

FACULTAD DE
DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS



Carrera de Derecho y Ciencias Políticas

“LAS INCIDENCIAS DEL ARTÍCULO 7 DE LA LEY
GENERAL DE SALUD EN LA PRÁCTICA DEL
VIENTRE SUBROGADO”

Tesis para optar el título profesional de:

ABOGADA

Autora:

Dayana Yordani García Silva

Asesor:

Mg. Carmen Rosa Mei Ling Kcomt Reyna

Trujillo - Perú

2020

ACTA DE AUTORIZACIÓN PARA SUSTENTACIÓN DE TESIS

El asesor, docente de la Universidad Privada del Norte, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Carrera profesional de Derecho, ha realizado el seguimiento del proceso de formulación y desarrollo de la tesis de los estudiantes:

- *Apellidos y nombres de los estudiantes*
-

Por cuanto, **CONSIDERA** que la tesis titulada: para aspirar al título profesional de: Abogado por la Universidad Privada del Norte, reúne las condiciones adecuadas, por lo cual, AUTORIZA al o a los interesados para su presentación.

Ing. /Lic./Mg./Dr. Nombre y Apellidos
Asesor

ACTA DE APROBACIÓN DE LA TESIS

Los miembros del jurado evaluador asignados han procedido a realizar la evaluación de la tesis de los estudiantes: *Haga clic o pulse aquí para escribir texto*, para aspirar al título profesional con la tesis denominada: *Haga clic o pulse aquí para escribir texto*.

Luego de la revisión del trabajo, en forma y contenido, los miembros del jurado concuerdan:

Aprobación por unanimidad

Aprobación por mayoría

Calificativo:

Excelente [20 - 18]

Sobresaliente [17 - 15]

Bueno [14 - 13]

Calificativo:

Excelente [20 - 18]

Sobresaliente [17 - 15]

Bueno [14 - 13]

Desaprobado

Firman en señal de conformidad:

Ing./Lic./Dr./Mg. Nombre y Apellidos
Jurado
Presidente

Ing./Lic./Dr./Mg. Nombre y Apellidos
Jurado

Ing./Lic./Dr./Mg. Nombre y Apellidos
Jurado

DEDICATORIA

A mis padres:

A mis padres, porque creyeron en mí y porque nos sacaron a delante a mis hermanas y a mí, dándome ejemplos dignos de superación y entrega, porque en gran parte gracias a ustedes, hoy puedo ver alcanzada mi meta, ya que siempre me brindaron su apoyo incondicional, por velar siempre mi bienestar, depositando su entera confianza en cada reto que se me presenta en mi vida, por sus consejos, sus valores, por la motivación constante que me han brindado, por su amor que día a día me han dedicado.

A mis hermanas:

Alisson, Jhoissy, Katia y Kelly quienes siempre me han brindado su cariño incondicional y su apoyo en el transcurso de mi vida, por alentarme a seguir adelante.

A mi sobrino:

Quien a tu a corta edad de cinco años, cada día contigo me demostrado que, si existen los ángeles, ya sea en el presente como un pequeño niño o en el futuro como un adulto responsable, siempre te tendré en mis recuerdos como el niño vivaz, pícaro, inteligente, que llego al mundo un día de noviembre, por cada momento vivido contigo ha sido una aventura, gracias a Dios por enviarte a este mundo.

AGRADECIMIENTO

Quisiera agradecer a Dios, por darme la oportunidad de vivir y por estar conmigo en cada paso que doy, por permitirme mejorar día a día como persona, como profesional, por darme la fortaleza para seguir adelante con este trabajo, por haber puesto en mi camino a aquellas personas que han sido mi soporte y compañía durante todo el periodo de estudio.

A mis padres por hacer un esfuerzo y sacrificio para darme una educación por confiar en mí y dedicar su tiempo y esfuerzo.

Agradezco a mi asesora la Dra. Carmen Rosa Mei Ling Kcomt Reyna, por haberme asesorado y brindado todo el apoyo necesario y paciencia para la elaboración del para el desarrollo de la presente tesis.

Agradezco a mis docentes de la Universidad Privada del Norte que durante los seis años que duró la carrera, nos brindaron sus conocimientos, su paciencia en la explicación de cada tema, su ayuda en los distintos retos que se nos han presentado durante estos años de estudios.

Agradezco a mis amigas Leydi, Karina, Lucía, Amparo, Jenny, Eliza y a mis amigos Luis y Kevin por su apoyo incondicional, me incentivaron en seguir adelante.

TABLA DE CONTENIDO

ACTA DE AUTORIZACIÓN PARA SUSTENTACIÓN DE TESIS	2
ACTA DE APROBACIÓN DE TESIS	3
DEDICATORIA.....	4
AGRADECIMIENTO	5
INDICE DE TABLAS	10
RESUMEN	12
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	133
1.1. Realidad Problemática	13
1.2. Formulación Del Problema	16
1.3. Objetivos.....	17
1.3.1. Objetivo General	17
1.3.2. Objetivos Específicos.....	17
1.4. Hipótesis.....	18
CAPITULO II. METODOLOGÍA	19
2.1. Tipo de Investigación	19
2.2. Población	19
2.3. Muestra	19
2.4. Materiales.....	19
2.5. Métodos.....	20
2.5.1. Método Descriptivo	20
2.5.2. Método Inductivo- Deductivo	20
2.5.3. Análisis de casos.....	20
2.6. Técnicas e Instrumentos de recolección y análisis de datos	20
2.6.1. Técnicas	20
2.6.1.1. Técnica de acopio documental	20
2.6.1.2. Técnica de análisis de casos o jurisprudencia.....	20
2.6.1.3. Técnica de Fichaje.....	20

2.6.2. Instrumentos.....	20
2.6.2.1. Fichas Bibliográficas.....	20
2.6.2.2. Cuadro resumen de análisis de casos o jurisprudencia.....	20
2.7. Procedimiento.....	21
2.8. Aspectos Éticos.....	21
CAPITULO III. RESULTADOS.....	22
3.1. Análisis del artículo 7° de la Ley General de salud en la práctica de la maternidad subrogada en el Perú	22
3.1.1. Análisis de los Proyectos de Ley para regular la maternidad subrogada.....	25
3.1.1.1. Proyecto de Ley N° 1722/2012 –CR Ley que regula la Reproducción asistida.....	25
3.1.1.2. Proyecto de Ley N° 1724/2012-CR Ley que regula la investigación Biomédica.....	27
3.1.1.3. Proyecto de Ley N° 3313/2018-CR Ley que garantiza el acceso a las técnicas de reproducción asistida.....	28
3.1.1.4. Proyecto de Ley N° N° 3404/2018-CR Ley que Regula los Requisitos y Procedimientos de la Maternidad Solidaria mediante el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida como derecho humano a ser madre.....	29
3.1.1.5. Proyecto de Ley N° N° 3542/2018-CR Ley que Regula el Uso y Acceso a los Tratamientos de Reproducción Humana Asistida.....	30
3.2. Influencia de la maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico.....	31
3.2.1. Potenciales complicaciones en el ejercicio de la maternidad subrogada.....	32
3.2.1.1. Potencial riesgo de cosificación del ser humano.....	33
3.2.1.2. Situaciones Excepcionales de la Maternidad Subrogada.....	37
3.2.1.2.1. Primer supuesto: El arrepentimiento por parte de la gestante o de los futuros padres ...	37
3.2.1.2.2. Segundo supuesto: Enfermedad o malformación grave en el feto	40
3.2.1.2.3. Tercer supuesto: Cancelación del embarazo subrogado	41
3.2.1.2.4. Cuarto supuesto: el divorcio o separación de los padres de intención durante el embarazo de la gestante	42
3.2.1.2.5. Quinto supuesto: fallecimiento de la gestante o de los futuros padres.....	43
3.2.2. La afectación de los derechos de los intervinientes y del menor nacido por maternidad subrogada.....	45
3.2.2.1. Derechos afectados del menor nacido por la técnica del vientre subrogado	47
3.2.2.2.1. Derecho a la dignidad	47

3.2.2.2. El derecho a la Identidad	50
3.2.2.2. Derechos afectados de los sujetos intervinientes en la práctica de la maternidad subrogada	55
3.2.2.2.1. Derecho de los progenitores en la maternidad subrogada	55
a) Derecho a la vida privada	55
b) El derecho a la salud	56
c) El derecho a formar una familia.....	57
3.2.2.2.2. Derecho de la gestante en la maternidad subrogada	58
a) El derecho a formar una familia	58
3.3. Análisis de los criterios Empleados por nuestras cortes superiores de justicia en los casos de maternidad subrogada	60
3.3.1. Análisis de Jurisprudencial de los casos de maternidad subrogada	60
3.3.2. Criterios empleados por las Cortes de Justicia para resolver los casos de maternidad subrogada	70
3.3.2.1. Inaplicación del principio Mater Semper Certa est, en la filiación del menor en el Perú	70
3.3.2.1.1. Principio Mater Semper Certa est, en el código civil peruano	71
3.3.2.1.2. Análisis del razonamiento de las cortes de justicia sobre la ruptura del mater semper certa est en la maternidad subrogada	72
3.3.2.2. Determinación de la maternidad subrogada: Criterio del reconocimiento de la identidad biológica	74
3.3.2.2.1. Realidad peruana en la filiación del menor según el Código civil.....	74
3.3.2.2.2. Retos que presenta las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada en la filiación	76
3.3.2.2.3. Análisis del razonamiento de las Cortes de Justicia sobre la identidad biológica del menor nacido por vientre subrogado	78
3.3.2.3. Criterio de la voluntad procreacional (Voluntad-Afecto).....	80
3.3.2.4. Principio del interés superior del niño	81
CAPITULO IV.DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES	83
4.1. Discusión	83
4.1.1. En relación al Objetivo; Analizar el artículo 7° de la ley general de salud	83
4.1.1.1. Panorama Legislativo de Uruguay en la regulación de las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada	87
4.1.1.2. Panorama legislativo del derecho comparado en la regulación o prohibición de la maternidad subrogada y las controversias surgidas por la maternidad subrogad	93

4.1.2. Con relación al objetivo: Determinar la existencia de los derechos del menor producto de vientre subrogado, de los progenitores y de la gestante en la maternidad subrogada	96
4.1.2.1. Con respecto al derecho a la Dignidad	97
4.1.2.2. Con respecto al derecho a la Identidad	100
4.1.2.3. Con respecto al derecho a la Vida privada	104
4.1.2.4. Con respecto al derecho a la Salud.....	106
4.1.2.5. Con respecto al derecho a la Autodeterminación Reproductiva.....	107
4.1.2.6. Con respecto al derecho a Formar una familia.....	109
4.1.3. Con relación al objetivo: Identificar los criterios empleados en las Cortes de Justicia peruana en los casos de procreación a través del vientre subrogado	109
4.1.3.1. En relación a la ruptura o inaplicación del principio Mater Semper Certa est	110
4.1.3.2. Determinación de la identidad Biológica.....	111
4.1.3.3. Teoría de voluntad procreacional.....	112
4.1.3.4. Principio del interés superior del niño.....	113
4.2. Conclusiones	116
4.3. Recomendaciones.....	120
4.4. Bibliografía.....	121
4.5. Anexo	130

Tablas de Contenido de cuadros

Cuadro N° 01.- Muestra de Sentencias.....	19
Cuadro N° 02.- Analisis Del Proyecto De Ley N° 2839/2013-Cr, Ley Que Modifica El Articulo 7° De La Ley General De Salud.....	24
Cuadro N° 03.- Proyecto De Ley N° 1722/2012-Cr Ley Que Regula La Reproducción Humana Asistida ...	26/27
Cuadro N° 04.- Proyecto De Ley N° 1724/2012-Cr Ley Que Regula La Investigación Biomédica.....	27/28
Cuadro N° 05.- Proyecto De Ley N° 3313/2018-Cr Ley Que Garantiza El Acceso A Las Técnicas De Reproducción Humana Asistida.....	28/29
Cuadro N° 06.- Proyecto De Ley N° 3404/2018-Cr Ley Que Regula Los Requisitos Y Procedimientos De La Maternidad Solidaria Mediante El Uso De Las Técnicas De Reproducción Asistida Como Derecho Humano A Ser Madre.....	29/30
Cuadro N° 07.- Proyecto de Ley N.° 3542/2018-CR Ley que Regula el Uso y Acceso a los Tratamientos de Reproducción Humana Asistida.....	30/31
Cuadro N° 08.- Sentencia N°183515-2006-00113.....	60/61
Cuadro N° 09.- Casación N° 563-2011.....	63/65
Cuadro N° 10. Sentencia N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05.....	66/68
Cuadro N°11: Sentencia Del Caso De La Pareja Chilena Llevada Por La Fiscalía Corporativa Especializada En Delitos De Trata De Personas Del Callao.....	69/70
...	
Cuadro N° 12: Clasificacion de la maternidad subrogada según Varsi.....	77/78

INDICE DE TERMINOS BASICOS

TERAS:	Técnicas de Reproducción asistida
GS :	Gestación por Sustitución
FIV :	Fecundación In Vitrio
TE :	Transferencia de Embriones
GIFT :	Transferencia intratubárica de gametos
ZIFT :	Transferencia intratubárica de cigotos
ICSI :	Inyección intracitoplásmica de espermatozoides
LGS :	Ley General de Salud
C.C :	Código Civil
C.P.P :	Constitución Política del Perú
CDN :	Convención sobre los Derechos del Niño
IDH :	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIDH :	Convención Americana de los Derechos del Hombre
ACNUDH:	Consejo de Derechos de las Naciones Unidas
OMS:	Organización Mundial de la Salud

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene por finalidad identificar de qué manera el artículo 7° de la Ley General de Salud incide en la práctica de la maternidad subrogada, este trabajo responde a un tipo y diseño de investigación no experimental, tipo descriptivo básico, el mismo que se manejó métodos como es el análisis documental, el análisis de sentencias sobre el vientre subrogado en las cortes de justicia de la nación. Obteniendo como resultados que la existencia de afectación al menor de edad y a los derechos de los progenitores y de la madre gestante, de igual forma se identificaron los principios utilizados por los magistrados de las cortes para resolver los casos de maternidad subrogada. Finalmente, se demostró de la existencia del vacío legal provocado por el artículo 7° de la ley general de salud, el mismo que influye de manera negativa en la práctica de la maternidad subrogada, afectando los derechos de los intervinientes.

Palabras clave: vientre subrogado, artículo 7° de la ley general de salud, vacío legal, derechos

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad problemática

En la actualidad, vivimos una época de continuos cambios sociales, culturales, científicos y médicos, es ante estos profundos y permanentes cambios que sin lugar a dudas se nota intensamente la transformación en alguna de las esferas de la vida diaria de las personas, tanto es así que, hoy en día, los avances en el campo de la reproducción asistida humana se han ido incrementando en las últimas décadas, por lo que, hoy por hoy, la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en los seres humanos ha creado un nuevo espacio de discusión ética y jurídica en cuanto a sus implicaciones en el Derecho. (Valdés Díaz, C. (2014)).

Es así que, en la actualidad hablar de las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada, es señalar la evolución de estos procedimientos al transcurrir el tiempo, ya que, estos procedimientos en la coyuntura actual existen como procesos de alta y baja complejidad, que dan solución a los problemas de infertilidad, por lo que, a medida que la sociedad avanza en las prácticas de la procreación mediante la asistencia de estas técnicas, mayores son los índices de niños nacidos producto de estos procedimientos, es ante esto que según (Molina, 2018) señala que “(...) más de 8 millones de bebés han nacido en el mundo mediante técnicas de reproducción asistida desde que nació la primera bebé probeta (...)”.

Es ante este panorama de desarrollo biotecnológico, donde veremos que el continuo avance de la ciencia ha creado sofisticados métodos de procreación, siendo, esta técnica una alternativa de engendrar hijos en el laboratorio, alternativa que aparece frente al problema de infertilidad de hombres o mujeres, la misma que, según Rupay, Allaca, L, K. (2018) quien cita a la Organización Mundial de la Salud, señala que “(...) la infertilidad es considerada como la quinta mayor discapacidad; entonces, tratándose de un problema de salud pública que involucra derechos fundamentales de las personas, se requiere de una legislación adecuada para que todas las personas que adolecen de infertilidad puedan acceder a las prestaciones que les permitan restituir la función generativa (...)”.

Por lo que, según Rupay Allaca, L, (2018) quien cita a Villamarín Zúñiga, (2014) define a la maternidad subrogada como “(...) el acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste. De ahí que, las gestantes son mujeres fértiles que aceptan llevar a término un embarazo que se ha generado mediante el espermatozoides y el óvulo de los padres contractuales, con o sin contraprestación de por medio, para que, una vez producido el parto entregue al hijo a las personas que lo encargaron, las cuales asumieron el pago de la suma acordada o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto (...)”.

En este contexto, el desarrollo del vientre subrogado ha generado un vacío normativo que según (Cáceres Lara, 2018), menciona que, “en el informe del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, esta situación de vulnerabilidad y la falta de regulación ha desembocado a una posible vulneración de los derechos, tráfico ilícito de menores, explotación y adopciones ilegales”; en este sentido, el hito generado por la maternidad subrogada ha ocasionado

diversos retos en el panorama legislativo de América Latina, por el cual podemos inferir que la aplicación de la maternidad subrogada en países latino americanos no existe norma legal que normativiza esta figura jurídica a excepción de Uruguay, siendo así que, en la realidad de estos países existen proyectos de ley sobre la gestación por sustitución.

De esta manera, lo muestra Argentina, país latinoamericano, que presenta una situación un tanto especial, puesto que, en la realidad de este país, no existe norma legal que regule a la maternidad subrogada, aun cuando han existido numerosas iniciativas legislativas, ningún proyecto de ley ha llegado a establecerse como una ley que regule a este tipo de técnicas, por lo que, en este entorno según (Cáceres Lara, 2018) menciona que “(...) Al no existir normas que regulen la gestación por sustitución, la jurisprudencia nacional Argentina se ha pronunciado en diversas ocasiones en favor de la misma. Las sentencias dictadas y que otorgaron la filiación a favor de los comitentes, tomaron en consideración el derecho a la identidad del niño nacido, la voluntad procreacional como herramienta fundamental para emplazar a un niño como hijo de sus progenitores y el interés superior del niño (...)”; Por otro lado, países como Brasil, que no existe regulación respecto a las técnicas de reproducción asistida y el vientre subrogado, ha resuelto esta problemática con la Resolución N.º 2.121/2015 del Consejo Federal de Medicina que promueve la reglamentación de las técnicas de reproducción asistida, el mismo que, se ha establecido parámetros en todos los procesos de las técnicas de reproducción asistida. (Salgado y Salvador, (2019)).

Es por ello por lo que, en el ámbito latino americano tenemos países como Brasil, Uruguay que tienen una regulación que permite la legislación de la maternidad subrogada; en este sentido, también encontraremos países como Colombia, Ecuador, Venezuela, Chile, Paraguay y Perú que no se encuentra regulado este tipo de prácticas, pero, sin embargo, estos procedimientos se siguen registrando por el aumento de niños nacidos por estos procedimientos, es así que, según Estrada Mora, (2018) quien cita a Alsade y Ñique, (2017) menciona que “(...) En Latinoamérica, en los últimos 20 años se han registrado 114,279 nacimientos como producto de estas técnicas. En Perú se informaron 4,927 nacimientos (...)”.

En este escenario, el Perú no se encuentra exento de este desarrollo tecnológico, es por ello por lo que, en la historia peruana sobre la reproducción asistida, se sigue recordando la noticia que revolucionó el campo de la medicina, donde un grupo de médicos integrado por Luis Noriega, Guillermo Llerena y Ladislao Prazac hicieron la primera fecundación in vitro en el Perú, ya han pasado 31 años y se sigue recordando como una hazaña en la medicina peruana. (Fernández Arribasplata, 2014).

Es así que, en los últimos años en el Perú han ido avanzando en el uso de esta técnica de vientre subrogado, ya que, actualmente son frecuentemente utilizadas como forma de solucionar los problemas de infertilidad, que según el artículo publicado en el diario El Comercio, revela que la infertilidad afecta entre el 10% y 15% de la población en edad fértil entre 20 y 43 años; es ante esta situación que las parejas que sufren de infertilidad buscan a este tipo de alternativas, para satisfacer sus necesidades de ser padres y que en nuestra realidad ya se encuentra al alcance de nuestras manos. (Suárez Bosleman, 2018)

Es por ello por lo que, en la realidad peruana, es común ver que en titulares en periódicos nacionales salgan noticias como estas “*peruanas ofrecen alquilar su vientre a S/.70 mil en internet*”, “*Vientre de alquiler: caso de pareja de chilenos muestra un vacío legal*” o diversos anuncios en páginas de internet que buscan ofrecer sus vientres en alquiler a cambio de una retribución económica; por lo que es frecuente que no solo parejas nacionales recurran a estas técnicas sino también extranjero que tiene la intención de procrear a través del vientre subrogado, este por ejemplo es el caso de la pareja chilena donde “(...) La Corte de Justicia del Callao dictó 12 meses de prisión preventiva contra Rosario Madueño Atalaya, de 46 años, y Jorge Tovar Pérez, de 48, los esposos chilenos que fueron detenidos en el aeropuerto Jorge Chávez cuando iban a salir del país con dos bebés que fueron gestados por un vientre de alquiler (...).”; según informo Óscar Paz Campuzano, periodista del diario nacional El Comercio.

Este tipo de noticias, ha desatado un intenso debate sobre la legitimidad de esta práctica en nuestro sistema legal; por lo que casos como estos han permitido que en nuestro país vaya en aumento el uso de estas técnicas, generando así que el Perú sea un destino que buscan muchas parejas para procrear a menores a través de la gestación por sustitución; esta problemática, nos da un claro ejemplo del vacío legal existente en nuestro país respecto a la regulación del vientre subrogado, pues si bien en el Perú, esta práctica no está permitida ni prohibida en el Código penal; sin embargo, ha intentado establecer un margen de la aplicación de estas técnicas, por lo que el único cuerpo legal existente en la actualidad es la Ley General de Salud; que en su artículo 7° menciona “*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*”. En este sentido, hablar sobre el vientre subrogado como variante del desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, es hablar del eminente vacío legal que existe en nuestra realidad; esta norma es la única que existe en nuestro país referente a este tipo de prácticas, por lo que, podemos decir que se encuentra incompleta, pues no abarca los distintos supuestos que se presentan en este tipo de técnicas (diario Perú 21, 2018).

Es ante estas circunstancias que la realidad ha venido superando a la normativa, donde la necesidad de legislar este tipo de prácticas radica en las incidencias negativas que el artículo 7° de la Ley General de Salud ha ocasionado en la práctica de la maternidad subrogada, puesto que, ante una falta especial de regulación mayores son los riesgos ante la posibilidad de vulneración de los derechos de los progenitores, gestante y del menor, así como, tráfico ilegal de menores entre otros sucesos que pueden provocar que el menor sea objeto de comercio o algún tipo de actividad ilícita; es en esta línea de pensamiento que muchos de los congresistas han propuesto numerosos proyectos de ley que buscan regular a la maternidad subrogada así como las técnicas de reproducción asistida.

Por este motivo, ante la falta de regulación especial de la gestación por sustitución los congresistas de la república han optado por proponer las siguientes propuestas de ley; Proyecto de Ley N° 1722/2012-CR Ley que regula la Reproducción Humana Asistida, Proyecto de Ley N.° 1724/2012-CR Ley que

regula la investigación Biomédica, Proyecto de Ley N.º 2839/2013-CR Ley que modifica el art. 7° de la Ley N.º 26842 Ley General de Salud, Proyecto de Ley N.º 3313/2018-CR Ley que garantiza el acceso a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida; Proyecto de Ley N.º 3404/2018-CR Ley que Regula los Requisitos y Procedimientos de la Maternidad Solidaria mediante el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida como derecho humano a ser madre; Proyecto de Ley N.º 3542/2018-CR Ley que Regula el Uso y Acceso a los Tratamientos de Reproducción Humana Asistida; dichos proyectos buscan regular un vacío legal existente en sistema jurídico, es ante esto que podemos mencionar que tres de estos proyectos de ley no fueron aprobados mientras que los otros se encuentran siendo analizados.

Siendo así que, pese a no existir amparo legal suficiente para este tipo de prácticas, la jurisprudencia peruana ha reconocido progresivamente a la práctica de la maternidad subrogada, así es como lo demuestra (Casación N° 563-2011, Lima); siendo la primera sentencia emitida por nuestra Corte Superior de Justicia, de modo que, “(...) *La Corte estableció que existía un conflicto entre el interés superior de la menor a tener una familia y el derecho de los padres demandantes a ejercer la patria potestad. Además, basándose en el comportamiento de la gestante y su pareja, dispuestos en un principio a renunciar al bebé a cambio de dinero, resolvió que primaba el interés superior de la niña y que, por tanto, continuaría viviendo con los padres intencionales (...)*” (legis: vientre subrogado); ante esta situación la práctica de la maternidad subrogada, ha aumentado considerablemente esto lo ha demostrado el artículo publicado por (Fernández Arribasplata, 2014) el mismo que menciona“(...) cada año se realizan unos 4.500 procedimientos de procreación de menores a través del vientre subrogado, puesto que, existe un vacío legal (...)”, No obstante, ante este vacío legal, se habla de las implicancias sociales y jurídicas que dificultan la determinación de la filiación del menor, es así que se habla de la afectación de los derechos del menor, de la gestante y de los padres intencionales, esta problemática refleja la aplicación desmesurada de estas técnicas con fines lucrativos y se habla de un tipo de explotación de la mujer.

En este sentido a raíz de estos los nuevos descubrimientos sobre la genética humana, que originan en el derecho el deber de regular los supuestos de creación de seres humanos por medio de los desarrollos genéticos en el campo de la reproducción asistida que no se han contemplado en nuestra normatividad, ya que, como conocemos actualmente no existe regulación especial en nuestro sistema legal en cuanto se presenta la maternidad subrogada; Por lo expuesto, la presente investigación está orientada a resaltar de qué manera el artículo 7° de la Ley General de Salud influye en la práctica de maternidad subrogada en el Perú, y de tal manera determinar la existencia de los derechos del menor producto de la maternidad subrogada, de los progenitores, de la madre gestante, para ello también identificaremos los criterios empleados en las cortes de justicia.

1.1.2 Formulación del problema

¿De qué manera el artículo 7° de la Ley General de Salud incide en la práctica de maternidad subrogada en el Perú?

1.1.3.- Objetivos

i. Objetivo general

A) Como objetivo general:

- Identificar de qué manera el artículo 7° de la Ley General de Salud incide en la práctica de maternidad subrogada en el Perú.

i. Objetivos específicos

a) Como objetivos específicos:

- Analizar el artículo 7° de la ley general de salud y su influencia respecto a la maternidad subrogada.
- Determinar la existencia de los derechos del menor producto de la maternidad subrogada, de los progenitores, de la madre gestante.
- Identificar los criterios empleados en la Corte de Justicia del Perú en los casos de maternidad subrogada.

1.1.4. – Hipótesis

La hipótesis que se llegó a formular en esta presente investigación es:

ii. Hipótesis general

- La hipótesis general es:

- a)** El artículo 7° de LGS incide en forma negativa puesto que no regula el vientre subrogado, por lo existe afectación a los derechos de los intervinientes y lo que provoca que los menores nacidos producto de esta técnica se encuentren en un estado de indefensión.

CAPITULO II. METODOLOGÍA

2.1.- Tipo de investigación

El presente trabajo de investigación, corresponde a un diseño de investigación no experimental, puesto que, según (Hernández Sampieri, 2014) indica que “(...) en un estudio no experimental no se genera ninguna situación, sino que se observan situaciones ya existentes, no provocadas intencionalmente en la investigación por quien la realiza. En la investigación no experimental las variables independientes ocurren y no es posible manipularlas, no se tiene control directo sobre dichas variables ni se puede influir en ellas, porque ya sucedieron, al igual que sus efectos (...)”.

El nivel de investigación es transversal, la misma que, se ha descrito según (Hernández Sampieri, 2014) quien cita a (Liu, 2008 y Tucker, 2004), indica que “(...) Los diseños de investigación transeccional o transversal recolectan datos en un solo momento, en un tiempo único (...)”.

Tipo de investigación. - La presente investigación es del tipo descriptivo básico, ya que, debemos entender a este tipo de estudio como aquel que “(...) busca especificar propiedades y características importantes de cualquier fenómeno que se analice (...)” (Hernández Sampieri, 2014); en este sentido, esta investigación se requiere describir la realidad tal como se encuentra, y para ello se necesitara procesamiento de información utilizar métodos como es el análisis documental.

2.2. Población

Para como seleccionar la población debemos entender lo expresado por (Hernández Sampieri, 2014), quien cita a (Lepkowski, 2008b) indica que “(...) *una población es el conjunto de todos los casos que concuerdan con una serie de especificaciones (...)*”.

En este sentido en la presente investigación se ha tomado como población a las sentencias emitidas por la Corte de Justicia del Perú sobre los casos de maternidad subrogada, la misma que se conoce que tiene un número limitado de sentencias pronunciadas, las cuales constituyen nuestro universo en la investigación.

2.3. Muestra:

En la presente investigación, se enfoca en analizar a la maternidad subrogada, como tal, es por ello por lo que, la muestra en el presente estudio será una muestra no probabilística, la cual se caracteriza según (Johnson, 2014, Hernández-Sampieri et al., 2013 y Battaglia, 2008b) señala que “(...) las muestras no probabilísticas, la elección de los elementos no depende de la probabilidad, sino de causas relacionadas con las características de la investigación o los propósitos del investigador. Aquí el procedimiento no es mecánico ni se basa en fórmulas de probabilidad, sino que depende del proceso de toma de decisiones de un investigador o de un grupo de investigadores y, desde luego, las muestras seleccionadas obedecen a otros criterios de investigación (...)”.

A fin de recoger información referida al tema de estudio, se utilizó como método de selección “*Muestreo deliberado, crítico o por juicio*”, la misma que, según Tamayo, G. (2015) señala que “(...)

con este método la selección de los elementos de la muestra se realiza de acuerdo con el juicio y criterio del investigador (...); de tal manera que, la muestra en esta investigación será conformada por el análisis de sentencias emitidas por la Corte de Justicia del Perú, es decir, cuadro de sentencias emitidas a nivel nacional sobre el vientre subrogado.

CUADRO N°01:

Nº	NUMERO DE SENTENCIAS EMITIDAS POR LAS CORTES DE JUSTICIA
1	06374-2016-0-1801-JR-CI-05- Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional (Acción de Amparo)
2	Casación N° 563-2011- Sala Civil Permanente (Casación)
3	Expediente N° 183515-2006-Décimo quinto juzgado especializado de familia (impugnación de maternidad) Sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica
4	Fiscalía Corporativa Especializada en Delitos de Trata de Personas del Callao- Denuncia por Fiscalía Corporativa Especializada en Delitos de Trata de Personas del Callao caso de los esposos chilenos)

2.4. Materiales

Como ya se mencionó el tipo de investigación del presente trabajo, es una investigación trasversal de tipo descriptivo básico, se utilizará como materiales el estudio realizado por Eleanora Lamm, Lagos Correa, se utilizará los diversos artículos de investigación y tesis de investigación sobre el tema central de la investigación que se está desarrollado, a fin de obtener la información recurriremos de los artículos de investigación publicados sobre este tema, buscaremos en la base de datos de las diferentes páginas en internet Realyc, Scielo, google académico y revistas, artículos hallados en las diferentes bibliotecas virtuales como (Pearson, ProQuest “Ebook Central”, Ebsco host), entre otras páginas; siendo que para una búsqueda más efectiva se va a colocar en el buscador palabras claves que guarde relación directa con la problemática planteada; de la misma manera, se emplearán sentencias emitidas por el Poder judicial emitidos durante el periodo 2000-2019 sobre el vientre subrogado.

2.5. Métodos

Los métodos utilizados son las siguientes:

- 2.5.1. Método Descriptivo:** Mediante este método se describió de qué manera el artículo 7° de la Ley General de Salud incide en la práctica de maternidad subrogada en el Perú.
- 2.5.2. Método Inductivo – Deductivo:** Mediante el acopio de información documentaria se determinó de qué manera el artículo 7° de la Ley General de Salud incide en la práctica de maternidad subrogada en el Perú.
- 2.5.3. Análisis de casos:** Se analizó los únicos casos encontrados emitidos por la Corte de Justicia de nuestro país.

2.6. Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos

En el presente trabajo se utilizó como técnicas e instrumentos para el recojo y análisis de datos son los siguientes que a continuación se detallan:

2.6.1. Técnicas:

2.6.1.1. Técnica de acopio documental: Se recolecto información de las diferentes páginas de internet como son Realyc, Scielo, google académico y revistas, artículos hallados en las diferentes bibliotecas virtuales como (Pearson, ProQuest “Ebook Central”, Ebsco host), entre otras páginas; que contengan información sobre el tema de la investigación.

2.6.1.2. Técnica de análisis de casos o jurisprudencia: Se recolecto jurisprudencia nacional para hacer el análisis de los casos que hasta la actualidad se han ido resolviendo por jueces de nuestro país. El mismo que, el procedimiento manejado para analizar las sentencias y poder incluirlas dentro de los resultados, fue mediante un cuadro de análisis que se encuentra en el cuadro de resultado.

2.6.1.3. Técnica de Fichaje:

Se elaboró fichas de registro, en donde se escribió la doctrina obtenida, así como las sentencias emitidas por el Poder Judicial.

2.6.2. Instrumentos:

2.6.2.1.- Fichas Bibliográficas: La información doctrinaria se recolectará mediante fichas bibliográficas.

2.6.2.2.- Cuadro resumen de análisis de casos o jurisprudencia: Se diseñarán cuadros con la finalidad de recoger información que se hallen en las sentencias a analizar.

2.7. Procedimiento

Primero. - Se procedió a investigar la información necesaria con respecto al problema de ° investigación, es decir, de qué manera el artículo 7° de la Ley General de Salud incide en la práctica de la maternidad subrogada, con la finalidad de comprender las situaciones que genera el vacío legal del artículo 7° de la Ley General de Salud, para ello se utilizó fichas bibliográficas, y el acopio documental de la información recabada de las diversas fuentes o páginas de internet como son Realyc, Scielo, google académico, etc.

Segundo. - Se realizó el análisis del artículo 7° de la Ley General de Salud y su influencia en la maternidad subrogada, así como también se examinó y los distintos proyectos de ley propuestos por los congresistas de la república y las respectivas fuentes de información con respecto a este tema.

Tercero. – Se investigó y se determinó la existencia de los derechos del menor nacido por estas técnicas, de los progenitores y de la gestante; la misma que se tuvo que estudiar utilizando el método descriptivo y la técnica de acopio documental en función a la normativa internacional, nacional, doctrinaria y jurisprudencial emitida por el Tribunal Constitucional; y, a su vez se indago sobre la jurisprudencia emitida por la Corte de Justicia del Perú y sus criterios utilizados para resolver los casos de maternidad subrogada.

Cuarto. Se llevó a cabo la contrastación de los resultados con los distintos autores hallados por el acopio documental realizado anteriormente, por lo que, se concluyó la investigación resaltando la existencia de afectación de los derechos.

2.8. Aspectos Éticos

Esta investigación, se ha realizado de acuerdo a las normas y principios establecidos por la Universidad Privada del Norte y la naturaleza de la investigación, de esta manera se considerará en los aspectos éticos del presente trabajo lo siguiente:

- ✓ **AUTENTICIDAD Y VERACIDAD:** Es preciso señalar que es auténtico y veras, ya que, estos hechos fueron recogidos ante una realidad existente en el Perú por el uso de la técnica del vientre subrogado, así mismo se encuentra sin ser manipulados se describió tal cual fue encontrada.
- ✓ **MANEJO DE FUENTES BIBLIOGRÁFICAS:** Respecto a los artículos de investigación utilizados fueron hallados y seleccionados de las bases de datos de datos Realy.org, google académico, Google Books, Revistas de investigación ISSN, Scielo.org(Scientific Electronic Library Online), bibliotecas virtuales como (Pearson, ProQuest “Ebook Central”, Ebsco host); esgrimiendo las siguientes palabras como palabras clave para la búsqueda: Vientre Subrogado, vacío legal, derechos, artículo 7° de la Ley General de Salud. El criterio de selección que se utilizo es tomar la información que a) identificar de qué manera el artículo 7° de la Ley General de Salud incide en la práctica de la maternidad subrogada, b) Análisis del artículo 7° de la Ley General de Salud en función a la maternidad subrogada., c) la existencia de los derechos del menor, los progenitores intencionales, la gestante; d) Criterios de la Corte de Justicia del Perú en los casos de maternidad subrogada. Así mismo, se citaron a los autores de los artículos de investigación, conforme a las normas de APA, con la finalidad de evitar incurrir en algún plagio que afecte los derechos de autor de las investigaciones recabadas y usadas para este presente trabajo.

CAPÍTULO III. RESULTADOS

En este capítulo se presentan los resultados de la investigación, es decir, de qué manera el artículo 7° de la ley general de salud incide en la práctica de la maternidad subrogada, la misma que se manejó como hipótesis: “el artículo 7° de LGS incide en forma negativa, puesto que, no regula el vientre subrogado, por lo que, existe afectación a los derechos de los intervinientes y lo que provoca que los menores nacidos producto de esta técnica se encuentren en un estado de indefensión”. De esta manera mostraremos a los resultados a continuación los cuales están destinados a mostrar la hipótesis planteada.

SUBCAPITULO 3.1: ANALISIS DEL ARTICULO 7° DE LA LEY GENERAL DE SALUD Y SU INFLUENCIA RESPECTO A LA MATERNIDAD SUBROGADA.

Ante la presente investigación es necesario resaltar que el alquiler de vientres o la maternidad subrogada como también se conoce tiene un índice alto de utilización por las parejas que son infértiles, sin embargo, esta práctica aún se sigue realizando sin ninguna legislación especial; es por ello por lo que, al hacer una revisión de nuestro ordenamiento jurídico peruano resaltaremos la existencia del vacío legal por la falta de una legislación; el mismo que incide básicamente en el campo del derecho familiar (filiación del menor) y derecho constitucional (derecho a procrear, derecho a la identidad, etc). Ante esta situación es por lo que surge la necesidad de subsanar en nuestro país el vacío acerca de la regulación de maternidad subrogada y las técnicas de reproducción asistida, toda vez que la sociedad peruana sigue manejando este tipo de técnicas para producir descendencia. (Gamarra Seminario, 2018)

Es en este sentido que, otra de las razones para recurrir a la maternidad subrogada es mayor índice de mujeres que han optado por realizar sus sueños profesionales y han dejado suspendido su deseo de ser madres, pues muchos optan por realizar primero sus deseos profesionales en vez de convertirse en padres, siendo así que según Rupay Allaca, L. K. (2018) quien cita al Foro Internacional de mujeres líderes de América del Sur y países árabes, el cual indica que “(...) *son notorios los avances en la inserción de la mujer en el mercado laboral; así, ha habido un aumento en la participación de la mujer en la fuerza laboral, un aumento en la tasa de ocupación e incluso una disminución en la tasa de desempleo observándose una reducción en la brecha de género en dichos indicadores (...)*”

Siguiendo en este panorama donde son cada vez más son las mujeres que realizan una contribución al mercado laboral, por ello que esta población opta por tener descendencia cuando el límite de edad ha sido alcanzado, por lo que, la única alternativa que tienen para ser padres es recurrir a la maternidad subrogada; siendo así que, es necesario reflexionar respecto al análisis que le debemos dar al artículo 7° de la Ley General de la Salud, el cual es el único cuerpo legal que prescribe sustancialmente el uso de las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada como un derecho que tienen las personas a tener los medios necesarios para acceder a vivir sanamente, pues el derecho a la salud, es un derecho reconocido por la constitución y los demás cuerpos legales.

Así lo prescribe nuestra Constitución Política en su 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”; Por ese motivo, la finalidad que tiene nuestro sistema de salud, es asegurar y hacer efectivos los derechos que tienen la población peruana al acceso al derecho a la salud, siendo que estos derechos reconocidos en normas nacionales que constituyen como actividad de interés público; por este motivo, cabe mencionar que los avances biotecnológicos han ocasionado un nuevo paradigma en nuestro derecho, generando que los usos de estas técnicas se encuentren estrechamente vinculado a los derechos de las personas a formar una familia, el derecho a la reproducción, entre otros derechos que se encuentra en conflicto por el uso de estas técnicas.

Ante la existencia del artículo 7° de la Ley General de Salud, norma que no es clara y específica, ha ocasionado un continuo debate con respecto a si estas técnicas se encuentran reguladas o por lo contrario no existe regulación, razón por la cual, este artículo, prescribe lo siguiente:

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

En este análisis podremos deducir que la redacción de esta norma es deficiente, lo que ha generado un polémico debate en torno a la realización del vientre subrogado, puesto que, si partimos de una interpretación literal de la norma señalamos que este artículo ha prescrito “(...) la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona (...)”; sin embargo, esta condición nos hace referencia al principio romanista mater semper certa est, es decir, la madre siempre es conocida la cual nuestro civil peruano acoge este principio, por ello, según menciona Estrada Mora, (2018) citando a Jiménez (2010: 356) el Código Civil peruano, “(...) en materia de filiación se encuentra desfasado (...)”; es así que siguiendo en este flujo de ideas esta interpretación literal se podrá afirmar que dicha norma prohíbe este tipo de maternidad subrogada, pero esta prohibición no puede entenderse como una prohibición explícita a la subrogación en general en la medida que dicho artículo estipula a un supuesto de maternidad, mas no prohíbe los demás de forma clara. (Rupay Allaca, L, K. (2018))

Es de esta manera que según indica Siverino, (2012) “(...) Esta disposición no impide la maternidad subrogada, ya que pueden coincidir madre genética y 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 (...)”, es así que la interpretación de esta norma ha acarreado una infinidad de problemas pues supondría una transgresión a los derechos reconocidos en la constitución, pues limita a las parejas recurrir a este tipo de técnicas para poder satisfacer sus deseos de ser padres, por lo que esta situación podría suponer una interpretación errónea.

Por otro lado, otra de las interpretaciones que tiene la norma es que no existe prohibición expresa, en este orden de ideas el artículo 2° inciso 24 literal a) de la Constitución Política, nos señala que “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”; en este

sentido, esta norma no es clara con respecto a la regulación o prohibición, es más ha de entenderse de la forma que si la ley no lo prohíbe se sobre entiende que la permite.

No obstante, esta ambigüedad de interpretaciones del artículo 7° de la LGS¹, ha ocasionado diversos problemas al momento de resolver los casos suscitados de maternidad subrogada frente a este vacío legal; el Congreso de la Republica, se ha visto en la imperiosa necesidad de elaborar un marco legal sobre este procedimiento, por consiguiente, con fecha 08 de octubre del año 2013, el Grupo Parlamentario “SOLIDARIDAD NACIONAL”, por iniciativa del congresista de la republica Vicente Antonio Zeballos Salinas presenta el Proyecto de Ley N° 2839/2013-CR, que tiene por finalidad modificar el artículo 7° de la LGS, la cual ha establecido que la maternidad sustituta parcial y altruista se realizará con el aporte del material genético femenino y con el gameto masculino para su concepción, mediante la fecundación in vitro de la concepción de su propio hijo, cuyo embrión será implantado en el vientre de la mujer que aceptará de manera altruista la gestación del nuevo ser, por este motivo, analizaremos en el siguiente cuadro lo prescrito en el proyecto de ley:

CUADRO N.° 02

ANALISIS DEL PROYECTO DE LEY N° 2839/2013-CR, LEY QUE MODIFICA EL ARTICULO 7° DE LA LEY GENERAL DE SALUD	
LEY GENERAL DE SALUD N° 26842 (ARTÍCULO 7° LGS)	PROYECTO DE LEY N° 2839/2013-CR (ARTICULO 2°)
<p>“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”.</p>	<p><u>“La maternidad sustituta parcial y altruista se realizará con el aporte del material genético femenino y con el gameto masculino para su concepción, mediante la fecundación in vitro de la concepción de su propio hijo, cuyo embrión será implantado en el vientre de la mujer que aceptará de manera altruista la gestación del nuevo ser”.</u></p>
EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL PROYECTO DE LEY N° 2839/2013-CR	
<p>En este sentido el grupo parlamentario con este proyecto de ley busca proponer una regulación restrictiva de la maternidad sustituta parcial, aceptando que una práctica de alquiler de vientres en nuestra sociedad y reconocida jurisprudencialmente; es así que, cuando analizamos la exposición de motivos, este ha resaltado algunos puntos que es pertinente abordar:</p> <p>El primer punto que resalta este proyecto en su exposición de motivos es: La protección de la familia, el cual según el CIDH ha señalado que el artículo 17° de la Convención Americana reconoce como un elemento natural y fundamental de la sociedad. Como segundo punto tenemos al derecho a la Vida privada, la Corte Europea establece que parte de la vida privada incluye el respeto de convertirse en padre o madre por lo que es una decisión tomada de forma personal y sin intervención de tercero, por otro lado, también se habla de un derecho a la intimidad entre otros derechos que forma parte una gama de derechos que el Estado deberá proteger y garantizar; es así que, a raíz del desarrollo biotecnológico de la maternidad subrogada, ha generado como motivo la libertad de toda persona en elegir recurrir o no a este tipo de procedimiento para satisfacer sus necesidades de ser padres, así como, proteger y garantizar el acceso a otros derechos que toda persona tiene.</p>	

¹ LGS: Ley General de Salud

Este proyecto de ley, tuvo por finalidad garantizar el acceso a las técnicas de reproducción asistida siempre que no afecte a un tercero y la protección al derecho a formar una familia; el cual fue ingresado a la Comisión de Salud y Población, con fecha 5 de marzo del 2014, el mismo que, hasta la actualidad en el Sistema de Búsqueda del Congreso de la República del Perú ha registrado a este proyecto como último estado “en comisión”, de tal manera, podemos afirmar que no existe pronunciamiento a favor de este proyecto de ley; lo que ha evidenciado la existencia del vacío legal del artículo 7° de la Ley General de Salud, el cual aún impide su control y tratamiento legal en nuestro país dificultando a la resolución de los conflictos derivados de estos procedimientos.

Es en este escenario, se puede mencionar que a través del tiempo numerosos partidos políticos han intentado crear proyectos de ley que permitan la regulación de esta figura en la realidad jurídica de nuestro país; es así que en siguiente párrafo analizaremos aquellos proyectos memorables en nuestro país, proyectos de ley, como, Proyecto de Ley N° 1722/2012-CR Ley que regula la Reproducción Humana Asistida, Proyecto de Ley N° 1724/2012-CR Ley que regula la investigación Biomédica, Proyecto de Ley N.º 2839/2013-CR Ley que modifica el art. 7 de la Ley N.º 26842 Ley General de Salud, Proyecto de Ley N.º 3313/2018-CR Ley que garantiza el acceso a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida; Proyecto de Ley N.º 3404/2018-CR Ley que Regula los Requisitos y Procedimientos de la Maternidad Solidaria mediante el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida como derecho humano a ser madre; Proyecto de Ley 3542/2018-CR Ley que Regula el Uso y Acceso a los Tratamientos de Reproducción Humana Asistida.

3.1.1.- Análisis de los Proyectos de Ley para Regular la Maternidad Subrogada

En este párrafo podemos mencionar a aquellos proyectos de ley que fueron propuestos por grupos parlamentarios que buscaron regular a la maternidad por sustitución y a las técnicas de reproducción asistida.

3.1.1.1.- Proyecto de Ley N° 1722/2012-CR Ley que regula la Reproducción Humana Asistida

Este proyecto de ley, fue presentado el 15 de noviembre del 2012, por el congresista Tomas Zamudio Briceño del Grupo Parlamentario Nacionalista Gana Perú, mediante el cual, con fecha 04 de diciembre del 2012, se emitió la Resolución Ministerial N° 0271-013-JUS, mediante la cual se crea el grupo de trabajo encargado de elaborar una ley que regule los diversos aspectos relacionados con la investigación biomédica y las técnicas de reproducción asistida. Este Proyecto de Ley tiene como objetivo:

- Regular la aplicación de las técnicas de reproducción asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas.
- Regular la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en la prevención y tratamiento de las enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en esta ley.
- La regulación de los supuesto y requisitos de gametos y preembriones humanos crioconservados.

En este sentido, este proyecto de ley busca regular la implementación de las técnicas de reproducción asistida en la realidad peruana, el cual contiene en sus capítulos:

- Primer capítulo, el cual contempla los artículos 1 al 4 señala el objetivo de la ley, las condiciones científicas y clínicas que permiten el acceso a la sociedad, las condiciones personales de las técnicas, donde el legislador menciona que el uso de estos procedimientos se dará cuando haya posibilidades razonables de éxito, el cual no deberá suponer riesgo a la salud.
- Segundo Capítulo. - observa los artículos 5° hasta el 10°, pretende regular todo lo relativo a los contratos de donación, es decir, aquellas personas donadoras de gametos o las receptoras, así como la determinación de la filiación
- Tercer capítulo, los artículos 11° hasta el artículo 13°, establece la crio conservación de gametos y preembriones y otras técnicas coadyuvantes a las técnicas de reproducción asistida
- Cuarto capítulo se regula la investigación con gametos y preembriones humanos.

En análisis de este proyecto de ley ha sido encargado a las distintas instituciones nacionales, las cuales han emitido las siguientes opiniones legales:

Cuadro N.º 03.

PROYECTO DE LEY N° 1722/2012-CR LEY QUE REGULA LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA					
OPINIONES LEGALES DE LAS DISTINTAS INSTITUCIONES					
Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables	Universidad San Martín de Porres	Ministerio Público	Universidad de Piura	Instituto de Medicina Genética	Informe Legal N° 026-2013-JUS/DNAJ
Menciona que este proyecto de ley objeto materia de análisis es una copia literal de la Ley Española 14/2006 del 27 de mayo del 2006, desde su artículo 1° hasta el artículo 16°, dejando de lado los demás articulados que proponen un régimen de infracciones y sanciones, definiendo las conductas prohibidas y determinando las sanciones correspondientes, hecho que es omitido en el Proyecto de ley 1722/2012-CR; por lo que no se puede efectuar un análisis técnico legal de un	Este proyecto fue calificado como un acierto, pues permitirá regular la reproducción asistida en el Perú y recomienda que “(...) las entidades e instituciones que realicen estas técnicas deberán ser altamente especializadas, calificadas y acreditadas internacionalmente con el fin de asegurar la calidad de los profesionales médicos y técnicos, así como de los equipos científicos que se utilizan en estos procesos.	Con oficio N° 0316-2013-MP-FN-SEGFIN, de fecha 07 de enero del 2013, suscrito por el secretario General de la Fiscalía de la Nación remite el Oficio N° 4091-2012-MP-FN-IML/JN, esta opinión técnica sobre el proyecto de ley 1722/2012-CR, el mismo que señala la necesidad de estado peruano en regular toda actividad relacionada con el manejo de material	Recomienda las técnicas de reproducción asistida han de permitirse exclusivamente a matrimonios o a una relación similar al matrimonio; (ii) ambos progenitores deben estar vivos cuando se practique la técnica, prohibiéndose la implantación de embriones post mortem, y la pareja deberá tener la capacidad de procrear, (iii) las técnicas de fecundación asistida no son un derecho de las personas y por ende no pueden regularse como medio alternativo para procrear, (iv) se menciona que deberá permitirse únicamente las técnicas de fecundación homóloga con los mismos gametos de la pareja y que no vulneren la dignidad de los nacidos; (v) se prohíbe expresamente la maternidad subrogada, tanto en su modalidad de	Alude estar de acuerdo con todos los artículos el proyecto de ley a excepción del artículo 10, al considerarla discriminatoria para aquellas mujeres que en forma congénita o por alguna intervención quirúrgica carecen de útero o presentan algún defecto anatómico, les impide llevar a cabo un embarazo a pesar de producir óvulos normales.	Reconoce la complejidad de las materias tratadas en el Proyecto de Ley, como el régimen de donación de gametos, la protección de datos de donantes, y el tratamiento del pre- embrión y embrión de las que amerita un amplio debate y profundo

proyecto referido a una ley vigente actualmente en España cuya estructura socio, económico, legal y desarrollo constitucional diferente a la realidad peruana		biológico humano.	vientre de alquiler como cesión de útero, puesto que transgrede la indisponibilidad del estado civil de la persona, (vi) se han de imponer sanciones administrativas y pecuniarias a los centros médicos que lleven a cabo métodos prohibidos por la ley.		
---	--	-------------------	---	--	--

Es en este sentido que, ante esta situación y el análisis de las opiniones legales de las distintas Instituciones y el informe jurídico del Congreso de la República del Perú, que ha indicado que el proyecto de ley N° 1722/2012-CR no es compatible con nuestro orden jurídico, ya que, si fuera promulgado sería una constante vulneración de los derechos fundamentales de la sociedad peruana.

3.1.1.2.- Proyecto de Ley N° 1724/2012-CR Ley que regula la investigación Biomédica

Este proyecto de fue presentado por el Congresista Javier Diez Canseco Cisneros del Grupo Parlamentario Acción Popular- Frente Amplio, este Proyecto de Ley, tiene por objeto organizar, controlar, promover y sistematizar la investigación biomédica en el Perú; de esta manera, el análisis realizado por las distintas instituciones son las siguientes:

Cuadro N.° 04:

PROYECTO DE LEY N° 1724/2012-CR LEY QUE REGULA LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA	
<p>Informe Legal N° 027-2013-JUS/DNAJ. – Con fecha 14 de marzo del 2013, la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico (DGDOJ) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS), advierte que el Proyecto de Ley adolece de una serie de omisiones sustanciales que requieren mayor estudio y precisión para una adecuada aplicación:</p>	<p>No determina de manera clara y precisa en que consiste la investigación biomédica, los criterios y las variables de investigación.</p> <p>No establece una serie de principios que deben tenerse en cuenta para la realización de cualquier actividad relacionada con la investigación biomédica, tales como los señalados en el Decreto Supremo N° 011-2011- JUS; que sería un punto de referencia para una futura regulación.</p> <p>Se aprecia que existen algunas definiciones estipuladas en el proyecto de ley que debería ser modificadas acordes con lo previsto en los instrumentos internacionales y nacionales sobre la materia, así como los términos que la jurisprudencia ha desarrollado, advirtiéndose que no existe desarrollo adecuado al termino de consentimiento informado.</p> <p>En cuanto al artículo 9° del Proyecto de Ley, referente a poblaciones en situación de vulnerabilidad, esta Dirección General recomendó que, adicionalmente a la aprobación de la autoridad o institución competente para proceder a la investigación, debería requerirse la participación de la Defensoría del Pueblo y el Ministerio Público como observadores, a efectos de validar la obtención del consentimiento informado, sin perjuicio de las demás instituciones públicas especializadas y organismos autónomos vinculados a la protección de dicho sector de la población, conforme a sus competencias.</p> <p>La Dirección General sugirió que el Proyecto de Ley, deberá establecer un tiempo máximo de conservación de los datos genéticos, así como su tratamiento cuando ellos sean datos asociados y el procedimiento para la disociación de estos.</p> <p>Dirección General advirtió la problemática del artículo 5° del Proyecto de Ley, sobre el embrión, siendo que, este proyecto de ley no determina bien el concepto de embrión el cual causa incompatibilidad con las normas internacionales y nacionales. Es por ello por lo que, las normas internacionales y nacionales reconocen al concebido como titular de derechos, además que la vida humana y el conjunto de derechos que ella conlleva surge desde la concepción.</p>
	<p>Este proyecto de ley busca garantizar el pleno respeto a la dignidad e identidad humana, así como los derechos fundamentales inherentes a las personas.</p>

<p>Dictamen de Inhibición de la Comisión de Justicia y Derechos.</p>	<p>El ámbito de aplicación de este proyecto es todas las personas naturales o jurídicas, publicas p privadas, nacionales o extranjeras que realicen investigaciones biomédicas con fines de desarrollo e innovación tecnológica en el campo de la salud dentro del territorio peruano.</p> <p>La ley presenta un glosario de definiciones y contempla el establecimiento de los principios baja los cuales se rige cualquier actividad de investigación biomédica.</p> <p>Norma los temas referidos al consentimiento informado, el derecho a la información y confidencialidad; los datos genéticos, muestras biológicas y los biobancos; los ensayos clínicos; la rectoría de la investigación; la promoción y coordinación de la investigación biomédica en el sector de salud; el control ético de la investigación biomédica, así como las medias de seguridad y sanciones a imponerse por la comisión de conductas que se tipifican como infracciones en los reglamentos.</p> <p><u>El análisis realizado en el Dictamen se ha señalado que el Proyecto de Ley 1724/2012-CR, debe contar con mayores puntos de observación si se piensa en su posterior aplicación como ley, para lo cual se indica que:</u></p> <p>Este dictamen menciona que el proyecto de ley no determina de manera clara y precisa en que consiste la investigación biomédica y los criterios y variables de la misma, así como no se observa el establecimiento de plazos máximos de conservación de los datos genéticos.</p> <p>Menciona que puede surgir una preocupación constante en la forma en la que plante el proyecto de ley la definición de embrión, pues los términos empleados por él y las normas internacionales se observa una falta de unanimidad, hecho que podría causar problemas.</p> <p>El proyecto de ley bajo análisis no ha incorporado términos que la legislación internacional ha incorporado, es decir, definiciones como “dato anónimo”, “dato codificado”, “procedimiento invasivo”; entre otros que podría ser relevantes para efectos del tratamiento que se dé a los datos genéticos.</p>
---	--

En este Dictamen la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, acordó por unanimidad inhibirse de dictaminar el Proyecto de Ley 1724/2012-CR, la cual comunico su decisión a la Comisión de Salud y Población.

3.1.1.3.- Proyecto de Ley N° 3313/2018-CR Ley que garantiza el acceso a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Con fecha 07 de septiembre del 2018, el congresista Richard Acuña Núñez, miembro del Grupo Parlamentario Alianza para el Progreso suscribe el Proyecto de Ley N° 3313/2018-CR “Ley que garantiza el acceso a técnicas de reproducción humana asistida”, cuyo objetivo es garantizar el acceso integral a técnicas de reproducción humana reconocida por la Organización Mundial de la Salud, así como reconocer la infertilidad como enfermedad, con el fin de otorgar posibilidades de solución necesarios para el fin de la procreación humana, el análisis de dicho proyecto fue realizado por:

Cuadro N° 05

PROYECTO DE LEY N° 3313/2018-CR LEY QUE GARANTIZA EL ACCESO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA	
INSTITUCIONES	OPINIONES
Seguro Integral de Salud	Opina que este proyecto está sujeto a mejoras incorporando un análisis de costo- beneficio, el estudio de carga de enfermedad, los planes combatibles con las prioridades sanitarias del sector.
Superintendencia de Banca, Seguros y AFP	Menciona que no es competente.
Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología	Menciona que: el proyecto es una excelente iniciativa para normar tratamientos de reproducción en el Perú, lo que resalta en su opinión es las observaciones de carácter científico con relación a las terminologías empleadas en el proyecto.

Instituto Nacional Materno Perinatal	Señala que: Si bien es cierto el proyecto es bueno, deja una brecha ya que esta estandarizado a nivel mundial que estos procedimientos se realicen hasta 50 años, siempre que la salud de la mujer sea óptima.
Ministerio de Salud	Indica que: es necesario y prioritario la regulación de una actividad médica sin marco normativo actual, sin embargo, debe considerarse que no existe determinación de demanda potencial por lo que puede traer problemas a su implementación darle un carácter garantista. Sugiere que el título señale “Ley que regula las técnicas de reproducción humana asistida”. Agrega que la propuesta en cuanto a costo de efectividad es débil y no acorde con la realidad porque irroga gastos al Estado. La implementación de las técnicas en los seguros de atención obligatoria tiene un alto costo, que implica mayor gasto para las IAFAS públicas y privadas, concluye que la iniciativa resulta inviable.
Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo,	Este proyecto de ley significa un alto costo para ESSALUD y el Ministerio de Salud, por el uso de recursos económicos, humanos tanto para atender la atención de la infertilidad como la atención obstétrica y perinatal que no se ha cuantificado en la iniciativa.

Actualmente no hay pronunciamiento con respecto a este proyecto por lo que se sabe que con fecha 01/06/2020 se encuentra en la Comisión Salud y Población, Justicia y Derechos Humanos, esperado el Dictamen Favorable Sustitutorio Salud y Población Mayoría- falta dict. Justicia.

3.1.1.4.- Proyecto de Ley N° 3404/2018-CR Ley que Regula los Requisitos y Procedimientos de la Maternidad Solidaria mediante el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida como derecho humano a ser madre

Este proyecto suscrito por la congresista Estelita Sonia Bustos Espinoza, presentado al congreso con fecha 18/09/2018, dicho Proyecto de Ley tiene por objeto “(...) modificar el artículo 7° e incorporar el artículo 7-A a la Ley N°26842, Ley General de Salud, con la finalidad de evitar vacíos legislativos respecto a que en la actualidad sólo pueden acceder a dicha técnica las personas que presenten el diagnóstico de infertilidad, es decir que la madre genética y la madre gestante sean la misma persona, en consecuencia, dicha modificación regulará el procedimiento cuando terceras personas opten por colaborar con la técnica de reproducción humana asistida, así como el de establecer los requisitos y condiciones a presentar por las partes que voluntariamente accedan a la maternidad subrogada de forma solidaria y sin fines de lucro, a efectos de evitar vicios en el acuerdo contractual, así como evitar la mala praxis por parte de las clínicas y/o hospitales que lleven a cabo estos procedimientos, los mismos que deben contar con los protocolos médicos necesarios, caso contrario serán terceros civilmente responsables de las imprevistos que podrían suscitarse, sin perjuicio de ser sancionados penalmente según corresponda y finalmente evitar así actos de tráfico humano y trata de personas. La presente iniciativa legislativa permite salvaguardar el derecho humano a fundar una familia, así como el derecho a acceder a las técnicas de reproducción asistida, siempre que ello no afecte los derechos de terceros (...)”. Es así que, la Comisión ha solicitado las opiniones legales de las siguientes instituciones como lo detalla la tabla de Dictamen 06-2020-2021/CSP-CR:

Cuadro N.°06

Proyecto de Ley N° 3404/2018-CR Ley que Regula los Requisitos y Procedimientos de la Maternidad Solidaria mediante el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida como derecho humano a ser madre	
INSTITUCIONES	OPINIONES

Defensoría del Pueblo	Ha señalado que este proyecto de ley es una propuesta inviable, al contener requisitos discriminatorios que restringen de manera arbitraria los derechos fundamentales
Colegio Médico del Perú	Manifiesta y propone que se dé la universalización del acceso al programa de reproducción asistida sin discriminación, por lo cual el Estado deberá mejorar y tutelar esta materia
Instituto Nacional Materno Perinatal	recomendó cambiar la terminología genes o material genético por gametos ya que en varias partes de la ley se describe como sinónimos, siendo lo último usado universalmente
Seguro Integral de Salud	Menciona que este proyecto de ley deberá contar un análisis costo- beneficio, así como el estudio de carga de enfermedad, los planes de beneficios compatibles con las prioridades sanitarias del sector de salud.
Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo	Observo que dicho proyecto carece totalmente del análisis Costo-beneficio que aporte los estudios financieros actuariales que demuestran la existencia de recursos financieros para solventa las ampliaciones de las PEAS respecto a las TERAS.

En la realidad actual para este proyecto no existe pronunciamiento, por lo que, su estado en la página web del Congreso de la Republica de nuestro país ha registrado que con fecha 01/06/2020 se encuentra en la Comisión Salud y Población, Justicia y Derechos Humanos, esperado el Dictamen Favorable Sustitutorio Salud y Población Mayoría- falta dict. Justicia.

3.1.1.5.- Proyecto de Ley 3542/2018-CR Ley que Regula el Uso y Acceso a los Tratamientos de Reproducción Humana Asistida

Este proyecto de ley presentado con fecha 11 de octubre del 2018, suscrito por la congresista Luciana León Romero del Grupo Parlamentario Aprista, el mismo que, en su artículo 1° objeto de la ley señala que “(...) La presente Ley tiene por objeto regular la utilización y el acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida por parte de la población, así como los requisitos mínimos que deben cumplir los centros y/o servicios de salud que las realicen, las responsabilidades de los equipos biomédicos interdisciplinarios, la promoción de la investigación biomédica, los derechos y obligaciones de los usuarios o beneficiarios que se sometan a este tipo de prácticas médicas, y su vinculación con la filiación, entre otros; protegiéndose en todo momento la dignidad humana de la persona, los derechos reproductivos de los ciudadanos y el interés superior del menor; en concordancia con la Constitución Política del Estado y la normatividad vigente (...)”. De esta forma, la comisión encargada de este tema busca la aprobación por medio de opiniones legales de las distintas instituciones de nuestro país, tales como:

Cuadro N° 07:

Proyecto de Ley N.° 3542/2018-CR Ley que Regula el Uso y Acceso a los Tratamientos de Reproducción Humana Asistida	
INSTITUCIONES	OPINIONES
Instituto Nacional Materno Perinatal	Han optado por darle una calificación positiva al proyecto expresando una serie de recomendaciones técnicas en relación a los gametos donados y la posibilidad de investigación
Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo	Manifiesto y observo que el proyecto carece de análisis costo beneficio; al contrario, el Colegio Médico del Perú, propone la universalización del acceso al programa de reproducción, sin embargo, manifiesta que no es competente para emitir su opinión.

Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología	Manifiesto que este proyecto es una buena iniciativa, para lo cual su mayor observación es respecto a las definiciones y términos empleados en el proyecto
Seguro Integral de Salud	Calificó a este proyecto carece de análisis de costo- beneficio, estudio de carga de enfermedad, los planes de beneficios compatibles con prioridades sanitarias del sector salud, para lo cual se recomendó mejorar dicho proyecto.
Ministerio de Salud	Señalo que la propuesta es positiva puesto que establece el problema como enfermedad siendo el Estado quien debe otorgar las garantías mínimas para que los ciudadanos vivan dignamente y accedan a tratamientos conforma a la Constitución. No obstante, se debe realizar un análisis científico, social, económico, ético y jurídico responsable, considerando las opiniones del Ministerio en su condición de órgano rector.

Finalmente, la última actualización de este proyecto no existe pronunciamiento, por lo que, su estado en la página web del Congreso de la Republica de nuestro país ha registrado que con fecha 01/06/2020 se encuentra en la Comisión Salud y Población, Justicia y Derechos Humanos, esperado el Dictamen Favorable Sustitutorio Salud y Población Mayoría- falta dict. Justicia.

SUBCAPITULO 3.2: INFLUENCIA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO

En nuestro país, uno de los problemas en la cuestión de vientre subrogado es la carencia de una legislación positiva, si bien el artículo 7° de la Ley General permite que toda persona pueda recurrir a este tipo de tratamiento siempre que “*la madre genética y gestante recaiga en la misma persona*”, es decir, la madre será aquella que gesta y aporta el material genético; sin embargo, a raíz de estos desarrollos no son aplicables a la realidad de la maternidad subrogada, de aquí que hay una realidad palpable, a pesar de no existir una regulación exacta en este tipo de prácticas, ello no implica que no exista la generación de conflictos de orden jurídico.

Por ello, a consecuencia de esta disciplina científica, es que se ha modificado la forma de procrear seres humanos en nuestro país, por lo que, para (Varsi, 2019) señala que, “(...) las técnicas de reproducción asistida se presentan como la última ratio, es decir, como la última forma para concebir un hijo (...)”; es ante este escenario que nuestro marco legislativo de este tipo de técnicas ha generado que se mantenga al margen del avance científico lo que ha resultado inadmisible frente al hecho que este tipo de desarrollos ha impactado a la vida del ser humano, principalmente porque el uso de estas técnicas ha hecho posible que el crear vida, de manera que antes era inimaginable y sobre todo no era concebido en el pensamiento de la sociedad.

Ante esta realidad jurídica en nuestro país es un contraste a las realidades que se presentan en los distintos países del mundo, tales realidades como Francia, España, Inglaterra, Estado Unidos, o realidades latinoamericanas como Argentina, Uruguay, México entre otras que han abordado este fenómeno científico y que ha permitido que su orden jurídico muestre un marco regulatorio; por lo contrario, en nuestro país la influencia del artículo 7° de la LGS² en la práctica de la maternidad subrogada, ha ocasionado la carencia de regulación y a consecuencia el Perú se ha convertido en potenciales paraísos biotecnológicos, en posibles mercados donde el menor se convierte en un producto de mercado mercado que se encarga, se compra y se vende, e incluso se devuelve o se cambia si no satisface al cliente, por ello según menciona (Mujer m. y., 2015) “(...) *Durante el embarazo,*

² LGS: Ley General del Salud

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

En este sentido la investigación por (Bascuñana,2018) indica que *“(...) Aunque existen diversos estudios que dibujan un efecto positivo de la gestación subrogada para la mujer gestante, revisando de forma más exhaustiva la literatura se encuentra que existen efectos negativos emocionales para algunas mujeres (Baslington, 2000; Ciccarelli, 1997). Probablemente, se den repercusiones negativas leves y transitorias en diversos grados para todas las mujeres. La mayoría son efectos secundarios generales en el embarazo y que implican malestar físico. Las mujeres que se convierten en madres sustitutas generalmente tienen la creencia de que tendrán embarazos normales, relativamente fáciles, pero si se presentan dolores y malestar significativo, así como complicaciones que conlleven un embarazo difícil, la experiencia del embarazo sin finalidad de maternidad se puede convertir en problemática. En ocasiones, las mujeres se arrepienten de su decisión de convertirse en madres subrogadas. (...).*

Por otro lado, para Rubio García, M., 2019. MATERNIDAD SUBROGADA: UNA VISIÓN GLOBAL. Master. Universidad Católica de Valencia., menciona que *“(...) la relación madre-bebé inicia a partir de las diez semanas de gestación y se fortalece durante todo el embarazo. La maternidad subrogada ignora la relación filial madre-hijo. Suprimir esta relación una vez que nace el bebé traerá consecuencias para ambos. En la madre podrá generar depresión y ansiedad después del parto. En el hijo se podrán presentar problemas de conducta durante la adolescencia (...)*”. Es por ello por lo que, es innegable que estos avances, nos enfrentan a nuevas formas de procreación, lo que nos obliga a replantear la situación puesto que estos avances se encuentran impactando en la vida de las personas, así como los aspectos jurídicos en sus diferentes planos, es decir, el impacto en relación al derecho familiar, derecho civil, derecho penal y derecho constitucional, estos cambios enfrentan de manera radical la realidad social frente al derecho.

3.2.1.- POTENCIALES PROBLEMAS EN EL EJERCICIO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Adicionalmente se han identificado que existen diversos problemas graves y preocupantes que pueden generarse a raíz de vientre subrogado, las mismas que implican un cierto riesgo para la sociedad y en su conjunto al orden jurídico, ya que pueden afectar a los derechos del ser humano; es ante este escenario que podemos identificar que dentro de los potenciales riesgos y las situaciones excepciones sobrevinientes hallamos a:

- ✓ El riesgo de comercialización y cosificación del ser humano
- ✓ El arrepentimiento por parte de la gestante o de los futuros padres (Que la madre gestante quiera quedarse con el nuevo ser o los futuros padres ya no lo quieran). (Álvarez, 2017)

- Enfermedad o malformación grave en el feto, la cual se traduce a la situación donde la madre gestante, ni la contratante quieran quedarse con el nuevo ser, por adolecer éste, por ejemplo, de problemas de salud, otra situación seria, que durante la gestación se advierta ciertas anomalías del concebido y la pareja contratante pretenda el aborto terapéutico, negándose a dicha práctica abortiva la gestante. (Álvarez, 2017)
- Cambios imprevistos durante el embarazo, como el divorcio o separación de los padres de intención durante el embarazo de la gestante, fallecimiento de la gestante o de los futuros padres. (Álvarez, 2017)

3.2.1.1. - Potencial riesgo de Cosificación del ser humano

Como primer problema que emprende la maternidad subrogada y las técnicas de reproducción asistida es el supuesto de la cosificación del ser humano, la misma que si partimos del supuesto que muchas investigaciones y legislaciones plasman a los acuerdos de maternidad subrogada como contrato, es que se da el principal riesgo de cosificación y comercialización humana, que esta técnica supondría que tanto la mujer que presta su vientre como el niño es el principal objeto de la contratación.

