

**FACULTAD DE**  
**DERECHO Y**  
**CIENCIAS POLÍTICAS**

Carrera de Derecho y Ciencias Políticas

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

Tesis para optar el título profesional de:

ABOGADA



Autora:

Joana Maria Malquichagua Picon

Asesor:

Dra. María Isabel Pimentel Tello

Lima - Perú

2021

## DEDICATORIA

Dedicado a mis padres, quienes desde siempre han sido una fuente de inspiración, de superación y gracias a su esfuerzo pudieron otorgarme el privilegio de hacer estudios superiores. Igualmente, se lo dedico a mi abuelo y abuela materna quienes descansan en paz.

## **AGRADECIMIENTO**

Le agradezco a mi madre quien siempre ha sido fundamental para todos mis proyectos de vida y profesionales. Además, es el ejemplo perfecto de superación, humildad, empatía y solidaridad.

## Tabla de Contenidos

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

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

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

## RESUMEN

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

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

## ABSTRACT

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

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

## I: INTRODUCCIÓN

### 1.1. Realidad Problemática

La cuestión sobre la infertilidad o la falta de capacidad para procrear siempre ha sido una constante, incluso en el mundo se calcula que aproximadamente el 30% de las parejas presentan problemas para concebir un hijo, lo cual debería llamar la atención de las autoridades pertinentes para poder analizar esta situación, de forma que se pueda amortiguar los efectos negativos que ello podría ocasionar a las personas implicadas.

Al respecto, dentro del campo científico, se han desarrollado varias investigaciones en torno a los motivos por los cuales ocurre este fenómeno. Así, se ha determinado que las causas de estos problemas pueden venir tanto del hombre (debido a trastornos hipotalámico, de gónadas o de transporte de espermatozoides, etc.), como de la mujer (debido a la edad, lesiones en la Trompa de Falopio, endometriosis, síndrome de ovarios poliquísticos), de forma indistinta (La Vanguardia, 2018).

Si bien tradicionalmente se ha interpretado la maternidad como el estado de una mujer que se ha convertido en madre mediante el proceso biológico de la gestación y el parto de forma natural (Cáceres, Molina, & Ruiz, 2014), debido a la problemática descrita líneas arriba, muchas parejas deciden voluntariamente someterse a ciertos tratamientos o mecanismos para poder engendrar un hijo fuera de esa concepción tradicional, con el fin de poder ejercer plenamente su proyecto de ser padres.

Así, los avances tecnológicos y científicos en la rama de la medicina y genética con la implementación de las Técnicas de Reproducción Asistida (TERAs) han permitido la creación de nuevas representaciones sociales y jurídicas sobre la maternidad, como la llamada “maternidad subrogada”.

La denominada maternidad subrogada es un fenómeno derivado de la implementación de las TERAs, en donde intervienen, principalmente, la técnica de inseminación artificial y fertilización *in vitro*.

En primer lugar, en la fertilización *in vitro*, si bien hay una aportación de material genético de ambos interesados (o del interesado junto con algún donante), la fecundación de los embriones se realiza de forma externa, en un laboratorio, para después ser implantado en el útero de la mujer. En segundo lugar, la inseminación artificial, en donde, a diferencia de la figura anterior, la fertilización del útero no se realiza de forma externa, sino que los espermatozoides del varón son inyectados en el útero de la mujer de forma directa, con la intención de iniciar la gestación. Como se aprecia, la maternidad subrogada les ofrece a las personas que recurren a estas la posibilidad de recurrir a más de una vía específica para poder concebir.

Sin embargo, la problemática sobre el acceso a la paternidad ahora no es exclusiva de las parejas con problemas para concebir, sino que incluso se abre la posibilidad para que personas solteras puedan acceder a ella a través de, por ejemplo, un donante de material genético; o incluso se podría contemplar la idea de que personas del mismo sexo, mediante un mecanismo similar, puedan alcanzar la concreción de tener un hijo. De esta forma, la realidad misma nos indica que no estamos solo ante un mero “deseo” de los interesados por poder concebir, sino que estamos frente a una situación a la que el derecho debería atender en vista de las posibles repercusiones a las esferas de derechos fundamentales de los individuos.

Así, como se desarrolló en la presente investigación, el reconocimiento de la maternidad subrogada está ligada a un pleno ejercicio de cuatro derechos: el derecho a constituir una familia, el derecho a la libertad contractual, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y los derecho sexuales y reproductivos.

En primer lugar, el acceso a las TERAs permite garantizar el derecho a constituir libremente una familia, en el sentido de que las personas que acudan a estas técnicas

podrán realizar el propósito de traer una nueva vida al mundo con el fin de crear su propio seno familiar, creando su propio núcleo de forma independiente al de sus ascendientes, velando por el cuidado mutuo de sus miembros y con los derechos y obligaciones que las normas internas les asignan. Del mismo modo, se garantiza que los niños que sean fruto de estas técnicas puedan crecer en un ambiente sano y con los cuidados necesarios para su desarrollo.

Por otro lado, el acceso a la maternidad subrogada permite que las personas puedan ejercer plenamente el derecho a la libertad contractual, en el sentido de que les garantiza que podrán ejercer plenamente su voluntad de ser padres a través de acuerdos civiles en el que libremente se someten a un tratamiento con el fin de obtener la satisfacción de su necesidad. Ello, siempre dentro de los límites que el propio derecho civil exige y siempre en respeto por los derechos fundamentales de los implicados.

En tercer lugar, se garantiza el pleno ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en el sentido de que, mediante las técnicas descritas, las persona que así lo requieran podrán acceder al cumplimiento de su proyecto de vida. De esta forma, el hecho de que se les permita ser padres, a pesar de sus circunstancias particulares, está vinculado a la plena satisfacción de su bienestar y desarrollo personal, siendo esto un factor clave en la propia autoconcepción de la vida de los implicados.

Finalmente, el acceso a la maternidad subrogada permite el pleno goce de los derechos sexuales y reproductivos, en el sentido de que asegura que sean las mismas personas, y no circunstancias accidentales, quienes determinen cómo, cuándo y de qué modo reproducirse. Así, se resguarda la posibilidad de que no haya ningún tipo de impedimento arbitrario para ello, pudiendo recurrir al desarrollo científico para concretizar este derecho.

No obstante todo lo mencionado, a la fecha el Estado peruano no ha aprobado mayor regulación específica sobre la maternidad subrogada. La única ley que trata este tema es la Ley General de Salud, Ley N°26842, que en su artículo 7 dispone que “toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de la infertilidad y reproducción mediante el uso de

tecnología de reproducción humana asistida, siempre que la madre genética y la madre gestante pertenezcan a la misma persona”.

Como puede apreciarse, el artículo citado, si bien no establece una prohibición para el acceso a las TERAs -es más, incluso parece reconocer el acceso a estas técnicas a nivel nacional-, aún mantiene una concepción muy limitada de estas, sobre todo respecto del rol de la mujer, indicando que la que aporta el material genético debe ser la misma que la que geste. Al respecto, se considera que lo último deviene en una clara limitación al ejercicio del derecho a acceder a estas técnicas, la misma que podría significar una limitación arbitraria a una serie de derechos fundamentales, como los desarrollados previamente.

Por ello, creemos necesaria una investigación jurídica que busque analizar no solo el fenómeno de la maternidad subrogada y su relación con los derechos fundamentales, sino si esta figura es compatible con el ordenamiento jurídico peruano, analizando la normativa interna, así como otras fuentes de derechos (doctrina, jurisprudencia, marco normativo internacional) y, de ese modo, conocer la posibilidad de una regulación de estos métodos dentro del país.

## **1.2. Formulación del problema**

La realidad descrita conlleva una serie de problemáticas de orden práctico y jurídico, los cuales serán desarrollados durante la presente investigación. En el plano jurídico, el problema se concentra en la vulneración sistemática de derechos fundamentales, principalmente el derecho a la salud, el derecho a la libertad contractual, los derechos sexuales y reproductivos y el libre desarrollo de la personalidad como consecuencia de la ausencia de una regulación que garantice el acceso a la maternidad subrogada en el Perú.

En el plano práctico, el mayor problema es que muchas personas (no solamente parejas, sino también personas solteras, infértiles, parejas del mismo sexo, etc.), que tienen

previsto en su proyecto de vida ser padres o madres, no tienen la posibilidad de acceder a un medio idóneo (como las técnicas de reproducción asistida) para poder llevar a cabo ese anhelo. Naturalmente, consideramos que esa negativa tácita por parte del Estado trae una serie de repercusiones negativas para la salud mental de los individuos, toda vez que verían frustrado su deseo de poder tener un hijo; sin embargo, esto no queda solo allí puesto que, la nula regulación de las técnicas de reproducción asistida, trae también una serie de problemas conexos. Por ejemplo, se debería contemplar qué ocurriría con la situación de los menores que son producto de la aplicación de dichas técnicas, siendo que, debido a la configuración actual de las instituciones familiares, quedarían en un limbo jurídico, el cual podría afectar sus propios derechos (entre estos el derecho a la identidad, por ejemplo).

Si bien ya ha habido intentos y proyectos de ley que buscaban regular el tema de la maternidad subrogada, aún no se ha aprobado ningún tipo de norma específica sobre el tema. Ello conlleva a que las vulneraciones descritas sean continuas, haciendo que las personas interesadas deban recurrir a la maternidad subrogada en otros países donde sí es legal y está reglamentada.

No obstante, lo anterior conlleva a que solo las personas con los recursos suficientes como para optar por estas técnicas en otros países puedan satisfacer el cumplimiento de sus derechos. Se infiere, que quienes no cuenten con dicha posibilidad, tendrán que ver restringidos sus derechos ante la inobservancia del Estado peruano en materia de derechos humanos.

En este escenario se planteó la siguiente pregunta como **problema principal**: ¿Se puede justificar la necesidad de una regulación de la maternidad subrogada en el Perú como mecanismo idóneo para el ejercicio de los derechos a constituir una familia, a la libertad contractual, al libre desarrollo de la personalidad y a los derechos sexuales y reproductivos?.

Del mismo modo, como **problemas secundarios**, se plantearon las siguientes interrogantes:

- (i) ¿El ordenamiento jurídico nacional e internacional vigente ampara la existencia del derecho a constituir una familia?.
- (ii) ¿El contrato que se suscribirían los implicados en un caso de maternidad subrogada es compatible con el derecho a la libertad contractual?.
- (iii) ¿Cómo debería entenderse el hecho de que la maternidad subrogada no se encuentre expresamente prohibida por el ordenamiento jurídico peruano?.
- (iv) ¿El derecho a la realización personal o derecho al libre desarrollo de la personalidad ampara el hecho de reconocer el deseo de los aspirantes a padres como parte de su proyecto de vida?.
- (v) ¿El derecho a la autonomía reproductiva viene siendo reconocida en el marco normativo nacional e internacional? ¿Contempla la posibilidad de acceder a las TERAs?.
- (vi) ¿La maternidad subrogada es un avance seguro e idóneo que permite el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas?.

### **1.3. Justificación de la investigación**

La primera justificación de la investigación es teórica-jurídica, pues se pretende determinar la compatibilidad de la maternidad subrogada con el resto de nuestro ordenamiento jurídico, así como las premisas o condiciones para su reconocimiento en el sistema legal peruano. El debate nace a partir de un prolongado vacío normativo en relación al acceso a las TERAs, pues la maternidad subrogada no se encuentra expresamente regulada y la posición de las autoridades competentes en esta materia suele interpretar este tipo de situaciones a partir una interpretación literal y tradicionalista sobre la paternidad, el cual puede resultar bastante restrictiva respecto de los derechos fundamentales implicados.

Esta posición, que reivindica una interpretación literal-restrictiva de la norma, viene siendo cuestionada a nivel jurídico, abriendo el debate sobre su constitucionalidad y su posible reconsideración. No sólo en torno a la doctrina o trabajos académicos, sino también a la jurisprudencia de las instancias más importantes del sistema de justicia peruano, las cuales proporcionan una serie de principios de interpretación que consideramos podrían ser determinantes al momento de entender la extensión de las TERAs en el Perú.

Sobre el particular, si bien ha habido varias publicaciones al respecto del tema de la maternidad subrogada en el Perú, nosotros consideramos necesario un nuevo estudio del tema en el año 2021. Ello motivado por la aún perenne falta de regulación sobre la materia; así, no se deberían escatimar esfuerzos desde el fuero académico para la contribución con esta problemática. Del mismo modo, nosotros pretendemos enfocarnos no solamente en el ámbito familiar o en el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos, sino que además de dichos derechos, pretendemos analizar otros derechos que, consideramos, no han sido tratados lo suficiente en relación al problema de las TERAs, como lo son el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la libertad contractual.

Cabe mencionar que, a pesar de lo anterior, se decidió incluir dentro de nuestro análisis tanto al derecho a formar una familia como a los derechos sexuales y reproductivos en tanto, a pesar de que ya han sido analizados por otras investigaciones, consideramos que su apreciación podría contribuir necesariamente con nuestra hipótesis principal, por lo que aun así han sido incluidos y analizados en el desarrollo de la presente investigación.

Desde un plano social, la presente investigación también se justifica, pues ofrece una solución a una demanda de la sociedad: recurrir a las TERAs para ejercer plenamente los derechos fundamentales, principalmente el derecho a constituir una familia, la libertad contractual, el libre desarrollo de la personalidad y los derechos sexuales y reproductivos. Así, uno de los objetivos del presente trabajo es poder colaborar, dentro del campo de la

investigación, con un enfoque basado en derechos humanos para un mayor abordaje de este tema en materia legislativa.

De la mano con la justificación social, también se advierte una justificación institucional, pues la presente investigación enfatiza la importancia del reconocimiento de la maternidad subrogada, lo cual permite optimizar el ejercicio de los derechos de las personas implicadas. Con lo anterior, queremos destacar que consideramos que una característica que debería acompañar el estudio de las instituciones jurídicas es la adaptación de estas a los nuevos tiempos y a las nuevas circunstancias, como el avance de la ciencia. De esta forma, es imprescindible que el derecho logre adaptarse a las más novedosas técnicas con el fin de aplicarse cada vez mejor en los casos concretos.

Finalmente, la justificación personal y profesional responde a mis intereses y motivaciones personales que han orientado mi perfil profesional. El reconocimiento del derecho de las personas que no pueden concebir un hijo por diversas circunstancias, las injustas decisiones a nivel administrativo, así como el sufrimiento al que se exponen los menores involucrados han sido mis principales motivaciones personales y profesionales para la presente investigación.

## **1.4. Objetivos**

### **1.4.1. Objetivo general**

Justificar la necesidad de una regulación de la maternidad subrogada en el Perú en tanto es un mecanismo idóneo para el ejercicio de los derechos a constituir una familia, a la libertad contractual, al libre desarrollo de la personalidad y a los derechos sexuales y reproductivos.

### **1.4.2. Objetivos específicos**

Los objetivos específicos de la presente investigación giran en torno a analizar los fundamentos jurídicos que justificarían la regulación de la maternidad subrogada en el Perú. Nuestro planteamiento inicial comprende el análisis de los siguientes componentes:

- (i) Constatar si el derecho a constituir una familia es un derecho garantizado por el ordenamiento jurídico nacional.
- (ii) Analizar si los contratos sobre maternidad subrogada podrían encontrar amparo en el derecho a la libertad contractual.
- (iii) Comprobar que la maternidad subrogada no está expresamente prohibida por el ordenamiento jurídico nacional.
- (iv) Analizar cómo el acceso a la maternidad subrogada es una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad.
- (v) Corroborar que la maternidad subrogada esta protegida por el marco normativo nacional e internacional
- (vi) Considerar si la maternidad subrogada es una técnica segura que asegura el pleno ejercicio de los derechos de la persona.

## **1.5. Hipótesis**

### **1.5.1. Hipótesis General**

Existe una necesidad de regular la maternidad subrogada en el Perú en tanto constituye un mecanismo idóneo para el ejercicio de los derechos fundamentales del individuo, principalmente su derecho de constituir una familia, la libertad contractual, el libre desarrollo de la personalidad y a los derechos sexuales y reproductivos.

### **1.5.2. Hipótesis específicas**

- (i) El ordenamiento jurídico nacional e internacional ampara la existencia del derecho a constituir una familia.
- (ii) El contrato que se suscribiría entre las partes es compatible con el derecho a la libertad contractual.

- (iii) La maternidad subrogada no se encuentra expresamente prohibida por el ordenamiento jurídico peruano.
- (iv) El derecho a la realización personal o derecho al libre desarrollo de la personalidad ampara el hecho de reconocer el deseo de los aspirantes a padres como parte de su proyecto de vida.
- (v) El derecho a la salud sexual y reproductiva viene siendo reconocida en el marco normativo nacional e internacional.
- (vi) Se debe garantizar el acceso a la maternidad subrogada en tanto es un avance seguro que permite el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas.

## II: MARCO TEÓRICO

### 2.1 Componentes básicos de la investigación

#### 2.1.1. El ordenamiento jurídico y la maternidad subrogada en Perú

Sobre este punto en particular, la norma que considerada más relevante es la descrita en el artículo 7 de la Ley General de Salud, Ley N°26842, la que contempla el acceso a las Técnicas de Reproducción Asistida como medios para poder tratar adecuadamente la infertilidad, la que a continuación se presenta:

##### **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.

Como puede apreciarse, en principio, todo ciudadano tiene el derecho a poder recurrir a los tratamientos contra la infertilidad, **siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre una única persona**. La norma agrega que, para poder acceder a las TERAs, se requiere el previo consentimiento por escrito de los interesados. Como puede advertirse a partir de una **interpretación literal** de la norma, el derecho a utilizar las TERAs es permitido únicamente en el supuesto en que el elemento genético de la madre coincida con su condición de gestante.

Este hilo interpretativo nos conduce a cuestionar qué ocurre en el supuesto en que el elemento genético de la madre no coincida con su condición de gestante. Como puede advertirse de la interpretación literal, en dichos casos no estaría permitido el uso de las TERAs, esto es, existirían algunas restricciones que indudablemente las debe establecer la normativa vigente.

Vale recordar que incluso el mismo Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 1124-2001-AA/TC ha sostenido que los derechos fundamentales deben ser interpretados bajo un “mandato de optimización”, es decir, “siempre dirigido a alcanzar mayores niveles de protección” (fundamento 12), por lo que una interpretación literal que restrinja arbitrariamente el ejercicio de un derecho (y que, como veremos a lo largo del presente trabajo de investigación, trae consigo la afectación a varios derechos conexos), no tendría que ser del todo admitida en vista de sus repercusiones.

Como dijimos, de acuerdo a nuestra interpretación literal de la disposición normativa, no es posible afirmar que el uso de las TERAs se encuentra permitido de manera plena, sino que se sometería a los parámetros estipulados en la misma Ley, aunque sin contar con una prohibición expresa sobre la materia.

Desde un punto de **vista teleológico** es posible afirmar que la norma permite categóricamente el supuesto de uso de TERAs cuando el material genético de la madre coincida con la condición de gestante, pues puede constituir el supuesto más usual o convencional del uso de TERAs. Asimismo, otro fundamento que apoya esta interpretación es que el supuesto descrito por la norma está alineado con las categorías de filiación vigentes y su forma de acreditarlo (en este caso “consanguínea”).

Cabe recordar que, en la normativa vigente, no existe un supuesto de filiación que permita generar un lazo familiar cuando el material genético de la madre no coincide con el hijo. Sin embargo, como desarrollaremos en la fase de contrastación, también es posible afirmar

que el artículo 7 de la Ley General de Salud, que habilita el uso de TERAs, explícitamente quiso proscribir otros supuestos de hecho para la utilización de TERAs.

Asimismo, se destaca que no existe norma en el sistema peruano que imponga alguna limitación o prohibición expresa para los otros supuestos no contemplados en la Ley General de Salud, por lo cual es bastante discutible proscribir su uso, prescindiendo de una norma expresa. Una interpretación de esta naturaleza podría contravenir el principio de libertad previsto en el artículo 2, inciso 24, literal a) de la Constitución Política, la cual establece que “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha mencionado que “sobre la base del principio general de libertad, que el ser humano, en principio, es libre para realizar todo aquello que no esté prohibido en virtud de una ley, ni obligado de hacer aquello que la ley no manda” (Exp. 2235-2004-AA/TC, fundamento 8), por lo que las limitaciones a los derechos fundamentales deben ser establecidas de manera restrictiva. Posteriormente, en la sentencia recaída en el Expediente 3954-2006-PA/TC, ha reafirmado que las restricciones a la libertad de las personas deben encontrarse expresamente previstas en las normas, no siendo admisible interpretaciones extensivas o analógicas.

