reproducción humana asistida en el Perú*. Obtenido de

<http://repositorio.urp.edu.pe/bitstream/handle/urp/1131/TESIS-Stephanie%20Lizeth%20Gonzales%20Mucha.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Idibe. (15 de noviembre de 2019). *La Corte de Casación italiana fija doctrina sobre maternidad subrogada practicada en el extranjero*. Obtenido de <https://idibe.org/noticias-legales/la-corte-casacion-italiana-fija-doctrina-maternidad-subrogada-practicada-extranjero/>

Jiménez, F. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid: Editorial Reus, S. A. Obtenido de https://www.editorialreus.es/static/pdf/primeraspaginas_9788429016895_lareproduccionasistidaysuregimenjuridico.pdf

La Vanguardia. (6 de julio de 2018). *Las causas más frecuentes de infertilidad en hombres y mujeres*. Obtenido de <https://www.lavanguardia.com/vivo/20180706/45324650945/causas-frecuentes-infertilidad-hombre-mujer.html>

Lema Añon, C. (1999). *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Trotta.

López, F. (2006). *Derecho de Familia* (Segunda ed.). Caracas: Universidad Católica Andres Bello.

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (2016). *Plan Nacional de Fortalecimiento a las familias 2016-2021*. Obtenido de <https://issuu.com/observatorioviolencia/docs/planfam-2016-2021>

Noticias Jurídicas. (9 de mayo de 2019). *Gestación subrogada: enfoque legal y estado actual en España*. Obtenido de <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/13944-gestacion-subrogada:-enfoque-legal-y-estado-actual-en-espana/>

Núñez, M. (2007). *La sucesión intestada de los parientes colaterales*. Madrid, España :
DYKINSON, S.L.

Ochoa, O. (2006). *Derecho civil I: personas*. Madrid: Universidad Católica Andrés.

Organización de las Naciones Unidas. (1990). *Observación General No. 19, Comentarios
generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23 - La
familia*. Obtenido de <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom19.html>

Organización de las Naciones Unidas. (1994). *Informe de la conferencia internacional para
la población y el desarrollo*. Egipto. Obtenido de
https://www.unfpa.org/sites/default/files/event-pdf/icpd_spa_2.pdf

Organización de las Naciones Unidas. (1995). *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial
sobre la Mujer*. Obtenido de
[https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.p
df](https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf)

Organización de las Naciones Unidas. (2000). *Observación general N° 14: El derecho al
disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de
Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. Obtenido de
<https://www.refworld.org/es/publisher,CESCR,GENERAL,,47ebcc492,0.html>

Organización de las Naciones Unidas. (2005). *Observación general N° 16: La igualdad de
derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y
culturales*. Obtenido de [https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-
no-16-igualdad-derechos-del-hombre-y-mujer-al-disfrute-derechos](https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-16-igualdad-derechos-del-hombre-y-mujer-al-disfrute-derechos)

Organización de las Naciones Unidas. (2016). *Observación general núm. 22, relativa al
derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de
Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. Obtenido de
<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFE>

ovLCuW1a0Szab0oXTdImnsJZZVQfQejF41Tob4CvIjeTiAP6sU9x9eXO0nzmOM
zdytOOLx1%2BaoaWAKy4%2BuhMA8PLnWFdJ4z4216PjNj67NdUrGT87

Organización Mundial de la Salud. (2010). *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)*. Obtenido de https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1

Ramos Núñez, C. (2007). *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento (y cómo sustentar expedientes)*. Lima: Gaceta Jurídica.

Reyna, M. (2015). *La filiación del adulto concebido mediante inseminación artificial heteróloga en el derecho familiar peruano*. Obtenido de http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/1829/1/RE_DERECHO_FILIACION%20C3%93N.ADULTO.CONCEBIDO.MEDIANTE.INSEMINACION%20C3%93N.ARTIFICIAL_TESIS.pdf

Rodríguez, C., & Martínez, K. (2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. *Revista de derecho (Valdivia)*, 15(2), 59-81. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000200003>

Rubio, M. (2020). *Para Conocer la Constitución de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sánchez, J. (2009). *Las estrategias relacionales de las clases medias en Cali (Colombia): Formas de protección y mecanismos de regulación*. Cali: Université Catholique de Louvain.

Schmidt, C., & Veloso, P. (2001). *La filiación en el nuevo Derecho de Familia* (Segunda ed.). Chile: Jurídica Cono Sur.

Secretaría General. (1993). *Informe sobre los avances en la preparación del Año Internacional de la familia*. Cuadragésimo octavo período de sesiones - Asamblea General A/48/293, Organización de las Naciones Unidas.

Siverino Bavio, P. (2010). ¿Quién llamó a la cigüeña? Maternidad impugnada e identidad genética, reflexiones a propósito de dos sentencias peruanas. *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*(141), 140-160.

Sociedad Española de Fertilidad. (2011). *Saber más sobre Fertilidad y Reproducción Asistida*. Obtenido de https://www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf

Surrogacy 365. (s.f.). *Canadá: Plural, Accesible y Eficaz*. Obtenido de <https://www.surrogacy365.com/es/destinos/canada/>

Urbina, M., & Lerner, J. (2008). *Fertilidad y reproducción asistida*. Caracas: Médica panamericana.

Villanueva, R. (2006). *Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos*. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Vittoria Vita. (18 de diciembre de 2019). *Gestacion subrogada en Alemania*. Obtenido de <https://vittoriavita.com/spa/gestacion-subrogada-en-alemania/>

Vittoria Vita. (s.f.). *Gestación subrogada en Italia*. Obtenido de <https://vittoriavita.it/es/italia/>