Por este motivo, podemos señalar que al hablar de cosificación del ser humano tenemos que indicar que esta situación puede afectar tanto al menor producto de la gestación por sustitución o a la madre gestante que presta su útero para realizar estos procedimientos. Es así que, cuando señalamos a la cosificación de la mujer gestante para García Rubio, M & Herrero Oviendo, M. (2018) afirma que “(...) la maternidad subrogada, figura en cuestión supone la mercantilización inícuca del cuerpo de la mujer gestante, quien a la postre resulta tratada como un medio para obtener los fines de otros, violando así el segundo imperativo kantiano (en contra, Atienza, 2017). En lugar de como una persona revestida de la dignidad humana que le es inherente, la mujer es considerada como una cosa reducida a su valor de mercado lo cual, en definitiva, ha de ser considerado como una forma más de explotación y violencia contra las mujeres, así como una peligrosa alianza entre patriarcado y capitalismo del que puede derivar la pérdida de los derechos que las mujeres hemos tardado tanto en conquistar (Salazar, 2017) (...)”. Mientras tanto, para Albert Marta. (2017) informa que “(...) En el año 2015, la Unión Europea publicó su Informe anual sobre Derechos Humanos y Democracia en el Mundo (2014), en el que encontramos una condena explícita de la subrogación, cuya prohibición se recomienda. Así, dentro del apartado a los derechos de las mujeres y de las niñas, en su párrafo 115, el texto “condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que, su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos (...)”. Por otro lado, ante el gran problema de la posible cosificación del ser humano, puesto que, como menciona Albert Marta. (2017), quien cita la famosa sentencia del caso Paradiso y Campanelli c. Italia (24 de enero de 2017) ha señalado que “(...) El juez Dedov firmó otro voto concurrente en el que se plasma un razonamiento determinante para la tesis que sostiene este trabajo. La argumentación del

magistrado sitúa el problema de la maternidad subrogada en una perspectiva global y lo contempla desde el punto de vista de la discriminación a nivel mundial. A su juicio, es muy difícil desvincular la subrogación del tráfico de personas: human trafficking goes hand in hand with surrogacy arrangements. Precisamente los hechos de este caso nos muestran, en su opinión, cuán fácil puede resultar que el tráfico de seres humanos sea presentado formalmente como un pacto de subrogación. La realidad es que la subrogación implica un lucro que se obtiene del empleo del propio cuerpo, lo que está expresamente prohibido por el artículo 3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Como señala Dedov, la subrogación tiene lugar mayoritariamente en países pobres, empleando como gestantes a mujeres pobres, que son contratadas por personas sanas procedentes de países desarrollados y también por celebrities. Personas que están en posición de participar o influir en los parlamentos nacionales. El magistrado considera “extremadamente hipócrita prohibir la subrogación en el propio Estado para proteger a las mujeres locales, y simultáneamente permitir el empleo de la subrogación en el extranjero”. Por eso, a su juicio, la subrogación implica un gran desafío para las naciones europeas. Implica optar entre permitir o no que el cuerpo humano se convierta en un producto de mercado; entre permitir o no que mujeres vulnerables y sin formación “opten” por la explotación de sus cuerpos; implica escoger entre crea una “sociedad dividida en insiders y outsiders, dividida entre naciones desarrolladas y subdesarrolladas” o una sociedad internacional igualitaria (...).

De tal manera es que, en las legislaciones del mundo que optan por llamar a los acuerdos de maternidad subrogada como contratos, son aquellos países que en su mayoría prohíben, tal es así el caso de Francia, España, Holanda y Alemania que este tipo de contrato está prohibido por considerarla que atenta contra los principios fundamentales del ser humano y a la vez tratan de cosificar y comercializar a humanos creados por esta técnica; en este sentido para aquellos países que no se encuentran regulado o existe insuficiencia normativa, ha generado que según Izaguirre. (2016) “(...) *muchas parejas se aprovechan de estos vacíos legales para alquilar vientres de madres en países del Global South, debido a que las tarifas son mucho más bajas que en sus países de origen. Por ejemplo, tener una madre subrogada en EEUU puede costar entre \$150 mil y \$200 mil, mientras que en México o la India esa cifra se reduce a solo \$50 mil (...)*”

De esta forma, se resalta la posibilidad inédita que se puede suscitar ante un uso indiscriminado y sin regulación del vientre subrogado, siendo así que, que según la investigación realizada por Mujer, Madre y profesional de profesionales por la ética. (2015), resalta que “(...) En muchos países, la subrogación se encuentra invariablemente unida a las redes de prostitución, ofreciendo a las mujeres un trabajo respetable o el pasaporte a cambio de la subrogación. La venta o alquiler del propio cuerpo implica, en última instancia, a la totalidad de la persona, y las secuelas psicológicas de la maternidad de alquiler son evidentes. En una época en la que cada día se constatan con mayor evidencia científica los lazos que se crean entre la madre y el hijo durante el embarazo, algunos pretenden, sin embargo, hacer creer a la sociedad que un vientre de alquiler es algo aséptico, sin consecuencias psicológicas ni para la madre ni para el hijo (...)”. Sin embargo, entre una de las consecuencias que conduciría la maternidad subrogada es según (Aznar Lucea & Tudela Cuenca, 2018) señala que “(...) a ruptura del apego materno filial en la maternidad subrogada puede favorecer el desarrollo de trastornos físicos y psíquicos

en madre e hijo, que en este último se pueden expresar fundamentalmente en su adolescencia, como pueden ser depresión, ansiedad, problemas psíquicos y psicológicos, sentimientos de inseguridad e incluso tendencias suicidas (...).”

Es así que, a medida que la sociedad utiliza estos tratamientos, mayores son los riesgos que con lleva a se genere una cosificación y comercialización del ser humano, dentro de los cuales el niño formará parte de una contratación que a la larga se convertirá en un problema de venta de niños o tráfico de menores, es por ello por lo que, según Boer-Buquicchio, M, (2017) en el informe de la relatora especial sobre la venta y explotación sexual de los niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás materia que muestre abusos sexuales de niños, (2018), señala que “(...) En el informe se señalaba la presencia de prácticas potencialmente explotadoras en relación a los niños nacidos de acuerdos de gestación subrogada, tanto en contextos no regulados como regulados, y se proporcionaban análisis y recomendaciones sobre la aplicación de la prohibición de la venta de niños en relación con la maternidad subrogada. En particular, la Relatora Especial invitó a todos los Estados a que protegieran los derechos de todos los niños nacidos de madres de alquiler, independientemente de la condición jurídica del acuerdo de maternidad subrogada con arreglo al derecho nacional o internacional, incluyendo la protección del interés superior del niño, protegiendo los derechos a la identidad y al acceso a los orígenes y cooperando internacionalmente para evitar la apatridia. El informe pretendía ser un punto de partida para una mayor investigación sobre la maternidad subrogada por parte de otros mecanismos de derechos humanos y organismos de las Naciones Unidas, en particular en lo que se refiere a los derechos de la mujer. Varios organismos de las Naciones Unidas organizaron en Bangkok en 2018 una reunión de un grupo de expertos sobre la maternidad subrogada y los derechos humanos, en la que se destacó que los enfoques legislativos y normativos de la maternidad subrogada debían basarse en un marco de derechos humanos para garantizar los derechos de todas las partes interesadas y prevenir las prácticas de explotación. Si bien se centra en las salvaguardias para la protección de los derechos del niño, la Relatora Especial también reconoce la indivisibilidad de los derechos humanos y que esas salvaguardias deben estar en consonancia con la protección de los derechos humanos en general, dado que la maternidad subrogada repercute en la realización de los derechos de múltiples partes interesadas, en particular las mujeres que actúan como madres de alquiler, donantes de gametos y aspirantes a padres (...)”. Ante una creciente industria en crecimiento impulsada por la demanda, donde los intereses comerciales pueden ser un factor predominante, la maternidad subrogada constituye un área de preocupación para los derechos y la protección del niño según lo informo Maud de Boer-Buquicchio relator especial de la ONU sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil.

Por otro lado, para (Aznar Lucea & Tudela Cuenca, 2018) indica “(...) La satisfacción de los deseos de las personas que quieren un hijo tiene un límite, el bien del hijo. Un hijo es una persona, con sus derechos, y nadie tiene absoluto dominio sobre él. La maternidad subrogada pone de manifiesto el dislate que es considerar al hijo como un derecho que impulsa a poseerlo de cualquier manera. El hijo no es una cosa, un objeto de propiedad para subvenir necesidades de quien lo posee y que se puede adquirir a través de una compra. Si así fuera se estaría cosificando el hijo, algo éticamente inaceptable

(...)”. mientras tanto en nuestro país, existen mafias extorsionadoras, la misma que se ha reflejado en titulares de periódicos nacionales estas situaciones altamente alarmantes se ha reflejado en la realidad peruana, tales como:

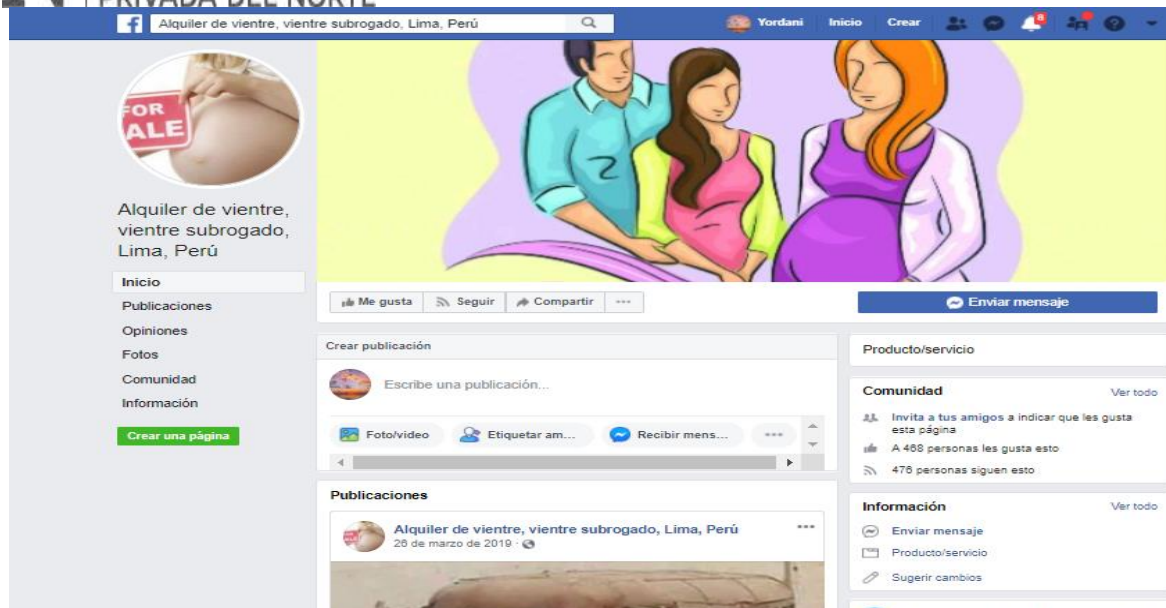
GRAFICO N°01: Noticias



The image shows a screenshot of a news article from the website Perú21. At the top, there is a navigation bar with the website name 'Perú21' and several menu items: 'TEMAS: Lo Último', 'Coronavirus En Perú', 'Toque De Queda', 'Coronavirus USA', and 'Coronavirus Ecuador'. Below the navigation bar is a banner image of a baby with the text 'HE'S STARVING. WE'RE NOT. IT'S TIME TO SHARE.' in blue and red boxes. The article title is 'Se incrementan las mafias que ofrecen vientres de alquiler' (Subrogated wombs increase). The sub-headline reads: 'Vacío legal. Bandas se aprovechan de la ausencia de leyes que reglamenten una extendida práctica en nuestro país.' (Legal vacuum. Bands take advantage of the absence of laws that regulate a widespread practice in our country). There are two images: one showing hands touching a pregnant belly, and another showing a modern kitchen with the text 'Encuentra tu lugar >' and the 'Urbania' logo. The article text states: 'Cobran entre 10 mil y 30 mil dólares por cada niño gestado. (US\$)' (They charge between 10,000 and 30,000 dollars for each child gestated. (US\$)). It also mentions: 'Este semana, Paul Frank Palomino Cordero y su conviviente, Isabel Castro Muñoz, fueron detenidos en Santa Anita por extorsionar a una pareja a la que le habían alquilado el vientre de esta última por 50 mil dólares.' (This week, Paul Frank Palomino Cordero and his partner, Isabel Castro Muñoz, were detained in Santa Anita for extorting a couple to whom they had rented the womb of the latter for 50,000 dollars.). The article is dated 'Actualizado el 27/01/2012 a las 07:01' and includes social media sharing icons.

(Periódico Nacional Perú, pág 2, 2012)

GRAFICO N° 02: Anuncio



Página de Facebook, alquiler de vientre, vientre subrogado, Lima, Perú

3.2.1.2. - Situaciones Excepcionales de la Maternidad Subrogada

En este acápite versaremos en aquellas situaciones excepcionales de la maternidad subrogada que, según así lo expresa Mestre, C. (2015). *Gestación Subrogada a Nivel Internacional: ¿Dónde es Legal. Babygest. Es*; quien menciona que en el vientre por sustitución existen incidencias que afectaran a los derechos del menor nacido por esta técnica, de tal manera señalaremos:

3.2.1.2.1. Primer supuesto: El arrepentimiento por parte de la gestante o de los futuros padres

Este primer supuesto se basa en dos situaciones que en la maternidad subrogada es posible de suscitarse, por lo que, para intentar comprender este supuesto es necesario resaltar que, este hipotético caso supone un acuerdo de subrogación ya sea contractual o un mero un acuerdo que las partes establecen para procrear al menor mediante vientre por sustitución; por lo que según Rodríguez- Yong & Martínez Muñoz, (2012) indica que "(...) el estado de Michigan definió el contrato así:

Surrogate parentage contract" means a contract, agreement, or arrangement in which a female agrees to conceive a child through natural or artificial insemination, or in which a female agrees to surrogate gestation, and to voluntarily relinquish her parental or custodial rights to the child. It is presumed that a contract, agreement, or arrangement in which a female agrees to conceive a child through natural or artificial insemination by a person other than her husband, or in which a female agrees to surrogate gestation, includes a provision, whether or not express, that the female will relinquish her parental or custodial rights to the child. [Un "contrato de ascendencia subrogada" significa un

contrato, acuerdo o arreglo en el cual una mujer acuerda concebir un niño mediante inseminación natural o artificial, o en el cual una mujer acuerda sustituir en la gestación, y voluntariamente renunciar a sus derechos parentales o de custodia sobre el niño. Se presume que en un contrato, acuerdo o arreglo en el cual la mujer acuerda concebir un niño por medio de inseminación natural o artificial por una persona diferente a su esposo, o en el cual la mujer acuerda sustituir en la gestación, incluye una provisión, expresa o no, de que la mujer renunciará a sus derechos parentales o de custodia sobre el niño (...)”

Tratándose de un acuerdo o un contrato por subrogación, esta problemática se generan problemas, los cuales indicaremos que la primera situación problemática se origina según menciona la tesis de Ruiz Martínez, R. (2013). Maternidad Subrogada "Revisión Bibliográfica" (Titulo de enfermera). Universidad de Cantabria quien cita a (Arteta, 2011) "(...) el caso "Baby M", que, en el año 1986 en Estados Unidos, creó múltiples debates por la popularidad alcanzada en los medios públicos. El problema apareció cuando una mujer embarazada, tras un acuerdo de maternidad subrogada mediante un contrato firmado por ambas partes, una vez nacida la hija, se arrepintió de entregarla al matrimonio contratante y decidió quedarse con ella. Esta mujer había sido inseminada con espermatozoides del varón de la pareja contratante y el conflicto de intereses terminó en los tribunales de justicia. Tras un arduo proceso de visita a la madre sustituta. En este conflictivo caso, se plantea las dificultades éticas y las complicaciones en relación con los derechos y responsabilidades parentales (...)"

Es en este sentido que, según Triviño Caballero, R. (2018). Entrevista a María José Guerra Palmero [en persona]. Islas Canarias. Informa que "(...) Resulta aterrador pensar en que cuando las mujeres "flaquean" un ejército de supuestos psicólogos induzcan técnicas de disociación para garantizar la entrega del bebé. Creo que este uso de dichas técnicas es directamente tortura psicológica. Si restas la vulnerabilidad de la ecuación, como impone la lógica de la entrega del producto, restas la humanidad y todo el planteamiento de la mal llamada Gestación Subrogada está pensado desde una insensibilidad que cada vez me parece más aterrador. Cuando empecé a pensar en el tema todos los escenarios estaban abiertos y con mi mente, entrenada en el pensamiento hipotético y abstracto, se abría un árbol de posibilidades igualmente legítimas. Hoy, tras tres años de leer todo lo que ha caído en mis manos sobre el tema, y de asistir a cómo países como la India han retirado a sus mujeres del mercado transnacional, en 2015, por ejemplo, creo que algo falla en nuestros razonamientos morales desencarnados, hipotéticos y condicionados por un "sentido común" producido por lo que podemos llamar el neoliberalismo reproductivo haciendo analogía de lo que la filósofa Ana de Miguel llama neoliberalismo sexual (...)"

Es por ello que, ante estas circunstancias el arrepentimiento de la madre gestante, por lo que se puede indicar que este remordimiento se deberá a un factor psicológico (Afectivo-emocional con el menor); dicho apego materno filial, según (Aznar Lucea & Tudela Cuenca, 2018) señala que "(...) El embarazo, "con sus preocupaciones, penas y alegrías, así como el

desafío y el estrés que significa el parto, crea un vínculo único entre la madre gestante y el niño. La subrogación da lugar a una ruptura drástica de este vínculo. La madre subrogada debe renunciar a establecer una relación de amor y cuidado durante toda la vida con el niño que gesta. El niño aún no nacido no sólo es colocado en un medio extraño biológicamente, sino también privado de lo que debería ser el amor ilimitado de su madre durante toda la etapa prenatal (...)

De esta manera, no son los únicos supuestos de arrepentimiento, siendo que, puede existir la situación en donde la madre gestante se arrepienta de ser madre subrogada, tal como lo demuestra (Gorjón, 2017) “(...) La última vez que Kelly Martínez dio a luz por encargo fue en enero del año pasado, en Custer, un pueblo de Dakota del Sur con poco más de 2.000 habitantes. Kelly entonces tenía 31 años y sobrada experiencia: llevaba tiempo alquilando su vientre. Lo había hecho dos veces. Con 20 años tuvo su primer embarazo. «No me tomaba esto como un trabajo, me gustaba estar embarazada, jamás he pensado que estaba comerciando con mi cuerpo», justifica Kelly desde el otro lado del Atlántico, recordando que en aquella época había dejado los estudios para poder ayudar a su madre, en quimioterapia por un cáncer.

De aquella gestación, por encargo de una pareja de homosexuales franceses, nacerían dos niños. Kelly repetiría y más adelante daría a luz a un bebé para una mujer que no podía ser madre. Y, un par de años después, a principios de enero de 2016, volvería a pisar el paritorio por encargo de un joven matrimonio madrileño, Mar y David, ambos con 41 años, ella profesora de Primaria y él empresario. Fue su tercer vientre de alquiler y último, «ya no habrá más».

Lo que en principio iba a ser una historia con final feliz terminó en una guerra entre la madre biológica (Kelly) y los padres españoles. Los problemas comenzaron con la primera ecografía. En camino venían dos niños varones. Y, según cuenta Kelly, la noticia no encajó bien con las expectativas del matrimonio. «Me dijeron: "¿Cómo qué esperas dos niños?"». «La madre no lo aceptaba porque, previamente a mi embarazo, ellos habían pagado un tratamiento de selección de embriones, pero yo no sabía que eso se podía hacer».

Y añade Martínez: «Al parecer el embrión de la niña no fue arriba en mi útero y el del niño se dividió de forma natural dando lugar a dos varones. Los españoles se enfadaron muchísimo y me mandaron repetir la ecografía. La madre todos los días me preguntaba cómo estaba hasta que de repente dejó de hacerlo. Así que, al ver esa reacción, empecé a desarrollar un vínculo especial con las criaturas que aún estaban en mi vientre, porque algo me decía que, tras su nacimiento, no se los iban a quedar».

Llevaba 35 semanas de embarazo cuando los riñones y el hígado empezaron a fallarle. En el hospital descubrieron que Kelly padecía preclampsia, una enfermedad propia de las mujeres embarazadas que se caracteriza por la aparición de hipertensión arterial y proteinuria, es decir, presencia de proteínas en la orina que daña los riñones principalmente y otros órganos como el hígado y el cerebro y también la propia sangre. Las complicaciones pueden llegar a poner en peligro la vida de la madre y del feto.

"Algo me decía que tras el nacimiento de los bebés la pareja de españoles no se los iba a quedar"

Pasado el susto, ya en la puerta del paritorio, la madre española le preguntó de nuevo: «¿De verdad son dos niños?». «Me he sentido explotada por ellos», lamenta la americana.

A ella le pagaron los 35.000 euros que estipulaba el contrato cuenta, pero no los gastos del tratamiento, que ascienden a 9.500 euros. Cantidad que Kelly le reclama a la familia española.

Tras esta experiencia su postura ante los vientres de alquiler ha cambiado radicalmente. «Jamás volveré a hacerlo, los niños son las víctimas de esto. Sufro todos los días por no saber nada de ellos. No me di cuenta del vínculo que se crea con ellos hasta que estuve enferma en el hospital y vi que los padres no los querían», explica.

Su historia llegó hasta la presidenta del Centro de Bioética y Cultura de EEUU, Jennifer Lahl, quien la ha ayudado en todo el proceso y le ha servido de psicóloga. Y también de intermediaria con la agencia Family Source Consultants, de maternidad subrogada, para reclamar esos 9.500 euros de la deuda.

La vida de Kelly es hoy muy diferente a la de aquella joven que alquiló su vientre con 20 años motivada por el dinero. Hoy en día recorre el mundo con la plataforma Stop Surrogacy Now, dando charlas para concienciar de que los vientres de alquiler pueden generar problemas (...). Estos problemas jurídicos que día a día son más evidentes, han sido relacionados con la filiación, el ejercicio de este tipo de maternidad ha generado la posibilidad de que se comentan actos delictivos.

3.2.1.2.1.2. Segundo supuesto: Enfermedad o malformación grave en el feto

En este segundo supuesto se presenta cuando según menciona (Aznar Lucea & Tudela Cuenca, 2018) indica "(...) Un problema que sí se puede plantear al recurrir a la gestación subrogada para conseguir un hijo, es que, en ocasiones, éste pueda padecer algún tipo de discapacidad, detectada durante el embarazo o tras el nacimiento, lo que hace problemática su gestación. Ante ello, se pueden plantear tres posturas: a) que la discapacidad sea asumida por los padres comitentes y acojan al niño nacido; b) que no la asuman y que la responsabilidad la trasladen a la madre gestante, tratando de resolver el problema, especialmente animándole a que aborte y c) que a la madre gestante se la obligue a hacerse cargo del niño nacido con la referida discapacidad cuando se plantea la opción del aborto, en ocasiones no es fácil determinar a quién corresponde esa decisión, la de abortar, si a los padres comitentes o a la mujer gestante, aunque en la mayoría de las ocasiones se les concede a los padres comitentes, por lo que a la mujer gestante se le puede imponer un aborto que puede no desear. De todas formas, la decisión de abortar, aunque se avale contractualmente, no exime de la responsabilidad moral que el aborto conlleva. (...)"

Muestra de este supuesto e la realidad que sufrió "Baby Gammy" quien según (Blanco, 2017) "(...) La explotación también está detrás de la decisión de Tailandia. En 2015 acotó la práctica

sólo a sus nacionales después de un caso que escandalizó al mundo, conocido como *Baby Gammy*. Una pareja australiana había contratado a una mujer tailandesa para que gestara a sus mellizos. Cuando descubrieron que uno de los dos, el niño, tenía síndrome de Down, era tarde para un aborto y además la gestante se negó. Los australianos decidieron entonces llevarse a su país solo a la niña. Meses después, se supo que el padre australiano había estado en prisión por pederastia en 1997.

El caso tailandés es singular, pero es un buen ejemplo de todo lo que puede ir mal y de cómo los derechos de las gestantes y los de los propios niños pueden quedar a expensas de la voluntad de los padres que inician el proceso, de las clínicas y de los intermediarios, a menudo en Estados pobres y corruptos (...)

Sin embargo, aún existen agencias que garantizan la perfección del menor como producto de comercio, muestra de ello es Baby Bloom, una agencia internacional que vende un paquete completo de maternidad subrogada y que tiene como sede Londres, que garantiza la perfección del menor, donde dicha página web afirma que **“Te animamos a establecer factores precisos como inteligencia, apariencia física y personalidad”**; nuestro equipo de expertos se encargará de analizar los informes médicos y genéticos”; En estos casos los niños nacidos por subrogación permiten abrir los ojos a las realidades ocultas en la maternidad subrogada, puesto que, al rechazar al menor con la calificación de “defectuoso”, los supuestos padres tratarían al menor como una mercancía que se puede devolver según los gustos y las demandas del mercado, ante este hecho mercantilista donde el menor es tratado como un objeto de comercialización ha generado que se vea afectado los derechos del menor y de la madre gestante producto de un deseo que a la larga podría generar un estado de vulneración de menor.

3.2.1.2.1.3. Tercer supuesto: Cancelación del embarazo subrogado

En este supuesto según (Álvarez, 2017) se refiere al hecho donde “(...) aunque no es algo habitual, tanto gestante como futuros padres pueden arrepentirse, en este caso se dice que se produce menor daño si el arrepentimiento se produjese antes de la creación y/o transferencia de los embriones al útero de la gestante subrogada. Si alguna de las dos partes implicadas decide cancelar el proceso durante la consecución del embarazo, podría producirse una situación de desacuerdo y perjuicio para la otra parte implicada (...).”

Muestra de ello, podemos mencionar que puede existir el arrepentimiento de la mujer gestante en realizar la gestación por sustitución, es así como lo señala (Bascuñana, 2018) “(...) Probablemente, se den repercusiones negativas leves y transitorias en diversos grados para todas las mujeres. La mayoría son efectos secundarios generales en el embarazo y que implican malestar físico. Las mujeres que se convierten en madres sustitutas generalmente tienen la creencia de que tendrán embarazos normales, relativamente fáciles, pero si se presentan dolores y malestar significativo, así como complicaciones que conlleven un embarazo difícil, la experiencia del embarazo sin finalidad de maternidad se puede convertir

en problemática. En ocasiones, las mujeres se arrepienten de su decisión de convertirse en madres subrogadas. Aparte de las alteraciones físicas y emocionales que ocurren en el embarazo, y que hemos visto con anterioridad, las mujeres ven disminuida su independencia. En los contratos de gestación suele haber severas restricciones en el estilo de vida de la gestante, lo que puede generar una sensación de falta de control sobre su propia vida y sobre lo que está ocurriendo (...)", entre otras supuesto que puede existir ante la existencia de la maternidad subrogada que genera diversos problemas éticos

Por otro lado, un motivo de la cancelación de subrogación para según (Aznar Lucea & Tudela Cuenca, 2018) es "(...) Otra circunstancia que se puede plantear es que el embarazo sea gemelar, triple o múltiple y que no quieran hacerse cargo de todos los niños los padres comitentes. En relación con este peligro es sabido que los embarazos múltiples, pueden entrañar más riesgo que los sencillos, lo que en ocasiones se soluciona aplicando la denominada "reducción fetal", es decir la eliminación del número de fetos que se considere oportuno, para dejar los que se desean, sin tener en cuenta la grave dificultad ética que ello significa (...)".

3.2.1.2.1.4. Cuarto Supuesto: el divorcio o separación de los padres de intención durante el embarazo de la gestante

En este supuesto nace a partir de la hipotética situación que según (Aznar Lucea & Tudela Cuenca, 2018) señala que "(...) no hay definida una postura concreta, es que hacer con el hijo si la pareja comitente se divorcia. Esto ocurrió con la niña Manji, nacida en India en 2008, como resultado de una maternidad subrogada comercial entre una pareja japonesa y una mujer india. En efecto, en 2007 el matrimonio Yamada, ambos japoneses, viajaron a India para contratar una madre subrogada de ese país y obtener el deseado hijo. Para conseguirlo se utilizó el espermatozoides del señor Yamada y un ovocito de una donante india anónima. Desafortunadamente antes de que el niño naciera los Yamada se divorciaron, naciendo el niño un mes después. A causa de su divorcio la señora Yamada, que como es obvio no estaba relacionada genéticamente con el niño, no quiso hacerse cargo del mismo, que finalmente fue acogido por la madre del hombre de la pareja contratante (...)". Este supuesto se resalta la importancia de establecer quien se quedara con él bebé, este supuesto según (Álvarez,2017), la separación de los padres puede producirse durante el embarazo, en este caso ¿quién deberá quedarse con el menor?; en estos caso se supone que los padres intencionales deberán ponerse de acuerdo con respecto a la custodia caso contrario será el juez quien acabe determinando quien se hará cargo del bebé, o se determinara conforme a los casos convencionales de aquellos hijos nacidos de manera natural.

Por lo que, según señala (Salgado, 2016) "(...) Si los padres de intención se divorcian, puede ocurrir que uno de los futuros padres o ambos decidan que ya no quieren continuar con el proceso de subrogación.

Hay países en los que antes de empezar el proceso de subrogación se otorga una sentencia de filiación para establecer que los padres de intención serán los padres legales de cualquier

niño nacido en el tratamiento. En caso de que exista esta sentencia, los padres de intención no pueden renunciar a la paternidad porque ya se ha establecido la filiación.

Sin embargo, hay países en los que la sentencia de filiación se concede una vez ha nacido el niño. Si no existe aún una sentencia de filiación en el momento del divorcio el juez establecerá a quién le corresponde la paternidad legal, si a los padres de intención o a la gestante. Si existe un contrato de subrogación, queda plasmada la intención de procreación de la pareja, al igual que la intención de la gestante de no quedarse con el niño. En este caso es probable que el juez determine que los padres intencionales son los que deben hacerse cargo del niño. Es importante destacar que esto va a depender del país y de si el contrato se considera vinculante o no, aunque la decisión la tomará el juez en base al interés superior del menor (...).

3.2.1.2.1.5. Quinto supuesto: fallecimiento de la gestante o de los futuros padres

Este supuesto nos lleva a suponer situaciones que en la realidad de la práctica es posible de realizarse como el posible fallecimiento del caso de óvulos y embriones en el caso de fallecimiento de la mujer, es en este sentido que, según (Santolaria Baig & Ramón Fernández, 2020) indica “(...) En la regulación actual no hay posibilidad de utilización del material de reproducción de la mujer, bien óvulos, o bien ya embriones, si no es a través de la gestación por sustitución o maternidad subrogada, actualmente prohibida por la indicación del artículo 10.1 de la Ley 14/2006- España (...)”. Esta situación que nos presenta es algo común en muchos países, pero nuestro país no es exenta de esta problemática que puede surgir a partir del uso del vientre subrogado como medio para la procreación.

Por otro lado, también existe el supuesto donde “según analiza (Santolaria Baig & Ramón Fernández, 2020) quien señala que “(...) “Uno de los problemas más relevantes que se plantean es si el hijo o hija que nace póstumo a través de las técnicas de reproducción asistida, tras el fallecimiento de su padre, y utilizando su material genético se puede considerar o no que es su hijo o hija”.

En el caso de que exista vínculo matrimonial: a) Se establece que no se podrá determinar legalmente la filiación, ni reconocerse efectos o relación jurídica entre el descendiente que nace mediante la utilización de las técnicas de reproducción asistida que se contemplan en al Ley 14/2016 y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón. En este caso, se excluyen, como regla general, salvo las excepciones que después veremos, la fecundación post mortem con material de reproducción del varón, así como la transferencia de embriones a la mujer, que hayan sido fecundados anteriormente, así como si se fecunda el óvulo de una donante con el material de reproducción del varón y se transfiere a la mujer. Es decir, si la mujer no está embarazada en el momento del fallecimiento, no se podrá determinar la filiación ni reconocerse ninguna relación jurídica. b) Se exceptúa el supuesto anterior en los casos en que el marido haya prestado su consentimiento en varias formas o instrumentos que

determina la propia Ley 14/2016, en su artículo 6.3 referente a las personas usuarias de las técnicas, por lo que, si la mujer está unida por vínculo matrimonial, precisará el consentimiento del marido, salvo que esté separada legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge que preste antes de la utilización de las técnicas deberá ser libre, consciente y formal. Este consentimiento, que podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de las técnicas, que debe prestar el marido para la utilización de su material de reproducción podrá hacerlo de la siguiente forma (Ramón, 2018): 1. Escritura pública ante notario. 2. En testamento, que puede ser común (ológrafo, abierto o cerrado) o especial (militar, marítimo o hecho en país extranjero). 3. En documento de instrucciones previas. El material de reproducción solo podrá ser utilizado en los 12 meses siguientes al fallecimiento del varón para fecundar a su mujer. Este plazo es el doble del que contemplaba la legislación anterior, que establecía el periodo para la utilización del material de reproducción en seis meses. Ello tendrá los efectos legales de la filiación matrimonial. Se establece una presunción de otorgamiento del consentimiento en los casos en que el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida que ya estuviera iniciado para transferencia de preembriones constituidos antes del fallecimiento del marido. En el caso de que no exista vínculo matrimonial: a) Podrá utilizar también el consentimiento para la utilización del material de reproducción, que le servirá como título para iniciar el expediente del artículo 44.8 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. También dispondrá de la acción judicial de reclamación de paternidad. En el primer punto del artículo 9 de la Ley 14/2006, se niega reconocer la filiación ni relación jurídica entre el hijo nacido por método de las técnicas de reproducción asistida y el varón fallecido, si estas técnicas han sido empleadas de forma posterior a la fecha de fallecimiento del varón. Sin embargo, en el segundo apartado, se señala la posibilidad de contrariar el primer punto, siempre y cuando el varón haya prestado su consentimiento, previamente a su fallecimiento, mediante un documento, ya sea en escritura pública, testamento o instrucciones previas, haciendo referencia al artículo 6.3. En caso de encontrarnos en esta situación, el material reproductor sí que podría ser utilizado por la mujer en un periodo posterior a 12 meses desde el fallecimiento, a diferencia de los 6 meses propuestos en las leyes anteriores. Este documento indubitado del padre consintiendo la fecundación servirá como título para la inscripción de la filiación natural. (...)

Sin embargo, también hallamos como un supuesto el (Álvarez,2017) presenta un supuesto donde “(...) la gestante muere producto del parto y con este hecho el menor también fallece en este caso menciona que “los futuros padres deberán asumirlo de la mejor manera”; siendo que nadie es culpable de este hecho (...).”

Por otro lado, (Álvarez,2017) habla del supuesto donde “(...) uno de los padres de intención o ambos mueren, por ejemplo, por accidente, supone también una situación problemática. Generalmente, en gestación subrogada, los futuros papás redactan un testamento **en** el que dejan constancia de quién debe hacerse cargo del recién nacido en caso de muerte de ambos (...).”

Por lo que cabe hacer un hincapié que, dicha problemática surgida a partir de situaciones del uso de las técnicas de reproducción asistida para (Valdés Díaz, 2020) “(...) La aplicación post mortem de técnicas de reproducción humana asistida ha sido generalmente rechazada por las concepciones éticas, religiosas y legales. Se esgrime el criterio de que moralmente son inaceptables, pues hacen nacer un hijo carente de padre o madre, y si bien existen hijos póstumos y niños huérfanos ello se debe a una situación inevitable, que no ha sido buscada a propósito (...)”.

Estos supuestos son algunos pocos que pueden existir en la realidad de la maternidad subrogada, es decir, las situaciones que provoca la maternidad subrogada ha conllevado muchas veces la afectación de los derechos, ya sea del menor nacido por esta técnica o los derechos de aquellos que quieren realizar sus tan anhelados, puesto que, frente a una realidad cambiante, es necesario que el derecho tome en regulación situaciones como estas con la finalidad de evitar que existan algún tipo de afectación a los derechos del ser humano.

Según menciona (Galarza Mariño, 2018), “(...) ante los nuevos casos el derecho se enfrenta a nuevos retos a fin de ofrecer una protección adecuada a la persona, y establecer la legitimidad o no de la procedencia a estas técnicas a la luz de los derechos involucrados (...)”; es por ello por lo que, en nuestro país muchos legisladores han optado por crear proyectos de ley que permitan regular a este tipo de técnicas.

3.2.2.- LA EXISTENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS INTERVINIENTES Y DEL MENOR NACIDO POR MATERNIDAD SUBROGADA

Al ser la gestación por sustitución una realidad latente en el Perú, es que nace este paradigma en el derecho a la luz de los nuevos retos que se presenta a fin de ofrecer una protección adecuada a las personas, siendo que, según Pereda, (2019), menciona en el diario el Periódico, diario español señala que “(...) para Alicia Mirayes, portavoz de la plataforma **No Somos Vasijas**, escribe el prólogo y lo primero que destaca es la manipulación del lenguaje, la manera de edulcorar la (triste) realidad. La maternidad subrogada no es tal sino vientres de alquiler, úteros que se contratan. Los padres comitentes son, en realidad, padres contratantes. Y el producto final, bebés cosificados y mercantilizados. La llamada donación o compensación es el pago del precio estipulado. El ensayo deja claro que la gestación subrogada se vende como algo natural en el que todas las partes salen beneficiadas: los padres “cumplen un sueño” y las madres gestantes son “ángeles altruistas”. Lo cierto, concluye la autora, es que hay una nueva clase social, nacida al auspicio del hipercapitalismo: tú puedes comprar un hijo (...)”; ante esta situación nos damos cuenta que la aplicación de la técnica de la maternidad subrogada, supone una problemática que con lleva a la afectación de los derechos de las personas, derechos reconocidos en un Estado democrático de derecho, la misma que el artículo 44° de nuestra Constitución Política prescribe como uno de los deberes primordiales del Estado, es garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.

Como vemos, las técnicas de reproducción asistida y maternidad subrogada forma parte de una problemática ya latente, por este motivo según Varsi , la maternidad subrogada se presenta como un acto de disposición del cuerpo humano que a su vez implica una técnica supletoria a consecuencia de la infertilidad, pero para muchos otros autores la existencia de esta técnica en si es considerada como una forma de instrumentalización de la mujer y del niño, es decir, cuando las personas acuerdan para llevar a cabo la procreación a través del vientre subrogado, muchos de estos son tratado como acuerdos comerciales en los cuales existe una retribución económica, que de cierta manera vendría afectando a la dignidad, entre otros derechos; por ello es por lo que, debemos saber que implica el concepto de derechos fundamentales, para luego dar un alcance de los mismos que se encuentran siendo afectados por esta técnica.

Si partimos del concepto de los derechos fundamentales, podemos mencionar el concepto dado por (Humberto Nogueira, 2005) quien a su vez cita a José Luis Ceaseñala menciona que “(...) *los derechos fundamentales son aquellos "derechos, libertades, igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa dignidad. Tales atributos, facultades o derechos públicos subjetivos son, y deben ser siempre, reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico, permitiendo al titular exigir su cumplimiento con los deberes correlativos (...)*”.

Por otro lado, el concepto dado por el Tribunal Constitucional en el fundamento 2 de la sentencia N°1417-2005-AA/TC, ha indicado que:

“(...) El concepto de derechos fundamentales comprende:

“tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.” (Peces-Barba, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999, pág. 37).

Consecuentemente, si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1º de la Constitución) (...)”.

A continuación, desarrollaremos aquellos derechos fundamentales los cuales se ven afectados y rebatidos entre sí por la maternidad subrogada, siendo esta técnica muy utilizada por las parejas que sufren de alguna enfermedad que no les permite tener hijos de manera natural; por lo que analizaremos los principales derechos vinculados a la gestación por sustitución y de esta manera abarcar aquellos derechos que se encuentran siendo afectados, por lo mismo tenemos que por un lado, el menor producto del uso de estas técnicas y sus derechos y por otro lado tenemos a los intervinientes que en sí son las parejas que recurren a este medio y la mujer que presta su vientre, es así que tenemos a:

3.2.2.1. – DERECHOS AFECTADOS DEL MENOR NACIDO POR LA TECNICA DEL VIENTRE SUBROGADO

3.2.2.1.1. - El Derecho a la Dignidad Humana

El concepto de la dignidad humana va intrínsecamente vinculada al derecho universal de toda persona, la misma que en las normas nacionales e internacionales reconocen como sujeto de derecho a la persona humana en todo cuanto le favorece, esta norma no deja de lado la protección dada al concebido, con el fin de analizar este derecho empezaremos dando una definición de lo que implica el derecho a la dignidad.

En primer lugar, cuando nos referimos a la afectación del derecho a la dignidad humana, ya que la práctica del vientre subrogado, es considerado como forma de instrumentalizar a la mujer como objeto de comercio, es decir cuando las personas acuerdan para llevar a cabo la procreación a través del vientre subrogado, muchos de estos son tratados como acuerdos comerciales en los cuales existe una retribución económica, que según la investigación de (Mujer m. y., 2015) menciona que “(...) *Durante el embarazo, el contacto entre la madre de alquiler y los padres que la han contratado se hace estrecho y todo son atenciones. Pero una vez que el procedimiento jurídico ha terminado y el contrato concluye, la pareja contratante desaparece y la madre de alquiler se convierte en un elemento innecesario, molesto y amortizado, en términos de mercado, y siente todo el peso de la explotación, de la separación del bebé (...)*”

Es ante esta situación en que muchas veces el derecho a la dignidad se le socavada por el trato comercial realizado entre las personas intervinientes, esta afectación, sin embargo, se ve limitado por el derecho de las personas en disponer de su cuerpo, no obstante, el derecho a la dignidad reconocido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, supone la protección primordial de todo ser humano; en tal sentido, el jurista Cesar Landa Arroyo menciona que “(...) *este derecho constituye la piedra angular de los derechos fundamentales de las personas y, por ello es el soporte estructural de todo el edificio constitucional, tanto del modelo político, como del modelo económico y social (...)*”

En virtud de este derecho, diversos cuerpos normativos han priorizado y han garantizado la realización de este derecho, dentro de los cuales la Declaración Universal de los derechos Humanos ha prescrito en su artículo 1° *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*; como la persona humana es considerado sujeto de derecho en las normas de nuestro Estado y en los distintos países, es de esta manera que según (Sanchez, 2018) indica *“(…) Que el sujeto de derecho es un centro unitario de imputación de derechos y deberes, o más en general, de situaciones jurídicas subjetivas (…)”*.

Es así que, siguiendo con a este marco de ideas podemos indicar que en la realidad internacional muchos de los pactos de derechos humanos han declarado al derecho a la dignidad como derecho base de toda sociedad, es así que estos preceptos universales fueron incorporados en los distintos tratados internacionales, dentro de los cuales hallaremos la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que estableció en su preámbulo que *“todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y de conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros”*; así como a la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 11° inciso 1 prescribe que *“toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”*.

Tal como podemos apreciar en estos cuerpos normativos internacionales, la dignidad humana es el derecho que tiene toda persona al ser considerado como sujeto único, es decir, un ser individual y social que cuenta características únicas por el hecho de ser una persona; por otro lado, en nuestro país no exento de esta protección puesto que según lo establece la Constitución Política del Perú en su artículo 1° y 2°:

Artículo 1.- Defensa de la persona humana

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

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

“Toda persona tiene derecho”:

“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”.

Precisamente la protección y la realización de este derecho dependerá exclusivamente del Estado, para esto el estado deberá garantizar el goce de garantías y niveles adecuados de protección a su ejercicio, por ello que, el Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la constitución política ha

emitido los distintos pronunciamientos donde se ha desarrollado a este derecho como un principio, especificando su contenido esencial, es así que en los posteriores párrafos ampliaremos y analizaremos lo que el Tribunal menciona con respecto a este derecho.

El Tribunal Constitucional en su sentencia N° 10087-2005-PA, fundamento 5, define a la dignidad de la persona humana como:

“(...) la dignidad de la persona humana constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquélla sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental. Pero la dignidad también es un dínamo de los derechos fundamentales; por ello es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, así como la fuente de los derechos fundamentales. De esta forma la dignidad se proyecta no sólo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo de la persona y de sus derechos (...)”
(STC 10087-2005-PA, fundamento 5).

Sin embargo, esta no es la única sentencia que el TC³ que analiza a la dignidad de la persona, por lo contrario en la STC N°02273-2005-HC, fundamentos 8 y 9, dispone la realización de la dignidad de persona humana:

“(...) la realización de la dignidad humana constituye una obligación jurídica, que no se satisface en la mera técnica de positivización o declaración por el Derecho, sino que los poderes públicos y los particulares deben garantizar el goce de garantías y niveles adecuados de protección a su ejercicio; y es que, la protección de la dignidad es solo posible a través de una definición correcta del contenido de la garantía.

Sólo así, la dignidad humana es vinculante, en tanto concepto normativo que compone el ámbito del Estado social y democrático del Derecho, aunque no comparte la naturaleza claramente determinada de otros conceptos jurídicos –v.gr. propiedad, libertad contractual, etc.– ello no puede llevarnos a colocarla, únicamente, en el plano prejurídico o de constructo filosófico. Pues, en la dignidad humana y desde ella, es posible establecerse un correlato entre el “deber ser” y el “ser”, garantizando la plena realización de cada ser humano. Este reconocimiento del valor normativo de la dignidad humana, atraviesa por establecer, (...), que en la fundamentación misma de los derechos fundamentales que potencia y orienta los desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales, se encuentra la afirmación de la multifuncionalidad que les es inherente, atendiendo a la diversidad de objetivos que pueden perseguir estos derechos en un sistema axiológico pluralista.

³ TC: Tribunal Constitucional

Este despliegue en múltiples direcciones inherente a los derechos fundamentales, (...), también se encuentra presente en la dignidad humana, que es comprehensiva enunciativamente de la autonomía, libertad e igualdad humana, siendo que todas ellas en sí mismas son necesidades humanas que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica (...) (STC 02273-2005-HC, fundamentos 8 y 9).

Ahora bien, como vemos en estos conceptos dados tanto en normas internacionales y nacionales sobre la dignidad humana ha llegado a establecerse como un fin supremo de toda persona, por lo que en palabras del maestro Cesar Landa Arroyo, la dignidad está fuertemente vinculada a los derechos fundamentales, en tanto que la protección y desarrollo de los derechos fundamentales también hay que encontrarlos en los valores propios de la dignidad del hombre; es por ello por lo que, a la luz de estos nuevos desarrollos biotecnológicos como es la maternidad subrogada, existen diversos cuestionamientos con respecto a las situaciones que se pueden suscitar en base al uso de las técnicas de reproducción asistida, siendo por ejemplo una de las incógnitas a resolver es ¿si el menor nacido de maternidad subrogada tiene una incapacidad como debería proteger el estado peruano al menor que los padres intencionales y la gestante rechazan?; por este motivo nos debatimos con respecto a si existe afectación de este derecho o no existe tal vulneración, es así que, al mencionar la afectación de este derecho dependerá de la situación en la se halle, pues no podríamos considerar a todos los casos como vulneración ya que este derecho se limita al derecho a la libre disposición que tiene toda mujer a decidir sobre su cuerpo.

3.2.2.1.2. – El Derecho a la Identidad

Como hemos señalado, en nuestro país la maternidad subrogada ya no es cosa de ayer, es decir, esta técnica que actualmente se viene usando en el país, así como en el mundo, ya no es cosa de pasado, puesto que, es más común ver titulares de noticias que anuncian que muchas parejas heterosexuales, homosexuales, o mujeres solteras recurren a estos procedimientos para generar descendencia, como su mismo nombre menciona la maternidad subrogada es aquella técnica de reproducción asistida que permite que una mujer preste su vientre para gestar un hijo para un tercero, siendo este método una alternativa de solución para ejercer la maternidad o paternidad (...). (Arámbula, 2008: 33) quien es citado por Estrada Mora, (2018)

De tal manera, es correcto afirmar que estos avances científicos considerados pioneros en la manipulación del genoma humano, han creado vida a través de la implantación de cigotos humanos en el vientre de mujeres a fin procrear y así solucionar los problemas que sufren las personas con alguna incapacidad o enfermedad que les impide procrear de manera natural (Bustamante, 2017).

En tal sentido, (Mercado Soto, 2019) afirma que “ *los contratos por vientre de alquiler, son contratos que en la mayoría de los países son prohibidos, puesto que estos vulneran los derechos personalísimos los derechos personalísimos de los niños nacidos bajo esta práctica, como el derecho a conocer su origen biológico, el derecho a la identidad (...)*”; es ante este escenario que podemos indicar que existe

una afectación al derecho a la identidad, por este motivo a continuación desarrollaremos a este derecho.

Es así que, cuando hablamos de la afectación al derecho a la identidad, es necesario precisar el concepto de identidad; es por ello por lo que, la Real Academia de la Lengua Española define a la identidad como el conjunto de rasgos propios de un individuo o de la colectividad que los caracterizan frente a los demás, en tal sentido podemos resaltar que la identidad es un elemento esencial para el ser humano ante la sociedad.

Por otro lado, el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social ha definido a la identidad como “(...) *la imagen de la persona que se proyecta a través de rasgos y signos característicos que son inherentes a ella y que la diferencian de las demás; estos rasgos son invariables en el tiempo y permiten a los demás conocer a la persona en sí misma, en lo que real y específicamente ella es.*

La identidad es el sello característico de cada persona, considera aspectos culturales, lingüísticos, religiosos y sociales que conlleva a que la persona se reconozca a sí misma y se distinga de las demás, presentándose con un nombre y una identificación (...)”

Precisamente la identidad es la conciencia que tiene una persona de ella misma, la cual es distinta a las demás personas, es decir, por sus características se le considera como persona única e irremplazable, es así que, la identidad se ha consagrado como un derecho fundamental que tiene todo ser humano, y como tal es de carácter universal, inalienable, intransferible e irrenunciable que constituye uno de los supuestos para el libre desarrollo de la personalidad del ser humano, el cual podría verse afectado si es desconocido por el Estado o por cualquier otra persona. (De Preperier, 2017).

Siendo que, la identidad como derecho se encuentra reconocido en el ámbito normativo nacional e internacional, de esta manera encontraremos a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el mismo que en su artículo 6° prescribe que:

Artículo 6.-

“Toda persona tiene derecho a una identidad y todas las leyes en el mundo deben reconocer la existencia de las personas”.

Así mismo, este derecho reconocido universalmente por las normas internacionales y los distintos organismos, ha dejado claro la importancia de este derecho, es así que, instrumentos internacionales como la Convención Americana de los Derechos del Niño, han reconocido a la identidad como un derecho fundamental de todo niño, así lo presenta los artículos de la referida convención los cuales han prescrito de la siguiente manera.

Artículo 6 :

1. *Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.*
2. *. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.*

Artículo 7 :

El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8 :

Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

De esta manera, el Perú no se encuentra excusado de este reconocimiento, por lo que, nuestra Constitución Política ha señalado al derecho a la identidad como:

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

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*

Por otro lado, nuestro Tribunal Constitucional, ha considerado que, entre los atributos de la persona, el derecho a la identidad ocupa un lugar primordial, el mismo que debe ser entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc. (Fundamento Jurídico 2 de la sentencia N° 05829-2009-PA/TC)

De esta manera, la identidad, como un derecho fundamental, se encuentra relacionado con la dignidad de la persona y el desarrollo de su personalidad, siendo este derecho un factor vitalicio, irremplazable, el que hace único al ser humano por su condición, este derecho nos diferencia de otros, por lo que, según (Navarrete Cazales, 2015) quien cita a (Mesa,2009) , menciona que “(...) la identidad significa “ser” este y no otro (...); el mismo que no limita al ser humano a conocer sus orígenes, es decir, el derecho que tiene todo ser humano a conocer quiénes son sus progenitores, de donde vienen, este es un panorama que se ha desarrollado con las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada, ya que por distintas razones el uso de estas técnicas, principalmente la maternidad subrogada, el material genético no concuerde con la mujer que lleva a cabo la gestación.

✓ **Derecho a la identidad genética. -**

Es a raíz de los desarrollos biotecnológicos que el derecho a conocer la identidad biológica y genética se materializado como un derecho emergente producto de las técnicas de reproducción asistida, la misma que trae consigo el derecho a conocer el origen biológico como parte de la identidad, puesto que, este derecho está sustentada en el principio de la verdad biológica que permite conocer quiénes son los progenitores; de esta manera, según (Muñoz Genestoux & Raúl Vítola, 2017) menciona que “(...) El ejercicio de este derecho implica un proceso previo. Para ejercerlo se debe haber tomado conocimiento acerca de cómo fue la concepción, es decir, disponer de información que alguien debe propiciar. En otras palabras, si los progenitores no dicen nada al hijo sobre el origen de su concepción, éste no tiene manera, más allá del descubrimiento casual, de cuestionarse sus orígenes, excepto en supuestos fácticos donde tal cuestionamiento sea una obvia consecuencia de la propia organización familiar (monoparental u homoparental). El legislador, por lo tanto, deberá facilitar el ejercicio de este derecho a toda persona que desee conocer, ya sea regulando un deber de informar a los hijos sobre el origen biológico o la forma de concepción, o permitiendo que este dato conste en un documento separado del Registro Civil, o bien en el historial clínico del hijo,...., Este mecanismo previo pone en evidencia el conflicto entre el derecho a conocer del hijo y el derecho a la intimidad personal de sus progenitores o del donante. Esta puja de derechos, que en principio parecerían encontrarse en un piso de igualdad, nos obliga a observar detenidamente cómo se afectan mutuamente. Ello nos lleva a concluir que la parte más vulnerable de estas relaciones humanas es la persona nacida mediante el uso de las TRHA, quien puede verse

privada, por voluntad de otros, de uno de los elementos constitutivos de su identidad. El derecho al conocimiento es inherente al principio de autonomía y el derecho de libertad. Nadie puede suplantar la decisión o el deseo de una persona a conocer sus orígenes, sean genéticos o biológicos, fundado en el derecho a decidir cómo criar a los hijos o a la intimidad personal (...)

El derecho a conocer los orígenes biológicos se sustenta la garantía del derecho a la verdad, la cual se encuentra establecida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se ha consolidado como una garantía establecida tanto en la Declaración Americana como en la Convención Americana, puesto que, según menciona el documento emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “(...) la Comisión y la Corte han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8° y 25° de la Convención Americana. Asimismo, en determinados supuestos el derecho a la verdad guarda relación con el derecho de acceso a la información, contemplado en el artículo IV de la Declaración Americana y el artículo 13° de la Convención Americana. Bajo dichas disposiciones, el derecho a la verdad comprende una doble dimensión. En primer lugar, se reconoce el derecho de las víctimas y sus familiares a conocer la verdad con respecto a los hechos que dieron lugar a graves violaciones de los derechos humanos, así como el derecho a conocer la identidad de quienes participaron en ellos. Ello implica que el derecho a la verdad acarrea la obligación de los Estados de esclarecer, investigar, juzgar y sancionar a las personas responsables de los casos de graves violaciones de derechos humanos, así como, dependiendo de las circunstancias de cada caso, garantizar el acceso a la información sobre graves violaciones de derechos humanos (...).”

Es en este sentido, que podemos afirmar que el derecho internacional ha generado que el derecho a la verdad, en relación con el derecho a conocer los orígenes, el Estado deberá garantizar entre otras cosas, por el respeto a la identidad de las personas que lo integran. No puede ocultar aquellos canales de información que posibiliten el acceso a la historia de vida de las personas, lo que violaría radicalmente tal derecho humano y perjudicaría a los propios involucrados y terceros. Los Estados deben sustentarse en una organización social basada en la verdad, en el respeto por el otro y la transparencia. En otras palabras, es deber del Estado registrar y resguardar dicha información, a la cual podrá acceder el interesado cuando invoque razones que así lo justifiquen. Debe equilibrar el derecho a conocer los orígenes con el derecho a la intimidad personal de otras personas involucradas. Revelar el secreto en torno a la concepción de ningún modo implica la necesidad de ir más allá del hecho de tener acceso a una información médica que pueda ser relevante en un futuro para la salud de la persona. (Muñoz Genestoux & Raúl Vítola, 2017, pp.5).

Por otro lado, para (Mercado Soto, 2019) quien a su vez cita a (Varsi Rospigliosi, 2010, p. 236), el cual señala que “(...) *la unión sexual, la procreación matrimonial y la veracidad de la madre fueron destronadas por las prácticas reproductivas y la ciencia (...)*”; de modo que, el derecho a conocer nuestra identidad, es conocer, su verdad biológica, es decir, la identidad genética que tiene todo ser humano; Por ello, cuando se habla de identidad biológica, se refiere según (Rospigliosi, Derecho y manipulación genética, 2010) ha “(...) *la huella genética que tiene todo ser humano por el simple*

hecho de ser un ente viviente, dentro de lo cual podemos encontrar el patrimonio genético de la persona, así como a su llamado genoma humano (...); es en este sentido que, la identidad, como un derecho fundamental, se encuentra relacionado con la dignidad de la persona y el desarrollo de su personalidad, siendo este derecho un factor vitalicio, irremplazable, el que hace único al ser humano por su condición.

Mientras tanto (Varsi, 2010) afirma que “(...) El principio biológico se sustenta en la verdad biológica: transferencia de genes entre progenitores y generados, favor veritatis. Utiliza el presupuesto biológico o genético de la filiación, dejando de lado el aspecto social. El sistema legal tiende a ello, favoreciendo la determinación de la filiación conforme a la realidad biológica. Se sustenta en el vínculo biológico, el ADN. El principio voluntarista se sustenta en la verdad formal, favor affectionis. Es la verdad social representada en la posesión de estado, conocido como la verdad sociológica o el vínculo socioafectivo. El consentimiento, deseo y afecto marcan la obligación y responsabilidad de las personas que autorizaron la técnica de procreación quienes no pueden negar, luego, su compromiso biológico. La base es el principio de buena fe-lealtad y en la doctrina de los actos propios que son aplicadas en el derecho de familia, en razón de las relaciones de confianza que deben prevalecer entre los cónyuges, convivientes y familiares (...).”

Por lo que, el ejercicio de este derecho ha ocasionado numerosos debates con respecto a la afectación de este en maternidad subrogada, siendo que, cuando un menor nace fruto del uso de esta técnica, se inscribe al menor con los apellidos de los padres o de la mujer que gesta y no reconoce como padres a los padres intencionales, provocando así que se inicien procesos de rectificación de partida o procesos de adopción que comúnmente se realiza para este tipo de procedimientos.

3.2.2.2. - DERECHOS AFECTADOS DE LOS PROGENITORES INTENCIONALES Y DE LA MUJER GESTANTE EN LA PRACTICA DEL VIENTRE SUBROGADO

3.2.2.2.1. – Derechos de los Progenitores (Padres con intención de procrear)

a) Derecho a la vida privada

Como señalaremos el derecho a la vida privada es un derecho que va de la mano al derecho a la libertad, autodeterminación informativa entres otros derechos que se han considerado importantes, es así que según (Terrazas, 2000) quien cita a Stronhol “(...) *este Derecho de la Vida Privada, en forma más desarrollada significa el derecho del individuo de vivir como crea conveniente (...)*”, es por lo que los instrumentos normativos internacionales les permite reconocer como un derecho fundamental de las persona, tal es el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 17° prescribe que:

Artículo 17°:

“1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

Este derecho tiene una relación directa con el ejercicio del derecho a la autonomía reproductiva, la misma que está sujeta a los aspectos relacionados con la dignidad de la persona y su desarrollo libre de la personalidad; así pues, debemos entender que todo ser humano tiene la necesidad de una vida privada es según (De Dienheim Barriguete, 2010) la que señala que *“(…) la vida privada se consagra a parte de nuestra vida que no se encuentra en una actividad pública, la misma que está destinada a trascender e impactar a la sociedad de una manera directa, en donde los terceros no tienen acceso alguno, toda vez que las actividades que se desarrollan no son de incumbencia, ni les afecta (…)”*.

Por este motivo los distintos instrumentos internacionales y nacionales han regulado al derecho a la vida privada como ya lo hemos visto dentro de esta normativa encontraremos a la Declaración Universal de Derechos Humanos sostiene en su artículo 12° que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques *“(…)”* mientras que nuestra Constitución Política del Perú apreciamos que en su artículo 2° inciso 7 señala que: *“(…) toda persona tiene derecho al honor y la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, (…)”*.

Siguiendo esta línea nuestro Tribunal Constitucional ha definido que *“(…) La vida privada se encuentra constituida por "los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño" (STC 0009- 2007-P1/TC y otros, fundamento 43)*

De tal manera que, este derecho comprende el desarrollo del sujeto en los aspectos de su vida diaria, es decir, privacidad en el ámbito reproductivo, en el ámbito psicológico la personalidad, creencias, ideologías entre otros, de igual forma también comprende el respeto a la honra y al honor. Aplicando estos preceptos a la maternidad subrogada, basta decir que las personas intervinientes tienen este derecho en función a su derecho a la reproducción y su derecho a que el tratamiento médico deberá ser confidencial de tal manera que no puede ser divulgado al público para protección de la vida privada del menor y de las personas intervinientes.

b) Derecho a la Salud

Este derecho, conforme menciona la Organización Mundial de la Salud, es un derecho que exige en su conjunto la realización mediante criterios sociales que permite a todas las personas, el acceso oportuno y asequible del servicio de salud en atención que el goce del grado máximo de salud se lograra que los

grupos vulnerables o no tengas mayores oportunidades de desarrollo en sus vidas diarias. Es ante este concepto que debemos analizar el derecho a la salud desde la perspectiva donde la esterilidad y la infertilidad son enfermedades que aqueja a las personas.

La salud como una base a los derechos fundamentales de carácter universal reconocidos en las normativas internacionales como es el la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 25° inciso 1, que prescribe “(...) 1. *Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, (...)*”; mientras que, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art.12° inciso 1), señala “(...) *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (...)*”, por otro lado, nuestra Constitución Política, menciona en su artículo 7° “(...) *Todos tienen derecho a la protección de su salud (...)*”.

En este margen de ideas la salud como derecho fundamental abarca el contenido inherente de todo ser humano y el respeto de su dignidad, el mismo que abarca según la Organización Mundial de la Salud, por un lado, las libertades de las personas en controlar su salud y su cuerpo (derechos sexuales y reproductivos), sin que estos se encuentren consensuados a cualquier tipo de tortura, tratamientos experimentales, entre otros; y por lo otro lado, también comprende el acceso a un sistema de protección de la salud que brindara todas las oportunidades de disfrutar un grado máximo de salud.

Es importante reconocer que la salud reproductiva es derivada del derecho a la salud, la misma que se tendrá que garantizar el acceso y su tratamiento estará ligada a los diversos tratamientos médicos que garanticen el acceso, sin que esto deba ser limitado a los medios económicos, por lo que la salud reproductiva comprende el derecho a la reproducción, en tal sentido, según menciona Asatt Pescara, E (2016), quien cita a Medina (2010): “(...) *El derecho a la reproducción es un innegable derecho humano que no puede ser limitado a aquellos que posean medios económicos. En este sentido constituye una eugenesia económica reconocer el derecho a la reproducción asistida solo a quienes pueden pagar el tratamiento ya que tanto es eugenesia prohibir la concepción en razón de la raza, como de la religión, como en razón del nivel de ingreso, y es tanto o más reprochable impedir la reproducción por razón del color de la piel como por el status económico (...)*”.

Es lógico pensar, que la salud reproductiva se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a la reproducción, el ejercicio del derecho a procrear y a formar una familia, lo que ha ocasionado que los avances biotecnológicos como la maternidad subrogada y las técnicas de reproducción asistida formen parte de una nueva propuesta de salud reproductiva

c) Derecho A Formar Una Familia

Este derecho se contemplado en diversos mecanismos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos prescribe en su artículo 16° inciso 1:

“Los hombres y mujeres, a partir de la edad núbil, tiene derecho, sin restricción alguna por motivo de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutan

de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante al matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”.

De esta forma este artículo contempla que cualquier persona tiene derecho a casarse y fundar una familia, es así que, como derecho humano el fundar una familia es derecho reconocido a todas las personas, en tal sentido debemos analizar lo que nuestra Constitución Política del Perú establece:

Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio

“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. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”

A partir del análisis de este artículo, podemos resaltar que en primer lugar la Declaración Universal de Derechos Humanos, menciona a fundar una familia, que ha de entenderse como aquel derecho destinado a tener hijos, a la protección de la familia (Asatt Pescara, E, 2016); dicho esto en nuestra Constitución se dirige más a la protección de la familia, la promoción del matrimonio, donde el niño, el adolescente, la madre y el anciano son sujetos de protección de un Estado democrático.

Ante este escenario (Badilla, A.E, 2010) en su investigación titulada “El derecho a constitución y la protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos” concluye que, “(...) el derecho a la protección de la familia constituye un derecho complejo, estrechamente relacionado con otros asuntos esenciales de derechos humanos y vinculado estrechamente con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (...)”; en tal sentido el derecho a fundar una familia radica del derecho libre y consciente, este vinculado a la maternidad subrogada mencionaremos que este derecho implica la libertad de todas las parejas, heterosexuales, homosexuales, parejas casadas o convivientes, mujeres solteras en procrear un hijo, dicho derecho no deberá ser restringido.

3.2.2.2.2. - Derecho de la Gestante en la Maternidad Subrogada

a) Derecho a la Autodeterminación Reproductiva

Desde la época en la que apareció las técnicas de reproducción asistida hasta la actualidad, la procreación que antes era conocido como un fenómeno natural y común, ha sido totalmente destronada, esta procreación que antes implicaba el acto natural entre un hombre y una mujer cuya finalidad llegaría a ser la tan ansiada descendencia y el traspaso de la herencia genética a sus sucesores, hoy por hoy ha sido superada por la técnicas de reproducción asistida y maternidad subrogada que ha permitido que la carencia de estas personas sea realizada por medio de estas intervenciones de la medicina y la ciencia.

De tal manera, que muchos autores que alegan la admisibilidad de las técnicas de reproducción asistida y el vientre subrogado, se han sustentado en la autodeterminación reproductiva y en la libertad a elegir tener hijos o no y de qué manera; por ello se habla del derecho el derecho a la autodeterminación reproductiva, como aquel derecho de todo ser humano en decidir libremente el cómo, el cuándo, tener

la anhelada así descendencia, entre otros aspectos, este derecho a significado para muchos que el ser humano pueda tomar decisiones conscientes e informadas, sobre su cuerpo, reproducción, salud, entre otros aspectos que permitirá el desarrollo libre de la persona.

Es así que, ante este escenario, el derecho a la autodeterminación reproductiva ha implicado que derechos como la libertad, a la reproducción, el derecho a formar una familia, derecho a la vida privada, formen en conjunto un derecho de toda mujer en decidir sobre su cuerpo, su salud entre aspectos que permitirá desarrollarse de manera sana ante la sociedad; es por ello que, es necesario hacer un hincapié que el derecho a la autodeterminación reproductiva, fue derecho que fue reconocido 1979 con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el busca garantizar el acceso y la protección de la mujer frente a sus derechos.

Siguiendo este margen de ideas en los instrumentos internacionales principalmente en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación, ha prescrito la efectivización del derecho a la autodeterminación reproductiva la misma que la descrito en su momento el artículo 16 inciso 1 literal e) que:

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 (...)”

Esta autonomía a la que refiere así este artículo se limita a la libertad de toda persona en decidir el cómo, cuándo, y de qué manera llevar a cabo su plan de procreación, en este sentido el Tribunal Constitucional del Perú en su sentencia **02005-2009-PA/TC** ha identificado al derecho a la autodeterminación reproductiva, en la manera que es un derecho implícito del libre desarrollo de la personalidad y autonomía, en esta definición el Tribunal ha afirmado que este derecho se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y el derecho general de libertad que es inherente.

En esta misma sentencia se ha fijado que la libertad para decidir cómo se racional, con responsabilidad sobre: a) el momento adecuado u oportuno de la reproducción; 2) la persona con quien procrear y reproducirse; y 3) la forma o método para lograrlo o para impedirlo”. A partir de esta idea concluye el supremo Tribunal en el mismo acápite que: “toda mujer tiene el derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, lo que está directamente relacionado con su decisión acerca de cuántos hijos tener, con quién y cuándo.” STC 02005-2009-PA/TC Voto en mayoría F.J. 6

En este margen de ideas, en el artículo de investigación Litigios Complejos en las Américas publicado en la República del Salvador quien hace una paráfrasis de la sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 749-2014, 11/3/2015, considerando IV, punto 1, sección C.a, párrafos 2 y 3; donde resuelven a voz de lo que menciona la Corte Interamericana de Derechos Humanos la misma que sostiene que este derecho se vulnera cuando se obstaculiza los

medios a través de los cuales la mujer ejerce control de su natalidad y como tal sus decisiones de convertirse en padres o madres (...).”.

Como ya hemos apuntado, anteriormente la titularidad de este derecho recae principalmente en la libertad de la persona, este derecho a formado parte de una de las posturas más fuerte en la admisibilidad de la práctica de la maternidad subrogada, puesto que, representaría una manifestación al derecho a la reproducción o a la procreación, el cual, es un derecho que se integró a la gama de los derechos reconocido por normas internaciones en 1994, la misma que fue reconocido como tal en la V Conferencia Internacional sobre la Población y Desarrollo, que por primera vez uso el termino de derechos reproductivos y empezó a reconocerse como tal, tras el reconocimiento de los derechos de las mujeres en el ámbito reproductivo.

3.3.- ANALISIS DE LOS CRITERIOS EMPLEADOS POR LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA EN LOS CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA

El vientre subrogado como hemos venido explicando es aquel procedimiento donde una tercera persona gesta para otros un niño, lo que en la realidad peruana ya se encuentra disponible, siendo que numerosas clínicas y centros de fertilidad brindan estos tipos de servicios a la sociedad; es en este sentido que, es necesario resaltar que en este punto de la investigación resaltaremos y analizaremos la jurisprudencia emitida por las cortes de justicia donde, donde identificaremos los criterios utilizados por nuestras cortes en sus diversas instancias.

En este sentido, en nuestra legislación el único cuerpo legal existente que trata el acceso a las técnicas de reproducción asistida es el artículo 7° de la Ley General de Salud que no prohíbe ni acepta taxativamente a la maternidad subrogada, lo que ha ocasionado que no regule a esta práctica por lo que en la actualidad existen diversos problemas legales, por la falta de una regulación expresa; conforme a lo mencionado podemos afirmar que nuestra legislación solo expresa que la madre genética y la madre gestante sea la misma persona, pero a nivel de nuestros juzgado los presentes caso de maternidad subrogada se ha generado que se interprete que al no estar prohibido, se podría ser permitido, por lo que se debe analizar las sentencias emitidas por el Poder Judicial de maternidad subrogada, los cuales se exponen a continuación:

➤ **CUADRO N° 08: SENTENCIA N°183515-2006-00113**

NUMERO DE EXPEDIENTE	N°183515-2006-00113
JUZGADO	<i>Décimo quinto juzgado especializado de familia</i>
MATERIA DE RECURSO	Impugnación de maternidad
DEMANDANTES:	Carla Monique See Aurich
DEMANDADOS:	Jenny Lucero Aurich De la Oliva Luis Eduardo Mendoza Barber

En esta presente sentencia la señora Carla Monique See Aurich interpone demanda de impugnación de maternidad contra Jenny Lucero Aurich De la Oliva y el señor Luis Eduardo Mendoza Barber a efectos que el órgano constitucional reconozca a su persona como madre biológica de la menor Daniela Mendoza Aurish. Dicha menor fue concebida producto del vientre subrogado, puesto que, la actora al no ser capaz de llevar a cabo la gestación por los nueve meses producto de una enfermedad que adquirió por un inadecuado tratamiento médico a la edad de tres años, la señora recurre con su pareja el señor Luis Eduardo Mendoza Barber a un procedimiento de reproducción asistida a una clínica de Miraflores.