En esa misma línea se han manifestado juristas como Marcial Rubio (2020), quien al respecto sostiene que “solo estamos obligados a hacer lo que la ley manda y solo estamos prohibidos de hacer lo que la ley prohíbe” (p.43). Sin embargo, aclara que, para una correcta interpretación de dicho principio, se debe entender el concepto “ley” de modo amplio, por lo que un reglamento o norma de menor jerarquía, puede establecer prohibiciones que deben ser obedecidas.

Sobre la base de lo expuesto, en la medida de que no existe una expresa prohibición de utilizar TERAs para los supuestos no previstos en el artículo 7 de la Ley General de Salud,

se puede afirmar que es posible utilizar este tipo de TERAs, motivo por el cual también es factible celebrar acuerdos para su realización, toda vez que estaríamos frente al legítimo ejercicio de los derechos a la salud reproductiva.

Esta interpretación es consistente con el criterio establecido por la Corte Suprema en la Casación N° 563-2011-LIMA. En dicho caso, la Corte conoció el caso de una pareja que, recurriendo a la maternidad subrogada, pudo concebir una hija; no obstante, tuvieron que recurrir en un proceso de adopción posterior -por más de que, después del parto, se le entregó a su hija-, puesto que en la partida de nacimiento de la menor se colocó como padres tanto a la mujer que llevó el embarazo como a su conviviente.

Cabe indicar, que en el caso si bien el material genético masculino sí provenía del que, posteriormente, sería el padre, no ocurrió lo mismo con el material genético femenino. Sobre el particular, la Corte dictaminó el cumplimiento del acuerdo de maternidad subrogada, considerando de manera especial la protección del Interés Superior del Niño (ISN), considerando su derecho a tener una familia que le proporcione lo necesario para su óptimo desarrollo.

De ese modo, la Corte Suprema no solo consintió el establecimiento de un acuerdo por maternidad subrogada, sino que buscó priorizar el derecho de los padres de poder ejercer su patria potestad. En ese sentido, consideramos que esta debe ser la línea a seguir en este tipo de casos, puesto que, como detalló la Corte, no solo se beneficia a los aspirantes a padres, sino que también se la da una protección especial a los niños y niñas cuyas concepciones son el resultado de la aplicación de TERAs.

Al respecto, del ISN, se hace hincapié en que este principio se encuentra ampliamente reconocido tanto por instrumentos internacionales como por la normativa y jurisprudencia nacional. Sobre lo anterior, en la referida sentencia se entiende al ISN 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).

Del mismo modo, nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 02079-2009-PHC/TC, ha concebido que el deber de velar por el ISN obliga, tanto a entidades estatales como privadas, a que toda medida que establezcan vele por los intereses de los niños de manera preferente. Del mismo modo, ante cualquier conflicto entre derechos donde estén involucrados los niños, se debe preferir el resguardo de los derechos de estos, antes que cualquier otro interés.

Por ende, debido a la trascendencia que puede despertar el ISN, es que consideramos a este principio como un elemento relevante al momento de considerar el reconocimiento de las TERAs dentro del ordenamiento peruano, velando no solo por los derechos de los aspirantes a padres, sino por los niños que podrían verse inmersos en problemas judiciales en torno a sus relaciones paterno filiales.

## **2.1.2. Técnicas de Reproducción Asistida**

### **2.1.2.1. Alcance desde la perspectiva científica**

Respecto de las Técnicas de Reproducción Asistida, la Organización Mundial de la Salud (2010), las define como los tratamientos que incluyen la manipulación de gametos para el establecimiento de un embarazo, con el fin de ayudar a las parejas con problemas de infertilidad a poder procrear y cumplir el anhelo de ser padres. Así, dentro de las mencionadas técnicas, podemos mencionar algunos claros ejemplos, como la fecundación *in vitro* y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado.

Al respecto de esto último, Giraldo (2018) manifiesta que la maternidad subrogada es un tratamiento donde, a causa de que una mujer no puede ser madre, esta recurre a otra mujer para poder lograr su cometido. Esto se cumple por medio de la donación de espermatozoides (o espermatozoides y ovocitos, según el caso), para que la madre subrogada pueda quedar embarazada y dar a luz el hijo de la madre subrogante.

Este tratamiento es conocido también como “vientre de alquiler”, que es la cesión voluntaria de una mujer de su capacidad gestante. En forma similar, Chuck (2015) sostiene que el embarazo subrogado se presenta cuando una mujer acuerda someterse a un embarazo con la anidación de un cigoto con el espermatozoides de otra persona distinta de su pareja, aceptando que, posteriormente al parto, cederá al recién nacido a otra persona.

Estas técnicas se desarrollaron a partir de las últimas décadas del siglo pasado, en países con avanzado desarrollo tecnológico, los mismos que tuvieron que adaptar sus legislaciones para poder contemplar estos casos, tal como ocurrió en España hace más de treinta años. En esa línea, Jiménez (2012) explica que en 1988 se promulgó la Ley 35/1988, primera ley que regulaba las técnicas de reproducción asistida en España (y que fue posteriormente complementada por la Ley 42/1988, la cual versaba también sobre la donación y utilización de embriones y fetos).

#### **2.1.2.2. Alcance de las TERAs desde una perspectiva social y jurídica**

Las TERAs fueron inicialmente la reacción científica frente a un problema concreto: la infertilidad. A pesar de ello, hoy en día esta concepción es restrictiva, pues las TERAs actualmente son el medio mediante el cual millares de personas en el mundo alcanzan la paternidad -incluso más allá de los casos de infertilidad-, por ejemplo, las parejas del mismo sexo. Como puede observarse, desde la perspectiva de los derechos humanos, el acceso a las TERAs implica la revisión de la noción tradicional de familia, como hemos advertido. Se trata de una deconstrucción del concepto de familia.

Como se ha indicado, no solo estamos frente al deber de asegurar el derecho a la salud, sino también otros derechos humanos conexos, como es el derecho a formar una familia, el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía reproductiva, de los que ya nos hemos ocupado.

Esta situación desborda las estructuras jurídicas clásicas, exigiendo una reconstrucción de las instituciones del Derecho de Familia, modelado históricamente a partir de una concepción de familia heterosexual-matrimonial y centrada en la filiación, ya sea por naturaleza o mediante la adopción. En este contexto, el reconocimiento de las TERAs reta a los diversos ordenamientos jurídicos, exigiendo que sus marcos normativos las reconozcan como un tercer tipo filial, tal como lo han implementado en la región.

Por otro lado, como mencionamos anteriormente, el hecho de beneficiarse de las TERAs llama necesariamente a reconocer el libre acceso al progreso científico como otro derecho fundamental necesario. A respecto, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Declaración sobre la Utilización del Progreso Científico y Tecnológico en el Interés de la Paz y el Beneficio de la Humanidad (1975) reconoce el deber de los Estados para establecer las medidas necesarias para garantizar el uso de los logros científicos que contribuyan al ejercicio de los derechos fundamentales de manera más amplia.

Así, se busca resguardar las ventajas de la ciencia en beneficio de todos los ciudadanos, asegurando y garantizando el acceso universal a los beneficios de los nuevos descubrimientos, entre ellos los correspondientes a las TERAs.

### **2.1.2.3. Tipos de TERAs**

Como se ha indicado, si bien existen varios tipos de TERAs, la doctrina más especializada, normalmente hace referencia a dos tipos de técnicas, por ser las más empleadas. En ese

sentido consideramos que, para una explicación más metodológica y clara sobre la clasificación de las TERAs, podemos poner énfasis en las dos modalidades más empleadas y comunes: La **fecundación *in vitro*** y la **inseminación artificial**.

### **A. Fecundación *in vitro***

Esta técnica de inseminación comenzó a desarrollarse en la década de los setenta en diversos países, donde se buscaba inseminar óvulos fuera del cuerpo de la mujer; sin embargo, recién en 1978 -en Inglaterra- fue cuando nació la primera bebé por este medio<sup>1</sup>. Al respecto, como hemos venido adelantando la **fecundación *in vitro***, es caracterizada por la fertilización de los ovocitos de la mujer en un laboratorio para que, tras unos días de crecimiento, puedan recién ser implantados a la cavidad uterina. Esta técnica ya ha sido implementada en varios países, con excelentes resultados<sup>2</sup>.

Sobre el particular, Bagnarello (2015), sostiene que en este proceso se pueden distinguir 4 etapas o pasos a seguir, los cuales pasamos a detallar brevemente.

- (i) El primer paso es la hiperestimulación ovárica, mediante la cual, con una serie de tratamientos especializados, se busca acrecentar la mayor cantidad de óvulos susceptibles de ser fecundados.
- (ii) El segundo paso es la recuperación de ovocitos, la cual es realizada por medio de la aspiración de los folículos mediante una aguja introducida por vía vaginal bajo control ecográfico. Es en este momento cuando se realiza una primera clasificación

---

<sup>1</sup> A propósito, se debe destacar -y denunciar- la desinformación que hubo respecto de este primer caso de nacimiento de bebé producto de una fecundación *in vitro*. Sobre esto, presentamos la siguiente cita:

Lesley Brown (la madre de Louise) justo hasta poco antes del nacimiento de su hija pensaba que ya se habían producido cientos de casos de «bebés-probeta» y que se trataba de una práctica casi rutinaria. Desconocía por completo que se trataba del primer caso que se daba en el mundo y que iba a tener tanta repercusión pública (Añon 1999, pp.31-32).

<sup>2</sup> Se calcula que, en Estados Unidos, el 1.5% de los nacimientos son producto de fecundaciones *in vitro*; de igual forma en países como Bélgica y Dinamarca, donde esta cifra aumenta al 3.5% del total de nacimientos (Bagnarello 2015).

de los óvulos recogidos. Así mismo, de forma paralela se obtiene la muestra seminal de parte del hombre.

- (iii) El tercer paso es la inseminación, fertilización y cultivo de embriones. Los ovocitos obtenidos por la aspiración de los folículos son puestos en cultivo, donde se espera que completen su maduración. Cuando se ha logrado esta maduración se agregan al medio de cultivo los espermatozoides del hombre (inseminación). Así, tras unos días de observación, se seleccionan los embriones con alto potencial de implantación, con el fin de prepararlos para su transferencia.
- (iv) El cuarto paso es la transferencia de embriones. Cuando los embriones se han desarrollado normalmente se transfieren al útero materno. Los embriones son aspirados en una cánula de plástico, esta se pasa por el cuello del útero y se depositan los embriones en la cavidad uterina. Al respecto, el número de embriones a implantar será variable dependiendo de la edad de la mujer.

En relación a esta técnica, actualmente es una de las que más revuelo ha causado porque, si bien sigue siendo recurrida para ayudar a las parejas (o personas solteras) a poder fundar una familia, se pone de manifiesto las implicancias éticas con respecto de los embriones que son empleados para llevar a cabo esta técnica. Así, Carracedo (2015) afirmó lo siguiente:

En la actualidad no es posible llevar a cabo una FIV-TE [Fertilización *in vitro* con transferencia de embriones] sin que se pierdan embriones. El grado de especialización de la ciencia aún no logra la posibilidad de practicarla sin que ningún embrión se pierda. Y, si bien se tiende a pensar que ello es producto del contacto directo y la manipulación de los embriones por parte de los médicos, tal idea no es del todo cierta pues “la información científica generada enseña que la muerte embrionaria que ocurre en los procedimientos de FIV no ocurre como resultado directo de la técnica, ocurre como parte del proceso con que se expresa nuestra naturaleza” (Zegers-Hochschild citado por Carracedo) (pp.52-53).

En ese sentido, tenemos que tomar en consideración que en la fecundación *in vitro*, si bien podrían perderse embriones fecundados, esto no es una cuestión propiamente debido a la TERA en cuestión, sino que se debe a procesos naturales ajenos a esta. Por lo que el argumento que se suele oponer a esta técnica, carecería de sustento. De ese modo, no se atenta ni destruye premeditadamente el material genético.

De otro lado, los avances científicos han hecho de que técnicas como la fecundación *in vitro* se desarrollen constantemente y adapten diferentes formas. Así, según el portal Eva Ferlility Clinics (2016) se pueden distinguir hasta seis tipos de fecundación *in vitro*:

- Fecundación *in vitro* con óvulos propios y semen de la pareja: Técnica más aplicada, consistente en usar el material genético de los implicados, destinada a producir los embriones más idóneos para la transferencia embrionaria.
- Fecundación *in vitro* con óvulos propios y semen de donante: Técnica empleada ante la imposibilidad de contar con el material genético del miembro varón de la pareja o ante su ausencia. En la mayoría de países donde es permitida, los donantes son anónimos, manteniendo la confidencialidad sobre sus datos.
- Fecundación *in vitro* con óvulos de donante y semen de pareja: De la misma forma que en tipo anterior, esta técnica es usada ante la imposibilidad del miembro femenino de la pareja de poder ceder sus ovocitos para que sean fecundados. Del mismo modo, se trata de mantener la confidencialidad sobre los datos de la donante.
- Fecundación *in vitro* con óvulos y semen de donante: De la misma forma, esta técnica es aplicada ante la incapacidad de ambos miembros que componen la pareja de poder donar su respectivo material genético. Así, una vez unido el material, se procederá a implementar el embrión.

- Fecundación *in vitro* método ROPA: Sobre el particular, esta técnica es dirigida exclusivamente para parejas conformadas por mujeres. Se busca extraer los óvulos de una de las mujeres, fecundarlo y, posteriormente, transferir el embrión en el útero de su pareja.
- Fecundación *in vitro* “Mini”: Según se reporta, es un tratamiento más sencillo que el proceso regular, al demandar un tratamiento hormonal mucho menor.

## B. Inseminación artificial

Por otro lado, tenemos a la **inseminación artificial**, la cual es una técnica más antigua que la fecundación *in vitro*, ya que data desde 1776, en Londres (Urbina & Lerner, 2008)<sup>3</sup>. A diferencia de la técnica *in vitro*, no es desarrollada dentro de un laboratorio. No obstante, como explica Bagnarello (2015), esto no impide que el semen sea capacitado previamente en un laboratorio, con la excepción que, en este caso, es implantado directamente en la cavidad uterina mediante un catéter.

A simple vista, pareciera que el método resulta más sencillo que en el caso visto anteriormente. Sin embargo, como apunta la Sociedad Española de Fertilidad (2011), para que esta resulta efectiva, se requieren de constantes tratamientos y revisiones tanto antes, durante y después del depósito de los espermatozoides al útero de la mujer. Por ejemplo, se debe constatar la capacidad de la mujer para poder ovular sin mayores complicaciones; así mismo, se recomienda que se siga un tratamiento para favorecer el desarrollo de folículos ováricos.

---

<sup>3</sup> Aunque en un primer momento, muchas de las inseminaciones fueron reprochadas públicamente por los métodos que los especialistas realizaban para llevarlas a cabo. Por ejemplo, podemos citar el siguiente caso:

Después de examinar numerosas veces a la mujer en cuestión –cuya identidad se desconoce–, para tratar de determinar las causas de su infertilidad, el doctor Pancoast llegó a la conclusión de que ella era fértil, y de que el problema estaba en su marido (...) Pancoast llamó otra vez a la mujer con la excusa de que deseaba examinarla (...) la acostó en la mesa, alrededor de la que también estaban seis jóvenes estudiantes de medicina, y le administró cloroformo para anestésicarla. Después le introdujo semen procedente de uno de los estudiantes en el útero (...) la mujer nunca fue informada de lo que había pasado, ni siquiera cuando nueve meses después tuvo un hijo (Añon 1999, pp.31-32).

Incluso, así, según afirma la institución mencionada, solo habría entre un 10% a 15% de probabilidades que este tratamiento conlleve a un embarazo, por lo que lo más recomendable, en caso no se obtenga el resultado esperado, es repetir este proceso al menos tres o cuatro veces. No obstante, consideramos que, a pesar de esta aparente bajo porcentaje de resultados, la inseminación artificial sigue siendo una de las TERAs que genera mayor índice de satisfacción entre las personas que recurren a ella.

Cabe mencionar que, al ser una operación sencilla, no representa mayores complicaciones de salud. Así, el único imprevisto que podría aparecer en su desarrollo serían los casos de gestación múltiple, esto debido al poco control sobre el número de óvulos susceptibles de anidarse (a diferencia de lo que ocurre con la implantación *in vitro*, donde sí se tiene mayor control sobre este hecho).

## **2.2. Bases jurídico conceptuales**

### **2.2.1. El Derecho a constituir una familia**

#### **2.2.1.1. La familia**

Desde la perspectiva de los Derechos Humanos y cómo se ha entendido el término familia, se debe traer a colación lo mencionado en el derecho internacional. Así, resulta trascendental mencionar lo estipulado en el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) y en el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), los mismos que citamos a continuación:

#### **Artículo 16.-**

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

#### **Artículo 17.- Protección a la Familia<sup>4</sup>**

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

Del mismo modo, se puede traer a colación lo estipulado en el artículo 23 del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y en el artículo VI de la Declaración Americana De Los Derechos y Deberes Del Hombre (DADDH), que presentamos a continuación:

#### **Artículo 23**

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

#### **Artículo VI.-**

Toda persona tiene derecho a constituir familia, **elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.**

Sobre el particular, se desprende que las normativas señaladas, básicamente, tienen la misma redacción respecto a cómo entienden el término familia, entendiéndola como un elemento natural y esencial de la sociedad, la cual debe ser resguardada tanto por el Estado como por la misma sociedad de la que es parte. No obstante, la definición empleada aún podría dejar ciertos márgenes para la interpretación, pues no se menciona expresamente cómo es que se conforma una familia, lo cual ha traído mucha discusión.

---

<sup>4</sup> Del mismo modo, se debe citar al Protocolo de San Salvador, que fue un protocolo adicional a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales:

#### **Artículo 15.- Derecho a la Constitución y Protección de la Familia**

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material.

Al respecto, en la Observación General N° 16 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas se ha explicado que el término familia debe ser conceptualizado de forma amplia, considerando la forma en que se conciba esta institución en un respectivo Estado. La idea es mantener la flexibilidad del concepto, y que este se adapte de acuerdo a un contexto sociocultural específico. En la misma línea, en la Observación General N° 19 ratificó la pertinencia de mantener un concepto flexible de familia, por la variedad de definiciones y concepciones culturales del término.

Esto último concuerda con lo estipulado en la CADH, en el inciso 2 del artículo 17 (“las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”). De ese modo, se reconoce cierto margen de acción para que cada Estado, con la autonomía legislativa que mantiene, pueda entrar a regular este punto.

Así, de acuerdo a las concepciones de cada país, el derecho a fundar un matrimonio y una familia estará sujeto a determinadas condiciones, aunque estas no deben ser tan restrictivas que dificulten la propia naturaleza del derecho. Este mismo criterio ha sido expresado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Eugenia Morales vs. Guatemala* (fundamento 40), en donde la referida ciudadana y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional presentaron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) una denuncia en relación a una serie de artículos del Código Civil de Guatemala. Según las denunciantes, los artículos referidos contravenían los artículos de la CADH sobre igualdad y discriminación, ya que establecían obligaciones para cada cónyuge basadas en prejuicios de género. Al respecto, la Comisión dictaminó que el Estado de Guatemala, con la aplicación de los artículos denunciados, estaba restringiendo las libertades convencionales de las mujeres, por lo que no tenían amparo alguno.

Por su parte, en la Observación General N°19 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se ha ratificado la importancia de aceptar la composición de las diversas

formas de familia. Al respecto, consideró importante la aceptación de diversas formas de familia (incluyendo a las parejas no casadas y monoparentales), debiendo el Estado brindar las medidas de apoyo para que los padres puedan ejercer sus obligaciones en condiciones de igualdad.

Sin perjuicio de las diversas concepciones de familia, es importante tener en consideración que esta es el reflejo de la sociedad (tanto es sus aspectos positivos como negativos) y, como tal, ofrece un enfoque comprensivo de su situación actual. La familia es la unidad básica de la vida social, y es el principal agente de desarrollo sostenible en todos los niveles sociales, aportando una contribución significativa en el desarrollo del país (Secretaría General, 1993). Por ello, es que encontramos trascendental que el mismo Estado garantice un respeto incondicional a las familias, independientemente de su conformación.