Por ello, al nacer la menor en la clínica de Miraflores inscriben erróneamente en el certificado de nacido vivo a los señores Jenny Lucero Aurich De la Oliva y Luis Eduardo Mendoza Barber como padres de la menor.

FUNDAMENTOS DECISORIOS DE LA RESOLUCIÓN

Que habiéndose determinado objetiva y científicamente, que la demandante Carla Monique See Aurich tiene la calidad de "madre biológica" lo que la doctrina y la ciencia también la califica como "madre genética" de la citada niña, y doña Jenny Lucero Aurich De la Oliva como "madre sustituta", queda determinar jurídicamente a cuál de las dos es considerada como "madre de la menor", aquella que aporto sus óvulos y por ende sus genes para la fecundación de la niña o aquella que albergo en su vientre durante todo la etapa de gestación y alimento a la niña hasta su nacimiento.

FALLO

Declaran fundada la demanda de impugnación de maternidad interpuesta por Carla Monique See Aurish contra doña Jenny Lucero Aurish de la Oliva y don Luis Eduardo Mendoza Barber y en consecuencia se declara que la niña Daniela Mendoza Aurish es la hija de la demandante Carla Monique See Aurish la misma que tiene la madre de la niña; se dispone, dejar sin efecto la inscripción y reconocimiento efectuado por doña Jenni Lucero Aurish de la Oliva como madre de la niña. Se dispone la rectificación del apellido de la niña, cuyo nombre será Daniela Mendoza See; se otorga un plazo de dos años Carla Monique See Aurish y don Luis Eduardo Mendoza Barber, para que hagan efectivo su derecho a la vida de sus embriones conservados.

CRITERIOS UTILIZADOS	<p>De esta sentencia vemos que se aplican los siguientes criterios:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Criterio del predominio del interés superior del niño. b) Principio de reserva del artículo 2 inciso 24 literal a) de la Constitución Política del Perú c) Criterio del reconocimiento de la identidad biológica d) Criterio de la inaplicación del principio clasista romanista del mater semper certa est en los casos del vientre subrogado. e) Criterio de la teoría de la voluntad procreacional
-----------------------------	---

Tabla N° 08:

El análisis realizado en la tabla N° 01, observamos que es una sentencia que se pronuncia sobre un caso de impugnación de maternidad, la misma que el Poder Judicial, ha analizado como un caso de maternidad subrogada con transferencia de embriones; en el presente caso vemos que la señora Carla Monique See Aurish y el señor Luis Eduardo Mendoza Barber, pareja que buscan procrear un hijo a través de las técnicas de reproducción asistida, más específicamente vientre subrogado por

transferencia de embriones, donde la madre de la señora Carla Monique presta su vientre para gestar al menor, de tal forma que, la menor nace 05 de mayo del 2005, a quien en su partida de nacimiento se consigna los apellidos “Mendoza Aurich”, tomando el apellido de su abuela y consignándolo como madre de la menor. Sin embargo, una vez que nace la menor es entregada a la pareja y son ellos quien se encargan del cuidado de la niña, no obstante, aparecen los problemas de patria potestad, derecho a la herencia, derecho a la identidad y otros supuestos jurídicos.

En este análisis primero debemos señalar que en la sentencia queda claro que la madre genética y la madre gestante no son la misma persona, por ende, hablamos que este caso pertenece a un caso por madre portadora, es decir, la recurrente en este caso tiene una deficiencia renal, la cual le está impidiendo que la demandante no pueda gestar y recurra a este tipo de procedimientos para suplir esta deficiencia biológica.

En este presente proceso, el juez ampara la demanda, en los preceptos del interés superior del niño, el derecho a la identidad (preservar su identidad, nombres y apellidos y relacione familiares), el cual concluye que la madre genética del menor es Carla Monique See Aurish y el padre genético el señor Luis Eduardo Mendoza Barber y como madre gestante (incubadora) Jenni Lucero Aurish de la Oliva, donde resaltan el principio de reserva, la cual el juez señala que no existe prohibición expresa contra la maternidad subrogada.

En este sentido, el proceso de maternidad subrogada no se encuentra en los supuestos previsto en el artículo 7° de la ley general de salud, la cual en función del razonamiento del magistrado hace mención al principio de reserva al momento de especificar que, al no estar prohibido, está permitido, es decir, nadie está obligado hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, de esta manera analiza los magistrados del décimo quinto juzgado especializado de familia, por lo que se determina la filiación del menor, en función a la verdad biológica, interés superior del niño, la socioafectividad (voluntad- afecto) de los padres, de tal manera, que se ha declarado que Daniela Mendoza Aurish es hija biológica de la señora Carla Monique See Aurish.

Es así que, la sentencia recaída en el expediente N°183515-2006-00113, fue elevada a consulta a la Corte Suprema de la Republica, vía control difuso, en mérito a lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en este sentido el expediente subió a consulta a Sala; por lo que, según cita Coronel, A. N (2018) menciona que *“(...) la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica desaprobó dicho extremo consultado, con la sola consideración “que se ha incurrido en vicio de congruencia extra- petitta al no haber sido materia de pretensión demandada”;* que sin embargo, la Suprema Corte no consideró que tratándose de derechos indisponibles, en los que están involucrados derechos de niños, el Estado tiene el poder – deber de impartir medidas necesarias a efectos de preservar sus derechos, conforme lo regula el artículo 4° de la Convención sobre los Derechos del Niño que prescribe que *“ los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención.”* La que, como se repite, forma parte del derecho nacional. Que aún mas, el Tercer Pleno Casatorio de la Corte Suprema Republica, Casación 4664-2010-Puno, emitido con fecha 18 de marzo del 2011, dejo establecido que *“...las finalidades*

fundamentales tuitivas a la familia trascienden a los intereses estrictamente individuales, de modo que su incumplimiento no puede dejarse al arbitrio individual...”.

Que, en ejercicio al derecho a la crítica de las resoluciones judiciales prevista constitucionalmente, dicha sentencia ha sido cuestionada académicamente, en el sentido que “...el obligar a una mujer enferma a gestar por si o bien buscar quien gaste por ella, a tres óvulos fecundados crio conservados, y poner a tal fin un plazo perentorio de dos años, bajo amenaza de iniciarle a ella y a su esposo un proceso de abandono de menores es ir demasiado lejos. ¿Dónde queda el derecho a elegir el número y espacio entre los hijos?, ¿Dónde su derecho a la integridad, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad? ¿De qué manera se respeta su dignidad al convertirla a ella a riesgo de su vida, o bien a una tercera mujer, con el costo físico y emocional que una maternidad subrogada conlleva, en una incubadora?”; que efectivamente nos encontramos frente a dos derechos constitucionales opuestos, nos referimos a los derechos de tres niños, seres humanos en estado de “concebidos”, que no pueden valerse por sí mismos, cuyos derechos fundamentales se encuentran objetivamente vulnerados, y los derechos de dos personas (los padres) con plena capacidad de ejercicio, quienes decidieron voluntariamente vía fecundación in vitro procrear a estos niños, los mismos que se encuentran en estado de indefensión “congelados vivos”, recordemos que un derecho constitucional, por su naturaleza no es absoluto, será mediante una ponderación de derechos, en el que se determinará cuál de ellos cede para dar prioridad al otro, por nuestra parte, está clara la decisión adoptada; Que por otro lado, la disposición emitida en el sentido de que si en el plazo de dos años los padres no hacen efectivo el derecho a la vida de sus hijos, deben ser dados en adopción, a fin de transferirlos al útero de madres adoptivas que deseen gestarlos; ello de ninguna manera puede constituir una amenaza para los padres, muy por el contrario, constituye la respuesta por parte del Estado en otorgar a los padres el derecho de preferencia en hacer efectivo los derechos fundamentales de tales niños, como el derecho a la vida, el derecho a nacer, el derecho a crecer, y demás derechos inherentes a la persona humana, toda vez que de ninguna manera el Estado puede permitir o soslayar que “un niño”, “un concebido” quede en la eternidad congelado, vivo y sin protección legal; lo contrario implica afectar derechos fundamentales que la ética ni el derecho permiten ; de allí la necesidad imperante de regular sobre esta materia (...).”.

➤ **CUADRO N° 09: CASACIÓN N° 563-2011**

NUMERO DE EXPEDIENTE	Casación N° 563-2011
JUZGADO	Sala Civil Permanente
MATERIA DE RECURSO	Demanda de adopción por excepción
DEMANDANTES:	Dina Felicitas Palomino Quicaño Giovanni Sansone
DEMANDADOS:	Isabel Zenaida Castro Muñoz Paúl Frank Palomino Cordero
HECHOS DEL CASO:	

En el año 2011, se dictó la casación sobre maternidad subrogada, la misma que versa sobre una pareja de esposos, Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone, quienes, al no poder tener hijos propios, buscan tenerlos por medio de vientre subrogado, para ello solicitan a la pareja conformada por los señores Isabel Zenaida Castro Muñoz y Paúl Frank Palomino Cordero, que la esposa de este conciba el embrión de los recurrentes.

Es así que, después de este acuerdo mutuo de ambas parejas el año 2006 después de haberse sometido a una fecundación in vitro con material genético de Giovanni Sansone y Zenaida Castro, siendo esta última la madre genética y gestante del menor, esta alumbró al bebé de iniciales V.P.C, quien en el acta de nacimiento fue consignada como hija del matrimonio gestante, es decir, de la pareja que ayudó con la gestación por sustitución.

Posteriormente al nacimiento del menor, el señor Paúl Frank Palomino Cordero y la señora Isabel Zenaida Castro Muñoz figura formal y legalmente como progenitores de la niña V.P.C y ellos voluntariamente la entregaron a los pre-adoptantes (Dina Felicitas Palomino Quicaño) a los días de nacida, renunciando y desentendiéndose de este modo y por completo de las responsabilidades que como madre y padre tenían con su hija.

Es por ello por lo que, ante estas circunstancias el señor Paúl Frank Palomino Cordero y la señora Isabel Zenaida Castro Muñoz entregaron voluntariamente a la menor a los pre-adoptantes a los pocos días de nacida, renunciando y desentendiéndose de este modo y por completo de las responsabilidades como madre y padre de la menor, es ante esta situación que, la señora Dina Felicitas Palomino Quicaño y su esposo fueron quienes se encargaron de cuidar a la menor en sus pocos días de nacida, brindándole el cariño y el cuidado necesario que se requiere, es por ello por lo que, el análisis realizado por el juez ha declarado fundada de adopción por excepción declarando formalmente a los señores Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone como padres del menor, por razón, de que los pre-adoptantes fueron los que se encargaron de la menor a los pocos días de nacida, para lo cual, la menor solamente conoce el cariño y los cuidados de los padres intencionales.

FUNDAMENTOS DECISORIOS DE LA RESOLUCIÓN

Asimismo en el desarrollo del proceso se corrobora que la menor se encontraba viviendo con los pre-adoptantes desde que contaba con nueve días de nacida, habiéndose acreditado con los informes psicológicos y sociales que la menor se encuentra viviendo en un adecuado ambiente familiar recibiendo el amor de madre de la demandante, quien pese a no tener vínculos consanguíneos con la misma le prodiga todo lo necesario para su desarrollo integral, y el amor de padre por parte del demandante quien sí es padre biológico de la menor, por lo que la carencia moral de los demandantes que alega la recurrente, no es tal justificándose el accionar de los mismos por los imperiosos deseos de ser padres, conducta que no puede ser reprochada dada la conducta que han demostrado al interior del proceso y fuera de éste con la menor; aunado a ello que la carencia moral que alegan no ha sido advertida por el equipo multidisciplinario ni la Asistente Social del Poder Judicial, quienes a fojas mil veintinueve y quinientos setenta y siete respectivamente han emitido informes favorables a la demandante; por lo que dicho argumento también carece de sustento.

Teniéndose además, que los demandados han demostrado el poco valor que le dan a la vida y la deplorable manipulación que han intentado hacer con la vida de un ser indefenso que merece toda la protección de sus progenitores y la Ley; debiéndose resaltar además que ha quedado evidenciado el beneficio económico de los demandados con la aceptación de los mismos, pues en ningún momento han negado haber recibido dinero por parte de los demandados, y si bien ha precisado que entregarían a la menor para luego viajar a Italia con su familia y que recibieron dinero por ayuda económica, ante las circunstancias de los hechos dichas alegaciones carecen de coherencia y sustento.

Por otro lado, estando a que la menor se encuentra viviendo con los demandantes desde que contaba con nueve días de vida en un ambiente adecuado recibiendo cuidados y amor por parte de éstos, debe primar que los identifica como sus padres y arrancarla de su seno familiar a su corta edad resultaría gravemente perjudicial para su vida, además de la descalificación de los padres para ejercer su patria potestad sobre la misma, siendo además la adopción una medida de protección a la luz de los hechos detallados; por lo que en atención al Interés Superior del Niño y el Adolescente consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos de las que somos Estado parte; debe declararse infundado el recurso

FALLO

DECISIÓN: Por tales consideraciones expuestas y estando a la facultad conferida por artículo 397 del Código Procesal Civil; declararon: a) INFUNDADO el recurso de casación de fojas mil novecientos noventa y siete, interpuesto por Isabel Zenaida Castro Muñoz; en consecuencia, NO CASARON la sentencia de vista de fojas mil ochocientos noventa dos su fecha treinta de noviembre del dos mil diez que declara fundada la demanda. b) DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone con Isabel Zenaida Castro Muñoz y otro, sobre adopción de menor; intervino como ponente, el Juez Supremo señor Ponce De Mier.

CRITERIOS UTILIZADOS	<p>De esta sentencia vemos que se aplican los siguientes criterios:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Criterio del predominio del interés superior del niño. b) Criterio del reconocimiento de la identidad biológica c) Criterio de la inaplicación del principio clasista romanista del mater semper certa est en los casos del vientre subrogado. d) Criterio de la teoría voluntad procreacional
---------------------------------	--

Tabla N° 09:

En el presente caso estamos hablando de demanda por adopción por excepción, la misma que la pareja conformada por los esposos Dina Felicitas Palomino Quincaño y Giovanni Sansone encargan la gestación de su hijo a la señora Isabel Zenaida Castro Muñoz, quien cumple la función de madre genética y gestante de la menor Vittoria Palomino Castro, quien fue inscrita en el acta de nacimiento teniendo como padres a la gestante, y como padre al conviviente de esta, el señor Paul Frank Palomino Cordero, quien realizó un reconocimiento de complacencia.

Es por ello por lo que, ante esta circunstancias el señor Paúl Frank Palomino Cordero y la señora Isabel Zenaida Castro Muñoz entregaron voluntariamente a la menor a los pre- adoptantes a los pocos días de nacida, renunciando y desentendiéndose de este modo y por completo de las responsabilidades como madre y padre de la menor, es ante esta situación que, la señora Dina Felicitas Palomino Quincaño y su esposo fueron quienes se encargaron de cuidar a la menor en sus pocos días de nacida, brindándole el cariño y el cuidado necesario que se requiere en esta temprana etapa de vida de la menor, la misma que ha demostrado la intención de los padres, para lo cual, el análisis realizado por el juez ha declarado fundada de adopción por excepción declarando formalmente a los señores Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone com padres del menor. Finalmente, en el proceso, tanto en primera instancia como en segunda instancia la demanda es declarada fundada, en el proceso

de casación, la codemandada se desiste del recurso, Por los motivos expuestos, la Sala Suprema declaró infundado el recurso de casación, en consecuencia, no casaron la sentencia de vista, lo que ha generado que el menor se quede con los padres intencionales. Por ello a que resaltar que si bien estos son criterios que el magistrado ha optado para determinar que el menor producto del vientre subrogado se quede con los padres adoptantes. De esta forma nos cuenta que los criterios esbozados por los jueces del poder judicial para otorgar la adopción, es “la identidad genética del menor, el principio del interés superior del niño, socioafectividad de los padres intencionales, el cual son utilizados para salvaguardar el derecho del menor a su identidad, derecho a desarrollarse íntegramente en su familia”, es por ello que desde un punto de vista, cuidar al menor y su desenvolvimiento ante la sociedad es un punto fundamental que se debe tomar en cuenta en situaciones como esta, puesto que ante una falta de regulación el menor puede quedar en desamparo total, siendo función del estado garantizar la salud, la integridad y el desarrollo del menor. Otro punto fundamental, es que, esta jurisprudencia no es vinculante, por lo que no existe regulación y la manera en que el artículo 7° de la Ley General de Salud incide de manera negativa en la práctica del vientre subrogado, ya que, ocasiona situaciones que ponen en riesgo a un ser humano desde su temprana edad, edad que se es más vulnerable.

➤ **CUADRO N°10: SENTENCIA N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05**

NUMERO DE EXPEDIENTE	06374-2016-0-1801-JR-CI-05
JUZGADO	Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional
MATERIA DE RECURSO	Acción de Amparo
DEMANDANTES:	los Señores Nieves-Ballesteros
DEMANDADOS:	Sres. Lázaro-Rojas,
HECHOS DEL CASO:	

Con fecha 21 de enero de 2005, los Señores Nieves-Ballesteros contrajeron matrimonio y, ante la reiterada imposibilidad de quedar embarazada por parte de la señora Ballesteros, decidieron recurrir a las TERAs, concretamente, a la técnica del útero subrogado.

Para ello, se procedió a la fecundación in vitro, con el óvulo de una donante anónima, y con el consentimiento de los Sres. Lázaro-Rojas, se transfirieron los únicos dos embriones fecundados al útero de la Sra. Rojas. Para ello, suscribieron el acuerdo privado de útero subrogado, manifestando su acuerdo de voluntades.

Con fecha 19 de noviembre de 2015 nacieron los menores de iniciales L.N.N.R. y C.D.N.R. Al momento del nacimiento, los menores fueron consignados como hijos de la Sra. Rojas (por ser esta quién los alumbró) y del Sr. Nieves, dado que se aceptó la declaración de la Sra. Rojas en el sentido de que el padre no era el Sr. Lázaro, su esposo.

Posteriormente, iniciaron dos procedimientos de rectificación de acta de nacimiento, en donde el Sr. Nieves solicitó que se declare al primero como padre de los menores, procediéndose al respectivo reconocimiento; mientras que la Sra. Ballesteros solicitó se declare que es la madre de los menores, procediéndose a la respectiva rectificación. Tras ello, el RENIEC declaró improcedentes ambas solicitudes a través de las resoluciones registrales impugnadas mediante el presente proceso de amparo.

Proceso de amparo iniciado por la sociedad conyugal conformada por Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau; la sociedad conyugal conformada por Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco y los menores de iniciales L.N.N.R. y C. D. N. R., representados por Francisco David Nieves Reyes y Evelyn Betzabé Rojas Urco, contra RENIEC. Los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, pretende se otorgue protección a los derechos a la identidad de L. N.R.y C. D. N. R (en adelante, “los menores”) y al principio superior del niño y, en consecuencia:

Se deje sin efecto la Resolución Registral N° 29 9-2016-OSBORJ-JR10LIMGOR/ RENIEC, de fecha 29 de febrero de 2016 y la Resolución Registral N°299-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC, de fecha 29 de febrero de 2016, que declararon, respectivamente, la improcedencia de rectificación de las actas de nacimiento de los menores. (1) Se declare formalmente, en las respectivas actas de nacimiento, que el señor Francisco David Nieves Reyes es el padre de los menores, procediéndose al respectivo reconocimiento. (2) Se declare formalmente, en las respectivas actas de nacimiento, que la señora Aurora Nancy Ballesteros es la madre de los menores, efectuándose la respectiva rectificación.

FUNDAMENTOS DECISORIOS DE LA RESOLUCIÓN

De acuerdo con lo anterior, en este caso no existe conflicto o dudas sobre la posición que ocupan la Sra. Ballesteros y su esposo frente a los menores, por lo que lo mejor para ellos es que su situación familiar no se vea alterada, criterio que, por lo demás, es el acorde con el sistema convencional de derechos humanos al que nos referimos antes. En ese orden, corresponde un inmediato mandato para que se tutele el derecho a la identidad de los menores, derecho previsto en el inciso 1 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú. Sobre esta disposición de derecho fundamental, el Tribunal Constitucional ha sostenido en forma reiterada que este derecho “(...) ocupa un lugar esencial entre los atributos esenciales de la persona. Como tal representa el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es, encontrándose constituido por diversos elementos tanto de carácter objetivo como también de carácter subjetivo. Entre los primeros cabe mencionar los nombres, los seudónimos, los registros, la herencia genética, las características corporales, etc., mientras que entre los segundos se encuentran la ideología, la identidad cultural, los valores, la reputación, etc.” (STC 2223- 2005-HC, STC 05829-2009-AA/TC y STC 4509-2011-AA). Ahora bien, con relación al nombre indica el Tribunal que este cumple una función elemental pues a través del mismo “(...) la persona no solo puede conocer su origen, sino saber quién o quiénes son sus progenitores, así como conservar sus apellidos. El nombre adquiere así una trascendencia vital en tanto, una vez establecido, la persona puede quedar plenamente individualizada en el universo de sus relaciones jurídicas y, desde luego, tener los derechos y las obligaciones que de acuerdo a su edad o condición le va señalando el ordenamiento jurídico” (STC 4509-2011-AA), en el mismo sentido,

la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que “El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia” (Sentencia del caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, nota 204, párrafo 184).

Por tanto, junto con el derecho a la salud reproductiva, libre desarrollo de la personalidad y a fundar una familia de los padres Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, corresponde también que se otorgue tutela al derecho al nombre de sus hijos de iniciales L. N.R. y C. D. N. R., debiendo el RENIEC reponer las cosas al estado anterior a los agravios generados en su contra, anulando las partidas que emitió y emitiendo nuevas partidas de nacimiento donde conste como sus apellidos paternos y maternos los de los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros, así como que ellos son sus padres.

FALLO

Por las razones expuestas y al amparo del artículo 200° inciso 2° de nuestra Constitución y 1° del Código Procesal Constitucional, administrando justicia a nombre de la Nación, el Juez del Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, DECIDE: DECLARAR FUNDADA la demanda de amparo, interpuesta por la sociedad conyugal conformada por Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau; la sociedad conyugal conformada por Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco y por los menores de iniciales L. N. N.R. y C. D. N. R., en consecuencia: 1.- SE DECLARA NULAS las resoluciones registrales: 299-2016-ORSBORJJR10LIM- GOR/RENIEC y 300-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR-RENIENC, asimismo, SE ANULAN las actas de nacimiento 30022117908 y 3002217885.

2. SE ORDENA a RENIEC que emita nuevas partidas de nacimiento de los menores de iniciales L. N. N.R. y C. D. N. R, donde conste como sus apellidos (paterno y materno), los de los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, así como registrar que ellos son sus padres, debiendo adicionar los demás que exige la ley, permitiéndoles también suscribir las nuevas actas de nacimiento. 3. Mandato que debe ser cumplido en el plazo de 02 días, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas que correspondan, de conformidad con los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional. 4. Con costos. 5. Notifíquese en el día.

CRITERIOS UTILIZADOS	<p>De esta sentencia vemos que se aplican los siguientes criterios:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Criterio del predominio del interés superior del niño. b) Criterio del reconocimiento de la identidad biológica c) Criterio de la inaplicación del principio clasista romanista del mater semper certa est en los casos del vientre subrogado. d) Criterio de la teoría de voluntad procreacional
---------------------------------	---

Tabla N°10:

El proceso N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, es un caso de procreación mediante las técnicas de reproducción asistida, la misma que, se ha empleado por ovodonación, fecundación in vitro, transferencia embrionaria, la cual ha culminado en un vientre por sustitución.

El matrimonio conformado por el señor David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, que no podían tener hijos, acordaron con los señores conyugal Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco, para que esta última gestara en su vientre a su hijo, la cual se utiliza las técnicas de reproducción asistida, maternidad subrogada por ovodonación, fruto de esta técnica nacieron dos menores (niñas). Es así que, cuando nacen las menores en el hospital son inscritas en su acta de nacimiento como hijas de la señora Evelyn Rojas Urcos, ocasionando que, no puedan ejercer sus derechos como padres, la misma que, genera que las menores no sean reconocidas por lo que les está afectando su derecho a la identidad, para ello los demandantes solicitan el reconocimiento y rectificación de partida el RENIEC lo deniega.

Por lo que los magistrados han desarrollado criterios, dicho análisis el análisis realizado a la ley general de salud nos menciona que“(...) el artículo 7° de la ley general de salud no regula más supuestos que la madre gestante comparta carga genética con su bebé(..)”, por este motivo que los distintos supuesto que la ley no regula no explícitamente se encuentran prohibido, pues conforme menciona nuestra constitución en su artículo 2° inciso 24, literal a) señala que “Nadie está obligado a hacer lo que la ley

no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”, Pacto que nuestro TC, ha concebido como legítimo en el uso de las TERAS.

En este punto como desarrollo de estos criterios se ha identificado a los menores como hijos biológicos del señor David Nieves Reyes, de esta manera se utiliza al principio de la verdad biológica para determinar la identidad genética de los menores; por otro lado, la esposa al no contar con vínculo genético, la corte ha establecido que por la voluntad procreacional de esta los menores deberían ser criados por el matrimonio Nieves- Ballestero, de esta manera, el análisis realizado por la Corte de justicia resaltan, criterios bosquejados en las anteriores sentencias de maternidad subrogada como la identidad genética (quien es padre o madre biológicos de los menores), el interés superior del niño y el deseo de los presuntos progenitores para ser padres (voluntad – afecto por ser padres de los menores), dichos criterios han sido confirmados por la convivencia de los hijos con sus padres.

➤ **CUADRO N°11: SENTENCIA DEL CASO DE LA PAREJA CHILENA LLEVADA POR LA FISCALÍA CORPORATIVA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE TRATA DE PERSONAS DEL CALLAO**

NUMERO DE EXPEDIENTE		
PARTES PROCESALES	DEMANDANTE	DEMANDADO
	Fiscalía	Jorge Tovar Pérez y Rosario de los Ángeles Madueño Atalaya
JUZGADO	Fiscalía Corporativa Especializada en Delitos de Trata de Personas del Callao	
MATERIA DE RECURSO	Denuncia por Fiscalía Corporativa Especializada en Delitos de Trata de Personas del Callao	
¿COMO SE RESUELVE? Fundado	FUNDAMENTOS DECISORIOS DE LA RESOLUCION	

Jorge Tovar y Rosario Madueños son una pareja de nacionalidad chilena que no podían tener hijos, por cuanto Rosario Madueños no podía concebir, por ello, acuden a la técnica de fertilización in vitro y maternidad subrogada. Ellos decidieron hacerse el tratamiento en Lima, en la Clínica del Dr. Luis Noriega, para lo cual consiguieron dos óvulos donados que fueron fertilizados con espermatozoides de 99 Jorge Tobar (padre biológico), esposo de la pareja. La persona que ha gestado a las menores es una ex enfermera de la Clínica Concebir de nombre Isabel (madre gestante). Fruto de este procedimiento, el 28 de julio del 2018 nacen dos niños, por lo que la madre gestante entregó a los menores a los padres solicitantes, Jorge Tovar y Rosario Madueños quienes, con los bebés en brazos, regresaban a Chile, sin embargo, el 25 de agosto del 2018 fueron detenidos en el aeropuerto Jorge Chávez, por cuanto en su registro de ingreso no registraban entrar con hijos, sin embargo, al salir, tenían en brazo dos menores, por lo que surgió la desconfianza. Como se señaló en un reportaje de la Televisión Peruana América Noticias: “Algo no encajaba en los documentos: los niños, inscritos con los apellidos de ambos, habían nacido el 28 de julio, pero la pareja había ingresado al Perú al día siguiente. Entonces, Rosario les explicó a los agentes que ella no había dado a luz a los niños, pero que estos eran hijos suyos y de su esposo”. Sin embargo, los agentes no entendieron, debido que estas situaciones aún no son casos muy comunes en nuestro país, por lo que la pareja fue detenida. Luego la pareja fue recluida acusados de falsificación de documentos y trata de menores en su modalidad de venta de niños, fueron separados de sus hijos recién nacidos y privados de su libertad, por cuanto el Poder Judicial ordenó 12 meses de prisión preventiva para la pareja chilena (texto recopilado de la tesis titulada “Análisis de los Criterios para Determinar la Filiación Jurídica en

casos de Maternidad Subrogada, en Resguardo de la Identidad E Interés Superior del Niño”, de la tesista Rosangela Paola Salinas Cuadros, 2019)

La Fiscalía Corporativa Especializada en Delitos de Trata de Personas del Callao realizo una prueba de ADN para determinar si los ciudadanos chilenos Jorge Tovar Pérez y Rosario de los Ángeles Madueño Atalaya son los padres biológicos de los niños con iniciales M.T.M. y R.T.M. La Defensa Pública del Ministerio de justicia solicitó el examen con el objetivo de proteger a los menores. Los resultados permitirán esclarecer los hechos. Ante estos hechos se comprobó que el padre biológico es el señor Jorge Tovar y el óvulo de una donante, más la declaración de la mujer peruana aseguro que los mellizos que dio a luz son hijos de los señores Jorge Tovar Pérez y Rosario de los Ángeles Madueño Atalaya, y tomando en cuenta que esta pareja tenía la intención de procrear luego de tantos embarazos fallidos de la señora Madueño, es de esta manera que se resolvió el problema suscitado por la utilización del vientre de alquiler.

FALLO:

Se resuelve: declarar a los señores Jorge Tovar Pérez y Rosario de los Ángeles Madueño Atalaya como padres biológicos de los niños con iniciales M.T.M. y R.T.M.

ANALISIS:

Este es otro caso que se ha suscitado a raíz del uso del vientre subrogado, sin embargo, esta sentencia reconoce como padres a los señores Jorge Tovar Pérez y Rosario de los Ángeles Madueño Atalaya, de tal forma que en el desarrollo del proceso no se sabe cómo la corte ha solucionado este proceso, puesto que, no existe antecedente alguno y mucho menos ley concreta que regule a este tipo de procedimiento, por lo que, debemos de suponer que es el mismo razonamiento de la jurisprudencia anteriormente estudiada.

En este análisis realizado veremos que lo resuelto por nuestras cortes de justicia se han basado en razonamientos en base a principios, los mismos que en este acápite resaltaremos que los criterios utilizados por las cortes son (I) la inaplicación del principio romano, (ii) preponderancia del principio del interés superior del niño, (iii) reconocimiento de la identidad biológica, (iv) teoría de la voluntad procreacional (voluntad – afecto), estos principios fueron desarrollados por los magistrados de las cortes de justicia de nuestro país en los casos presentados por los conflictos de las técnicas de reproducción asistida, por lo que en consecuencia desarrollaremos los a continuación:

3.3.1.- CRITERIOS EMPLEADOS POR LAS CORTES DE JUSTICIA PARA RESOLVER LOS CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA

En esta parte de la investigación resaltaremos analizaremos a los criterios empleados por las cortes de justicia, la misma que empezaremos con la inaplicación del principio clasista romanista mater semper certa est, la cual debemos hacer un hincapié con respecto a cómo era antes la determinación de la filiación, para luego analizarla desde el punto de vista de la maternidad subrogada.

3.3.1.1.- INAPLICACIÓN DEL PRINCIPIO MATER SEMPER CERTA EST, EN LA FILIACIÓN DEL MENOR EN EL PERÚ

3.3.1.1.1. – Principio Mater semper certa est en el código civil peruano

En nuestro ordenamiento jurídico peruano reconoce a la filiación como aquel vínculo que existe entre un padre o una madre con su hijo, el cual normalmente fue vínculo que se le atribuía a la pareja que alumbró al menor, y sustenta los derechos y obligaciones entre unos y otros, para ello se reconoce como padres aquellos que de manera natural conciben al menor, para lo cual los principios romanos mater semper certa est y el principio del pater is est quem nuptiae demonstrant, señalan al reconocimiento de la filiación por la procreación de manera natural; es por ello por lo que, los orígenes de estas presunciones de paternidad y maternidad fueron en Roma, donde por historia se conoce que en la época romana se identificaba como madre del niño aquella mujer que alumbraba al menor.

Es ante esta situación que, las presunciones romanas como los principios romanos mater semper certa est y el principio del pater is est quem nuptiae demonstrant, las cuales se puede afirmar que, desde la época, ya se escuchaba hablar sobre el procedimiento y reconocimiento de la filiación, por lo que, según menciona Duplá, T. (2007), “ (...) el término mater, que en las fuentes jurídicas romanas equivale a madre biológica, no importando que exista o no matrimonio, pero siendo fundamental, si no lo hay, para determinar el status jurídico del recién nacido, ya que se entiende que ésta semper certa est (...)”; estas presunción recogida por el derecho romano afirma que la madre es aquella que alumbró al menor, y por lo tanto la filiación materna, ab initio esta revestida, a la capacidad natural de la mujer de gestar. Duplá, T. (2007).

Es de esta manera que, el término en latín mater semper certa est, se refiere que la condición de madre la ostenta la mujer que alumbró al menor, por lo que al transcurrir el tiempo esta expresión ha sido recogida por nuestro código civil esto según lo menciona Araujo (2008) afirma que:

En materia de filiación el ordenamiento jurídico peruano proviene del Derecho Romano, en especial del Corpus Iuris, que es el cuerpo jurídico de la época del emperador Justiniano en los años 527 – 565, es así que hasta nuestra época este principio se fue enriqueciendo con las aportaciones del Derecho Canónico y llegado hasta nosotros por la doble vertiente del antiguo derecho español y del Derecho Francés, sobre todo por el Código de Napoleón de 1804. (p. 45).

De esta forma, nuestro corpus iuris se ha enriquecido por las vertientes español y francés que reconocen a estos principios como parte de la mecánica de reconocimiento de la filiación del menor, en este sentido nuestro código civil en materia de filiación ha reconocido a los principios romanos de mater semper certa est y el principio del pater is est quem nuptiae demonstrant en los artículos:

Declaración judicial de maternidad extramatrimonial

Artículo 409º.- La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo.

El código civil peruano ha recogido al término *mater semper certa est*, este principio ha indicado una indubitable directriz para determinar la filiación del menor, puesto que, la prueba de parto y la identidad del recién nacido determina la filiación, otorgando así el estado de hijo al recién nacido. Varsi (2010) cita a (DA COSTA PIMENTA). En este sentido, es que, para la determinación de la filiación en este artículo se tomó en cuenta dos presupuestos, la primera que es el parto, el cual es un hecho biológico que genera consecuencias jurídicas mientras que, por otra parte, la norma trata de demostrar que el recién nacido es de la mujer que alumbró de allí que el origen de la filiación materna del hijo la cual se ve plasmada en el certificado de nacido vivo en los centros hospitalarios.

Así también hallamos a este principio romanista de forma implícita en la filiación matrimonial en su artículo 362° C.C. el cual señala que “El hijo o hija se presume matrimonial, salvo que la madre declare expresamente que no es del marido”. Es por ello por lo que, podemos afirmar que nuestro sistema jurídico en materia de filiación acoge estos principios, por ello que, según señala (Jiménez, 2010), menciona que “El código civil peruano de 1984, en materia de filiación se encuentra desfasado, es decir, se sustenta en la concepción clásica romanista: “*Mater semper certa est*” (la madre siempre es conocida), según la cual la mujer que gesta, es la madre de la criatura que alumbró”. De esta manera, nos da un claro ejemplo que el desarrollo de nuestro código civil, ya que, nuestro código tomado como ejemplo la concepción regulada en el código napoleónico, la misma que, no comprende los nuevos hechos de la realidad, es por ello que podemos afirmar que a medida que la sociedad avanza mayores son los retos para poder regular situaciones como estos procedimientos, es decir, ante una realidad versátil nacen circunstancias donde el derecho deberá cumplir su función de legislar.

3.3.1.1.2– Análisis del razonamiento de las cortes de justicia sobre la ruptura del principio *mater semper certa est* en la maternidad subrogada

El principio romano del *mater semper certa est*, es aquel principio que hace referencia a la condición de madre, es decir, este principio menciona que la madre gestante y la madre genética recae en la misma persona, por ello que, en nuestro código civil peruano reconoce como principios primordiales, el Principio *mater Semper certa est* y el principio del *pater is est quem nuptiae demonstrat*, sin embargo, estos principios se verán destruidos por las técnicas de reproducción asistida.

Es así que, “es evidente, conforme al artículo 409° del Código Civil, que el hecho del parto es normalmente acreditable y brinda la certeza y seguridad necesaria en el derecho de filiación. Precisamente, es por ello que se establece como una presunción para la determinación de la maternidad; sin embargo, es una presunción simplemente legal que, en principio, 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 insuficiente.” (Torres Maldonado, 2017).

Con las nuevas tecnologías de reproducción humana han cambiado el panorama que se tenía ante la filiación tradicional, es decir, este principio que antiguamente era utilizado para determinar la filiación del menor nacido de manera tradicional, ya no puede ser utilizado para determinar la filiación del menor nacido por la técnica del vientre subrogado; en este sentido, la presunción de la maternidad

determinada por parto, no tiene el carácter absoluto, toda vez que este principio se encuentra siendo relativizado por el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, de tal modo que cuando existe esta situación contrariada, se priorizara el principio del interés superior del niño.

En nuestra realidad este tipo de prácticas ha provocado la disociación de los conceptos de madre gestante y madre genética, ya que en el vientre subrogado recae en distintas personas, es decir, en este tipo de técnicas de reproducción asistida la madre gestante sería aquella persona que gesta al menor para terceros y la madre genética aquella mujer brinda la carga genética, en este tipo de situaciones nos damos cuenta que el principio romano acogido por nuestro código civil se encuentra totalmente desfasado, puesto que, la gestación y la carga genética no es aportado por la misma mujer, en este caso nos encontramos ante un paradigma que tanto la ley como la jurisprudencia deben regular de tal manera que nos señale la forma de filiación del menor.

En este tipo de prácticas según menciona Torres, M.,(2014);“(…) *La declaración de nulidad de los pactos de maternidad sustituta, tesis que ha sido sostenida por gran parte de la doctrina, de nada sirve cuando se trata de solucionar los problemas en caso de que el acuerdo se cumpla y nazca un niño que debería ser entregado a la pareja contratante (…)*”; de esta manera en nuestro derecho peruano la filiación del menor nacido por el uso de estas técnicas ha generado una problemática que las Cortes de justicia de la nación, han empezado a solucionar mediante la inaplicación del principio romanista.

En el estudio realizado por Vega Chilcon, S (2017). Inaplicación del principio mater semper certa est en los casos de “útero subrogado”, Universidad Católica Santo Toribio De Mogrovejo, tesis para optar (Licenciatura). Chiclayo; concluye que:

“En la técnica de útero subrogado aparecen interrogantes sobre la determinación de la maternidad al aplicar el principio mater semper certa est, ya que en el ordenamiento jurídico peruano vigente, la determinación de la misma supone la reunión de dos supuestos: el hecho del parto y la identidad del hijo; no obstante, cuando se pretenda obtener la filiación del niño nacido mediante la técnica de útero subrogado resulta inaplicable dicho axioma romano, por cuanto la maternidad en este caso queda comprobada por la voluntad procreacional y la identidad genética amparada en el principio de la verdad biológica, como únicos supuestos válidos para determinar la relación filial materna de los menores nacidos bajo dicha técnica. En consecuencia, si existe controversia en la determinación de la maternidad deberá fundamentarse la precisión de la misma en la identidad genética que recae en el principio de la verdad biológica, ya que si se persiste en aplicar el principio mater semper certa est en los casos de útero subrogado se afectará la filiación materna del hijo nacido mediante dicha técnica”.

De esta manera en nuestra legislación al aceptar que la maternidad y la paternidad se rigen por los principios romanos antes mencionados hemos generado que el sistema de filiación sea absolutamente cerrado, es decir, a la luz de las nuevas tecnologías, las cortes de justicia han determinado la solución para casos como estos, la inaplicación de estos principios, por lo que, este principio se ve contradicho por la prueba genética, la voluntad intencional de los padres, el principio del interés superior del niño.

Ante los supuestos de la gestación por sustitución según el número de casos resueltos en nuestro país, se encuentran inaplicando este principio, tal es así que según lo que han resuelto en la casación N° 563-2011, situación que la corte ha resuelto aplicando el principio del interés del menor, puesto que, la menor quien fue procreada por vientre subrogado desde los primeros días de nacida fue entregada a los padres intencionales, por ello, primando el libre desarrollo de la menor en un ambiente solido familiar declaran que la menor se quede con los padres que cuidaron de ella al poco tiempo de nacida, este es un claro ejemplo de la inaplicación de este principio; como se sabe en el caso del vientre subrogado la identidad de la madre gestante con la madre genética no recaen en la misma persona.

Estos supuesto a su vez genera la inaplicación del principio que hasta hoy en día se utiliza en el derecho de familia, por lo que los jueces de las cortes de justicia resuelven inaplicar este principio para primar al principio del interés superior del niño resaltando que el bienestar y desarrollo del menor es más importante ante los desarrollos biotecnológicos de reproducción asistida y el vientre subrogado.

3.3.1.2- DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD: CRITERIO DEL RECONOCIMIENTO DE LA IDENTIDAD BIOLÓGICA

3.3.1.2.1.- Realidad peruana en la filiación del menor según el Código Civil

Si partimos del concepto tradicionalista de la filiación diríamos que es el vínculo de padres e hijos, que para según (Varsi, 2010) quien cita a Doménico Barbero que menciona que “(...) *la filiación es, ante todo, ‘el hecho’ de la generación por nacimiento de una persona, llamada ‘hijo’, de otras dos personas, a quienes se llama ‘progenitores (...)*”, por otra parte, para el tesista Herrera Herrera, R (2016). Reconocimiento por parte del padre biológico de hijo extramatrimonial de mujer casada. Tesis para optar el título de abogado. Universidad Tecnológica del Perú, Lima, quien cita a Arias Schreiber Pezet, “(...) se ha dicho que la filiación es la más importante de las relaciones de parentesco y que partiendo de una realidad biológica, cual es la procreación, surge una relación jurídica impregnada de derechos y obligaciones que tiene como tema central la problemática legal acerca de los padres e hijos (...)”.

De tal manera que, se afirmar que con la filiación nace *la conditio sine qua non*, vinculado a la potestad de estado que puede tener el menor con respecto a sus progenitores, es decir, a la situación en la que se encuentra una persona como hijo de otra frente a la sociedad; es por ello por lo que, la filiación se presenta la característica de su propia esencia, es decir, por los distintos condiciones en las que se presenta ante la relación jurídica familiar se puede clasificar a la filiación en: una filiación matrimonial, la cual según el código civil español ha definido a la filiación matrimonial a aquella que nace durante el matrimonio de los padres, que según recoge nuestro código civil en su artículo 361°, la filiación matrimonial es definida como: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”; cómo podemos comprender este precepto nos señala que se establece el vínculo legal entre el padre, la madre y el menor nacido dentro del matrimonio”; que para autores como (Corral Talciani, 2003) señala que “(...) El nacimiento del hijo constante matrimonio determina la filiación matrimonial, aun *cuando su concepción deba reputarse acaecida con anterioridad al casamiento de los padres, como en el caso del hijo que nace antes de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio (...)*”. Es ante esta situación que el

artículo antes mencionado nos señala que se presume la paternidad del hombre casado y de la mujer casada o en caso de disolución del vínculo matrimonial igualmente se presume la paternidad y la maternidad del menor nacido durante 300 días posteriores a la disolución del vínculo matrimonial salvo oposición por algunos de los presuntos padres del niño; que en la realidad peruana esta oposición de reconocimiento del menor se podrá contrastar por la utilización de las pruebas genéticas ADN, que actualmente en un mundo donde la ciencia avanza ya es posible diferenciar el vínculo biológico del menor y sus presuntos progenitores.

Mientras tanto, la filiación extramatrimonial según nuestro código civil ha prescrito en su artículo 386° “son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio”; en este sentido que, para el tesista Herrera Herrera, R (2016). Reconocimiento por parte del padre biológico de hijo extramatrimonial de mujer casada. Tesis para optar el título de abogado. Universidad Tecnológica del Perú, Lima, señala que “(...) *la filiación ilegítima implica y supone la falta de vínculo matrimonial entre los padres. De aquí una primera aproximación al concepto de la filiación ilegítima nos lleva a calificarla como extramatrimonial (...)*”.

Es así que, actualmente para reconocer la filiación del menor se realiza por medio de un proceso judicial de filiación extramatrimonial, por lo que ante la incorporación de la prueba genética ADN, ha permitido verificar el vínculo biológico del menor con el progenitor demandado, es por ello por lo que, en nuestro código civil los principios anteriormente reconocidos de la vertiente del derecho romano como los principios fundamentales de la filiación, como el principio *mater semper certa est* y el principio *pater is est quem nuptiae demonstrant*, ha demostrado que nuestro sistema legal y nuestro derecho se vea estancado ante una sociedad versátil, donde la ciencia ha demostrado gran avance ante el reconocimiento del vínculo biológico por medio de las pruebas de ADN, es por estos avances que nuestro código civil se ha ido actualizando e incorporando en sus líneas la prueba de ADN, como forma de refutar la paternidad y maternidad del menor, es así que nuestro código civil ha prescrito la incorporación del ADN de la siguiente manera:

Artículo 402°. - Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial

La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declara:

Inciso 6:

Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo o hija a través de la prueba de ADN y otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado o certeza. El juez desestimará las presunciones de los incisos procedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

Artículo 413° Prueba del grupo Sanguíneo

En los procesos sobre declaración sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial es admisible la prueba biológica, genética u otra de validez científica con igual o mayor certeza. También son admisibles estas pruebas a petición de la parte demandante en el caso del artículo 402° inciso 4, cuando fueren varios los autores del delito. La paternidad de uno de los demandados será declarada sólo si alguna de las pruebas descarta la posibilidad de que corresponda a los demás autores. Si uno de los demandados se niega a someterse a algunas de las pruebas, será declarada su paternidad, si el examen descarta a los demás. La obligación alimentaria es solidaria respecto de quienes se niegue a someterse a algunas de las pruebas.

De esta forma, en la filiación ha ido cambiando conforme la ciencia biotecnológica avanza, puesto que hoy en día es común toparnos con problemas legales como a quien podemos señalar como padres del menor en un caso donde el menor nació por vientre subrogado o alguna técnica de reproducción asistida, donde podemos afirmar que la filiación de este tipo de técnicas ha ocasionado como lo diría Varsi, 2017 “(...) *El desarrollo y perfeccionamiento de la reproducción asistida ha determinado una revolución en el campo de la filiación “poniendo en crisis principios que hasta no hace mucho eran inamovibles. Con el boom de la procreación asistida, empiezan a surgir los problemas que antaño eran imprevisibles y que hoy son una realidad, proyectándose a situaciones inimaginables (...)*”.

3.3.1.2.2. - Retos que presenta las técnicas de reproducción asistida y el vientre subrogado en la filiación

La maternidad como es visto en la actualidad, se remonta al reconocimiento de los principios romanos, donde la historia de la maternidad presenta un inexcusable punto de partida, el cual se atribuye a la máxima regla Pauliana “mater semper certa est”, la que refiere a que la madre siempre es cierta, es decir, la madre que alumbró es la madre legal del recién nacido, situación jurídica que reconoce al menor como hijo de alguien ante una sociedad, es por ello por lo que, desde los tiempos más remotos hasta la actualidad se han ido reconociendo a los hijos con este principio romano determinándose así la filiación.

De esta manera, es que, ante un mundo cambiante, la evolución de la sociedad y la ciencia ha permitido que nuevas formas de procrear sean desarrolladas con la finalidad de poder apoyar aquellas parejas infértiles o estériles que no pueden procrear de manera natural, por ello es que, la coyuntura de las técnicas de reproducción asistida ha generado nuevos retos emprendidos en función de la determinación de la filiación, es por ello por lo que, según (Paz Fernández & Rivera González, 2017) menciona que “(...) la excepcionalidad del principio mater semper certa est está en proclive a no amparar a este tipo de realidades, que, sostiene, desconfiguran el Derecho de Filiación en aras de un Derecho de Maternidad/Paternidad rompiendo, en su tesis, el equilibrio hasta ahora existente (...)

Ante esta premisa donde los principios aceptados por el código civil, sobre la presunción de paternidad o maternidad, han quedado pretéritos ante las técnicas de reproducción asistida, es así que, se puede analizar sobre la tendencia actual de filiación en nuestro código civil va direccionada a establecerse por dos supuestos de filiación materna/ paterna, el cual por un lado tenemos que la determinación de la

filiación materna se da por parto, el cual se determina que la madre es aquella que alumbró al recién nacido y por otra parte tenemos que la determinación de la filiación paterna es atribuida al marido después de los 300 días calendarios siguientes de la disolución del vínculo de matrimonio, presunción iuris tantum, el mismo que admite prueba en contrario es de esta forma que por medio de un análisis de prueba genética el cual se podrá utilizar para determinar la filiación del menor.

Estas presunciones recogidas por el legislador en nuestro código civil, ha generado según (Duplá, T. 2007), que “(...) el régimen jurídico de la filiación experimente nuevos cambios producto de los modernos avances y descubrimientos científicos, en especial en los campos de la biomedicina y la biotecnología, va a ser posible el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción alternativas a la esterilidad de la pareja humana, conocidas como Técnicas de Reproducción Asistida o Artificial, algunas de ellas inimaginables hasta hace muy poco (...)”. Es ante el desarrollo biotecnológico del vientre subrogado ha generado nuevos retos para determinar la filiación, la misma que, actualmente se encuentra en crisis por la implementación de las técnicas de reproducción asistida y el vientre subrogado ocasionando que se desmorone totalmente los conceptos de filiación materna o paterna tradicionalmente fijados por los principios romanos, puesto que, con el vientre subrogado la gestante y la madre biológica no recaen en la misma persona, generando una problemática en como determinar la filiación y empezando a mencionarse el análisis de la identidad biológica por medio de la prueba genética.

Motivo por el cual, en la filiación de los recién nacidos producto de la maternidad subrogada se viene reconociendo el vínculo biológico o también llamado vínculo genético, pero no es el único factor que determina la filiación del menor producto de las técnicas de reproducción asistida, puesto que, otro factor que ha determinado la filiación a favor de los padres intencionales es por decirlo así el vínculo socio afectivo (voluntad- afecto) diferente a la filiación tradicional realizada en base a la procreación natural (unitas carnis); de esta manera, es que, según menciona (Varsi,2010) indica que “(...) La filiación por técnicas de reproducción asistida se afianza en la socio afectividad y debe apreciarse como un reconocimiento del derecho fundamental a la felicidad, sin distinguir si se trata de pareja heterosexual u homosexual (...)”; de esta manera, nuestras Cortes de Justicia en los casos de maternidad subrogada ha dado a entender un criterio de la voluntad y el afecto, el cual se forjara a partir de la relación padre- hijo anteponer el factor crianza a los lazos biológicos. (Varsi,2010)

Es ante este panorama creado por las técnicas de reproducción asistida y el vientre subrogado que la filiación ha sido un reto en los últimos tiempos, el mismo que, ante el desarrollo continuo de este tipo de procedimientos es que en el Perú se empieza hablar sobre tipos de maternidad subrogada método de consecución del embarazo, así como la relación entre el menor y la gestante, para ello, es que, según Varsi, (2010) la clasificación de la maternidad subrogada hallamos a:

Cuadro N° 12:

CLASIFICACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA SEGÚN VARSÍ			
Madre Portadora	Madre Sustituta	Ovodonación	Embriodonación
La mujer genera óvulos, pero tiene una deficiencia uterina o	La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir, hay deficiencia ovárica y	La mujer tiene una deficiencia ovárica, no genera óvulos pero sí	El problema es de infertilidad completa de la pareja. La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir, hay

<p>física que le impide gestar por lo que debe buscar una mujer que colabore con ella en dicha labor biológica. Es un caso de préstamo de útero, dándose una maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) aporte de espermatozoides del marido, 2) aporte de óvulo de su mujer y 3) la madre gestante es una tercera.</p>	<p>uterina por lo que debe buscar una mujer que cumpla con dichas funciones que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es el caso de una maternidad integral. Se produce un caso de pregeneración humana: 1) espermatozoides del marido, y 2) inseminación en tercera mujer.</p>	<p>puede gestar por lo que necesita una mujer que sólo le ceda óvulos. Es un caso de maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana 1) espermatozoides del marido, 2) óvulo de una mujer cedente y, 3) gestación de la mujer. La madre procreante no es la misma que la gestante.</p>	<p>deficiencia ovárica y uterina y el hombre es infértil por lo que deben buscar un cedente de esperma y una mujer que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso especial de procreación humana integral. Se produce un caso de multigeneración humana: 1) el embrión es de una pareja cedente, 2) el marido es infértil, y 3) el embrión es gestado por su mujer. La madre procreante no es la misma que la gestante, a lo que se suma el problema de la paternidad que no le corresponderá al marido.</p>
---	--	---	---

Esta clasificación ha mostrado ser un reto de que presenta la filiación en las técnicas de reproducción asistida y el vientre subrogado, por ello muchas veces se es difícil determinar la maternidad y los vínculos de filiación, puesto que, todos estos percances vienen de la colisión de los derechos constitucionales de los sujetos intervinientes y el menor recién nacido, donde muchas veces el menor se encuentra en un estado de indefensión. Es por ello por lo que, nuestras Cortes de Justicia en virtud de esta problemática han desarrollado diversos criterios los cuales basan sus razonamientos en la mejor manera de determinación de la filiación para poder establecer al menor en un hogar en el cual pueda desarrollarse plena y saludablemente ante la sociedad.

3.3.1.2.3. - Análisis del razonamiento de las Cortes de Justicia sobre la identidad biológica del menor nacido por vientre subrogado

En el capítulo anterior, hemos analizado la filiación de los menores nacidos por vientre subrogado ha abarcado un gran cambio en la filiación del niño, el mismo que, en la jurisprudencia nacional, las Cortes Justicia del nuestro país ha determinado diversos criterios para establecer al menor nacido producto de una técnica de reproducción asistida y vientre subrogado, el cual tenemos como uno de los factores que determinan la filiación a favor de los padres que recurren por vientre subrogado, es el vínculo biológico o genético entre los progenitores y el recién nacido, este el caso de muchos padres intencionales que recurren a este tipo de técnicas.

Es por ello que la tendencia actual de las técnicas de reproducción asistida y el vientre subrogado se condice a los planteamientos legales tradicionales y con el biologismo imperante; siendo que el aporte de la ciencia genética ha desatacado como forma para determinar la filiación tradicional, dicha filiación caracterizada por el uso de la prueba genética ADN, la cual permite a la parte conocer los datos genéticos de la persona, de esta manera lo explica (Mojica Gómez, 2003) quien define a la prueba genética como “(...) La prueba de paternidad o de maternidad basada en el ácido desoxirribonucleico ADN es la técnica médica, biológica y científica que permite establecer la identidad genética (huella genética única que permite conocer la verdad biológica sin lugar a equívocos) y la relación filial legítima respecto de quien engendró o procreó. El ADN es el material genético que se encuentra en las células

del cuerpo, por eso es el medio más idóneo en materia de identificación, es la huella genética de cada ser humano, es vida (...).”

Por lo que con la actual complejidad que suscita el vientre subrogado sobre establecer el nexo filial paterno- materno con el filius, es decir, nexo que vincula al padre, a la madre con el menor; por lo que en los casos de vientre subrogado donde la carga genética puede o no aportar las personas que encargan la gestación o puede ser un tercero el que brinda esta carga genética, por lo que, según menciona (Varsi, E.,2013) señala que “(...) El principio tradicional seguido por el Derecho *in genus* es el *mater semper certa est* puesto que el parto debidamente acreditado es el hecho que atribuye de pleno derecho la maternidad, el parto sigue al vientre, *partus sequitur venter*, razón por la cual, la maternidad en sentido biológico, es siempre cierta. Sin embargo, las nuevas tecnologías reproductivas alteran dicho principio ante la posibilidad de que la madre gestacional no sea al mismo tiempo la madre genética, puesto que el hijo que lleva en su vientre es el resultado de la unión de la célula germinal de su marido con la célula germinal de otra mujer. La determinación de la maternidad es compleja al vincularse con prácticas de maternidad subrogada relacionadas con la cesión de gametos (...).”

Este tipo de maternidad subrogada se ha mostrado en la casación N° 563-2011, proceso de adopción por excepción, donde la pareja demandante recurrió a la técnica del vientre subrogado por ovodonación, donde el padre biológico de la menor es el padre pre-adoptante junto con su pareja buscan regularizar la situación filial con un proceso de adopción por adopción por excepción, donde se demostró que “el demandante es el padre biológico de la menor según lo expone la prueba genética”; este caso es uno de los tantos existentes en la corte de justicia donde determinan a la filiación por dos preceptos importantes el primero es el principio de la identidad biológica y el segundo es el vínculo socioafectivo del menor con los padres intencionales, donde para (Varsi, E.,2013) menciona que “(...) El principio biológico se sustenta en la verdad biológica: transferencia de genes entre progenitores y generados, *favor veritatis*. Utiliza el presupuesto biológico o genético de la filiación, dejando de lado el aspecto social. El sistema legal tiende a ello, favoreciendo la determinación de la filiación conforme a la realidad biológica (...).”

Por otro lado que, cabe resaltar que si bien es cierto nuestras cortes de justicia toman como principio la verdad biológica, pero no dejan de aplicar y valorar el interés y la intención de ser padres del menor (Torres Maldonado, 2017), señala que “(...) En los casos de maternidad subrogada, la intención de engendrar nace de los padres comitentes y que sin dicha voluntad no se hubiera celebrado el acuerdo, ni se hubiera llevado a cabo la aplicación de la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida. En la sentencia in comento, se indica que “la señora Aurora desde un inicio tuvo voluntad procreacional para tener hijos, a diferencia de la madre biológica [Evelyn] que desde un inicio –y hasta ahora– tuvo una voluntad de entregar a los menores a la señora Aurora”. Es decir, la voluntad de la madre comitente es la que determinará el surgimiento de una serie de hechos que finalmente terminarán con el nacimiento de un niño. Ergo, la voluntad y aporte que presta la madre sustituta solo tiene relevancia una vez que la madre comitente ha manifestado la voluntad de procrear. Consideramos que debería ser considerada madre, quien ha deseado tener el hijo (maternidad de deseo), siempre que dicha premisa sea coherente con el mejor interés del menor. Al respecto, se afirma que debe ser

considerada madre la comitente, porque es la que ha deseado tener un hijo, y la gestante ha renunciado a cualquier derecho sobre la criatura. Aun en el caso de que la maternidad se atribuyera a la gestante, ello ocasionaría problemas, pues esta última podría no desear al niño (...).

En este sentido, el criterio empleado por las cortes de justicia hace referencia a la voluntad y al afecto es la base principal de la maternidad subrogada, por lo que, las cortes de justicia mencionan que la filiación en las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada se debe sustentar en el principio de veracidad (favor veritatis), principio de igualdad, principio del interés superior del niño, y la voluntad de los padres, siendo que esta filiación se asemeja a la figura de la adopción donde se una pareja abdica su derecho a la pareja que tiene el deseo de ser padres, de esta forma se dice que las técnicas de vientre subrogado es símili de la adopción. (varsi, 2013).

3.3.1.3. – Criterio de la Voluntad Procreacional (Voluntad- Afecto)

Como criterio tomado por nuestras cortes de justicia es la teoría de la intención, dicha teoría nace a partir de los casos de gestación por sustitución suscitados en Estados Unidos, es así que, según menciona Andrea Rodrigo “(...) *El caso Baby M fue uno de los primeros casos de gestación subrogada en Estados Unidos y en base a ésta y otras situaciones pioneras en relación a esta técnica, se asentaron las bases de la gestación por sustitución en Estados Unidos, donde la modalidad tradicional o parcial no se practica actualmente (...)*”.

Es así que, dentro de los criterios utilizados en estas cortes de justicia de Estados Unidos salió como parte del criterio esbozado por el juez la teoría de la intención, es decir, este criterio en el cual señala la voluntad de las partes que desearon procrear al menor por la gestación por sustitución, son aquellos que deberían ser considerados padres; esta teoría de cierta manera se viene utilizando como criterios por los jueces peruanos que en las sentencias analizadas se identifica claramente la postura del juez.

Si bien la voluntad intencional de los padres, es otra forma de inaplicación del principio mater semper certa est, es decir, según menciona (Lamm, 2015); “(...) *esta postura, madre es quien desea y quiere ser madre, quien tiene la voluntad procreacional, independientemente de su aporte genético y/o biológico(...)*” por otro lado, Hernández Ibáñez, señala que “(...) *se considera como madre aquella persona que en el contrato estableció el deseo de tener un hijo a través de esta técnica, sin distinguir si ha aportado el óvulo o no. Si el óvulo se ha trasplantado a la mujer gestante, coincidirá, según su posición, en una misma persona la maternidad genética y la legal (...)*”; de esta forma mencionamos que para muchos países del mundo para determinar la filiación de los menores nacidos por vientre subrogado basta la intencionalidad de los padres comitentes en procrear a niños por medio de estos métodos de reproducción asistida.

En este sentido, al hacer un análisis sobre la teoría de la intención o el elemento voluntario en la maternidad es necesario resaltar que los jueces de las cortes de justicia del Perú, han determinado en el caso de vientre subrogado, las partes que brindan el material genético al recién nacido, la pareja que recurre a este tipo de métodos debe tener la intención voluntaria de procrear al menor.

Según (Araujo, 2008, p 45), menciona que “(...) *Las tesis voluntaristas han implicado un cambio sobre la tradicional consideración del criterio determinante de la maternidad: el parto. La doctrina actual*

reconoce que la misma se puede determinar legalmente con prescindencia de todo vínculo biológico o genético con el nacido y, que, puede ser una relación fundamentada exclusivamente en la intención o el deseo (...); de esta forma, las cortes de justicia han determinado a quienes se les puede considerar padres del menor nacido por el uso de estos métodos.

De esta manera, los criterios de la corte de justicia, valoran el interés de los futuros padres con el menor, puesto que, consideran que, al tener el deseo de ser padres del niño o niña, velaran para proteger la vida y los derechos del recién nacido, es por ello por lo que, cuando los jueces realizan una valoración para determinar la filiación del menor, sustentan la importancia del deseo de los presuntos padres en un acuerdo de maternidad subrogada.

3.3.1.4.- Interés superior del niño como criterio en las sentencias de maternidad subrogada

Cuando se aborda el interés superior del niño como criterio por los jueces de las cortes de justicia para determinar la filiación del menor nacido por técnicas de reproducción asistida, lo que el magistrado busca es el desarrollo pleno del menor en un ambiente saludable; es por ello que, la maternidad subrogada como tal, es aquella practica que involucra a un sinfín de personas, el cual ha ocasionado que la vida del niño o niña se encuentre en un potencial riesgo, que puede afectar sus derecho primigenios como es su derecho a la dignidad, derecho a la identidad, derecho al libre desarrollo, entre otros, por lo que cualquier tipo de intervención se deberá primar el interés superior del niño con el fin de garantizar la protección del Estado a esta población vulnerable.

Frente a esta situación donde las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada han modificado sustancialmente la filiación tradicional, generando la interrogante de como determinar la filiación del menor, por lo que en las recientes sentencias de maternidad subrogada dictadas por los jueces de las Cortes de Justicia, invocan al principio del interés superior del niño, de manera que, buscan aplicar a este principio para salvaguardar la vida y los derechos de los menores nacidos por vientre subrogado o alguna técnica de vientre subrogado.

Es por ello que, debemos entender al interés superior del niño, como aquel principio rector que busca garantizar el bienestar del menor en toda medida que sea tomada por el estado deberá garantizar el mayor beneficio integral del menor; de esta manera, es que, los diversos instrumentos normativos internacionales y nacionales han regulado al interés superior niño como una garantía que busca el desarrollo integral del menor en toda medida que concierne al menor, es así que, la Convención sobre los derechos de los niños ha prescrito:

Artículo 3°, inciso 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”.

Esta convención de los niños, niñas y adolescentes, según menciona (Cavallo, 2008) “(...) *El sujeto de la Convención sobre los Derechos del Niño es precisamente el niño. El objeto de la Convención es reforzar la protección de los niños como plenos sujetos de derechos humanos, ya que ellos tienen todos los derechos propios de todos los seres humanos y, además, son beneficiarios de cierta protección especial en su calidad de grupo más vulnerable. De este modo, como se señaló precedentemente, el artículo 1° de la CDN⁴ establece que se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad (...)”.*

Este principio, por otra parte, se reconoce al principio del interés superior del niño, en el código civil y el Código del Niño, Niña y Adolescente, el cual establece:

Artículo IX Interés superior del niño y del adolescente:

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”.

Este texto normativo se encuentra concordante con la Constitución Política del Perú, el mismo que nos señala que el niño, niña y adolescente gozan de protección, de tal manera lo prescribe el artículo 4° C.P.P.

Artículo 4.- Protección a la familia. –

“Promoción del matrimonio 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. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.”

Es en este sentido que, el ámbito de aplicación del principio en las sentencias de la corte de justicia, busca armonizar el vínculo biológico, la intención de los padres con el mejor bienestar del menor, ya que, los problemas surgen al momento del nacimiento, lo que provoca la vulnerabilidad del menor lo que proyecta la necesidad de cautelar los derechos del niño o niña, de esta manera se aplica el interés superior del niño en los problemas suscitado por la práctica del vientre subrogado o las técnicas de reproducción asistida.

⁴ CDN: Convención de los Derechos del Niño

CAPÍTULO IV. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

4.1 Discusión

Como sabemos en el presente trabajo de investigación tuvo como objetivo principal el de identificar de qué manera el artículo 7° de la Ley General de Salud incide en la práctica de maternidad subrogada en el Perú. Por lo que, el análisis de la investigación está referida a los resultados obtenidos mediante el acopio documental, técnicas de análisis de jurisprudencia, técnica de fichaje, análisis de la doctrina nacional, puesto que, mediante el análisis se ha identificado que el artículo 7° de la Ley General de Salud, influye de forma negativa a la práctica del vientre subrogado, lo que ha ocasionado que exista afectación de los derechos de los intervinientes y el menor se encuentre en un estado de indefensión.

4.1.1.- En relación al Objetivo; Analizar el artículo 7° de la ley general de salud.

A partir de los resultados obtenidos en cuanto a la información recabada por medio del acopio documental, técnicas de análisis de jurisprudencia, técnica de fichaje, análisis de la doctrina nacional y extranjera, se puede mencionar que el desarrollo de la maternidad subrogada y las técnicas de reproducción asistida, no es una realidad ajena al Perú, pues como hemos visto el avance de la ciencia biotecnológica ha generado que la ley se vea estancada, puesto que, al ser una realidad que cambia cada día más ya sea por la ciencia, la medicina, la tecnología o ciencia biomédica, ha generado nuevas realidades que el derecho deberá afrontar, es ante esta circunstancia que el del artículo 7° de la Ley General de Salud ha creado un vacío legal en torno la maternidad subrogada y las técnicas de reproducción asistida, de modo que, el artículo 7° de la LGS ha prescrito en su texto legal:

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 análisis de este artículo para Estrada Mora, (2018) ha sido restrictivo la misma que no responde a la realidad actual, por otro lado, ha generado que se afirme que no existe un marco normativo explícito que regule a la maternidad subrogada, ni para declararla nula, ni para admitirla; es por ello que, podemos afirmar que existe vacío legal que ha ocasionado diversos conflictos de derecho que tienen las personas intervinientes y el menor, por lo que por ello, es que muchos alegan que el uso de estos métodos es una forma de garantizar el derecho a la salud, puesto que las personas que cuentan con algún problemas de esterilidad e infertilidad o alguna enfermedad que le impida procrear de manera natural recurran a este tipo de técnicas para satisfacer su deseo de ser padres y a la vez ejercer su derecho humano de procrear, situación que va en aumento en nuestro país, ya que se sigue teniendo estos problemas.

Es por ello por lo que, existen distintas opiniones con respecto al artículo 7° de la Ley general de salud, dentro de las cuales hallamos al autor (Payalich, 2017) quien cita a (Gómez Sánchez, 2010) afirma que: “(...) El derecho a la reproducción es individual, y además puede ser ejercida por una sola persona gracias a los gametos que son donados o por una persona más la voluntad concurrente de otra. Ahora en el Perú no está prohibida, ni permitida la maternidad subrogada, así que es viable el ejercicio de este derecho, el procrear por parte de mujeres solas”, ..., Al respecto de la afirmación del Dr. Gómez Sánchez, personalmente opino que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe; por ende, el empleo de técnicas de reproducción asistida, para satisfacer el derecho de fundar una familia, a mi criterio debería de estar regulado (...)”.

En este sentido es que, se puede resaltar el vacío legal, puesto que en la realidad peruana existe la necesidad de legislar a este tipo de técnicas, ya que ante las numerosas dificultades que presenta la ley ha provocado que surjan diversos problema con respecto al menor, los padres intencionales y la madre subrogada, ya que al no tener claro respecto a la forma en la que se debe proceder el reconocimiento del menor, o entre problemas que al final recurren a un proceso judicial para proteger sus derechos, donde se deberá tener en cuenta el principio al derecho a la vida del concebido por vientre subrogado, es por ello que según el estudio realizado por Mercado (2019), afirma que “(...) *La base de todo ser humano empieza desde su concepción, el niño se va desarrollando desde ese momento, por lo que, va formando su identidad estática y luego sabiendo de donde viene cuál es su historia genética o biológica puede desarrollar su identidad dinámica, su personalidad, en base a una verdad que la hace suya, con la que se identifica, con un origen para poder seguir su norte.* (...)”.

Es ante este vacío legal que el legislador ha iniciado sus esfuerzos en encontrar alguna fórmula legal que pueda regular a este tipo de procedimientos de reproducción asistida, por ello es que, el legislador ha optado por crear números proyectos de ley que permitan regular una nueva ley de reproducción asistida y vientre subrogado o modificar a la ley general de salud; tal es caso de los proyectos de ley que en la actualidad existen tales como:

- El proyecto de ley 2839/2013-CR; que propone a “la maternidad sustituta parcial altruista, con el aporte del material genético femenino y con el gameto masculino para su concepción, mediante la fecundación in vitro de la concepción de su propio hijo, cuyo embrión será implantado en el vientre de la mujer que aceptará de manera altruista la gestación del nuevo ser”; el mismo que identifica la necesidad de legislar dicha práctica a consecuencia de una realidad que ha superado a la norma, por ende este proyecto se fundamentó en alcanzar la protección de tres derechos que considero importante como son: El derecho a formar una familia, el derecho a gozar de los beneficios de progreso científico, el derecho a la vida privada; sin embargo, este proyecto nunca fue aprobado.
- Proyecto de Ley N° 1722/2012-CR; este proyecto de ley busca regular la implementación de las técnicas de reproducción asistida en la realidad peruana, siendo que, ante una realidad como la nuestra donde existe un vacío legal provocado por el artículo 7° de la LGS; el mismo que en opinión del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables; “(...) este proyecto de ley objeto materia de análisis es una copia literal de la Ley Española 14/2006 del 27 de mayo del

2006, desde su artículo 1° hasta el artículo 16°, dejando de lado los demás articulados que proponen un régimen de infracciones y sanciones, definiendo las conductas prohibidas y determinando las sanciones correspondientes, hecho que es omitido en el Proyecto(...); la misma que, el análisis de todas las opiniones legales concluyen que el proyecto de ley N° 1722/2012-CR no es compatible con nuestro orden jurídico, ya que, si fuera promulgado sería una constante vulneración de los derechos fundamentales de la sociedad peruana.

- Proyecto de Ley N° 1724/2012-CR Ley que regula la investigación Biomédica, este proyecto se realizó el análisis por distintas instituciones en las cuales sugieren implantar nuevas definiciones con respecto al embrión, puesto que ante la falta de unanimidad de con el termino puede ocasionar problemas, por otro lado, se menciona que este proyecto de ley no ha incorporado términos que la legislación internacional ha incorporado, es decir, definiciones como “dato anónimo”, “dato codificado”, “procedimiento invasivo”; entre otros que podría ser relevantes para efectos del tratamiento, por lo que el dictamen de la comisión de Justicia y Derechos Humanos acordó por unanimidad inhibirse de dictaminar el Proyecto de Ley en análisis.
- Proyecto de Ley N.º 3313/2018-CR, este proyecto actualmente no hay pronunciamiento con respecto a este proyecto por lo que se sabe que con fecha 01/06/2020 se encuentra en la Comisión Salud y Población, Justicia y Derechos Humanos, esperado el Dictamen Favorable Sustitutorio Salud y Población Mayoría- falta dict. Justicia, pese a las recomendaciones de las distintas instituciones.
- Proyecto de Ley N.º 3404/2018-CR, en la actualidad para este proyecto no existe pronunciamiento, por lo que, su estado en la página web del Congreso de la Republica de nuestro país ha registrado que con fecha 01/06/2020 se encuentra en la Comisión Salud y Población, Justicia y Derechos Humanos, esperado el Dictamen Favorable Sustitutorio Salud y Población Mayoría- falta dict. Justicia.
- Proyecto de Ley 3542/2018-CR, la última actualización de este proyecto no existe pronunciamiento, por lo que, su estado en la página web del Congreso de la Republica de nuestro país ha registrado que con fecha 01/06/2020 se encuentra en la Comisión Salud y Población, Justicia y Derechos Humanos, esperado el Dictamen Favorable Sustitutorio Salud y Población Mayoría- falta dict. Justicia.

Ante estos consecutivos proyectos se hace evidente del vacío legal existente producto del artículo 7 de la ley general de salud por lo que de esta manera a inferido de manera negativa en la técnica del vientre subrogado, puesto que, ante la falta de una regulación especial ha ocasionado que el menor se vea como un objeto de comercialización o contratación lo que vulnera su derecho a la vida, a vivir con dignidad e a la identidad; que por otro lado también existe afectación para los intervinientes y la madre sustituta.

- ✓ **Apreciación del artículo 7 de la ley general de salud**

Frente a esta situación la postura personal que se ha tomado en este análisis es la siguiente:

El artículo 7° de la ley general de salud, es el único cuerpo legal que trata de prescribir el uso de las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada como un derecho a la salud, que las personas con problemas de salud que les impide procrear de manera natural recurren a salvaguardar sus derechos a la salud, reproducción, a formar una familia, es por ello que, en el análisis de este artículo ha generado una ambigüedad de interpretaciones, las cuales tenemos a: (I) La interpretación realizada con el Código Civil. - nuestro código civil ha interpretado a este artículo como una prohibición parcial para la maternidad subrogada, puesto que. Basa sus argumentos en el principio romano “mater semper certa est”, la misma que quiere decir que, “madre es aquella que alumbra al menor”; (II) interpretación realizada por la Constitución Política del Perú. - Principio de reserva que se encuentra en el artículo 2 inciso 24 literal e, el cual señala que “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

Es así que, ante este panorama, donde la ley que no muestra una claridad y precisión necesaria para regular a este tipo de técnicas, la misma que ha dificultado su interpretación, concibiendo a la ambigüedad de la interpretación de la norma; a raíz de esta problemática es necesario resaltar que nuestro ordenamiento jurídico debe avalar el acceso a este tipo de técnicas, ya que, al ser la infertilidad una problemática de salud pública, el Estado tiene el deber de garantizar la prestación de los servicios de salud que permitan acceder a este tipo de procedimientos para solventar la discapacidad física o funcional del organismo de las personas, las cuales les impide procrear de manera natural; es por ello que, según Bobbio, N, (1982) menciona que “(...) la prestación de servicios de salud, es una actividad de interés público, en la medida que el valor atribuido a la garantía de los derechos fundamentales es un dato imprescindible por parte del ordenamiento jurídico (...)”.

De esta manera, cabe hacer hincapié que en nuestra realidad no existe uniformidad respecto a cómo debe regularse estas técnicas en nuestro país, ya sea, por el vacío legal provocado por el artículo 7° de la Ley general de Salud o las jurisprudencias emitidas por las Cortes de Justicia, es evidente la falta de regulación especial de este tipo de técnicas en nuestro país, ha generado la colisión de los derechos del menor, de la madre sustituta y de los padres intencionales.

En este sentido, claro la necesidad de regular a este tipo de procedimientos, ya que, el artículo 7° de la ley general de salud, no señala correctamente el cómo debería regularse, es más ocasiona inconvenientes al momento de interpretarse ya sea por criterios de la corte u otra entidad, este artículo ha dificultado la regulación de las técnicas de reproducción asistida o la maternidad subrogada. Por este motivo que, se debe buscar regular a la maternidad subrogada y las técnicas de reproducción asistida, la misma que se debe fijar requisitos y en qué circunstancias se puede recurrir a este tipo de prácticas, de esta manera, podemos tomar las experiencias de las legislaciones como Uruguay con su ley de reproducción asistida y la maternidad subrogada.

4.1.1.1.- Panorama Legislativo de Uruguay en la regulación de las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada

Situación distinta se presenta en Uruguay, país latinoamericano, que cuenta con regulación sobre este tipo de desarrollo biotecnológico, es más el desarrollo normativo de este país ha llegado a establecer al acceso a las técnicas de reproducción asistida como un derecho que el Estado tiene el deber de garantizar que las técnicas de reproducción humana asistida queden incluidas dentro de las prestaciones del Sistema Nacional Integrado de Salud.

➤ Regulación de la maternidad subrogada en Uruguay

Con respecto a la regulación de la maternidad en Uruguay, podemos mencionar que los primeros indicios de regulación en este país, según Lemes Temboni,(2013); indica que “(...) *Los registros iniciales datan de 1991 cuando los doctores Hugo Batalla y Carlos Cassina presentaron un proyecto para regular la Reproducción Humana Asistida-Modificación del Código Civil, pero este proyecto nunca llegó a concretarse. Luego, en julio de 2003 se presentó una nueva iniciativa que transcurridos varios años se retomó para su discusión. Presentada por el Senador Alberto Cid en octubre de 2008, siendo discutida y aprobada por la cámara de Senadores, pero más tarde no obtuvo la aprobación de la Cámara de Diputados. En diciembre de 2010, el Diputado Luis Lacalle Pou retomó el proyecto y en 2012 la Cámara de Diputados la aprobó por unanimidad. El mismo fue dirigido a la Cámara de Senadores quienes luego de 33 realizar algunas modificaciones lo aprobaron el pasado 09 de octubre del año en curso, y el pasado 12 de octubre fue aprobado por la Cámara de Representantes (...)*”.

Es por ello que, en el panorama normativo que presenta Uruguay ha sido un tanto especial, puesto que, en Uruguay existen decretos legislativos que han garantizado el acceso a las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada, estos decretos señalan “sobre la intervención del Estado y su deber de garantizar el acceso a las técnicas de reproducción asistida como un derecho a la salud”; de esta manera, para reglamentar a la ley de reproducción asistido, se realizó por distintas etapas, las cuales comenzó con el dictado del decreto N°. 69/014 del 17 de marzo del 2014 sobre Reglamentación de establecimientos de Técnicas de reproducción asistida y de la Ordenanza N°. 462 del 26 de agosto del 2014 del Ministerio de Salud Pública, por la cual se integró la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida prevista en el Artículo 29° de la citada Ley y posteriormente se reglamentó en el decreto N° 311/014, que reglamentaba a la ley N° 19.167, Técnicas de Reproducción Humana Asistida, tal es así, que mostraremos el análisis de estas normas.

✓ Ley N° 19.167: Ley que Regula las Técnicas de Reproducción Asistida. -

Podemos señalar que según Álvarez Kepfer, A & Hernández Sanóu, M (2015). Vientres de alquiler: Propuesta de reforma al artículo 2, inciso c); artículo 6; y artículo 30, inciso 2., del Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria y creación del Depósito Nacional de Gametos a la luz de la experiencia internacional (Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho.). Universidad de Costa Rica, Costa Rica, menciona que “(...) *Uruguay es un país donde recientemente se legisló sobre las técnicas de reproducción asistida. Fue con la Ley 19167 conocida como “Ley de Reproducción Asistida” que se reguló el tema y se estableció el régimen jurídico de la maternidad subrogada en ese país. Como antecedente inmediato a la Ley de*

Reproducción Asistida, fue el proyecto de Ley conocido como “Proyecto Batalla”, el cual era un proyecto de Ley sobre técnicas de reproducción asistida, pero para lo que nos interesa, que es el tema de la maternidad subrogada, imponía una gran limitación. Según este proyecto de ley la filiación de los hijos hacia la madre sería determinada por el parto (al igual que como ocurre actualmente en España). El artículo expresaba que “a los efectos filiatorios, será reputada madre la mujer a quien se le hubiera implantado el embrión y que hubiese completado la etapa de gestación y dado a luz” Con lo anterior se puede ver que la intención del artículo era que, a pesar de que se hubiere dado la concepción por medios artificiales, o bien un acuerdo previo entre partes, éste no iba a poseer validez en cuanto al tema de la filiación. Hasta ese momento, la celebración de un acuerdo de maternidad subrogada, era considerado por la doctrina como nulo, ya que contravenía el principio de orden público como es la indisponibilidad del cuerpo humano. El Código Civil y Código de la Niñez de Uruguay, cuando fueron promulgados se dio en una época donde no se pensaba en la existencia ni desarrollo de las Técnicas de Reproducción Asistida. Por lo que antes de la Ley de Reproducción Asistida de 2013 prácticamente no se encontraba ninguna Ley que diera pie siquiera a la maternidad por subrogación (...).” De esta manera que, para González Cruz, C & Morffi Collado, C (2018) señala que “En Uruguay la Ley N° 19.167 del 2013, sobre las técnicas de reproducción humana asistida tuvo como objetivo regular las técnicas en su artículo 1°, el mismo que prescribe lo siguiente:

Artículo 1°: Objetivo: *“La presente ley tiene por objeto regular las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente, así como los requisitos que deben cumplir las instituciones públicas y privadas que las realicen. A tales efectos se entiende por técnicas de reproducción humana asistida el conjunto de tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación de gametos o embriones humanos para el establecimiento tuvo como objeto de un embarazo. Quedan incluidas dentro de las técnicas de reproducción humana asistida la inducción de la ovulación, la inseminación artificial, la microinyección espermática (ICSI), el diagnóstico genético preimplantacional, la fecundación in vitro, la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de gametos y embriones, la donación de gametos y embriones y la gestación subrogada en la situación excepcional prevista en el artículo 25 de la presente ley. La aplicación de cualquier otra técnica no incluida en la enumeración detallada precedentemente, requerirá la autorización del Ministerio de Salud Pública, previo informe favorable de la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida.*

Es así que, debemos entender que el objetivo que busca esta ley es regular todas las técnicas de reproducción asistida y su aplicación, la misma que deberá estar debidamente acreditadas científicamente, es por ello por lo que, podemos afirmar que esta ley impone al Estado Uruguayo el deber de vigilar y garantizar su correcta aplicación, teniendo en cuenta que, el acceso de estas técnicas

está dirigido a personas que tienen alguna discapacidad que les impide procrear; es por este motivo, que, esta ley ha dedicado en un capítulo en regular a la maternidad subrogada, la misma que ha establecido en su artículo 25° serán nulos los contratos de maternidad subrogada a título oneroso o gratuito y de igual forma establece que a excepción de aquellos acuerdos en la cual la mujer es incapacitada para gestar su propio embarazo o por motivo de alguna enfermedad, es por ello por lo que, según prescribe la norma en su artículo 25° indica que:

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.

Entiéndese por embrión propio aquel que es formado como mínimo por un gameto de la pareja o en el caso de la mujer sola por su óvulo.

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

De esta manera, el análisis realizado por Lemes Temboni, (2013) menciona que“(...) Por este motivo entendemos que la práctica será permitida en los casos de enfermedades genéticas o adquiridas, pero debemos remarcar que las TRHA en sí no solucionan una enfermedad como lo es la infertilidad, pues esa mujer nunca deja de ser entendida por el saber médico, como paciente, con un cuerpo enfermo para la procreación. En nuestro país diversas clínicas privadas se especializan en las TRHA, tanto de baja como de alta complejidad, permitiendo que aquellas familias que pueden cubrir su costo económico accedan a las mismas. A pesar de que las técnicas son realizadas y realizables, hasta hace poco tiempo no se contaba con una ley que las regulara y brindara accesibilidad a todos/as. Lo cual dejaba a las familias uruguayas que no podían cubrir los costos económicos sin oportunidades, quedando por fuera de los beneficios que brinda hoy en día la ciencia en materia de reproducción humana asistida (...)”.

Por otro lado, siguiendo el análisis de la ley N° 19-167, ha prescrito sobre como deberá realizarse los acuerdos de maternidad subrogada, la misma que menciona que estos acuerdos deberán realizarse de manera gratuita, la cual indica principalmente que no deberá existir compensación alguna para recurrir a la maternidad subrogada, es así como lo prescribe el artículo 26°:

Artículo 26. (Suscripción de acuerdo).-

El acuerdo a que refiere el inciso segundo del artículo anterior deberá ser de naturaleza gratuita y suscripto por todas las partes intervinientes.

Para Álvarez Kepfer, A & Hernández Sanóu, M (2015); señala que “(...) En cuanto al tema de la filiación de la persona nacida, va estar determinada siempre no por la persona que da a luz sino por las personas que solicitaron y acordaron la gestación por subrogación o en el caso de que la mujer biológica sea quién da a luz entonces sería determinada la filiación por el parto o cesárea (...)”. Así lo prescribe los artículos 27° y 28° de la Ley de Uruguay:

Artículo 27. (Filiación). - *En el caso previsto como excepción en el artículo 25 de la presente ley, la filiación del nacido corresponderá a quienes hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación.*

Artículo 28. (Filiación Materna). - *La filiación materna estará determinada por el parto o la cesárea de la madre biológica o en su caso por la mujer cuya gestación ha sido subrogada.*

Esta legislación ha regulado a la maternidad subrogada, la misma que deberá ser gratuita y solo aquellas personas que sufren incapacidad diagnosticada por el quipo tratante, o algún tipo de enfermedad genética o adquiridas que les impida procrear de manera natural, es por ello que, el gobierno de Uruguay, ha resaltado el deber de su Estado en garantizar el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida, las cuales el Estado deberá incluir en su sistema de salud.

✓ **Decreto 69/014 - Reglamentación de establecimientos de técnicas de reproducción asistida**

Sobre este decreto, Álvarez Kepfer, A & Hernández Sanóu, M (2015). Vientres de alquiler: Propuesta de reforma al artículo 2, inciso c); artículo 6; y artículo 30, inciso 2., del Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria y creación del Depósito Nacional de Gametos a la luz de la experiencia internacional (Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho.). Universidad de Costa Rica, Costa Rica, menciona que “(...) *en el reglamento viene a regular los protocolos y condiciones que están obligados a cumplir aquellas clínicas y centros de salud privados o públicos que vayan a realizar las técnicas de reproducción asistida. Se debe tomar en cuenta que cada una de estas instituciones en orden de brindar dichos servicios, deben primero solicitar un permiso de habilitación que, de ser aprobado, se otorga por cinco años que una vez cumplidos se debe renovar. Así se puede ver en el artículo 3 del reglamento que expresa:*

“Artículo 3 (DE LA VIGENCIA). *La habilitación se otorgará por el plazo de cinco años. El Ministerio de Salud Pública podrá de oficio, por denuncia o a solicitud del interesado practicar las inspecciones y/o verificaciones que estimen necesarios para asegurar el cumplimiento de los fines previstos, en ejercicio de las competencias que le otorga la normativa vigente.”*

Por otro lado, el Decreto viene a ordenar las condiciones mínimas en que se van a ejercer las técnicas de reproducción asistida y las divide en técnicas de baja y alta complejidad, esto con el fin de implementar primero las de baja complejidad porque tienen un menor costo económico y posteriormente las de alta complejidad. La definición de dichas técnicas se encuentra en el artículo 4 del reglamento que expresa lo siguiente:

“Artículo 4 (DE LOS NIVELES DE COMPLEJIDAD DE LAS TÉCNICAS DEFINIDAS EN LA LEY 19.167, ART. 5TO.) Se define como técnicas de baja complejidad a aquellos procedimientos en los que la unión entre el óvulo y el espermatozoide se realiza dentro del aparato genital femenino. Se define como técnicas de alta complejidad a aquellos procedimientos en los que la unión entre el óvulo y el espermatozoide se realiza fuera del aparato genital femenino, transfiriéndose a éste los embriones resultantes. Para realizar Técnicas de BAJA Y ALTA complejidad que requieren recursos humanos, infraestructura, equipamiento y procedimientos no previstos en otra normativa, las instituciones públicas y privadas deberán dar cumplimiento a los requisitos establecidos en el presente decreto, sin perjuicio de los establecidos en otras normas y que resultaren igualmente aplicables.”

El Decreto, que es emitido por el Ministerio de Salud Pública de Uruguay exige nuevos requisitos de recursos humanos, equipamientos y procedimientos para las clínicas o centros públicos y privados que deseen pedir la habilitación interesados en pedir habilitación deben cumplir con todos los requisitos que exige el artículo 5 para los de baja complejidad, artículo 6 para los de alta complejidad y artículo 7 en cuestión de Recursos Humanos (...).

✓ **Ordenanza N° 462/014: Creación de la Comisión honoraria de reproducción asistida.**

Con fecha 26 de agosto del 2014, la ministra de Salud, aprueba la ordenanza N° 462/2014, la cual se resuelve conformar la Comisión creada por el Artículo 30 de la Ley N° 19.167 de 22 de noviembre de 2013, que tendrá los siguientes cometidos: a) Asesorar en forma preceptiva al Ministerio de Salud Pública respecto de las políticas de Reproducción Humana Asistida, así como de la pertinencia de introducir nuevas técnicas en esa área; b) Promover las normas para la implementación de la reproducción asistida; c) Contribuir a la actualización del conocimiento de los profesionales y científicos en materia de Reproducción Humana Asistida y a la difusión de los conocimientos correspondientes; d) Elevar opinión fundada sobre las irregularidades respecto de las cuales tomare conocimiento a la Comisión Honoraria de Salud Pública y al Colegio Médico del Uruguay en lo que correspondiere a cada uno de estos organismos, dando cuenta de ello al Ministerio de Salud Pública; e) Crear Consejos Asesores transitorios o permanentes integrados por las organizaciones no gubernamentales relacionados con los aspectos científicos, jurídicos y éticos de éstas técnicas, así como por representantes de los beneficiarios de las mismas; f) Considerar los informes que se le elevaren relativo al procedimiento solicitado, de acuerdo al inciso cuarto del Artículo 15 de la Ley N° 19.167, y g) Considerar para su aprobación los protocolos de investigación básica o experimental, relativos a técnicas de reproducción asistida que le sean solicitados por los equipos técnicos tratantes; La mencionada Comisión estará integrada por: representantes del Ministerio de Salud Pública, quien la presidirá, del Instituto Nacional de Donación y Trasplante de Células, Tejidos y Órganos, Facultades de Medicina, Facultades de Derecho, Sociedad Uruguaya de Reproducción Humana (SURH), Colegio Médico del Uruguay y un representante de los usuarios, cada miembro titular tendrá un alterno respectivo. (Ordenanza N° 462-2014).



Reglamento De La Ley N° 19.167, Técnicas De Reproducción Humana Asistida- Decreto

N° 311/014

Este reglamento fue promulgado con fecha 30 de octubre del 2014, a través del Decreto N° 311/014, que reglamentaba a la ley N° 19.167, Técnicas de Reproducción Humana Asistida, el mismo que, según el subsecretario de Salud Pública, Leonel Briozzo, menciona que “(...) Este decreto reglamentario, contiene dos capítulos. Un capítulo está vinculado a los procedimientos de baja complejidad, que es la unión del espermatozoide con el óvulo dentro del cuerpo de la mujer; estas técnicas optimizan las condiciones para que el proceso de fecundación se produzca exitosamente. En el otro capítulo se tratan los procedimientos de alta complejidad, que se realizan cuando la fecundación se produce fuera del cuerpo de la mujer y por tanto se toman un óvulo y un espermatozoide que se juntan fuera, se genera el embrión, que luego se introduce en el útero femenino. (...)”. Es así que, al realizar un análisis de este reglamento podemos resaltar el alcance que tiene este decreto con respecto a las técnicas de reproducción asistida, el cual ha establecido lo siguiente:

Artículo 3: Alcance. -

Las técnicas de reproducción humana asistida de baja complejidad podrán aplicarse a toda persona como principal metodología terapéutica de la infertilidad, en la medida que se trate del procedimiento médico idóneo para concebir en el caso de parejas biológicamente impedidas para hacerlo, así como en el caso de mujeres con independencia de su estado civil, conforme a las siguientes disposiciones.

Este decreto ha procedido en “reglamentar los procedimientos de baja complejidad que son aquéllos en los cuales la unión entre el óvulo y el espermatozoide se realizan dentro del aparato genital femenino, y que incluyen la inducción de la ovulación y la inseminación artificial” (Decreto 311/014); por lo que, estos procedimientos de baja complejidad, ha sido definida en el artículo 5°, el cual ha prescrito:

***Artículo 5°. - (Procedimientos de reproducción humana asistida de baja complejidad y su cobertura).* - Las técnicas o procedimientos de baja complejidad quedan comprendidos dentro de los programas integrales de asistencia (PIAS) que deben brindar las entidades públicas y privadas que integran el Sistema Nacional Integrado de Salud, a partir del 1° de octubre de 2014”.**

Mientras tanto, el segundo capítulo de este reglamento hace referencia a los procedimientos de alta complejidad, los cuales en palabras de Briozzo señala que “buscan la fecundación se realiza fuera del organismo femenino, tomando los gametos femenino y masculino, que luego de generar el embrión implantar en el útero de la gestante”; por lo que, se puede afirmar que en esta reglamentación se ha regulado todos los procesos de baja complejidad, la misma que ha establecido condiciones de la persona que se someterá a estos procedimientos por lo que el subsecretario de salud Briozzo afirma que es esta normativa busca que toda la población acceda a las técnicas de reproducción asistida, siempre que las mujeres que sobrepasaron la edad idónea para producir descendencia, se prevé que estas mujeres que tengan 40 años

tienen un plazo de dos años para recurrir a estos procedimientos, por otro lado, .en el caso de la Administración de los Servicios de Salud del Estado (ASSE) el procedimiento es gratuito para sus usuarias en los tres primeros intentos.

De esta manera podemos afirmar las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subroga en este país ha sido regulada bajo ciertas circunstancias que evita el uso indiscriminado de estas técnicas, se haga uso del ser humano como un objeto de contrato, que puede estar sujeto a la demanda y oferta de los mercados reproductivos.

4.1.1.2.- Panorama legislativo del derecho comparado en la regulación o prohibición de la maternidad subrogada y las controversias surgidas por la maternidad subrogada

Mientras tanto, en el panorama legislativo internacional, no existe uniformidad en el tratamiento jurídico de la maternidad subrogada según (Estrada Mora, 2018) quien cita a su vez a (Sánchez, 2010: 18); la misma que ha señalado que dichas posturas se dividen en: (i) prohibición de la gestación por sustitución; (ii) admisión, solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones, y; (iii) no existe regulación alguna:

- ❖ **Prohibición De La Maternidad Por Sustitución.** – En el marco normativo internacional, los países que han optado por prohibir esta figura y declara nula son:

PAÍS	NORMA	TEXTO NORMATIVO	SUPUESTO DE MATERNIDAD SUBROGADA
ALEMANIA	Ley de protección del embrión 745/90 del 13/12/90 (Embryonenschutzgesetz – EschG).	(Estrada Mora, 2018) quien cita a Lamm (2012: 11) recoge un extracto de la citada ley la cual en su artículo 1, referido a la utilización abusiva de las técnicas de reproducción establece: (l) Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien: 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; [...]; 7) Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento	Cuando hablamos de los supuestos de maternidad subrogada, nos damos cuenta que al ser prohibida la maternidad subrogada, la ley alemana, prescribe que: Art. 4.- Fecundación y transferencia autoritaria de embriones y fecundación post mortem. 3) Fecundara artificialmente un óvulo con esperma de un hombre ya fallecido, con conocimiento de causa. Art. 5.- Modificación artificial de células sexuales durante el curso de la gametogénesis. 1. Será sancionado con una pena privativa de libertad de hasta cinco años, o de una multa, quien hubiera modificado artificialmente la información genética contenida en célula sexual humana en cualquier estadio de la gametogénesis .
SUIZA	Constitución Federal de Suiza	La Constitución federal de Suiza regula a las técnicas de reproducción asistida, en el Artículo 119.- Reproducción asistida por la medicina e ingeniería genética en los seres humanos [...] 2 La Confederación elaborará la normativa sobre la utilización del patrimonio genético y embrionario humano; de esta manera velará por asegurar la protección de la dignidad humana, de la personalidad y de la familia y se guiará especialmente según los siguientes principios: [...]	Art. 119 Reproducción asistida por la medicina e ingeniería genética en los seres humanos 2. La Confederación elaborará la normativa sobre la utilización del patrimonio genético y embrionario humano; de esta manera velará por asegurar la protección de la dignidad humana, de la personalidad y de la familia y se guiará especialmente según los siguientes principios: d. se prohíbe la donación de embriones, así como las todas las formas de maternidad de sustitución;

		<p>c. el recurso a métodos de reproducción asistida por la medicina no estará autorizado más que en los casos de esterilidad y de peligro de transmisión de enfermedad grave no curable por otro medio, y nunca para desarrollar ciertas cualidades en el niño o en casos dedicados a la investigación científica; la fecundación de óvulos humanos fuera del cuerpo de la mujer sólo estará autorizado en los casos previstos por la ley; no se podrán desarrollar fuera del cuerpo de la mujer hasta el estadio de embrión un número de óvulos humanos superior a los que puedan ser implantados inmediatamente.(...)</p> <p>d. se prohíbe la donación de embriones, así como todas las formas de maternidad de sustitución; [...]</p> <p>Además de este dispositivo, según refiere Lamm (2012: 12), la prohibición de esta práctica se encuentra regulada también «[...] por artículo 4 de la ley federal sobre procreación medicamente asistida de 1998 (reformada en 2006) que expresamente prohíbe la gestación por sustitución en todas sus modalidades (tanto a título oneroso como gratuito)»</p>	<p>e. el comercio con material germinal humano o con productos resultantes de embriones está prohibido;</p>
Italia	<p>Ley nº 40, de 19 de febrero de 2004, sobre Normas en materia de procreación médica asistida</p>	<p>La Ley italiana 40/2004 considera la fecundación artificial como un recurso permitido en el caso que no existan otros métodos terapéuticos eficaces para eliminar las causas de infertilidad o esterilidad.</p> <p>la Ley italiana permite únicamente el uso de gametos de la pareja, excluyendo donantes. Limita el acceso a las técnicas de reproducción asistida a parejas de distinto sexo, estables, casadas o uniones de hecho, mayores de edad y en edad «potencialmente fértil»². Ambos miembros de la pareja deben estar vivos (art. 5).</p> <p>La Ley 40/2004 no autoriza la reproducción artificial heteróloga (art. 4.3) por lo que la mujer sólo podrá ser fecundada con gametos de su marido, debiendo ambos cónyuges prestar su consentimiento mediante un escrito conjunto ante el médico responsable del Centro donde se vaya a llevar a cabo la reproducción asistida (art. 6.3). Entre la manifestación de la voluntad y la aplicación de la técnica debe transcurrir un término no inferior a siete días. En este sentido, se sanciona el uso de gametos (óvulos y espermatozoides) ajenos a la</p>	<p>Con respecto a cualquier supuesto de maternidad subrogada la ley italiana no permite a la maternidad subrogada por lo contrario señala que “se considera la fecundación artificial como un recurso permitido en el caso que no existan otros métodos terapéuticos eficaces para eliminar las causas de infertilidad o esterilidad.”</p>

		pareja, su comercialización o el uso de «madres de alquiler»	
--	--	--	--

- ❖ **Admisión, solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones.** - En el marco normativo internacional, los países que han optado por regular esta figura bajo ciertas condiciones y requisitos (Estrada Mora, 2018).

PAÍS	NORMA	TEXTO NORMATIVO	SUPUESTO DE MATERNIDAD SUBROGADA
GRECIA	Ley 3089/2002 y Ley 3305/2005.	<p>Según (Estrada Mora, 2018) menciona, si bien estas dos leyes regulan la maternidad subrogada en Grecia, según Scotti (2012: 282), la Ley 3089/2002 sobre asistencia médica de la reproducción humana es la que precisa acerca de los requisitos a los que se encuentran sometidas las partes y que posteriormente fueron incorporados al Código Civil en los siguientes términos:</p> <p>«Art. 1458. La transferencia de embriones en el cuerpo de otra mujer, extraños a ésta, y la gestación por ella, son permitidos mediante autorización judicial acordada antes de la transferencia si existe un acuerdo escrito y sin contrapartida, entre las personas que deseen tener un hijo y la mujer que lo gestará, así como su cónyuge, cuando ella sea casada. La autorización judicial se acordará luego del pedido de la mujer que desee tener un hijo, si se comprueba que la gestación le es médicamente imposible y que la mujer que se preste a la gestación es apta teniendo en cuenta su estado de salud.»</p> <p>«Art. 1459. Las personas que recurran a la procreación artificial decidirán mediante una declaración conjunta realizada por escrito, ante el médico o el responsable del centro médico, antes del comienzo de la asistencia médica, que los gametos congelados o los embriones congelados que no les sirvan a la procreación.»</p>	<p>Con respecto a las situaciones generadas por la maternidad subrogada estas leyes han prescrito que:</p> <ul style="list-style-type: none"> - la gestación por ella, son permitidos mediante autorización judicial - La autorización judicial se acordará luego del pedido de la mujer que desee tener un hijo, si se comprueba que la gestación le es médicamente imposible. - Los comitentes decidirán qué destino tendrán los embriones y gametos congelados. - Se menciona que no es permitido la maternidad subrogada post mortem.
ISRAEL	Ley 5746 de 1996 sobre acuerdos de gestación por sustitución	<p>Según (Estrada Mora, 2018) Esta ley desarrolla un proceso de maternidad subrogada basado en el establecimiento de la filiación mediante la adopción, no obstante, para que ello proceda se deberá contar previamente con la aprobación del Comité gubernamental el cual validará o no el cumplimiento de los requisitos exigidos a las partes.8 Lamm (2012: 13) describe los requisitos estipulados en la citada ley de la siguiente manera:</p> <p>(1) los comitentes deben ser una pareja conformada por una mujer y un hombre (Sect. 1); (2) la comitente debe acreditar su infertilidad o incapacidad de llevar a cabo el proceso de gestación (Sect. 4(2)); (3) los embriones deben haberse creado “in vitro” con óvulos de la madre comitente o de otra mujer, y esperma del padre comitente (Sect. 2(4)); (4) la gestante no puede estar relacionada, excepto por adopción, a la comitente (Sect. 1, 2(3), b)); (5) la gestante debe ser soltera, aunque el Comité puede aprobar el acuerdo si la pareja comitente acredita que hizo todo lo posible por celebrarlo con una mujer soltera (Sect. 2(3), a)); (6) la gestante debe profesar la misma religión que la comitente, pero si ninguna de las partes es judía, este requisito puede dejarse de lado (Sect. 2(5)). El acuerdo debe ser aprobado por un comité (Sect. 3). [...] Asimismo, la ley prevé que <u>la gestante no puede rescindir el contrato, salvo que el tribunal examine la existencia de</u></p>	<p>Frente a situaciones que puede generar la maternidad subrogada la ley señala que:</p> <ul style="list-style-type: none"> -_los embriones deben haberse creado “in vitro” con óvulos de la madre comitente o de otra mujer, y esperma del padre comitente - la gestante no puede estar relacionada, excepto por adopción, a la comitente - la gestante debe profesar la misma religión que la comitente, pero si ninguna de las partes es judía, este requisito puede dejarse de lado - la gestante no puede rescindir el contrato, salvo que el tribunal examine la existencia de circunstancias que justifiquen tal acción,

		<p><u>circunstancias que justifiquen tal acción</u>, y solo si se prueba ante el tribunal que se trata del interés superior del niño. De otro lado, la ley ha sido aplicada por los tribunales sólo a los acuerdos de subrogación realizados en Israel, sin embargo, <u>no prohíbe ni sanciona la gestación por sustitución extraterritorial</u>. Dicha situación ha originado la utilización de <u>la maternidad subrogada por parejas del mismo sexo que no pueden realizar estos acuerdos amparados por esta ley (que establece que la pareja beneficiada deberá ser heterosexual)</u>. Finalmente, la Ley 5746 no se aplica a los casos de maternidad subrogada realizados en el extranjero.</p>	<p>- no prohíbe ni sanciona la gestación por sustitución extraterritorial. - la maternidad subrogada por parejas del mismo sexo que no pueden realizar estos acuerdos amparados por esta ley (que establece que la pareja beneficiada deberá ser heterosexual).</p>
--	--	---	---

4.1.2.- Con relación al objetivo: Determinar la afectación de los derechos de los intervinientes en la maternidad subrogada

Antes de determinar el rango de afectación de los derechos intervinientes y del menor, es necesario resaltar la situación apremiante que puede surgir ante un vacío legal como el nuestro, puesto que, como hemos mencionado en líneas anteriores no existe regulación especial para este tipo de técnicas. En este sentido deberá entenderse a las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada como la última ratio ante los problemas de salud de las parejas peruanas y extranjeras; siendo que, según (Díaz Pérez & Neri Vidaurri, 2015) “(...) La historia del deseo del hijo en la mujer inicia desde pequeña, independientemente de que sea un hecho cultural, social o instintivo, la niña juega a tener hijos, los nutre y los cuida. La mujer tiene un organismo preparado para concebir y, por tanto, si no llega el embarazo deseado, siente que su femineidad puede estar atacada. En el hombre el deseo de paternidad aparece más tardíamente, si bien no es juego elegido por ellos cuando pequeños, en algún momento de su vida, incluirán en sus fantasías formar una familia, como parte de su planificación de vida. Cuando alguien quiere tener un hijo, el que se haga patente la incapacidad de lograrlo por el “procedimiento natural”, en el momento de la vida que uno quiere, ha de producir sin duda sorpresa y cierta frustración. A su vez, la comprobación del fracaso en tener un hijo no sólo ha de provocar frustración por el no cumplimiento del deseo y las expectativas de paternidad, sino que también supone la alteración, al menos temporal, del plan de vida que se tenía y de alguna manera supone un desafío a ese proyecto de vida (...)”.

Para (Carril, 2019) señala que “(...) El deseo de tener un hijo depende de determinantes psíquicos singulares: vivencia de embarazo, goce del hijo, experiencia de la femineidad materna o de la paternidad. Para Michel Tort (1994) a ese conjunto de objetivos se le puede considerar como las nuevas normas ideológicas grupales. Dice Tort: “(...) Separado de las grandes maniobras de la reproducción social, el deseo de tener un hijo se vuelve un punto focal en las apuestas deseantes de la "pareja" esa transitoria reunión de dos sujetos. Al mismo tiempo se hace tributario de las fragilidades de ese deseo, de su acción conjugada, sus incertidumbres. Es cada vez más, dependiente de las componentes inconscientes de la relación con el Otro y cada vez más, independiente de la relación con tal otro en la medida en que cada sujeto - hombre o mujer- se reivindica en su individualidad de sujeto deseante que estalla en posibles nuevos encuentros y en repetidas separaciones (...)”.

Siendo que, en base a este deseo que, el impulso de querer tener descendencia que ha ocasionado que muchas parejas en la sociedad recurran a las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada, es ante este hecho que en países que se encuentran prohibidos las parejas, parejas homosexuales o hombres o mujeres solteros busquen países que si acepten a este tipo de procedimientos, es a lo que lleva generar al problema que según (Cárdenas Krenz, 2018) “(...) A propósito del reciente caso de vientre de alquiler, el autor formula la siguiente pregunta: ¿Queremos ser un país en donde se practique el turismo reproductivo, al que lleguen parejas del extranjero para aprovechar la necesidad económica de las mujeres peruanas? (...)”.

Por otro lado, se habla se mercado de donde el menor es objeto de instrumentalización para satisfacer el deseo de ser padre de algunas personas, en este sentido es que, según (Rodríguez, 2018) “(...) los niños producidos de esta forma son víctimas de varios delitos, expuestos al abandono, tratados como objeto de compraventa y lucro por una fábrica bien establecida. Sus padres, medios instrumentales para la realización de los delitos que configuran un negocio fraudulento bien rentable, víctimas de expectativas frustradas producidas por quienes son sus responsables como coautores (...)”; De esta manera, la posible instrumentalización del ser humano o acarrea diversas situaciones que muchas veces ha ocasionado que exista afectación en los derechos constitucionales y el estado del menor se en un estado de desamparo, donde el Estado promotor de los derechos constitucionales deberá garantizar su protección según las normas establecidas en nuestro sistema jurídico.

Es ante esta situación que, en base a estas hipótesis de afectación podemos afirmar que esta práctica ha generado que se vean afectados derechos constitucionales, de esta manera, debemos entender que son los derechos constitucionales, por lo que, según (Navarro Cuipal, 2017) quien cita a la sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N°1417-2005-PA/TC, FJ2. “(...) el reconocimiento de los derechos fundamentales (comúnmente en la norma fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado como el fin supremo de la sociedad y del Estado, artículo 1 de la Constitución (...)”. En este sentido, el análisis de los derechos fundamentales afectados por la práctica de la maternidad subrogada y las técnicas de reproducción asistida podemos indicar que:

4.1.2.1. – Con respecto al derecho a la dignidad

Podemos mencionar que el termino dignidad proviene del latín “dignitas”, y esta de “dignus” que su significado actual hace referencia al valor del individuo como ser humano; puesto que, debemos entender que la persona humana como tal merece respeto y se reconozca a la dignidad como una cualidad del ser humano que se encuentra intrínsecamente relacionado con el respeto a la humanidad y ser tratado diferente entre otros seres y cosas, este principio de la dignidad humana es fundamento para el orden social, moral y jurídico; en este sentido, con el avance de la biotecnología esta dignidad se ha encontrado en un paradigma que ha generado que se hable de una posible vulneración ante la posible situación de la venta de niños o la cosificación del cuerpo de la mujer como objeto reproductor, para ello en este acápite nos enfocaremos en las dos perspectiva.

a) **Derecho a la dignidad de la mujer gestante.** - Este derecho emergente ante la dificultad presentada por la maternidad subrogada, siendo que, en este procedimiento la mujer presta su útero para gestar a un niño que será entregado a la pareja contratante, en palabras de (Gaitero, 2017) indica que “(...) La subrogación atenta contra la dignidad de la mujer porque permite que su cuerpo se convierta durante 9 meses en un mero instrumento para satisfacer los deseos de otros. Un síntoma de ese estado latente o patente de explotación que sufren lo encontramos en las reformas legislativas que se han llevado a cabo en algunos países en los últimos años prohibiendo la maternidad subrogada internacional. India, Tailandia y Camboya son ejemplos de lo dicho. Los países en los que más se ha desarrollado son, en general, países pobres y en los que la mujer vive en una situación de mayor desigualdad con relación al varón. EEUU es la más destacada excepción, aunque no deben olvidarse las diferencias sociales existentes entre sus ciudadanos. Lo habitual es que exista una gran diferencia social y económica entre la gestante y los comitentes y que la gestante tenga dificultades para comprender la lengua de los comitentes y las condiciones del contrato (...)”.

Mientras tanto para (Aparsi Miralles, 2017) indica que “(...) la persona es reducida, en realidad, a una pura autonomía: el sujeto humano se limita a un ser pensante y autónomo, mientras que su cuerpo es “algo”, una cosa de la que puede disponer a discreción y que no le constituye esencialmente como persona. En consecuencia, estamos frente a un dualismo que considera que la dimensión corporal, al igual que el resto de la naturaleza, puede ser tratada como un objeto disponible y susceptible de cualquier transacción. Ello, como se puede advertir, desemboca en un liberalismo extremo, que no establece límites a la libertad contractual. Todo puede ser objeto de un contrato, también el cuerpo humano y sus funciones más esenciales (...); en este sentido, el cuerpo de la mujer gestante se convierte en un instrumento o medio que puede ser comercializado por personas inescrupulosas con fin comercial, es por ello porque, según (Aparsi Miralles, 2017) afirma que “(...) la realidad cotidiana de esta práctica ha demostrado que las mujeres que se encuentran más expuestas a ese tipo de explotación son las más pobres o vulnerables. De manera especial, en aquellos contextos culturales en los que existe una mayor subordinación de la mujer al varón, y rigen estrictos sistemas patriarcales, las mujeres están especialmente desprotegidas ante la posible instrumentalización de su cuerpo y consiguiente utilización para fines ajenos (...)”. De la misma manera, se afirma que en base a estos hechos son un fuerte argumento contra la maternidad subrogada, puesto que, este hecho contraviene con el establecido en las normas internacionales y nuestro ordenamiento jurídico. De esta manera, en la sentencia N° 10087-2005-PA/TC del Tribunal Constitucional menciona que “(...) la dignidad de la persona humana constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquélla sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental. Pero la dignidad también es un dínamo de los derechos fundamentales; por ello es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, así como la fuente de los derechos fundamentales. De esta forma la dignidad se proyecta no sólo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo

de la persona y de sus derechos (...)”. Si bien es cierto existe una afectación al derecho a la dignidad cuando el vientre por sustitución es utilizado con fines comerciales o tráfico ilícito, sin embargo, cuando se trata de la maternidad subrogada con fines altruistas tal es el caso de la sentencia recaída en el expediente N° 183515 – 2006 – 00113, se alega que no existe vulneración alguna.

- b) Derecho a la dignidad del niño.** – Con respecto al derecho a la dignidad del menor se sustenta en el libre desarrollo del menor en la sociedad, puesto que, como sabemos el menor en la práctica de la maternidad subrogada es el menor es objeto de acuerdo o como en muchos de los países que aceptan esta práctica como un contrato, de esta manera, para (Izaguirre, 2016) menciona que “(...) muchas agencias de subrogación internacional se comportan como un Amazon de bebés. Los padres se ponen en contacto con la agencia vía internet, escogen a la madre a través de un catálogo, envían los óvulos fecundados al país de residencia de la madre sustituta y, ¡sorpresa!, 9 meses después tienen a su bebé listo para ser recogido(...)”. Es ante este comportamiento que podemos señalar que la maternidad subrogada ha de suponer una comercialización de niños o tráfico ilegal de estos, puesto que, conforme lo expone la Conferencia de la Haya de Derecho Privado “la subrogación ha creado una serie de retos, especialmente cuando los acuerdos generan problemas con el establecimiento o el reconocimiento de la filiación legal de los nacidos como resultado del acuerdo, lo que deja al niño sin padres”, o entre otros problemas que ponen al menor en un estado de vulnerabilidad y afectación a su derecho a la dignidad.

Es por ello que, para (Pérez & Cantoral, 2013) “(...) El menor es, ante todo, persona en su acepción más esencial y trascendente y no sólo en su dimensión jurídica, es decir como titular de derechos, sino en su dimensión humana como ser capaz de sentir y pensar El menor es también una realidad humana en devenir, es decir porque para él su presente sólo permite determinar su futuro,..., El derecho del menor es un derecho singular, que tiene por objeto la protección integral del ser humano, desde su concepción hasta que alcanza, tras su nacimiento, la plena capacidad de obrar, que se inicia con la mayoría de edad. El derecho del menor se conforma por un conjunto de normas organizadas en función del principio que prioriza el interés de éste (...)”.

Es en este sentido que, podemos indicar que la dignidad el menor es muy importante en la medida que como todo ser humano, la dignidad es un derecho con el cual todo ser humano nace, puesto que, el menor al contar una gama de derechos, los cuales se encuentran adscritos a la Declaración de Derechos Humanos, Declaración Universal de los Derechos del Niño y las diferentes normas nacionales que dan protección al menor y a su dignidad, es así que dentro de estas normas encontraremos al Código Civil Peruano el cual en su artículo 1° prescribe que:

Art. 1.- Principio de la Persona

La persona humana es sujeto de derechos desde su nacimiento. La vida humana comienza desde su concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo en cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.

Por otro lado, en el código de niños y adolescentes dispone en sus artículos del título preliminar que.

TITULO PRELIMINAR: Art. I. - Definición

Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años, y adolescente desde los doce años hasta cumplir los dieciocho años de edad.

El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considera niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario.

TITULO PRELIMINAR: Art. II. – Sujetos de derechos

El niño y el adolescente son sujetos de derecho, libertades y de protección específica. Deben cumplir las obligaciones consagradas en la norma.

Artículo 1°. – A la vida e Integridad

El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción.

El presente código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a la integridad y el desarrollo físico y mental.

Es a medida que nuestro sistema jurídico brinda la protección al menor que nos damos cuenta que esta gama de derecho en el cual encontraremos a la dignidad, identidad entre otros derechos; que permite al menor se desarrolle saludablemente dentro de la sociedad, puesto que, al nacer el ser humano ya posee dignidad por lo que no puede ser tratado como un objeto de transferencia, o un objeto de compra y venta sujeto a las reglas del mercado, ya que estas circunstancias vulnerarían a la dignidad de menor.

Por lo tanto, ante el avance científico es necesario fijar parámetros que nos ayuden a legislar a la maternidad subrogada y las técnicas de reproducción asistida, ya que, la maternidad subrogada en sus distintas modalidades ha presentado la afectación de los derechos del menor, es por ello por lo que, se debe tener en cuenta que en los distintos procedimientos biotecnológicos ya sea en la maternidad subrogada, embrionación, ovodonación entre otras técnicas, se puede presentar afectación a los derechos del menor o del concebido.

A modo de cierre de este análisis de la dignidad de la persona y del concebido; podemos indicar que a nuestro modo de entender la dignidad de la gestante no se encontraría siendo afectada en la manera que las futuras gestantes subrogadas tendrían la capacidad plena en elegir si quieren o no ser gestantes sustitutas, mientras que, el menor no escoge venir al mundo producto de un acuerdo o contrato, siendo que, el ser humano al nacer llega al mundo inmaduro e indefenso que la mayoría de especies.

4.1.2.2. – Con respecto al derecho a la identidad

Algunos autores determinan que el derecho a la identidad está reconocido en el artículo 2° numeral 1 que:

“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”.

Si bien es cierto en la actualidad no solo se habla del derecho a la identidad, sino también el derecho a conocer el origen biológico y genético, aunque este último no se encuentre mencionada en la Constitución Política del Perú, ya que, se trata de un derecho emergente producto del avance de la biotecnología en reproducción humana asistida.

Respecto a este derecho según menciona la tesis Mercado Soto, M. (2019). *Vientre De Alquiler Versus El Derecho A La Identidad: Un Problema No Resuelto* (Título). Universidad Nacional de Piura. Quien cita a (Fromm, 1967, pp. 58-59), “(...) enfoca la identidad en el ámbito cognitivo, es decir el tener conciencia de ser uno mismo y diferenciarse de los demás, “el hombre, apartado de la naturaleza, dotado de razón y de imaginación, necesita formarse concepto de sí mismo, necesita decir y sentir: “Yo soy yo”; en el ámbito activo “A causa de que no es vivido, sino que vive,... tiene que tomar decisiones, tiene conciencia de sí mismo y su vecino como personas diferentes, y tiene que ser capaz de sentirse a sí mismo como sujeto de sus acciones”; y por último desde el ámbito afectivo (sentimiento de identidad) “La necesidad de experimentar un sentimiento de identidad nace de la condición misma de la existencia humana y es fuente de los impulsos más intensos. Puesto que no puedo estar sano sin el sentimiento del “yo”, me siento impulsado a hacer casi cualquier cosa para adquirirlo. Tras la fuerte pasión por un “status” o situación y por la conformidad está esta misma necesidad, y muchas veces es más fuerte que la necesidad de pervivencia física (...)”.

Mientras tanto, para Delgado Menéndez, M. del C. (2016). *“El derecho a la identidad: una visión dinámica”* (Tesis para optar el grado de Magíster en Investigación Jurídica). Pontificia Universidad Católica del Perú. Menciona que “(...) Los jueces italianos emitieron algunas sentencias relativas a la dimensión dinámica del derecho a la identidad, pero dichos pronunciamientos recién empezaron a organizarse dentro de una única orientación jurisprudencial a partir de la sentencia de la Corte de Casación Italiana del 22 de junio de 1985 (Fernández 2014: 9). En realidad, esta sentencia “...constituye un aporte determinante en el desarrollo jurisprudencial del derecho a la identidad...al establecer que...la identidad personal integra un bien especial y fundamental de la persona, como es aquél de ver respetado de parte de los terceros su modo de ser en la realidad social...de...(ver) garantizada la libertad de desarrollar integralmente la propia persona individual, ya sea en comunidad en general como en las comunidades particulares.” (Fernández 1992: 100) (...)”.

Teniendo en cuenta estos conceptos podemos inferir la importancia que tiene el derecho a la identidad en la persona, este derecho reconocido en la comunidad internacional a través de los instrumentos jurídicos dentro de los cuales hallaremos a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989, la cual, en sus artículos 6°, 7° y 8° reconocen el carácter fundamental e inalienable del derecho

a la identidad personal de los menores de edad, en nuestro país ha reconocido al derecho a la identidad en su doble dimensión.

Es así que, podemos señalar que ante el boom generado por la maternidad subrogada y las técnicas de reproducción asistida que se empieza hablar de un derecho a la identidad genética o biológica, que en la actualidad forman parte de un derecho emergente, por lo que, podemos definir a este derecho según menciona la tesis Mercado Soto, M. (2019). *Ventre De Alquiler Versus El Derecho A La Identidad: Un Problema No Resuelto* (Titulado). Universidad Nacional de Piura. “(...) Al ser reconocido el derecho a la identidad, como derecho fundamental se podría concluir que toda persona tiene derecho a conocer su propio origen biológico, que sería la base para poder construir su propia historia, amparado en el derecho a la vida privada y familiar, por lo que debería configurarse como un aspecto importante para la persona como tal.

La identificación entendida como el proceso mediante el cual el ser humano se reconoce a sí mismo en el ambiente familiar donde crece, reconoce sus raíces reflejándose en ellas, así como en la sociedad a la cual pertenece es de extrema importancia para el ser humano. Por ello, si en algún momento la identificación se ajena a la verdad y el sujeto lo desconoce, se estaría violentando el derecho a la identidad (...).”

Este derecho a conocer el origen biológico se sustenta en que la identidad como tal forma parte de la existencia de todo ser humano, es decir, es la prueba de la presencia de una persona como parte de la sociedad y el mundo, como tal, la identidad para el individuo parte de un todo que diferencia de las demás personas en sociedad; es por ello por lo que según lo establece el artículo 6° del Código de los niños y adolescentes señala que:

Art.6°. - A la Identidad

El niño y el adolescente tiene derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad.

Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación legal de conformidad al código Penal.

En caso de que se produjera alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos idóneos.

Cuando el niño o adolescente se encuentren involucrados como víctimas, autores, participes o testigos de una infracción, falta o delito, no se publicará su identidad ni su imagen a través de los medios de comunicación.

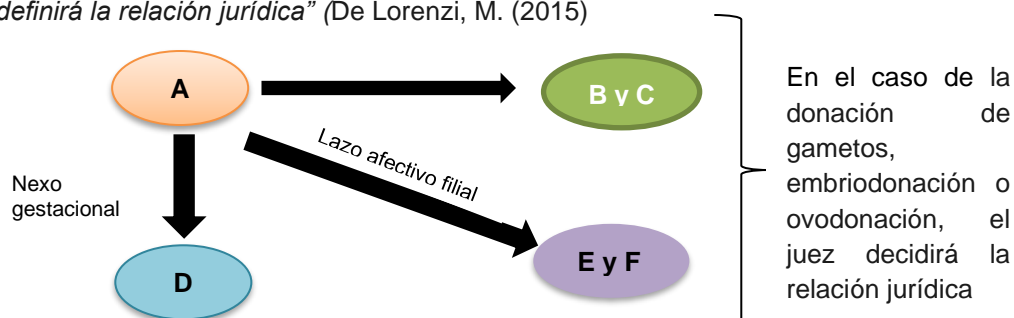
De esta manera, podemos deducir que la identidad del menor es importante para su desarrollo, la misma que podemos afirmar que la identidad biológica o genética del menor, no es queda atrás puesto que también es considerado de suma importancia para el desarrollo emocional y psicológico del menor; es por ello por lo que según menciona De Lorenzi, M. (2015). *El derecho a conocer los orígenes biológicos: La necesidad de su reconocimiento para garantizar el*

derecho a la identidad personal de los adoptados y nacidos por reproducción humana asistida (Tesis Doctoral). Universitat de Barcelona.”(...) la identidad ha sido objeto de distintas clasificaciones. Siguiendo la realización por FERNÁNDEZ SESSAREGO, la herencia o vincula genético, parte integrante de la identidad personal, estaría incluida dentro de la dimensión estática, en tano que si se atiende a la distinción que formula ZANNONI la por él llamada “*Identidad Genética*” integraría, junto con la *identidad filiatoria, la verdad bilógica*. Otros autores colocan el conocimiento del propio origen (problemas psíquicos que conlleva su desconocimiento o duda) fuera del concepto de identidad; como, por ejemplo, RIVERO HERNÁNDEZ quien lo distingue de la *identidad* (que entiende conformada por componentes biológicos, sociales y jurídicos) y de la *identificación personal* (toma de huellas dactilares o plantares, ADN, etc). Respecto a esta última se ha señalado que permite determinar exactamente que esa persona es quien se conocía en otras circunstancias o de quien se tenía ciertos datos, mientras que la identidad propiamente dicha define al ser uno mismo. Una y otra responde de manera diferente a la pregunta por el “quien” pues mientras la identificación sería una contestación ante un interrogante más formal, como podría hacerlo un policía, (¿Quién eres tú?). Esta última, a la que THERY llama identidad narrativa incluiría el reclamo por conocer los orígenes biológicos para ser “... *situados simbólicamente en la común condición humana, de la transmisión generacional doblemente abierta a lo desconocido: la del pasado y la del futuro de la humanidad*”.

Pese a que la sociedad hace hincapié constante en la importancia del engendramiento, les dice a las personas adoptadas o nacidos de T.R,H.A.T. que esa máxima solo es a ellos no les resulta aplicable dejándolas solas en ese espacio en blanco de su propia historia conscientemente creado por otros. De este modo, negándose el pasado se les impide “... *unir su calidad de mortal a su nacimiento, como si sus cuerpos hubiesen perdido su realidad*” y la actitud del derecho que ello ocurra es claramente discriminatoria (...).”

Es claro que la identidad genética permite al menor beneficiarse puesto que cuenta su pasado e intervine su futuro desarrollo, de tal manera, con el desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida y la maternidad subrogada ha generado que su complejidad ha determinado la disociación del vínculo genético y la filiación, puesto que, en este tipo de técnicas, por ejemplo, una situación presentada es en la donación de gametos, embriodonación o ovodonación:

Individuo (A) puede estar unido genéticamente con (B y C), pero tiene un nexo gestacional con un tercero (D) y un la vinculo genético γ (E y F), en este caso es la corte de justicia quién definirá la relación jurídica” (De Lorenzi, M. (2015)



Es fundamental destacar que se trata de un derecho, no de un interés, puesto que, cualquier individuo querrán conocer su origen biológico, las circunstancias de su nacimiento o el acceso a la identidad de sus progenitores, de este modo, es factible afirmar que el tener la potestad de este derecho no obliga al titular ejercerlo, ya que, al ser la familia el núcleo de la sociedad, la cual permitirá la continuidad de la herencia genética en función a principal del matrimonio o convivencia.

Es por ello por lo que, la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada este vínculo genético puede o no coincidir con los presuntos progenitores intencionales, siendo que, en el derecho de familia las técnicas de reproducción humana asistida han cambiado totalmente el panorama que antiguamente se tenía, es decir, con estos procedimientos biotecnológicos se habla de padres y progenitores o personas que aportan el material genético del menor, que de alguna forma cambia el estatus del menor en la sociedad; por otro lado, también se tiene que hacer hincapié que los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana, se confirma que el derecho a conocer los orígenes biológicos es diferente a gozar de un estatus legal como hijo o hija, por lo que es necesario que no se deben confundir, ambos son imprescindibles para la identidad personal de una persona, puesto que, el derecho a conocer el origen biológico o genético recae en la potestad de elegir del menor en saber o no sobre su origen biológico.

4.1.2.3. – Con respecto al derecho a la vida privada

El derecho a la vida privada, es un derecho que para muchos autores es un intrínsecamente relacionado con la decisión de cumplir con su deseo de tener hijos, la cual forma parte de la vida privada y familiar, poniendo como un punto focal el desarrollo familiar de los futuros padres. Como tal las normas internacionales reconocen a este derecho como un derecho fundamental, tal es el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 17° prescribe que:

Artículo 17°:

“1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

Es ante este derecho que podemos afirmar que tiene una relación directa con el ejercicio del derecho a la autonomía reproductiva, la misma que está sujeta a los aspectos relacionados con lo cual debemos entender que según nuestra Constitución Política del Perú la cual ha prescrito en su artículo:

Artículo 2° . - Toda persona tiene derecho

Inciso 7:

“Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias”.

Es por ello por lo que este derecho se puede expresar libremente en la manera que el individuo, siendo este un derecho que parte integrante de la dignidad humana, siendo así que, este derecho protege a la esfera de la vida de una persona la cual no es conocido por externos, en este sentido es que según menciona el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N°3845-2012-PA/TC, la cual infiere con respecto al derecho a la intimidad en lo siguiente:

“(…) El derecho a la intimidad ha sido definido por el Tribunal Constitucional como el poder jurídico de rechazar intromisiones en la vida íntima o familiar de las personas. La vida íntima o familiar, a su vez, ha sido definida, como aquel ámbito de la vida privada, donde la persona puede realizar los actos que crea conveniente para dedicarlos al recogimiento, por ser una zona alejada a los demás en que tiene uno derecho a impedir intromisiones y queda vedada toda invasión alteradora del derecho individual a la reserva, la soledad o el aislamiento, para permitir el libre ejercicio de la personalidad moral que tiene el hombre al margen y antes de lo social (STC 6712-2005-HC/TC, fundamento 39).

El derecho a la intimidad, considerado como el derecho a un espacio íntimo casi infranqueable; o el derecho a la vida privada, considerado como el derecho a un espacio más amplio de actuaciones reservadas o excluidas de intromisiones externas, tiene su fundamento en el derecho al libre desarrollo de la personalidad (derecho que el Tribunal Constitucional ha considerado incorporado en el artículo 2, inciso 1, de la Constitución, y que permite el ejercicio de la autonomía moral del ser humano, STC 0032-201 0-PI/TC fundamento 22). Y es que este espacio íntimo permite que la persona forje su personalidad, sus convicciones más íntimas, sus gustos, sus manías, placeres y fobias en libertad. También permite que pueda desarrollar sus afectos, su familia, sus vínculos sociales más cercanos, sus desencuentros y sus emociones en libertad. En el caso del espacio proporcionado por la vida privada, permite el sujeto lleve a cabo, con un margen de libertad razonable, sus demás relaciones sociales, profesionales, actividad financiera, etc. Lejos de la mirada inquisitoria de la moral social, estos afectos, emociones, conductas y acciones podrán desarrollarse con autenticidad. Como se ha señalado con precisión, la mirada externa cuestiona y enjuicia; y ese juicio, esclaviza. El individuo no decidirá igual, en el reducto inescrutable de su soledad, que sujeto a la mirada inquisitorial de una sociedad que le impone "formas correctas de actuar" (González Sifuentes, Carolina: El derecho a la intimidad de los altos cargos, Tesis Doctoral- Universidad de Salamanca, 2011. p. 48) (...)”

Es por ello que, podemos comprender que la vida privada de las personas intervinientes y del menor, es considerado como un espacio casi inviolable, donde tiene su fundamento en el derecho al libre desarrollo; por lo que, en la maternidad subrogada este derecho ve involucrados a distintas personas como los médicos, padres intencionales, gestante, el donante si fuera el caso, ya que, ante la técnica de vientre subrogado se tiene que tener en cuenta la información genética del menor, el detalle de la identidad de los padres intencionales, la gestante y el procedimiento que se realiza en la clínica. De

esta manera, se puede alegar de la existencia de a la vida privada de la pareja intencional y del menor producto del vientre subrogado.

Se habla del derecho a la vida privada de la pareja intencional, aquella esfera en la que nadie puede invadir, un campo de actividad del individuo, que se podrá observar que la persona tiene autodeterminación para poder elegir el sí tener o no hijos y número de hijos, puesto que, la libertad que tiene todo individuo es garantizado por el Estado quien es el promotor de los derechos constitucionales, de esta manera, según menciona Castillo Velazco, A. Y., Téllez Hacha, J. J., & Gasco Camma, K. D. (2017). Trabajo de Suficiencia Profesional: “Análisis de la protección constitucional y ponderación de derechos frente a la implementación de la maternidad subrogada en el Perú, 2012 - 2013” (Título Profesional de Abogado). Universidad Tecnológica del Perú. “(...) La Corte Europea de Derechos Humanos ha profundizado en su jurisprudencia el contenido del derecho al respeto de la vida privada, estableciendo que el concepto de vida privada, además de cubrir la integridad física y psicológica de una persona, engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. Estos atributos de la persona humana han sido denominados, tanto por la jurisprudencia de la corte interamericana, derecho a la intimidad (...)”

Mientras tanto, el derecho a la vida privada del menor se sustenta en principalmente el derecho de todo menor en la intimidad de su derecho según (Castillo Velazco, Téllez Hacha, & Gasco Camma, 2017) quien cita a VARSÍ, indica “(...) se encuentra la intimidad genética, lo define como “que la intimidad genética, es la facultad con la que cuenta el SUJETO DE DERECHO (Artículo 1 del Código Civil – “la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento”) a fin de mantener su bioautonomía interna libre de intromisiones, restringiendo el acceso a la información que se desprenda de ella, que protege y respeta la intangibilidad de su patrimonio genético, ya que el genoma de cada individuo se diferencia de cualquier otro por su carácter estrictamente personal”, dicho derecho otorga la facultad de toda persona para guardar para sí mismo sus datos genéticos dentro del ámbito de intimidad genética (...)”

Es así que, debemos comprender que el alcance que tiene este derecho ya que como sabemos la protección de este derecho se encuentra garantizado por Estado, el cual se tiene que tener en cuenta que el estado de protección a la vida privada abarca la garantía de no ser objeto de intromisiones ilegítimas nuestra vida íntima y familiar, por lo que, en la realidad peruana este derecho se encuentra protegida por el tipo penal.

4.1.2.4. – Con respecto al derecho a la salud

El derecho a la salud, es un derecho importante para toda persona, por lo que, según la Organización de la Salud afirma que “el goce del derecho a la salud está estrechamente relacionado con otros derechos humanos, tales como el bienestar, la vivienda, el trabajo, educación, entre otros derechos; ha demostrado la importancia que tiene este derecho en la Sociedad, es por ello por lo que, según el Tribunal Constitucional en la sentencia del expediente EXP. 7231-2005-PA/TC, indica que “(...). El contenido o ámbito de protección de este derecho constitucional consiste en la “facultad inherente a todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como psíquica, así como de restituirlo ante una situación de perturbación del mismo”. (STC 1429-2002-HC/TC, FJ 12,

segundo párrafo). El derecho a la salud, entonces, “se proyecta como la conservación y el restablecimiento de ese estado” (STC 1429-2002-HC/TC, FJ 13). Este doble aspecto del derecho a la salud se orienta ciertamente a posibilitar un *estado pleno de salud*.

La *conservación* del estado de salud en cuanto contenido del 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. Por esto, el acceso y el goce de las prestaciones de salud también están comprendidos en cuanto ámbitos de protección o contenidos del derecho a la salud. En consecuencia, (...)”

Es por ello por lo que, la gestación por sustitución, una figura controvertida derivada de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, ha generado por un lado que el derecho a la salud se implemente como un acceso para aquellas personas que tienen dificultades para procrear, puesto que, desde la perspectiva de los padres intencionales, la gestación llegaría a suponer una solución al problema de infertilidad o esterilidad de la pareja. Es ante esta situación, que a nuestro entender el problema de infertilidad, es un inconveniente que, según la organización mundial de la salud, “*una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegida*”, dicho problema médico ha generado malestar fisiológico (problemas genéticos) y psicológica (depresión de la mujer, frustración, etc.); por este motivo, es que se afirma que el Estado tiene el deber de garantizar el acceso a la salud, el cual implica un alto grado de físico, mental y social.

4.1.2.5. – Con respecto al derecho a la Autodeterminación Reproductiva

Este derecho ha representado el derecho a la libertad de elegir procrear o no y ¿de qué manera?, este derecho implicara el proyecto de vida en el ámbito reproductivo de la persona, por lo que podemos afirmar que este derecho se encuentra intrínsecamente relacionado al derecho a la procreación, de esta manera, las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada suponen la realización del deseo de ser padre de las personas que recurren a estos medios.

Es por ello que, la libertad en el concepto de derechos reproductivos, empieza a generalizarse como una forma de reivindicación de los derechos de las mujeres, lo cual ha llevado a ser reconocidos en los instrumentos internacionales y el Programa de Acción de la CIPD que el cual contiene la definición de los derechos reproductivo que abarcan ciertos derechos humanos. Cuando hablamos del derecho a autodeterminación reproductiva es señalar al derecho de la salud reproductiva que ha implicado “un estado general de bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva 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” (Villanueva Flores, 2018).

De esta manera, según la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer ha prescrito que:

1. 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 entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;

Mientras tanto en nuestro país según menciona (Villanueva Flores, 2018) “(...) la Defensoría del Pueblo del Perú, a través de la Resolución N° 01 de 26 de enero de 1998, ha señalado expresamente la importancia del respeto de los derechos reproductivos reconocidos en el artículo 6° de la Constitución, según el cual: “Artículo 6°.- La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. 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 adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud (...)”.

Es así que, según Delgado Martínez, A. S. (2019). Análisis de la maternidad subrogada desde el Derecho Civil y Derecho Constitucional (Optar el Título de Abogado). Universidad Nacional de Piura.; señala que “(...) Quienes están a favor de la existencia del derecho a procrear y de que comprende el aspecto de cómo hacerlo sostienen que este derecho descansa sobre valores superiores, como lo son la libertad personal, la autonomía y la intimidad en el ámbito familiar. De igual forma, defienden que no existe diferencia sustancial entre la fecundación natural y la reproducción artificial, ya que ambas comportan la procreación de hijos, el establecimiento y mantenimiento de una familia.

En tal sentido, este derecho comprende, a su vez, el derecho a fundar una familia, el derecho a decidir libre y responsablemente el número y espaciado temporal entre sus hijos, el derecho de acceder a la información y educación sobre planificación familiar y, por último, el derecho de acceder a los métodos y servicios relacionados con el tratamiento de la esterilidad, incluida la fecundación artificial (...)”.

Mientras tanto, según Ayque Salas, G. R. (2020). *La Maternidad Subrogada Como Garantía Del Derecho A Formar Familia De Las Mujeres Infértiles En El Perú* (Optar el título profesional de Abogado). Universidad Nacional De San Antonio Abad Del Cusco., indica que “(...) el Derecho a la autodeterminación reproductiva como un derecho implícito del libre desarrollo de la personalidad y autonomía, así en el fundamento 2 refiere: El derecho a la autodeterminación reproductiva es un derecho implícito contenido en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho consiste en la autonomía para decidir en los asuntos que sólo le atañen a la persona. Pero también puede afirmarse que el derecho a la autodeterminación reproductiva se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y del derecho general de libertad que le es inherente. Si bien no existe un pronunciamiento en relación a la maternidad subrogada, se advierte que el Tribunal Constitucional de pronuncia en relación al Derecho a la autodeterminación reproductiva, el

cual está relacionado al derecho a la procreación y a la salud reproductiva, derechos vinculados al derecho a formar familia (...).”

Es en este sentido que, podemos afirmar que la maternidad subrogada es una manifestación del derecho a la procreación, en tanto, esta suponga el fin en sí mismo, es decir, la práctica de la maternidad subrogada deberá ser utilizado solamente con el fin de procrear y no del uso indiscriminado con fines comerciales, de tal modo que, cabe indicar que la titularidad de este derecho recae principalmente en la libertad de la persona, ya que, el derecho a la autodeterminación reproductiva, se dice que es la manifestación al derecho a la reproducción o a la procreación, el cual, es un derecho que se integró a la gama de los derechos reconocido.

4.1.2.6. – Con respecto al derecho a formar una Familia

El derecho a formar una familia, se puede analizar que es un derecho que muchas veces es asociados al derecho reproductivo, ya que este derecho comprenderá en aquel derecho de la mujer o pareja en determinar el momento y el número de hijos que desean tener; por lo que, el derecho a formar una familia es reconocido por el Artículo 16.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”.

Este derecho a fundar una familia se deriva de otros derechos, el cual la decisión de fundar una familia recae en la autonomía reproductiva, la misma que según Ayque Salas, G. R. (2020). *La Maternidad Subrogada Como Garantía Del Derecho A Formar Familia De Las Mujeres Infértiles En El Perú* (Optar el título profesional de Abogado). Universidad Nacional De San Antonio Abad Del Cusco. Indica que “(...) La autonomía reproductiva se encuentra íntimamente asociada con la salud reproductiva, la cual es definida por el (Ministerio de Salud, 2017, pág. 18) como: “Un estado de bienestar físico, mental y social que no consiste solamente en la ausencia de enfermedades o dolencias en todos los aspectos referentes al sistema reproductivo, sus funciones y procesos”. Se advierte que la autonomía reproductiva, permite planificar la posibilidad de procrear hijos, tanto de personas que cuentan con dicha capacidad, como de aquellas que tienen limitaciones o dificultades para procrear; éste derecho trasciende y permite recurrir a las diferentes opciones médicas y jurídicas permitidas, entre las que se encuentran las técnicas de reproducción asistida y específicamente al tratarse de mujeres infértiles o sin capacidad de llevar una gestación, recurrir a la maternidad subrogada (...)”

Por lo que podemos inferir que este derecho si bien es cierto es un derecho netamente que la pareja que recurre a la maternidad subrogada, sin embargo, debemos tener en cuenta que si bien es cierto es un derecho que es vulnerado, pero este derecho se encuentra limitado al interés superior del niño, puesto que, al ser el menor un ser vulnerable ante el Estado, este se encargara de garantizar el bienestar y desarrollo frente a la sociedad.

4.1.3.- Con relación al objetivo: Identificar los criterios empleados en las cortes de justicia peruana en los casos de procreación a través del vientre subrogado

Con relación a este objetivo podemos afirmar que los criterios esgrimidos por las cortes de justicia de nuestro país han identificado que en nuestro sistema legal existe insuficiencia de norma con respecto a la regulación de este tipo de técnicas, puesto que, se posible afirmar que en nuestro sistema jurídico este tipo de técnicas se viene realizando sin ningún tipo de prohibición o aceptación; por lo que, las cortes de justicia de nuestro país han interpretado como un vacío legal el cual estas técnicas se viene realizando sin ninguna regulación especial.

De esta manera, podemos afirmar que, en los distintos casos judicializados de la maternidad subrogada en nuestro país, han identificado un sinfín de criterios con los cuales se han resueltos estas jurisprudencias, es ante esta situación que, se han identificado como principios de la corte para resolución de estas jurisprudencias la siguientes: Criterio del predominio del interés superior del niño, Criterio del reconocimiento de la identidad biológica, Criterio de la inaplicación del principio clasista romanista del mater semper certa est en los casos del vientre subrogado y Criterio de la teoría de voluntad procreacional.

Es así que, al hacer un análisis de los principios anteriormente mencionados, en un primer momento nos damos cuenta que la maternidad subrogada y las técnicas de reproducción asistida han dejado desactualizadas las presunciones anteriormente asumidas por nuestro sistema jurídico en cuanto al establecimiento de la filiación, es por ello por lo que, podemos afirmar que en base a estos nuevos procedimientos de reproducción humana asistida se han creado nuevos conceptos de maternidad que representa un paradigma jurídico que en la actualidad la solución a este problema ha resultado ser de diferentes matices que para la sociedad sería insoslayable armonizar.