#### **2.2.1.2. Derecho a fundar una familia**

El derecho a fundar una familia, según se desarrollará, debe ser concebido como derecho fundamental previsto tanto en la Constitución, como en diversos tratados internacionales suscritos por el Estado peruano, y que ha sido ratificada por la jurisprudencia nacional. En el ámbito interno, de acuerdo a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 09332-2006-AA/TC, el derecho a la familia, ratificando lo visto anteriormente, debe ser definido considerando los contextos sociales vigentes; de ese modo, se ha reconocido la existencia de las llamadas “familias ensambladas”, las mismas que tienen una composición distinta a la “tradicional”.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional mencionó, en la sentencia antes referida, la necesidad de comprender fenómenos sociales como el divorcio -legalmente reconocido en el país- y su alta tasa de incidencia -las que afectado a muchas familias que se han visto en la necesidad de separarse. Debido a las consecuencias de situaciones como las

mencionadas, es que se entiende una urgencia por reconocer otros tipos de familia, por ejemplo, las monoparentales o las que son producto de uniones de hecho.

A propósito del caso en cuestión, que fue motivado por la negativa del Centro Naval del Perú de entregarle un carné familiar a su hijastra -lo que finalmente se determinó como una conducta discriminatoria-, resulta crucial para entender que la flexibilización del término de familia ya ha sido reconocida por el máximo intérprete de la Constitución, por lo que un análisis sobre la legalidad de la maternidad subrogada también deberá considerar esto.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha reafirmado lo anterior en la sentencia recaída en el Expediente 6572-2006-AA, demanda donde se contempló el caso de Janet Rosa Domínguez, quien demandó a la Oficina de Normalización Previsional (ONP) solicitando el reconocimiento de su pensión de viudez en vista de una declaración judicial de unión de hecho, la misma que no era reconocida por la institución. Sobre el caso concreto, el Tribunal mencionó, más allá del tipo de familia del que tratara un determinado caso, esta merece protección frente a todo tipo de injerencias arbitrarias, incluso si no se adecúa al modelo de familia matrimonial.

Sobre la base de la flexibilización del concepto de familia, puede afirmarse que el derecho a fundar una familia no es limitativo a una forma determinada -por ejemplo, la forma matrimonial-, pudiendo constituirse sobre la base de la celebración de un matrimonio u otras formas no necesariamente originadas en el matrimonio, como el caso de las familias monoparentales.

Habiendo precisado lo anterior, pasamos a precisar, de forma detallada, algunos instrumentos internacionales que amparan el derecho fundamental a fundar una familia:

a) Declaración Universal de Derechos Humanos: el artículo 16, antes citado, establece en su inciso 1 que, tanto hombres como mujeres, a partir de determinada edad, tienen el

derecho inherente a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos más allá de si se está o no dentro de un matrimonio, considerando que no deberían mediar ningún tipo de discriminación. En esa línea, se apoya el concepto de la familia como la unidad natural y fundamental de la sociedad.

b) Convención Americana sobre Derechos Humanos: En el inciso 4 del artículo 17 se reconoce el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia. Al respecto, el referido inciso reconoce el derecho tanto de hombres y mujeres a contraer matrimonio y a fundar una familia, considerando la edad determinada por las leyes de cada país, y siempre que no contravenga el principio de no discriminación. Aunque (como se ha dicho) estas restricciones del derecho interno no deben ser restricciones que impidan el ejercicio de la esencia del derecho.

c) Protocolo de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo San Salvador): el inciso 2 del artículo 15° reconoce el derecho a constituir una familia y reconociendo el deber del Estado por su mejoramiento moral y material, promoviendo la creación de un ambiente estable para su desarrollo. Al respecto, se estipula expresamente “toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna” (Artículo 15).

d) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: de acuerdo al inciso 2 del artículo 23, el PIDCP reconoce expresamente “el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”. Así, a diferencia de la DUDH, los términos de matrimonio y familia no van conjuntamente en la redacción. Aunque sí se pone en énfasis en el mismo artículo que ningún matrimonio se contraerá sin libre y pleno consentimiento de los futuros cónyuges (inciso 3); además que los Estados deben asegurar la igualdad de los derechos y responsabilidades de los futuros cónyuges (inciso 4).

e) Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre: En el artículo VI se consagra, de manera expresa, el derecho a la constitución de una familia (“Toda persona

tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”), lo cual involucra una prerrogativa que comprende dos aspectos esenciales: derecho a fundar una familia y a la igualdad de derechos para ambos cónyuges, en caso de matrimonio.

Como ha podido constatarse, el derecho a formar una familia es una potestad ampliamente reconocida a nivel internacional, obligando a los Estados parte, como el Perú, a poder garantizar su pleno ejercicio, el cual, como también hemos visto, incluye la posibilidad de reconocer ampliamente el rango de “familia” más allá de la concepción tradicional del término.

### **2.2.2. Derecho a la salud sexual y reproductiva**

Como parte de los denominados derechos sociales, se encuentra el derecho a la salud, el cual representa una de las bases o fundamentos para el ejercicio de los demás derechos o proyectos personales. Así, de acuerdo con el artículo 7° de la Constitución Política:

#### **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 (...).

Sobre el particular, queremos recalcar que, si bien la salud no se encuentra ubicada dentro de la gama de derechos fundamentales del artículo 2, esto no significa que no lo sea. Puesto que el artículo 3 extiende esa categoría incluso a los derechos no reconocidos expresamente como tales.

En relación a la redacción del artículo citado, llama la atención la formulación del derecho a la salud, entendiéndolo una triple dimensión de este (individual, familiar y comunitario). Sobre esto, Marcial Rubio (2020) menciona que este derecho puede abordarse desde tres

dimensiones: una dimensión individual (cuando se solicita atención médica para una enfermedad); una dimensión familiar (destinadas a proteger la salud de sus miembros); y una dimensión social (referida a cuestiones como, por ejemplo, el control de enfermedades masivas, cuidado de medio ambiente, etc.).

En ese sentido, nosotros consideramos que el problema a desarrollar en la presente investigación implica a las esferas de la salud descritas. Ello, en el sentido de que el acceso a las TERAs no solo es una cuestión de bienestar personal, sino que también trae consigo implicancias en la concepción de la familia. E incluso, debido a la trascendencia que podría tener para la cantidad de parejas que buscan acceder a estas técnicas, es también una cuestión de salud comunitaria.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas desarrolló los límites y parámetros en los que este derecho debe ser ejercido, indicando que este no solo debe garantizar la ausencia de afecciones y enfermedades o el acceso a la atención médica. Al respecto, se afirma que este derecho debería contemplar, además de lo mencionado, la debida atención a la salud sexual y reproductiva (Observaciones Generales N° 14 del 2000 y N° 22 del 2016, fundamentos 11 y 7, respectivamente).

A mayor abundamiento, el referido Comité señala que el Estado debe velar también el bienestar integral en relación a su sexualidad, entendiéndola como la capacidad de poder decidir cómo, cuándo o con quién reproducirse, así como la libertad de poder tomar decisiones informadas, libres y acordes a su propia percepción; del mismo modo, se contempla la posibilidad de acceder a servicios de salud reproductiva para poder ejercer este derecho de manera plena.

Esto significa que, en caso una persona tuviera alguna enfermedad o algún problema en su salud reproductiva tiene derecho a tomar el tratamiento médico adecuado, así como a

tomar libremente otras decisiones vinculadas. Por eso es que el Comité concluye que este derecho debe ser entendido de forma interdependiente con otros derechos, como la vida, la libertad, el respeto por la vida familiar y la no discriminación.

En relación con la salud sexual y reproductiva, el Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (1994) definió el concepto de salud reproductiva:

La salud reproductiva es 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. 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. En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva (Naciones Unidas, p.37)

En la referida Conferencia se estableció que estos derechos entrañan la capacidad de disfrutar de una vida sexual de manera plena y sin riesgos, así como la libertad para decidir procrear y cuándo hacerlo. Lo que implica el derecho a obtener información sobre el tema, y formar su propia familia. Ello, según lo se entiende, es el fundamento para el reconocimiento de métodos para la fecundación que no estén legalmente prohibidos; del

mismo modo, abarca el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos.

Por su parte, dentro de la doctrina especializada, Rocío Villanueva (2006) afirmó que los derechos sexuales y reproductivos están destinados a garantizar que sean las mismas personas las que tomen el control sobre su propia sexualidad (incluyendo factores como la identidad sexual, orientación sexual, la posibilidad de elegir a una pareja, etc.). La autora, además, afirma que lo anterior conlleva a reconocer la necesidad de contar con una educación apropiada que contemple una reflexión en torno a la sexualidad.

Al respecto, consideramos esencial la definición brindada porque reconoce la capacidad del “disfrute” -citando expresamente el término empleado- de una capacidad humana, la cual puede o no estar relacionada con la posibilidad de poder procrear. Así, vemos que este disfrute viene acompañado de una cuestión fundamental como el acceso a la información sobre el tema y la posibilidad de acudir a TERAs para promover la fecundación, conformando todo lo dicho un bloque único de derechos.

Al respecto, nos parece trascendente lo expresado por la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia T-375, 2016. En dicho caso, se vio la causa de una asegurada que demanda a su compañía de seguros para que esta le cubra su acceso a una fecundación *in vitro*, en vista de que se le había detectado VIH, razón por la cual su médico personal le recomendó someterse a este tratamiento para poder ser madre. Al respecto, la Corte señaló que todo tipo de injerencias arbitrarias en este ámbito, adicionalmente, traerán limitaciones a otros derechos conexos, como la libertad, intimidad, y libre desarrollo de la personalidad.

Lo anterior reafirma lo sostenido anteriormente, en el sentido de que el derecho a la autonomía reproductiva implica no solamente el derecho a tener hijos, sino que amerita

también el reconocimiento de una serie de derechos conexos, los cuales deben ser garantizados de igual forma por el Estado.

Del mismo modo, además de lo dicho hasta este punto, podemos traer a colación los siguientes instrumentos internacionales adicionales, que regulan la tutela y promoción de la salud sexual y reproductiva:

**a) Convención Para la Eliminación de Toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).**

La CEDAW, de diciembre de 1979, fue un acuerdo entre Estados con el fin de promover una serie de medidas para eliminar las diversas manifestaciones de discriminación contra la mujer, entendiendo a este fenómeno como un mal sistémico y endémico. Al respecto, en la introducción del documento se señala la intención de condenar toda práctica que limite la libre participación de la mujer en la vida política de una comunidad.

Al respecto, sobre el tema que nos concierne, podemos citar al inciso f del artículo 11, el cual menciona lo siguiente:

**Artículo 11.-**

- f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.

Sobre esta última mención, debemos recalcar que, con la referencia antes citada, se pone de manifiesta el reconocimiento de la salud reproductiva como parte de las diversas prácticas discriminatorias contra las mujeres. En ese sentido, la CEDAW propone una obligación a los Estados parte para limitar dentro de sus legislaciones el nulo acceso a las TERAs.

Sin embargo, hay que notar que, resulta sorprendente la casi nula referencia a los derechos sexuales y reproductivos dentro de la Convención, e incluso, que el inciso f) coloque, dentro de un mismo artículo, el derecho a la protección de la salud reproductiva y la seguridad en las condiciones de trabajo, siendo temas que podrían haberse colocado de forma separada, considerando la poca relación entre ambos conceptos.

De otro lado, debemos traer a colación lo estipulado en el inciso e) del artículo 16, el mismo que estipulaba lo siguiente:

**Artículo 16.-**

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.

Si bien no hay una mención expresa de los derechos sexuales y reproductivos en el artículo citado, la esencia del mismo parece remitirnos a la capacidad de goce de la sexualidad. Del mismo modo, se reconoce el derecho de acceder a información pertinente con el fin de poder hacer un ejercicio consentido de la referida capacidad. Sobre la influencia de este artículo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos mencionó que el artículo 16 del CEDAW, se restringe cuando se obstaculizan “los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad” (sentencia Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, fundamento 146).

**b) Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres.**

La referida Convención, acordada en 1994, fue establecida como un mecanismo de protección para las mujeres en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos, con el objetivo de prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra ellas. Sobre el particular, si bien no hay ninguna mención expresa a los derechos sexuales y

reproductivos, hay que decir que la Convención mencionada ha puesto de manera expresa la obligación de los Estados parte por idear mecanismo de protección en caso algún derecho fundamental de las mujeres, reconocido tanto en la legislación interna de su país como en algún instrumento internacional, sea vulnerado.

Del mismo modo, se hace un llamado a los Estados parte para que modifiquen sus normativas internas, de modo que, aquellas prácticas que, directa o indirectamente, devengan en algún tipo de discriminación contra la mujer, sean desterradas sus marcos jurídicos.

### **c) Declaración de Beijing**

La IV Conferencia Mundial de la Mujer realizada en Beijing en 1995, trajo consigo el reconocimiento expreso de la salud sexual como un derecho humano, y, por ende, como un tema de interés público y de obligatoria protección por parte del Estado y de la sociedad. Al respecto, los Estados parte acordaron obligarse a “garantizar la igualdad de acceso y la igualdad de trato de hombres y mujeres en la educación y la atención de salud y promover la salud sexual y reproductiva de la mujer y su educación” (punto 30).

Asimismo, la Declaración ahonda más en el punto anterior, reconociendo que los derechos humanos de la mujer deben incluir el reconocimiento de su derecho a tener control sobre su sexualidad, considerando la plena igualdad entre mujeres y hombres, debiendo ambos asumir las consecuencias de su propio comportamiento en el ámbito sexual.

Sobre esto último, hay que indicar que, para la época, los compromisos acordados en la Declaración de Beijing fueron un suceso respecto a la protección y reconocimiento de los derechos de las mujeres. Evidentemente, debido a los avances progresistas acordados, no hubo un consenso unánime entre los países asistentes. Por ejemplo, la Santa Sede formuló una reserva sobre los contenidos sobre la salud sexual, por considerar que había otras

cuestiones más relevantes; además, de que un reconocimiento de la autonomía reproductiva podía aumentar el número de abortos, practica con la que la Santa Sede no está de acuerdo (Informe de la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, 1995).

En ese sentido, consideramos esencial las consideraciones tratadas en la Declaración de Beijing, porque le reconoce la categoría de derechos humanos a los derechos relativos a la salud sexual y reproductiva. Cabe indicar, que lo mencionado no aplica solo para el caso de las mujeres, ya que la Declaración pone en claro que, tanto hombres como mujeres, deben asumir las responsabilidades de su comportamiento sexual.

No obstante, a las obligaciones internacionales antes descritas, en lo que respecta a la legislación interna, en el Perú contamos con la Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres – Ley N°28983, del 16 de marzo del 2007, siendo esta, hasta la fecha, la única ley que contempla de forma expresa a los derechos sexuales y los derechos reproductivos. En la referida norma, se señala la obligación, principalmente del Poder Ejecutivo, de adoptar las políticas y programas necesarias para garantizar el derecho a la salud, atendiendo de forma especial a los derechos sexuales y reproductivos (inc. i, Art.6).

La tutela de la salud sexual y reproductiva debe ser entendida como una necesidad socialmente reconocida y exigible, al derivar de la dignidad humana, fundamento principal de los derechos fundamentales. Como señala Ana Elena Badilla (1996), ello debería incluir el derecho para decidir, por ejemplo, el número hijos que se desea tener -o también derecho a la autonomía reproductiva-, así como el derecho a contar con una debida información sobre planificación familiar.

A nivel interamericano, en el año 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir del caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, sostuvo que el derecho a la vida privada está vinculado con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo que a su vez comprende el derecho de contar con tecnología médica idónea para ejercer el referido derecho.

Sobre el particular, el caso mencionado versó sobre la prohibición expresa que hubo en Costa Rica en torno a las fundaciones realizadas *in vitro*. Las denunciantes acusaron que este tipo de medidas atentaban contra sus derechos sexuales y reproductivos, impidiéndoles poder acceder a un tratamiento que les hubiera permitido superar su imposibilidad de tener hijas o hijos biológicos.

Al respecto, la Corte da la razón a las denunciantes, en vista de los graves perjuicios que ocasionaba a la población. En torno al acceso a las TERAs, la Corte consideró reconocer el acceso al progreso científico para ejercer la autonomía reproductiva, debiendo descartar toda restricción desproporcional e innecesaria.

Así, se busca asegurar el acceso a la salud sexual y reproductiva a través de las nuevas tecnologías, estableciendo a estos medios como canales lícitos y viables para poder ejercer los referidos derechos. Por ende, se considera que la salud reproductiva es vulnerada cuando se colocan medidas desproporcionales que solo restringe arbitrariamente el ejercicio de los derechos de las personas.

Por su parte, en la Observación General N°22 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se reconoció el cumplimiento de los derechos sexuales y reproductivos como presupuesto para la concreción de todos sus otros derechos humanos. En ese sentido, se afirmó que los referidos derechos son indispensables para poder concretar la autonomía de la persona, concretándola en su derecho para tomar decisiones significativas respecto de su vida y su salud, además de estar ligado con el ejercicio de otros derechos.

Considerando lo anterior, lo mencionado implica, además, el derecho a tener fácil acceso a la información, educación y servicios vinculados a su salud sexual y la vida reproductiva, lo que implica el pleno ejercicio de sus derechos constitucionales. Por ende, es deber de

la sociedad y, principalmente del Estado, poner las garantías necesarias para su libre y voluntario ejercicio.

### **2.2.3. Libertad contractual**

La libertad de contratar está contemplada expresamente en la Constitución Política del Perú, la cual garantiza que las partes puedan pactar válidamente un acuerdo contractual según las normas vigentes al momento. Esta disposición le brinda cobertura constitucional al reconocimiento de la libertad contractual que se materializó en el artículo 1354 del Código Civil peruano, el cual lo contempló de la siguiente forma “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”.

Como explica Manuel De La Puente (1996), el artículo precitado reconoce la libertad de configuración interna que resguarda la libertad de las partes para determinar, de forma consensuada, el contenido del contrato, velando por el respeto a la autonomía privada, que reconoce a los ciudadanos la soberanía para obligarse entre sí. Debe distinguirse este derecho de la libertad de conclusión del contrato, en virtud del cual las partes tienen la libertad de elegir cómo, cuándo y con quién contratan.

Es importante resaltar que la libertad de contratar o de configuración interna, no constituye una prerrogativa incondicional, sino que debe ejercerse en el marco jurídico vigente (lo que se ha denominado tesis normativista, según De La Puente (1996)). Esto no quiere decir que los términos de los contratos puedan ser modificados por leyes que sobrevengan a su vigencia, sino más bien se respeten las normas vigentes al momento de su celebración. Específicamente, esta situación fue prevista en el referido artículo 62 de la Constitución, el cual menciona que las partes pueden “pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato”

No obstante, se ha explicado que en el Código Civil peruano existían dos dispositivos normativos que fueron interpretados (antes de la vigencia de la Constitución), en el sentido de que es totalmente posible que una norma que sobrevenga a la vigencia de un contrato pueda modificarlo. El primer dispositivo es el artículo III del Título Preliminar del Código Civil peruano, el cual establece que “La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”; mientras que el segundo es el artículo 1355, el cual dispone que “la ley, por consideraciones de interés social, público o ético pueden imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos”. Respecto del artículo 1355 se ha dicho que la única interpretación que le brinda eficacia práctica a este dispositivo es que pueda aplicarse a las relaciones obligatorias ya celebradas, pues el supuesto base ya estaría previsto en el artículo 1354 (De La Puente Lavalle, 1996).

Entonces, sobre si es posible que un contrato pueda ser modificado por una ley que sobrevenga a su celebración, la respuesta la podemos encontrar en la propia Constitución, la cual estableció en el numeral 14 del artículo 2 una limitación a la libertad de contratación: “Toda persona tiene derecho (...) 14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”.

Al respecto, se trae a colación lo mencionado el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 2185-2002-AA/TC. En el caso, se acusó al Ministerio de Educación por la negativa a firmar un convenio para el desarrollo de programas de profesionalización con un Instituto Pedagógico. Se estableció que la libertad de contratar no puede contravenir las llamadas normas de orden público, entendiéndolas como aquellas que contienen determinadas valoraciones comunitarias esenciales para la convivencia.