En este sentido que, que según (Siverino- Bavio, 2012) indica “(...) 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, luego de determinar cómo confluyen los elementos involucrados: el dato genético (quien 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. Complejos problemas se presentan cuando quien ha gestado por encargo de un/a tercero, en la modalidad contractual, reclama conservar el infante que es hijo genético de otra pareja. Pero ello no corresponde a la situación que comentamos, donde no hay un contrato o acuerdo entendido como un ‘servicio’, sino un pacto de solidaridad intergeneracional entre una madre y su hija (...)”. Es así que en cuanto a los criterios manejados por las cortes podemos mencionar lo siguiente:

4.1.3.1. En relación a la ruptura o inaplicación del principio mater semper certe est. -

Podemos señalar que las cortes de justicia de nuestro país han optado por la ruptura o inaplicación del principio mater semper certe est en aquellas jurisprudencias de maternidad sustituta, siendo que, anteriormente en nuestro sistema la legal la filiación fue realizada en base al principio romano mater semper certa est, dicho principio reconocía a la madre gestante como la madre legal del hijo.

Por lo que, según (Torres Maldonado, 2017) señala que “(...) no podemos negar que es indiscutible que los acuerdos de maternidad subrogada pueden hacer quebrar el

tradicional principio *partus sequitur ventre* (artículo 409 del Código Civil), que ha permitido atribuir el hijo sin necesidad de reconocimiento de la mujer que lo ha dado a luz. Afirman Birke, Himmelweit y Vines que la mayoría de las legislaciones tratan la maternidad como una certidumbre, mientras que la paternidad siempre ha sido una cosa incierta. Sin embargo, “la transferencia de embrión de una mujer a otra desafía esta certidumbre”. ¿Quién es la madre? ¿La mujer gestante, la mujer que ha producido el óvulo o la mujer que desea reconocer al menor? La respuesta depende de la propia concepción de la maternidad, si se cree o no en un determinismo genético. La tendencia es que la paternidad se base en la verdad genética, pero no se ha seguido la misma línea en caso de determinar la maternidad, ya que generalmente se asume que madre es quien da a luz,..., Es evidente, conforme al artículo 409 del Código Civil, que el hecho del parto es normalmente acreditable y brinda la certeza y seguridad necesaria en el derecho de filiación. Precisamente, es por ello que se establece como una presunción para la determinación de la maternidad; sin embargo, es una presunción simplemente legal que, en principio, 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 insuficiente. Conforme a ello, dicha presunción, en nuestros tiempos no ostenta un carácter absoluto, pues la misma puede ceder ante el mejor interés del menor (...).”

Es ante situación que las cortes de justicia han optado por la ruptura y la inaplicación del principio *mater semper*, por lo que sabemos un objetivo de la corte es legitimar la filiación del menor a favor de los padres intencionales sean padres biológicos o no, sin embargo, según (Laban Cruz,2017) menciona que las cortes han optado por otorga a la madre gestante la facultad de definir el curso del proceso, conservando la regla tradicional de establecimiento de la maternidad (*mater semper certa est*).

4.1.3.2. Determinación de la Identidad biológica. – con relación a este punto cabe resaltar que, en nuestro país, no existe norma expresa que consagre el derecho de las personas en conocer su identidad biológica, de esta manera, en los casos presentados de maternidad subrogada en el Perú las cortes de justicia han evidenciado la ausencia de formación bioética, en cuanto a lo referente a las técnicas de reproducción asistida y la forma en la que se debe resolver los litigios suscitados, puesto que, como sabemos el derecho a la identidad biológica viene siendo un derecho procedente de este tipo de procedimientos.

Es así que, para (Cárdenas Krenz, 2015) menciona que “(...) pronunciamientos del Tribunal Constitucional que reconocen el derecho de toda persona a investigar su propia filiación; si bien estos fallos han sido dados en el marco de casos vinculados con el tema del Derecho de Familia, sus consideraciones son perfectamente extensivas al conocimiento de la verdad biológica como derecho individual.

El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la identidad del menor prevalece incluso sobre la cosa juzgada en los procesos de filiación. Y es que, como

dice Faiella, resulta evidente que el derecho por antonomasia a tener en cuenta cuando se plantea la posibilidad de revisar la cosa juzgada en materia de filiación es el derecho a la identidad (...).”

En este punto cabe resaltar que la determinación de la identidad biológica esta intrínsecamente relacionado con el derecho a conocer su origen biológico, por lo que según menciona (Sánchez - Lafuente, 2019) “(...) el derecho a conocer los propios orígenes biológicos se presenta en aquellos supuestos en los que existe una disociación entre la realidad biológica y la filiación determinada legalmente como en la adopción, en la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida con intervención de donante o en la gestación subrogada. Por otro lado, aunque no se dé esta disociación, también cabe hablar del derecho a conocer los propios orígenes en los supuestos en los que solo se determinó la filiación con respecto a uno de los progenitores (...)”. En cuanto a la identidad biológica de los menores nacidos por vientre subrogado las cortes de justicia han indicado dos preceptos importantes para el desarrollo de la decisión del magistrado, siendo que, el principio de la identidad biológica y garantiza el bienestar y el desarrollo del menor según el principio del interés superior del niño, son el razonamiento clave para resolver estos presentes casos de maternidad subrogada.

4.1.3.3. Teoría de voluntad procreacional.- este criterio por los jueces de justicia de la nación, se pudo observar que según el razonamiento de la corte de justicia del Perú, la voluntad procreacional de los futuros padres deberá darse a conocer a través del deseo en quedarse con el menor, el mismo que deberá garantizar el bienestar y el pleno desarrollo del menor.

Por lo que, según el razonamiento de la corte en la casación N° 563-2011- Lima “(...) en suma, la materia de litis ha sido correctamente resuelta no habiéndose infringido norma alguna, pues debe primar el Interés Superior de la Niña, quien se encuentra viviendo con los pre adoptantes desde que contaba con nueve días de nacida, habiéndose acreditado con los informes psicológicos y sociales que la menor se encuentra viviendo en un adecuado ambiente familiar recibiendo el amor de madre de la demandante, quien pese a no tener vínculos consanguíneos con la misma le prodiga todo lo necesario para su desarrollo integral, y el amor de padre por parte del demandante quien sí es padre biológico de la menor, por lo que la carencia moral de los demandantes que alega la recurrente, no es tal justificándose el accionar de los mismos por los imperiosos deseos de ser padres, conducta que no puede ser reprochada dada la conducta que han demostrado al interior del proceso y fuera de éste con la menor; aunado a ello que la carencia moral que alegan no ha sido advertida por el equipo multidisciplinario ni la Asistente Social del Poder Judicial, quienes a fojas mil veintinueve y quinientos setenta y siete respectivamente han emitido informes favorables a la demandante; por lo que dicho argumento también carece de sustento. Teniéndose además, que los demandados han demostrado el poco valor que le dan a

la vida y la deplorable manipulación que han intentado hacer con la vida de un ser indefenso que merece toda la protección de sus progenitores y la Ley; debiéndose resaltar además que ha quedado evidenciado el beneficio económico de los demandados con la aceptación de los mismos, pues en ningún momento han negado haber recibido dinero por parte de los demandados, y si bien ha precisado que entregarían a la menor para luego viajar a Italia con su familia y que recibieron dinero por ayuda económica, ante las circunstancias de los hechos dichas alegaciones carecen de coherencia y sustento. Por otro lado, estando a que la menor se encuentra viviendo con los demandantes desde que contaba con nueve días de vida en un ambiente adecuado recibiendo cuidados y amor por parte de éstos, debe primar que los identifica como sus padres y arrancarla de su seno familiar a su corta edad resultaría gravemente perjudicial para su vida, además de la descalificación de los padres para ejercer su patria potestad sobre la misma, siendo además la adopción una medida de protección a la luz de los hechos detallados; por lo que en atención al Interés Superior del Niño y el Adolescente consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos de las que somos Estado parte; debe declararse infundado el recurso (...).

Este razonamiento se ha resaltado la voluntad procreacional de los futuros padres al brindar el cariño y lo necesario para garantizar el bienestar del menor, es así que, este razonamiento fue fuente de las posteriores resoluciones en jurisprudencias de maternidad subrogada, es así que, según (Lamm, 2015) menciona que “(...) Esta postura se fundamenta en la creencia de que sin interés de la pareja que recurrió a la gestante el niño no hubiera sido creado. Señala que, si bien todos los participantes en el acuerdo de la Gestación por Sustitución son necesario para traer al niño al mundo, éste no habría nacido sino hubiese por los esfuerzos de aquellos que tenían la intención de ser padres... Los que poseen la intención de ser padres son la causa primera o los ponen en movimiento a la relación de procreación (...)

4.1.3.4. Principio del interés superior del niño. - este principio utilizado por las cortes de justicia, los jueces de las cortes de justicia para determinar la filiación del menor nacido por técnicas de reproducción asistida, lo que el magistrado busca es el desarrollo pleno del menor en un ambiente saludable; por lo que según expresa la sentencia Tribunal Constitucional mediante sentencia en el Expediente N° 02079- 2009-PHC/TC, FJ.13 esgrime los alcances del principio del interés superior del niño, el cual lo indica de la siguiente manera:

“(...) el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no sólo 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. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del

niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente.

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 puede 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. Es en este sentido que el análisis de una controversia constitucional de los derechos del niño debe realizarse a la luz del interés superior del niño y del adolescente, principio investido de fuerza normativa que en el presente caso debe ser concebido como vértice de interpretación de los derechos (de las menores favorecidas) materia de la controversia constitucional que nos ocupa (...)”.

En este sentido, debemos asumir que las cortes justicia brindan especial protección al menor en tanto se encuentre en un proceso judicial que podría vulnerar el derecho del menor ocasionando que este se encuentre en un estado vulnerable, por lo que, en función de su cargo el juez deberá garantizar el bienestar del menor en cualquier tipo de circunstancias que el menor se halle, este el caso del razonamiento desarrollado por las corte de justicia en la sentencia de la casación N° 563-2011- Lima “(...)” encontrándonos ante un proceso en el que se encuentran involucrados derechos fundamentales de una niña, corresponde aplicar el derecho bajo estricta sujeción del Interés Superior del Niño y el Adolescente, consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, según el cual “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. En principio que guarda relación con la Constitución Política del Perú que asumiendo el principio protector del niño y del adolescente ha señalado en su artículo 4 que la comunidad y el estado protegen especialmente al niño y al adolescente; asimismo se encuentra consagrado en la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos de las que somos Estado parte; y cuenta con legislación supranacional que regula los derechos del niño en el mismo sentido otorgándole un tratamiento especial, las que también constituyen fuente de regulación en el tratamiento de protección a los niños y adolescentes; tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su artículo 25 reconoce el principio de protección especial al señalar que la infancia tiene derecho a cuidados

especiales; asimismo la Declaración Americana sobre Derechos Humanos que ha reconocido en su artículo 19 que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, la sociedad y el Estado (...).”

En relación a estos criterios deberíamos resaltar que las sentencias no tienen la calidad de ser jurisprudencia vinculante, por un lado, el código procesal civil en su artículo 400º ha prescrito que el precedente judicial son los plenos jurisdiccionales, plenos casatorios, sin embargo, esto no deja de lado la insuficiencia normativa existente para el tratamiento de este tipo de procedimientos, por lo que, es necesario que en nuestro país debería haber un tratamiento en nuestro código civil o una norma especial para su regulación.

4.2.- Conclusiones

Primero. - Se puede determinar que en nuestro país cada día son más comunes los casos de maternidad subrogada, donde la existencia del artículo 7° de la ley general de salud ha supuesto un cuerpo legal deficiente, debido a que esta no es una norma clara y precisa, tal como consta en la ley y su exposición de motivos, y la misma que dificulta su interpretación, lo que genera aspectos negativos que convierte a esta figura en un negocio lucrativo, incrementando el abuso y provecho de manera ladina de las clínicas o instituciones que lo realizan y originan la comercialización de seres humanos debido a esta realidad es que en nuestro país no existe prohibición y aceptación de esta práctica, por lo que no existe limitación o exigencia sobre los requisitos en un acuerdo de maternidad subrogada, lo que ha producido que al no regularse esta figura permite rebajar a las personas en cosas y/o cosas de mercancías, que se encuentran sujetas a la demanda y a la oferta de los mercados de reproducción.

Segundo. – La normativa de Uruguay en las técnicas de reproducción asistida ha sido un ejemplo en cuanto a la regulación de estos procedimientos en América Latina; esta normativa ha garantizado el acceso de estas técnicas limitando el uso indiscriminado de esta técnica para fines distintos a la procreación.

Tercero. - Se pudo determinar que, en la legislación comparada, la prohibición de la maternidad subrogada se realizó en base al argumento de la no utilización de ser humano como objeto de contrato o distintas circunstancias que trata al ser humano como mero instrumento para la realización de un fin.

Cuarto. - En el marco normativo internacional no existe postura uniforme con respecto a la regulación de la maternidad subrogada, ya sea, para regular positivamente, la misma que realiza bajo ciertas circunstancias y requisitos que no permite la instrumentalización del ser humano como objeto comercial.

Quinto. – Frente a las situaciones que puedan desembocar por la maternidad subrogada se debe tener en cuenta que las legislaciones del mundo restringen que el ser humano sea tratado como un mero instrumento, por lo que el uso de estas técnicas solamente garantiza el acceso para suplir alguna deficiencia física.

Sexto. – Se puede determinar que el artículo 7° de la ley general de salud dificulta su interpretación, en la medida que ha creado un vacío legal en cuanto a regulación de las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada, por lo mismo ha generado la necesidad del Estado peruano en regular a estos procedimientos, el mismo que deberá garantizarse el acceso a las técnicas de reproducción asistida bajo ciertas condiciones, el mismo que, se debe regular priorizando la búsqueda del fin de la maternidad subrogada, es decir, el procrear y formar una familia evitando que estas técnicas sea utilizadas con fines distintos a la procreación, de tal manera se puede afirmar en base a esta falta regulación explícita, ha originado diversas situaciones de vulneración de los derechos de los intervinientes y del menor. Entre los derechos vulnerados destacamos: el derecho a la dignidad, el derecho a la identidad, el derecho a la vida privada, derecho a salud, derecho a la autodeterminación reproductiva y el derecho a formar una familia.

Séptimo. - El principio del derecho a la dignidad de la persona es esencia de la naturaleza humana, esta se vulnera en tanto que la persona es reducida a la disposición de objeto por fines egoístas, de

igual forma este principio se vería afectado en cuanto la persona es aprovechada por su estado económico, por lo que debemos prestar especial atención a las circunstancias en la que se practica la maternidad subrogada, por otro lado, es necesario resaltar la importante labor que debe realizar el estado para la protección del derecho a la dignidad del concebido, puesto que, según nuestro sistema legal se considera el inicio de la vida a partir de la concepción, es decir, la con la unión de gametos, ya que, se encuentra afectando al derecho a la dignidad del concebido, desde su concepción por ser tratado como un producto de un intercambio comercial que le rige las reglas de mercado.

Octavo.- El derecho a la identidad del menor empieza desde su concepción, el niño va desarrollándose creándose vínculos emocionales, psicológicos, morales, éticos, sociales y jurídicos, lo que le permite desenvolverse plenamente en sociedad, es por ello por lo que, este derecho se ve afectada cuando el niño que no conoce sus orígenes biológicos, vive con el supuesto conocimiento que sus padres que lo crían son sus padres genéticos, lo que hace suyo esta verdad, con la que se identifica, y va creciendo; pero desgraciadamente la maternidad subrogada manipula desde sus orígenes biológicos, puesto que, el menor podría ser producto de un conjunto de gametos de distintos orígenes, de esta manera la gestación por sustitución distorsiona este derecho, generando que los menores crezcan con vacíos existenciales, problemas psicológicos, ya que, crecen preguntándose quienes son sus padres biológicos o comparten el material genético, de esta forma, el crecimiento del menor dependerá de la verdad biológica que el asuma, por lo que, es indispensable mencionar la potestad del menor el querer o no conocer su origen genético; de esta manera este derecho ha implicado incógnitas que a la larga generan distintos problemas psicológicos, emocionales, entre otros.

Noveno. – En cuanto al derecho a la vida privada, podemos concluir que es un derecho personalísimo de las personas en sociedad, siendo que no es admisible la intromisión de ninguna forma posible en la intimidad de la vida diaria de las personas, en consecuencia, este derecho debe contar con un espacio amplio y limitarse las actuaciones o intromisiones externas con la finalidad de dar espacio al libre desarrollo de la personalidad, en tanto al uso de la maternidad subrogada y el número de hijos que se decide gestar, este derecho no deberá ser transgredido en tanto la finalidad que tenga la pareja que recurre a esta técnica sea el procrear, criar y brindar las necesidades al menor hasta la edad adulta, que el menor podrá valerse por sí mismo.

Décimo. - Con respecto al derecho a la salud, debemos resaltar que si bien es cierto este derecho es inherente al ser humano y su dignidad humana, y cualquier tipo de denegación o restricción arbitraria de la prestación supone constituir lesiones a este derecho, por lo que, el estado deberá garantizar el derecho a la salud de las mujeres que sufren de infertilidad siempre y cuando el uso de la maternidad subrogada y las técnicas de reproducción asistida presuman la consecución del fin en sí mismo, es decir, la procreación y el formar una familia, por lo que no debe permitirse cualquier tipo de utilización con otras finalidades en base al argumento del derecho a la salud.

Décimo primero.- La autodeterminación reproductiva, es derecho generado a partir de las técnicas de reproducción asistida, lo que indica que toda persona goza de este derecho, con lo cual el Estado deberá garantizarlo, esta libertad a procrear tanto para la pareja que goza de esta libertad y no debe ser perjudicado por restricciones que atenten contra este derecho, pero debe limitarse cuando se

recurre a la maternidad subrogada y las técnicas de reproducción asistida en tanto se recurren contra finalidades que atenten contra el bienestar menor, por su parte la mujer gestante no se afectara a este derecho cuando sea la elección libre y consiente de la persona, sin mediar coacción alguna o aprovechamiento de sus circunstancias en la que vive.

Décimo segundo. - El derecho a formar una familia en la se ve afectado en tanto la negatoria de recurrir a la maternidad subrogada como alternativa para procrear o la intervención de un tercero al vínculo familiar que impide al menor la relación filial con sus orígenes biológicos, por lo que es necesario que este derecho sea garantizado por el Estado y limitado por el interés superior del niño en tanto se compruebe el estado de desamparo del menor nacido de la maternidad subrogada o se encuentre ante ambientes que pueden ser atentatorias contra su dignidad, identidad, y el bienestar físico, psicológico que impide el libre desarrollo ante la sociedad.

Décimo tercero. - Con respecto a los derechos quebrantados por la maternidad subrogada cabe concluir que es necesario que el Estado brinde especial protección en tanto el menor se encuentre en este tipo de procedimientos, por lo que deberá realizarse un análisis para determinar el grado de realización y efectivización de estos derechos.

Décimo cuarto. - En el Perú contamos con pronunciamientos de nuestros magistrados de las cortes de justicia, lo que nos lleva a afirmar que se han utilizado directrices como a la Inaplicación del principio mater Semper certa est, la valoración de la identidad genética del menor, la importancia del principio del interés superior del niño y la voluntad procreación como el principio rector de la autoridad pública en tanto los litigios suscitados por la práctica de la maternidad subrogada.

Décimo quinto. – La realidad de los avances científicos ha trastornado la certidumbre de la maternidad, ya que es indiscutible que los acuerdos de maternidad subrogada pueden hacer quebrar el tradicional principio partus sequitur ventre, que identifica al menor como hijo de la parturienta, por lo que, las cortes de justicia han optado por inaplicar el principio romano mater semper cert est, en función de la identidad biológica y el principio del interés superior del niño, con la finalidad de legitimar la filiación del menor a favor de los padres intencionales sean padres biológicos o no.

Décimo Sexto. - El principio de la verdad biológica utilizado por los magistrados de las cortes de justicia, han determinado un nuevo panorama en la filiación del menor, ya que, el vientre subrogado trasgrede a los planteamientos legales tradicionales, ya que, las nuevas tecnologías reproductivas han creado una disociación de la maternidad gestacional y biológica, generando que los jueces favorezcan la determinación de la filiación conforme a la realidad biológica, el interés superior del niño y la voluntad de la madre comitente que ha manifestado la voluntad de procrear y formar una familia.

Décimo Séptimo. – La voluntad procreacional de los padres es un factor determinante que los magistrados han utilizado para resolver los casos de maternidad subrogada, lo que ha permitido la determinación de la filiación a favor de los padres intencionales, ya que, este criterio esbozado por los jueces parte de la creencia que la pareja que recurre a este tipo de métodos, velaran por proteger la vida y los derechos del recién nacido; lo que permitirá que el menor se desarrolle en un ambiente familiar sano y adecuado recibiendo el amor de padres, lo que brindara todo lo necesario para el desarrollo integral del menor.

Décimo Octavo. – El principio del interés superior del niño, criterio que las Cortes de Justicia ha esgrimido en los casos de maternidad subrogada, nos ha resaltado la importancia que tiene toda institución del Estado en brindar protección al menor frente a un presunto interés del adulto sobre el del niño, el estado vulnerable del niño, radica en la necesidad de defensa de sus derechos, ya que, este no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo, quien por la etapa en la se encuentra, no puede enfrentar resistencia o responder ante un agravio a sus derechos; es por ello por lo que, el Estado peruano prioriza la protección y garantiza los derechos del menor nacido por estas técnicas.

Décimo Noveno.- Se concluye que en la realidad peruana la maternidad subrogada no se encuentra prohibida, ni aceptada por lo que es evidente el vacío legal existente, siendo que, la única norma cierta ha sido superada por la realidad, dado que no hay solución frente al problema de la maternidad subrogada, lo que ocasiona cada vez más situaciones negativas que vulneran los derechos de los intervinientes y del menor lo que evidencia la falta de respaldo legal en la maternidad subrogada en las Cortes de Justicia.

4.3.- Recomendaciones

Primero. – En la realidad peruana, es evidente la necesidad de una respuesta urgente ante las situaciones generadas por la maternidad subrogada y las técnicas de reproducción asistida, por lo que si bien la existencia de los proyectos de ley presentados en el Congreso de la República del Perú y las sentencias de las cortes de justicia de nuestro país, no existe una unanimidad terminológica ni conceptual respecto a esta figura, lo que es claro el vacío legal existente en nuestro país en función a estos procedimientos. Por lo que, se recomienda que conforme al avance biotecnológico de la maternidad subrogada y las técnicas de reproducción humana asistida en la realidad de nuestro país se creen parámetros o una norma que permita el uso de la maternidad subrogada en el Perú, mediante el cual no debe permitirse tener otros vacíos que genere el aprovechamiento de estos vacíos por personas inescrupulosas.

Segundo. - Se sugiere que, regular a la maternidad subrogada en casos específicos y bajo ciertos requisitos, de tal manera que, no se comercialice con la vida del concebido y el cuerpo de la mujer que gesta y se evita atropellar derechos de los intervinientes.

Tercero. - Se recomienda que ante la creación de una norma los conceptos de maternidad subrogada sean aclarados de tal forma que permita ser entendidos fácilmente, fijando restricciones que limiten a las parejas el uso de la maternidad subrogada en tanto la finalidad no sea el de procrear y formar una familia y atenten contra su dignidad, identidad, y el bienestar físico, psicológico que impide el libre desarrollo ante la sociedad del menor, por lo que es necesario fijar como condición a la maternidad subrogada que tenga la pareja que recurre a esta técnica sea el procrear, criar y brindar las necesidades al menor hasta la edad adulta que el menor podrá valerse por sí mismo; de igual forma se recomienda que las cortes no desproteger al menor frente a otros derechos involucrados.

Cuarto. - El gobierno debe entender que los nuevos métodos de reproducción asistida, nacieron para lograr la concepción, generar el bienestar de las parejas infértiles, por lo que es necesario la concientización de la población en cuanto a cómo debe realizarse y en que situaciones, ya que, no se debe permitir el uso indiscriminado de las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada con fines distintos a la procreación, por lo que, es ineludible que exista una institución de capacitación y fiscalización en estos temas.

Quinto. - Se recomienda tomar en consideración y analizar las normas internacionales, las normas de bioética y la experiencia de los distintos países que regulan a la maternidad subrogada ya sea para aceptarla o prohibirla, estas experiencias deberán ser evaluadas al momento de regular la maternidad subrogada.

REFERENCIAS

- Acosta, M. (2014). Peruanas ofrecen alquilar su vientre a S/.70 mil en internet. *El Comercio*, 5. Fecha de consulta: 06.09.2018. Sitio Web: <https://elcomercio.pe/lima/peruanas-ofrecen-alquilar-vientre-s-70-mil-internet-332746>.
- Albert , M. (2017). LA EXPLOTACIÓN REPRODUCTIVA DE MUJERES Y EL MITO DE LA SUBROGACIÓN ALTRUISTA: UNA MIRADA GLOBAL AL FENÓMENO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN . *Cuadernos De Bioética* , XXVIII, 5–6. <https://doi.org/http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/177.pdf>.
- Alva, M. I. (2013). La Aplicación del Principio del Interés Superior. *Blog de la Universidad San Martin de Porres*, 81.
- Alvares, N. (2017). Maternidad subrogada en Perú: ley, jurisprudencia y casos previos. *Babygest*, 2.
- Araujo Rodríguez, A. L. (2009). La Maternidad Subrogada por Sustitución en la Gestación. Problemas en la Determinación de la Filiación: Alternativas y Propuesta. *I Concurso De Artículo En Derecho Civil Organizado Por La Asociación Civil Ubi Societas Ibi Ius Y La Facultad De Derecho De La Universidad Nacional De Trujillo En Mayo 2009*. (p.5–6). Trujillo: Revista editada por alumnos de la Universidad Nacional de Trujillo. Recuperado de <http://aboutderecho.blogspot.com/2009/04/problemas-en-la-determinacion-de-la.html>.
- Aparsi Miralles, Ángela. (2017). MATERNIDAD SUBROGADA Y DIGNIDAD DE LA MUJER. *Cuadernos De Bioética* , XXVIII, 5–6. <https://doi.org/http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/163.pdf>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2017). *Venta y explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños; y trata de personas, especialmente mujeres y niños* (pp. 5–6). La Haya: Asamblea General y las resoluciones 34/16 y 35/5 del Consejo de Derechos Humanos.
- Aznar Lucea, J., & Tudela Cuenca, J. (2018). Maternidad Subrogada. Aspectos éticos. *Sekotia, S.L.*, XIII(978-84-xxxxxxx), 85–113. <https://doi.org/85>.
- Badilla, A. E. (2010). El derecho a constitución y la protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Actualidad Jurídica*, IV, 5–20. <https://doi.org/https://www.corteidh.or.cr/tablas/a22086.pdf>.
- Bascuñana Garde , M. (2018). Gestación subrogada: Aspectos emocionales y psicológicos en la mujer gestante. *Dilemata. Revista Internacional De Ética Aplicadas*, 28, 41–49.
- Blanco, S. (2017). Gestación subrogada, el dilema de gestar al hijo de otros. *El País*, pp. 2–3. Recuperado de https://elpais.com/politica/2017/02/17/actualidad/1487346402_358963.html
- Bernal, G. A. (2016). LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (TRA) A LA LUZ DE LA BIOÉTICA. *Escritos Medellín*, pp. 319-344.
- Cáceres Lara, M. (2018). Legislación comparada sobre gestación subrogada en el continente americano. *Biblioteca Del Congreso Nacional De Chile*, 3–15. Recuperado de

https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26024/1/BCN_gestacion_subrogada.pdf.

- Carmen, V. D. (2014). Maternidad Subrogada y los derechos de los menores Nacidos mediante el uso de esas técnicas. *Anuario de la Facultad de Derecho*, 459.
- Cavallo, G. A. (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 223-247.
- Cárdenas Krenz, R. (2015). EL DERECHO A LA IDENTIDAD BIOLÓGICA DE LAS PERSONAS NACIDAS MEDIANTE REPRODUCCION ASISTIDA EN LA DOCTRINA, JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION PERUANA. *Revista Del Instituto Dela Familia Facultad De Derecho* , IV, 42–51.
https://doi.org/https://www.unife.edu.pe/facultad/derecho/familia/publicaciones/REVISTA_PERSONA_Y_FAMILIA_2015/47_El%20Derecho%20a%20la%20identidad%20biol%C3%B3gica%20de%20las%20personas%20nacidas%20mediante%20reproducci%C3%B3n%20asistida%20-%20Ronald%20C%C3%A1rdenas%20Krenz.pdf
- Cárdenas Krenz, R. (2018). “¿El fin justifica los medios? ¿Debe legalizarse el alquiler de vientre?”. *La Ley*, p. 3—5. Recuperado de <https://laley.pe/art/6122/vientres-de-alquiler-alcunas-reflexiones>
- Carril, E. (2019). El deseo parental. El ayer y hoy de una construcción compleja. *Querencia Psicoanálisis* , (978-88-xxxxxxx), 2–3. Recuperado de https://querencia.psico.edu.uy/revista_nro2/elina_carril.htm
- Cavallo, G. A. (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 223-247.
- Cevasco, L. J., Corvalán, J. G., Macchiavelli Agrelo, M. D. L. N., Centanaro, I., Bellocchio, L., Iribarne, A. I., Hernandez, M., & Raban , M. (2017). Litigios Complejos En Las Américas. *Corte Suprema De Justicia De El Salvador*, 20–82. Recuperado de http://www.litigioscomplejos.com/el_salvador.pdf.
- Congreso de la República. (2010). Ley General de Salud N° 26842. En C. d. República, Ley General de Salud N° 26842 (pág. 7). Lima: Minsa.
- Corral Talciani, H. (2003). La filiación matrimonial. *Actualidad Jurídica (U. Del Desarrollo)*, IV, 241–262.
<https://doi.org/https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/la-filiacion-matrimonial.pdf>.
- De Dienheim Barriguete, C. M. (2018). EL DERECHO A LA INTIMIDAD, AL HONOR Y A LA PROPIA IMAGEN. *Revista Jurídica IUS* , 2–3. Recuperado de <https://ti.unla.edu.mx/iusunla3/reflexion/derecho%20a%20la%20intimidad.htm>.
- De Preperier, R. S. (2017). El Derecho a la identidad en el Derecho internacional privado. *Foro Juridico*, 3. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18572>.
- Díaz, C. d. (2014). LA MATERNIDAD SUBROGADA Y LOS DERECHOS DE LOS MENORES NACIDOS MEDIANTE EL USO. *Anuario de la Facultad de Derecho*, 469.

- Díaz, J. A. (2007). Historia contemporánea: las técnicas complejas de reproducción asistida. *medigraphic Artemisa* , 293-303.
- Díaz Pérez MA, Neri-Vidaurre P. Aspectos psicológicos en infertilidad y gestación subrograda. *Reproducción (México)*. 2015 octubre;8(2):101-129.
- Estrada Mora, H. (2018). Maternidad Subrogada: Desarrollo Conceptual y Normativo. *Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria*, 5-21.
- Fernández Arribasplata, M. (2014). Hace 25 años se creó a la primera bebe probeta peruana. *Archivo Histórico El Comercio*, p. 2. Recuperado de <https://elcomercio.pe/blog/huellasdigitales/2014/02/hace-25-anos-se-creo-a-la-primera-bebe-probeta-peruana/>.
- Gaitero, A. (2017). La maternidad subrogada atenta contra la dignidad de la mujer. *Diario De León*, pp. 2–3. Recuperado de <https://www.diariodeleon.es/articulo/saludybienestar/la-maternidad-subrogada-atenta-dignidad-mujer/201706290400021693386.html>.
- García Rubio, M. P., & Herrero Oviendo, M. (2018). Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas. *Anales De La Catedra Francisco Suárez*, 52(0008-7750), 67–69. <https://doi.org/https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/6551/5672>
- Gorjón, E. (2017). Kelly Martínez, la arrepentida del vientre de alquiler que denuncia a una pareja madrileña. *Crónica*, pp. 2–3. Recuperado de <https://www.elmundo.es/cronica/2017/12/10/5a2c50a1e2704ea02f8b4605.html>
- Hernández , A. (2014). Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución:¿Hacia una nueva regulación legal en España?. *Cuadernos de Derecho Transnacional* , (Vol. 6, Nº 2), p.147-p.174.
- Humanos, I. I. (2008). Los derechos reproductivos son derechos humanos. *Asd*, 23.
- Impugnación de Maternidad, N°183515-2006-00113 (Décimo Quinto Juzgado Especializado de familia 06 de Enero de 2009)
- Izaguirre, V. (2016). Maternidad subrogada y la cosificación de la vida humana. Recuperado 12 de noviembre de 2020, de Onda feminista website: <https://ondafeminista.com/2016/05/03/maternidad-subrogada-y-la-cosificacion-de-la-vida-humana/>
- Lamm, E. (2015). *Gestación por sustitución: Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres* (13.ª ed., p. 42). Barcelona- España: Universidad de Barcelona. Barcelona- España: Universidad de Barcelona.
- Landa Arroyo, C. (2017). este derecho constituye la piedra angular de los derechos fundamentales de las personas y, por ello es el soporte estructural de todo el edificio constitucional, tanto del modelo político, como del modelo económico y social (...)” (9.ª ed., pp. 85–120). Lima: Baldo Kresalja Rosselló. Lima: Baldo Kresalja Rosselló.

- López De Armas, Karen Margarita; Amado Amado, Catalina Determinación de la filiación materna en Colombia en la práctica de la maternidad delegada Revista de Derecho Privado, núm. 52, julio-diciembre, 2014, pp. 1-18 Universidad de Los Andes Bogotá, Colombia
- Lourdes Karolina Rupay Allcca. (08/10/2018). La maternidad subrogada gestacional altruista en el Perú: problemática y desafíos actuales. *Derecho & Asociados*, 51, 103-117.4
- Mestre, C. (2015). Gestación subrogada a nivel internacional: ¿Dónde es legal?. Recuperado 18 de septiembre de 2020, de Babygest website: <https://babygest.com/es/paises/>.
- Mojica Gómez, L. (2012). La prueba técnica ADN en los procesos sobre filiación. *Estudios Socio-Jurídicos*, V, 2. https://doi.org/http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792003000100008.
- Molina, R. (05 de JULIO de 2018). Más de 8 millones de bebés han nacido por reproducción asistida en el mundo. *EFE: SALUD*, pág. 8.
- Mujer, M. y. (2015). Vientre de Alquiler: Maternidad Subrogada. *Mujer, Madre y Profesional de Profesionales por la Etica*, 9.
- Mujer, Madre y profesional de profesionales por la etica. (2015). Vientre de alquiler: nueva forma de explotación de la mujer y trafico de personas . *Mujer, Madre y profesional de profesionales por la ética*, VII, 1-12.
- Muñoz Genestoux, R., & Vítola, L. R. (2017). El derecho a conocer el origen genético de las personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida con donante anónimo. *Revista Scielo*, 5. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v11n39/1870-2147-rius-11-39-0001>.
- Muñoz, C. A. (2012). El contrato de maternidad subrogada: la experiencia estadounidense. *Revista Derecho*, 63.
- Navarrete Cazales, Z. (2015). ¿Otra vez la identidad? Un concepto necesario pero imposible. *Revista Scielo*, 5. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-66662015000200007.
- Navarro Cuipal, M. G. (2017). LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA. *Derecho Y Cambio Social*, XVI, 5–6. <https://doi.org/https://www.derechoycambiosocial.com/revista021/derechos%20fundamentales%20de%20la%20persona.pdf>
- Nogueira Alcalá, H. (2005). Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. *Revista Ius Et Praxis*, XI, 64. https://doi.org/https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000200002.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. (2018). *PRÁCTICAS DE BUEN GOBIERNO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS* (pp. 15–16). Nueva York: Galarza Mariño

- Paz, C, O. (2018). Vientre de alquiler: caso de pareja de chilenos muestra un vacío legal. Fecha de consulta 06.10.2018. El Comercio, 7-8. Sitio Web: <https://elcomercio.pe/lima/sucesos/vientre-alquiler-caso-pareja-chilenos-muestra-vacio-legal-noticia-553484>.
- Paz Fernández & Rivera González, (2017). *Mater semper certa est? Las instituciones familiares en el derecho romano y en el derecho vigente: Especial referencia a la determinación de la filiación en la maternidad subrogada* (5.ª ed., p. 5). (2018). (5.ª ed.). Argentina. Recuperado de <https://studylib.es/doc/7670553/presentaci%C3%B3n---unidad-de-igualdad>.
- Payalich Cayra, R. W. (2018). Maternidad Subrogada Y Su Reconocimiento En El Perú En Beneficio Del Interés Superior Del Niño. Análisis Del Criterio Expuesto En La Casación N° 06374-2016-0-1801- Jr-Ci- 05”. *Boletín Académico De De La Facultad De Derecho De La Universidad Católica San Pablo., XI,* 5–8. https://doi.org/https://repositorio.ucsp.edu.pe/bitstream/UCSP/16066/1/PAYALICH_CAYRA_R_UB_MAT.pdf.
- Pereda, O. (2019). Vientres de alquiler: un negocio millonario que convierte a los bebés en "objetos comerciales". *El Periódico*, pp. 2–3. Recuperado de <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20190219/negocio-vientres-alquiler-bebes-objeto-7312538>.
- Pérez, G. M., & Cantoral, K. (2013). *LA DIGNIDAD DEL MENOR EN CASO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO MEXICANO. UNA PROPUESTA LEGISLATIVA DESDE LA ACADEMIA* (17.ª ed.). Mexico: Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho. Recuperado de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572014000100012
- Regalado, M. (2016). Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada. *Femeris*, (Vol. 02), pp.10-34.
- Rodrigo, A. (2016). El caso Baby M. Recuperado 19 de septiembre de 2020, de Babygest website: <https://babygest.com/es/el-caso-baby-m/>
- Rodríguez, M. S. (2018). La maternidad subrogada como trata y tráfico de niños. *La Mercurio*, p. 3—5. Recuperado de <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=906908&Path=/0D/D6/>
- Rodriguez- Yong, C. A., & Martínez Muñoz, K. X. (2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. *Revista Derecho (Valdivia)*, 25(0718-0950), 85–113. <https://doi.org/59-81>
- Salgado, S. (2016). Divorcio de los padres de intención durante la gestación subrogada. Recuperado 12 de noviembre de 2020, de Babygest website: <https://babygest.com/es/divorcio-de-los-padres-de-intencion-durante-la-gestacion-subrogada/>
- Sánchez Peralta, A. (2020). ¿Qué hay detrás de la gestación subrogada?. *Eres Mamá*, pp. 2–5. Recuperado de <https://eresmama.com/detras-la-gestacion-subrogada/>

- Sánchez - Lafuente, R. (2019). El derecho a conocer los orígenes biológicos en la reproducción asistida . *Actualidad Jurídica Iberoamericana* , X(2386-4567), 42–51. <https://doi.org/https://idibe.org/wp-content/uploads/2019/08/586-613.pdf>
- Santolaria Baig, I., & Ramón Fernández , F. (2020). Post-Mortem Fertilization in Spain: Problems, Legal Limits and Bioethics. *Revista Iberoamericana De Bioética*, (2529-9573). Recuperado de https://www.google.com/search?q=Post-Mortem+Fertilization+in+Spain%3A+Problems%2C+Legal+Limits+and+Bioethics&rlz=1C1SQJL_esPE866PE866&oq=Post-Mortem+Fertilization+in+Spain%3A+Problems%2C+Legal+Limits+and+Bioethics&aqs=chrome..69i57.919j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8
- Sentencia, CAS. Nº 563-2011, Nº 563-2011 (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente 06 de Diciembre de 2011).
- Siverino- Bavio, P. (2012). Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú. *Revista Peruana De Ginecología Y Obstetricia* , 213–219. Recuperado de <http://www.scielo.org.pe/pdf/rgo/v58n3/a09v58n3.pdf>
- Suárez Bosleman, D. (2018). La reproducción asistida puede ayudar a un millón y medio de peruanos. *El Comercio*, p. 2. Recuperado de <https://elcomercio.pe/tecnologia/reproduccion-asistida-ayudar-millon-medio-peruanos-noticia-519707-noticia/>
- Teresa Duplá. (2007). Teresa Duplá. *RIDROM*, V, 293-323.
- Terrazas, O. (2000). ACERCA DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA. *Revista Punto Cerp*, (1815-0276), 2–3. Recuperado de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1815-02762000000200009
- Torres, M. D. (2017). Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada . *Femeris*, 10-34.
- Torres Maldonado, M. A. (2017). El significado actual de la regla mater semper certa est: ¿Tiene un carácter absoluto?. Recuperado 19 de septiembre de 2020, de Pólemos website: <https://polemos.pe/significado-actual-la-regla-mater-semper-certa-est-caracter-absoluto/>.
- Triviño Caballero, R. (2018). Entrevista a María José Guerra Palmero [en persona]. *Dilemata*, Revista Internacional de Éticas Aplicadas, nº 28, 171-181. Islas Canarias.
- Vanessa Izaguirre. (2016). Maternidad subrogada y la cosificación de la vida humana. *Onda Femenina*, V, 12-17.
- Valdés Díaz , C. del C. (2020). LA MATERNIDAD SUBROGADA Y LOS DERECHOS DE LOS MENORES NACIDOS MEDIANTE EL USO DE ESAS TÉCNICAS. *Anuario De La Facultad De Derecho De La Universidad De La Habana*, (0213-988-x), 468–481. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5212185>
- Varsi, E. (2017). Determinación de la filiación en la procreación asistida. *REVISTA DEL INSTITUTO DE CIENCIAS JURÍDICAS DE PUEBLA*, (11), 109-135.

Varsi, E. (2010). *Tratado de Familia*. Lima: Gaceta Juridica

Varsi, E. R. (2010). *Derecho y manipulación genética*. Lima: Colección Investigaciones.

Varsi, E. R. (2013). *Tratado de derecho de familia: Derecho de la Filiación*. Lima: Gaceta Juridica.

VÁZQUEZ, A. V.-C. (2015). Hacia una regulación de la Gestación por Sustitución como Técnica de Reproducción Asistida. *Boletín Ministerio de Justicia*, 283.

Villanueva Flores, R. (2018). Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos. *Revista IIDH*, 394–395. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r08060-11.pdf>.

TESIS

Aguirre Nahiem, M. L. (2016). *“Reproducción Asistida en el Nuevo Código Civil y Comercial Unificado (Proyecto PIA- Licenciatura)*. Universidad Empresarial Siglo 21. Recuperado de: <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/14474/AGUIRRE%20NAHIEM%20C%20Maria%20Laura.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Asatt Pescara, E (2016). *Madres por subrogación, Alquiler de vientre (Licenciatura)*. Universidad Siglo XXI, Argentina. Recuperado de: https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/11987/TFG_ASATT_PESCARA_MADRES_POR_SUBROGACION.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Ayque Salas , G. R. (2020). *LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO GARANTÍA DEL DERECHO A FORMAR FAMILIA DE LAS MUJERES INFÉRTILES EN EL PERÚ* (Optar el título profesional de Abogado). UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO ABAD DEL CUSCO. Recuperado de: <http://repositorio.unsaac.edu.pe/handle/UNSAAC/5129>.

Castillo Velazco, A. Y., Téllez Hacha, J. J., & Gasco Camma, K. D. (2017). Trabajo de Suficiencia Profesional: “Análisis de la protección constitucional y ponderación de derechos frente a la implementación de la maternidad subrogada en el Perú, 2012 - 2013” (Título Profesional de Abogado). Universidad Tecnológica del Perú. Recuperado de: <http://repositorio.utp.edu.pe/handle/UTP/738>.

De Lorenzi, M. (2015). *El derecho a conocer los orígenes biológicos: La necesidad de su reconocimiento para garantizar el derecho a la identidad personal de los adoptados y nacidos por reproducción humana asistida* (Tesis Doctoral). Universitat de Barcelona. Recuperado de: https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/368170/DE%20LORENZI_TESIS.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Delgado Martínez, A. S. (2019). *Análisis de la maternidad subrogada desde el Derecho Civil y Derecho Constitucional* (Optar el Título de Abogado). Universidad Nacional de Piura. Recuperado de: https://pirhua.udpe.edu.pe/bitstream/handle/11042/4247/DER_156.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

- Delgado Menéndez, M. del C. (2016). *“El derecho a la identidad: una visión dinámica”* (Tesis para optar el grado de Magíster en Investigación Jurídica). Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de: <https://corteidh.or.cr/tablas/r36895.pdf>.
- Gamarra Seminario, J. M. (2018). *“HACIA UNA REGULACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DEL VIENTRE SUBROGANTE EN EL PERÚ Y EL DERECHO DE FAMILIA”* (Master). UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN AGUSTÍN DE AREQUIPA
- Herrera Herrera, R (2016). Reconocimiento por parte del padre biológico de hijo extramatrimonial de mujer casada. Tesis para optar el título de abogado. Universidad Tecnológica del Perú, Lima. Recuperado de: http://repositorio.utp.edu.pe/bitstream/UTP/882/1/Rafael%20Herrera_Trabajo%20de%20Suficiencia%20Profesional_Titulo%20Profesional_2017.pdf
- Laban Cruz, B. (2017). *LA LEGALIZACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERU, PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS DE LA MUJER INFERTIL* (Licenciatura). Universidad César Vallejo. Recuperado de: <http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/27645/labancb.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Mercado Soto, M. (2019). *VIENTRE DE ALQUILER VERSUS EL DERECHO A LA IDENTIDAD: UN PROBLEMA NO RESUELTO* (Título). Universidad Nacional de Piura. Recuperado de: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3825/DERL_023.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Rubio García, M., 2019. *MATERNIDAD SUBROGADA: UNA VISIÓN GLOBAL*. Master. Universidad Católica de Valencia. Recuperado de: <http://www.personalismo.org/wp-content/uploads/2020/03/MonicaRubio-18-19.pdf>
- Ruiz Martínez, R. (2013). *Maternidad Subrogada "Revisión Bibliográfica"* (Título de enfermera). Universidad de Cantabria. Recuperado de: <https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/2971/RuizMartinezR.pdf?sequence=1>.
- Vega Chilcon, S (2017). *INAPLICACIÓN DEL PRINCIPIO MATER SEMPER CERTA EST EN LOS CASOS DE “ÚTERO SUBROGADO”* (Licenciatura). UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO, Chiclayo. Recuperado de: http://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/1138/1/TL_VegaChilconSabinalsabel.pdf.pdf
- Viteri Sánchez, M., 2019. *Problemas Jurídicos Derivados De La Maternidad Subrogada En El Ecuador*. Master. Universidad Andina Simón Bolívar.

INFORMES DE LOS PROYECTOS DE LEY

Carta de fecha 18 de diciembre del 2012, en dicho documento la Dra. María Quiroga de Michelena-
Instituto de Medicina Genética

Dictamen de Inhibición de la Comisión de Justicia y Derechos

Dictamen Recaído en los Proyectos de Ley N° 3313/2018-CR, 3404/2018-CR y 3542/2018-CR, Ley que
garantiza el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida

Dictamen Favorable Sustitutorio Salud y Población Mayoría- falta dict. Justicia

Informe Legal N° 027-2013-JUS/DNAJ- Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico
(DGDOJ) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS)

Informe del instituto de ciencias para la familia de la Universidad de Piura

Informe Legal N° 026-2013-JUS/DNAJ.

Oficio N° 297-2013-MIMP/SG- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables

Oficio N° 0316-2013- MP-FN-SEGFIN- Ministerio Publico

Oficio N° 001-13-VR-USMP- Universidad San Martin de Porres

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC N°02273-2005-HC

STC N° 10087-2005-PA

STC N°1417-2005-AA/TC

STC N° 05829-2009-PA/TC)

STC 0009- 2007-P1/TC

STC 02005-2009-PA/TC

STC N°3845-2012-PA/TC

STC N° 02079- 2009-PHC/TC

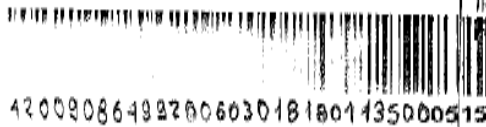
ANEXO: SENTENCIA N° 183515-2006-00113

PODER JUDICIAL DEL PERU *Escrito de Excepciones* 08/05/2009 09:40:33
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA *183515-2006-00113* Pág 1 de 1

LIMA

Edif. Javier Alzamora Valdez

DEFENSORIA DEL PUEBLO
TRAMITE DOCUMENTARIO
RECIBIDO



11 MAY 2009

EXPEDIENTE 183515-2006-00113-0 JUZGADO 15º JUZGADO FAMILIAR
JUEZ SALAZAR SANCHEZ, JOSE G. ESPECIALISTA LEGAL TUPAC YUPANQUI RODAS, IRMA
MATERIA EXCLUSION DE NOMBRE
DEMANDANTE SE AURICA, CARLA
DEMANDADO AURICA DE LA OLIVA LUCERO

CICLO/OFICIO DEFENSORIA DEL PUEBLO - AMICUS CURIAE

DIRECCION LEGAL: JR. UCAYALI 388 LIMA - LIMA / LIMA / LIMA

Se adjunta Resolución TREINTA Y UNO de fecha 27/02/2009 a fjs: 13

ANEXANDO LO SIGUIENTE:
ADJ. RES N° 31 - SENTENCIA 06/01/09

URGENTE
DEFENSORIA DEL PUEBLO
CENTRO DE ATENCION
GENERAL DE NOTIFICACIONES

PODER JUDICIAL 06 MAYO 2009 15

J. ENCISO
RECIBIDO
HENRY GALLARDO NIÑOPE
ASISTENTE JUDICIAL
15º Juzgado de Familia de Lima
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA MF3-127582-0

8 DE MAYO DE 2009

PODER JUDICIAL



DECIMO QUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO DE FAMILIA

Expediente Nro. : 183515 – 2006 – 00113.
Especialista : María Ida Torres Yupanqui.
Demandante : Carla Monic See Aurish.
Demandados : Lucero Aurish de la Oliva y otro.
Materia : **IMPUGNACION DE MATERNIDAD.**
Juez : Dra. Nancy Coronel Aquino

SENTENCIA

RESOLUCION NRO TREINTA Y UNO.

Lima, seis de enero
Del dos mil nueve.-

VISTOS: Resulta de autos que por escrito de fojas 106/145, subsanado a fojas 238/241 doña CARLA MONIQUE SEE AURISH interpone demanda de **IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD** la misma que la dirige contra doña JENNI LUCERO AURISH DE LA OLIVA y don LUIS EDUARDO MENZO BARBER a efectos que el Órgano Jurisdiccional declare: **I)** Que la menor DANIELA MENDOZA AURISH es hija de la actora al haber sido concebida por su persona y por su esposo Luis Eduardo Mendoza Barber; y **II)** Se ordene la rectificación de la partida de nacimiento en la que erróneamente se ha señalado que la madre de la citada menor es doña Jenny Lucero Aurish De La Oliva; en base a los fundamentos de hecho que expone, que esencialmente, son los siguientes: **1)** Que entre los años mil novecientos noventa y dos y mil novecientos noventa y tres conoció al demandado Luis Eduardo Mendoza Barber manteniendo una relación sentimental que se consumó el catorce de junio del dos mil tres, fecha en la cual contraen matrimonio civil; **2)** Que al ser víctima de constantes dolores de cabeza, con fecha diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho decidió someterse a un examen médico con la finalidad de determinar la causa de sus molestias físicas, hasta que con fecha veintiocho de diciembre del mismo año, el doctor Luis Solari le diagnosticó que padecía de insuficiencia renal y solo contaba con el riñón izquierdo en funcionamiento inadecuado, pues mediante una ecografía, practicada el dieciocho de julio del dos mil cinco, se determino que tenía "... *riñones hipoplásicos de menor tamaño en el lado derecho y retardo de eliminación por el riñón derecho con ligera alteración morfológica de los cálices en ambos riñones...*" enfermedad que se origina a los tres años de edad debido a una leve infección urinaria inadecuadamente

Dra. NANCY CORONEL AQUINO

J. C. Z.
Nº Juzgado Especializado de Familia de Lima
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

atendida que motivó que el riñón derecho se auto cicatrizara dejando así de funcionar por completo, dado lugar aun doble trabajo del riñón izquierdo y por ende el desgaste mas rápido de lo normal, que al diagnosticársele “...*insuficiencia renal Neuropatía por analgésicos y hipertensión arterial...*” el médico tratante, doctor Batillana le confirió que **su organismo nunca podría resistir un embarazo, dado que en caso de quedar embarazada la vida de la actora como del embrión no podrían coexistir;** 3) Que al no resistir la idea de tener una familia conformada solo por ella y su cónyuge y sabiendo que los procedimientos de adopción en el Perú son engorrosos, decidieron buscar posibilidades científicas, y es así que llegan a la Clínica de Miraflores, siendo atendidas por el doctor Augusto Ascenzo quien les confirió la posibilidad de emplear el método de “*maternidad subrogada*”, denominado así por el hecho que es otro vientre, distinto a la de la madre, que da cobijo a un ser humano durante nueve meses, el mismo que ha sido concebido con el óvulo y esperma de una pareja heterosexual distinta a la dueña del vientre que lo albergara; 4) Que habiendo la madre de la actora, Jenny Lucero Aurich De La Oliva, ofrecido su vientre para posibilitar la procreación de un hijo, se realizó el procedimiento de “*maternidad subrogada*” en cuyo vientre se iba implantar el embrión concebido con las células sexuales de la pareja; 5) Que después de varios procedimientos y exámenes pertinentes, en septiembre del dos mil cuatro se realizó la extracción de los óvulos de su persona, así como los espermatozoides de su cónyuge Luís Eduardo, para llevar a cabo la fecundación In Vitro, que al haberse procedido a la concepción, el embrión fue insertado en el vientre de doña Jenny Lucero Aurich De La Oliva, con un diecinueve por ciento de albergarla exitosamente, culminado la técnica humana del embarazo, el mismo que se llevo con normalidad, hasta que el seis de mayo del dos mil cinco, cuando la niña Daniela tenía siete meses y veinte días de gestación, nace mediante cesárea en la Clínica de Miraflores, y desde aquella fecha ha sido entregada y criada por su persona y la de su esposo en condición de padre de la menor; 6) Que sin embargo el día que nace su hija, la Clínica de Miraflores consigna en la partida de nacimiento, de manera errónea, que la madre de Daniela era Jenny Lucero Aurich De La Oliva, esto es que, según la partida de nacimiento Daniela y la actora son hermanas e hijas de Jenny Lucero Aurich De La Oliva, lo cual resulta un problema en lo concerniente a la patria potestad, herencia, identidad de la menor y otros supuestos jurídicos mas. Ampara su demanda en los Artículos 2º inciso 1 y 4º de la Constitución Política del Estado; Artículos 1º, 9º, 20º, 233º, 236º del Código Civil; Artículos I, IX del Título Preliminar del Código de Los Niños y Adolescentes; Artículos 6º, 8º del mismo cuerpo legal, y demás normas que allí precisa. Que tramitada la causa con arreglo a su naturaleza, por resoluciones dos y cuatro, de fojas 244 y 257, se admite a tramite la demanda de impugnación de maternidad en la vía del Proceso de Conocimiento, confiriéndose traslado a los demandados por el plazo y apercibimiento de ley; Por resolución seis, de fojas 279, se tiene por contestada la demanda a don Luís Eduardo Mendoza Barber en los términos que aparecen en su escrito de fojas 250,253, subsanado a fojas 277,278; por resolución siete, de fojas 289, se tiene por contestada la demanda a la co-demandada Jenny Lucero Aurich De La Oliva, en los términos que se contrae sus escritos de fojas 260,264 y 288, declarándose Saneado el Proceso y se cita a las partes a la Audiencia de Conciliación, la misma que tiene lugar en los términos a que se refiere el acta de fojas 318:320, desarrollándose las etapas de Conciliación. Fijación de Puntos Controvertidos y Saneamiento Probatorio: La Audiencia de Pruebas se desarrollo en

Dr. AUGUSTO ASCENZO
JUEZ
PROCESO DE CONOCIMIENTO
CIVIL

atendida que motivó que el riñón derecho se auto cicatrizara dejando así de funcionar por completo, dado lugar aun doble trabajo del riñón izquierdo y por ende el desgaste mas rápido de lo normal, que al diagnosticársele “...*insuficiencia renal Neuropatía por analgésicos y hipertensión arterial...*” el médico tratante, doctor Batillana le confirió que **su organismo nunca podría resistir un embarazo, dado que en caso de quedar embarazada la vida de la actora como del embrión no podrían coexistir;** 3) Que al no resistir la idea de tener una familia conformada solo por ella y su cónyuge y sabiendo que los procedimientos de adopción en el Perú son engorrosos, decidieron buscar posibilidades científicas, y es así que llegan a la Clínica de Miraflores, siendo atendidas por el doctor Augusto Ascenzo quien les confirió la posibilidad de emplear el método de “*maternidad subrogada*”, denominado así por el hecho que es otro vientre, distinto a la de la madre, que da cobijo a un ser humano durante nueve meses, el mismo que ha sido concebido con el óvulo y esperma de una pareja heterosexual distinta a la dueña del vientre que lo albergara; 4) Que habiendo la madre de la actora, Jenny Lucero Aurich De La Oliva, ofrecido su vientre para posibilitar la procreación de un hijo, se realizó el procedimiento de “*maternidad subrogada*” en cuyo vientre se iba implantar el embrión concebido con las células sexuales de la pareja; 5) Que después de varios procedimientos y exámenes pertinentes, en septiembre del dos mil cuatro se realizó la extracción de los óvulos de su persona, así como los espermatozoides de su cónyuge Luis Eduardo, para llevar a cabo la fecundación In Vitro, que al haberse procedido a la concepción, el embrión fue insertado en el vientre de doña Jenny Lucero Aurich De La Oliva, con un diecinueve por ciento de albergarla exitosamente, culminado la técnica humana del embarazo, el mismo que se llevo con normalidad, hasta que el seis de mayo del dos mil cinco, cuando la niña Daniela tenía siete meses y veinte días de gestación, nace mediante cesárea en la Clínica de Miraflores, y desde aquella fecha ha sido entregada y criada por su persona y la de su esposo en condición de padre de la menor; 6) Que sin embargo el día que nace su hija, la Clínica de Miraflores consigna en la partida de nacimiento, de manera errónea, que la madre de Daniela era Jenny Lucero Aurich De La Oliva, esto es que, según la partida de nacimiento Daniela y la actora son hermanas e hijas de Jenny Lucero Aurich De La Oliva, lo cual resulta un problema en lo concerniente a la patria potestad, herencia, identidad de la menor y otros supuestos jurídicos mas. Ampara su demanda en los Artículos 2° inciso 1 y 4° de la Constitución Política del Estado; Artículos 1°, 9°, 20°, 233°, 236° del Código Civil; Artículos I, IX del Título Preliminar del Código de Los Niños y Adolescentes; Artículos 6°, 8° del mismo cuerpo legal, y demás normas que allí precisa. Que tramitada la causa con arreglo a su naturaleza, por resoluciones dos y cuatro, de fojas 244 y 257, se admite a tramite la demanda de impugnación de maternidad en la vía del Proceso de Conocimiento, confiriéndose traslado a los demandados por el plazo y apercibimiento de ley; Por resolución seis, de fojas 279, se tiene por contestada la demanda a don Luis Eduardo Mendoza Barber en los términos que aparecen en su escrito de fojas 250,253, subsanado a fojas 277,278; por resolución siete, de fojas 289, se tiene por contestada la demanda a la co-demandada Jenny Lucero Aurich De La Oliva, en los términos que se contrae sus escritos de fojas 260,264 y 288, declarándose Saneado el Proceso y se cita a las partes a la Audiencia de Conciliación, la misma que tiene lugar en los términos a que se refiere el acta de fojas 318:320, desarrollándose las etapas de Conciliación. Fijación de Puntos Controvertidos y Saneamiento Probatorio: La Audiencia de Pruebas se desarrollo en

Dr. AUGUSTO ASCENZO AGUIRRE
JUEZ
PROCESO DE CONOCIMIENTO
CIVIL

cuatro sesiones consecutivas, conforme las actas de fojas 363/364, 377/381, 412/418 y 466/468; que incorporados y actuados todos los medios probatorios, remitido los autos al Ministerio Público para el Dictamen de Ley, evacuado mediante Dictamen de fojas 492/499; y solicitado sentencia, es el momento de expedirla: Y **CONSIDERANDO: Primero: DE LA FINALIDAD DEL PROCESO:** Que conforme el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil. “ *El juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivo los derechos sustanciales y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.*”, Que en virtud de ello el Juzgador al resolver las controversias debe basarse en el mérito de lo actuado, el derecho y la justicia; **Segundo: DE LOS MEDIOS PROBATORIOS:** Que los medios probatorios tienen por finalidad: **1) Acreditar** los hechos expuestos por las partes; **2) Producir certeza** en el Juez respecto de los puntos controvertidos; y **3) Fundamentar** sus decisiones, y la valoración de los mismos se realizará en forma conjunta utilizando la apreciación razonada, conforme dispone los artículos 188° y 197° del Código Procesal Civil; **Tercero: DE LA PROCEDENCIA DEL EJERCICIO DE LA ACCION:** Que para efectos de emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo de la controversia se hace necesario verificar la validez de la relación jurídica procesal, esto es la preexistencia de los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, y sobre este último, el “*interés para obrar*”, la “*legitimidad para obrar*” y la “*posibilidad jurídica*”, reguladas en el Artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil en concordancia con el Artículo 427° incisos 1, 2 y 6 del mismo Código Adjetivo; que en el caso que nos ocupa, la demandante CARLA MONIQUE SEE AURISH pretende se le reconozca el derecho de madre de la niña DANIELA MENDOZA AURISH, cuya procreación, refiere apporto su óvulo genético, el mismo que conjuntamente con el espermatozoide de su cónyuge Luís Eduardo Mendoza Barber procreo a la referida niña, habiendo la madre de la actora, doña JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA aportado su útero o matriz para albergar al óvulo fecundado In Vitro, para su consiguiente gestación y parto, y estando a que el “*interés para obrar*” es el derecho que tiene todo justiciable de auténtica tutela jurisdiccional se cumple esta primera condición del ejercicio de la acción; que con relación a la “*legitimidad para obrar*”, o “*legitimación activa*”, entendida aquella como la relación de identidad entre aquellos que intervienen en la relación jurídica material previa, con la relación jurídica procesal, en el caso que nos ocupa, de la copia certificada del acta de nacimiento de la niña DANIELA MENDOZA AURISH de fojas 99, repetida a fojas 151, fluye como: **Datos de la madre:** JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA, y **Datos del padre:** LUIS EDUARDO MENDOZA BARBER, apareciendo el reconocimiento expreso de ambos padres con su firma respectiva, y en consecuencia, desde esta óptica la demandante no se encontraría legitimada para solicitar el reconocimiento de maternidad a su favor, máxime que conforme lo dispone el Artículo 395° del Código Civil “*El reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable.*”; Que por otro lado, en observancia estricta del principio de legalidad, nuestro Código Civil, en su Artículo 371°, solo permite impugnar la maternidad en dos supuestos: “*Suplantación de hijo*” y “*parto supuesto*”, lo que no se presenta en el caso de autos; por otro lado, el Artículo 2° del mismo Código expone “*La mujer puede solicitar judicialmente el reconocimiento de su embarazo o del parto, con citación de las personas que tengan interés en el nacimiento. ...*” y el

Artículo 409° establece “*La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo.*” supuestos que no se presentan el caso sub-materia, y desde aquella óptica dando estricto cumplimiento al Principio de Legalidad, sería imposible jurídicamente impugnar la maternidad de una niña, cuando la actora alega haber aportado con su óvulo para la fecundación de dicha menor, por no encontrarse regulado en nuestro ordenamiento jurídico dicho supuesto fáctico; **Cuarto:** A que sin embargo, estando a que nuestro ordenamiento jurídico positivo con el devenir del tiempo se esta quedando desactualizado, ya que el avance de la ciencia médica- biológica viene incorporando a nuestra vida diaria nuevas situaciones facticas, como en este caso, nuevas técnicas de reproducción humana, que también requieren de protección y amparo jurídico, y el derecho no puede quedar ajeno ante esta realidad existente; que el Artículo 139° inciso 8 de la Constitución Política del Estado prescribe como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional “*El Principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.*”, lo que obliga al Órgano Jurisdiccional crear el derecho pertinente, a efectos de hacer efectivo el derecho de Tutela Jurisdiccional Efectiva consagrada también en el inciso 3 del citado Artículo Constitucional, y por lo tanto resulta procedente emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, estando al Principio del Interés Superior del Niño y el respeto a sus derechos, y entre ellos, el derecho a preservar su identidad, el derecho al nombre incluido sus apellidos y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin ingerencias ilícitas, el derecho a conocer a sus padres y a ser querido por ellos, y otros mas consagrados en los Artículos IX y X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, en concordancia con el Artículo 6° del mismo Código, y Artículos 3°, 7° y 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989, el que forma parte del derecho nacional, al haber sido ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa Número 25278 del 3 de Agosto de 1990, máxime que en su Artículo 4 prescribe “*Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención.*”; **Quinto: DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS FIJADOS:** Que para dar cumplimiento al Principio de Congruencia Procesal, es preciso connotar los puntos controvertidos fijados en sesión de Audiencia de fojas 318/320, siendo ellos lo siguiente: Determinar si la demandante es madre de la menor Daniel Mendoza Aurich; **Sexto: DE LA MATERNIDAD:** Según el Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas, “*madre es la mujer que ha dado a luz uno o mas hijos*”, y en tal sentido, según el Derecho Romano “*mater semper certa est etiam si vulgo conceperit*”, es decir “*la maternidad será siempre cierta con el solo ver a una mujer gestante y después, con el infante en brazos*”, concepto que con el avance de la ciencia y con las técnicas de reproducción asistida (TERAS) tendientes a suplir los factores de infertilidad de las personas, ha dejado de ser ciertas en su totalidad, y dicho concepto tradicional con el devenir del tiempo y el avance de la ciencia y tecnología, específicamente la llamada “reprogenética” ha quedado obsoleto; tal es así que el derecho contemporáneo (Derecho Genético) crea nuevos conceptos de maternidad y por ende representa un problema jurídico con diferentes matices, cuya solución y regulación legal resulta insoslayable para armonizar las relaciones humanas en la sociedad; Que en efecto,

según Adriano López, profesor emérito de la UCA. Magíster en Bioética y Miembro del Consejo de Edad de Cádiz, España, considera diversos tipos de maternidad: **Desde una perspectiva biológica**, la maternidad puede ser plena o no plena: en la maternidad biológica plena la *madre biológica* gesta al hijo con su propio óvulo; en la no plena o parcial, la mujer puede aportar el útero y la gestación (*maternidad de gestación o de parto*) o aportar su óvulo u óvulos (*madre genética*), pero no ambos; **Desde una perspectiva social**, madre es aquella que cría y educa al niño; **Desde el aspecto jurídico**, no hay una correspondencia absoluta entre una *madre legal*, o una *madre biológica* o *social*, la misma que se determina de acuerdo a la legislación de cada país y de los veredictos judiciales en casos concretos; **En los casos de adopción**, se aplica el nombre de *madre adoptante*; *madre portadora*, la que presta su vientre, su útero, para lograr un niño, que luego entregará, la también llamada *madre de alquiler* o *vicaria*; y por fin *madre nodriza* o madre de leche que da de mamar a un niño que no es suyo. Que en resumen, existen tres tipos de madre: *madre genética*, *madre gestacional* o *de parto* y *madre social*. Obviamente los tres tipos de madre puede ser la misma persona, el problema radica en las posibles combinaciones. **Según el citado autor, para traer al mundo un niño se necesitan tres ingredientes biológicos diferentes: un óvulo, un espermatozoide y un útero, cuando falta una de ellos el resultado es la esterilidad.** La ciencia médica ha creado avances importantes, desarrollando técnicas de reproducción asistida, como la fecundación In Vitro con transferencia embrionaria a la *madre genética* o a terceros, *madre portadora*, *madre de alquiler* o *madre sustituta*. Al respecto, Enrique Varsi Rospigliosi, en su obra Derecho Genético, Grijley 4ta. Edición, Lima 2001, Pág. 264, define los conceptos o formas de *maternidad subrogada* "... a) **Madre portadora**: La mujer genera óvulos pero tiene una deficiencia uterina o física que le impide gestar por lo que debe buscar otra que colabore con ella en dicha labor biológica. **Es un caso solo de préstamo de útero, dándose una maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana**: 1) aporte de espermatozoides del marido, 2) aporte de óvulo de su mujer, 3) la madre gestante es una tercera; b) **Madre sustituta**: La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir hay deficiencia ovárica por lo que debe buscar una mujer que cumpla con dichas funciones que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. **Es un caso de maternidad íntegra. Se produce un caso de pregeneración humana**: 1) espermatozoides del marido, 2) inseminación en tercera mujer; c) **Ovodonación**: La mujer tiene deficiencia ovárica, no genera óvulos pero sí puede gestar por lo que necesita es una mujer que solo le ceda óvulos. **Es un caso de maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana**: 1) espermatozoides del marido, 2) óvulo de una mujer cedente; 3) gestación de la mujer; d) **Embriodonación**: El problema es de infertilidad completa de la pareja. La mujer no genera óvulos ni puede gestar, es decir hay deficiencia ovárica y uterina y el hombre es infértil por lo que deberá buscar un cedente de esperma y una mujer que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso especial de procreación humana íntegra. **Se produce un caso de multigeneración humana**: 1) el embrión de una pareja cedente; 2) el marido es infértil, 3) el embrión no es gestado por su mujer: Que realizado el análisis doctrinario previo, nos preguntamos ¿Cómo se determina la filiación?, debemos al poder legislativo que legisle dicha materia, en el caso que nos ocupa nos corresponde determinar ¿quién es la madre de Daniela Mendoza Jurich? o ¿a quién consideramos madre de la citada niña para hacer efectivos sus derechos, implícitamente reconocidos en nuestra legislación vigente? :