En esa línea, a partir de una interpretación sistemática del ordenamiento, Carlos Cárdenas (2000) sostiene que las normas imperativas, o también llamadas de orden público, deben ser aplicables únicamente a las relaciones contractuales en curso de ejecución. Es más, el referido autor señala que el legislador no podría renunciar a dictar normas que

impacten en las relaciones obligatorias en ejecución, considerando, entre otras cuestiones, la evolución social y las normas comunitarias vigentes en ese momento.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 0001-2005-PI/TC, afirmó que el orden público muchas veces es concebido como una “carga” que limita algunas de las libertades individuales, entre estas la libertad de contratación, al considerar que esta libertad no podría atentar, por ejemplo, contra otros derechos fundamentales.

Lo mismo es reafirmado por Rubio (2020), quien afirma que estas normas son límites a la voluntad de las partes para poder contratar libremente, por ejemplo, impidiendo que se realicen acuerdos con fines ilícitos o las que demandan determinadas medidas de transparencia en la transferencia de grandes cantidades de dinero.

En ese sentido, debe quedar claro que las partes no podrían pactar en contrario de una norma de orden público, y en caso se disponga de una norma o ley sobrevenida a la ejecución de la relación contractual, y que esté ligada a su ejecución, los acuerdos vigentes deberán modificarse, sin que esto conlleve a un desconocimiento del contenido esencial de este derecho. Por tanto, no puede existir una inmutabilidad absoluta respecto de los acuerdos entre partes, por el contrario, se reconoce la posibilidad de que una ley posterior sí puede alterar su contenido.

Esta posición se justifica en que el Estado debe asumir un rol de dirección en los asuntos de interés público, por ende, no puede desligarse de su obligación de conducir las situaciones a través de medidas concretas e incluso de índole legal. Es decir, el Estado no puede renunciar a su rol de dirigir actividades sociales y económicos a través de regulación, cuando así lo exija la realidad.

Sobre la base de lo expuesto, podemos señalar que el contrato únicamente podrá ser modificado cuando la ley que sobrevenga sea de **orden público**. Esta interpretación equilibra la libertad contractual y el rol director del Estado en la dirección de las actividades económicas y sociales realizadas en territorio nacional. No consideramos que todas las normas imperativas que sobrevengan a una relación contractual puedan modificarla, pues no todas las normas imperativas son consideradas de orden público, y el texto constitucional es claro para limitar la libertad de contratación sólo en ese ámbito.

Así, lo mencionado nos permite aterrizar una idea fundamental respecto de la teoría de los contratos, sobre todo en la relación de orden público con los derechos fundamentales, pudiendo afirmar lo siguiente:

Quando haya normas de orden público y de bien común involucradas, especialmente si tienen que ver con derechos fundamentales, las personas deben tener cuidado de respetar armónicamente las diversas reglas jurídicas involucradas para no afectarlas con una libertad de contrato impropriamente ejercitada (Bernaes, Eguiguren & Rubio, 2017, p.477).

En ese sentido, hablar de orden público, necesariamente nos obliga a hablar también de **derechos fundamentales**, entendiéndolos como los pilares del sistema de valores imperantes en la sociedad y como principios que deben guiar no solo la actuación estatal, sino que irradian toda relación entre privados.

Sin embargo, aquí hay otro concepto para desarrollar: las **buenas costumbres**. Ello debido a que el artículo V del Título Preliminar declara la nulidad de cualquier acto jurídico (como el contrato) que sea contrario o al orden público o a las buenas costumbres.

Al respecto, este último término ha venido siendo cuestionado por buena parte de la doctrina, entendiendo que su contenido no dista mucho al del orden público, por lo que

mantener una diferencia conceptual entre ambos términos podría parecer irrelevante. Así, Espinoza (2002) define a las buenas costumbres como la “adecuación de la conducta humana a las reglas de la moral” (p.312).

Como se puede apreciarse, en la *praxis* puede que ambos conceptos estén ligados, en tanto el orden público se manifiesta en principios que guíen la vida en sociedad y las buenas costumbres se concreten en la adecuación a prácticas moralmente aceptables (las cuales, se sobreentiende, se sostienen en los principios y valores mencionados).

#### **2.2.4. El derecho a la realización personal o derecho al libre desarrollo de la personalidad**

El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad se encuentra previsto en el numeral 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, el cual afirma que 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 alcance de este derecho fundamental ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en Expediente 2868-2004-AA/TC, en el que el recurrente, miembro de la Policía Nacional del Perú, demandaba a su institución por haberle sancionado por el hecho de no reportar que iba a contraer matrimonio, lo que fue catalogado una “falta de obediencia”.

Sobre el caso particular, donde se le dio la razón al demandante, el Tribunal determinó que el derecho al libre desarrollo a la personalidad debe garantizar la “libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad” (fundamento 14); no obstante, también se afirma que ello no debería garantizar cualquier decisión de forma ilimitada, sino “aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona” (fundamento 14).

Del mismo modo, en la sentencia recaída en el Expediente 00032-2010-AI/TC (acción de inconstitucionalidad impulsado por ciudadanos contra el artículo 3° de la Ley N°28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo de Tabaco), en la que se ha recalcado que este derecho se encuentra previsto en la disposición constitucional antes referida y no tiene un ámbito circunscrito, sino que tiene vocación de apertura referida a la capacidad del individuo de desenvolverse con plena libertad para la construcción de un propio proyecto de vida en ejercicio de su autonomía, mientras no afecte los derechos fundamentales de terceros.

En esa misma línea de pensamiento, podemos mencionar lo desarrollado por la Corte Constitucional colombiana, que ha señalado que este tipo de limitaciones al libre desarrollo de la personalidad, también pueden manifestar en las restricciones contra el ejercicio de los derechos reproductivos. Sobre el particular, en el caso sobre el que versa la Sentencia T-528 del 2014, en donde el recurrente (a quien se le había detectado una discapacidad en su función reproductiva) demandó la falta de acceso a una fertilización *in vitro* por parte de su aseguradora, la Corte dictaminó que, en dicho caso, la referida prohibición suponía una carga desproporcionada para la recurrente, afectando su libre desarrollo, entre otros derechos.

En esa misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resaltó en el caso *Artavia Murillo contra Costa Rica* -que ya comentamos anteriormente- 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” (fundamento 143). Sobre la base de ello se puede afirmar que la maternidad puede llegar a contemplarse como parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres.

Para la Corte, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivados de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana,

conlleva, para su debido ejercicio, al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. A partir de esta concepción, se reconoce paralelamente al derecho a acceder a las TERAs, y, en consecuencia, a la prohibición de restricciones desproporcionadas contra el referido acceso.

Finalmente, en consonancia con el contenido constitucionalmente protegido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, también puede interpretarse que este está relacionado con el derecho a fundar una familia, en el sentido de que este último también sería una manifestación del proyecto de vida del individuo, tal como lo ha advertido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 2868-2004-AA/TC, donde se afirmó que toda persona puede determinar cuándo y con quién contraer matrimonio sin intervención de terceros.

Si bien por la naturaleza del caso particular que se analizó se hizo un hincapié en la libertad para contraer matrimonio, las libertades propias del *ius connubii* contemplan también la posibilidad de formar una familia en tanto es manifestación directa del proyecto de vida de las personas implicadas, la misma que debería contar con la protección del Estado, en tanto es garante principal de los derechos humanos.

### **2.3. Antecedentes de Investigación sobre maternidad subrogada**

#### **2.3.1. Ámbito nacional**

Gonzáles (2017) en su investigación tuvo como objetivo, determinar la situación jurídica de las TERAs, así como realizar un análisis de esta figura jurídica y, posteriormente, elaborar una propuesta de la regulación legal. La metodología empleada presenta un enfoque cualitativo: aplicada y explicativa, diseño no experimental – descriptivo y correlacional. La autora concluye que los métodos técnicos para suplir la infertilidad en la persona y tener descendencia son métodos que permiten a una mujer poder concebir

por medio de un tercero, siendo que este no se encuentra normado en la ley, por lo que considera que sean reestructurados los conceptos de maternidad.

González (2015), en su investigación, tuvo como fin conocer bajo los criterios de proporcionalidad el derecho que prevalece el conflicto entre el derecho de conocer el origen genético e interés superior del menor frente a la tutela de la identidad del cedente del gameto. La metodología empleada presentó un enfoque explicativo-descriptivo, de análisis y síntesis de contenidos y un esquema de investigación inductiva. El autor concluye diciendo que se debe considerar la inseminación con dación de esperma, siempre y cuando se cree un banco de datos a fin de regular la capacidad del dador para evitar enfermedades; por tanto, considera que se debe analizar en cada caso, porque se debe construir un vínculo entre razón y casuística.

Por su lado, Carracedo (2015) hace un amplio análisis normativo sobre la fecundación *in vitro*, concluyendo que esta técnica debe analizarse desde una óptica de derechos humanos, incluyendo no solo a las personas infértiles, sino a todas las personas que quieran hacer valer el pleno ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos. La metodología empleada fue de carácter cualitativo, centrándose en la verificación de la información a partir de bibliografía especializada en la materia. La autora concluye que el acceso a la fecundación *in vitro* está relacionado con el derecho a la salud reproductiva, los derechos reproductivos, el derecho a la libertad, a la vida privada, a formar una familia, a la integridad, a la información, a gozar de los avances científicos y el derecho a la dignidad personal.

Finalmente, en la investigación de Reyna (2015), el autor tuvo como principal objetivo determinar el problema jurídico que se origina desde el momento en que una persona adulta desea conocer su verdadera identidad biológica y su derecho es limitado debido al vacío legal de la filiación en casos de inseminación artificial. La metodología empleada fue de tipo básica, de nivel no experimental. Diseño jurídico comparativa, el autor

concluye diciendo que si se regulara la filiación del adulto concebido por inseminación artificial heteróloga se generará problemas jurídicos que urgen ser normados para evitar vulneración de derechos fundamentales, debido a que la inseminación artificial trastoca las relaciones paternas filiales.

### **2.3.2. Internacionales**

Anchapaxi (2017) presenta una investigación con el objetivo, realizar un análisis jurídico social de la reproducción humana médica asistida por el procedimiento de fecundación “*in vitro*” y los vacíos legales existentes en los contratos de vientre de alquiler. La metodología empleada tuvo un nivel exploratorio, descriptivo, explicativo. Los métodos jurídicos empleados fueron el histórico-lógico, inductivo-deductivo y analógico-comparativo, la población de estudio estuvo conformada por 30 trabajadores de la Clínica de Fertilidad y Esterilidad INFES; la técnica e instrumento fue lectura científica y encuesta. Los resultados de investigación evidenciaron la mayoría de los entrevistados desconocen sobre los juicios de paternidad o maternidad por vientre de alquiler, debido a que no está regulado. El autor concluye que a pesar de que de que la ley reconoce el derecho a la salud reproductiva en beneficio del desarrollo científico, así como el uso de técnicas reproductivas, sin embargo, no se encuentra legislada.

Gesurmino (2013) presenta una investigación con el objetivo analizar las problemáticas jurídicas que pueden aparecer en el marco de las relaciones de familia y empleo de técnicas de reproducción asistida. Empero los resultados evidencian que, por medio de las TRA, muchos padres que no podían concebir de forma natural han podido ser padres, lo que ha generado, como consecuencia, el desarrollo conceptual en lo relacionado a los derechos familiares, tales como los derechos e intereses filiales del menor. Sobre esto, el autor desarrolla una metodología cualitativa, centrándose en la investigación de fuentes bibliográficas pertinentes con su respectivo análisis.

## 2.4. Marco normativo

### 2.4.1. Nacional

La legislación peruana no propone normas que regulen la maternidad subrogada. Si bien ya ha habido intentos de poder concretar alguna regulación específica, hasta la fecha ninguna ha sido aprobada<sup>5</sup>. En este sentido, la única ley que trata este tema es la ya mencionada Ley General de Salud, la cual -como pudimos ver- establece en su artículo 7 que “toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de la infertilidad y reproducción mediante el uso de tecnología de reproducción humana asistida, siempre que la madre genética y la madre gestante pertenezcan a la misma persona”. Según esta interpretación, de acuerdo con las reglas anteriores, es imposible que una madre subrogada pueda ser reconocida legalmente como la madre de su bebé, si es que otra mujer llevó a cabo la gestación del mismo.

Sin embargo y a pesar que no existe una norma o ley que ampare la maternidad subrogada en el Perú, se han visto casos en donde el Poder Judicial falló a favor de la maternidad subrogada como se describe en el Exp. 06374–2016–0-1801-JR-CI-05 y en la sentencia CAS. N°563-201. Al respecto, en su momento se examinó la segunda sentencia mencionada y sus implicancias.

Así, se expondrá algunas de las nociones principales de la sentencia recaída en el Exp. 06374–2016–0-1801-JR-CI-05, con el fin de complementar adecuadamente el marco jurisprudencial dictaminado por el Poder Judicial. Sobre el caso, este versaba sobre una pareja de esposos que, ante la imposibilidad biológica de poder concebir hijos, decidieron

---

<sup>5</sup> Entre estos un anteproyecto presentado por el mismo Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en el 2018, en el que se buscaba, precisamente, una modificación del artículo 7 de la Ley General de Salud; no obstante, a pesar de las implicancias positivas de este documento, no alcanzó a mayores. No obstante, vale la pena destacar que en el mencionado anteproyecto sí se contemplaba la posibilidad de acudir tanto a la fecundación in vitro como a la inseminación artificial con el fin de poder acceder a la paternidad, siempre de una forma consentida, libre y altruista, y donde siempre los gametos usados al menos debían contener el material genético de uno de los progenitores.

recorrir a las TERAs con el fin de poder desarrollar este proyecto de vida. En ese sentido, usando material genético de una donante, se procedió a la implantación del óvulo fecundado en el útero de una tercera persona. No obstante, RENIEC declaró improcedentes las solicitudes de rectificación de las partidas de nacimiento de los menores que fueron producto de dicha fertilización, impidiendo que se reconozca el rótulo de padres de los recurrentes.

Así, en la sentencia mencionada se pone en énfasis que, si bien no hay una norma que habilite textualmente el acceso a las TERAs como medio mediante el cual las personas interesadas puedan ejercer sus derechos sexuales y reproductivos, esto no obsta para que, en virtud de lo señalado por la CADH y por Corte Interamericana de Derechos Humanos -que vinculan al Estado peruano- se pueda permitir su uso. Sobre lo anterior, la sentencia menciona lo siguiente:

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<sup>6</sup>- 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”) (Considerando séptimo)

---

<sup>6</sup> De modo que se entienda mejor lo relacionado a este punto, se trae a colación el artículo en mención:

**Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales**

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

Así, si bien no hay un desarrollo explícito de las TERAs a nivel de normas, sí lo ha habido a nivel jurisprudencial. Por ello, debería llamar nuestra atención la poca capacidad de la legislación en adaptar los puntos reconocidos por las sentencias antes mencionadas, a sabiendas de las posibles vulneraciones a los derechos humanos que esta demora trae consigo. En este punto, valdría perfectamente colocarnos en la posición del niño producto de un vientre de alquiler y cuestionar cómo, ante un caso de maternidad subrogada, se estarían vulnerando su derecho fundamental a la identidad, así como su derecho al libre desarrollo de la personalidad, los derechos sexuales y reproductivos, entre otros derechos conexos.

## **2.4.2. Marco normativo internacional**

### **A. Estados Unidos**

De la regulación dentro de los Estados Unidos, podemos notar que el tipo de reconocimiento varía de un estado a otro. Algunos Estados prohíben este tipo de técnicas, pero en otros está explícitamente permitido; del mismo modo, el panorama de algunos estados también es confuso (esto debido a que la legislación y la jurisprudencia no son claras). De esta forma, la normativa aplicable dependerá del Estado donde viva la gestante, dónde se firmó el convenio y lugar del parto<sup>7</sup>.

Si bien hay Estados que claramente han mostrado su rechazo hacia el reconocimiento de los contratos de maternidad subrogada (como Arizona, Indiana, Nueva York, Columbia, entre otros), hay otros Estados donde sí se ha permitido y está regulado debidamente (por

---

<sup>7</sup> Cabe mencionar que, en estos casos, si bien las cortes de justicia han contribuido mucho a la delimitación de cómo debe llevarse a cabo los mecanismos de asistencia reproductiva, la principal responsabilidad para definir los marcos normativos de los diversos Estados, debe pasar por los poderes legislativos de estos. Ello incluso fue reconocido por la Suprema Corte de California. Sobre ello, se puede citar lo siguiente:

Nosotros somos conscientes de que el foro adecuado para resolución de este asunto es el legislativo, en donde datos empíricos, que faltan ampliamente en este caso, pueden ser estudiados y reglas de aplicación general

ejemplo, en New Hampshire, Florida, Illinois, Utah y Virginia. No obstante, queremos traer a colación los casos de tres Estados, de modo que se ahonde más en cómo han regulado el tema de la maternidad subrogada.

#### **a. Louisiana**

Sobre la realidad del Estado de Louisiana, existe una ley específica dentro de su ordenamiento estatal que reglamenta y define los contratos de maternidad subrogada. Al respecto, se presenta el artículo en cuestión, cuya redacción se traduce de la siguiente forma:

Un contrato de maternidad subrogada significa un acuerdo por medio del cual una persona no casada con el contribuyente de la esperma acuerda por una contraprestación de valor ser inseminada, llevar el feto resultante hasta el nacimiento, y luego entregar al contribuyente de la esperma la custodia y todos los derechos y obligaciones del recién nacido (traducción de Rodríguez & Martínez, 2012).

Al respecto, llama la atención dos cosas sobre el artículo mencionado. Por un lado, da a entender que la maternidad subrogada solo puede darse mediante alguna contraprestación (aunque no especifica que sea monetaria), por lo que no estarían contempladas las subrogaciones de, por ejemplo, parientes que voluntariamente deciden ayudar a otra gestando a su bebé. De otro lado, llama la atención que, cuando menciona la obligación de entregar al bebé, se especifique que este será entregado al donante de esperma. Así, por un lado, estaría obviando el hecho de que haya mujeres solteras que recurren a estas técnicas (con el esperma de algún donante); y de otro lado, se estaría priorizando el rol de varón por encima de la mujer, consagrando una actitud discriminatoria.

#### **b. Michigan**

Con respecto al Estado de Michigan, también se reconoce legalmente el hecho de poder acudir a la maternidad subrogada para poder ejercer los derechos fundamentales de los padres. Al respecto, la norma en cuestión se traduce de la siguiente manera:

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 (traducción de Rodríguez y Martínez, 2012).

Al respecto, la redacción del presente artículo nos parece más idónea que la correspondiente al Estado de Louisiana. De esta forma, no se hace la mención sobre el tipo de remuneración que media en estos casos -dando a entender de que puede darse el caso de no existir ningún tipo de medio de pago. Del mismo modo, tampoco hay mención sobre a quién le corresponde recibir al bebé una vez nazca, superando el problema del Estado anterior.

### **c. Washington**

Sobre la capital de Estados Unidos, a diferencia de los Estados antes referidos, en este la maternidad subrogada está prohibida cuando de por medio haya algún tipo de remuneración. Al respecto, la norma en cuestión se traduce de la siguiente forma: “Un contrato de maternidad subrogada celebrado por una compensación, sea ejecutado en el estado de Washington o en otra jurisdicción, será considerado nulo y no exigible en el

estado de Washington por ser contrario al orden público” (traducción de Rodríguez y Martínez, 2012).

Al respecto, podemos ver que, en principio, la maternidad subrogada no está vedada, sino únicamente cuando haya algún tipo de pago a cambio. Entonces, en el caso de que algún familiar quiera voluntariamente llevar el embarazo de otra miembro de su familia - impedida de poder hacerlo por su cuenta- podrá hacerlo amparándose en la ley.

## **B. Canadá**

En este país la gestación por sustitución es permitida de modo universal, independientemente de su identidad de género, orientación sexual o de su estado civil. Sin embargo, la Ley de Reproducción Humana Asistida del 2004, es clara cuando menciona que los acuerdos no pueden ser meramente comerciales, es decir, que a la mujer que lleva el embarazo no le debería corresponder ningún tipo de sueldo; únicamente le corresponde la devolución de los gastos comunes propios del embarazo (Surrogacy 365, s.f.).