Séptimo: Que de la revisión de autos fluye, que con fecha **catorce de junio del dos mil tres** doña CARLA MONIQUE SEE contrae matrimonio civil con don LUÍS EDUARDO MENDOZA BARBER ante la Municipalidad de Miraflores, conforme la copia certificada del Acta de Matrimonio de fojas 27 y 152; De la copia certificada del Acta de Nacimiento de fojas 99, repetida a fojas 151 fluye, que con fecha **seis de mayo del dos mil cinco** nace la niña DANIELA MENDOZA AURICH, cuyos datos de los padres se encuentran consignados como JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA y LUIS EDUARDO MENDOZA BARBER cuyo reconocimiento expreso obra en el mismo, apreciándose también que la niña tiene inscrita los apellidos de ambos padres, con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 20° del Código Civil: **Octavo:** Que de la copia certificada del Informe Médico de fojas 174/175 obra los resultados de los Junta Médica practicada a la paciente CARLA SEE AURICH con fecha diecinueve de Agosto de mil novecientos noventa y ocho que concluye "...*Se trata de un caso de neuropatía por analgésicos (la paciente ingería combinaciones de Cafeína, Aspirina, Paracetamol, etc) ... la paciente padece: 1. Insuficiencia Renal Leve Moderada; 2. Neuropatía por analgésicos; 3- Hipertensión Arterial Secundaria 1 y 2...*"; a fojas 159/170 obran los Exámenes Clínicos de Bioquímica, Acido Úrico e Orina, Aldosterona, Renina, Hemograma Completo, Proteinograma Electroforetico, y otras practicados por la Clínica Angloamericana en la persona de Carla See Aurich; De la copia certificada del Informe Médico emitido con fecha **veintiocho de Diciembre de mil novecientos noventa y ocho**, por el Doctor Luis Solari de la Fuente (fojas 172) fluye "... *Conocí a la paciente CARLA SEE AURICH (22 años) el 08 de Julio de 1998, quien me consulto por su episodio de Bronquitis Aguda. Incidentalmente en su examen clínico le detecte presión arterial de 148/96 mm Hg. ... siendo yo el primer médico que le detecto Hipertensión Arterial. procedí a solicitarle una investigación completa para tal diagnostico con particular énfasis en explorar sus riñones y vías urinarias, por ser estos órganos causa frecuente de HTA en personas jóvenes. En su urografía excretora minutada se constato que tiene riñones pequeños, siendo mas pequeño el del lado derecho, con retardo de la eliminación de la sustancia de contraste con éste riñón, presentando también alteración de la morfología calidad de ambos riñones. Además hay reducción de tamaño del polo superior del riñón izquierdo. En la urografía isotópica con radiorenograma se aprecio que el riñón derecho es de aspecto atrófico y solo con esbozo de actividad funcional. El riñón izquierdo tiene lenta fase excretora. ... Con la evidencia de estar ante un caso de Hipertensión Arterial Nefrogena e Insuficiencia Renal leve moderada, y debido a la juventud de la paciente, dispuse la realización de una junta médica ... para evaluar el caso, definir el origen de los destacado, su tratamiento y evolución ...*"; **Noveno:** Que de las copias de la Historia Clínica del Proceso de Fecundación, embarazo y parto de la menor DANIELA MENDOZA AURICH emitida por la Clínica Miraflores de fojas 179/237 y 333/350 que contiene: Informe Médico sobre el Procedimiento realizado a la paciente Carla Monique See Aurich en dicha institución; La Historia Clínica de la Aspiración Folicular de la paciente Carla See Aurich; La Historia Clínica de la transferencia embrionaria a la señora Jenny Aurich De La Oliva; y la Historia Clínica de la cesárea de la señora Jenny Aurich De la Oliva; fluye, con relación a la demandante CARLA MONIQUE SEE AURICH, con fecha **veintinueve de Abril del dos mil cuatro**, se determina que tiene veintisiete años de edad, es casada con don Luis Eduardo Mendoza, tratamientos efectuados anteriormente "... *tiene insuficiencia renal y el nefrólogo le ha dicho que*

no puede tener hijos ...usaremos a su mamá para el vientre de alquiler por insuficiencia renal...”; Con fecha **veintidós de mayo del dos mil cuatro** (fojas 182) se le practica una Ecografía Ginecológica cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA dice “...**UTERO:** Anteverso, ligeramente lateralizado hacia la derecha, bordes ligeramente irregulares. **OVARIO DERECHO:** Micropoliquistico. **OVARIO IZQUIERDO:** Micropoliquistico Leve. **LIQUIDO EN DOUGLAS:** Escaso. ...”; con fecha **diecinueve de setiembre del dos mil cuatro** “...se aspiran **09 ovocitos...**” (fojas 181, 189 y 346); Con fecha **treinta de Septiembre del dos mil cuatro**, el Jefe del Laboratorio del citado Instituto de Ginecología y Fertilidad emite el Informe de Reproducción Asistida “**NOMBRE DE LA PACIENTE:** Mendoza – See; **MÉDICO TRATANTE:** Augusto Ascenzo; **PROCEDIMIENTO:** ICSI; **FECHA:** 19 de Septiembre del 2004; **OVOCITOS OBTENIDOS:** 09 (08 MET-II, 1 ATRESICO); **OVOSITOS INSEMINADOS/INYECTADOS:** 08; **OVOCITOS FECUNDADOS:** 06; **EMBRIONES OBTENIDOS:** 06; **EMBRIONES TRANSFERIDOS:** 03 (6-II, 8-II, 8-II); **EMBRIONES CONGELADOS:** 03 ...” (Fojas 190); Que del Informe Médico – Nefronológico expedido con fecha **nueve de diciembre del dos mil cinco** (fojas 25) por el médico tratante, Doctor Cesar Liendo Liendo, relacionado a doña Carla See Aurich, precisa “... La señora Carla See ha sido controlada médicamente de manera ambulatoria y con algunas interurrencias de hospitalización por el suscrito, desde Abril del 2001. Refiriendo la Historia Clínica que desde Diciembre de 1998 se detecta hipertensión arterial asociada a insuficiencia renal crónica estadio leve a moderado... concluyéndose que la causa era dependiente de hipoplasia renal y neuropatía intersticial crónica por consumo de analgésicos. ... en mayo del 2003 el suscrito fue consultado sobre la posibilidad de gestación de la señora Carla See. Se revisó el caso clínico y la evolución laboratorial de la paciente y se opinó por la **NO OPINION FAVORABLE** en relación al embarazo, pues esta situación fisiológica (gestación) tendría la gran posibilidad de **ACELERAR** el deterioro de la función renal. Al momento actual la señora See es portadora de insuficiencia renal crónica estadio avanzado...”; **Décimo:** Con relación a doña JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA, con fecha **veintiuno de Junio del dos mil cuatro**, se determina que tiene cincuenta y cuatro años de edad, a fojas 202 aparece “...será vientre de su hija...”; en aquella fecha se le practica la primera ECOGRAFIA OBSTETRICA I-4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es “...**GESTACION UNICA:** de 06 semanas (Por Ecografía); **MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES:** Normales; **CERVIX:** Longitud 33 mm; **ORIFICIO INTERNO Y EXTRENO:** Cerrados; **BOTON PLACENTARIO DE INSERCIÓN:** Baja. ...” (fojas 203); Con fecha **primero de Diciembre del dos mil cuatro**, se le practica la segunda ECOGRAFIA OBSTETRICA I 4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es “... **GESTACION UNICA:** de 12 semanas, 02 días (Por Ecografía); **MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES:** Normales; **CERVIX:** Longitud 33 mm; **ORIFICIO INTERNO Y EXTRENO:** Cerrados; **PLACENTA DE INSERCIÓN:** Baja (Previa Total). ...” (fojas 210); Con fecha **trece de Enero del dos mil cinco**, se le practica la tercera ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III 4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es “... **GESTACION UNICA:** de 18 semanas, 02 días (Por Ecografía); **PODALICO LONGITUDINAL:** Dorso Anterior; **PLACENTA POSTERIOR DE INSERCIÓN:** Baja (previa total). **MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES:** Normales; **BIENESTAR FETAL:** Estudio Fluxométrico Doppler Color en Arteria Umbilical: Normal; y **ARTERIA CEREBRAL MEDIA:** Normal...” (fojas 214); Con fecha

diecisiete de Febrero del dos mil cinco, se le practica la cuarta ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III 4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "... GESTACION UNICA: de 23 semanas, 03 días (Por Ecografía); SITUACIÓN TRANSVERSA DORSO POSTERIOR: : circulación del cordón tipo IV (circular simple de cordón); PLACENTA POSTERIOR DE INSERCIÓN BAJA: Previa Total; VENTRICULO LATERAL IZQUIERDO: 09 mm normal; MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxometrico Doppler color en arteria umbilical normal y arteria cerebral media normal. ..." (fojas 218); Con fecha veintiuno de Marzo del dos mil cinco, se le practica la quinta ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III 4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "... GESTACION UNICA: de 28 semanas (Por Ecografía); PLACENTA POSTERIOR Y LATERAL IZQUIERDA (Prevía marginal); CIRCULAR DE CORODON TIPO II (50 % circular simple de comodón); MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxometrico Doppler color en arteria umbilical normal y arteria cerebral media normal. ..." (fojas 225 vta.); Con fecha diecinueve de Abril del dos mil cinco, se le practica la sexta ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III 4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "... GESTACION UNICA: de 32 semanas, 01 día (Por Ecografía); CEFALO LONGITUDINAL DORSO POSTERIOR: circular del cordón tipo II (50% circular simple de cordón); BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxometrico Doppler color en arteria umbilical normal y arteria cerebral media normal. ..." (fojas 227); que finalmente con fecha cinco de mayo del dos mil cinco, se de practica la última ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "... GESTACION UNICA: de 33 semanas, 05 días (Por Ecografía); CEFALO V LONGITUDINAL DORSO POSTERIOR: Oligodramnios Moderado - Severo. Se recomienda ecografía posterior; MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxometrico Doppler color en arteria umbilical normal y arteria cerebral media normal. ..." (fojas 237); y así mismo se le determina el examen de Riesgo Quirúrgico, con Diagnostico Preoperatorio: Cesárea (235 y 333), finalmente nace la niña el seis de mayo del mismo año; Que conforme las Anotaciones de la Sala de Operaciones "...Paciente ingresa a SOP para ser intervenida quirúrgicamente de Cesárea por el Dr. Augusto Ascenzo, ... Extraen feto vivo, sexo femenino en buenas condiciones, es atendido por el médico pedriata Dr. De La Piedra luego realizan extracción manual de placenta Completa, no remite a patología por indicación del Dr- Augusto Ascenzo ... Paciente es trasladada a Sala de Recuperación ..." (fojas 342 y 101); siendo dada de alta el nueve de mayo del dos mil cinco, entregándosele el certificado de nacimiento firmado por el médico Dr. Augusto Ascenzo A nombre de la señora Jenny Aurich De la Oliva (fojas 351); **Décimo Primero:** Que según la **Declaración Testimonial** prestada por don AUGUSTO FELIPE ASCENZO APARICIO medico tratante que conoció el proceso de fertilización, crecimiento prenatal y nacimiento de la niña DANIELA MENDOZA AURICH, de fojas 377/381, la demandante Karla See Aurich si podía concebir pero no podía llevar adelante el embarazo por que sufría de insuficiencia renal y podía llevarla a la muerte, que dicha enfermedad es incompatible con la gestación porque requiere de riñones sanos para poder llevar adelante una gestación de nueve meses; que al narrar el proceso de fertilización de la citada niña, dijo "...al acudir a mi consultorio vi que la única posibilidad de que la señora Carla See pudiera tener un bebe, era extrayéndola sus óvulos juntándole con el esperma del señor Mendoza y así formar embriones

*humanos, ese proceso se realiza en una incubadora en el laboratorio por tres días, a partir de la concepción hasta la formación de un embrión de 8 células, aclarando que la concepción se realiza en forma inmediata una vez juntados los espermatozoides con el óvulo, el mismo día que aspiramos los óvulos a la señora Carla (09 óvulos de los cuales 08 eran maduros y 01 inmaduro), eso fue el 19 de septiembre del 2004, ese mismo día se le inyectó un espermatozoide a cada óvulo (08 espermatozoides), de los cuales 06 óvulos fecundaron y por lo tanto se obtuvieron 06 embriones, todo esto fue fuera de la incubadora y al día siguiente, y tres días después se transfirieron tres embriones al útero de la señora Jenny Aurich y los tres restantes se congelaron, los mismos que pueden seguir su proceso embrionario una vez descongelado en cualquier momento. Ingresando los tres embriones en el útero de la señora Jenny Aurich quien a través de la Hormona Sub Unidad Beta HCG indico que estaba embarazada, desconociendo de cuantos embriones habrían sobrevivido, la misma que siguió su proceso de embarazo, dando a luz el seis de mayo del dos mil cinco por cesárea, teniendo la bebe 07 meses y 20 días, eso fue por que a la mamá le dio hipertensión arterial dada su edad cronológica de cincuenta y cuatro años de edad, naciendo la niña en la Clínica de Miraflores y expidiendo la Constancia de Certificado Vivo a quien le atendí el parto del concebido”; Que al preguntarle si la sangre con la que se alimenta el concebido contribuye con la formación y el desarrollo del embrión, dijo “... si contribuye con la formación y con el crecimiento, mas no con la transformación de los cromosomas o genes que fue procreada, a modo de ejemplo cuando se inserta embriones de vacas Holteins en vacas criollas (chuscas) nacen terneros cien por ciento Holteins porque la sangre solamente contribuye a su alimento igual que la leche materna ...”; Que al preguntarle el Representante del Ministerio Público ¿Quién determina el tipo de sangre que tendrá el feto, el de la madre gestante o de los que han facilitado los cromosomas?, contestó “...únicamente los que han facilitado los cromosomas, porque la sangre no se mezcla...”; ¿Si el declarante extrajo los espermatozoides del señor Luis Eduardo Mendoza Barber? Dijo “... él los extrajo en mi presencia una hora antes de aspirar a la señora Carla los óvulos...”; Agregando que considera como “**madre genética**” de la menor Daniela Mendoza Aurich a Carla See Aurich, “**padre genético**” a Luis Eduardo Mendoza Barber, y a doña Jenny Lucero Aurich De La Oliva “**incubadora de la niña**”: **Décimo Segundo:** Que para determinar “con certeza” cual de las dos presuntas madres es la “**madre biológica**” de la niña Daniela Mendoza Aurich, se dispuso de oficio la realización de la prueba genética de ADN, la de mayor validez científica (fojas 319), la que previo trámite de ley, el Laboratorio de Genética Biomolecular del Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público en informe de fojas 405/407, presenta los siguientes resultados finales: “... que el individuo registrado con el Código de Laboratorio **ADN-2007-005-PM1 SEE AURICH, Carla Monique, NO PUEDE SER EXCLUIDA** de la presunta relación de parentesco en condición de **MADRE BIOLÓGICA** del individuo registrado con el código de Laboratorio **ADN- 2007- 005-H MENDOZA AURICH, Daniela, con respecto al individuo registrado con el Código de Laboratorio ADN 2007-005-P MENDOZA BARBER, Luis Eduardo**” y “... que el individuo registrado con el Código de Laboratorio **ADN-2007-005-PM2 AURICH DE LA OLIVA, Jenny Lucero, QUEDA EXCLUIDA** de la presunta relación de parentesco en condición de **MADRE BIOLÓGICA** del individuo registrado con el código de Laboratorio **ADN-2007- 005-H MENDOZA AURICH, Daniela, con respecto al individuo registrado***

con el Código de Laboratorio **ADN 2007-005-P MENDOZA BARBER**. Luis Eduardo ...”; Informe Pericial que fue ratificado por los Representantes de dicho Laboratorio del Ministerio Público, en los términos que se contrae el acta de fojas 466/468 y corroborado por el Laboratorio Biolinks, quien practico la misma prueba con las contra-muestras custodiadas por la Corte Superior; cuyos informes, que corren a fojas 473/481 concluyeron “... 1.- No se ha encontrado exclusión de paternidad. El índice de paternidad acumulado asciende a 2,136, que corresponde a una Probabilidad de Paternidad de 99.953202328048%. 2.- Estas cifras corresponden a una certeza de paternidad para la prueba. 3.- Por lo tanto, la paternidad biológica del donante de la muestra codificada como **ADN 2007-005-P LUIS EDUARDO MENDOZA BARBER (A)** sobre el donante de la muestra codificada como **ADN-2007- 005-H DANIELA MENDOZA AURICH (C)**, es demostrada por el análisis realizado. 4.- Según las normas internacionales sobre prueba de ADN para determinación de maternidad, dos o mas alelos que no coinciden entre el supuesto hijo y la supuesta madre son demostración de exclusión de maternidad, La donante de la muestra codificada **ADN-2007-005-PM2 JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA (B) NO ES MADRE BIOLOGICA** de la donante de la muestra codificada **ADN- 2007- 005-H DANIELA MENDOZA AURICH (C)**. 5.- No se ha encontrado exclusión de maternidad. El índice de maternidad acumulado asciende a 1,583'112,135, que corresponde a una Probabilidad de Maternidad de 99.99999996833%. 6.- Estas cifras corresponden a una certeza de maternidad para la prueba. 7.- Por lo tanto, la maternidad biológica de la donante de la muestra codificada como **ADN-2007-005-PM1 CARLA MONIQUE SEE AURICH (D)** sobre la donante de la muestra codificada como **ADN- 2007- 005-H DANIELA MENDOZA AURICH (C)**, es demostrada por el análisis realizado.”; **Décimo Tercero:** Que habiéndose determinado objetiva y científicamente, que la demandante Carla Monique See Aurich tiene la calidad de “*madre biológica*” lo que la doctrina y la ciencia también la califica como “*madre genética*” de la citada niña, y doña Jenny Lucero Aurich De la Oliva como “*madre sustituta*”, queda determinar jurídicamente a cual de las dos es considerada como “*madre de la menor*”, aquella que apporto sus óvulos y por ende sus genes para la fecundación de la niña o aquella que albergo en su vientre durante todo la etapa de gestación y alimentó a la niña hasta su nacimiento; Que al respecto la “Ley General de Salud”, Ley N° 26842 determina en su 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. ...*”; A que sin embargo, ¿ como se determina la filiación si las condiciones de “*madre genética*” y “*madre gestante*” recaigan sobre diferentes personas?, situación factica que no esta prohibido legalmente, pero tampoco no esta expresamente permitido, y a tenor de lo dispuesto en el Artículo 2° inciso 24 letra a) de la Constitución Política del Estado, que regula el Principio de Reserva, en virtud del cual “*Nadie esta obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.*”; y por consiguiente considerándose lícita tal conducta, solo nos queda determinar si es amparable la pretensión demandada, considerando que la conducta doña Jenny Lucero Aurich De La Oliva se ha realizado sin fines de lucro, en forma altruista y por amor a su hija Carla Monique See Aurich, como lo afirma en su Declaración de Parte de fojas 414. Que regresando al concepto tradicional, salvo los casos de adopción, “*madre solo hay una*” la misma que se

determina por la *"filiación biológica"*, por la identidad sanguínea, por la identidad biológica, que los genes transmiten de padres a hijos, la herencia de los caracteres anatómicos, citológicos y funcionales entre los padres y los hijos; y por lo tanto debe ampararse la pretensión demandada, pese a que en el acta de nacimiento de la niña se encuentra registrada y expresamente reconocida como madre a doña JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA y lleva yuxtapuesto a su nombre y luego del primer apellido del padre, el primer apellido de ésta; dejándose de aplicar lo dispuesto en el Artículo 395° del Código Civil; **Décimo Cuarto: DE LOS EMBRIONES VIVOS CONGELADOS:** Que por otro lado, resulta insoslayable emitir pronunciamiento, respecto a lo descubierto durante el curso del proceso, referente a **los tres embriones sobrantes del proceso de fecundación In Vitro, los mismos que se encuentran vivos y congelados en los laboratorios de la Clínica Miraflores** a cargo del Doctor Augusto Felipe Ascenzo Aparicio; Que conforme lo dispone el Artículo I del Título Preliminar del Código de Los Niños y Adolescentes *"Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. ..."*; que en consecuencia reconociéndose *"al concebido"* calidad de niño y por ende *"sujeto de derechos"*, *"libertades"* y *"protección específica"*, conforme lo prescribe el Artículo II del Título Preliminar del citado Código, y estando a que conforme lo dispone el Artículo 1° del mismo Código *"El niño y el Adolescente tiene derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental."*; Que en consecuencia, estando a que el derecho a la vida, el derecho a crecer y desarrollarse en el seno de una familia, son considerados derechos indisponibles, se hace necesario emitir pronunciamiento de oficio pese a que no ha sido solicitado, ni por las partes, ni por la Señora Representante del Ministerio Público, ni menos aún por la Defensoría del Pueblo en su escrito de *"Amicus curiae"* (amigo de la Corte) de fojas 580/592, estando además que conforme el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, en su novena parte establece *"...Teniendo presente, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"*..."; norma jurídica supranacional que forma parte de nuestro derecho interno, en mérito a lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado en concordancia con el Artículo 3° de la misma norma legal; **Décimo Quinto:** Que en consecuencia no preguntamos ¿Qué hacer con los embriones sobrantes?. ¿Qué medidas tomar respecto de los tres concebidos que se encuentran congelados vivos?. En nuestro país aún no se regula una ley de reproducción humana asistida, que contemple estas situaciones fácticas y proteja el derechos de los niños: Analizando el derecho comparado, tomando como base, la legislación española, la Ley 14/2006 sobre *"Técnicas de Reproducción Asistida"*, del veintiséis de mayo del dos mil seis, en su Artículo 11° establece los diferentes destinos posibles que podrán darse a los embriones crioconservados: 1) Su utilización por la propia mujer o su cónyuge; 2) La donación con fines reproductivos; 3) La donación con fines de investigación; y 4) El cese de su conservación sin otra utilización: De acuerdo a nuestro derecho nacional solo es válido y ética y moralmente aceptable la primera alternativa, dado que las dos siguientes, al considerar al embrión, no sujetos de derecho, sino objeto de derecho, afecta

principios elementales de la dignidad humana, dado que la persona es siempre un valor en sí y por sí misma y no puede ser tratada como objeto utilizable, como instrumento o medio, por esta sustantiva razón se le debe respeto desde el primer instante de su existencia, mas aún que conforme el Artículo 7° última parte de la Ley General de Salud, Ley Número 26842 “*Esta prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.*”; La última alternativa, tampoco la consideramos adecuada, por cuanto implica la muerte de los embriones crioconservados lo que conlleva a la vulneración del derecho que tiene todo ser humano a la vida desde su concepción; que por lo tanto, deben dictarse las medidas adecuadas con la finalidad de hacer efectivo el derecho a la vida, que tiene todo concebido en su calidad de niño, de conformidad además con lo dispuesto en el Artículo 2° inciso 1° de la Constitución Política del Estado; Que por lo expuesto la señorita JUEZ del Décimo Quinto Juzgado de Familia de Lima, administrando Justicia nombre de la Nación; **FALLA: DECLARANDO: 1) FUNDADA** la demanda de **IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD** fojas 106/145, subsanado a fojas 238/241 interpuesta por doña CARLA MONIQUE SEE AURISH contra doña JENNI LUCERO AURISH DE LA OLIVA y don LUIS EDUARDO MENZOA BARBER y en consecuencia **DECLARO:** Que la niña **DANIELA MENDOZA AURISH** es hija de la demandante **CARLA MONIQUE SEE AURISH** la misma que tiene la calidad de madre de la citada niña; **2) DISPONGO:** Dejar sin efecto la inscripción y reconocimiento efectuado por doña JENNI LUCERO AURISH DE LA OLIVA como madre de la niña CARLA MONIQUE SEE AURISH en el acta de nacimiento de la Municipalidad de Miraflores; **3) DISPONGO:** La inscripción y reconocimiento de la citada niña por su madre CARLA MONIQUE SEE AURISH en el acta de nacimiento de la Municipalidad de Miraflores; **4) DISPONGO:** La rectificación de los apellidos de la niña, cuyo nombre de hoy en adelante es como sigue “DANIELA MENDOZA SEE”, conforme lo dispone el Artículo 20° del Código Civil; **5) OTORGO:** El plazo de DOS AÑOS a efectos que los justiciables CARLA MONIQUE SEE AURISH y LUIS EDUARDO MENZOA BARBER hagan efectivo el derecho a la vida que tienen los tres embriones concebidos producto de la fecundación In Vitro de sus ovocitos y espermatozoides, que se encuentran vivos y congelados en la Clínica de Miraflores, sea mediante implantación en el vientre materno de doña CARLA MONIQUE SEE AURISH o una subrogación de vientre de tercera sin fines de lucro, contados a partir de que la presente quede consentida y/o ejecutoriada; **6) DISPONGO:** Que vencido dicho plazo, si los citados justiciables no cumplieran precitado mandato, **CURSAR OFICIOS** al Juzgado de Familia Tutelar respectivo o al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES), según sea el caso, a efectos de que inicie el proceso de abandono de los citados embriones congelados y pueda otorgarse en adopción a padres sustitutos, con la finalidad de hacer efectivo el “*Derecho a la vida*” que tienen dichos embriones en su calidad de niños y por ende Sujetos de Derechos y de Protección Específica; **7) DISPONGO:** Que la Defensoría del Pueblo, en su calidad de “*Amicus curiae*” (amigo de la Corte) y encargado de la Defensa de los Derechos Fundamentales de la Persona Humana, de acuerdo al Artículo 162° de la Constitución Política del Estado y Artículo 1° de su Ley Orgánica, Ley Número 26520, **SUPERVISE** el cumplimiento y la ejecución de la presente sentencia; **8) DISPONGO:** De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial **ELEVAR EN CONSULTA** a la

Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la Republica la presente, si no fuese impugnada, vía control difuso, estando a: **1)** La inaplicación del Artículo 395° del Código Civil por considerarlo que existe incompatibilidad en su interpretación con los Artículos 7° y 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución 44/25, con fecha 20 de noviembre de 1989, y ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa Número 25278 del 03 de agosto de 1990, la misma que forma parte del derecho nacional, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 3° de la Constitución Política del Estado, en concordancia con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de dicha Carta Política; **2)** Haber aplicado el derecho que corresponde al proceso por vacío y deficiencia de la ley; y **3)** Haber dispuesto de oficio, pese ha no ser parte del petitorio, medidas tendientes a preservar y hacer efectivo el Derecho a la Vida de los tres embriones vivos que se encuentran congelados en la Clínica de Miraflores, por constituir derechos indisponibles, inaplicando las restricciones dispuestas en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, respecto a la prohibición de fallo “*Ultra y Extra Petita*”, al prevalecer el Principio y Derecho de la función jurisdiccional de “*la observancia del debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva de tres concebidos, indefensos, sujetos de protección y cuidados especiales*” conforme lo prescribe el Artículo 138° inciso 3 de la Constitución Política del Estado, en concordancia con el Noveno Preámbulo de la citada Convención sobre los Derechos del Niño.- Notifíquese a las partes; con conocimiento de la Defensoría del Pueblo.-

PODER JUDICIAL
Corte Superior de Justicia de Lima
13° Juzgado Especializado de Familia de Lima

PODER JUDICIAL
Juzgado Especializado de Familia de Lima
Especialista Legal

➤ **ANEXO: SENTENCIA N° 563-2011**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN 563-2011, LIMA

Lima, seis de diciembre de dos mil once.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número quinientos sesenta y tres – dos mil once, en audiencia pública de la fecha; de conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo y producida la votación de acuerdo a ley, se emite la siguiente sentencia:

1. MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación de fojas seiscientos sesenta y tres interpuesto por la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz, contra la sentencia de vista de fojas mil ochocientos noventa y dos, de fecha treinta de noviembre de dos mil diez, que confirma la apelada de fecha quince de abril del año dos mil diez, que declara fundada la demanda de adopción por excepción incoada a fojas noventa subsanada a fojas ciento seis; declara a la menor Vittoria Palomino Castro, hija de don Giovanni Sansone y de doña Dina Felicitas Palomino Quicaño, nacida el veintiséis de diciembre de dos mil seis en el Distrito de San Borja, en los seguidos por Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone con Isabel Zenaida Castro Muñoz sobre adopción de menor.

2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Esta Sala mediante resolución de fecha seis de julio del año dos mil once, declaró procedente el recurso de casación, por causal de infracción normativa sustantiva de los artículos 115 y 128 inciso b) del Código de los Niños y Adolescentes; 378 inciso 1) y 5) y 381 del Código Civil.

3. CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que, la adopción es aquella institución por la cual el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea, siendo requisito que el adoptante goce de solvencia moral, que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar, que concorra el asentimiento de su cónyuge, que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela; y encontrándonos ante un proceso de adopción por excepción se requiere adicionalmente que el adoptante posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción, conforme a lo establecido en el inciso “b” del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes, sin

que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente (como si ocurre en los otros casos regulados en el mismo Código).

SEGUNDO.- Que, la adopción por excepción es una institución que lleva este nombre por cuanto, dentro del sistema de adopciones que contiene el Código del Niño y el Adolescente, en el Libro III, Título II, Capítulo I se establece un proceso administrativo de adopción, donde previamente se declara el estado de abandono (artículo 248 del Código del Niño y el Adolescente); este proceso se desarrolla para todos los niños que no cuentan con parientes que se hagan cargo de ellos o se impone como medida de protección para los Niños (as) y Adolescentes que cometan infracción a la ley penal; sin embargo existen otros niños (as), y adolescentes que no obstante tenerlos por circunstancia excepcionales, pueden ser adoptados por otras personas pero manteniendo un enlace familiar, ante lo cual el proceso será judicial. Institución que se encuentra plagada por la protección dada al niño (a) o adolescente, pues con ella se busca proteger su derecho a la identidad (artículo 6 del Código del Niño y el Adolescente) y a vivir en una familia (artículo 8 del Código del Niño y el Adolescente).

TERCERO.- Que a fin de establecer si en el caso de autos, se ha incurrido en la infracción normativa, es necesario efectuar un análisis de lo acontecido en el proceso: i) Por demanda de fojas noventa subsanada a fojas ciento seis, doña Dina Felicitas Palomino Quicaño y don Giovanni Sansone, interponen demanda de adopción civil por excepción de la niña Vittoria Palomino Castro, nacida el veintiséis de diciembre de dos mil seis, arguyendo como fundamentos de hecho de la demanda que la niña cuya adopción solicitan, es hija de don Paúl Frank Palomino Cordero, quien a su vez es hijo de José Palomino Quicaño, hermano de la co demandante Dina Felicita Palomino Quicaño, por lo que invocan el supuesto normativo a que se contrae el inciso “b)” del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes. Agregan, que a la niña la tienen en su poder desde el dos de enero de dos mil siete, fecha en que los padres biológicos la entregaron provisionalmente. ii) los demandados contestan la demanda a fojas ciento veintidós y ciento treinta y dos, precisando que se allanan y reconocen la demanda en los términos que allí constan; iii) tramitado el proceso conforme a su naturaleza, el juez expidió sentencia declarando fundada la demanda, sustentada en los siguientes argumentos: a) con el acta de nacimiento de fojas veintiuno se encontraba acreditado el nacimiento de la niña Vittoria Palomino Castro, siendo su madre biológica doña Isabel Zenaida Castro Munoz, figurando como padre biológico don Paúl Frank Palomino Cordero, habiendo sido reconocida por ambos emplazados, motivo por el cual dicha partida es medio probatorio de la filiación conforme al artículo 387 del Código Civil; b) que, si bien es cierto, de los resultados de la prueba de ADN de fojas mil treinta seis se desprende que el demandado Paúl Frank Palomino Cordero no es padre biológico de la menor, sino el propio demandante Giovanni Sansone, lo es también que el acta de nacimiento de la menor que obra a fojas veintiuno, constituye documento público que mantiene su eficacia jurídica al no haberse presentado en autos sentencia judicial firme que declare su nulidad, en virtud de lo dispuesto por el artículo 58 de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – Ley 26497, que establece que “las

constancias de inscripción emitidas por el Registro Nacional de Identificación y estado civil, serán consideradas instrumentos públicos y probarán fehacientemente los hechos a que se refieran, salvo que se declare judicialmente su nulidad de dicho documento”; c) que, mediante escritos de fojas doscientos veintiuno, doscientos cincuenta y cuatro, doscientos setenta y uno y trescientos catorce la codemandada Isabel Zenaida Castro Muñoz se desiste del proceso de adopción, sin embargo éste se tuvo por no presentado pues luego que fue requerida por el Juzgado a fin que precise el acto procesal materia de desistimiento, realizó subsanación defectuosa, resolución que no fue impugnada oportunamente; e) no obstante ante la duda del asentimiento o no de la madre biológica, se tuvo en cuenta el principio del Interés Superior del Niño y el respeto de sus derechos, por tanto, al encontrarse en oposición el derecho de la madre de prestar su asentimiento en un proceso de adopción y el derecho de la niña a tener una familia, y, por ende, continuar siendo parte de la que conforma desde su nacimiento con los demandantes, consideró que debía preferirse el derecho de esta última a tener una familia, cuya salud física, solvencia moral de los pre adoptantes, estaba acreditada; iv) la Sala Superior confirmó la sentencia que declaró fundada la demanda, mediante sentencia de fecha treinta de noviembre del año dos mil diez, sustentándola en los siguientes argumentos: a) que, los demandados Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz figuran formal y legalmente como progenitores de la niña Vittoria Palomino Castro y ellos voluntariamente la entregaron a los pre-adoptantes a los días de nacida, renunciando y desentendiéndose de este modo y por completo de las responsabilidades que como madre y padre tenían con su hija; b) ha quedado demostrado con los informes sociales y psicológicos que la niña se encuentra plenamente identificada con el entorno familiar constituido por los pre – adoptantes, al vivir con ellos desde los primeros días de su existencia; c) que, si bien mediante la prueba de ADN se ha establecido que el progenitor de la niña es el demandante Giovanni Sansone, confluyendo en su persona una doble calidad como padre biológico y como pre -adoptante, no es menos cierto que por esta vía o por acción posterior el reconocimiento de su situación legal de padre será resuelta a su favor, por lo que no existe razón alguna para mantener en la incertidumbre la existencia de dicha relación paterno filial, y, por ende, impedir que la niña goce de la filiación paterna a que tiene derecho y cuya naturaleza u origen no podrá ser mencionada en documento alguno; d) se señala que la madre biológica en total acuerdo con su conviviente, procreó a la niña, aceptando ser inseminada artificialmente por persona distinta a su pareja por el vínculo que existía y con la intención de mejorar su situación para viajar a Italia con su familia, lo que dista de la lógica de una maternidad responsable respecto del hijo que iba a engendrar, lo que revela en los demandados su intencionalidad en la concepción de un ser humano con fines distintos a la maternidad o paternidad, razón por la cual el Colegiado se aparta del previsión legal contenida en el artículo 378 inciso 5) del Código Civil referente al asentimiento de los padres para la adopción, privilegiándose el derecho fundamental de la niña a permanecer con la familia que le ha brindado protección, atención y

cariño frente al derecho de la patria potestad de un padre y una madre que desde su concepción y posterior nacimiento actuaron desvalorizando la condición humana de la niña.

CUARTO.- Que, la recurrente en su agravio denuncia:

i) la infracción normativa sustantiva del artículo 115 del Código de los Niños y Adolescentes¹; precisando que no procede la adopción, ya que el padre biológico de la menor, Giovanni Sansone, sabe que solicitó la reproducción asistida en la Clínica Miraflores, que la niña Vittoria Palomino Castro es su hija biológica y legal, por tanto no procede esta figura de la adopción entre padres biológicos;

ii) la infracción normativa sustantiva del artículo 128 inciso b del Código de los Niños y Adolescentes¹²; sosteniendo que se afirma que la accionante, es tía del padre demandado, y por ende, también pariente de la niña a ser adoptada, sin embargo la presunta tía demandante Dina Felicitas Palomino Quicaño, no guarda ningún parentesco consanguíneo o de afinidad con Vittoria Palomino Castro, al no ser Paúl Frank Palomino Cordero su verdadero padre, esto es, no ser su padre biológico; por lo que, al no tener Dina Felicitas Palomino Quicaño, ningún parentesco con la menor, no puede darse la demanda de adopción por excepción;

iii) la infracción normativa sustantiva del artículo 378 inciso 1) y 5) del Código Civil³; arguye que para que proceda la adopción se requiere que los adoptantes gocen de solvencia moral y que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad; sin embargo los pre-adoptantes no gozan de solvencia moral para adoptar a su menor hija, pues a lo largo del proceso han mentido no solo al juzgador sino a los recurrentes, a fin de engañarlos y quedarse con su hija. Hechos que no han sido tomados en cuenta al momento de sentenciar; y

iv) la infracción normativa sustantiva del artículo 381 del Código Civil⁴; sustentan que si no fuera porque los recurrentes en las audiencias de autos, manifestaron que Giovanni Sansone era el padre biológico de la menor Vittoria Palomino Castro, nunca se hubiera sabido la verdad, por tanto, siempre se han conducido con la verdad al contrario de los demandantes quienes los engañaron y estafaron a los jueces a fin de tener un derecho que no les corresponde.

QUINTO.- Que, al respecto se debe precisar previamente que, encontrándonos ante un proceso en el que se encuentran involucrados derechos fundamentales de una niña, corresponde aplicar el derecho bajo estricta sujeción del Interés Superior del Niño y el Adolescente, consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, según el cual “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. En principio que guarda relación con la Constitución Política del Perú que asumiendo el principio protector del niño y del adolescente ha señalado en su artículo 4 que la comunidad y el estado protegen especialmente al niño y al adolescente; asimismo se encuentra consagrado en la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos de las que somos Estado parte; y cuenta con legislación supranacional que regula los derechos del niño en el mismo sentido otorgándole un tratamiento especial, las que también constituyen fuente de regulación en el tratamiento de protección a los niños y adolescentes; tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su artículo 25 reconoce el principio de protección especial al señalar que la infancia tiene derecho a cuidados especiales; asimismo la Declaración Americana sobre Derechos Humanos que ha reconocido en su artículo 19 que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, la sociedad y el Estado.

SEXTO.- Que, debe entenderse por Interés Superior del Niño como la plena satisfacción de sus derechos, la protección integral y simultánea de su desarrollo integral y la calidad o nivel de vida adecuado (artículo 27.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños) el cual nos trae como consecuencia que, en virtud del mismo, los derechos del niño y la niña deban ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección de los mismos; pues el mismo permite resolver “conflicto de derechos” recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto, luego de haberse establecido la imposibilidad de satisfacción conjunta; siendo los dos parámetros que enmarcarán el presente pronunciamiento.

SÉTIMO.- Que, asimismo el Tribunal Constitucional mediante la sentencia expedida en el expediente 02079-2009-PHC/TC, al interpretar los alcances del principio del interés superior del niño y del adolescente, así como el presupuesto de interpretación constitucional; en su fundamento trece ha interpretado: “(...) 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. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, éste debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente. 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 puede 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.

OCTAVO.- Que, bajo estas premisas y atendiendo el Interés Superior del Niño y Adolescente se encuentra acreditado que:

- i) los demandantes y los demandados, acordaron que Isabel Zenaida Castro Muñoz y Giovanni Sansone se sometían a un proceso de fecundación asistida a fin de procrear a la menor Vittoria Palomino Castro, para que luego ésta sea entregada a los demandantes, lo que se concretó;
- ii) la menor Vittoria Palomino Castro nació el veintiséis de diciembre de dos mil seis según consta en el acta de nacimiento de fojas veintiuno, donde los demandados Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz constan como padres y declarantes;
- iii) la menor Vittoria Palomino Castro fue entregada por sus padres a los pre adoptantes demandantes el cuatro de enero del año dos mil siete, cuando contaba con nueve días de vida, según consta en el acta de entrega de fojas veintidós,
- iv) la menor se encuentra bajo el cuidado de los demandantes desde el cuatro de enero de dos mil siete ininterrumpidamente;
- v) los demandados luego de haber entregado a su menor hija, manifiestan su disconformidad con el proceso de adopción iniciado, por lo que no se cumpliría con el requisito estipulado por el inciso 5) del artículo 378 del Código Civil;
- vi) el demandante Giovanni Sansone, según la prueba de ADN de fojas mil treinta y seis, es el padre biológico de la niña Vittoria Palomino Castro;
- vii) al no ser padre de la menor, el demandado don Paúl Frank Palomino Cordero, no existiría vínculo de parentesco consanguíneo entre la niña y la demandante Dina Felicitas Palomino Quicaño; viii) los demandados no cuentan con informes del equipo multidisciplinario que le sean favorables, por el contrario, tenemos que: a) el informe social N° 016-2008-EM-SS-AT que en sus conclusiones señala: “los demandados integran un hogar convivencial, procrearon tres hijos, una hija cursa la educación primaria, un hijo la educación inicia y la última hija es la menor pre adoptada. Los Sres. Palomino Castro entregaron de propia voluntad a los demandantes a fin de asumir su crianza, a parecer por no contar con los recursos económicos suficientes”; b) el informe psicológico N° 1567-2008- MCF-PSI practicado a la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz que en sus resultados -último párrafo- señala: “se aprecia que la señora accedió a dar a su hija en adopción motivada en la situación crítica en que estaba atravesando, reconoce que en determinados momentos siente remordimiento porque su hija mayor se afectó por entregar a su bebe en adopción. Asimismo se aprecia que la relación afectiva que le une a su menor hija no es sólida, dado que no tiene recuerdos compartidos con ella para que la añore; por eso cuando habla de brindar a sus hijos lo mejor, sólo se refiere a sus dos hijos mayores; y c) El contenido del Informe Psicológico N° 1568-2008-MCF-EM-PSI practicado al demandado Paúl Frank Palomino Cordero que en sus resultados – en el último párrafo – señala “se aprecia que el señor

se encuentra resignado a ceder a su hija en adopción, porque considera que no tiene otra alternativa, se reconforta al saber que la persona que la criará es su tía;

viii) Los demandantes cuentan con informes psicológico y social favorables, los mismos que fueron realizados con visitas inopinadas, según consta a fojas mil veintinueve y quinientos setenta cinco respectivamente.

NOVENO.- Que, corresponde analizar las infracciones denunciadas, así tenemos que la primera y segunda causal denunciadas carecen de sustento, dado que, si bien es cierto, la adopción entre padres e hijos no corresponde, en el caso de autos se debe considerar que si bien existe una prueba de ADN que acredita que el demandante Giovanni Sansone es padre biológico de la menor, es de tener en cuenta que la prueba legal de paternidad es el acta de nacimiento, en la cual el demandado Paúl Frank Palomino Cordero declara a la menor como su hija, por lo que el acta de nacimiento constituye documento público que mantiene su eficacia jurídica al no haberse presentado en autos sentencia judicial firme que declare su nulidad; no correspondiendo a este proceso de adopción determinar la paternidad de la menor. En consecuencia, la menor legalmente es hija Paúl Frank Palomino Cordero y en consecuencia sí resulta ser sobrina de la demandante Dina Felicita Palomino Quicaño, reiterándose debiéndose precisar que nos es materia de pronunciamiento la paternidad de la menor.

DÉCIMO.- Que, la tercera y cuarta causal denunciadas no pueden ser amparadas, dado que, si bien es requisito que los padres del adoptado asientan y la adopción no puede hacerse bajo modalidad alguna, se debe resaltar que la sentencia de vista ha resuelto bajo estricta observancia del Interés Superior del Niño y del Adolescente (aludido en el cuarto y quinto considerando de la presente), dado que nos encontramos ante un “conflicto de derechos” de una parte el de los padres de la menor a ejercer su patria potestad y de la otra, el derecho de la menor a tener una familia idónea que le proporcione todo lo necesario para su desarrollo integral y a no alterar su desarrollo integral; derechos que no pueden coexistir en el caso de autos, a la luz de los hechos detallados en el octavo considerando, pues nos encontramos ante padres que premeditadamente han acordado procrear un ser humano con la finalidad de entregarlo a otras personas, para a cambio recibir beneficios, que si bien los demandados niegan que hayan sido económicos, de sus propias declaraciones se advierte que su proceder tenía por finalidad mejorar su situación y viajar a Italia con su familia, además de haber aceptado recibir dinero mensualmente durante el tiempo de gestación de la demandada y en otros casos como una “ayuda económica” quedando evidenciado que el actuar de los demandados ha estado plagado en todo momento por un interés económico lo que dista totalmente de los sentimientos de padres que aluden tener.

UNDÉCIMO.- Que, aunado a lo antes precisado se debe considerar el deplorable accionar de los demandados, pues luego de haber suscrito la demandada de adopción conjuntamente con los demandantes, precisando “*DEMANDADOS: Solo por razones formales deben ser considerados como demandados los padres biológicos Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz...*”

adjuntando, entre otros documentos, el acta de entrega provisional de menor con firma legalizada ante Notario (ver folios veintidós) donde consta que los demandados entregan a la menor a los demandantes precisándose “con el fin que a partir de la fecha la señora Dina Felicitas Palomino Quicaño y su esposo Giovanni Sansone se constituyan en los padres adoptivos de la menor Vittoria Palomino Castro”; y luego de haber reiterado su consentimiento de dar en adopción a su menor hija, en la audiencia única de fecha veintidós de agosto del año dos mil siete (ver folios ciento cuarenta y siete) la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz, mediante escrito de fecha diecinueve de junio de dos mil ocho (ver folios doscientos veintiuno) reiterado a fojas doscientos cincuenta y cuatro, trescientos cuarenta y nueve y quinientos sesenta y dos respectivamente, precisa que hasta antes de mostrar su desacuerdo con el presente proceso, tuvo en todo momento la voluntad de dar a su hija Vittoria en adopción al ser este el “acuerdo” asumido con los accionantes; refiriendo: “(...) *todos los actores en la acción de adopción habíamos efectuado hechos fraudulentos con el fin de obtener provecho en perjuicio de mi menor hija.*” (fojas doscientos cincuenta y cinco), “*me desisto de todos los actos procesales en los que en forma personal he manifestado mi voluntad de dar en adopción a mi menor hija Vittoria Palomino Castro a favor de los esposos Giovanni Sansone y Dina Felicitas Palomino Quincano (...) en contubernio con ellos cometí una serie de actos ilegales, sorprendiendo al Juzgado en agravio de mi menor hija*” (fojas trescientos cuarenta y nueve); “(...) *he manifestado, manifiesto y reitero que la presente acción de adopción-caso de excepción (...) es una acción fraudulenta, originada desde antes de la misma, en un contrato verbal e irregular y manipulado por los demandantes (...) con el fin de procrear mediante inseminación asistida en mi vientre un hijo con el semen de don Giovanni Sansone (...)*” (fojas quinientos sesenta y dos). Aunado a ello se tiene de las copias certificadas del proceso penal N° 42961-2009 que obra de fojas mil setecientos cincuenta y dos a fojas mil ochocientos ochenta y ocho, se advierte que paralelamente al proceso que nos ocupa, el veintiocho de setiembre del año dos mil nueve, el Ministerio Público formalizó denuncia penal contra los demandados, por los delitos de Extorsión y Alteración del Estado Civil de un menor, habiéndose iniciado proceso penal mediante auto de apertura de instrucción de fecha veintiuno de octubre del dos mil nueve (ver folios mil setecientos noventa y tres), proceso en el que el hecho incriminado consiste en que, los demandados habrían planeado desde un inicio ofrecer su “vientre en alquiler” y practicarse una inseminación artificial con el semen del esposo de la denunciante Dina Felicitas Palomino Quicaño y a partir de ello habrían extorsionado a los ahora demandantes con cuantiosas sumas de dinero a fin de que la Demandada Isabel Zenaida no aborte el producto, extorsión que incluso se habría prolongado después del nacimiento de la menor que responde al nombre de Vittoria con la amenaza de frustrar la demanda de adopción que interpuso la parte agraviada (los demandantes) teniéndose que los denunciados habría recibido un total de diecinueve mil ochocientos dólares americanos; asimismo se advierte de dichas copias, que con fecha quince de abril de dos mil diez se realizó la diligencia de confrontación entre Isabel Zenaida Castro Muñoz y Dina Felicitas Palomino Quicaño de la cual trasciende que la segunda de las nombradas, entregó diversas

sumas de dinero a la primera, manifestando cada una diferentes montos y motivos respecto de dichas entregas. Así, mientras la preadoptante señaló que lo hizo por cuanto la demandada la amenazó con abortar, esta última indica que recibió el dinero como ayuda económica. Igualmente, al ser preguntada Isabel Castro sobre los motivos de la inseminación, respondió: “debo manifestar que fueron por dos motivos, uno por el vínculo familiar que existía, así también acepté con la intención de mejorar mi situación y viajar a Italia con mi familia”.

DUODÉCIMO.- Que, en suma, la materia de litis ha sido correctamente resuelta no habiéndose infringido norma alguna, pues debe primar el Interés Superior de la Niña, quien se encuentra viviendo con los pre adoptantes desde que contaba con nueve días de nacida, habiéndose acreditado con los informes psicológicos y sociales que la menor se encuentra viviendo en un adecuado ambiente familiar recibiendo el amor de madre de la demandante, quien pese a no tener vínculos consanguíneos con la misma le prodiga todo lo necesario para su desarrollo integral, y el amor de padre por parte del demandante quien sí es padre biológico de la menor, por lo que la carencia moral de los demandantes que alega la recurrente, no es tal justificándose el accionar de los mismos por los imperiosos deseos de ser padres, conducta que no puede ser reprochada dada la conducta que han demostrado al interior del proceso y fuera de éste con la menor; aunado a ello que la carencia moral que alegan no ha sido advertida por el equipo multidisciplinario ni la Asistente Social del Poder Judicial, quienes a fojas mil veintinueve y quinientos setenta y siete respectivamente han emitido informes favorables a la demandante; por lo que dicho argumento también carece de sustento. Teniéndose además, que los demandados han demostrado el poco valor que le dan a la vida y la deplorable manipulación que han intentado hacer con la vida de un ser indefenso que merece toda la protección de sus progenitores y la Ley; debiéndose resaltar además que ha quedado evidenciado el beneficio económico de los demandados con la aceptación de los mismos, pues en ningún momento han negado haber recibido dinero por parte de los demandados, y si bien ha precisado que entregarían a la menor para luego viajar a Italia con su familia y que recibieron dinero por ayuda económica, ante las circunstancias de los hechos dichas alegaciones carecen de coherencia y sustento. Por otro lado, estando a que la menor se encuentra viviendo con los demandantes desde que contaba con nueve días de vida en un ambiente adecuado recibiendo cuidados y amor por parte de éstos, debe primar que los identifica como sus padres y arrancarla de su seno familiar a su corta edad resultaría gravemente perjudicial para su vida, además de la descalificación de los padres para ejercer su patria potestad sobre la misma, siendo además la adopción una medida de protección a la luz de los hechos detallados; por lo que en atención al Interés Superior del Niño y el Adolescente consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos de las que somos Estado parte; debe declararse infundado el recurso.

4.- DECISIÓN:

Por tales consideraciones expuestas y estando a la facultad conferida por artículo 397 del Código Procesal Civil; declararon:

a) **INFUNDADO** el recurso de casación de fojas mil novecientos noventa y siete, interpuesto por Isabel Zenaida Castro Muñoz; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas mil ochocientos noventa dos su fecha treinta de noviembre del dos mil diez que declara fundada la demanda.

b) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone con Isabel Zenaida Castro Muñoz y otro, sobre adopción de menor; intervino como ponente, el Juez Supremo señor Ponce De Mier.-

SS.

DE VALDIVIA CANO

HUAMANI LLAMAS

PONCE DE MIER

VINATEA MEDINA

CASTAÑEDA SERRANO

➤ **ANEXO : SENTENCIA N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05**

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
QUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CONSTITUCIONAL**

EXPEDIENTE: 06374-2016-0-1801-JR-CI-05
JUEZ: HUGO VELASQUEZ ZAVALA
ESPECIALISTA: RAULTAIPE SALAZAR
DEMANDANTE: FRANCISCO DAVID NIEVES REYES Y OTRO
DEMANDADO: RENIEC
MATERIA: PROCESO DE AMPARO

RESOLUCIÓN: 05

Lima, 21 de febrero del 2017

VISTOS:

Asunto: Proceso de amparo iniciado por la sociedad conyugal conformada por Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau; la sociedad conyugal conformada por Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco y los menores de iniciales L.N.N.R. y C. D. N. R., representados por Francisco David Nieves Reyes y Evelyn Betzabé Rojas Urco, contra RENIEC.

ANTECEDENTES:

De la demanda: Fluye del texto de la demanda -folio 144 a 166-, que la parte actora pretende se otorgue protección a los derechos a la identidad de L. N.R. y C. D. N. R (en adelante, “los menores”) y al principio superior del niño y, en consecuencia:

- 1) Se deje sin efecto la Resolución Registral N° 29 9-2016-OSBORJ-JR10LIM- GOR/RENIEC, de fecha 29 de febrero de 2016 y la Resolución Registral N° 299-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC, de fecha 29 de febrero de 2016, que declararon, respectivamente, la improcedencia de rectificación de las actas de nacimiento de los menores.
- 2) Se declare formalmente, en las respectivas actas de nacimiento, que el Señor Francisco David Nieves Reyes es el padre de los menores, procediéndose al respectivo reconocimiento.
- 3) Se declare formalmente, en las respectivas actas de nacimiento, que la Señora Aurora Nancy Ballesteros es la madre de los menores, efectuándose la respectiva rectificación.

Fundamentos fáctico-jurídicos de la demanda:

La parte actora sustenta su demanda -en síntesis-, en los siguientes hechos:

1. Con fecha 21 de enero de 2005, los Señores Nieves-Ballesteros contrajeron matrimonio y, ante la reiterada imposibilidad de quedar embarazada por parte de la señora Ballesteros, decidieron recurrir a las TERAs, concretamente, a la técnica del útero subrogado.

2. Para ello, se procedió a la fecundación in vitro, con el óvulo de una donante anónima, y con el consentimiento de los Sres. Lázaro-Rojas, se transfirieron los únicos dos embriones fecundados al útero de la Sra. Rojas. Para ello, suscribieron el acuerdo privado de útero subrogado, manifestando su acuerdo de voluntades.

3. Con fecha 19 de noviembre de 2015 nacieron los menores de iniciales L.N.N.R. y C.D.N.R. Al momento del nacimiento, los menores fueron consignados como hijos de la Sra. Rojas (por ser esta quién los alumbró) y del Sr. Nieves, dado que se aceptó la declaración de la Sra. Rojas en el sentido de que el padre no era el Sr. Lázaro, su esposo.

4. Posteriormente, iniciaron dos procedimientos de rectificación de acta de nacimiento, en donde el Sr. Nieves solicitó que se declare al primero como padre de los menores, procediéndose al respectivo reconocimiento; mientras que la Sra. Ballesteros solicitó se declare que es la madre de los menores, procediéndose a la respectiva rectificación. Tras ello, el RENIEC declaró improcedentes ambas solicitudes a través de las resoluciones registrales impugnadas mediante el presente proceso de amparo.

5. La parte demandante fundamenta jurídicamente su demanda principalmente en el derecho a la identidad de los menores y en el principio del interés superior del niño.

5.1. **Respecto del primer derecho**, se alega en la imposibilidad de que los menores tengan claramente determinada su identidad, ya que su filiación maternal está dada con la Sra. Rojas, con quien no comparten material genético, carece de voluntad para procrear, criar o cuidar de ellos y, además, al gestarlos, no tuvo ninguna otra voluntad que colaborar con los Sres. Nieves- Ballesteros. Según el demandante, esto también afectaría el derecho al desarrollo de la libre personalidad de los menores.

5.2. Respecto del principio de interés superior del niño, se alega que las resoluciones del RENIEC vulneran este principio por hacer prevalecer una interpretación restrictiva de las normas legales aplicables.

6. Por ello, los Sres. Nieves-Ballesteros, los Sres. Lázaro-Rojas y los menores solicitan que se reconozca la paternidad y maternidad de los primeros respecto de los últimos.

Trámite de la demanda:

Mediante resolución 01, de fecha 30 de junio del 2016- folio 172 a 176-, se admitió a trámite la demanda y se corrió traslado a la parte a la parte demanda.

Mediante escrito de fecha de presentación, 21 de julio del 2016, RENIEC formuló excepción de falta de representación de los señores, Francisco David Nieves Reyes, Aurora Nancy Ballesteros Verau, Fausto Cesar Lázaro Salecio, y contestó la demanda señalando lo siguiente:

- 1.- Señala que la Sra. Ballesteros no acredita vínculos filiales ni biológicos con los menores por lo que, siendo una filiación de hechos no biológicos, debería emplear el mecanismo de la adopción.
- 2.- Asimismo, alega que la parte demandante no habría interpuesto recurso impugnativo alguno en sede administrativa.
- 3.- Finalmente, sostiene que la parte demandante no está solicitando el reconocimiento de un derecho ya adquirido o reconocido o el cumplimiento de un mandato legal y administrativo, sino que se le reconozca un derecho que, a su juicio, le corresponde y que no es posible ejercitarlo.

Por resolución 02, de fecha 11 de agosto del año 2016, se tuvo por contestada la demanda y se citó a las partes para informe oral para el día 08 de setiembre del año pasado. A la audiencia oral sólo concurrió la parte actora. Conforme al estado del proceso, corresponde emitir sentencia. Se emite sentencia en la fecha debido a la carga procesal del juzgado.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Del proceso constitucional de amparo:

De acuerdo al artículo 200° inciso 2 de la Constitución, el amparo procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza derechos constitucionales distintos a los tutelados por el hábeas corpus y al hábeas data, siendo su finalidad la de proteger tales derechos, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación, como establece el artículo 1° del Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237.

SEGUNDO: Hechos del caso:

Si bien la parte demandada ha deducido excepciones -cuestiones de forma-, antes de resolverlas es necesario determinar primero los hechos del caso, con el fin de resolver esas cuestiones de forma y, en su caso, las cuestiones de fondo.

Los hechos son los siguientes:

1. El 4 de mayo de 2016, los demandantes Aurora Nancy Ballesteros Verau, Francisco David Nieves Reyes, Evelyn Betzabe Rojas Urco y Fausto César Lázaro Salecio interponen, a favor propio y de los menores L.N.N.R y C.D.N.R., demanda de amparo y la dirigen contra el Registro Nacional de Identidad y Registro Civil – RENIEC.

2. Acreditan (Anexo 4-A) que contrajeron matrimonio el 21 de enero de 2005 ante la Municipalidad Metropolitana de Lima y también que intentaron ser padres sin éxito (Anexo 7-A, 7-B, 8, 8-A, 8-B y 9). Por ello, entre los años 2006 al 2009 recurrieron a distintas Clínicas en las que se determinó como alternativa para el embarazo el método de reproducción asistida, pues los óvulos de Aurora Nancy Ballesteros Verau no lograban llegar al nivel de maduración necesaria para producirse el embarazo. Empero, el uso de este método no logró el resultado esperado, razón por la cual, el 2010, los demandantes Ballesteros Verau y Nieves Reyes recurrieron al método de “ovodonación” (óvulo donado) y la posterior reproducción in vitro reimplantado en el útero de la demandante, sin embargo, el embarazo devino en aborto.

3. Por ello, en 2011 acudieron a un nuevo centro de fertilidad y reproducción asistida para realizarse nuevos análisis. En dicho centro médico, en enero de 2012, se determinó que los demandantes únicamente podían optar por el método de vientre subrogado, es decir, el uso de otro vientre para lograr la fecundación. Es así que buscaron y encontraron la ayuda de los demandantes **Evelyn Betzabe Rojas Urco** y **Fausto César Lázaro Salecio**, casados (Anexo 4-B), siendo que la primera de las nombradas aceptó someterse a la técnica de vientre subrogado heterónimo, es decir, la implantación de un cigoto conformado por óvulos donados y espermatozoides del demandante Nieves Reyes. Para ello, las dos sociedades conyugales suscribieron el llamado “acuerdo privado de útero subrogado” (Anexo 5).

4. Realizado el procedimiento, con fecha 19 de noviembre de 2015, nacieron en el Instituto Nacional Materno Perinatal los menores mellizos inscritos con las iniciales L.N.N.R y C.D.N.R. (Anexos 2-A y 2-B). No obstante, pese a la declaración expresa de Evelyn Betzabe Rojas Urco, quién habría señalado que no sería la madre sino el vientre de alquiler, el médico tratante, al momento de efectuar el Certificado de Nacido Vivo inscribió como madre a ésta última y como padre a Francisco David Nieves Reyes.

5. Tomando como base esos mismos datos, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC, realizó el registro en las Actas de Nacimiento N° 79400620 y N° 79400640 (Anexos 2-A y 2-B) y ante las impugnaciones formuladas expidió las Resoluciones Registrales N° 299-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC y N° 300-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC (Anexos 3-A y 3-B).

6. Los demandantes Aurora Nancy Ballesteros Verau, Francisco David Nieves Reyes, Evelyn Betzabe Rojas Urco y Fausto César Lázaro Salecio, consideran que dichas Resoluciones Registrales vulneran el derecho a la identidad y al interés superior del niño de los menores, asimismo, con respecto a ellos, la afectación de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, así como sus derechos sexuales y reproductivos.

TERCERO: Las excepciones deducidas:

3.1. Excepción de falta de representación.

1. La demandada sostiene que la demandante Aurora Nancy Ballesteros Verau carece de representación con respecto a los menores L.N.N.R y C.D.N.R., a favor de quienes se alega la vulneración al derecho a la identidad y al interés superior del niño, pues conforme a la ley vigente ella no tiene la representación legal ni ostenta la patria potestad de los menores, careciendo de toda forma legal de representación. Asimismo, señala que Fausto César Lázaro Salcedo, quien si bien tiene la presunción de paternidad por ser marido de la “madre” –doña Evelyn Betzabe Rojas Urco-, carece de falta de representación suficiente con respecto a la tutela de los derechos de los menores pues hasta la fecha no ha reconocido la paternidad de aquellos. Idéntica sería, conforme a la demandada, la posición del demandante Francisco David Nieves Reyes, quien si bien la madre de los menores ha señalado que es el padre biológico y así consta en las Partidas de Nacimiento de los menores, éste no ha realizado el reconocimiento de paternidad ni ha demandando la paternidad biológica con persona casada, por ello, no puede representar válidamente a nivel procesal a los menores.

2. En rigor, el planteamiento de la excepción por la parte demandada se circunscribe a la representación defectuosa o insuficiente prevista en el inciso 3) del artículo 446° del Código Procesal Civ il. Esta excepción tiene por finalidad que el Juez controle la capacidad o potestad delegada que tienen los representantes en relación a la persona que quieren defender en juicio; en caso se determine judicialmente que los demandantes no tienen capacidad legal de iniciar el proceso, entonces el Juez puede disponer que en un plazo razonable se subsane este extremo, conforme lo prevé el inciso 2 del artículo 451° del Código Procesal Civil; si la subsanación no se produce, entonces el proceso debe ser declarado nulo y archivado.

3. En el presente caso, se observa que, tal como sostiene la demandada, la demandante Aurora Nancy Ballesteros Verau no tiene la representación legal o establecida que poseen los padres sobre los hijos menores de edad, conforme lo describen el artículo 419° y el inciso 6 del artículo 423° del Código Procesal Civil. Asimismo, se observa que, tal como señala la demandada, el demandante Francisco David Nieves Reyes no ha reconocido la paternidad de los hijos extramatrimoniales, conforme lo previsto en el artículo 388° del Código Civil, razón por la cual tampoco sería representante legal de los menores. En el mismo sentido, el demandante Fausto César Lázaro Salcedo, quien si bien tiene la presunción de paternidad a la que se refiere el artículo 361° del Código Civil, tampoco ha actuado de conformidad con el artículo 388° del mismo cuerpo de leyes, careciendo también de la potestad de representarlos.

4. No obstante, si bien en principio estos demandantes no tendrían representatividad legal para demandar los derechos de los menores, precisamente lo que reclaman es que la actuación de la demandada ha generado todo ese conflicto de falta de representación de los menores.

5. La defensa RENIEC no hace sino ratificar una situación de perjuicio en contra de los menores, pues si los padres biológicos, ni tampoco los padres según el contrato de útero subrogado pueden atribuirse representatividad de los menores, eso generaría que el Estado deje sin tutela a esos menores, por el hecho de haber nacido usando métodos de reproducción asistida, asunto que merecerá un mayor análisis, pero que, en todo caso, es suficiente para notar que estamos ante un agravio y no ante una situación que pueda justificar una excepción de falta de representación de los demandantes.

6. Sin perjuicio de lo anterior, este Juzgado también debe tener en cuenta que incluso en la hipótesis que la defensa de RENIEC tuviera asidero legal y constitucional, lo cierto es que la demandante Evelyn Betzabe Rojas Urco, al amparo de la ley civil, tiene representación suficiente para acudir al proceso constitucional de amparo, ya que ella es la que dio a luz a los menores.

7. Eso, desde luego, no significa que esa persona sea la única con facultades de representación, pues tal lectura llevaría a sostener que los otros co-demandantes no tendrían posibilidad alguna de acceder a la justicia para la tutela de los derechos de los menores en vía de proceso constitucional de amparo, pese a que cuestionan precisamente los agravios de RENIEC al momento de la inscripción. Actuar de dicha forma resultaría no sólo paradójico para la representación de los menores, sino contraria a la Opinión Consultiva OC-8/87 que reconoce al amparo como un proceso constitucional asequible, sencillo y amplio para la tutela de los derechos fundamentales.

8. Por otro lado, no pasa por alto para este Despacho Judicial que la fundabilidad de esta excepción no tendría por efecto que el presente proceso constitucional culmine sino que produciría –siguiendo el inciso 2) del artículo 425° del Código Procesal Civil– que el proceso se dilate hasta que las partes transiten y obtengan decisiones administrativas o judiciales que le brinden la capacidad legal suficiente de representación, con lo cual, durante dicho periodo, el Juzgado Constitucional avalaría la continuación de la presunta vulneración al derecho a la identidad e interés superior del niño, lo que no resulta admisible en nuestro sistema jurídico.

9. Además, los demandantes adultos no actúan sólo en representación de los menores sino también a título personal, con lo cual la excepción debe desestimarse.

3.1. La excepción de falta de agotamiento de la vía previa.-

1. La demandada sostiene que contra las Resoluciones Registrales N° 299- 2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC y N° 300-2016-ORSBORJ- JR10LIM-GOR/RENIEC los demandantes no interpusieron

recursos administrativos y por lo tanto no agotaron la vía previa que debían transitar, antes de acudir al amparo.

2. Por su parte, los demandantes sostienen que no resulta exigible el agotamiento de las vías previas cuando existe la necesidad de una tutela urgente para la protección del derecho a la identidad de los menores así como la observancia del principio de interés superior del niño. Asimismo, señala que en el presente caso la vía previa es inexistente pues el Perú no tiene legislación que regule las Técnicas de Reproducción Asistida y por tanto carece también de un procedimiento tuitivo que permita a nivel administrativo resolver esta controversia.

3. La controversia ante la vulneración de derechos fundamentales no necesariamente y únicamente se restablece acudiendo al proceso constitucional sino, de manera común y constante, a través de los procesos ordinarios, del procedimiento administrativo y del procedimiento corporativo particular. En virtud de la existencia de tutela, por regla, el proceso constitucional solo puede habilitarse cuando se han agotado los recursos administrativos o internos del procedimiento administrativo (artículo 45 del Código Procesal Constitucional).

4. Empero, tales reglas tienen excepciones previstas en la ley y desarrolladas por la jurisprudencia. Dejando de lado las excepciones para no acudir a la vía específicamente e igualmente satisfactoria, pues no es objeto de excepción procesal por parte del demandado, corresponde señalar que la exigencia al agotamiento de la vía administrativa se impone como regla en razón de que debe otorgarse a la Administración Pública la oportunidad de remediar los errores en los que pudo haber incurrido.

5. Cuatro son las causales que prevé el Código Procesal Constitucional para no obligar al actor a transitar la vía administrativa. Así, si el acto lesivo es ejecutado por la Administración Pública en virtud de una resolución que no es la última en vía administrativa y sin que esté ésta consentida, se habilita la interposición del proceso de amparo (artículo 46, inciso 1 del Código Procesal Constitucional). También se habilita el amparo cuando el procedimiento administrativo no es resuelto en el plazo que dispone la administración pública (artículo 46, inciso 4 del Código Procesal Constitucional). Asimismo, es motivo para admitir y pronunciarse sobre la controversia constitucional cuando la administración pública no regule la situación fáctica en controversia dentro de un procedimiento administrativo, es decir, si los hechos relevantes de la controversia no están previstos para ser debatidos en la vía administrativa entonces el actor puede acudir directamente al proceso de amparo (artículo 46, inciso 3 del Código Procesal Constitucional). Finalmente, es motivo para acudir directamente al amparo sin agotar la vía administrativa cuando el lapso de tiempo que medie entre la decisión de la administración

y la tutela del derecho fundamental pueda convertir el agravio al derecho fundamental en irreparable (artículo 46, inciso 2 del Código Procesal Constitucional).

6. En ese orden de ideas, a juicio de este Juzgado constitucional, en este caso se presentan hasta dos motivos excepcionales para no exigir a los actores agotar la vía administrativa. El primero es el agravio irreparable que se causaría si se agota la vía administrativa, pues se atentaría contra los alegados derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, a los derechos sexuales y reproductivos así como a la identidad e interés superior del niño. En efecto, los menores y los señores Francisco David Nieves Reyes, Aurora Nancy Ballesteros Verau, Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabe Rojas Urco viven actualmente en un estado que podríamos calificar de precariedad y zozobra con una evidente irreparabilidad de sus derechos pues, por un lado, los señores Francisco David Nieves Reyes y, en especial, Aurora Nancy Ballesteros Verau, que tiene bajo su guarda a los menores, al no tener vínculo formal con éstos, no pudieron ni pueden transitar libremente con ellos, no pueden viajar y tienen que enfrentan la sensación de inquietud al salir –en especial la demandante Aurora Nancy Ballesteros Verau– quien podría enfrentar graves cargos penales al no tener en vínculo formal con los menores; lo que sin duda tuvo y tiene incidencia irreparable en sus derechos antes indicados. Por tanto, obligarlos a transitar el proceso administrativo sólo extendería el perjuicio e irreparabilidad ya sufrida en los derechos alegados.

7. Asimismo, de acuerdo con RENIEC los señores Francisco David Nieves Reyes, Aurora Nancy Ballesteros Verau estarían sujetos a la voluntad de la señora Evelyn Betzabe Rojas Urco para realizar trámites en hospitales o clínicas para los controles, vacunación e incluso, como ha pretendido la demandada, para la interposición de procesos a favor de los menores, lo que sin duda día a día se convierte en una afectación continua e irreparable a los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la vida privada y familiar y los derechos sexuales y reproductivos; por lo que obligar a los demandantes a transitar la vía administrativa tendría un alto costo en los derechos de estos demandantes.

8. Por otro lado, los demandantes Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabe Rojas Urco también se ven permanente afectados en sus derechos fundamentales; en especial, la demandante Rojas Urco, debe suspender sus actividades para asistir formalmente a los demandantes Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, en especial a esta última, cuando se requiera de la presencia de la madre de los menores, lo que sin duda afecta su derecho al libre desarrollo de la personalidad y su derecho a la vida privada y familiar; además, no debe perderse de vista que al figurar en el registro de identificación como madre de los menores pero no vivir con ellos deja expuesta a esta demandante a cargos penales, lo que pone en un peligro inminente sus derechos fundamentales.

9. A su turno, aunque en menor medida, el demandante Fausto César Lázaro Salecio vendría siendo permanentemente víctima irreparable de la vulneración a sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y derecho a la vida privada y familiar, pues en el registro de identificación civil su cónyuge Evelyn Betzabe Rojas Urco registra dos hijos fuera de ese matrimonio; en ese escenario, obligarlos a transitar la vía administrativa avalaría la continuidad irreparable en la aparente vulneración de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la vida privada y familiar.

10. Finalmente, el derecho a la identidad e interés superior del niño de los menores ya se ha visto y se verá afectada por el tiempo que tomaría a la Administración Pública decir su caso, mientras demora dicha instancia administrativa, los menores deberían seguir este escenario atípico en clara contradicción con su derecho al interés superior del niño que implica las medidas más rápidas y eficaces para la protección de sus derechos.

11. Por otro lado, en el presente caso este Juzgado no pasa por alto que la regulación es exigua o casi inexistente con respecto a las formas aparentemente válidas de reproducción asistida. En ese sentido, no existe una vía administrativa que regula la situación que es objeto de esta controversia y por tanto no puede exigirse a los administrados que culmine una vía administrativa inexistente. Por esos fundamentos, las excepciones deducidas deben ser desestimadas.

CUARTO: La factibilidad de tramitar la pretensión de la actora vía amparo: La parte actora alega amenaza y lesión de los derechos a la identidad de los menores y el principio de interés superior del niño, los cuales tienen respaldo constitucional en los artículos 2 inciso 1 y 4 (implícitamente, según el Tribunal Constitucional) de la Constitución Política, respectivamente. Además, son pasibles de ser atendidos en vía de amparo, tal como lo prevé el artículo 37, inciso 25 del Código Procesal Constitucional. Por su parte, también invoca los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, vida íntima y familiar y derechos sexuales y reproductivos, pero ya no de los menores, sino de ellos mismos (Sres. Nieves-Ballesteros y Sres. Lázaro-Rojas). De acuerdo con lo anterior, es indudable que la alegación de agravios contra el derecho al nombre de las menores, constituye una materia con relevancia constitucional que puede ser atendida en vía de amparo.

QUINTO: Análisis constitucional del caso: Según lo expuesto en la demanda, la parte actora alega que el derecho fundamental a la identidad de los menores y el principio de interés superior del niño han sido vulnerados, así como su derecho al libre desarrollo de la personalidad, la vida íntima y familiar y los derechos sexuales y reproductivos. Conforme a lo anterior, este Juzgado aprecia que las cuestiones jurídicas a ser resueltas tienen que ver con la constitucionalidad de las resoluciones impugnadas, en el sentido de que ellas habrían violado los derechos fundamentales antes señalados. Para verificar ello, se deberá dilucidar las siguientes cuestiones jurídicas:

- Si la Sra. Ballesteros debe ser considerada como madre de los menores, ordenando al RENIEC la respectiva rectificación del acta de nacimiento.
- Si el Sr. Nieves debe ser considerado como padre de los menores, procediendo al respectivo reconocimiento.

SEXTO: Los derechos fundamentales a la salud reproductiva:

De acuerdo con el artículo 7° de la Constitución Política: “Todos tienen derecho a la protección de su salud”. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas –ONU, desarrolla los alcances de este derecho al dejar establecido que el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud no solo se refiere a la ausencia de afecciones y enfermedades y el derecho a la atención médica, sino que “ese derecho abarca, además la atención de la salud sexual y reproductiva, los factores determinantes básicos de la salud sexual y reproductiva” (Observaciones Generales N° 14 del 2000 y N° 22 del 2016, fundamentos 11 y 7, respectivamente).

Y añade el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que:

“La salud sexual y la salud reproductiva son distintas, aunque están estrechamente relacionadas. La salud sexual, según la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS), es “un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación con la sexualidad”. La salud reproductiva, tal como se describe en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, se refiere a la capacidad de reproducirse y la libertad de adoptar decisiones informadas, libres y responsables. También incluye el acceso a una serie de información, bienes, establecimientos y servicios de salud reproductiva que permitan a las personas adoptar decisiones informadas, libres y responsables sobre su comportamiento reproductivo” (Observación General N° 22 del 2016, fundamento 6).

Esto significa que toda persona que tuviera problemas en su salud reproductiva tiene derecho a tomar el tratamiento médico adecuado para su padecimiento y, además, a tomar otras acciones informadas y libres vinculadas a ese ámbito de su salud.

Por eso es que el Comité concluye que *“el derecho a la salud sexual y reproductiva también es indivisible e interdependiente respecto de otros derechos humanos. Está íntimamente ligado a los derechos civiles y políticos que fundamentan la integridad física y mental de las personas y su autonomía, como los derechos a la vida; a la libertad y la seguridad de la persona...; la privacidad y el respeto por la vida familiar; y la no discriminación y la igualdad”*(Observación General N° 22 del 2016, fundamento 10). Similar tenor expresa la Corte Constitucional de Colombia al señalar que: *“... la injerencia injustificada sobre este tipo de decisiones [referidas al ejercicio de los derechos reproductivos] trae consigo la limitación en el ejercicio de otros derechos fundamentales como la*

libertad y la autodeterminación, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar y el derecho a conformar una familia” (Sentencia T-375, 2016, fundamento 5 y Sentencia T-528 de 2014, fundamento 5.1).

Por consiguiente, en este caso no solo se encuentra involucrado el derecho a la salud reproductiva, sino también sus derechos a la intimidad o vida privada, junto con los derechos de los menores y la tutela de su interés superior.

SÉTIMO: En esa misma lógica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resalta que: “La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona” de donde concluye la Corte que “... la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres...” (Caso Artavia Murillo contra Costa Rica, Sentencia del 28 de noviembre de 2012, párrafo 143)

Dentro de ese escenario, “el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho...” (Párrafo 146). Es decir, según la Corte, “el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva EL DERECHO A ACCEDER A LOS MEJORES SERVICIOS DE SALUD EN TÉCNICAS DE ASISTENCIA REPRODUCTIVA, Y, EN CONSECUENCIA, LA PROHIBICIÓN DE RESTRICCIONES DESPROPORCIONADAS E INNECESARIAS de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona” (párrafo 150, énfasis agregado)

Puesto en términos más sencillos, la normativa y jurisprudencia convencional –al que se encuentra sometido este Juzgado por imperio del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional– disponen que el derecho a la salud reproductiva, sumado a los derechos a la autodeterminación y privacidad, reconocen la potestad fundamental de las mujeres para –de manera informada– asistirse de las técnicas científicas que existan para acceder a la condición de madre. Situación a la que pueden llegar no solo con el apoyo tecnológico disponible, sino que, en algunos casos, con la cooperación adicional y necesaria de terceras personas (por ejemplo, los casos de maternidad subrogada comúnmente conocido como “**vientre de alquiler**”).

Por tanto, si al amparo del sistema convencional que vincula al Estado peruano, una persona ha acudido a las técnicas de reproducción asistida para –con el apoyo de la tecnología y de una tercera

persona– alcanzar la situación de madre, sería un contrasentido que luego de que tal técnica alcanzó un resultado favorable (dio lugar a la concepción, gestación y nacimiento de un bebé) se perturbe o desconozca la condición de madre de la mujer o de la pareja que acudió a dicho método.

En otras palabras, si la normativa del Estado peruano no proscribiera el uso de técnicas médicas para la concepción y, en su caso, para la formación de una familia, y, si más bien la normativa convencional sí reconoce tal alternativa como una manera legítima de ejercer los derechos a la salud reproductiva, autodeterminación y privacidad, entonces, no existen razones para que el Estado peruano desconozca la validez o el resultado del ejercicio del uso de métodos de reproducción asistida, es decir, no existen razones para negar la condición de madre de la señora Ballesteros y la condición de padre biológico de su esposo (quién aportó los espermatozoides).

Más aún si se tiene en cuenta que la “madre” gestante (la madre genética es una donante de óvulos secreta), está de acuerdo en que la señora Ballesteros ejerza la condición de madre. **De modo que no existen razones para que el Estado, actuando a través de este Juzgado constitucional, niegue la protección que el ordenamiento convencional reconoce, tanto más, si no existe legislación que prohíba expresamente la técnica de reproducción utilizada por los actores.**

OCTAVO: La regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida en el ordenamiento jurídico peruano:

Sin perjuicio de lo anterior, este Juzgado considera importante tener en cuenta una cuestión adicional. Y es que la defensa del Estado ha deslizado la idea de que la llamada “maternidad subrogada” estaría prohibida en el Perú, a partir de la norma contenida en el artículo 7 de la Ley General de Salud, que señala lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la *condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona*. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos” (énfasis agregado).

El texto citado puede tener una lectura que limita el ejercicio del derecho de acudir a Técnicas de Reproducción Asistida (TERAs) solo para los casos en donde sirva para una procreación en donde el elemento genético de la madre coincida con su condición de gestante. Ciertamente, ese es el supuesto que recoge el artículo 7 de la Ley General de Salud.

Lo anterior no significa, sin embargo, que los otros supuestos no previstos en la norma estén prosritos. Es decir, no puede realizarse una interpretación a contrario sensu del texto citado para concluir que proscribiera el uso de TERAs para otras situaciones. Lo único que puede afirmarse es que EL ARTÍCULO

7 DE LA LEY GENERAL DE SALUD NO REGULA MÁS SUPUESTOS QUE LA MADRE GESTANTE COMPARTA CARGA GENÉTICA CON SU BEBÉ.

NOVENO: En efecto, de un lado podría decirse que el supuesto de hecho previsto en el artículo 7 de la Ley General de Salud que habilita el uso de TERAs, tácitamente quiso proscribir los otros supuestos que no menciona o, de otro lado, también podría afirmarse que la omisión de aquella norma significa que simplemente no quiso regular otros supuestos. Tal situación, el hecho que una interpretación *a contrario sensu* de la norma citada nos lleve a dos respuestas posibles, hace inviable usar esa técnica interpretativa[1].

Además del uso de esa técnica para la interpretación de textos, existen motivos constitucionales que imponen descartar la opción de que el artículo 7 de la Ley General de Salud tácitamente proscriba los otros supuestos que no menciona.

Y eso porque este Juzgado considera inconstitucional o contrario a la presunción de libertad, “presumir” limitaciones de derecho, en este caso del derecho a la salud reproductiva. Siendo que el artículo 7 de la Ley General de Salud y ninguna otra norma del ordenamiento jurídico nacional impone limitaciones o prohibiciones expresas para los otros supuestos en donde puede ser aplicable las TERAs, este Juzgado no puede sino reconocer que en tales casos es legítimo aplicar esas técnicas.

El mismo razonamiento puede aplicarse para el caso que es materia de este proceso, pues para la situación objeto de este amparo no existe ninguna norma con rango de ley que establezca una prohibición, de modo que en aplicación del artículo 2, inciso 24, literal a) de la Constitución Política, la TERAs realizada descansa en un pacto legítimo, pues “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. Al respecto, debe recordarse que, **“el Tribunal Constitucional ha establecido que el principio de legalidad exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones”** (Expediente N° 3954-2006-PA/TC, fundamento 34).

Entretanto que no exista una clara y expresa prohibición de celebrar contratos acuerdos de maternidad subrogada o de aplicar TERAs a supuestos distintos a los previstos en el artículo 7 de la Ley General de la Salud, se entiende que se trata del ejercicio legítimo de los derechos a la salud reproductiva y otros vinculados.

Esta interpretación, además, encuentra respaldo en el criterio de la Corte Suprema de Justicia (Casación N° 563-2011-Lima) en donde una sociedad conyugal discutía la adopción de una menor de edad, concebida con la carga genética del esposo demandante, donde la esposa no aportó carga

genética, ni gestó al menor. Una situación similar a la actual. En ese caso, la Corte Suprema no puso en duda la validez del acuerdo de maternidad subrogada, sino que además exigió su cumplimiento. Por tanto, para este Juzgado no quedan dudas que al tratarse de un supuesto no regulado, ni menos prohibido, en el sistema jurídico peruano, es perfectamente válido.

DÉCIMO: El derecho a fundar una familia como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad: Hasta ahora ha quedado claro que el uso de técnicas de reproducción asistida no es un mecanismo prohibido por ley de reproducción, lo que significaría que se trata de un método permitido por el orden constitucional y que, por tanto, los contratos celebrados al amparo del mismo (contrato de útero subrogado, por ejemplo) también son válidos. Más aún si ese mecanismo ha sido reconocido por el ordenamiento convencional como parte del derecho a la salud reproductiva.

Con ese escenario aclarado, este Juzgado puede evaluar que el recurso a las TERAs también constituye un mecanismo que coadyuve al ejercicio del derecho a la formación de una familia, es decir, si bien las TERAs no están prohibidas, **su empleo solo es posible** cuando tuvieran como destino la formación de una familia, pues lo contrario sería abrir una peligrosa puerta a la reproducción de seres humanos para múltiples propósitos, lo que implicaría hacer del hombre un instrumento al servicio de fines ajenos a su propia humanidad, asunto proscrito por el artículo 1 de la Constitución Política que consagra a la dignidad humana como fin supremo de la sociedad y el Estado.

DÉCIMO PRIMERO: Ahora bien, con respecto al **derecho a la familia y/o protección familiar** vida familiar, se debe recordar que constituye una garantía iusfundamental prevista tanto en la Constitución Política del Perú como en diversos Pactos Internacionales suscritos por el Perú. En el ámbito interno, el derecho a la familia, en tanto instituto natural, está inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales y como consecuencia de ello es que han generado las llamadas “*familias ensambladas*” que tienen estructuras distintas a la tradicional que, sin embargo, también merecen protección y reconocimiento (STC 09332-2006-AA, fundamento 8). Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que “*la familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa o de procreación únicamente*” (STC 6572-2006-AA, fundamento 10). Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que “El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos” (Observación General N° 19, de 1990).

En ese sentido, parece claro que las partes, en especial los demandantes Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau efectivamente tienen el derecho a fundar una familia, acudiendo a los métodos científicos y legales que permite el ordenamiento jurídico peruano, por lo que el RENIEC no puede cuestionar u obstruir la manera en que se constituye y estructura esta familia,

debiendo, por el contrario, facilitar los medios para que esa familia sea precisamente instituida como tal, junto con sus hijos.

Lo anterior no es sino un ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad previsto en el artículo 2, inciso 1 de nuestro texto Constitucional. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado de forma contundente que:

“El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres. Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente a cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales. Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra” (STC 2868-2004-AA, fundamento 14)

A su turno, los derechos sexuales y productivos, resultan también manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la vida privada, por ende, la postura del RENIEC, de no inscribir a los menores de iniciales L.N.N.R y C.D.N.R., tiene como resultado atentar contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los demandantes (en especial, contra su derecho a fundar una familia que es una manifestación del primero) frustrando así el desarrollo de un proyecto de vida familiar como consecuencia de su elección reproductiva.

DÉCIMO SEGUNDO: El interés superior de los menores:

Además de lo antes indicado, se debe tener en cuenta que la Sra. Ballesteros desde un inicio tuvo voluntad pro-creacional 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.

También se aprecia en autos, que actualmente la Sra. Ballesteros tiene a los menores bajo su guarda y que, de hecho, ejerce los cuidados y atributos propios de una auténtica madre (lo que no ocurre con la Sra. Rojas), le otorga una mejor posición para ser considerada como madre de los menores. 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. Al respecto, el autor Alex Plácido señala que el interés superior del niño:

“... es el conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del niño y que, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción para la debida protección de sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, de prevalencia de lo espiritual sobre lo material (una vez asegurados ciertos mínimos) y de lo futuro sobre lo inmediato (sin descuidar un mínimo de equilibrio afectivo), atendiendo en lo posible a sus gustos, sentimientos y preferencias, etc., que también influyen en los medios elegibles”[2]

De acuerdo con lo anterior, en este caso no existe conflicto o dudas sobre la posición que ocupan la Sra. Ballesteros y su esposo frente a los menores, por lo que lo mejor para ellos es que su situación familiar no se vea alterada, criterio que, por lo demás, es el acorde con el sistema convencional de derechos humanos al que nos referimos antes.

En ese orden, corresponde un inmediato mandato para que se tutele el derecho a la **identidad** de los menores, derecho previsto en el inciso 1 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú. Sobre esta disposición de derecho fundamental, el Tribunal Constitucional ha sostenido en forma reiterada que este derecho “(...) ocupa un lugar esencial entre los atributos esenciales de la persona. Como tal representa el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es, encontrándose constituido por diversos elementos tanto de carácter objetivo como también de carácter subjetivo. Entre los primeros cabe mencionar los nombres, los seudónimos, los registros, la herencia genética, las características corporales, etc., mientras que entre los segundos se encuentran la ideología, la identidad cultural, los valores, la reputación, etc.” (STC 2223- 2005-HC, STC 05829-2009-AA/TC y STC 4509-2011-AA).

Ahora bien, con relación al nombre indica el Tribunal que este cumple una función elemental pues a través del mismo “(...) la persona no solo puede conocer su origen, sino saber quién o quiénes son sus progenitores, así como conservar sus apellidos. El nombre adquiere así una trascendencia vital en tanto, una vez establecido, la persona puede quedar plenamente individualizada en el universo de sus relaciones jurídicas y, desde luego, tener los derechos y las obligaciones que de acuerdo a su edad o condición le va señalando el ordenamiento jurídico” (STC 4509-2011-AA), en el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que “El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia” (Sentencia del caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, nota 204, párrafo 184).

Por tanto, junto con el derecho a la salud reproductiva, libre desarrollo de la personalidad y a fundar una familia de los padres Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau,

corresponde también que se otorgue tutela al derecho al nombre de sus hijos de iniciales L. N.R. y C. D. N. R., debiendo el RENIEC reponer las cosas al estado anterior a los agravios generados en su contra, anulando las partidas que emitió y emitiendo nuevas partidas de nacimiento donde conste como sus apellidos paternos y maternos los de los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros, así como que ellos son sus padres.

DÉCIMO TERCERO: La parte demandada debe pagar costos.

DECISIÓN:

Por las razones expuestas y al amparo del artículo 200º inciso 2º de nuestra Constitución y 1º del Código Procesal Constitucional, administrando justicia a nombre de la Nación, el Juez del Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, **DECIDE: DECLARAR FUNDADA** la demanda de amparo, interpuesta por la sociedad conyugal conformada por Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau; la sociedad conyugal conformada por Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco y por los menores de iniciales L. N. N.R. y C. D. N. R., en consecuencia:

1. SE DECLARA NULAS las resoluciones registrales: 299-2016-ORSBORJ- JR10LIM-GOR/RENIEC y 300-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR-RENIENC, asimismo, SE ANULAN las actas de nacimiento 30022117908 y 3002217885.

2. SE ORDENA a RENIEC que emita nuevas partidas de nacimiento de los menores de iniciales L. N. N.R. y C. D. N. R, donde conste como sus apellidos (paterno y materno), los de los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, así como registrar que ellos son sus padres, debiendo adicionar los demás que exige la ley, permitiéndoles también suscribir las nuevas actas de nacimiento.

3. Mandato que debe ser cumplido en el plazo de 02 días, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas que correspondan, de conformidad con los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.

4. Con costos.

5.- Notifíquese

Recogido de la tesis de : Ayque Salas , G. R. (2020). *La Maternidad Subrogada Como Garantía Del Derecho A Formar Familia De Las Mujeres Infértiles En El Perú* (Optar El Título Profesional De Abogado). Universidad Nacional De San Antonio Abad Del Cusco.

4.3.4. Caso de maternidad Subrogada - esposos Tovar Madueño

Uno de los casos que ha tenido mayor cobertura por la prensa peruana, ha sido el de los esposos chilenos Jorge Arnaldo Tovar Pérez y Rosario de los Ángeles Madueño Atalaya, entre los antecedentes tenemos que luego de haber pasado por un proceso de maternidad subrogada, decidieron retornar a su país, pero fueron detenidos en el aeropuerto Jorge Chávez el 25 de agosto de 2018, por la presunta comisión del delito de trata de personas. Lo resaltante para la presente investigación, es el proceso de maternidad subrogada al cual recurrieron los esposos chilenos Tovar y Madueño.

Fueron acusado por el delito de trata de personas en la modalidad de venta de niños, y luego de dictarse la prisión preventiva, la misma que apelada, la primera Sala de Apelaciones del Callao revocó la detención preventiva y se desestimó la acusación, ordenando la inmediata excarcelación de los investigados, tras comprobarse la paternidad de Jorge Tovar y que los gemelos se gestaron en Perú mediante maternidad subrogada

Tras una prueba de ADN se conoció que los bebés eran hijos del señor Tovar; los embriones correspondían al señor Jorge Tovar y la señora Rosario Madueño, por tanto, la peruana que llevo la gestación no tiene ningún vínculo parental con los dos bebés nacidos.

4.3.4.1. Entrevista a Abogado Fernando Silva, defensa del Médico Cirujano Luis Noriega Hoces Director de la Clínica Concebir, (Congreso de la República del Perú, 2018)

A la pregunta sobre la investigación que se sigue contra su defendido (Médico Cirujano Luis Noriega Hoces) sobre la comisión del delito de tráfico de niños, refiere: Que, la

Antonio Abad Del Cusco.

Fiscalía ha generado un procedimiento penal en el que investiga a tres personas, a dos ciudadanos chilenos y al Médico Luis Noriega Hoces como un grupo de personas que se dedica a tráfico de personas; cuando en realidad al día de hoy no es así pero nos sometemos al proceso; sin embargo es claro que trata de personas no existe en el caso, porque la trata de personas es un delito que está tipificado, pensado y sancionado hacia aquella persona que se dedica a una sujeción de personas con un fin, como es la explotación laboral, explotación sexual, hasta explotación para obtener órganos de las personas.

A la pregunta, ¿Hubo un apresuramiento por parte del Fiscal y Juez al ordenar su detención cuando ni se había hecho la prueba de ADN? Refiere: No hubo ningún apresuramiento, la fiscalía tuvo un caso porque la gente de migraciones hizo lo correcto; lo que hubo fue una ilegalidad, una arbitrariedad, un prevaricato porque la Fiscalía tenía 7 días para pedir el examen de ADN o por lo menos aceptar el que fue ofrecido de la defensa, sin embargo, no lo hizo y finalmente se dictó 12 meses de prisión preventiva.

A la pregunta, ¿Si había antecedentes y jurisprudencia y porque no lo conocían los Magistrados? Refiere:

Que en algunos Magistrados hay una carga subjetiva de orden religioso, moral, el que quizá no es correcto, no es válido o está mal; carga subjetiva que no pueden ellos tener al momento de impartir justicia.

A la pregunta ¿La fiscal cuestiono a la Enfermera por llevar la gestación subrogada?, refiero, que eso fue así, la misma que continuará con el caso e insistir, puesto que señala que al existir un pago se configura el delito de trata de personas. Lo que ocurrió en el caso es algo natural y que no está prohibido por nuestro país, por ello es diferente la

colaboración con los gastos que implica la gestación subrogada, medicina, tratamiento, mantenimiento de gestación, esto es lo que la fiscal interpreta como un pago.

A la pregunta ¿En nuestro país hace cuanto tiempo que se realiza este tratamiento de reproducción asistida?

Refiere que el Dr. Luis Noriega Hoces brinda tratamiento de este tipo hace 30 años.

A la pregunta ¿Alguna vez se presentó algún problema de éste tipo o detención?

Refiere que: No se presentó un problema penal; ha habido situaciones civiles que han sido resueltas.

4.3.4.2. Entrevista a Abogado Luis Felipe Cortes, defensa de la familia Tovar Madueño, (Glave, 2018)

Después de una serie de decisiones fiscales y judiciales, se deja de lado la tesis de la fiscalía (traficar niños para venderlos en Chile), lo que corresponde fue pedir la cesación de la prisión preventiva al Juez que la otorgo.

¿A la pregunta de si hubo documentos falsos en el Aeropuerto? Refiere que no, los niños tenían sus DNIs porque nacieron aquí, el certificado de la clínica Concebir fue presentado a RENIEC, todos los pasos y protocolos diseñados por la clínica y por el área legal de la clínica fueron seguidos por señores Tovar Madueño; lo que pasa es que es difícil explicarles cómo van a ser estos los nombres de los niños si la mamá no es la que dio a luz, es la lectura más fácil, pero no es así, hay jurisprudencias hay casaciones de la Corte Suprema que la Jueza no tomo en cuenta, y luego el poder judicial tardamente la saco en un twitter, que dicen que la ovodonación no está prohibida, luego lo que no está regulado como prohibido en Perú está permitido, yo puedo hacer todo lo que no me prohíba la ley y en esa línea se puede perfectamente hacer lo que se hizo; y la

RENIEC tiene también unas disposiciones por un Amparo que existe de que en caso de ovodonación de padres que han participado en estos procesos, tiene que poner el nombre de los padres que se presentan como los papás de los niños.

4.3.4.3. Entrevista a Abogada Chary Rodríguez Cadilla, especialista legal en reproducción asistida (Congreso de la República del Perú, 2018)

A la pregunta de ¿en qué consiste la maternidad subrogada?, hay caso en los que una mujer no puede llevar su propio embarazo por falta de útero, lo pierde, o alguna condición que le impide llevar el embarazo, es que surge este procedimiento, como último vehículo para poder lograr la maternidad.

El procedimiento puede varias, en caso en que una mujer no tiene útero, pero puede tener ovarios y por tanto sus óvulos que se insemina con los espermatozoides resultando un embrión genéticamente de la pareja; Cuando la reserva ovárica no es tan buena y la calidad de óvulos disminuye, entonces se recurre a los bancos de óvulos donados. En el caso Tovar Madueño lo que se presentó es que, hubo óvulos de donante anónima inseminados con los espermatozoides del señor Tovar.

En relación a quienes se les considera padres, refiere que hoy en día, la maternidad y paternidad se basa en la **voluntad procreacional**, es decir no es madre necesariamente la que da los óvulos o necesariamente la que lleva el embarazo, sino aquella que tenga el deseo y la voluntad basada en el principio de autonomía y principio de afectividad.

En relación al tiempo en que se bien desarrollando en nuestro país, se precisa la TRA que se viene realizando desde 1978 cuando nació Luis Brown en el Reino Unido; en el Perú se utiliza desde la década del ochenta, con trabajos como la del Médico Luis

Noriega Hoces, el Ginecólogo Ladislao Prezak y el Biólogo Guillermo Llerena trajeron al mundo a Victoria en el año de 1989, niña que llegó al mundo con ayuda de las técnicas de reproducción asistida.

En relación a la pregunta ¿Existe un vacío legal al respecto?, refiere que, se advierte un desfase ante esta situación, el hecho es que hoy en día estas técnicas son una realidad y el Derecho no puede dejar de ver éste tema; un vacío legal podría generar algunos problemas.

Por su parte, la enfermera que ayudo en la gestación de los mellizos de los esposos Tovar Madueño refirió, Que los padres son ellos y que ella fue una colaboradora, que la situación que atravesaron los esposos y los bebés es dolorosa, refiere que los mellizos nacieron el 28 de julio mediante cesaria,

Se ha mencionado que todo se realizó dentro de los parámetros legales y conforme a la ley General de Salud (artículo 7) “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”.

4.3.5. Entrevistas a especialistas, publicadas en sitio web

4.3.5.1. Entrevista a Dr. Renzo Saavedra (Profesor de Derecho Civil y Derecho y Economía en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Pacifico)

Son tres temas que los que merecen atención desde un aspecto jurídico; el primero es la autonomía privada, entendida como poder legal brindado para poder buscar la satisfacción de sus propios intereses mediante la celebración de actos, negocios jurídicos y eventualmente contratos, este poder de hacer lo que se desee siempre y cuando no se altere el orden público y las buenas costumbres; entonces la normativa debería permitirnos buscar la satisfacción de nuestros propio interés, es por ello que corresponde analizar si la maternidad subrogada atenta o contravienen el orden público o las buenas costumbres, al respecto considera que no existe tal afectación, porque el orden público y las buenas costumbres debe ser entendido no solamente a nivel de contexto social, sino justamente enmarcándonos en la línea de derechos que el sistema jurídico nos ha reconocido, como se sabe, la constitución peruana cuenta con los artículos 3 y las disposiciones finales y transitorias que establece que los derechos dejen ser interpretados a la luz de los tratados internacionales y de los pronunciamientos de organismos internacionales de los cuales nuestro Estado sea parte integrante.

El segundo tema está referido a lo que vienen diciendo los organismos internacionales en cuanto a la interpretación de los derechos, justamente dentro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha establecido una línea interpretativa a partir del caso Artavia Murillo versus Costa Rica, en la cual se ha permitido utilizar las técnicas de reproducción asistida como mecanismo mediante el cual se pueda tener

familia, orientando a que los Estados provean alternativas de solución. El tercer tema es el referido a la filiación, ello dependerá del caso de maternidad subrogada al que se ha de recurrir, puesto que el servicio que brinda la madre gestante varía. Si hay aporte de óvulos y espermatozoides de la pareja que recurre a la madre gestante o si existe ovodonación, o si la madre gestante es la que dona el ovulo; este último supuesto es el que debe ser previsto, puesto como sucede en Canadá se otorga ciertos derechos, sea para retractarse de acuerdo o para no tener que desvincularse de desarrollo posterior del niño.

Se advierte de lo expuesto por el Dr. Renzo, que los temas a considerarse son la autonomía privada, la línea interpretativa que nos brinda la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el tema de la filiación que obedece al tipo de maternidad subrogada al cual se desea recurrir

4.3.5.2. Entrevista brindada por Dr. Enrique Varsi Raspigliosi (Abogado especialista en Derecho Civil)

A la pregunta, ¿cómo definiría usted maternidad subrogada?, Refiere que la denominación es variada, así, maternidad sustituta, maternidad subrogada y vientre de alquiler, y tiene tipología que la tecnología se ha encargado de establecer, como serían el caso de la embriodonación y la ovodonación; lo que se encuentra es que hay una sustitución en el acto de la gestación es decir termina siendo madre aquella que no necesariamente es la madre genética, es decir que termina pariendo una mujer quien no cedió el ovulo. Este tema hay que abordarlos de acuerdo a su tipología.

A la pregunta de si la maternidad subrogada debería ser materia de regulación legislativa, Responde, que debería tener una regulación en el aspecto filiativo, es decir

¿Cuál es el vínculo parental de aquella persona nacida como consecuencia de las técnicas de reproducción asistida?, ello porque se llega a restringir o limitar ¿este acto de libre disposición resulta imposible porque siempre se va a dar; refiere que la forma más efectiva es aclarar cuál es vínculo filiatorio de quien nace de la aplicación de estas técnicas de reproducción asistida.

A la pregunta, ¿teniendo en cuenta que lo señalado en el artículo 7 de la Ley General de Salud, en su opinión se encuentra prohibida la práctica de la maternidad subrogada?, de no ser así, ¿la considera como una prohibición?, refiere que, no la considera como prohibición, porque la ley establece que se puede recurrir a las técnicas de reproducción asistida en caso de infertilidad y que segundo dice que en estas situaciones la madre biológica debe coincidir con la madre genética; en todo caso es un presupuesto limitativo pero no prohibitiva, y atendiendo al principio de legalidad, entonces para el no hay una prohibición y si una limitación pero que finalmente no trae ningún tipo de sanción.

A la pregunta, ¿Qué consideraciones se deberían tener en cuenta para el cambio de legislación? Responde, que no tiene claro si finalmente sea necesario dar una ley, y que tan productivo sea, que la utilidad de la misma debe responder de la casuística, que infertilidad en el Perú no es alta, por lo que las técnicas de reproducción se dan con mayor presencia para extranjero. Que no es partidario de la dación de una ley, lo que sí, es establecer dentro del código civil un sub capítulo en la parte de la sección paterno filial, de la filiación como consecuencia de la procreación médicamente asistida.

A la pregunta, ¿De prohibirse la maternidad subrogada se vulneraría el derecho natural a ser padres y con ello se afectaría a la institución familiar?, refiere que, las técnicas de reproducción asistida , al facilitar el proyecto de vida de una pareja infértil, pero al

mismo tiempo viene transformando a la familia y se deja de lado a la adopción y dar paso a esta técnica, es del parecer, que más allá de tender a reconocer el derecho a ser padre, que es un derecho natural de la persona, que no requiere estar normado; el hecho de que se limite si sería una limitación a la facultad innata de trascender en la descendencia; el caso de la limitación o prohibición no tendría sentido.

A la pregunta ¿Cuáles cree usted que son las causas que conllevan a la utilización del procedimiento de maternidad subrogada? Refiere que, atendiendo a nuestro medio, considera que principalmente es por una cuestión de fertilidad, cuando la mujer tiene un problema en el útero que le impide gestar, sin dejar de prestar atención al tema económico, aunque mínima, pero hay casos en que mujeres presta su vientre a cambio de una suma de dinero.

A la pregunta, ¿Qué opinión le merece la regla mater semper certa est?, refiere que, la madre siempre es cierta a pesar que la sociedad diga que no es; esta regla que era pétrea y sólida en el Derecho Comparado, es ahora lo menos incierto que hay, lo único cierto que hoy día hay, es la maternidad a través de la prueba de ADN, hoy día uno puede tener una madre genética, una madre biológica y una madre social; entonces esta regla ha quedado desfasada por la utilización de estas técnicas asistidas.

A la pregunta ¿usted considera que el optar por la maternidad subrogada se persigue un fin egoísta y lucrativa?, refiere que pueden haber casos en los que una mujer por ganarse un dinero preste su actividad biológica para que otra mujer pueda ser madre, pero también hay casos en los que no existe una contraprestación económica y el pago sería por los gastos o incomodidades que se generan, atendiendo a la variedad hay casos que si tiene un contenido lucrativo y también hay casos donde está presente el aspecto solidario, altruista, desprendido de la persona para que otro tenga descendencia.

RENIEC tiene también unas disposiciones por un Amparo que existe de que en caso de ovodonación de padres que han participado en estos procesos, tiene que poner el nombre de los padres que se presentan como los papás de los niños.

4.3.4.3. Entrevista a Abogada Chary Rodríguez Cadilla, especialista legal en reproducción asistida (Congreso de la República del Perú, 2018)

A la pregunta de ¿en qué consiste la maternidad subrogada?, hay caso en los que una mujer no puede llevar su propio embarazo por falta de útero, lo pierde, o alguna condición que le impide llevar el embarazo, es que surge este procedimiento, como último vehículo para poder lograr la maternidad.

El procedimiento puede varias, en caso en que una mujer no tiene útero, pero puede tener ovarios y por tanto sus óvulos que se insemina con los espermatozoides resultando un embrión genéticamente de la pareja; Cuando la reserva ovárica no es tan buena y la calidad de óvulos disminuye, entonces se recurre a los bancos de óvulos donados. En el caso Tovar Madueño lo que se presentó es que, hubo óvulos de donante anónima inseminados con los espermatozoides del señor Tovar.

En relación a quienes se les considera padres, refiere que hoy en día, la maternidad y paternidad se basa en la **voluntad procreacional**, es decir no es madre necesariamente la que da los óvulos o necesariamente la que lleva el embarazo, sino aquella que tenga el deseo y la voluntad basada en el principio de autonomía y principio de afectividad.

En relación al tiempo en que se bien desarrollando en nuestro país, se precisa la TRA que se viene realizando desde 1978 cuando nació Luis Brown en el Reino Unido; en el Perú se utiliza desde la década del ochenta, con trabajos como la del Médico Luis

Noriega Hoces, el Ginecólogo Ladislao Prezak y el Biólogo Guillermo Llerena trajeron al mundo a Victoria en el año de 1989, niña que llegó al mundo con ayuda de las técnicas de reproducción asistida.

En relación a la pregunta ¿Existe un vacío legal al respecto?, refiere que, se advierte un desfase ante esta situación, el hecho es que hoy en día estas técnicas son una realidad y el Derecho no puede dejar de ver éste tema; un vacío legal podría generar algunos problemas.

Por su parte, la enfermera que ayudo en la gestación de los mellizos de los esposos Tovar Madueño refirió, Que los padres son ellos y que ella fue una colaboradora, que la situación que atravesaron los esposos y los bebés es dolorosa, refiere que los mellizos nacieron el 28 de julio mediante cesaria,

*Se ha mencionado que todo se realizó dentro de los parámetros legales y conforme a la ley General de Salud (artículo 7) “*Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos*”.*

tecnología que otros países aún no tiene, la tecnología que se ofrece es la misma que se tiene en Europa y Estados Unidos.

A la pregunta ¿La mujer que no podía tener hijos sufría demasiado y ahora puede ser madre sin tener pareja?, refiere:

El tema de sufrimiento es el que corresponde a cada persona; lo que corresponde a una sociedad como la nuestra es tener un nivel cultura que involucre respeto, bajo ese concepto y ese sentido, los laboratorios de reproducción asumen un compromiso con la sociedad que brinda procedimientos que se mantienen dentro de la ética. El derecho de la mujer es libre e independiente para poder expresar su maternidad, y ello no es novedoso, simplemente es el respeto a la mujer a ser madre; hoy en día se brindan alternativa.

A la pregunta ¿Cuál es la edad promedio para realizar un tratamiento?, refiere: Todas las mujeres pueden ser madres, el problema o los frenos se encuentra en ellas mismas, es un tema de actitud personal frente a situaciones como una mujer que nace sin ovarios pues tiene opciones de optar por un ovulo donado, si se tiene los 40 o 45 años o menos de 5° también puede optar por un ovulo donado, si la pareja no tiene espermias por cualquier problema pues existen los bancos de espermias, si una mujer nace sin útero pero se pudo casar tiene la opción de tener un embrión y recurrir a otra persona bajo el tema de útero subrogado puede llevar su embarazo, finalmente si la naturaleza no lo permite se puede optar por la adopción; el concepto de maternidad o paternidad depende de uno mismo. En relación a que los hijos lleven la carga genética, refiere que el amor no se transmite por un gen, la maternidad y paternidad es querer serlo.

A la pregunta ¿Qué función cumple el hombre en esta parte de lograr el bebe?, refiere: El embarazo es un tema de dos, la calidad de vida es importante, su vida sexual se ve alterada y en la calidad espermática, se trata de inculcar que el hombre es un factor importante y que la calidad de vida influye, sobre cierta edad (40 a 45 años) comienza con disfunción sexual. En el caso de la mujer la edad es un factor condicionante determinante que a partir de 35 años la actividad ovular disminuye en sus condiciones, sin embargo, la parte medica puede ayudar en determinar el tipo de óvulos.

A la pregunta ¿Qué sucede cuando una pareja inicia este tratamiento y no lo logra en la primera oportunidad? ¿Recomienda que sigan con el tratamiento?, refiere: El tema se resuelve en la confianza con el Médico, puesto que se busca la mejor alternativa si considera que hay opciones de lograr el objetivo, lo importante es transparentar la información que se necesita; el factor psicológico debe orientarse en la armonía.

A la pregunta ¿Los donantes de óvulos y espermias pasan por un filtro o control de calidad? Refiere: Si se selecciona, se evalúa a los donantes que sea una persona que no fume, no tome bebidas alcohólicas, que no consuma drogas, que no tenga enfermedades, que genéticamente sea normal.

OFICIOS DEL PROYECTO DE LEY N° 1722/2012-CR LEY QUE REGULA LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

“LAS INCIDENCIAS DEL ARTICULO 7° DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN LA PRACTICA DEL VIENTRE SUBROGADO”
 “LAS INCIDENCIAS DEL ARTICULO 7° DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN LA PRACTICA DEL VIENTRE SUBROGADO”



“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
 “Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria”

Lima, 29 ENE. 2013

OFICIO Nº 297-2013-MIMP/SG



Señora
KARLA SCHAEFER CUCULIZA
 Presidenta de la Comisión de Salud y Población
 Congreso de la República
 Edif. Víctor Raúl Haya de la Torre – 2º piso
 Lima-

Asunto : Opinión institucional sobre el Proyecto de Ley 1722/2012-CR, que propone la Ley que regula la reproducción humana asistida

Referencia : Oficio Nº 861-2012-2013/CSP-CR
 Expediente 2012-031-5099783

Tengo el agrado de dirigirme a usted, para saludarla cordialmente y por especial encargo de la señora Ana Jara Velásquez, Ministra de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, comunicarle he recibido su Oficio Nº 861-2012-2013/CSP-CR, mediante el cual solicita opinión institucional sobre el Proyecto de Ley 1722/2012-CR, que propone la Ley que regula la reproducción humana asistida.

Al respecto, tengo a bien remitir a usted el informe Nº 002-2013-MIMP-DGFC-DIFF-MCLOT, elaborado por la Dirección General de la Familia y la Comunidad, dando respuesta al documento antes mencionado.

Hago propicia la oportunidad para expresarle el testimonio de mi especial consideración y estima personal.

Atentamente,

Elvira Estrella Cabilas Borden
ELVIRA ESTRELLA CABILAS BORDEN
 Secretaria General
 Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables

COMISIÓN DE SALUD Y POBLACIÓN	
Fecha: 01/02/13	Nº Protocolo: _____
Para: <i>Carla Schaefer</i> Coord. Cgr	Atención: _____
Urgente: <input type="checkbox"/>	Aten. Pres: _____
	Ayuda memoria: _____
	Conocimiento y firma: _____
	Archivos: _____
	Otros: _____

R. T. Rojas
Alady: carolavieira@supero

“LAS INCIDENCIAS DEL ARTICULO 7° DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN LA PRACTICA DEL VIENTRE SUBROGADO”
 “LAS INCIDENCIAS DEL ARTICULO 7° DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN LA PRACTICA DEL VIENTRE SUBROGADO”

PERU Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables Viceministerio de Poblaciones Vulnerables

MIMP DIRECCIÓN DE FORTALECIMIENTO DE LAS FAMILIAS

INFORME N° 02-2013-MIMP-DGFC-DIFF-MCLOT 11 ENE. 2013

Exp. N° _____ Recibido por: _____

A : SARA MEJÍA GONZÁLES
Directora (e) de la Dirección de Fortalecimiento de las Familias.

ASUNTO : Remite opinión técnica sobre el proyecto de Ley N° 1722/2012-CR que “Regula la Reproducción Humana Asistida”.

REF. : Expediente N° 2012-031-E039783
Nota N° 003-2013-MIMP/DVMM

FECHA : Lima, 11 de enero de 2013

Me dijo a usted, para poner en su conocimiento lo siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. La Presidenta de la Comisión de Salud y Población del Congreso de la República, señora Karla M. Schaefer Cuculiza mediante Oficio N° 881-2012-2012/CSP-CR remite el 10 de diciembre de 2012 el Proyecto de Ley N° 1722/2012-CR que regula la reproducción humana asistida.
2. Con Nota N° 163-2012-MIMP/DGIGND de 28 de diciembre de 2012 la Directora General de la Dirección General de Igualdad de Género y No Discriminación remite al Despacho Viceministerial de la Mujer el Informe Técnico N° 083-2012-MIMP/DGIGND/CPPM-MIEV sobre el Proyecto de Ley 1722/2012-CR que propone la Ley que regula la reproducción humana asistida presentada por el congresista Tomas Zamudio Briceño; señalando dicho informe que el proyecto presentado y parte importante de la exposición de motivos son copia literal de la Ley 14/2008 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida de España del 27 de mayo de 2008, la cual es anexada.


Asimismo, recomienda un mayor análisis del tema de acuerdo a la realidad peruana y la experiencia latinoamericana comparada (e.g. Argentina, Costa Rica y Argentina). Asimismo, recomienda tomar en cuenta los argumentos a favor y en contra de esta norma, a fin de iniciar un debate con un grupo de expertos(es) en la materia, así como constituir un grupo de trabajo que revise el tema desde una perspectiva bioética, y contar con la opinión del Colegio Médico del Perú y el Consejo Nacional de Bioética.

3. Con Nota N° 003-2013-MIMP/DVMM de 03 de enero de 2013 la Viceministra de la Mujer remite a la Secretaría General del MIMP el Informe N° 008-2012-MIMP/DVMM/FMVA sobre el Proyecto de Ley 1722/2012-CR que propone la Ley que regula la reproducción humana, recomendando solicitar al Viceministerio de Poblaciones Vulnerables su opinión respecto al proyecto de ley, por ser de su incumbencia; así como remitir al Congreso un consolidado de los Informes emitidos por el Sector.
4. Con Hoja de Ruta N° 2012-031-E039783 se remite a la Dirección de Fortalecimiento de las Familias para para emitir opinión técnica; la que es derivada a la suscrita el 09 de enero de 2013.

ANÁLISIS

2.1 BASE LEGAL

- 1.- Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 1º.- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternamente los unos con los otros.



PERÚ | **Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables** | **Viceministerio de Poblaciones Vulnerables**

Dirección de Fortalecimiento de las Familias

Art. 2°.- Toda persona tiene todos los derechos y las libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Art. 3°.- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Art. 7°.- Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

2.- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 1°.- Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

Art. 2°.- 2.- Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se anuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Art. 3°.- Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.

Art. 4° Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.

Art. 16°b).- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicación.

3.- Convención Americana de Derechos Humanos, art. 4° 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.

4.- Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3° 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.

5.- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 13. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en otras esferas de la vida económica y social a fin de asegurar, condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos.

6.- Constitución Política del Perú, art. 1° - La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

7.- Código Civil, art. 1°.- La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza desde la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.

8.- Ley N° 28642, Ley de Fortalecimiento de la Familia, art. 1°.- Su objetivo es promover y fortalecer el desarrollo de la familia como fundamento de la sociedad y espacio fundamental para el desarrollo



Dirección de Fortalecimiento de las Familias

Integral del ser humano, basándose en el respeto de los derechos fundamentales y las relaciones equitativas entre sus miembros y velando especialmente por aquellas familias que se encuentran en situación de extrema pobreza, pobreza o riesgo social.

- 9.- Acuerdo Nacional 16ª Política de Estado.- Fortalecimiento de la familia, protección y promoción de la niñez, la adolescencia y la juventud, promoviendo una comunidad familiar respetuosa de la dignidad de los derechos de todos sus integrantes, así como el bienestar, el desarrollo integral y una vida digna para los niños, niñas, adolescentes y jóvenes, en especial de aquellos que se encuentran en situación de riesgo, pobreza y exclusión.
- 10.- Ley N° 26842, Ley General de Salud, art. 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 madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere el consentimiento previo por escrito de los padres. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la donación de seres humanos¹.
- 11.- Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2005-JUS.

2.2 ANÁLISIS DE LA NORMA PROPUESTA

✓ El Proyecto de Ley N° 1722/2012-CR objeto del presente análisis es una copia literal de la Ley Española 14/2006 de 27 de mayo de 2006, desde su artículo 1º hasta el art. 16º, dejando de lado los demás artículos que proponen un régimen de infracciones y sanciones, definiendo las conductas prohibidas y determinando las sanciones correspondientes, hecho que es omitido en el Proyecto de Ley N° 1722/2012-CR, hecho que es advertido mediante Informe N° 083-2012/MIMP/DGIGND/DPPDM-MIEV emitido por la señora María Isabel Echegaray Villanueva, abogada de la Dirección de Promoción y Protección de los Derechos de la Mujer del MIMP, por lo que no se puede efectuar un análisis técnico legal de un proyecto referido a una ley vigente actualmente en España cuya estructura socio, económica, legal y desarrollo constitucional diferente a la realidad peruana.

✓ A pesar de ello, consideramos importante mencionar que la vertiginosa carrera científica en materia procreática avasalla el Derecho de familia, sobre todo en el tema filial, siendo la tendencia actual en la determinación del nexo filial la prevalencia de la voluntad, desplazando el aspecto biogenético, tendiendo a su desbiologización. Esta corriente distingue la filiación de los nacidos por las técnicas de reproducción haciéndolo inatacable en sustento de la motivación de las partes y el interés de los hijos, a pesar de la falta de relación entre lo biológico y lo legal. Se habla de la denominada filiación civil fundamentada en la voluntad procreacional de los participantes, el deseo de ser padres, el contenido socioafectivo. La filiación biológica perdió su fuerza frente a la voluntad y el afecto. En la filiación derivada de la procreación asistida priman los conceptos sociológicos y culturales. La paternidad y maternidad corresponde aquellos que la anhelen. El régimen paterno-filial se asemeja al de la adopción, ambas se sustentan en la voluntad y no el dato biológico (en el padre, no el progenitor el dador). Se crea un tercer género, aparte de la filiación por naturaleza y la adoptiva, la llamada filiación civil cuya naturaleza es la socioafectividad y no la biológica²; hecho esta que nos conduce a interrogantes y problemas desde la perspectiva, ética, moral, social y jurídica. De allí la necesidad de un estudio y debate serio, profundo y amplio sobre la temática de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida a la luz de nuestra normativa la que debe ser un reflejo de la realidad socio-cultural y del avance científico en nuestro país.

✓ Se hace necesario abordar el tema enfatizando la tutela jurídica, la protección de la persona humana desde su concepción, proclamada en el artículo 1º de la Constitución Política del Perú,

¹ Enciclopedia de Bioética y Derecho. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Género Humano, Fundación BBV, la Diputación Foral de Bizkaia, y la Universidad de Deusto. <http://www.enciclopediadebioetica.com/0006/10/la-ley-de-reproduccion-asistida.html>



PERU Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Administración de Poblaciones Vulnerables

Dirección de Fortalecimiento de las Familias
tratando de no desnaturalizar los principios de la paternidad, del concebido, de la persona y de la familia.

- ✓ Las técnicas de reproducción humana asistida –conocidas por algunos como TERAS y por otros, simplemente como TRA “son aquellos métodos técnicos que se utilizan para suplir en la persona o en la pareja la infertilidad que pudieran padecer y así posibilitar que lleguen a tener descendencia”².
- ✓ Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TERAS) se clasifican en Inseminación Artificial (I.A.) pudiendo esta ser homóloga o heteróloga cuando el material genético (semen) pertenece al marido, (existiendo vínculo matrimonial) o cuando el semen no es del marido, o el gameto femenino no es de la cónyuge, sino de un tercero o cedente y la Fecundación Extracorporea denominada también Fecundación *in vitro*, puede ser homóloga o heteróloga (según como se lleva a cabo dentro de matrimonio o fuera de él), la cual presenta diversas variaciones como la transferencia de embriones, la transferencia intratubérica de gametos y la transferencia intratubérica de embriones³.
- ✓ Consideramos que debe tomarse en cuenta la argumentación a favor y en contra de estas técnicas de acuerdo al contenido del Informe N° 083-2012/MIMP/DGIGND/OPPDIM-MIEV para poder regular legalmente la utilización efectiva de las técnicas, si se tiene en cuenta que dentro de la legislación comparada aún no hay consenso sobre los límites de su aplicación⁴, existiendo coincidencia en no perder de vista la dignidad humana; por lo que previamente el legislador debe propiciar un espacio de reflexión y desarrollo técnico en el que participen el Colegio Médico del Perú, el Consejo Nacional de Bioética y científicos que conozcan a profundidad las técnicas de reproducción asistida y lograr así un marco legal de acuerdo a las necesidades reales del Perú (Libro de Personas y de Familia del Código Civil), sin dejar la perspectiva de derecho de las personas y su dignidad humana.
- ✓ Asimismo, en estos trabajos de discusión se deben tomar en cuenta diferentes aspectos de trascendencia legal como el inicio de la vida humana; nuestra legislación adopta la postura de la concepción, por lo que “la distinción que se hace en España entre pre-embrión y embrión no resulta válida en nuestra realidad normativa, pues entre estos dos estadios de formación no existe mayor diferencia ontológica”⁵, surgiendo entonces unas primeras interrogantes ¿Cuándo empieza la concepción? ¿cuál es el status del embrión ¿se trata de una persona plena, una persona potencial, o simplemente un conjunto de células que merecen respeto pero al cual no se puede atribuir derechos? aspecto fundamental al referirse a la conservación de embriones humanos, su manipulación (elección de sexo, características fenotípicas – color de ojos, color de cabello, coeficiente intelectual, etc). En el caso de la inseminación artificial “¿qué sucede con la “paternidad” de ese padre, ya que no es padre – genéticamente hablando – de ese futuro hijo. Si la identidad del donante debe ser revelada a las parejas inseminadas y qué información se debe dar, en un futuro,



² VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enfoque. Derecho Genético. Principios Generales. Editora Norma. Legales. Trujillo: 1996, p. 62.

³ “Problemas jurídicos que plantea las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación civil peruana”. TESIS para optar el grado académico de Magister en derecho con mención en Derecho civil y comercial. Rolando Humberto Carrasco Vicalvarán. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad y Ciencia Política – Unidad de Post – Grado.

⁴ Costa Rica la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia, prohibió la aplicación de la fecundación *in vitro* en su país. Sin embargo, mediante comunicado de prensa de 20 de diciembre de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que “con la prohibición de la FIV se ha afectado los derechos de la vida privada y familiar, los derechos reproductivos, y a la libertad personal. Al analizar la interferencia desproporcionada e impacta discriminatorio de la restricción generada por la decisión de la Sala Constitucional, la Corte Interamericana tuvo como punto de partida que el derecho a la vida privada está estrechamente relacionado con: i) el derecho a la familia, el cual conlleva, la obligación de favorecer, de la manera más amplia el desarrollo y la felicidad del núcleo familiar; ii) la autonomía reproductiva, y iii) el acceso a servicios de salud reproductiva, que comprende el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria, por lo que ordenó adoptar las medidas apropiadas para que quede sin efecto, con la mayor celeridad, posible la prohibición de practicar fecundación *in vitro* y para que las personas que desean hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimento al efecto.

⁵ “Problemas jurídicos que plantea las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación civil peruana”. TESIS para optar el grado académico de Magister en derecho con mención en Derecho civil y comercial. Rolando Humberto Carrasco Vicalvarán. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad y Ciencia Política – Unidad de Post – Grado.

⁶ Para la legislación peruana el instante mismo de la concepción se da: “a partir de la formación de un óvulo por el espermatozoito”. Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano. Personas Naturales – Personas Jurídicas. Comunidades Campesinas. Carlos Fernández Sotomayor. Pág. 5; y para Costa Rica por ejemplo “Tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero”. Según el Comunicado de prensa de 20 de diciembre de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló al caso de la “Prohibición en Costa Rica de la Fecundación *In Vitro* viola los Derechos Humanos”.



Dirección de Fortalecimiento de las Familias

al niño (en la práctica, generalmente, no se dice de la identidad del donante)³; de lo que se puede colegir que es un tema que requiere de un trabajo no solamente científico, sino también legal por las implicancias jurídicas que resultan de este tipo de técnicas.

- ✓ Consideramos que una propuesta para regular la reproducción humana asistida en el Perú debe mínimamente cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 2° del Reglamento de la Ley Marco para la producción y Sistematización Legislativa, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2006-JUS que es de aplicación en todas las entidades de la Administración Pública.
- ✓ En la parte expositiva o exposición de motivos, de la propuesta no hace referencia a la realidad peruana, no fundamenta jurídicamente la necesidad de la propuesta y no establece un análisis sobre la constitucionalidad o legalidad de la iniciativa planteada con una explicación de los aspectos más relevantes y un resumen de los antecedentes que correspondan y, de ser el caso, de la legislación comparada, doctrina que se ha utilizado para su elaboración y con la obligaciones de los tratados internacionales ratificados por el Estado; únicamente copia en parte la exposición de motivos de la Ley N° 14/2005 de España, en la cual se hace un recuento de todo el proceso de desarrollo normativo sobre el tema.
- ✓ Con relación al análisis costo beneficio, no efectúa un análisis para conocer en términos cuantitativos los impactos y efectos que tiene la propuesta normativa sobre diversas variables que afectan a los actores, la sociedad y el bienestar general, de tal forma que permita cuantificar los costos y beneficios o en su defecto posible apreciar analíticamente beneficios y costos no cuantificables.
- ✓ Con respecto al análisis de impacto de la vigencia de la norma en la legislación nacional, la propuesta no ha precisado si se trata de innovar supliendo vacíos en el ordenamiento o si se trata de una propuesta que modifica o deroga normas vigentes; no incluye una referencia a los antecedentes, diagnóstico de la situación actual del Perú y objetivos de la propuesta; no indica si modifica o deroga una norma vigente debe analizarse su idoneidad o efectividad precisando falencias, vacíos o defectos que sea necesario superar mediante una acción normativa, de acuerdo a lo establecido en el artículo 4° del Reglamento de la Ley Marco para la producción y Sistematización Legislativa, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2006-JUS.

III. CONCLUSIÓN.



1. Por las consideraciones expuestas en el presente informe no se puede efectuar un análisis técnico legal de un proyecto referido a una ley vigente actualmente en España cuya estructura socio, económica, legal y desarrollo constitucional es diferente a la realidad peruana.
2. Previamente el legislador debe propiciar un espacio de reflexión y desarrollo técnico en el que participen el Colegio Médico del Perú, el Consejo Nacional de Bioética y científicos que conozcan a profundidad las técnicas y lograr así un marco científico, que sirva de base a un cuerpo legal que responda a las necesidades reales del Perú (Libro de Personas y de Familia del Código Civil), sin dejar la perspectiva de derecho de las personas y su dignidad humana.



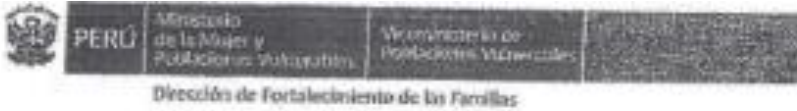
Se debe efectuar una propuesta enmarcada en la realidad peruana con la observancia del Reglamento de la Ley Marco para la producción y Sistematización Legislativa, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2006-JUS.

IV. RECOMENDACIÓN

Remitir el presente informe a la Dirección General de la Familia y la Comunidad para dar cumplimiento a lo dispuesto por el Despacho Viceministerial de Poblaciones Vulnerables y el

³ Reproducción acéfalos, gémicos y derechos hereditarios en Amélie Lafont, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, UNFPA, ASCE

“LAS INCIDENCIAS DEL ARTICULO 7° DE LA LEY
GENERAL DE SALUD EN LA PRACTICA DEL VIENTRE
SUBROGADO”
“LAS INCIDENCIAS DEL ARTICULO 7° DE
LA LEY GENERAL DE SALUD EN LA PRACTICA DEL
VIENTRE SUBROGADO”



Despacho Viceministerial de la Mujer según recomendaciones del Informe Nº 008-2012-
MIMP/DVMM/FMVA.

Es cuanto informo a usted para los fines de ley.

Atentamente


María Carlota Ochoa Tapia
Abogada – DIFF
DGFC – MIMP


LIC. SARA MEJIA GONZALES
DIRECTORA (a)
Dirección de Fortalecimiento de las Familias MIMP


CARLA ROJAS-BOLIVAR BORON
Directora General
Dirección General de la Familia y la Comunidad
MIMP

ANEXOS:
Nota a la Dirección General de la Familia y la Comunidad
Nota al Despacho Viceministerial de Poblaciones Vulnerables

“LAS INCIDENCIAS DEL ARTICULO 7° DE LA LEY
GENERAL DE SALUD EN LA PRACTICA DEL VIENTRE
SUBROGADO” “LAS INCIDENCIAS DEL ARTICULO 7° DE
LA LEY GENERAL DE SALUD EN LA PRACTICA DEL
VIENTRE SUBROGADO”



PERÚ

Ministerio
de la Mujer y
Poblaciones Vulnerables

Viceministerio
de la Mujer

Dirección General de
Igualdad de Género y
No Discriminación

“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad”

Lima, 26 DIC. 2012

NOTA N° 003-2012-MIMP/DGIGND

Señora
MARCELA HUAITA ALEGRE
Viceministra de la Mujer
Presente.-

Referencia : Oficio N° 861-2012-2013/CSP-CR

De mi mayor consideración:




Tengo el agrado de dirigirme a usted para saludarla cordialmente y remitir a su despacho el Informe Técnico N°083-2012-MIMP/DGIGND/DPPDM-MIEV, sobre el Proyecto de Ley 1722/2012-CR, que propone la Ley que regula la reproducción humana asistida presentado por el congresista Tomas Zamudio Briceño.

Al respecto, cabe señalar que la suscrita comparte con la opinión dada por la profesional de esta Dirección.

Asimismo, adjunto propuesta de nota para elevación al Despacho Ministerial y propuesta de oficio dirigido a la presidenta de la Comisión de Salud y Población del Congreso de la Republica remitiendo la opinión solicitada.

Atentamente,


GRECIA E. ROJAS ORTÍZ
Directora General
Dirección General de Igualdad de Género y No Discriminación
Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables

	PERÚ	Ministerio de la Mujer y Promoción Municipal	Ministerio de la Salud	 
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"				19 DIC. 2012
"Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad"				RECIBIDO
				Reg. N° 60
				Firma: ea

INFORME N° 083-2012/MIMP/DGIGND/DPPDM-MIEV

A: SILVIA QUINTEROS CARLOS
Directora de Promoción y Protección de los Derechos de la Mujer

Asunto: Opinión sobre proyecto de ley N° 1722/2012-CR

Referencia: Expediente 2012-031-E039783

Fecha: 18 de diciembre del 2012.

I. ANTECEDENTES

Por oficio N° 861-2012-2013/CSP-CR de fecha 10 de diciembre, la presidenta de la Comisión de salud y población del Congreso de la República envía para opinión el proyecto de ley de la referencia presentado por el Grupo Parlamentario Gana Perú a Iniciativa del Congresista Tomás Zamudio Briceño.

II. FUNDAMENTACIÓN LEGAL

2.1 INTERNACIONAL

Naciones Unidas

2.1.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos. En sus artículos 1, 2, 3, 7, 22 se consagran los derechos de toda persona a ser igual ante la ley y a que le sean respetados y reconocidos sus derechos, entre ellos el de formar una familia y el de una seguridad social que le permita la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.¹

2.1.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales². Contempla en sus artículos 1, 2, 3, 4, 15 el compromiso de los estados a garantizar el ejercicio de los derechos económicos sociales y culturales sin distinción alguna, tanto a hombres como a mujeres- así como entre otros derechos la igualdad entre mujeres y hombres. Además, al derecho de gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones.

2.1.3 Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer - CEDAW.³ Compromete a los Estado a adoptar medidas para acelerar la igualdad de facto tomando las medidas apropiadas para eliminar la discriminación

¹ Aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 13282 del 15 de diciembre de 1958.

² Aprobado por Decreto Ley N° 22120 del 28 de marzo de 1978. Fecha de entrada en vigencia el 28 de julio de 1978.

³ Suscrita por el Estado peruano (23/07/1981), ratificada por Resolución Legislativa 23432 (5/06/1982).

contra la mujer tanto en la esfera económica como familiar, seguridad social.
(Artículos 1, 2, 3,4, 6, 10,12, 14)

No Vinculantes

- 2.1.4 Plataforma de Acción de Beijing y Programa de Acción Regional para las mujeres de América Latina y el Caribe 1995-2001⁴. Contiene objetivos estratégicos y las medidas que deben asumir los Estados en torno a garantizar, en condiciones de igualdad, la salud sexual y reproductiva así como:

“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. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos.”⁵

- 2.1.5 Programa de Acción de la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo – El Cairo. Dentro de los objetivos se hace referencia a la igualdad y equidad entre los sexos y habilitación de la mujer. Para ello se recomienda la creación de mecanismos que garanticen el acceso de la mujer a los servicios de salud sexual y reproductiva. Además, entre sus principios se dice que los Estados deberían adoptar medidas para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, “el acceso universal a los servicios de atención médica, incluidos los relacionados con la salud reproductiva, que incluye la planificación de la familia y la salud sexual. Los programas de atención de la salud reproductiva deberían proporcionar los más amplios servicios posibles sin ningún tipo de coacción. Todas las parejas y todas las personas tienen el derecho fundamental de decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y de disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo.”⁶

Organización de Estados Americanos

Vinculantes

- 2.1.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este tratado regional tiene disposiciones específicas relacionadas con el derecho a la igualdad así como la protección del derecho del hombre y de la mujer a fundar una familia. Asimismo, los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades

⁴ Fue adoptada en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer realizada en Beijing, en septiembre de 1995

⁵ Ver párrafo 94 de Informe de Cuarta Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer, en Beijing en 1995

⁶ Capítulo VII. Derechos Reproductivos y Salud Reproductiva.

reconocidos en ella, garantizando su libre y pleno ejercicio sin discriminación alguna, inclusive lo de atención médica. (Artículos 1, 2, 11, 17, 24)

- 2.1.7 Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer - Belém Do Pará. En el Sistema interamericano, la Convención Belém Do Pará, contiene dispositivos que indican qué es violencia contra la mujer y hacer que se cumpla la Convención. (artículos 1 y 7)

2.2 NACIONAL

- 2.2.1 Constitución Política de la República. Contempla la igualdad de mujeres y hombre ante la ley, prohibiendo toda forma de discriminación incluso cuando esta tenga como fundamento el sexo (Art. 2, Num. 2). De manera específica se reconoce el derecho universal a un seguro social y a prestaciones de salud.
- 2.2.2 Ley N° 28983, Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres. Promueve y garantiza la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, adoptando todas las medidas necesarias que permitan remover los obstáculos que impiden el ejercicio pleno de este derecho, con el fin de erradicar todas las formas de discriminación. Además, se consideran entre los lineamientos del Ejecutivo se encuentran i) Garantizar el derecho a la salud en cuanto a la disponibilidad, calidad, aceptabilidad y accesibilidad a los servicios, con especial énfasis en la vigencia de los derechos sexuales y reproductivos, la prevención del embarazo adolescente, y en particular el derecho a la maternidad segura. (Artículos 4 y 6)
- 2.2.3 Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo⁷. Establece la inclusión y equidad como principios de desarrollo, hace referencia a expresiones de Igualdad de Oportunidades (Quinta Disposición Complementaria), así como las funciones de los ministerios (Art. 23). Además, establece los requisitos para formar comisiones y su naturaleza.
- 2.2.4 Decreto Supremo N° 027-2007-PCM. Define las políticas nacionales de obligatorio cumplimiento para las entidades del gobierno nacional, regulando entre otros, en Materia de Igualdad de Mujeres y Hombres, promoviendo la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en las políticas públicas, planes nacionales y prácticas del Estado.
- 2.2.5 Ley General de Salud, Ley N° 26842 que en su artículo 7° indica que toda persona tiene derecho a recurrir a un tratamiento para su infertilidad.

ANÁLISIS

La norma propuesta está tomada literalmente de la ley española Ley 14/2006 publicada en el Boletín Oficial del Estado, núm. 126 de 27 de mayo de 2006, páginas 19047 a 19956 y que ha sido tomado de la siguiente dirección web: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-9292> el día de hoy.

En esta ley que ya forma parte del ordenamiento jurídico español positivo vigente, no sólo se tocan los contenidos de los artículos del 1 al 16 sino que además propone un “régimen de infracciones y sanciones, en el que se definen las conductas prohibidas y se les asignan las correspondientes sanciones”, lo cual se omite en la propuesta peruana.

Además, la exposición de motivos peruana no hace mayor abundamiento a la realidad nacional sobre el tema ni cuál es la situación peruana en este tema, a diferencia de la exposición de motivos de la ley española en la que analizan el impacto de una ley precedente sobre el tema y tratan de corregir los problemas en ella suscitados con la presente norma. Asimismo, otorga un capítulo completo al tema de los centros sanitarios y equipos biomédicos así como las autorizaciones respectivas, lo que se omite en la propuesta peruana.

Considero que este tema reviste la mayor seriedad y no basta con trasladar una parte de una ley que sirve para un país con el cual, ciertamente tenemos afinidad, pero cuya realidad es totalmente diferente a la nuestra y no por ello podemos aprobar una norma que responda a sus necesidades. Es más, en la norma española se crean instituciones que no existen en nuestra legislación y ello no sólo requiere de un mayor análisis sino de la asignación presupuestal correspondiente, por lo que también es necesario hacer un mayor análisis costo beneficio que nos indique cuánto se necesita para implementar una Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que según la norma española es “es el órgano colegiado del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, de carácter permanente y consultivo, dirigido a asesorar y orientar sobre la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, a contribuir a la actualización y difusión de los conocimientos científicos y técnicos en esta materia, así como a la elaboración de criterios funcionales y estructurales de los centros y servicios donde aquéllas se realizan.”²

Independientemente de este tema relativo a la copia de la norma y al poco análisis que reviste la exposición de motivos planteada, considero que es imperativo contar con la opinión del Colegio Médico del Perú y del Consejo Nacional de Bioética.

Además, considero pertinente que se analicen y tomen en cuenta los argumentos a favor y en contra que existen en la literatura respecto de este tema. Así, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y el Fondo de Población de las Naciones Unidas han elaborado un documento que permite iniciar un debate sobre este tema: Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina.³ Tomando como referencia esta publicación, considero pertinente transcribir literalmente los argumentos a favor y en contra esbozados en este documento realizados por personas expertas en el tema y con el auspicio de una institución como el IIDH y UNFPA:

*Argumentación a favor de las técnicas de reproducción asistida:

² <http://www.cnra.msssi.gob.es/>, página web de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida
³ IIDH-UNFPA. REPRODUCCIÓN ASISTIDA, GÉNERO Y DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA. San José,
C.R.

- 1) **Ayuda a la paternidad o a la maternidad:** su peso radica en la necesidad y el derecho de los seres humanos a tener hijos biológicos. Considera la infertilidad como un problema que puede ser superado y a estas técnicas como un medio posible de lograrlo. Como veremos luego este argumento se puede respaldar desde la defensa de los derechos humanos, al considerar a estas prácticas como incluidas en la salud sexual y reproductiva y a la intimidad y privacidad familiar, entre otros.
- 2) **Argumento del pluralismo:** este argumento complementa el anterior. Agrega que aceptar y legislar sobre este tipo de técnicas implica comprometerse a que la gente las pueda elegir, pero no a que todas las personas deban someterse a ellas. No obliga a nadie a realizar una práctica con la que desacuerda. Señala la posibilidad de compatibilizar la posición de quienes que quieren superar su problema de infertilidad y quienes, por creencias religiosas, por ejemplo, no quieren someterse a ellas. Esto es, reconoce que pueden haber diferentes concepciones respecto, por ejemplo, de los embriones en relación a la criopreservación o al descarte de los mismos y es, justamente por eso, por la divergencia que puede implicar en convicciones religiosas, que algunas personas prefieren no someterse a estas técnicas así como otras no encontrarán mayores problemas.
- 3) **Adquisición beneficiosa de conocimiento:** se sostiene que, dado que el desarrollo de estas técnicas reproductivas requiere la investigación de estadios tempranos del embrión y del medio en donde éste se desarrolla, se obtiene por medio de ellas conocimiento acerca de la reproducción y los primeros estadios del embrión que puede ser usado para beneficiarnos. Por ejemplo, este conocimiento permite determinar de qué manera el feto es afectado por toxinas en el medio ambiente y por drogas que usa la madre. En segundo lugar, el conocimiento adquirido sobre estadios tempranos del embrión y su evolución genética permite que se localicen defectos genéticos y así, en un futuro, evitar ciertas enfermedades. Además, el conocimiento sobre la situación ideal para que se realice la fecundación ayuda, paradójicamente, a mejorar las técnicas de contracepción. Si bien este argumento respalda estas técnicas, lo hace considerándolas como un medio para otro objetivo. Señala los beneficios secundarios que estas técnicas brindarían.*

Argumentos que rechazan el uso de las técnicas de reproducción asistida:

- 1) **Argumento de lo natural:** este argumento enfatiza lo antinatural y artificial de las técnicas. Señala que la gestación se realiza por medios mecánicos o tecnológicos o por contratos sociales, sin amor¹⁰. Concluye, que como consecuencia de lo anterior, el uso de las mismas llevará a la destrucción del matrimonio y de la institución de la familia.

Este argumento no parece estar bien fundamentado. Combina dos elementos: la crítica a lo no-natural y una versión del argumento de la “pondiente resbaladiza”.

Este es el caso de la maternidad sustituta, por la cual se puede gestar el hijo de otras personas con las cuales realiza un contrato social.

A lo primero se puede contra-argumentar explicando que, del hecho de que la técnica no sea natural o de que se realicen complicados contratos sociales, no implica que el bebé por nacer no sea deseado o querido. Además, el argumento de la antinaturalidad de las prácticas podría ser aplicado a toda la medicina en general, ya que lo que ésta hace es básicamente alterar el curso de la naturaleza e ir en contra de procesos –como las enfermedades– que son “naturales”. Es más, toda la historia de la humanidad puede leerse como una “lucha” en contra de la naturaleza.

Muchas veces subyace a esta crítica cierta idealización de los procesos naturales: lo natural por el hecho de ser natural parece calificar como bueno. Una suerte de falacia naturalista que confunde el “es” con el “debe”. En este sentido, vale la pena recordar que en la mayoría de las situaciones el problema no es la técnica, sino los usos (y abusos) que pueden hacerse de ella. Los seres humanos muchas veces buscan la maternidad o paternidad por motivos no necesariamente laudables, pero esto puede llevarse a cabo por vías naturales o no-naturales. Lo que sucede es que al recurrir a un proceso tecnológico aquellas motivaciones parecen exhibirse de una manera desembocada.

Respecto del argumento de la “pendiente resbaladiza”, este esgrime que la aceptación o modificación de una práctica nos desliza a la aceptación de otras prácticas sociales las cuales, finalmente, destruirán la estructura social o llevarán al caos. Esto es, que la primera alteración que se efectúa del *status quo* implicará deslizarse por una pendiente resbaladiza, ya que una vez aceptado el primer cambio en cuestión resulta imposible poner límites o frenos. La lógica subyacente es que si se acepta a, entonces necesariamente tendremos que aceptar b, c, d.... Considera imposible establecer límites o criterios que distingan entre las diferentes prácticas. En general se considera a este tipo de argumento como falaz. En esta versión del argumento de la “pendiente resbaladiza” tampoco queda claro por qué el uso de estas técnicas podría destruir a la familia.

Por otro lado, el riesgo de que esta técnica pueda llegar a generalizarse produciendo un caos social no parece muy factible, ya que sólo aquellas parejas con problemas de infertilidad utilizarían estas técnicas que son costosas, incómodas y que implican la intervención médica y el consumo de drogas y hormonas. Parecería, entonces, que la amorosa reproducción natural debería seguir siendo el método preferido para concebir hijos.

Argumento de la “disolución social por la manipulación de material reproductivo”: Se trata de otra versión del argumento de la “pendiente resbaladiza”. El mismo plantea que la aceptación de este tipo de técnicas conduciría al caos y a la disolución social (ya sea porque abrirían la puerta a experimentaciones con embriones u otras manipulaciones semejantes degradando el sentido de la vida y fomentando una “cultura de la muerte”) y que, ante este peligro, es mejor no aceptarlas. Nuevamente este razonamiento se puede criticar por el uso falaz del argumento de la “pendiente resbaladiza”. Hay, sin embargo, un punto que reviste importancia y éste se vincula con la posibilidad de abusos y malos usos de tales técnicas. Esta es una posibilidad, sin embargo, existen alternativas legales o regulaciones que pueden trazar límites y fijar

condiciones para los usos de tales técnicas. No obstante es claro que regular o reglamentar no implica una prohibición total.