Del mismo modo, llama la atención la prohibición que la legislación canadiense propone para la publicidad que promueva la aplicación de la maternidad subrogada, dando a entender que podría ser una actividad -si bien, legal- socialmente reprochable. Al respecto, las sanciones por infringir las indicaciones de la Ley de Reproducción Humana Asistida van desde los 10 años de cárcel hasta multas de 500 mil dólares.

No obstante, si bien las normas canadienses tienen un ámbito de aplicación nacional, por la configuración del Estado de Canadá, las provincias tienen aún autonomía legislativa, por lo que puede haber el caso de un Estado que tenga su propia normativa. Este es el caso de Quebec, donde los contratos de maternidad subrogada son considerados *per se* nulos. (Babygest, 2016).

Así, la nulidad de estos contratos lleva a que los padres biológicos busquen la rectificación de las actas de nacimiento de sus hijos en los tribunales, en busca de que se les reconozca como los legítimos padres. Sin embargo, según el portal BabyGest, ha habido casos donde la jurisprudencia canadiense ha priorizado el respeto del orden público -que legitimaría la nulidad de estos contratos- incluso por encima del interés superior de los menores (2016).

## **C. Europa**

### **a. Alemania**

Sobre este país, debemos indicar que los contratos de maternidad subrogada están prohibidos por ley. Al respecto, la legislación alemana emitió en 1991 la ley de protección del embrión, la cual consideraba como nulos este tipo de contratos, al prohibir que el material genético de la madre biológica no sea el mismo que el de la mujer que realiza el embarazo (Vittoria Vita, 2019). No obstante, las mujeres alemanas únicamente pueden recurrir a las TERAs cuando ellas mismas sean las que entreguen su material genético, es decir, sus propios óvulos.

En ese sentido, el régimen alemán sanciona la concreción de estos acuerdos con penas privativas de libertad de hasta tres años (Álvarez & Carrizo, 2014). Esto provoca que, mayormente, los alemanes acudan a países vecinos, como Ucrania, para poder ejercer válidamente sus derechos sexuales y reproductivos (Vittoria Vita, 2019).

### **b. España**

Al respecto de España, debemos indicar que, en torno a la maternidad subrogada, también hay una prohibición expresa sobre este tipo de acuerdos, así como de sus efectos a nivel registral. Así lo manifiesta el artículo 10 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida, la cual manifiesta lo siguiente:

### **Artículo 10. Gestación por sustitución**

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

Sobre el particular, queremos hacer hincapié en algunas cuestiones. En primer lugar, la prohibición dictaminada por el legislativo se mantiene incluso para casos donde no haya mediado ningún tipo de remuneración, con lo que se prohíbe las maternidades subrogadas voluntarias. De otro lado, se menciona que los hijos productos de la aplicación de esta técnica adquieren su vínculo filial por el parto, mas no por el material genético que porten; y finalmente que, la posibilidad de reclamar judicialmente la rectificación de las partidas de nacimiento solo alcanzará al padre biológico, dejando en un estado de indefensión a la madre biológica.

No obstante, en los últimos años ha habido dos avances sobre la materia. Por un lado, en el 2010, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) emitió una resolución en la manifestó la posibilidad de inscribir a los menores fruto de esta práctica en otros países dentro del Registro Civil, siempre que haya alguna sentencia o resolución judicial que acreditara la filiación. Cabe indicar, que esto solo aplica para los menores concebidos en el extranjero (Noticias Jurídicas, 2019).

De otro lado, el Tribunal Supremo español, en la casación 245/2012, también ha establecido que el registro de los menores concebidos con esta técnica en el extranjero debe proceder en vista de cumplir con el interés superior del niño, el cual obliga a no

perjudicar a los menores impidiéndoles acceder a sus derechos como españoles. De esta forma, si bien la maternidad subrogada sigue prohibida expresamente, la rectificación vía judicial aparece como la única salida. Aunque ello obligue a varios españoles a recurrir a las TERAs en el extranjero al no encontrar amparo alguno en su país, tal y como ocurre en Alemania.

### **c. Francia**

Sobre el derecho francés, también hay una expresa prohibición hacia la maternidad subrogada. Así, en este país también se cuenta con una norma específica que declara nulos los contratos sobre esta materia. Según detalla Álvarez & Carrizo (2014), el actual código civil francés, en su artículo 16.7 que toda gestación realizada en nombre de otro es nula, entendiendo esta negativa como un acto de orden público.

Es, debido a la rigidez de su marco normativo, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) emitió dos sentencias (*Mennesson v. Francia* y *Abassee v. Francia*) donde se le ordenaba al Estado francés el reconocimiento de los menores fruto de maternidad subrogada nacidos en el extranjero, por considerar que bloquear su inscripción en el registro civil francés atenta contra sus derechos, en especial contra el interés superior del niño (Álvarez & Carrizo, 2014).

Al respecto, es debido decir que, debido a los antecedentes antes mencionados, el gobierno francés de turno, encabezado por Emmanuel Macron, ha adelantado que usará las recomendaciones del TEDH para poder establecer nuevas directivas generales en los casos de maternidad subrogada (El País, 2019).

### **d. Italia**

Con relación a la legislación italiana, también nos encontramos ante una prohibición de pleno derecho de los contratos de maternidad subrogada. Sobre el particular, Álvarez & Carrizo (2014) mencionan que el artículo 12.6 de la Ley N°40 (“Sobre el uso de Tecnologías de Reproducción Asistida”) del 2004, que serán amonestados con una multa de hasta un millón de euros quien realice, organice o publicite la subrogación de la maternidad.

De esta forma, sí está permitido que los italianos acudan a las TERAs, siempre que su infertilidad esté acreditada por un médico y siempre que el material genético a tratar no sea de terceras personas, así quedan prohibidas todas las formas de maternidad subrogada, incluso aquellas que se realicen de forma voluntaria -por ejemplo, entre miembros de la familia (Vittoria Vita, s.f.). No obstante, algo en lo que se ha avanzado en materia de derechos humanos es que ahora “los jueces excluyen de responsabilidad penal a los padres contratantes que soliciten la inscripción del nacimiento del menor y, ello es justificado con base en el interés superior del niño” (Álvarez & Carrizo, 2014, p.70).

No obstante, en el año 2019, una sentencia del Poder Judicial italiano dictaminó la necesidad de inscribir a los menores fruto de los procesos de maternidad subrogada practicados en el extranjero. Ello, como hemos visto en otros casos, con el fin de salvaguardar el interés superior del niño y su dignidad (Idibe, 2019). En ese sentido, parece que este comienza a ser un factor común en la región europea.

#### **e. Países Bajos**

Como último ejemplo de esta sección queremos traer el caso de Países Bajos donde, al igual que en los ejemplos anterior, se mantiene una prohibición estricta sobre los supuestos de maternidad subrogada. En ese sentido, Álvarez & Carrizo (2014) comenta que, en el referido país, este tipo de contratos son considerados nulos por ser contrarios a la moral y a las buenas costumbres, por lo que no tienen ningún tipo de amparo legal.

En ese sentido, la gestante podría, legalmente, quedarse con la custodia del niño fruto de su embarazo; sin embargo, la misma legislación neerlandesa abre la posibilidad de que los padres biológicos puedan acceder a la vía judicial para solicitar la rectificación de las partidas de nacimiento de los menores. Del mismo modo, se sanciona todo tipo de actos que busquen promover o promocionar a la maternidad con fines comerciales hasta por un monto de dieciséis mil euros (Babygest, 2019).

## **D. América Latina**

### **a. Argentina**

La realidad en Argentina demuestra que, si bien la maternidad subrogada no se encuentra expresamente reconocida ni regulada por una ley, esto no impide que se vengán realizando este tipo de acuerdos dentro de sus fronteras, ya que -al igual que en el caso peruano- no existe ninguna prohibición expresa para ello. Lo que sí hay en este país es una norma dedicada exclusivamente al uso de las TERAs como medio para poder alcanzar el pleno ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de los padres. Nos referimos a la Ley N°26.862 de Reproducción Médicamente Asistida en donde, repetimos, no existe ninguna mención expresa a la maternidad subrogada.

No obstante, Cáceres Lara (2018) hace un recuento de las diversas iniciativas que han existido para poder legalizar esta práctica. Al respecto, podemos traer a colación dos de los proyectos más recientes: el Proyecto de Ley 3202-2017 y Proyecto de Ley 3765-D-2017. No obstante, ambas iniciativas no lograron mayor aceptación, en principio debido a la poca extensión de sus reformas y a los requisitos previos que estipulaban para poder realizar un contrato de subrogación.

Lo que también debemos destacar es la jurisprudencia argentina sí ha venido mostrando avances claros en torno a esta problemática. En ese sentido, ya ha ocurrido que los juzgados ordenen al Registro Civil la inscripción de menores frutos de la aplicación de la maternidad subrogada bajo la patria potestad de sus padres biológicos, es decir, sin mencionar a la gestante (Asnal, 2018). Así, cabe mencionar que la mayoría de los pronunciamientos judiciales se dan, como en el caso europeo, por motivos del interés superior del niño -con el fin de que no quede fuera de la protección del Estado-, mas no por la debida protección de los derechos de los padres.

#### **b. Brasil**

Al igual que en el caso argentino, en Brasil tampoco existe una norma específica sobre la maternidad subrogada. No obstante, este tipo de fenómenos es contemplado por la Resolución N°1.358 / 92 del Consejo Federal de Medicina, aunque la misma, al no ser formalmente una Ley, carece de fuerza vinculante. No obstante, como explica Cáceres Lara (2018), sí establecía una serie de parámetros a tomar en cuenta al momento de pactar la maternidad subrogada: por ejemplo, que no exista compensación económica de por medio; que la mujer que lleve a cabo la gestación venga de la misma familia que la madre genética; y que exista una imposibilidad, acreditada medicamente, de poder concebir hijos por parte de la madre genética.

Sobre lo anterior, nos llama la atención que se prohíba la maternidad subrogada en la vía comercial, dando a entender que esta solo puede realizarse por medio de donantes voluntarios. Sobre el particular, hay que recordar que esta es la fórmula ya es recurrida, con el fin de evitar un comercio de embriones. De otro lado, llama la atención de que se solicite la intervención, de manera obligatoria, de alguna familiar de cualquiera de los padres genéticos.

Esto último nos parece una nueva forma de asegurarse el total altruismo de estas operaciones. Dado que, mientras más cerrado el círculo de opciones para concretar la

operación, más garantía hay de que no hay ningún tipo de mediación comercial de por medio. Al respecto, cabe recordar que este es uno de los pocos países que mantiene esta última condición.

### **c. Colombia**

Sobre la legislación colombiana, se repite el factor común en los países que hemos venido analizando, ya que tampoco cuenta con una ley específica que permita y regule los casos de maternidad subrogada. En ese sentido, cabe mencionar que esta práctica tampoco se encuentra prohibida, como en el caso peruano.

Sin embargo, el mayor avance en el país se ha dado por la jurisprudencia. En ese sentido, se puede traer a colación lo consignado por la sentencia T-968/09 de la Corte Constitucional. En esta, se vio el caso de una pareja que, mediante maternidad subrogada, pudo alcanzar su deseo de convertirse en padres gracias a la ayuda de una mujer que, a cambio de dinero, aceptó llevar a cabo el embarazo. El problema surgió cuando, después de haberle pagado, esta se negó a entregar a los menores, así como impidió su registro con otros que no fueran sus apellidos, motivo por el cual el caso llegó a la justicia colombiana.

En dicho caso, la Corte pone de manifiesto que, en vista de que esta no es una práctica expresamente prohibida, existe la necesidad de una regulación para este tipo de casos. De ese modo, propone una serie de criterios para que el legislativo considere en una futura norma. Por ejemplo, que exista un problema fisiológico de parte de la madre genética, que los gametos no sean aportados por la gestante, que no exista fin lucrativo, que la gestante no pueda retractarse posteriormente, que los padres no puedan rechazar el hijo, etc.

Así, podemos apreciar que se toman en consideración algunos de los requisitos citados con ocasión de otros países. Pero, además, podemos encontrar algunos criterios novedosos, por ejemplo, que tanto la gestante como los padres genéticos no puedan

retractarse del acuerdo al que han llegado, con lo que se busca reducir la carga procesal por la cantidad de controversias (como la que concernía a la sentencia T-968/09) que podían llevar a los tribunales.

Adicionalmente, como explica Cáceres Lara (2018), se han presentado dos proyectos de ley para regular la maternidad subrogada. En estos se proponía la prohibición expresa de este tipo de acuerdos con fines comerciales y lucrativos, considerando que solo se puede realizar con fines altruistas; asimismo, se proponía que este tipo de acuerdos solo pueden realizarse cuando a la madre genética se le detecte esterilidad por ausencia congénita de útero, o tenga antecedentes de histerectomía, presencia de útero patológico y no apto para recibir embriones u otras, etc.

#### **d. México**

De modo similar al de los Estados Unidos, por la configuración política de México como Estado Federal, la regulación de la maternidad subrogada es un tema de los diversos Estados han definido según su propia autonomía. En ese sentido, los únicos Estados que han legalizado este tipo de acuerdos son Tabasco y Sinaloa.

Respecto del primero, el Código Civil de Tabasco permite la maternidad subrogada de forma expresa. En ese sentido, compromete incluso a instituciones públicas como entes fiscalizadores del cumplimiento de los requisitos exigidos. Por ejemplo, las madres gestantes deben, antes que todo, pasar por una evaluación, tanto física como psicológica ante Secretaría de Salud del Gobierno del Estado (Cáceres M. , 2018).

Más allá de lo anterior, no hay mayor requisito indispensable -como, por ejemplo, los enunciados por la Corte colombiana. Sin embargo, la ley del Estado de Tabasco deja la vía libre para la madre gestante para reclamar la paternidad sobre el fruto de su embarazo, únicamente en el caso de que los padres contratantes mueran o presenten algún tipo de

discapacidad. De ese modo, se busca resguardar previsionalmente los derechos de los futuros hijos a un hogar y una familia.

Similar situación ocurre en el Estado de Sinaloa, donde el Código Familiar permite que la maternidad subrogada puede ser tanto comercial como voluntaria. No obstante, la norma en cuestión impone un requisito particular: La madre gestante debe, al menos, tener un hijo sano previamente.

Sobre lo anterior, consideramos que este requisito podría ser fruto de una búsqueda por garantizar que el fruto de la gestación nazca en óptimas condiciones. De esa forma, si se corrobora que la mujer ya ha sido madre previamente -y que su hijo o hija- no presenta mayores problemas de salud, va a poder acordar un contrato de maternidad subrogada. No obstante, consideramos que este requisito podría no resultar indispensable, ya que no hay forma de constatar que una cosa conlleve necesariamente a la otra. Por lo que una madre primeriza podría gestar un hijo de forma sana y correcta sin ningún problema.

#### **e. Uruguay**

Para finalizar, en Uruguay, como única excepción en el continente, sí existe una legalidad de los acuerdos de maternidad subrogada, aunque únicamente en ciertos casos. Al respecto, Ley 19.167, que regula las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas, estipula que únicamente se puede proceder a este tipo de acuerdos cuando exista un impedimento de parte de la madre biológica de poder quedar embarazada. Del mismo modo, se pide que la gestante sea familiar directo de la madre genética o de su pareja, aunque únicamente hasta un segundo grado de consanguinidad.

Del mismo modo que ocurría en México, se solicita la intervención de organismos estatales que certifiquen los requisitos exigidos por Ley y autoricen el tratamiento, en el

caso particular, esto depende de la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida (Cáceres Lara, 2018).

Como se puede apreciar, hay una similitud entre las consideraciones contempladas en la Ley uruguaya y lo que ocurre en Brasil, en el sentido de que también se solicita que estas operaciones no sean comerciales y que solo puedan realizarse con familiares directos. Al respecto, como se mencionó líneas arriba, esto puede deberse debido a que la legislación busca reducir, lo más que se pueda, las posibilidades de que exista algún tipo de acuerdo lucrativo. En síntesis, se aprecia que, en Latinoamérica, salvo las excepciones de Brasil (aunque sin Ley vinculante), México (pero solo en dos Estados) y Uruguay sí hay una regulación de la maternidad subrogada, la cual debe aplicarse bajo estrictos requisitos definidos por Ley.

Finalmente, con el fin de poder hacer una síntesis de las legislaciones internas revisadas y expuestas, presentamos el siguiente cuadro con el fin de determinar las diversas posturas asumidas por los Estados en cuestión.

## Cuadro 2

### Tendencia sobre la maternidad subrogada por país

	<b>País</b>	<b>Posición frente a la maternidad subrogada</b>
<b>Norteamérica</b>	Estados Unidos	Depende del estado
	Canadá	A favor, salvo en estados como Quebec
<b>Europa</b>	Alemania	En contra
	España	En contra
	Francia	En contra
	Italia	En contra
	Países Bajos	En contra
<b>Latinoamérica</b>	Argentina	No tiene prohibición expresa
	Brasil	Tiene norma, pero no vinculante
	Colombia	No tiene prohibición expresa

	México	Depende del estado
	Uruguay	A favor

De ese modo, se puede desprender determinadas posturas comunes por continente. Así, queda de manifiesto la generalizada prohibición de la maternidad subrogada dentro del continente europeo, siendo que casi todos los países prohíben expresamente su aplicación; ello, muestra una clara diferencia con lo que acontece en el continente americano. Por un lado, en países como Estados Unidos dependerá del estado, considerando que tienen autonomía legislativa, tal y como ocurre en México. No obstante, la gran mayoría de países no tiene ni un permiso ni tampoco una prohibición expresa. Por tanto, no debería extrañarnos que en el Perú ocurra la misma situación, considerando la tendencia en el continente. No obstante, también se debe considerar que sí hay excepciones a esta tendencia, tal y como hemos revisado en países como Uruguay y Brasil.

### **III: METODOLOGÍA**

#### **3.1. Tipo y diseño de investigación**

El presente trabajo es una investigación cualitativa de tipo básica y no aplicada. Cualitativa porque no se utilizaron datos estandarizados ni numéricos (entrevistas, encuestas, técnicas de observación, etc.), sino que en base a determinada información recabada se preparó un análisis con el fin de adentrarse en el real significado de los hechos estudiados. De tipo básica porque se origina en lo descrito en un marco teórico, permaneciendo en este a lo largo del análisis, fortaleciendo el conocimiento sobre un determinado fenómeno. Y fue una investigación no aplicada puesto que no se pretende resolver de modo directo el problema en cuestión (como es la falta de una regulación para la maternidad subrogada), puesto que esto depende de las autoridades pertinentes; no obstante, lo que buscamos es aportar dentro del ámbito académico con algunas nociones sobre derechos humanos.

De esta forma, se pretende comprender y analizar los fundamentos jurídicos para el reconocimiento de los derechos fundamentales de diversas personas que recurren a la maternidad subrogada. En esa línea, se pretende evaluar si, a la luz del sistema jurídico peruano, la maternidad subrogada debe ser regulada a partir de una interpretación constitucional y sistemática (del tipo jurídico-propositiva).

Asimismo, se pretende evaluar las implicancias que este reconocimiento podría acarrear en la realidad (perspectiva jurídica exploratoria y propositiva). Finalmente, sobre la base de nuestra hipótesis, se quiere comprender las ventajas de reconocer expresamente este mecanismo y las previsiones generales que debe adoptar el legislador a la luz de los problemas más importantes que pueden presentarse, para lo cual es importante remitirnos a las experiencias exitosas en otras jurisdicciones (desde una perspectiva prospectiva o jurídico-proyectiva).

### 3.2. Métodos de investigación

El trabajo académico se enfocará en entender, analizar e interpretar una determinada realidad, para lo cual se utilizarán los siguientes métodos de investigación jurídica:

- (i) Método exegético: se analizó los artículos pertinentes en la normativa vigente a partir de una interpretación optimizadora del ordenamiento jurídico vinculante, enfocándonos en las principales normas, por ejemplo, la Constitución, la Ley General de Salud, el Código Civil, etc.
- (ii) Método dogmático: el desarrollo de los argumentos también se sustentará en el desarrollo de instituciones jurídicas que componen nuestro ordenamiento, como la realizada por la doctrina y la jurisprudencia, en tanto son fuentes que desarrollan complementariamente los contenidos de las normas, permitiendo un mayor acercamiento a los derechos aparentemente vulnerados. En este análisis se prescinde de consideraciones políticas, ideológicas o éticas, sino que nos restringiremos a lo estrictamente jurídico.
- (iii) Método sociológico<sup>8</sup>: se utilizó para adentrarnos en una realidad social que requiere un reconocimiento: la imposibilidad de acceder libremente a la maternidad subrogada como medio para la satisfacción de los derechos de los implicados, mediante la recolección de información pertinente y relacionado, con el fin de que el resultado del análisis pueda contribuir con la búsqueda de soluciones para el hecho estudiado.

### 3.3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

---

<sup>8</sup> Ramos Núñez C. (2007). *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento (y cómo sustentar expedientes)*, (Lima: Gaceta Jurídica), p. 114-117.

Se ha empleado la técnica de la indagación documental. Con el objeto de ejecutar el proceso de recopilación y selección de información se realizó una búsqueda en los siguientes ámbitos:

- (i) Legislativo: las normas más importantes para el objeto de la investigación, como es el caso de la Constitución, el Código Civil peruano, la Ley General de Salud, entre otros.
- (ii) Jurisprudencial: el desarrollo de la posición de los órganos jurisdiccionales competentes resultó relevante para analizar cómo se ha venido interpretando los derechos en cuestión en el ámbito civil y constitucional, y así ver qué implicancias deberían considerarse al momento de analizar su aplicación.
- (iii) Doctrina: el desarrollo de la doctrina es importante para conocer el estado del arte sobre el reconocimiento de la maternidad subrogada. Nos referimos concretamente a libros y revistas especializadas, tanto nacionales como internacionales. Incluimos en este ámbito a las tesis de grado y posgrado sobre el objeto de estudio.
- (iv) Jurisprudencia y pronunciamiento de organismos internacionales: especialmente aquellos vinculados a la defensa de los derechos humanos, pues el reconocimiento de los derechos reproductivos ha sido objeto de tratamiento a ese nivel.

Para la recolección de datos se emplearon fichas en sus diferentes tipos, tales como bibliográficas y de contenido -digitales-. También se utilizó resúmenes analíticos, a fin de registrar información clave para el desarrollo del trabajo de investigación. Se aprovecharon los resúmenes para incorporar algunas reflexiones personales que subyacen a cada documento (por ejemplo, alguna interpretación que sume a la posición de la jurisprudencia, o alguna crítica a la doctrina consultada).

### **3.4. Procedimiento de recolección y análisis de datos**

El procedimiento de recolección de datos se sustentó principalmente en dos tópicos: derechos humanos y maternidad subrogada. Estos fueron los dos criterios importantes que se utilizaron para la consulta en las distintas bases de datos. En la medida de que las principales herramientas de consulta fueron bases de datos oficiales y ordenadas, los criterios de búsqueda mencionados fueron suficientes para encontrar una base de información inicial importante.

Como indicamos, el proceso de recolección implicó el uso de bases de datos jurídicas oficiales, oficiales. A continuación, el detalle según tipo de información:

- (i) Para la legislación se consideró el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ) con acceso público.
- (ii) Buscador de jurisprudencia del Poder Judicial y Tribunal Constitucional, que incluye principales sentencias de ambas instituciones.
- (iii) Buscador de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- (iv) Para la doctrina se utilizó recursos informáticos de libre acceso, tanto de revistas especializadas como bases de datos, principalmente, el VLex. Del mismo modo, se consultaron obras especializadas sobre la materia, tanto físicas como digitales.
- (v) Para la recolección de los trabajos de tesis de pre y post grado se utilizó el repositorio de trabajos de universidades privadas o públicas.

Se realizó un análisis integral de las fuentes consultadas, con el objeto de determinar la dirección de la legislación, jurisprudencia y doctrina en materia de reconocimiento de los derechos humanos. Este análisis sirve para emitir un juicio de valor sobre la tendencia en la experiencia comparada o en la propia jurisprudencia internacional y nacional. El aporte de la investigación precisamente se concentra en brindar un soporte jurídico sólido, sobre la base de lo investigado, para el reconocimiento de la maternidad subrogadas y advertir algunos aspectos que no pueden escaparse en su regulación.

En la medida de que no se trata de información que deba procesarse bajo métodos estadísticos o matemáticos, el procedimiento de análisis está directamente relacionado al

tipo, diseño y métodos de investigación jurídica antes mencionados. Para este efecto fueron claves las fichas elaboradas de cada documento consultado, pues ello facilitó la comparación de posiciones. Por ejemplo, en el caso de la jurisprudencia, la información clave es la postura o interpretación respecto a una determinada norma o institución jurídica, lo cual sirve para sustentar nuestra posición o realizar alguna crítica puntual al ordenamiento jurídico vigente.

En el caso de las estadísticas, estas se utilizaron para efectos de advertir una determinada realidad, como es el caso, por ejemplo, del índice de personas con problemas de esterilidad; o el éxito y seguridad que tiene en otras jurisdicciones. En estricto, no se realizará un tratamiento de la información.

### 3.5. Definición de las variables

En la presente investigación, se establece las siguientes variables:

- La maternidad subrogada
- Derechos fundamentales afectados

**La maternidad subrogada:** Por un lado, la maternidad subrogada es el fenómeno sobre el que gira la presente investigación, en el sentido que determina la situación problemática descrita previamente. Así, la maternidad subrogada se consagra como una técnica ampliamente utilizada con el fin de que personas que, por motivos biológicos o de salud, no puedan concebir un hijo, puedan hacerlo mediante la aplicación de las TERAs. No obstante, en países como el Perú la maternidad subrogada no cuenta con una debida regulación, provocando que los ciudadanos no puedan utilizar este medio.

**Derechos fundamentales:** Para poder medir adecuadamente si existe o no una necesidad de regular la maternidad subrogada, se procederá a analizar, de manera ordenada, la

posible afectación a una serie de derechos fundamentales. Ello en el entendido de que son estos derechos los que determinan los principios y directrices a seguir por el Estado con el fin de resguardar adecuadamente a las personas. En ese sentido, al ser el Estado el principal garante de los derechos fundamentales, es responsabilidad de este que sus políticas y normas se circunscriban a su debida protección. Al respecto, para la presente investigación nos hemos centrado en los derechos de constituir una familia, a la libertad contractual, al libre desarrollo de la personalidad y a los derechos sexuales y reproductivos.

### **3.6. Aspectos éticos**

La presente tesis se realizó implementando de manera debida y correcta los métodos de investigación mencionados líneas arriba. Sobre el particular, se procuró que la misma sea realizada de una manera honesta, transparente, justa y responsable. Así, se procuró que la información recolectada sea verídica y proveniente de fuentes confiables, con el fin de implementarla de forma correcta en la tesis.

De otro lado, la presente tesis se realizó guardando un debido cuidado para que en su desarrollo no se incluya juicios subjetivos que distorsionen la información recolectada de forma deliberada. Por nuestro lado, reafirmamos nuestro compromiso para que dentro del ámbito jurídico se realicen de investigaciones objetivas e imparciales, con el fin de que puedan contribuir al mundo académico.

Finalmente, en el desarrollo de la presente investigación se buscó ceñirse a las exigencias de la universidad y de la asesora de tesis. Asimismo, en lo que respecta al reconocimiento de las ideas ajenas, se ha citado debidamente a las fuentes conforme lo establece las Normas APA, con el fin de reconocer debidamente los aportes de otros autores e instituciones académicas, evitando el plagio y/o copia.

#### **IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

Teniendo en cuenta lo señalado en nuestro marco teórico, y en aplicación de los métodos de investigación detallados en el capítulo precedente, procedemos a señalar los principales resultados de nuestro trabajo, pasando a su respectivo análisis, con el fin de demostrar si es posible justificar una debida regulación de la maternidad subrogada en el Perú, en consideración con los fundamentos jurídicos planteados en nuestra hipótesis de investigación.

A nivel del método exegético, se corroboraron una serie de fuentes legales. De ese modo, consideramos que, al tratarse de una tesis relacionada a derechos fundamentales, la fuente por excelencia es nuestra Constitución. A grandes rasgos, se corrobora que nuestra Carta Magna vela por un cumplimiento optimizador de los derechos fundamentales, siendo que el resto de normas deben ir en esa sintonía. De ese modo, en las siguientes líneas desarrollaremos cómo deben ser interpretadas las normas vigentes (principalmente, la Ley General de Salud) en relación a las posibles afectaciones de no contar con una regulación de la maternidad subrogada.

Con respecto al método dogmático, se estudió una serie de resoluciones del Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, las mismas que reafirman la extensión e interpretación de los derechos fundamentales, desarrollando sus conceptos y marco de aplicación, los mismos que determinan el grado de afectación que sufren al no contar con una regulación para la maternidad subrogada. Lo mismo ocurre con las resoluciones emitidas por los organismos de derechos humanos internacionales, principalmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sobre el particular, ambas instituciones resguardan adecuadamente los derechos de las personas en el sentido de que conducen a exigir una regulación para la maternidad subrogada. Así mismo, la doctrina consultada parece llegar al mismo consenso, tal y como se detallará posteriormente.

Finalmente, con respecto al método sociológico, encontramos que, de un acercamiento a la problemática en la realidad, se observa una serie de repercusiones negativas ante la ausencia de una debida regulación de la maternidad subrogada. Sobre el particular, los resultados de la investigación nos recalcan el hecho de que, las implicancias en la sociedad resultarían desproporcionales en comparación con los bienes jurídicos supuestamente protegidos por la normativa actual. En ese sentido, la realidad de los implicados denota cierta despreocupación por parte del Estado ante sus necesidades.

#### **4.1. El ordenamiento jurídico nacional e internacional ampara la existencia del derecho a constituir una familia**

Como hemos podido ver en el marco teórico, existe abundante material jurídico para poder asegurar la existencia de un derecho intangible a formar una familia. Así, de modo que podamos desarrollar este punto de manera progresiva, vamos a delimitar primero qué dice el ordenamiento jurídico internacional y peruano, respectivamente.

Pretendemos analizar no solo los principales tratados o leyes en esta materia, sino también la interpretación hecha por organismos especializados. De esta forma, podremos tener una noción más clara sobre la extensión de este derecho y su ejercicio pleno, con el fin de corroborar la interpretación que planteamos, la que, según nuestra hipótesis, garantizaría mejor los derechos fundamentales de las personas implicadas.

En relación a este punto, no pretendemos reiterar el contenido que ya se expuso en el marco teórico, sino tratar de profundizar y analizar el mismo. Así, queremos hacer un breve análisis de las referencias contenidas en estos tratados sobre el derecho a fundar una familia.

De esta forma, de una lectura integral de los principales tratados citados previamente (Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y

Políticos y Convención Americana sobre Derechos Humanos), se puede deducir un factor común: la aparente relación entre el derecho a fundar una familia y el derecho al matrimonio<sup>9</sup>.

De esta forma, pareciera -acorde a la lectura de los artículos pertinentes en cada tratado- que la única forma de poder ejercer el derecho a fundar una familia es únicamente dentro de un matrimonio constituido y válido. Al respecto, consideramos que dicha afirmación podría traer serias consecuencias, puesto que se podría concluirse que, sin matrimonio, el derecho a fundar una familia no estaría garantizado.

Sin embargo, en este punto consideramos que, en vista de una debida interpretación, no podríamos realizar una conceptualización restringida. Así, como afirma Badilla (1996), tenemos que tener en cuenta dos consideraciones. Por un lado, como afirmamos en el marco teórico, no podemos establecer una forma única de familia, de modo que determinadas formas sí tengan protección jurídica y otras no, ya que ello conllevaría a un trato discriminatorio que no podría ser amparado.

Basándonos en lo anterior, la referida autora señala que, en segundo lugar, tampoco sería obligatorio que haya un matrimonio de por medio, ello debido a que dejaría en el desamparo jurídico a muchas familias fundadas sin que haya existido un matrimonio como base.

Al respecto, nosotros coincidimos en lo afirmado en relación a que una interpretación restrictiva pudiera resultar más contraproducente, por lo que es debido tener una noción más flexible tanto en el término de “familia” como en su relación con el matrimonio. Sin

---

<sup>9</sup> Aunque, según el Protocolo de San Salvador, que es un protocolo adicional a la Convención, se reconoce el derecho a constituir una familia sin hacer mención al matrimonio, indicando que el Estado debe asegurar un desarrollo pleno para esta institución.

<sup>10</sup> También habría que mencionar que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre tampoco hace alusión a la figura del matrimonio, indicando únicamente el derecho a fundar una familia, debiendo recibir el apoyo del Estado.

embargo, lo que queremos resaltar en este punto es que el derecho a fundar una familia sí está contemplado en los principales tratados suscritos por el Perú, por lo que se demuestra un compromiso de parte del Estado peruano con su debida protección.

Al respecto, como mencionamos en el marco teórico, la Observación General N°16 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ya reafirma lo señalado anteriormente, en el sentido de la manera en cómo debe llevarse a cabo la interpretación del término “familia”, de modo que el Estado pueda garantizar el ejercicio de esta posibilidad.

De esta forma, solo a modo de recordatorio, el documento mencionado afirmaba la necesidad de que el término familia deba ser conceptualizado de forma amplia, pero considerando el contexto nacional propio de cada Estado parte, de modo que sus entidades legislativas puedan establecer su propia normativa interna considerando las características de su sociedad.

A nivel jurisprudencial, lo más llamativo en torno al tema que nos concierne lo encontramos en el desarrollo que se ha venido dando a nivel interamericano. Así, podemos traer a colación lo mencionado por la Comisión Interamericana en el caso *María Eugenia Morales v. Guatemala* (2001), donde se afirmó que “El derecho a contraer matrimonio y fundar una familia está sujeto a ciertas condiciones del derecho nacional, aunque las limitaciones que por esa vía se introducen no deben ser tan restrictivas que se dificulte la propia esencia del derecho” (fundamento 40).

Lo último incluso fue reafirmado por la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, donde afirmó que el concepto de familia “no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio” (fundamento 69)

Así pues, se podría determinar que esta es la noción de familia más empleada y aceptada a nivel internacional, debiendo ser implementada por el Estado peruano con el fin de poder asegurar, cada vez mejor, la defensa de los derechos de sus ciudadanos. No obstante, más allá de las implicancias conceptuales, lo que parece claro es el compromiso internacional por proteger el derecho a constituir una familia de forma libre, consentida y amplia.

Al respecto de cómo está asegurado el derecho a constituir una familia en el Perú, debemos precisar que esta potestad no figura expresamente dentro de la Constitución. Así, el artículo 4 de la Carta Magna, si bien reconoce a la familia como una institución natural y fundamental que merece ser protegida, no menciona nada sobre el derecho subjetivo de los individuos de poder formarla libremente.

De la misma forma, nuestro Código Civil tampoco tiene ninguna mención expresa sobre lo anterior, limitándose únicamente a desarrollar las condiciones y parámetros en la que se desarrollan tanto el matrimonio como la unión de hecho.

En torno a leyes ordinarias, podemos traer a colación a la Ley N°28542, Ley de Fortalecimiento de la Familia, donde se buscaba promover a la familia como fundamento de la sociedad basándose en los derechos humanos y velando, de manera especial, por las familias en situación de pobreza o riesgo social. Pero, cabe mencionar en la citada norma tampoco hay ninguna mención expresa al derecho de poder formar una familia.

Con lo visto, pareciera que el Estado peruano no contempla este derecho en sus respectivas normas, sin embargo, debemos señalar un avance de una conceptualización más acorde al marco internacional en los últimos años. Así, podemos traer a colación lo indicado en el Plan Nacional de Fortalecimiento a las familias 2016-2021, documento elaborado por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) bajo una perspectiva más amplia en torno a la definición del término. Al respecto, el citado Plan menciona lo siguiente:

Las personas durante su ciclo de vida pueden atravesar diferentes estados civiles o volver a ellos (soltero/a, casado/a, conviviente, separado/a, divorciado/a y viudo/a) por decisiones individuales o situaciones estructurales, por lo cual el Estado debe asegurar condiciones, normas y servicios que permitan que toda persona (sin distinción por sexo, edad, estado civil o régimen laboral) pueda ejercer sus funciones familiares de formación, socialización, cuidado, seguridad económica y afectiva; así, como garantizar el reconocimiento, ejercicio y exigibilidad de los derechos humanos y fundamentales de cada uno de los integrantes de las diferentes formas de organización de familia (p.17).

Como puede apreciarse, hay un llamado expreso a reconocer las distintas formas de familia, entendiendo que estas se pueden originar bajo diversas circunstancias y contextos (matrimonio, unión de hecho, etc.). No obstante, es debido hacer hincapié en que, de la lectura completa del documento, no hay ninguna mención expresa a la posibilidad de formar una familia bajo las TERAs, aunque creemos que ello no desmerece el mérito del documento referido.

Así, si bien este documento no es propiamente una ley -por lo que carece de fuerza vinculante-, no desacredita su aporte al tema, considerando la aprobación de una conceptualización adaptada de un término como el de “familia” a la normativa internacional bajo un enfoque de derechos humanos.

Al respecto, creemos que la jurisprudencia constitucional nos podría dar mayores alcances sobre cómo interpretar este aparente “olvido” del derecho a formar una familia dentro de nuestra normativa interna. Así, quisiéramos volver a traer a colación lo indicado en la sentencia recaída en el Expediente 6572-2006-AA/TC, donde nuestro Tribunal Constitucional recalcó que nuestra Constitución no busca reconocer un solo y único modelo de familia, por lo que no debería relacionarse este concepto con el de matrimonio.

Así, el Tribunal manifiesta que “la familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa o de procreación únicamente” (fundamento 9).

Lo anterior incluso fue reafirmada por la sentencia recaída en el Expediente 09332-2006-AA/TC, donde el Tribunal declaró que, considerando los cambios sociales propios del pasar de los años, la familia se encontraba a merced de estos cambios, precisamente. Considerando ello, indica el Tribunal que se debería reconocer a las familias “con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas” (fundamento 7).

Bajo las afirmaciones antes señaladas se podría decir que el campo de la protección de la familia aún no ha quedado del todo definido, lo cual podría ser incluso positivo, con tal de poder contemplar futuros cambios sociales, los mismos que podrían demandar el reconocimiento de nuevas formas de familia.

Aunque, nuevamente hay que recalcar que no se está reconociendo expresamente el derecho a formar una familia mediante las TERAs; no obstante, tenemos que tener en cuenta que las sentencias del Tribunal Constitucional citadas fueron realizadas en el año 2006, cuando ni siquiera se había investigado ni desarrollado demasiado el tema de la maternidad subrogada en el Perú, por lo que es entendible que las referidas sentencias no hayan hecho eco de esta problemática y por lo que no podría descartarse un futuro reconocimiento jurisprudencial.

Lo que sí es innegable es que el derecho a poder forjar una familia es un derecho ampliamente asegurado en el Perú. Si bien nuestra Constitución no lo ampara directamente, tanto los tratados internacionales ratificados por el Perú y la jurisprudencia de nuestro TC, sí nos ayudan a poder entender este concepto, indicando que,

independientemente de nuestro Estado o las características de nuestra sociedad, cada individuo puede formar una familia, considerando los cambios sociales propios de la época.

#### **4.2. El contrato suscrito entre las partes implicadas en la maternidad subrogada es compatible con el derecho a la libertad contractual**

Aterrizando específicamente en nuestra materia, queremos ahora profundizar sobre los alcances de la libertad contractual y ver si un contrato de maternidad subrogada entraría dentro del contenido esencial del referido derecho.

Al respecto, entendamos el contrato de maternidad subrogada como el acuerdo mediante el cual una mujer acuerda gestar un embrión con material genético propio o ajeno, propiciado por su contratante o contratantes -ya sea mediante la fecundación *in vitro* o mediante inseminación artificial, es decir, con intervención de otras personas. Así, mediando o no una compensación económica, la mujer pasa por todo el proceso de gestación, hasta el momento del nacimiento, en el que los contratantes asumen su rol como padres del ser humano nacido.

En el marco teórico pudimos apreciar que, en lo que respecta a los límites al derecho de libertad contractual, hay ciertos elementos que debemos observar puesto que podrían llevar a la nulidad del acto. De esta forma, vimos que, según el Art. V. del Título Preliminar del Código Civil, si se determinara que un contrato como el referido atenta contra el orden público y las buenas costumbres, este contrato no tendría ningún tipo de validez.