- 3) *Argumento de la opresión de las mujeres:* varias filósofas feministas han tratado de ubicar estas técnicas en un contexto histórico y social para evaluarlas. Hay dos líneas de análisis que llevan a dos críticas diferentes aunque relacionadas. La primera, señala que la inversión y énfasis en nuevas tecnologías que facilitan la maternidad o la paternidad biológicas, refuerza la idea de que las mujeres necesitan ser madres para sentirse satisfechas. Como la maternidad ha sido históricamente una justificación importante para limitar sus oportunidades en la sociedad, muchas feministas tienen cierta aprehensión a estos desarrollos tecnológicos que ponen a la maternidad en el centro de la vida de las mujeres. Estas técnicas, entonces, serían más opresivas que liberadoras, en la medida en que fomentan el rol reproductor de las mujeres. En una línea semejante, se ha argumentado que la mera existencia de técnicas como la fecundación *in vitro* (FIV) para tratar la infertilidad femenina hace que se someta a una presión indebida a las mujeres infértiles, de las cuales se espera demasiado (aún a costa de daños psicológicos) para superar su infertilidad. La mera posibilidad de lograr un embarazo por medio de la FIV puede hacer más difícil que aquellas mujeres que son infértiles acuman esta condición, ya que se sienten presionadas a intentar este tipo de técnicas.

En segundo lugar, otro tipo de argumentación desde el feminismo señala que la concepción tecnológica transfiere el control reproductivo de las mujeres a los médicos. Aunque reconozcan que algunas mujeres que son incapaces de concebir se pueden beneficiar de estas tecnologías, la literatura feminista, afirma que a nivel de la sociedad, esta tecnología daña a las mujeres en tanto grupo colectivo más que ayudarla¹¹. Así, se concentran en los daños que las mujeres sufrieron en menos de lo que consideran una medicina dominada por los hombres y señalan los posibles abusos de las técnicas reproductivas. También subrayan que los varones han tratado por años de asumir el control sobre las capacidades reproductivas de las mujeres y que lo pueden lograr con la implementación de estas técnicas.

Estas posiciones son afines a una línea de pensamiento feminista, caracterizado como “radical”, de acuerdo al cual se plantea una fuerte oposición al desarrollo de estas técnicas¹². Sin embargo, esto no agota la posición del feminismo¹³. Dentro del mismo feminismo hay críticas. Por ejemplo, Elaine Denny¹⁴ señala que la mayor debilidad de este tipo de argumentación es pensar a las mujeres como

¹¹ Strickler, *op. cit.*, 120

¹² Véase Rothman B.K. *Recreating Motherhood, Ideology and Technology in a Patriarchal Society*, Norton, New York, 1989.

¹³ Véase Callahan J. “Feminism and Reproductive Technologies”, en Donchin A. y Purdy L.M. (eds.), *Embodying*

universalmente oprimidas y pasivas; objetando que, en general, la literatura feminista ha tomado un enfoque teórico excluyendo la visión de las propias mujeres.

Así, las posiciones feministas pueden variar sustancialmente hacia una postura liberal cuyo acento esté puesto en la autonomía y la elección de las mujeres, o hacia posiciones también basadas en una perspectiva de género pero fundamentadas en los derechos humanos, como elementos fundamentales en el logro de la justicia e igualdad para todas las mujeres. En este sentido, sobre todo en determinadas sociedades, estas técnicas amplían la autonomía de las mujeres: le permiten desarrollarse, estudiar, ser profesionales y elegir quizás más tardíamente la maternidad. Esto tiene como consecuencia la posibilidad de superar algunas de las restricciones biológicas que la reproducción impone a la mujer como diferente del varón.

- 4) **Argumento de la posibilidad de adopción:** este argumento no ataca a las técnicas reproductivas en sí, sino que señala que no es necesario que quienes son infértiles recurran a ellas, dado que siempre existe la posibilidad de adoptar un bebé.

Es importante notar que este argumento puede ser usado también para objetar la reproducción natural. La existencia de niños que necesitan un buen hogar es independiente de la fertilidad o infertilidad de quienes pueden adoptar. Como el argumento de la adopción, podría extenderse no sólo a parejas infértiles sino también a cualquier pareja. Vale la pena preguntarse si no se trata injustamente a las personas con problemas de fertilidad, al hacer recaer en ellas todo el peso de la adopción.

Por otro lado no puede negarse el valor altamente positivo y ético que surge cuando se adopta un bebé: implica hacer un bien al niño que frecuentemente se encuentra en instituciones públicas y es recibido por una familia que lo quiere y educa, involucra un bien para esa pareja que logra su deseo de formar una familia y también entraña un bien para la sociedad. En esta ecuación todos parecen ganar y, efectivamente, en la mayoría de los casos es así. Sin embargo, puede objetarse este argumento por ser supererrogatorio: esto es, una exigencia que podemos realizar si así lo deseamos, pero que no estamos obligados a efectuar.

De hecho, ésta parece ser una de las decisiones más “fáciles” y éticamente ideal. Paradójicamente, no es la opción más elegida. Los motivos son variados: 1) Querer tener un hijo propio (de la misma sangre); 2) Las dificultades inherentes al proceso de adopción, como por ejemplo la falta de “disponibilidad” de bebés para adoptar, con la consecuente espera durante varios años para hacerlo así como también en muchos casos años de angustia (aún cuando el niño ya vive con la familia adoptiva) para obtener los papeles y la adopción definitiva; 3) Requerimientos económicos y sociales por parte del Estado (personas de escasos recursos o con una “moral” no aceptada pueden ser rechazadas como candidatas para la adopción); 4) Desconocimiento de los antecedentes de salud del niño a adoptar.

Estos son, entre otros, los motivos que hacen que una pareja acuda a las tecnologías reproductivas. Si bien es moralmente deseable adoptar un niño, no puede ser una obligación el tener que hacerlo. Muchas veces se confunden estos dos argumentos y del hecho de que es éticamente ideal adoptar, se infiere que deben prohibirse las técnicas de reproducción asistida. Efectivamente, si se acepta que es éticamente ideal adoptar, lo es en general y no sólo en el caso de parejas infértiles.

En función de estas razones, hay que tener en claro que tanto las técnicas de reproducción asistida como la de adopción son dos alternativas diferentes que serán elegidas según las posibilidades y problemas de cada persona y cada pareja.¹⁵

Con los argumentos a favor y en contra transcritos del documento del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, es necesario hacer una reflexión sobre estas técnicas y construir un adecuado marco legal que cumpla con el objetivo de ayudar a superar el problema de fertilidad y contribuir a evitar que se haga un uso inadecuado de estas técnicas de reproducción asistida así como brindar información específica sobre cada una de ellas.

El hecho que en Latinoamérica no exista mayor regulación al respecto o que sólo se ofrezcan estas técnicas de reproducción asistida a parejas estables o matrimonios, no significa que no se requiera de un estudio profundo en nuestra región.

IV. ANÁLISIS COSTO/BENEFICIO

Tal y como se informó en el análisis de la norma que nos presentan, se considera que si existe un costo para implementar esta norma, el cual debe ser calculado y presupuestado para que pueda funcionar una Comisión Nacional de Reproducción Humana.

V. CONSTITUCIONALIDAD

La norma que se presenta se encuentra enmarcada dentro de la Constitución Política del Perú, sin embargo es necesario que la propuesta que se presente contenga un mayor fundamento y esté acorde a todo nuestro ordenamiento jurídico positivo vigente.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- 6.1 Consideramos que una norma de este tipo requiere de un mayor análisis y la necesidad de un diagnóstico según la realidad peruana y no sólo la transcripción de una norma foránea.
- 6.2 Debería revisarse la temática propuesta en este proyecto ya que la alcanzada es una copia literal de la ley española sobre la materia. En tal sentido, manejar la experiencia

¹⁵ IIDH. op. cit. páginas 19-27.

“LAS INCIDENCIAS DEL ARTICULO 7° DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN LA PRACTICA DEL VIENTRE SUBROGADO”
“LAS INCIDENCIAS DEL ARTICULO 7° DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN LA PRACTICA DEL VIENTRE SUBROGADO”

latinoamericana de Costa Rica y Argentina, con énfasis en la norma aprobada en Buenos Aires, consideramos que sería importante.

- 6.3 Tomar en cuenta los argumentos a favor y en contra de esta norma, de tal manera que un grupo de expertos y expertas en la materia puedan iniciar un debate sobre el tema, teniendo en cuenta los derechos de todos y todas a tener una descendencia, si así lo desearan, con prescindencia del estado civil u orientación sexual de las personas.
- 6.4 Constituir un grupo de trabajo que revise este tema desde una perspectiva bioética y que pueda determinar cuál es el límite del uso de estas técnicas así como cuáles las prohibiciones.

Atentamente,



María Isabel Echegaray Villanueva

Se adjunta copia de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Dado cuenta con el informe que antecede, el mismo que la suscrita hace suyo, remítase a la Dirección General de Igualdad de Género y No discriminación, para los fines pertinentes.



Lic. SILVIA QUINTEROS CARLOS
Directora (e)
Dirección de Promoción y Protección
de los Derechos de la Mujer - DPPDM
MINSP

“LAS INCIDENCIAS DEL ARTICULO 7° DE LA LEY
GENERAL DE SALUD EN LA PRACTICA DEL VIENTRE
SUBROGADO” “LAS INCIDENCIAS DEL ARTICULO 7° DE
LA LEY GENERAL DE SALUD EN LA PRACTICA DEL
VIENTRE SUBROGADO”



"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

Lima, 02 ENE 2013

NOTA N° 003 -2013-MIMP/DVMM

Señora
ELSA CUBILLAS BUENO
Secretaría General - MIMP
Presente.-



Asunto : Proyecto de Ley 1722/2012-CR – Ley que Regula la
Reproducción Humana Asistida

Referencia : Oficio N° 861-2012-2013/CSP-CR
H. de T. Expediente N° 2012-031-E039783

De mi consideración:

Es grato dirigirme a usted en atención al Oficio N° 861-2012-2013/CSP-CR, mediante el cual la Presidenta de la Comisión de Salud y Población del Congreso de la República solicitó a este Ministerio su opinión respecto al Proyecto de Ley 1722/2012-CR – Ley que Regula la Reproducción Humana Asistida.

A fin de dar respuesta a la solicitud, tengo el agrado de adjuntar el Informe Técnico 083-2012-MIMP/DGIGND/DPPDM-MIEV.

Agradeciendo de antemano su envío a la Comisión de Salud y Población del Congreso de la República, hago propicia la ocasión para manifestarle los sentimientos de mi consideración y estima personal.

Atentamente,


MARCELA HUAITA ALEGRE
Vice-Ministra de la Mujer
MIMP





Lima, 28 de diciembre de 2012

INFORME N° 008-2012-MIMP/DVMM/FMVA

Doctora
MARCELA HUAITA ALEGRE
Viceministra de la Mujer
Presente.-

Asunto : Proyecto de Ley 1722/2012-CR – Ley que Regula la Reproducción Humana Asistida

Referencia : Oficio N° 861-2012-2013/CSP-CR
H. de T. Expediente N° 2012-031-E039783

Tengo el agrado de dirigirme a usted, en relación con el asunto del rubro, a fin de informarle lo siguiente:

I. ANTECEDENTES:

Mediante Oficio N° 861-2012-2013/CSP-CR, del 10 de diciembre de 2012, la Presidenta de la Comisión de Salud y Población del Congreso de la República remitió a este Ministerio para su opinión el Proyecto de Ley 1722/2012-CR – Ley que regula la Reproducción Humana Asistida. La solicitud fue derivada a este Viceministerio el 12 de diciembre de 2012.

En respuesta a dicha solicitud, mediante Nota 163-2012-MIMP/DGIGND, la Dirección General de Igualdad de Género y No-Discriminación remitió a este Viceministerio el Informe Técnico 083-2012-MIMP/DGIGND/DPPDM-MIEV. Este informe señala que el Proyecto de Ley y parte importante de la Exposición de Motivos son copia literal de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida de España, del 27 de mayo de 2006, la cual se adjunta en anexo.

Por ello, en dicho informe se recomienda un mayor análisis del tema de acuerdo a la realidad peruana y la experiencia latinoamericana comparada (e.g. Argentina, Costa Rica). También recomienda tomar en cuenta los argumentos a favor y en contra de esta norma, a fin de iniciar un debate con un grupo de expertas y expertos en la materia, así como constituir un grupo de trabajo que revise el tema desde una perspectiva bioética, y contar con la opinión del Colegio Médico del Perú y el Consejo Nacional de Bioética.

I. BASE LEGAL

Convención Americana de Derechos Humanos
Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) v. Costa Rica*.
Constitución Política del Perú
Decreto Legislativo 1098 – Ley de Organización y Funciones del MIMP.
D.S. 003-2012-MIMP - Reglamento de Organización y Funciones del MIMP



“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad”

III. ANÁLISIS

- 3.1. El MIMP tiene competencia para emitir opinión en virtud del artículo 5, inciso b) y c) de su Ley de Organización y Funciones, y el artículo 2 incisos b) y c) de su Reglamento de Organización y Funciones, que declara al Ministerio competente en protección y promoción de los derechos de las mujeres.

Ello porque la reproducción humana asistida no solo implica el ejercicio de los derechos reproductivos, sino también de derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política y en la Convención Americana de Derechos Humanos como son el derecho a la integridad personal (artículo 5.1), libertad personal (artículo 7.1) y a la vida privada y familiar (artículo 11.2 y 17). Ello fue recientemente desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia sobre el caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) v. Costa Rica*, del 28 de noviembre de 2012.¹

Esta rectoría en el tema también se fortalece a través del Plan Nacional de Población 2010-2014, el cual a través de la Política y el Plan de Población garantiza, entre otros, los derechos de la persona a formar su familia y al respeto de su intimidad, a la libre determinación del número de hijos, y a la salud integral y al libre desenvolvimiento de su personalidad.²

- 3.2. De la comparación entre la Ley 14/2006 de España y el Proyecto de Ley citado, queda claro que, efectivamente y tal como señala el Informe Técnico 083-2012-MIMP/DGIGND/DPPDM-MIEV, el proyecto reproduce casi en su integridad la norma española sobre reproducción humana asistida.
- 3.3. Del mismo modo, la exposición de motivos reproduce parcialmente aquella de la norma española, y no profundiza en el análisis de la realidad nacional y las necesidades específicas de mujeres y hombres peruanos que requieran de estas técnicas de reproducción. El Proyecto y la Exposición de Motivos deberían tener en cuenta los antecedentes nacionales, como el Informe Final de la Comisión Especial de Estudio del Anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil (2011) donde, al igual que el Proyecto de Ley, se realizan propuestas sobre filiación en casos de reproducción asistida.

Asimismo, debe tener en cuenta antecedentes interamericanos, como la sentencia del caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) v. Costa Rica*, donde se analiza el tema con una perspectiva de derechos, a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos, tratado vinculante para el Perú.

- 3.4. Asimismo, tal como señala el Informe Técnico 083-2012-MIMP/DGIGND/DPPDM-MIEV, el Proyecto de Ley no realiza un análisis costo-beneficio. El Proyecto se limita a decir que no irroga gastos al erario nacional, cuando el articulado propone la

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) v. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012, Serie C No. 257, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
MINISTERIO DE LA MUJER Y DESARROLLO SOCIAL. Plan Nacional de Población 2010-2014. Segunda edición. Lima: MIMDES. 2011. p. 18.



“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad”

creación de instituciones como la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que requerirá presupuesto y contratación de personal.

- 3.5. Finalmente, debido a la complejidad del tema, resulta viable un debate más amplio sobre esta propuesta, que involucre a expertas, expertos y otros actores en el tema, como el Colegio Médico del Perú y el Consejo Nacional de Bioética, tal como fuera propuesto en el Informe Técnico 083-2012-MIMP/DGIGND/DPPDM-MIEV.
- 3.6. Asimismo, debido a que los derechos involucrados en la reproducción humana asistida se relacionan con los planes ejecutados por la Dirección General de Población y la Dirección de Fortalecimiento de las Familias, se recomienda reenviar el expediente al Viceministerio de Poblaciones Vulnerables para solicitar su opinión y acompañarla a las opiniones de este Viceministerio.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Se recomienda:

- 4.1. Solicitar al Viceministerio de Poblaciones Vulnerables su opinión respecto al presente proyecto de ley, por ser de su incumbencia.
- 4.2. Remitir a la Comisión de Salud y Población del Congreso de la República una versión consolidada del Informe Técnico 083-2012-MIMP/DGIGND/DPPDM-MIEV, el presente Informe N° 008-2012-MIMP/DVMM/FMYA, y el Informe que presente el Viceministerio de Poblaciones Vulnerables.

Sin otro particular, hago propicia la oportunidad para reiterarle los sentimientos de mi especial consideración y estima personal.

Atentamente,




Asesora
Viceministerio de la Mujer

“LAS INCIDENCIAS DEL ARTICULO 7° DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN LA PRACTICA DEL VIENTRE SUBROGADO”
 “LAS INCIDENCIAS DEL ARTICULO 7° DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN LA PRACTICA DEL VIENTRE SUBROGADO”

Lima, 23 de enero de 2013

OFICIO N° 001-13-VR-USMP

Señora
KARLA SCHAFFER CUCULIZA
 Presidenta de la Comisión de Salud y Población
 Congreso de la República
 Presente.-



De mi especial consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted con referencia al Oficio N° 899 – 2012 – 2013- C SPR- CR, enviado a nuestro Señor Rector, Ingeniero Jose Antonio Chang Escobedo, en ese sentido la Universidad de San Martín de Porres tiene a bien dar su opinión acerca del Proyecto de Ley 1722/2012-CR, presentando por el Grupo Parlamentario Gana Perú a iniciativa del Congresista Tomás Zamudio Briceño, que propone la ley que regula la reproducción humana asistida.

El proyecto de ley en mención fue analizado y estudiado por nuestra Facultad de Medicina Humana, encabezado por su Decano, Dr. Frank Lizaraso Caparó, que ha calificado este Proyecto como un acierto, pues permitirá regular la reproducción humana asistida en el Perú.

Unas de las recomendaciones de la USMP es que las entidades e Instituciones que realicen estas técnicas deberán ser altamente especializadas, calificadas y acreditadas internacionalmente con el fin de asegurar la calidad de los profesionales médicos y técnicos, así como de los equipos científicos que se utilizan en estos procesos. Además, la USMP sugiere también que en todo proceso de reproducción asistida intervenga un Comité de Ética y Bioética para la investigación humana, para que regule y supervise el consentimiento informado de los donantes que se sometan a estos procedimientos

La Universidad de San Martín de Porres agradece a su digno despacho por habernos solicitado opinión en un tema tan importante como la reproducción asistida humana, cuyo Proyecto de Ley esperamos sea aprobada primero por la Comisión de Salud y Población y luego en el Pleno del Congreso de la República.

Agradeciendo su fina atención a la presente, aprovecho la oportunidad para expresar mis sentimientos de mi alta consideración.



Ingeniero **Diego García**
 Vicedirector

COMISIÓN DE SALUD Y POBLACIÓN P.L.	
Fecha: 23/01/13	N° Protocolo: _____
Page a: <i>M. Schaffer</i>	File: _____
Coord. Con: _____	Asesoría: _____
Urgente: <input type="checkbox"/>	Elab. Proy: _____
Importante: <input type="checkbox"/>	Ayuda memoria: _____
	Consentimiento y Anus: _____
	Archivos: <input checked="" type="checkbox"/>
	Otros: _____

A. Toranzo
 Rectorado
 Jr. Las Colandrias N° 151 - Santa Anita
 Tel: 962-0064 / 317-2330
 Fax: 963-0557

Moody; crecimiento in peso

“LAS INCIDENCIAS DEL ARTICULO 7° DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN LA PRACTICA DEL VIENTRE SUBROGADO”
 “LAS INCIDENCIAS DEL ARTICULO 7° DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN LA PRACTICA DEL VIENTRE SUBROGADO”


 Ministerio Público
 Secretaría General de la
 Fiscalía de la Nación

**CONGRESO DE LA REPÚBLICA
 COMISIÓN DE SALUD Y POBLACIÓN**
 25 ENE. 2013 1229
RECIBIDO
 Para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria

OFICIO N° 0316 - 2013-MP-FN-SEGFN

Lima, **07 ENE 2013**

Señora
KARLA M. SCHAEFER CUCULIZA
 Congresista de la República
 Presente -

De mi mayor consideración:

Ref: Oficio N° 889-2013-2013/CSB-CB
 P.L. 1721-2012.

Tengo el honor de dirigirme a usted, por especial encargo del señor Fiscal de la Nación, a fin de remitirle el Oficio N° 4091-2013-MP-FN-IML/JN en folios (03), cursado por el doctor Gino Dávila Herrera, Jefe Nacional del Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público, a través del cual, brinda información solicitada mediante su documento de la referencia; lo que hago de su conocimiento para los fines pertinentes.

Aprovecho la oportunidad que brinda el presente para reiterarle la seguridad de mi especial consideración y estima personal.

Atentamente,


EDUARDO VLADIMIR CUEVA POMA
 SECRETARIO GENERAL
 FISCALÍA DE LA NACIÓN


 09 ENE. 2013
RECIBIDO
 033500

EVC/APP
 Reg. N° 33857-12

COMISIÓN DE SALUD Y POBLACIÓN

Fecha: 25/ene/13 N° Proceso: _____

Para: *Atención* Para: _____

Coord. Gen: _____

Atención

Elab. Proy.

Ayuda memoria

Conocimiento y Ejes

Archivos

Otros:

ARCHIVAR P.L. 1722/2012-CB
 - H. P. *Alrededor conocimiento impreso*
 Ministerio Público - Fiscalía de la Nación

31 AÑOS
 Defendiendo la Legalidad

“LAS INCIDENCIAS DEL ARTICULO 7° DE LA LEY
GENERAL DE SALUD EN LA PRACTICA DEL VIENTRE
SUBROGADO”
“LAS INCIDENCIAS DEL ARTICULO 7° DE
LA LEY GENERAL DE SALUD EN LA PRACTICA DEL
VIENTRE SUBROGADO”



“Año de la Integración Nacional
y el reconocimiento de Nuestra Diversidad”

J. Peña

Lima,

28 DIC. 2012

33657-12

OFICIO N° *4091* -2012-MP-FN-IJML/JN

Señor Doctor
JOSE ANTONIO PELAEZ BARDALES
Fiscal de la Nación del
Ministerio Público
Presente.-



**ASUNTO: OPINION TECNICA SOBRE PROYECTO DE LEY
N°1722/2012-CR**

Tengo el agrado de dirigirme a usted con la finalidad de dar opinión al documento de la referencia sobre el proyecto de Ley N 1722/2012-CR “Ley que Regula la Reproducción Humana Asistida”, presentada por el congresista Tomas Zamudio Briceño.

Al respecto debo mencionar que es de necesidad del estado peruano regular toda actividad relacionada con el manejo de material biológico humano en vista que en la actualidad la ciencia ha tenido un gran progreso y mientras se ha producido una amplia gama de aplicaciones al bienestar del ser humano también se han incrementado las situaciones con complejos dilemas de tipo bioético.

En ese sentido este proyecto de ley N 1722/2012-CR comprende aspectos relacionados:

- a. Órganos de control
- b. Los donantes
- c. Las receptoras
- d. Crío preservación y consentimientos informados
- e. Uso de gametos(Óvulos)
- f. Uso de pre-embryones(gestación y uso terapéutico como **células madres**)
- g. Investigación sobre gametos y pre embriones (incluye investigación para generación de líneas **células madres para terapia**).



Sin embargo en cada uno de esos puntos es necesario definir en forma más clara los niveles de regulación que contribuyen a la bioética del uso de las técnicas de reproducción asistida y sus aplicaciones.

En ese sentido en el caso del Capítulo I relacionado a las disposiciones generales se observa que se debe definir con mayor detalle lo siguiente:

1. En el punto 1.b menciona aspectos de prevención y tratamiento de enfermedades de orígenes genéticos. Sin embargo en el Perú solo se hace prevención, y en el caso de tratamiento de enfermedades genéticas en pre-embriónes deberá contar con una serie de regulaciones en relación a la manipulación genética, para asegurar que se utilicen técnicas validadas y aprobadas por organismos internacionales y nacionales que no afecten la estabilidad del genoma humano de las células pre embrionarias tratadas.
Se debe también especificar que se trata de prevención de ciertas enfermedades genéticas mediante la selección (por técnicas moleculares de diagnóstico genético pre-implantacional) de pre-embriónes no afectados por una enfermedad en concreto. La pareja que solicita este tipo de pruebas deberá presentar la documentación médica pertinente que acredite que dicha enfermedad en efecto es recurrente en su familia y representa un alto riesgo para su futura descendencia. El screening se hará únicamente para la detección de la causa genética (la mutación en cuestión) de dicha enfermedad o alteración cromosómica, más no para otras enfermedades para las cuales no se tiene un riesgo incrementado. De este modo se evitará que se pretenda hacer mal uso de esta técnica para seleccionar pre-embriónes con ciertas características, ya que solo se seleccionarían aquellos pre-embriónes que simplemente no tengan el factor de riesgo. El fin no es la mejora sino la prevención.
2. Es necesario incluir las Técnicas de reproducción humana asistida que se están utilizando en la actualidad
 - a. Inseminación Intrauterina (IIU)
 - b. Fecundación vitro (FIV)
 - c. Transferencia de gametos a las trompas de Falopio (GIFT)
 - d. Transferencia del embrión a las trompas de Falopio (TET)
 - e. Congelamiento de embriónes
 - f. FIV con óvulos o embriónes donados
 - g. Inyección Intracitoplásmica de espermatozoides (ICSI)
 - h. Maternidad subrogada o vientre de alquiler
3. En relación a la Comisión Nacional de Reproducción Humana debe mencionar quienes la conformaran y además es recomendable la participación de instituciones o centros del estado y privados relacionados con la reproducción humana asistida y/o diagnóstico genético molecular.
4. Es necesario que dentro de la comisión Nacional se incluya un grupo de acreditación que vele por la adecuada aplicación de las técnicas de reproducción humana y diagnóstico genético molecular y cromosómico aplicado a reproducción humana, con el fin que estas



técnicas estén validadas. Por lo tanto es un órgano de carácter técnico.

5. Así mismo se deberá considerar la creación del Registro Nacional de Donantes de Gametos y pre embriones con el fin de llevar un mejor control del uso de este material biológico y que estará dentro de la Comisión Nacional.

En relación el caso del Capítulo II es necesario definir lo siguiente:

6. Es necesario por razones de regulación que involucren aspectos bioéticos que se defina en el caso de muestras de semen:
- Muestras Homólogas que corresponden al semen del padre
 - Muestras Heterólogas las cuales corresponden a los donantes de semen los cuales pueden pertenecer al mismo centro (Muestras Heterólogas de Banco Interno) o pueden pertenecer a otros centros nacionales o Internacionales (Muestras Heterologas de Banco Externo)

Se debe asegurar que la selección de las muestras heterólogas cumplan normas de bioética en la cual no se haga su selección por características estéticas.

7. En el caso de las receptoras se debe definir:
- Receptoras de pre-embiones generados con óvulos propios
 - Receptora de pre-embiones generados con óvulos donados y vientre no subrogado, es aquella paciente que por motivos fisiológicos y/o morfológicos no tiene óvulos adecuados y recurre a óvulos donados para poder ser madre.
 - Receptoras de pre-embiones generados con óvulos donados y vientre subrogado, es aquella mujer que recibe los pre-embiones ya sea de óvulos de la paciente o generada de óvulos diferentes a la de la paciente.

Se debe asegurar que la selección de los óvulos donantes cumplan normas de bioética en la cual no se haga su selección por características estéticas.

8. En el caso de las Receptoras de pre-embiones generado con óvulos donados y vientre subrogado o conocido como “Ventre de Alquiler”, requiere regulaciones para que:



- a. Únicamente sean usado en el caso que se demuestre en la historia clínica de la paciente que es médicamente imposible que pueda mantener en su útero un embrión.
- b. Que las mujeres que sean vientre subrogado lo puedan hacer una sola vez (un solo embarazo a término como vientre subrogado). Por ello también el registro nacional de donantes de gametos y pre-embriónes se incluya esa información.

Con estas medidas se podrá controlar y evitar el **TRAFICO DE NIÑOS y el LUCRO**, por el uso de madre subrogada.

9. Se debe mencionar quien deberá hacer el control de número máximo de hijos generados por un mismo donante, las mujeres que son vientre subrogado, Bancos de gametos y pre-embriónes de los Centros y usos de los gametos y pre-embriónes. El que debería realizar este control es a través del Registro Nacional de Donantes de Gametos y pre-embriónes dentro de la Comisión Nacional.
10. En el proyecto de ley mencionan que las pacientes no estén permitidas de seleccionar a su donante de semen, lo cual estaría limitando su derecho a la libre elección de un progenitor para sus hijos. Por otro lado, permitir la selección únicamente por el equipo médico podría generar ciertos monopolios a largo plazo.
11. En relación a la filiación en la actualidad se cuenta con la técnica de ADN que permite un mayor control de la identidad del material biológico, el cual se deberá usar para:

- a. Los donantes a los Bancos de muestras de semen y óvulos en los diferentes centros.
- b. Certificación postnatal del pre-embrión con respecto a los padres o el donante utilizado.

Esto permitirá una **MAYOR CALIDAD** en los centros y además contribuirá a evitar el **TRAFICO DE NIÑOS**.

En el caso del Capítulo III de criopreservación y otras técnicas coadyuvantes de las de reproducción asistida debe definirse con más claridad:

12. El tipo de consentimiento que se firmara para cada uno de los donantes, receptoras o pacientes conforme al punto 6 y 7 de este documento. Se deberá especificar el tiempo que permanecerán criopreservados (se debe definir el plazo máximo) para cada tipo y así mismo el destino que se les va a dar según la clasificación que se





“Año de la Integración Nacional
y el reconocimiento de Nuestra Diversidad”

la ha dado en la propuesta de ley según el Artículo 11 punto 4. Debe quedar claro que las decisiones que se tomen sobre el destino del material biológico deben ser tomadas únicamente por la(s) persona(s) de donde proviene el material biológico.

13. En el proyecto ley se menciona la aplicación de células madres con fines terapéuticos, el cual es un punto relacionado a la generación de líneas celulares a partir de estas células madres con fin de generar terapias contra enfermedades. Sin embargo tiene un aspecto bioético muy importante, el cual debe ser discutido y en el caso que se apruebe su inclusión debe ser aplicado a un determinado grupo de enfermedades en donde se ha comprobado científicamente su efectividad. Cabe mencionar que el trabajo con células madres aun esta en fase experimental en el mundo.

En el caso del Capítulo IV sobre Investigación con gametos y pre embriones humanos deberá definir:

14. Que deliberadamente no se podrán generar pre-embriones con fines de investigación, sino únicamente se podrán utilizar para investigación aquellos pre-embriones sobrantes y donados a la institución investigadora por los progenitores mediante un consentimiento informado.

15. Se deberá definir en los consentimientos informados claramente si desean que su material biológico sea utilizado en investigación.


16. Se deberá definir en el proyecto de ley las líneas de investigación en forma general para gametos y pre-embriones y en caso que exista una nueva línea esta deberá ser evaluada y aprobada por el Comité Nacional siguiendo los aspectos bioéticos respectivos.

17. En el caso que exista una línea de investigación de generación de líneas celulares a partir de células del pre-embrión deberá seguir un estricto control bioético y cuya inclusión deberá ser discutida.

Sin otro particular estimo propicia la ocasión para manifestarle las muestras de mi consideración,

Atentamente,




D^{CA} DAYANA YORDANI
CONSEJERA NACIONAL DEL INSTITUTO DE
MEDICINA LEGAL

“LAS INCIDENCIAS DEL ARTICULO 7° DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN LA PRACTICA DEL VIENTRE SUBROGADO”
“LAS INCIDENCIAS DEL ARTICULO 7° DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN LA PRACTICA DEL VIENTRE SUBROGADO”



Ministerio Público
Secretaría General de la
Fiscalía de la Nación

"Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad"

OFICIO N° 25774 -2012-MP-FN-SEGFIN

Lima, 19 DIC 2012

Señor Doctor
GINO DÁVILA HERRERA
Jefe Nacional del Instituto de
Medicina Legal y Ciencias Forenses
Presente.-



De mi mayor consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted, por especial encargo del señor Fiscal de la Nación, a fin de remitirle el Oficio N° 889-2012-2013/DC/LMCT-CR y sus anexos en folios (10), cursado por la señora Luisa María Cuculiza Torre, Congresista de la República, a través del cual, solicita opinión técnica relacionada con el Proyecto de Ley que propone regular la reproducción humana asistida; lo cual hago de su conocimiento para su oportuna atención.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para renovar los sentimientos de mi especial consideración y estima personal.

Atentamente,

EDUARDO VLADIMIR CUEVA POZA
SECRETARIO GENERAL
FISCALÍA DE LA NACIÓN

EVC/Rep
Reg. N° 2057-12

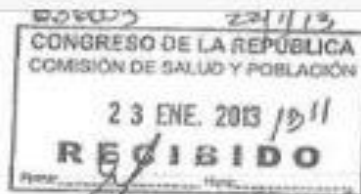
Ministerio Público - Fiscalía de la Nación

31 AÑOS
Defendiendo la Legalidad

“LAS INCIDENCIAS DEL ARTICULO 7° DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN LA PRACTICA DEL VIENTRE SUBROGADO”
“LAS INCIDENCIAS DEL ARTICULO 7° DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN LA PRACTICA DEL VIENTRE SUBROGADO”



**UNIVERSIDAD
DE PIURA**



Piura, 21 de enero de 2013

Señora
Karla M. Schaefer Cuculiza
Comisión de Salud y Población
Presidenta

De mi mayor consideración:

Reciba mi agradecimiento por solicitar y considerar nuestra opinión en este Proyecto de Ley 1722/2012-CR presentado por el Grupo parlamentario Gana Perú, a iniciativa del congresista Tomás Zamudio Briceño, que propone la Ley que regula la reproducción humana asistida (Oficio 868-2012-2013/CSP-CR).

Adjuntamos el informe solicitado, el cual ha sido elaborado por un equipo de investigadores desde la perspectiva académica y científica, para que pueda ser tenido en cuenta por la Comisión de Salud y Población, de acuerdo a lo que crean conveniente.

Atentamente,

Paul Corcuera
Instituto de Ciencias para la Familia
Director
DNI 02880022

COMISIÓN DE SALUD Y POBLACIÓN	
Fecha: 23/01/13	N° Pareado:
Para: Dr. Schaefer	Para:
Coord. Con:	Atención:
Urgente: <input type="checkbox"/>	Estad. Proy:
Importante: <input type="checkbox"/>	Asesoría técnica:
	Coordinación y Segu:
	Activos:
	Dist:

- Roberto V.
- Gladys: crecimiento y apoyo

PIURA: Av. Ramón Mugica 131, Urb. San Eduardo
Teléfono: (51-73) 234500 Fax: (51-73) 254510
Apartado Postal 363

LIMA: Av. José Gálvez 160, Miraflores
Teléfono: (51-1) 2139600 Fax: (51-1) 2139399
www.unfp.edu.pe

INFORME DEL INSTITUTO DE CIENCIAS PARA LA FAMILIA DE LA
UNIVERSIDAD DE PIURA SOBRE EL PROYECTO DE LEY 1722/2012-CR
(LEY QUE REGULA LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA)

I. INTRODUCCIÓN

El presente informe que presenta el Instituto de Ciencias para la Familia de la Universidad de Piura responde al trabajo interdisciplinario de diversos especialistas de la institución, en temas legales, médicos, bioéticos y antropológicos. Los profesores que han participado con sus aportes son: Dra. María Laura Malespina, Dr. Jaime Millás (Bioética); Dr. Gerardo Castillo (Medicina); Dra. Maricela González Pérez, Dra. Rosario García Naranjo (Derecho); Dra. Genara Castillo (Antropología); y los miembros del Instituto de Ciencias para la Familia (Mgtr. Gloria Huarcaya, Mgtr. Mariella Briceño y mi persona). El desarrollo del informe, responde a la visión científica, propia de un centro de educación superior.

II. PREMISAS DE PARTIDA

2.1. Definición de “pre-embrión”

a) Desde el punto de vista legal:

El presente Proyecto de Ley adolece de varios problemas terminológicos, siendo el principal el denominado “pre-embrión”. Así, dicho término no ha sido referido por algún texto legal pre-existente en la legislación peruana. De ese modo, los términos que se han utilizado para denominar la vida dentro del vientre materno han sido “embrión” y “concebido”.

En la legislación peruana, la Constitución vigente de 1993, señala en su artículo 2.1 que “El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”, reafirmando literalmente lo mismo el Código Civil en el artículo 1. La Ley General de Salud en el artículo II del título preliminar reconoce lo siguiente: “El concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud”. Por otro lado, el Código de los niños y los adolescentes va más allá, señalando en su artículo 1 que se protege al concebido de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico y mental.

Se aprecia entonces que el Estado peruano tácitamente, se ha venido decantando por la teoría que concibe el inicio de la vida, desde la concepción, no hallando compatibilidad el artículo 1.2 del



Proyecto de ley en comentario, que señala que el embrión adquiere calidad humana recién catorce días después de la fecundación.

Así, de acuerdo a la legislación nacional no habría lugar a manipulación embrionaria de ningún tipo, como sí lo habría en países que se acogen al concepto de embrión como aquel que se forma catorce días después de la fecundación, países como España e Inglaterra, en donde no hay respeto al embrión antes de tal fecha.

b) Desde el punto de vista médico y bioético:

La definición que se hace de “pre-embrión” como un conjunto de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde (artículo 1.2), sobre la cual se apoya fundamentalmente esta Propuesta de Ley, es falsa ya que afirma que este conjunto de células no es un embrión.

Se puede afirmar que desde el mismo instante en que el óvulo es fecundado por el espermatozoide, se inicia una nueva vida, distinta a la de sus padres, con toda una carga genética necesaria para que nazca un nuevo ser 40 semanas después. El ovocito fecundado se desarrolla de modo orgánico, sistemático, uniforme, sin saltos cualitativos, por lo que es imposible hablar que en un momento no hay vida pero que después de los 14 días sí lo hay.

El desarrollo biológico se inicia con la fecundación y sin ningún tipo de solución de continuidad, pasa luego a ser mórula y posteriormente blástula. Se implanta en la cavidad uterina, y continúa su proceso de división celular hasta la semana en que culmina el período de organogénesis con casi todos sus órganos completamente formados.

Por lo tanto, ese conjunto de células (mal denominado “pre-embrión”), es un organismo pluricelular armónicamente unido, único, coordinado y dirigido por una “inteligencia” que lo encamina hacia un fin “escrito” en los genes: llegar al final de un proceso que comenzó con la fecundación.

Los conocimientos científicos, técnicos y jurídicos definen al embrión como al ser vivo en fase del desarrollo que abarca desde el momento en el que el ovocito fecundado se encuentra en el útero de una mujer hasta que se produce el inicio de la organogénesis, y que finaliza a los 56 días a partir del momento de la fecundación.



Por lo tanto el “pre-embrión” es un embrión que se origina con la fecundación, un individuo de pocas horas o días de la especie humana, y no un estadio «pre-humano» entre gameto y embrión. Reafirmar el uso del término «pre-embrión» constituye un «artificio» verbal sin ninguna base científica, para establecer como rigurosamente probada la existencia de una doble categoría de embriones: los de menos de 14 días y los de más de 14 días. Los primeros denominados «pre-embriones» son susceptibles de ser producidos y congelados para ser empleados en investigación y experimentación. Con el término «pre-embrión» la realidad ontológica y biológica del embrión quedan suspendidas en la ambigüedad que implica que el embrión ya no sea un individuo humano, sino un «pre-embrión», una realidad pre- humana que no merece el respeto debido a los seres humanos y, por ende, se justifica su uso y muerte como medio necesario para fines terapéuticos o de investigación.

Para ampliar conocimientos sobre el tema y descartar la existencia del estadio “pre-embrión” en el desarrollo del ser humano pueden revisar los documentos escritos por la Dra Natalia López Moratalla, Catedrática de Bioquímica y autoridad en la materia, sobre el inicio de la vida humana¹.

El término “pre-embrión”, pues, no existe, no es término castellano ni científico, y más aún se puede definir por un Proyecto de Ley.

2.2. Cuestionamientos sobre el Objeto y ámbito de aplicación de la Ley

a) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida.

Antes de proceder a regular las técnicas de fecundación artificial ha de tenerse en cuenta que la normatividad jurídica de la filiación, desde siempre —desde el Derecho Romano—, parte del hecho natural del nacimiento, producto de la cópula sexual entre hombre y mujer. Al mismo tiempo, para los casos en que la pareja no puede concebir un niño, los ordenamientos, incluido el peruano, han previsto la institución de la adopción, para asegurar al menor la posibilidad de crecer dentro de una familia.

¹ López Moratalla, Natalia. Puede revisarse la siguiente página web: http://www.bioeticaweb.com/component/option.com_autores/task_autor/id_538/Itemid_994/; de manera más concreta el artículo: “El primer viaje de la vida del espermatozoide en la Madre” <http://www.natlab.com/embryology/embryo.html>



Las denominadas técnicas de fecundación asistida, que mediante ley se pretenden regular, han venido a romper el molde clásico de la filiación, al originar un vínculo paterno-filial sin recurso a la cópula natural, llegando, en varios casos, a “fabricar” un hijo en un laboratorio humano², como sucede en la fecundación in vitro. Motivo por el cual ha de tenerse muchísimo cuidado al legislar sobre estas técnicas a fin de evitar vulnerar la vida o la integridad física del niño concebido.

Análisis jurídico del Proyecto de Ley

Revisado el Proyecto de Ley N° 1722/2012-CR, se puede constatar que no sólo se fundamenta en la Ley Española de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006 de 26 de mayo), sino que, prácticamente, es una transcripción del articulado de esta última. Ello representa un gran problema puesto que la Ley española es una de las leyes europeas que regula la fecundación asistida de manera más amplia y menos protectora para el hijo.

En concreto, los inconvenientes al Proyecto de Ley que se presentan son:

1. Fundamenta la permisión al uso de las técnicas de fecundación humana asistida en un supuesto “derecho fundamental a la procreación”, derecho a tener un hijo; derecho que no existe. El hijo nunca puede ser objeto de un derecho subjetivo. El hecho de contraer matrimonio no confiere a los cónyuges el derecho a tener prole, simplemente les atribuye el derecho-deber a realizar los actos sexuales propios para procrear. Si en algún momento se ha pretendido defender ese derecho al hijo, se ha hecho justificando la libertad de los progenitores a decidir sobre su facultad procreativa ante las intervenciones estatales que pretendían limitarla. Éste sería el caso, por ejemplo, de Estados que limita el número de hijos que cada matrimonio o pareja puede tener, e incluso de aquellos que no permiten el nacimiento de criaturas de un determinado sexo.

² Así lo demuestra la declaración de un médico de una famosa clínica limeña que llevó a cabo una fecundación in vitro: “al acudir a mi consultorio vi que la única posibilidad de que la señora XXX pudiera tener un bebé era extrayéndole sus óvulos juntándolos con el espermatozoide del señor XXX y así formar embriones humanos, ese proceso se realiza en una incubadora en el laboratorio por tres días, a partir de la concepción hasta la formación de un embrión de 8 células” (cfr. considerando undécimo de la sentencia de 6 de enero de 2009, del 15° Juzgado Constitucional de Lima).



Por ello, es importante realizar una distinción entre las técnicas de fecundación artificial y la adopción; figuras que difieren totalmente. La adopción no tiende a cumplir “deseos” de nadie; se limita a proteger valores fundamentales, como la vida y la integridad física del nacido. Asimismo, implica que el hijo ha sido procreado de manera natural y no ha existido ningún contrato previo entre los padres y una clínica.

En general, las técnicas de fecundación artificial implican dar prevalencia al supuesto derecho a tener un hijo, tratándose a éste como un objeto de derecho. La adopción, por el contrario, por esencia, busca el interés superior del niño. Protege a niños abandonados insertándolos en familias idóneas donde puedan desarrollarse armoniosamente.

2. El Proyecto de Ley bajo análisis, en su Exposición de Motivos, justifica la utilización de las técnicas de fecundación artificial en constituir una solución a la infertilidad en un matrimonio o pareja. Afirmación que consideramos falaz. La fecundación asistida permite la procreación a la pareja en caso de infertilidad, pero nunca soluciona este problema. La infertilidad persiste después de que la mujer se someta a la reproducción asistida⁵. Es decir, el presente Proyecto de Ley pretende que las técnicas de fecundación artificial en el Perú no tengan una finalidad terapéutica, sino que sean un modo alternativo de procreación, siendo la voluntad de los padres el elemento determinante de la filiación, a diferencia de otros países, como Austria y Francia.

En el primero, el uso de las técnicas es subsidiario. Sólo pueden llevarse a cabo si todos los demás tratamientos posibles conducentes a inducir el embarazo a través del coito han fracasado o no tienen posibilidades razonables de éxito. El ordenamiento francés también prohíbe la reproducción asistida sin razón terapéutica. Sólo la admite en supuestos de esterilidad

⁵ Un artículo publicado por la periodista neozelandesa Carolyn Moynihan, en www.mercatornet.com, pone de manifiesto que, paradójicamente, la fecundación *in vitro*, concebida por el Premio Nobel Robert Edwards para que las parejas infértiles pudieran tener hijos, puede haberse convertido en otro factor de infertilidad. La esperanza que brinda el milagro técnico de la fecundación *in vitro* ha empezado a funcionar, según la periodista, como un motivo para retrasar la edad de tener hijos, constituyéndose este retraso de la maternidad en una nueva y principal causa de infertilidad. El artículo recoge las declaraciones del doctor Richard Fisher, uno de los principales expertos de fecundación *in vitro* en Nueva Zelanda, quien sostiene que un tercio de las mujeres sometidas a tratamientos de fecundación *in vitro* superan los 40 años; edad en la que las oportunidades de concebir de forma natural están reducidas al 5%.



lato sensu, médicamente comprobada, y cuando existe riesgo de transmisión de una enfermedad grave e incurable. Además, no hay posibilidad de utilizar técnicas de reproducción asistida por consideraciones eugenésicas: color de piel, color de ojos, etc.

3. El hecho que el Proyecto de Ley perciba las técnicas como un derecho, ha dado lugar a que permita ser usuaria a la mujer mayor de 18 años, sin imponer un límite de edad⁴ y sin tomar en cuenta su estado civil: casada, soltera e, incluso, a la mujer sola, y con independencia de su orientación sexual. Lo único que importa es haya prestado su consentimiento de manera libre, consciente y expresa (cfr. artículo 6 del Proyecto de Ley).
4. Por otro lado, como lo importante para el Proyecto de Ley es la voluntad de las personas de tener un hijo, no toma en cuenta si la filiación resultante de las técnicas corresponde con la verdad biológica (verdad de sangre, la filiación real). En consecuencia, autoriza las técnicas de fecundación artificial heterólogas, es decir, técnicas que se lleven a cabo con la contribución de un tercero, de un donante. Al que encubre con el más absoluto anonimato, impidiendo al hijo investigar su paternidad (cfr. artículo 5, incisos 1 y 5 del Proyecto de Ley). En otras palabras, se está prohibiendo al hijo, en todos los casos, conocer a su verdadero progenitor (el donante de gametos) y determinar la paternidad o maternidad que biológicamente le corresponde. Con esto, el Proyecto de Ley privilegia a los donantes, porque imposibilita que se les atribuya responsabilidad alguna por el hecho de ser progenitores. Responsabilidades y obligaciones que se ponen de relieve en el artículo 6 de la Constitución peruana y que tienen todos los padres con carácter general.

⁴ La falta de límite en la edad de la usuaria revela que lo primordial es la simple voluntad de querer tener un hijo. Sin importar que ello rompa totalmente con la propia capacidad reproductiva de la mujer, que encuentra su límite al llegar a una determinada edad. La prensa ha dejado noticias de mujeres mayores de 60 años que, gracias a las técnicas de reproducción asistida, han logrado ser madres. Entre ellas, el de una mujer española a la que nadie vio embarazada. Viajó a Houston para convertirse en la madre más vieja del mundo, 67 años, de gemelos, engendrados por fecundación *in vitro* con semen y óvulos donados. Incluso, el doctor Rafael Bernabeu, presidente de la Asociación Nacional de Clínicas de Reproducción Asistida en España, ha calificado de “frivolidad médica, el embarazo de esta mujer sexagenaria” (Diario *El Mundo*, de 14 de enero de 2007). En Perú, el caso que resuelve la Sentencia del 15° Juzgado Especializado de Familia de Lima, de 6 de enero de 2009, nos deja constancia de una mujer de 54 años de edad que se somete a una fecundación *in vitro*. Su avanzada edad le impide completar el período normal del embarazo y, a los siete meses de gestación, se ve obligada a someterse a una cesárea.



El perjuicio para el hijo es mucho más claro en el caso de la mujer sola que se somete a las técnicas. El hijo se encuentra con que tiene un padre al que no puede conocer ni reclamar ninguna responsabilidad, en contra de lo consagrado en la Constitución. Es decir, el vínculo con el varón queda eliminado y el hijo nacido carece de padre legal y de familia paterna, con todo lo que ello implica desde el punto de vista afectivo: como velar por él y tenerlo en su compañía, derecho a llevar sus apellidos, a recibir alimentos y los correspondientes derechos sucesorios. Por tanto, el dudoso derecho de la mujer a ser madre comporta que éste prevalezca sobre el derecho del hijo a nacer en una familia integrada por una madre y un padre.

De esta manera, el Proyecto de Ley que pretende regular la reproducción humana asistida en el Perú consagra un sistema que fue rechazado a inicios del siglo XX por todos los ordenamientos, que introdujeron la investigación de la paternidad con el objeto que los padres asuman sus obligaciones y deberes para con todos sus hijos, sin importar el origen de la filiación³.

En conclusión, la inconstitucionalidad del anonimato del donante radica en impedir al hijo reclamar la paternidad de su padre biológico, en el caso de la inseminación de mujer sola, o ejercitar una acción mixta a efectos de impugnar la filiación voluntarista y reclamar la del dador. Asimismo, se discrimina a los hijos nacidos mediante estas técnicas, en comparación con los hijos procreados de forma natural, quienes tienen acceso a todo el sistema de acciones de estado previsto en el Código Civil peruano. Además, el anonimato del dador transgrede el principio de indisponibilidad del estado civil de los hijos.

Por otro lado, las técnicas de reproducción asistida heterólogas, no sólo son una excepción al principio rector de verdad material, sino que también generan una diversificación entre la maternidad y paternidad biológicas —sobre las que el Derecho de Familia tradicional descansa— y lo que se denomina maternidad y paternidad “legales, educacionales o de deseo”⁴.

³ Por este motivo, el ordenamiento francés prohíbe a la mujer sin pareja someterse a las técnicas de fecundación asistida.

⁴ Las variaciones que se pueden producir son muchas: esposa que gesta su propio óvulo fecundado con espermatozoides de su marido o de donante; esposa que gesta un óvulo ajeno fecundado con espermatozoides de su marido o de donante; mujer soltera o viuda que gesta su propio óvulo fecundado con semen de donante o con semen de su marido fallecido; mujer soltera o viuda que gesta un óvulo donado con semen



En contraposición a esta errada regulación, se ha de destacar la Ley de procreación artificial austríaca y alemana, que sólo permiten el uso de métodos homólogos, que no involucren técnicas particularmente sofisticadas y que no se separen demasiado de los medios naturales de concepción. Así, en Austria se prohíbe la utilización de óvulos y espermatozoides de donantes en procedimientos de fecundación *in vitro*. Para el legislador austríaco el uso de la fertilización *in vitro*, como opuesto a la procreación natural, planteaba asuntos serios como el bienestar del niño concebido por este medio, su salud y sus derechos. También trastocaba los valores éticos y morales de la sociedad y entrañaba el riesgo de la comercialización y la reproducción selectiva. Es decir, la prohibición se fundamentaba en el bienestar del niño, la verdad biológica y la protección de las mujeres. El objetivo de dicha proscripción era evitar que se formasen relaciones personales inusuales, como un niño con más de una madre biológica (la madre genética y otra que gesta al niño), y el riesgo de explotación de las mujeres.

5. Pese a la transcendencia de la participación del dador, el Proyecto de Ley es bastante flexible en cuanto a las condiciones que ha de reunir este donante, futuro padre biológico del niño concebido mediante estas técnicas. Apenas le exige superar los 18 años, capacidad de obrar y gozar de buen estado de salud psicofísica. Tampoco le concede un tiempo de reflexión acerca del acto que va a realizar, ni la posibilidad de revocar su consentimiento y participación en el acto generativo⁷. Sólo puede retractarse cuando precisase para sí los gametos donados y siempre que estén disponibles. Asimismo, establece un tope muy alto (6) en cuanto al número de hijos que pueden ser engendrados con el material reproductor del donante (cfr. artículo 5, incisos 6 y 7 del Proyecto).

La donación de gametos, sobre todo en este Proyecto de Ley en que se garantiza la confidencialidad de los donantes, puede dar lugar a “incestos genéticos”. Un donante, que según la Ley haya sido capaz de donar en 6 lugares distintos y que además se cuida la no difusión de sus datos personales, puede procrear 6 hermanos con apellidos distintos que en un futuro pudieran

de donante o de su marido fallecido y mujer casada con otra mujer que gesta un óvulo propio o ajeno con semen de donante.

⁷ Los gametos no son como otras piezas, órganos o tejidos del cuerpo humano. Aun separados de la persona, mantienen una especial conexión con ella, en cuanto potencialidades de nuevas vidas que biológicamente serán hijos.



Intentar formar una familia desconociendo totalmente que son hijos del mismo padre.

De acuerdo con el artículo 5.2, el donante de gametos estaría privado de la posibilidad de revocar su consentimiento, excepto en el caso de que este precisase los gametos para sí. Obligar a quien cede su material genético a mantener esta decisión de manera irrevocable, cuando aún no han sido utilizados sus gametos, es obligarlo a asumir la posibilidad de una descendencia involuntaria cuando no se ha consumado la unión de gametos. En contradicción con esta exigencia, el artículo 3.5 sí permite a la usuaria de las técnicas desistir del tratamiento mientras no se haya realizado la transferencia de embriones. Esto crea una situación paradójica y absurda, en la cual el donante varón no podrá revocar su consentimiento en el caso de que su material no haya sido utilizado, mientras que una usuaria de las técnicas, aun cuando haya generado una nueva vida con su propia carga genética, puede negarse a asumir la maternidad de su propia descendencia.

6. El Proyecto de Ley en su artículo 9 regula la fecundación *post mortem*. Este método posibilita la concepción de un hijo con la particularidad que uno de los progenitores, el padre, ha fallecido antes de la fecundación*. Ello rompe con los esquemas de la filiación tradicional en la que el hijo póstumo es el nacido con posterioridad a la muerte de su padre, pero concebido por él en vida. Por lo tanto, el Proyecto de Ley permite la concepción de hijos no póstumos, sino *superpóstumos*.

La razón última de esa regulación no es otra que satisfacer el deseo de la mujer de concebir un niño de su compañero muerto, o el deseo del fallecido de ver immortalizada su memoria. No obstante, la fecundación *post mortem* resulta contrario al artículo 6, párrafo tercero de la Constitución Peruana: “Es deber y derecho de los padres alimentar, educar, y dar seguridad a sus hijos”, ya que permite la concepción de un hijo huérfano de padre antes de nacer.

* Esta posibilidad, que hasta hace poco parecía imposible, hoy en día es una realidad gracias a la criopreservación. Esta ha permitido que, en la realización de las técnicas de reproducción asistida, las fases de obtención de gametos y la fase de la gestación no se efectúen en el mismo momento, de modo que la gestación puede tener lugar mucho tiempo después de producirse la extracción de los gametos y de la muerte del progenitor.



b) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético.

Asimismo, el documento bajo análisis, en su Exposición de Motivos, amplía el ámbito de actuación de estas técnicas para evitar la aparición de enfermedades, sobre todo, en las personas nacidas que carecen de tratamiento preventivo. Establece que el diagnóstico genético preimplantacional abre nuevas vías en la prevención de enfermedades genéticas que en la actualidad carecen de tratamiento. Además, permite la selección de “pre-embriónes” para que, en determinados casos y bajo el debido control y autorización administrativos, puedan servir de ayuda para salvar la vida del familiar enfermo.

La promoción del diagnóstico preimplantacional para la determinación de antígenos de histocompatibilidad de los “pre-embriónes” con fines terapéuticos para terceros, constituye una práctica incompatible con el respeto debido al embrión humano, sólo justificada desde una concepción utilitarista de la vida humana. La producción *ex professo* y utilización posterior de un ser humano para curar a otro, no solo es inaceptable, sino que en muchos países (España por ejemplo), el Código Civil correspondiente castiga explícitamente a «quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana». Es nada más y nada menos que una forma de instrumentalizar a un ser humano.

Regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y “pre-embriónes” humanos criopreservados

Lo más grave es que el Proyecto de Ley regula las técnicas de fecundación asistida de tal forma que el niño se convierte en objeto de manipulaciones⁸, llegándose, incluso, a poner en riesgo su vida. Esto se puede constatar en el artículo 11 inciso 4, apartados c) y d) y en el artículo 14 y siguientes del Proyecto, que establecen que los embriónes

⁸ Muy ilustrativo es el caso de Mariana De Los Angeles, concebida mediante la técnica de fertilización *in vitro*. La niña nació con cardiopatía congénita, hipertensión pulmonar, complicaciones en hígado y riñón y síndrome de Down. Por estos motivos, sus padres pensaban demandar a la clínica limeña que realizó la técnica porque, según ellos, les dieron “un producto fallado”. La madre de la menor señaló que de cinco embriónes fecundados le introdujeron dos, pero que no le advirtieron que podían hacerle el diagnóstico genético preimplantacional para determinar si éstos presentaban malformaciones genéticas, por lo que sostiene: “pagué por una selección genética, por lo mejores embriónes. No cumplieron” (cfr. “Embriónes humanos: entre la congeladora y el tacho de desechos”, en *La Ley. Periódico mensual de Gaceta Jurídica*, 1 al 30 de noviembre de 2010, pp. 8-9). Expresiones que resultan denigrantes para la dignidad de la menor y de cualquier ser humano que padezca alguna discapacidad o enfermedad que le impida estar



crioconservados sobrantes de una *fecundación in vitro* —es decir, seres humanos— pueden ser utilizados con fines de investigación o destruidos. Preceptos que contradicen la Constitución y los tratados internacionales que defienden la vida del niño desde su concepción. Específicamente, los siguientes preceptos de la Constitución peruana y del Código de los Niños y del Adolescente:

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

Artículo 2, inciso 1 Constitución: “Toda persona tiene derecho: 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”.

Artículo 4 Constitución: “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”.

Artículo 1 del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes: “Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad (...). El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece (...) El niño y el Adolescente tiene derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental”.

Esa situación lesiva para el niño se puede ver reflejada, como ejemplo, en un caso real: en el caso que recoge la sentencia del 6 de enero de 2009, del Juzgado Especializado de Familia de Lima. El galeno que lleva a cabo la técnica de fecundación artificial compara al menor concebido con un animal: “Que al preguntarle si la sangre con la que se alimenta el concebido contribuye con la formación y el desarrollo del embrión, dijo «sí contribuye con la formación y con el crecimiento, mas no con la transformación de los cromosomas o genes que fue procreada, a modo de ejemplo cuando se insertan embriones de vacas Holsteins en vacas criollas (chuscas) nacen terneros cien por ciento Holsteins porque la sangre solamente contribuye a su alimento igual que la leche materna»”.

Asimismo, el citado médico, para lograr la concepción del niño, fecunda ocho óvulos, de los que sobreviven seis embriones. De éstos, sólo tres se implantan en la mujer y los otros tres quedan congelados. El tribunal, en defensa de la vida de estos tres niños, ordena que sean utilizados por la pareja en el plazo de dos años, de lo contrario ordena su donación a otra pareja³⁹.

³⁹ En palabras del juzgador: “Que conforme lo dispone el artículo 1 del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes (...) Falla declarando (...):5)



2.3. Creación de la Comisión Nacional de Reproducción Humana asistida del Ministerio de Salud

Según se plantea en el Proyecto de Ley, artículo 2 *in fine*, se creará una Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, dependiente del Ministerio de Salud. Tal como está indicado serían los que deberán dar un informe favorable para la aplicación de cualquier técnica no incluida en el numeral 1, dar un informe favorable para fijar periódicamente las condiciones básicas que garanticen el carácter gratuito de las donaciones, recibir los informes de la aplicación de las técnicas de diagnóstico preimplantacional, dar un informe favorable para que se realicen proyectos de investigación relacionados con el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida o los relacionados con la obtención, desarrollo y utilización de líneas celulares de células troncales embrionarias y recibir el resultado de las experimentaciones.

Como se puede desprender hay una responsabilidad muy grande en esta Comisión que requiere que se explicita de la manera más precisa su conformación, su organización, los gastos que deben estar asumidos, etc.

III. Otros cuestionamientos

Como suele suceder en los proyectos de ley con lenguaje ambiguo, da lugar a “diversas interpretaciones” abriendo así un sinfín de posibilidades en contra de la vida humana embrionaria.

En este proyecto de ley se abre la posibilidad de:

La sobreproducción de embriones. No restringe el número de “pre-embryones”. En el artículo 3 del Proyecto de Ley, se autoriza de manera precisa la transferencia de un máximo de tres embriones con la finalidad de evitar la “reducción embrionaria” pero no limita el número de embriones producidos, los cuales pueden ser en número determinado por la pareja y que pueden llevar en el futuro a una sobreproducción de embriones.

OTORGAR el plazo de DOS AÑOS a efectos que los justiciables XXX y XXX hagan efectivo el derecho a la vida que tienen los tres embriones concebidos producto de la fecundación *in vitro* de sus ovocitos y espermatozoides (...) contados a partir de que la presente quede consentida y/o ejecutoriada; 6) DISPONGO: Que vencido dicho plazo, si los citados justiciables no cumplieran precitado mandato, CURSAR OFICIOS al Juzgado de Familia Tutelar respectivo o al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES), según sea el caso, a efectos de que inicie el proceso de abandono de los citados embriones congelados y pueda otorgarse en adopción a padres sustitutos, con la finalidad de hacer efectivo el «Derecho a la vida» que tienen dichos embriones en su calidad de niños y por ende Sujetos de Derechos y de Protección Específica”.



En la coyuntura internacional actual, hay una enorme preocupación por la gran cantidad de embriones congelados existentes. Países como Italia o Alemania han procurado, a través de sus leyes, garantizar que solo se generen aquellos que se transferirán a la madre.

Otro aspecto que hay que tener en cuenta es el reporte económico de estas prácticas de fertilidad asistida. En general, el negocio de la compra-venta de óvulos ha sido presentado como algo humanitario para “ayudar” a las mujeres que tienen problemas de fertilidad; pero el tratamiento hormonal y las intervenciones a las que ellas son sometidas no lo justifica por los riesgos que conlleva. En el extremo alguien podría hacerlo por una hermana, pero lo cierto es que los centros de reproducción asistida se están asociando a los “bancos de célula madre” que lucran con esas células y no les importa mucho los riesgos a los que están sometidas las mujeres donantes ni siquiera la salud —física y psíquica— de los propios niños así obtenidos, de cuyos riesgos tampoco se habla. Todo ser humano tiene derecho a ser gestado naturalmente, a vivir una vez generado, y a desarrollarse saludablemente; pero junto con ello tiene derecho a ser considerado ser humano y no cosa, tiene derecho a conocer su identidad, etc.

La selección eugénica de “pre-embryones”. Como habrán tantos, se “seleccionarán los mejores”. No se especifica qué tipos de “pre-embryones” sobrantes son los que se orientan a la investigación, si los viables, los no viables, o los muertos. Son situaciones completamente distintas en cada caso. Así por ejemplo, un embrión humano no viable es aquel que ha perdido su capacidad de desarrollo biológico.

Si bien es cierto que prohíbe la clonación con fines reproductivos, se abre la posibilidad de la clonación para la investigación con fines terapéuticos.

Con respecto a los criterios antropológico-éticos podemos decir que este proyecto de ley fomenta el dominio tecnológico en la generación de la vida. Pero la vida humana no es igual que la de cualquier viviente. Las prácticas de la fecundación artificial dejan atrás la relación natural paterno filial. La dignidad del ser humano es tan alta que su concepción requiere un ámbito natural, el ser humano no puede ser artefactable, reducido a su condición de cosa, producido de manera artificial. La reproducción humana requiere un marco de dignidad porque el ser humano la tiene y exige ser acogido como persona y no producido como cosa.

No se pueden ni se deben diseñar ni “fabricar” seres humanos como si fueran cosas; como tampoco se les puede descartar sin más, menos someterlos a selección eugénica para aquellos que en el proceso



hubieran contraído anomalías cromosómicas. Es de temer que en esas condiciones de cosa la vida obtenida artificialmente sea manipulable o se maltrate de manera irreversible. Si por alguna razón los padres no estuvieran dispuestos a acoger los hijos existentes de su proyecto reproductor, y tampoco existe quien pueda o quiera acogerlos, miles de seres humanos en fase embrionaria estarían condenados a morir. Pero también estarían indefensos ante la manipulación de quienes los usen con “fines terapéuticos” que es el eufemismo usado para ocultar el asesinato que esa práctica conlleva.

IV. CONCLUSIÓN

EN CONCLUSIÓN, el Proyecto de Ley 1722/2012-CR, que pretende regular la reproducción humana asistida, vulnera varios artículos de la Constitución peruana, en especial el interés del hijo, su vida e integridad física, por lo que se recomienda de manera expresa su NO APROBACIÓN.

V. SUGERENCIAS A TENER EN CUENTA

Es cierto que pese a no estar reguladas, las técnicas de fecundación artificial se realizan *de facto*, cada día, en los distintos centros médicos peruanos. Esta realidad exige que el legislador se avenga a regular esta situación. Sin embargo, esta legislación debe ser respetuosa del interés superior del hijo, que rige todo el Derecho de filiación.

Para ello sugerimos que se tengan en cuenta los siguientes aspectos:

- Las técnicas de fecundación artificial han de permitirse exclusivamente a los matrimonios o a una relación similar al matrimonio (sobre la base de que sólo hombre y mujer pueden procrear). Así se permitirá al hijo concebido mediante ellas nacer dentro de una familia que garantice su desarrollo integral. Por tanto, no se pueden someter a estas técnicas el soltero, la pareja homosexual, ni una pareja heterosexual de fecha reciente.
- Ambos progenitores deben estar vivos cuando se practique la técnica, prohibiéndose la implantación de embriones *post mortem*. Además, debe tratarse de una pareja en capacidad de procrear, por lo que se prohíbe ser usuaria a la mujer menopáusica. El consentimiento deberá ser expreso y se concederá un plazo de reflexión. Este consentimiento podrá ser revocado libremente, antes de la realización de la técnica.
- Las técnicas de fecundación asistida no son un derecho de las personas y, por ende, no pueden regularse como un medio alternativo de procrear. Por tanto, deben ser subsidiarias, como un último recurso, luego de que



las parejas hayan intentado tener hijos de manera natural y se hayan sometido previamente a tratamientos de fertilidad que no tuvieron éxito.

- Han de permitirse únicamente técnicas de fecundación homólogas, con los mismos gametos de la pareja, y que no vulneren la dignidad del nacido. De esta manera se evitará la diversificación de la paternidad y/o maternidad del hijo así como el desconocimiento de su verdadero progenitor y la imposibilidad de determinar su verdadera paternidad. Se ha de descartar, por consiguiente, la fecundación *in vitro*, que implica la instrumentalización del hijo (su concepción en un laboratorio) y una transgresión a su integridad física, sobre todo cuando existen seres humanos (“embriones”) sobrantes congelados.
- Ha de prohibirse expresamente la maternidad subrogada, tanto en su modalidad de vientre de alquiler como en la de cesión de útero. Este método implica el alquiler, o préstamo en caso de ser gratuito, de una función de la mujer, tan importante, como es la maternidad, que no puede ser objeto del tráfico jurídico. Es un bien *extra commercium*, fuera del comercio de los hombres.

La maternidad subrogada también transgrede la indisponibilidad del estado civil de la persona, ya que trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno-filial y la atribución de la condición jurídica de progenitor e hijo.

Además es contraria a la dignidad de la mujer y del niño. Supone una explotación y manipulación de la madre, a la que se le considera una simple incubadora, y se produce al margen de los intereses del hijo, quien tampoco puede ser objeto de comercio, no puede ser transferible.

- Se han de imponer una serie de sanciones administrativas y pecuniarias a los centros médicos y galenos que lleven a cabo métodos prohibidos por ley. Sin descartarse la sanción penal cuando se atente contra el estado civil de las personas, según lo regulado por el Código penal peruano en sus artículos 144 y 145.

Si se quisiera realmente hacer frente al problema de la infertilidad y fomentar la fertilidad, se deberían presentar todas las opciones que respeten la vida y la dignidad del ser humano. En la línea de fomentar la fertilidad existen avances como los de la nuprotecnología que es el camino para la fertilidad natural. En general existen ya varios métodos naturales (temperatura basal, etc.) para que la mujer pueda conocer sus días fértiles y eso puede llevar a vivir una relación conyugal de mucha riqueza, ya que el amor conlleva el respeto y búsqueda del bien del cónyuge. Educarse en ese sentido elevaría la unión conyugal al plano realmente humano y no la reduce a la genitalidad.



Señora Congresista
KARLA M. SCHAEFER CUCULIZA
 Presidenta
 Comisión de Salud y Población
 Presente.-

Referencia: Oficio 898-2012-2013/CSP-CR

Por la presente doy respuesta a la carta que me dirigiera el día 13 de Diciembre, en relación al oficio de la referencia.

Debo manifestar en primer lugar mis felicitaciones al Congreso de la República por este proyecto de ley que regula la Reproducción Humana Asistida. Considero que dicha proyecto tiene una redacción impecable y que aborda todos los aspectos necesarios para regular esta importante actividad médica.

En cuanto al contenido, estoy de acuerdo con todos los artículos excepto el artículo 10, que considero discriminatorio para aquellas mujeres que, en forma congénita o por alguna intervención quirúrgica carecen de útero o presentan algún defecto anatómico en el mismo, así como para quienes tienen alguna condición clínica (por ejemplo insuficiencia renal) que les impide llevar a cabo un embarazo, a pesar de ser capaces de producir óvulos normales. Lo mismo es aplicable para las mujeres en quienes la gestación pone en grave riesgo su salud o la del feto (por ejemplo quien requiere medicamentos que pueden ser teratogénicos).

En estos casos es posible implantar el óvulo fecundado o pre embrión en el útero de otra persona, adecuadamente preparada, quien llevará el embarazo a pesar de no ser la madre genética.

De no permitirse esta opción la ley estaría dando oportunidad de procrear mediante reproducción asistida a personas con diversos tipos de discapacidad o incapacidad para concebir, pero no a aquellos que por razones médicas no pueden albergar su propio óvulo fecundado.

Por tal motivo, sugiero a los autores del proyecto considerar la modificación del artículo 10.

Sin otro particular, queda de Ud.

Muy atentamente,

[Firma]
 Dra. María I. Quiroga de Michelena
 C.M.P. 3860

PL 1722-2012

COMISIÓN DE SALUD Y POBLACIÓN	
Fecha: _____	Nº Sesión: _____
Pres. p. _____	Pres. _____
Constit. _____	Atención _____
Asesor. Gen. _____	Estad. Proy. _____
_____	Ayuda memoria _____
_____	Constitución y leyes _____
Urgente <input type="checkbox"/>	Archivos _____
Importante <input type="checkbox"/>	Otros _____

ASCHINAE P. L. 1722-2012

Eva Klein de Zigelboim
 C.M.P. 1359

María I. Quiroga de Michelena
 C.M.P. 3860