Sobre ambos términos ya nos hemos referido anteriormente. Ante ello, el primer paso para poder determinar si un contrato de maternidad subrogada es viable es poder determinar si, previamente, no contraviene el orden público ni las buenas costumbres.

En torno al orden público, ante todo hay que considerar que este término “no siempre actúa como fuerza represiva, inhibitoria, respecto del individuo, sino que actúa también para vitalizar la norma, adecuándola al momento en que se aplica o para desecharla como lastre cuando impide el progreso” (Lezana citado por Espinoza 2002, p.303). Con lo anterior, podemos determinar que el concepto de orden público está en constante evolución, por lo que un análisis respecto a una determinada medida, dependerá enteramente de los rasgos morales y sociales predominantes al momento. Como menciona Espinoza (2002), “el orden público está compuesto por los principios (no sólo jurídicos, sino sociales, económicos, morales, entre otros) sobre los cuales se basa la organización de la sociedad” (p.304).

Al respecto, nosotros consideramos que un contrato como el de maternidad subrogada no entraría en colisión con el orden público. Esto debido a que encuentra soporte en los derechos fundamentales de las personas involucradas, en el sentido que, como lo mencionamos en el marco teórico, hacen posible el ejercicio pleno de derechos como el derecho a la salud sexual y reproductiva, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad contractual y el derecho a formar una familia.

Por ello, al encontrar un soporte en el ejercicio de los derechos fundamentales, pilar esencial del funcionamiento de la sociedad, es que creemos que no habría una contradicción con el orden público.

Lo mismo ocurre con el concepto de buenas costumbres, definida como la adecuación de la conducta humana a las reglas de la moral. Sobre el particular, debemos indicar que este concepto, al igual que el orden público, también es un concepto cambiante, puesto que la ética moral varía con los años, con los avances tecnológicos, con los comportamientos morales vigentes, etc.

Consideramos que la maternidad subrogada tampoco entraría en colisión con este término, puesto que este tipo de técnicas cada vez tienen mayor aceptación, lo que se puede demostrar por el aumento en el número de personas que recurren a estos procedimientos. Por ello, creemos que la maternidad subrogada no podría entrar dentro de una noción “negativa” de la moral, en vista de que, como dijimos anteriormente, su aplicación ayudaría al ejercicio de los derechos fundamentales, dándole mayor campo de acción a los interesados y asegurando los derechos de los niños recién nacidos.

Al respecto, creemos que estas consecuencias de la formalización de la maternidad subrogada tendrían que ser reconocidas en una sociedad democrática desde una óptima visión de derechos humanos, por lo que no podríamos oponer las buenas costumbres para impedir su ejercicio.

Adicionalmente, como hemos mencionado en el marco teórico, la libertad contractual busca amparar el derecho de los contrayentes a poder crear determinadas situaciones jurídicas dentro de un marco normativo vigente. Esto es, que no puede atentar contra lo determinado por ley y, por consiguiente, con los derechos fundamentales.

Consideramos que un contrato de maternidad subrogada podría considerarse válido dentro del esquema contractual peruano. En ese sentido, según lo estipulado por la doctrina civil, se forja un acto jurídico con todos sus elementos: Sujetos capaces, un objeto determinable y posible, y causa lícita.

En torno a la capacidad de los sujetos, como se desprende de la teoría contractual, esta se determina a partir de su capacidad de ejercicio, es decir, a la posibilidad de poder ejercer libremente y sin ningún impedimento legal todo tipo de negocios jurídicos. En el caso concreto, los agentes que intervengan no solo tendrían que tener más de dieciocho años (edad en la que se adquiere la mayoría de edad y capacidad de ejercicio), sino que no tendrían que tener ningún tipo de impedimento legal al momento de la concreción del

contrato (por ejemplo, tener que depender de un curador). Además, se exigirá que emitan sendas manifestaciones de voluntad libres de vicios.

Sobre la necesidad de versar sobre un objeto, este tiene que ser determinable y posible. Esto es, en primer lugar, susceptible de ser individualizado en términos de cantidad y calidad; en segundo lugar, debe ser capaz de poder materializarse en la realidad, con el fin de satisfacer las necesidades de los agentes.

Por último, la doctrina civil afirma que el contrato deber versar sobre una causa lícita, es decir, que no sea contrario a la ley, ni al orden público ni a las buenas costumbres. Precisamente, esto es lo que hemos venido desarrollando en el presente acápite. De esta forma, nosotros partimos de la idea de que un contrato de maternidad subrogada no atenta ni contra el orden público ni contra las buenas costumbres. Del mismo modo, consideramos que tampoco atenta contra alguna prohibición legal expresa, al no existir (sino recordemos que, tal y como se explicó en el marco jurídico, el Art.7 de la Ley General de Salud no prohíbe textualmente la implementación de la maternidad subrogada).

En ese sentido, como desarrollaremos en el siguiente acápite, no existe en nuestro ordenamiento ninguna prohibición expresa sobre la maternidad subrogada. Si bien se puede interpretar que, implícitamente, esta práctica no se podría realizar cuando el material genético de la madre sea diferente del de la gestante, ya mencionamos líneas arriba que ello devengaría en una interpretación restrictiva de derechos. Para abundar más sobre esto, vamos a presentar los resultados de nuestro tercer objetivo.

#### **4.3. La maternidad subrogada no se encuentra expresamente prohibida por el ordenamiento jurídico peruano, lo cual ha sido ratificado por la jurisprudencia constitucional**

Como mencionamos en el marco teórico, hablar de derechos fundamentales nos obliga a analizarlos bajo un mandato de optimización, es decir, considerando que, al momento de interpretarlos, que este ejercicio se haga de modo que la protección de estos derechos sea mejor cada vez.

Ahora, como la protección de los derechos humanos debe ser mayor con el progreso del desarrollo jurisprudencial, se amerita, paralelamente, una visión menos restrictiva en torno a la interpretación de sus alcances. Ello será clave cuando analicemos artículos como el consignado en el artículo 7 de la Ley General de Salud, el cual transcribimos, a continuación:

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.

Sobre el artículo antes citado, consideramos que, para un mejor análisis, convendría separarlo en tres partes, de modo que podamos revisar enteramente sus componentes básicos y su implicancia.

En **primer lugar**, el artículo mencionado reconoce dos derechos: por un lado, el derecho de recurrir a tratamientos contra la infertilidad y, por otro lado, procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida. Como mencionamos en el marco teórico, se podría deducir que este es el fundamento para indicar que todos tenemos acceso al uso de TERAs para la realización de nuestro proyecto familiar.

Así, el reconocimiento que hace el artículo en cuestión es expreso. Ante la duda de por qué es que se están reconociendo ambos derechos (no contemplados en otro cuerpo normativo), se podría deducir que es debido a que el mismo ordenamiento los considera valiosos para el desarrollo personal de los individuos, por lo que merecen protección.

En **segundo lugar**, el citado artículo parece establecer una precisión a lo mencionado en el párrafo anterior, colocando que el ejercicio de la TERAs debe ser garantizado “siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona”. Al respecto, como hemos venido sosteniendo, esta precisión no puede confundirse con una prohibición, puesto que en todo caso se hubiera colocado de forma expresa.

Asimismo, de la lectura de la norma debemos advertir que ni siquiera parece contemplar adecuadamente el fenómeno de la maternidad subrogada, puesto que no contemplaría el caso en que el material genético venga de la misma madre subrogante, y donde sea el hombre -por ejemplo, la pareja de la subrogada- quien brinde el material genético. Este tipo de casos, escapa del supuesto indicado y sí se permitiría.

De otro lado, debemos indicar también otro problema con esta mención en el artículo 7, que es la visión discriminatoria que estaría proponiendo y que es bien explicada por Siverino Bavio (2010):

Admitir la fecundación heteróloga con material genético masculino, pero impedirla con material genético femenino originaría una discriminación por razón de género, sobre todo teniendo en cuenta que en los casos de deficiencia ovárica el índice de éxitos de fertilizaciones con óvulos propios ronda el 20%, mientras que con óvulos de donante este alcanza hasta 70%; con lo cual, prohibir la ovodonación equivale a negar la posibilidad de acceder a la maternidad cuando la dificultad resida en la mujer (p.216)

Finalmente, en **tercer lugar**, y como refuerzo para el punto propuesto anteriormente, tenemos, ahora sí, dos prohibiciones expresas: la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, y la clonación de seres humanos. De esta forma, la norma indica que quedan proscrito todo intento por manipular embriones bajo otros fines (experimentación científica, comercio, etc.), dando a entender que, debido al material genético que porta, es merecido un trato digno, debiendo incentivar que sea cuidado y que cumpla con su proceso de crecimiento.

Del mismo modo, con la prohibición expresa para la clonación, se está velando por la dignificación de los embriones, en el sentido de que, debido a su valor inherente, no deberían exponerse a experimentos científicos que podrían ponerles en peligro, como el caso de la clonación.

Sin embargo, lo que queremos destacar es que, estos casos anunciados, la norma coloca una prohibición expresa, en tanto identifica como dañinas a las conductas señaladas. La pregunta sería, ¿por qué no hizo lo mismo para el caso de la maternidad subrogada?. La respuesta inmediata es que la norma en cuestión no mira bajo el mismo sesgo de reprobación a esta práctica como sí a las dos mencionadas en su segundo párrafo.

Así, si se hubiera considerado que la maternidad subrogada es igual de nociva que la clonación de embriones o su uso en tratos ajenos a la procreación, se hubiera prohibido de modo concreto, cosa que no ocurre. De ese modo, nosotros reafirmamos nuestra hipótesis al alegar que la maternidad subrogada no está prohibida en el Perú, por lo que no podría argumentarse su prohibición amparándose en el artículo 7 de la Ley General de Salud.

Como ya analizamos en el marco teórico, en aras de una mayor protección de la libertad individual, uno tiene permitido hacer todo lo que no está prohibido. Este precepto está contemplado en nuestra Constitución, en su artículo 2,24, inciso a.:

Art. 2.- Toda persona tiene derecho: (...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

a. **Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.** (...)

Así lo afirmó nuestro Tribunal Constitucional, indicando que la limitación a este principio debería darse en términos “necesariamente restrictivos” (Exp. 2235-2004-AA/TC, fundamento 8). En ese sentido, si se va a hacer una interpretación de una determinada norma con el fin de poder dilucidar alguna prohibición, esta debería considerar más allá del mero texto de la norma, y considerar los valores fundamentales en juego, de modo que no se den limitaciones arbitrarias. Por ello es que se exige que las prohibiciones queden manifiestas, claras y delimitadas por ley.

Con el fin de poder graficar adecuadamente el análisis que hemos realizado sobre el referido artículo 7, presentamos el siguiente cuadro con el fin de sintetizar nuestras observaciones:

### **Cuadro 1**

#### **Comentarios sobre el artículo 7 de la Ley General de Salud**

Art. 7 de la Ley General de Salud	Comentario

<p>Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, (...)</p>	<p>Fundamento para indicar que todos tenemos acceso al uso de TERAs para la realización de nuestro proyecto familiar. Reconocimiento expreso de dos derechos: por un lado, el derecho de recurrir a tratamientos contra la infertilidad y, por otro lado, procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida</p>
<p>(...) siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona.</p>	<p>No puede confundirse con una prohibición, puesto que en todo caso se hubiera colocado de forma expresa. Se desprende un sesgo discriminatorio, por admitir la fecundación con material genético masculino, mas no con el material genético femenino.</p>
<p>Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.</p>	<p>Se pactan dos prohibiciones expresas. Si se hubiera considerado que la maternidad subrogada es igual de nociva que la clonación de embriones o su uso en tratos ajenos a la procreación, se hubiera prohibido de modo concreto, cosa que no ocurre.</p>

Como queda de manifiesto según lo que pudimos apreciar, si la intención del legislador hubiera sido proscribir la maternidad subrogada, lo hubiera hecho considerando que, en el mismo artículo, prohíbe otras dos conductas. No haber manifestado dicha prohibición deja abierta la posibilidad de una interpretación abierta y flexible en relación a los derechos fundamentales en juego, lo cual es positivo siempre que se considere el principio de optimización y el mayor reconocimiento que se les debería dar progresivamente dentro de los ordenamientos.

#### **4.4. El derecho a la realización personal o derecho al libre desarrollo de la personalidad ampara el hecho de reconocer el deseo de los aspirantes a padres como parte de su proyecto de vida**

En este punto, queremos reafirmar que, como mencionamos en el marco teórico, otro derecho fundamental que se ve implicado en esta problemática es el derecho al libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el Art. 2, inciso 1, de la Constitución (en la mención que se hace del derecho a “libre desarrollo”). De esta forma, quisiéramos reiterar

la definición de este derecho, de modo que podamos corroborar su afectación en el caso de la maternidad subrogada.

Al respecto, queremos traer a colación la definición hecha por el Tribunal Constitucional, que afirmó:

(...) El contenido o ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad comprende la libertad de actuación humana en el sentido más amplio, la libertad de actuación en sentido completo. Se trata, entonces, de un derecho autónomo que garantiza la **libertad general de actuación del hombre** y que no se confunde con la libertad de actuación humana para determinados ámbitos de la vida que la Constitución ha garantizado a través de específicos derechos fundamentales, tal como sería el caso de las libertades de expresión, trabajo, asociación, etcétera (Exp. 0007-2006-PI/TC, fundamento 48).

En ese sentido, el derecho al libre desarrollo de la personalidad adquiere una dimensionalidad específica y diferente del resto de libertades básicas aseguradas en la Constitución. Así, como apuntamos antes, en la sentencia recaída en el Expediente 00032-2010-AI/TC se reconoce que este derecho garantiza la capacidad del individuo de desenvolverse con plena libertad para la construcción de un propio proyecto de vida en ejercicio de su autonomía, mientras no afecte los derechos fundamentales de terceros. Así, este derecho trata de las posibilidades de ir construyendo su proyecto de vida basándose en sus potencialidades, las que son irrepetibles en cada ser humano, con el objetivo de autorrealizarse de cara al futuro (Bernaes, Eguiguren y Rubio, 2017).

Sobre el particular, dentro del caso de la maternidad subrogada, consideramos que el hecho de que una persona decida ser padre o madre es una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Así, el proyecto de formar una familia también debe

contar con protección constitucional, considerando que no existe ningún tipo de afectación al derecho de terceras personas.

Lo anterior, ha sido validado por el mismo Tribunal Constitucional, el mismo que afirmó lo siguiente:

En este contexto, resulta oportuno señalar que la decisión de una mujer de **traer al mundo una nueva vida humana** es una de aquellas opciones que se encuentran protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el inciso 1) del artículo 2° de la Constitución, que no puede ser objeto de injerencias por autoridad pública o por particular alguno. Consecuentemente, **todas aquellas medidas que tiendan a impedir o a hacer más gravoso el ejercicio de la mencionada opción vital, resultan inconstitucionales** (STC 5527-2008-HC/TC, fundamento 21).

Al respecto de la cita mencionada, creemos crucial hacer un par de apuntes. Por un lado, consideramos que, si bien el Tribunal Constitucional contempla a la maternidad como proyecto de vida, nosotros entendemos que ello aplica también para la paternidad. Así, entender que solo el deseo de una mujer a ser madre está amparado por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, podría resultar discriminatorio, puesto que no protegería el derecho de los hombres a realizarse como padres.

De otro lado, se reconoce expresamente que, en la interpretación que se la debería dar a este derecho, se incluye el derecho de poder “traer al mundo una nueva vida humana”, es decir, de poder ser padre o madre. Así, la justicia constitucional reconoce lo anterior como un hecho de suma relevancia para el pleno desarrollo integral de una persona, por lo que merece protección.

Finalmente, se estipula que todas las restricciones al ejercicio de este derecho, deberán entenderse como inconstitucionales. Sobre esto, este apunte nos parece de suma trascendencia, puesto que está quitándole legitimidad jurídica a las medidas existentes que impidan el pleno ejercicio de las personas a ser padres.

Asimismo, dicha interpretación también ha sido revalidada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que resaltó en el caso *Gerlam v. Uruguay*, donde se afirmó que la maternidad es parte esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Lo anterior fue reconfirmado en el caso *Artavia Murillo contra Costa Rica*, en donde se le relacionó con el derecho a la vida privada. Al respecto:

La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. (...) La decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico (fundamento 143).

Como se puede apreciar de lo anterior, tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos reafirman nuestra idea sobre el deber de proteger el derecho a elegir ser padres o madres, amparándonos en el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Para detallar mejor lo último, presentamos el siguiente cuadro:

## **Cuadro 2**

### **Jurisprudencia del TC y de la Corte IDH sobre el libre desarrollo de la personalidad**

Sentencia	Entidad	Observaciones
Exp. 2868-2004-AA/TC	Tribunal Constitucional	Se determinó que el derecho al libre desarrollo a la personalidad debe garantizar la libertad personal de actuación en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad del individuo, pero no de forma indiscriminada, sino solo en las acciones que sean consustanciales a la estructuración y realización de su proyecto de vida.
Exp. 0032-2010-AI/TC	Tribunal Constitucional	Se determinó que el derecho al libre desarrollo de la personalidad debe garantizar la capacidad del individuo de desenvolverse con plena libertad para la construcción de su propio proyecto de vida en ejercicio de su autonomía, mientras no afecte los derechos fundamentales de terceros.
Exp. 0007-2006-PI/TC	Tribunal Constitucional	Se desarrolló la extensión del derecho a libre desarrollo de la personalidad, concretando que este ampara la libertad general de actuación del individuo, lo que no debería confundirse con la libertad de actuación humana para otros ámbitos de la vida que la Constitución ha garantizado a través de específicos derechos fundamentales.
Exp. 5527-2008-HC/TC	Tribunal Constitucional	Se determina que el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer ampara su decisión de traer al mundo una nueva vida humana. Así, este tipo de decisiones no pueden ser objeto de injerencias por autoridad pública o por particular alguno. De esta forma, todas aquellas medidas que tiendan a impedir o a hacer más gravoso dicho derecho resultan inconstitucionales.
Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica	Corte IDH	Se sentenció que el hecho de que una mujer decida voluntariamente ser madre corresponde con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en tanto dicha decisión responde a un proyecto personal para la propia vida de los individuos en armonía con los derechos de terceros.

Caso Gerlam v. Uruguay	Corte IDH	La Corte afirmó que el hecho de que una mujer decida voluntariamente ser madre debe ser amparado por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en tanto dicha acción responde directamente a un proyecto de vida personal de la implicada, por lo que merece protección constitucional.
------------------------	-----------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Así, consideramos que la interpretación literal que se le ha dado al artículo 7 de la Ley General de Salud -que es usualmente argumentada para prohibir la maternidad subrogada- no solo es errada por suponer prohibiciones donde la Ley no lo estipula, sino porque esta interpretación conlleva a una lectura inconstitucional del referido artículo, al obstaculizar una manifestación al libre desarrollo de la personalidad.

De esta forma, reafirmamos nuestra postura al confirmar que la prohibición de la maternidad subrogada sí es, efectivamente, una contravención a un derecho fundamental, por lo que el Estado, con el fin de resguardar y garantizarlo, debe dejar de contemplar prohibiciones para esta práctica y, todo lo contrario, fomentarla en tanto significa colaborar con sus ciudadanos al desarrollo de su proyecto personal.

#### **4.5. El derecho a la salud sexual y reproductiva viene siendo reconocida en el marco normativo nacional e internacional**

Sobre el particular, ya en el marco teórico hemos podido detallar cómo el derecho a la salud sexual y reproductiva ha sido contemplado desde diversos tratados y acuerdos internacionales, indicando que una afectación a este derecho, conlleva también la afectación a otros derechos conexos.

Así, queremos reforzar lo anterior con lo indicado en el Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (1994) definió el concepto de salud reproductiva:

La salud reproductiva es 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.** 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. En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva (Naciones Unidas, p.37)

Como puede apreciarse, existe el reconocimiento a la autonomía reproductiva en el sentido de que se debe garantizar que las personas sean capaces de procrear, en el momento y edad que ellos decidan y en la frecuencia en la que decidan. Además, queremos hacer hincapié en la referencia que indica que las personas deben tener acceso a los métodos que no estén “legalmente prohibidos”.

Consideramos que lo anterior pasa por la necesidad de restringir lo menos posible los derechos fundamentales en juego, por lo que es necesario que las prohibiciones sean lo más expresas posibles de modo que no se abra la puerta a lecturas ambiguas que podrían llevar, a su vez, a interpretaciones arbitrarias en torno al tema. Por ello, debido a su trascendencia, es que las limitaciones a este derecho deben ser claras.

Claramente, podemos llevar lo anterior al análisis del artículo 7 de la Ley General de Salud, con el fin de reafirmar nuestra hipótesis, en el sentido de que sí era necesario, según las recomendaciones de las Naciones Unidas, que las prohibiciones en materia de autonomía reproductiva sean expresas. Así, como en dicho artículo no se prohíbe expresamente la maternidad subrogada, no debería haber una limitación legal en torno a ello.

Del mismo modo, debemos contemplar lo anterior con lo afirmado en la sentencia *Artavia Murillo contra Costa Rica*, ya mencionada en reiteradas ocasiones. Al respecto, dicha resolución menciona que:

El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho “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”. Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad (fundamento 146).

Cabe mencionar que la sentencia solo hace referencia a las mujeres -puesto que el caso sobre el que versa así lo ameritaba-; sin embargo, sería discriminatorio no afirmar que los hombres también cuentan con el derecho a la autonomía reproductiva. Es así que, debemos entender este como un derecho universal.

Asimismo, otra cuestión que nos parece trascendental es que, nuevamente, se proscriben los medios que obstaculicen el ejercicio de este derecho, siendo que Estado debe actuar como principal garante de ello.

Si recordamos lo consignado en el artículo 7 de la Ley General de Salud, podemos ver que sí hay un intento por asegurar el acceso de las TERAs; sin embargo, ante la duda sobre si la redacción del mismo permitía o no a la maternidad subrogada, nosotros consideramos, en vista de una mejor garantía de la autonomía reproductiva, que sí se debería permitir.

Y es que, finalmente, la maternidad subrogada es un método con el que persona puede decidir cómo proceder con su material genético, aunque no sea quien realice la gestación; en ese sentido, más allá del medio empleado, el fondo del asunto es asegurar que el o la interesado(a) -o interesados- puedan determinar y llevar a la realidad su deseo de procrear.

Consideramos que exigir un medio determinado para llevar a cabo la gestación del futuro ser humano, podría ser una exigencia contraproducente y desproporcional, puesto que, como hemos venido explicando, no se contraviene ningún derecho fundamental, ni el orden público y ni las buenas costumbres. Todo lo contrario, tanto en tratados internacionales como en la jurisprudencia, se ha venido reconociendo la prevalencia de los derechos reproductivos por encima del medio en el que se ejercen.

En ese sentido, el derecho a la salud sexual y reproductiva debe resguardarse y protegerse de restricciones arbitrarias que contravengan su real esencia, que limiten considerablemente a los interesados en su búsqueda de formar una familia acorde a sus consideraciones y deseos. Así, se debe procurar que no existan estas barreras desproporcionales y que el Estado manifieste su rol como principal garante de los derechos fundamentales garantizando la eliminación de estas barreras en beneficio de las personas.

#### **4.6. Se debe garantizar el acceso a la maternidad subrogada en tanto es un avance seguro que permite el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas**

Finalmente, queremos cerrar esta sección de nuestra investigación mencionando la viabilidad de las TERAs como vía para poder ejercer los derechos que hemos desarrollado.

Así queremos recalcar que son una vía óptima para ello, debido a las casi nulas posibilidades de peligro hacia los implicados.

En ese sentido, la Sociedad Española de Fertilidad (2011) detalla una serie de efectos negativos que podrían surgir a partir de la aplicación de las TERAs, tanto para el caso de la inseminación artificial como en el caso de la fecundación *in vitro*.

Respecto de la primera, se menciona que los mayores riesgos que podrían existir serían una posible gestación múltiple, infecciones genitales y problemas de intolerancia frente a los medicamentos. De otro lado, respecto de la fecundación *in vitro*, se advierte también la posibilidad de una gestación múltiple no buscada, síndrome de hiperestimulación ovárica, infecciones genitales, complicaciones de la punción ovárica y, también, intolerancia frente a algunos fármacos.

Sin embargo, según la misma sociedad, los riesgos descritos son inusuales y, prácticamente excepcionales, por lo que las TERAs descritas son, en la gran mayoría de los casos, operaciones sumamente seguras y que no implican un mayor riesgo para la vida de los implicados.

No obstante, cabe mencionar que, según la investigación hecha por Badell y Kawwass (2018), se corroboró que, en comparación con el riesgo de morbilidad en caso de parto natural, sí se presentaba un ligero aumento en caso de partos donde medió una TERA, lo cual, según los autores, merece una mayor investigación con el fin de amortiguar este factor.

Al respecto, la investigación antes señalada indicaba que el factor de riesgo más común en estos casos fue el de las transfusiones de sangre u otros problemas análogos (coagulación intravascular diseminada, insuficiencia renal aguda o histerectomía).

Con lo mencionado, se podría concluir que la maternidad subrogada no debería significar un riesgo tan determinante como para prohibir su práctica. Si bien podría haber

complicaciones en su ejecución, estas son mínimas y no significan un inminente riesgo para las personas implicadas.

De esta forma, consideramos que una estricta prohibición de la maternidad subrogada sería desproporcional, puesto que, por proteger a las personas de una amenaza menor, se les estaría prohibiendo el ejercicio de una serie de derechos fundamentales. Es decir, que puede que la prohibición de esta *praxis* no solo no sea pertinente, sino que tampoco sea necesaria ni mucho menos proporcional, por lo que no debería validarse.

Como hemos venido desarrollando hasta ahora, el pleno ejercicio de los derechos fundamentales que cada uno tiene es el mecanismo por el cual nos autorrealizamos como personas. Así, consideramos que la mejor manera de “humanizar” el derecho al acceso a las TERAs es asegurar que mecanismos como la maternidad subrogada sean no solo permitidos, sino que sean debidamente reglamentados.

Ello, con el fin de poner a disposición de la ciudadanía este medio y que, con la garantía del Estado, poder asegurarles a las personas que así lo deseen un nuevo medio para poder ejercer sus derechos, a través de un proceso seguro y salubre.

Así, como dijimos en el marco teórico, las personas se podrán beneficiar de los avances tecnológicos para su beneficio, incluso si esto trae consigo la modificación de concepciones tradicionales -como es el caso de la maternidad-, las mismas que serán parte de un proceso necesario de cara a la contemplación de los nuevos fenómenos que podrían comenzar a existir.

En ese sentido, reiteramos nuestra hipótesis de demostrar que las TERAs son un procedimiento seguro, que garantiza el ejercicio de derechos fundamentales y que podrían significar un cambio positivo para toda la sociedad en su conjunto.

#### IV: CONCLUSIONES

**Conclusión General:** Se puede apreciar del desarrollo de la presente investigación que, actualmente, en el Perú no existe ninguna norma específica respecto de la maternidad subrogada. Si bien ha habido algunos intentos por tratar de reconocer el acceso a las TERAs, hasta ahora no se ha concretado ninguna política pública al respecto. Ello, según lo desarrollado en la presente investigación, deviene en una omisión del Estado peruano respecto de su deber de garante de los derechos fundamentales de los individuos, principalmente, los derechos sexuales y reproductivos, el derecho a la libertad contractual, el derecho a constituir una familia y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

#### **Conclusiones específicas:**

**Primera:** El derecho a poder forjar una familia es un derecho ampliamente asegurado en el Perú, tanto por los tratados internacionales ratificados como por la jurisprudencia constitucional. Así, se resguarda que, independientemente de nuestro país o las características de nuestra sociedad, cada individuo puede formar una familia, considerando los cambios sociales propios de la época.

**Segunda:** Un contrato de maternidad subrogada se encuentra amparada en el derecho a la libertad contractual, en vista de que no conlleva a una desnaturalización de este derecho, reconociendo a las partes involucradas el hecho de poder acordar que le gestación la lleve otra mujer. Del mismo modo, tampoco conlleva ninguna causal de nulidad por no atentar contra el orden público, buenas costumbres ni contra otros derechos fundamentales.

**Tercera:** La maternidad subrogada en el Perú no cuenta con una prohibición expresa en el artículo 7 de la Ley General de Salud ni en ninguna otra norma. De ese modo, debe considerarse una interpretación abierta y flexible en relación a los derechos

fundamentales implicados, considerando el principio de optimización y el mayor reconocimiento que se les debería dar progresivamente dentro de los ordenamientos.

**Cuarta:** La no regulación de la maternidad subrogada conlleva a una restricción al derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo que el Estado, con el fin de resguardar y garantizarlo, debe desistir de las prácticas que puedan prohibirla, sino todo lo contrario, fomentar su protección en tanto significa colaborar con sus ciudadanos al desarrollo de su proyecto personal.

**Quinta:** La salud sexual y reproductiva es un derecho garantizado que busca garantizar que sean las mismas personas quienes decidan como abordar su propia sexualidad y para ello el Estado debe garantizar el acceso libre y seguro. Por lo que la autonomía reproductiva es también permitirles a los interesados, entorno a sus consideraciones y limitaciones, la tecnología médica idónea para su búsqueda de formar una familia. Así, se debe procurar que no existan estas barreras desproporcionales y que el Estado manifieste su rol como principal garante de los derechos fundamentales.

**Sexta:** La maternidad subrogada es una técnica segura y en búsqueda de resguardar los derechos fundamentales desarrollados, se determina que una regulación a la maternidad subrogada no solo es compatible con nuestro ordenamiento interno, sino también una obligación respecto de los compromisos internacionales del Estado peruano sobre la materia y por su rol como máximo garante de los derechos de los ciudadanos. Así, en aras de garantizar la dignidad y el pleno goce de los derechos para constituir una familia, a la libertad contractual, al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad sexual y reproductiva, sí es justificable una regulación sobre el tema.

## V: RECOMENDACIONES

**Primera:** Considerar, a efectos del reconocimiento de la maternidad subrogada en el Perú, el concepto de familia usado y desarrollado por los tratados internacionales y por nuestra jurisprudencia constitucional. En ese sentido, recomendamos a las instituciones implicadas considerar una concepción flexible del término, resguardando así, todos los modelos de familia.

**Segunda:** Que haya un pleno reconocimiento expreso a la legalidad de los contratos de maternidad subrogada, los mismos que pueden ser reclamados en la vía judicial en caso de encontrarse alguna controversia entre las partes. Para ello, creemos la necesidad de que se establezcan requisitos mínimos, independientemente de los consignados en el Código Civil, que sirvan de parámetro para estos acuerdos.

**Tercera:** Que las entidades encargadas de las políticas públicas en materia de salud, en vista de la no prohibición de la maternidad subrogada, elaboren una propuesta de reforma para la Ley General de Salud, en donde la redacción del artículo 7 resalte la legalidad de esta práctica, así como los requisitos que podrían ser necesarios para acceder a este tipo de acuerdos.

**Cuarta:** La legalización expresa de la maternidad subrogada debe contemplar concretamente una protección para los menores fruto de esta técnica (en vista del interés superior del niño), como para los padres en vista de los posibles perjuicios al libre desarrollo de su personalidad.

**Quinta:** El Estado, como principal garante de los derechos humanos, debe realizar una revisión total de las normas implicadas en materia de derechos sexuales y reproductivos, con el fin de no limitar arbitrariamente su ejercicio. Entre estas medidas, se comprende el acceso pleno a las TERAs.

**Sexta:** Que los legisladores puedan promover la aprobación de un marco normativo pertinente a la maternidad subrogada, con el fin de resguardar debidamente los derechos analizados en el presente trabajo de investigación. Para ello, es necesario que se dejen de lado concepciones tradicionalistas y literales en torno a los derechos humanos, abriendo

paso a una concepción moderna, que optimice los derechos en lugar de mantenerlos restringidos.

## VI. REFERENCIAS

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

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

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

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

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

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

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

Gesurmino, M. d. (2013). *Las técnicas de reproducción humana asistida y las relaciones de familia*. Obtenido de [https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/11982/Tesis\\_T%C3%A9cnicas\\_de\\_Reproducci%C3%B3n\\_Asistidaa.pdf?sequence=1](https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/11982/Tesis_T%C3%A9cnicas_de_Reproducci%C3%B3n_Asistidaa.pdf?sequence=1)

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

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

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

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

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

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

Jiménez, F. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid: Editorial Reus, S. A. Obtenido de [https://www.editorialreus.es/static/pdf/primeraspaginas\\_9788429016895\\_lareproduccionasistidaysuregimenjuridico.pdf](https://www.editorialreus.es/static/pdf/primeraspaginas_9788429016895_lareproduccionasistidaysuregimenjuridico.pdf)

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

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

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

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

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

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

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

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

Organización de las Naciones Unidas. (1994). *Informe de la conferencia internacional para  
la población y el desarrollo*. Egipto. Obtenido de  
[https://www.unfpa.org/sites/default/files/event-pdf/icpd\\_spa\\_2.pdf](https://www.unfpa.org/sites/default/files/event-pdf/icpd_spa_2.pdf)

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

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

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

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

ovLCuW1a0Szab0oXTdImnsJZZVQfQejF41Tob4CvIjeTiAP6sU9x9eXO0nzmOM  
zdytOOLx1%2BaoaWAKy4%2BuhMA8PLnWFdJ4z4216PjNj67NdUrGT87

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## ANEXOS

### Anexo 1: Cuadro resumen sobre la jurisprudencia nacional consignada en la investigación

Sentencia	Entidad	Observaciones
Exp. 1124-2001-AA/TC	Tribunal Constitucional	Reconoce que los derechos fundamentales deben ser interpretados bajo un “mandato de optimización”, es decir, que la interpretación de una norma donde estén involucrados derechos siempre deberá realizarse buscando mayores niveles de protección hacia estos, proscribiendo interpretaciones literales que restrinjan derechos.
Exp. 3954-2006-PA/TC	Tribunal Constitucional	Se reconoce que las restricciones a las libertades esenciales, entre estas la libertad de las personas para expresarse libremente, previstas en las normas, no debe verse limitada por interpretaciones extensivas o analógicas que restrinjan dichas potestades. De esa forma, se contempla una interpretación optimizada en torno a las libertades personales.
Exp. 02079-2009-PHC/TC	Tribunal Constitucional	Se reconoce que al Interés Superior del Niño como principio jurídico, el cual obliga, principalmente al Estado para que se garantiza una preferencia específica a los derechos fundamentales de los niños implicados en controversias jurídicas, siendo que se debe preferir legalmente el resguardo de los derechos de estos.
Exp. 9332-2006-AA/TC	Tribunal Constitucional	Se reconoce que el derecho a la familia debe ser definido considerando los contextos sociales vigentes, los cuales obligan a reconsiderar términos como el mencionado. Así, se reconoció la existencia de las llamadas “familias ensambladas”, las mismas que tienen una composición distinta a la “tradicional”, la que fue consignada en las principales normas del país en materia familiar.

Exp. 2185-2002-AA/TC	Tribunal Constitucional	Se estableció sobre la libertad de contratar, si bien es un derecho fundamental, su ejercicio no puede contravenir las normas de orden público, entendiéndose a estas como aquellas que contienen determinadas valoraciones comunitarias esenciales para la convivencia, las cuales no podrían ser contravenidas por determinados acuerdos entre privados.
Exp. 0001-2005-PI/TC,	Tribunal Constitucional	Se reconoce que la relevancia de conceptos como el de orden público, el cual, si bien es concebido como una “carga” que limita algunas de las libertades individuales, entre estas la libertad de contratación, tiene la finalidad de proteger determinados contenidos que, por su valor, no deberían ceder ante decisiones privadas, por ejemplo, si estas atentan contra otros derechos fundamentales.
Exp. 2868-2004-AA/TC	Tribunal Constitucional	Se determinó que el derecho al libre desarrollo a la personalidad debe garantizar la libertad personal de actuación en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad del individuo. Del mismo modo, se afirma que ello no debería garantizar cualquier decisión de forma indiscriminadamente, sino solo las que sean consustanciales a la estructuración y realización del proyecto de vida de cada persona.
Exp. 0032-2010-AI/TC	Tribunal Constitucional	Se determinó que el derecho al libre desarrollo de la personalidad debe garantizar la capacidad del individuo de desenvolverse con plena libertad para la construcción de su propio proyecto de vida en ejercicio de su autonomía, mientras no afecte los derechos fundamentales de terceros.

Exp. 6572-2006-AA/TC	Tribunal Constitucional	Se estipuló que nuestra Constitución no busca reconocer un solo y único modelo de familia, por lo que no debería relacionarse este concepto con el de matrimonio, bajo un sentido tradicionalista de este. Asimismo, Tribunal manifiesta que la familia no puede concebirse únicamente bajo una dimensión generativa o de procreación, sino que debería ser susceptible de adaptaciones según las propias convenciones culturales vigentes.
Exp. 2235-2004-AA/TC	Tribunal Constitucional	Se reconoce el denominado principio general de libertad, el mismo que estipula que todo individuo es libre de realizar todo aquello que no esté prohibido expresamente en una norma, ni obligado para hacer lo que en una norma se queda establecido como obligatorio. De esta forma, reafirma su posición sobre excluir interpretaciones analógicas que restrinjan derechos.
Exp. 0007-2006-PI/TC	Tribunal Constitucional	Se desarrolla ampliamente la extensión del derecho a libre desarrollo de la personalidad, concretando que este es un derecho que busca amparar la libertad general de actuación del individuo, lo que no debería confundirse con la libertad de actuación humana para otros ámbitos de la vida que la Constitución ha garantizado a través de específicos derechos fundamentales (como, por ejemplo, las libertades de expresión, trabajo, asociación, etc.).
Exp. 5527-2008-HC/TC	Tribunal Constitucional	Se determina que el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer ampara incluso la decisión de una mujer de traer al mundo una nueva vida humana. Así, este tipo de decisiones que no pueden ser objeto de injerencias por autoridad pública o por particular alguno. De esta forma, todas aquellas medidas que tiendan a impedir o a hacer más gravoso el ejercicio de la mencionada opción vital, resultan inconstitucionales al contravenir el citado derecho.

<p>Exp. 06374-2016-0-1801-JR- CI-05</p>	<p>Poder Judicial</p>	<p>Se reconoce que no hay una norma que habilite textualmente el acceso libre y consentido a las TERAs en el ordenamiento peruano; sin embargo, por imperio del Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se debería contemplar, de modo vinculante, las aseveraciones realizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la misma que ha determinado que se puede permitir su uso en tanto colabora con el ejercicio legítimo de determinados derechos fundamentales.</p>
<p>CAS. N°563-201</p>	<p>Poder Judicial</p>	<p>Se dictaminó el cumplimiento de un contrato de maternidad subrogada, considerando de manera especial la protección del Interés Superior del Niño, considerando que su derecho a tener una familia que le proporcione lo necesario para su óptimo desarrollo debería primar por encima de toda discusión sobre la legalidad del referido contrato. Asimismo, no solo consintió el acuerdo de un acuerdo por maternidad subrogada, sino que, además, buscó priorizar el derecho de los padres de poder ejercer su patria potestad en beneficio del niño fruto de dicho pacto.</p>

**Anexo 2: Cuadro resumen sobre la jurisprudencia internacional consignada en la investigación**

Sentencia	Entidad	Observaciones
Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica	Corte IDH	Se sentenció que la vida privada de los individuos reconoce la posibilidad de estos para decidir el modo de vida que más les satisfaga, acorde a su propio proyecto de vida. Del mismo modo, la Corte señaló que el hecho de que una mujer decida voluntariamente ser madre corresponde con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en tanto dicha decisión responde a un proyecto personal para la propia vida y el Estado debe garantizarle el acceso a la tecnología médica necesaria para ejercer dicho derecho.
Caso Gerlam v. Uruguay	Corte IDH	La Corte afirmó que el hecho de que una mujer decida voluntariamente ser madre debe ser amparado por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en tanto dicha acción responde directamente a un proyecto de vida personal de la implicada, por lo que merece protección constitucional.
Caso Eugenia Morales vs. Guatemala	Comisión IDH	La Comisión dictamina que el Estado de Guatemala, mediante la aplicación de determinados artículos de su Código Civil respecto del matrimonio, estaba restringiendo las libertades y derechos convencionales de las mujeres, por lo que no tenían amparo alguno. Además el derecho a formar una familia si bien está sujeta a ciertas condiciones del derecho nacional estas no deben ser restrictivas que impidan la esencia del mismo derecho.