



UNIVERSIDAD
PRIVADA
DEL NORTE

FACULTAD DE DERECHO Y --- CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

“POR UN ACTO DE AMOR: ¿QUIÉN TIENE UN VIENTRE SOLIDARIO? ASPECTOS JURÍDICOS SOBRE INFERTILIDAD EN EL PERÚ”

Tesis para optar el título profesional de:

Abogada

Autor:

Lisbeth Fiorella Lagos Correa

Asesor:

Dr.Cs. Reynaldo Mario Tantaleán Odar

Cajamarca – Perú
2017

APROBACIÓN DE LA TESIS

El asesor y los miembros del jurado evaluador asignados, **APRUEBAN** la tesis desarrollada por la Bachiller **Lisbeth Fiorella Lagos Correa**, denominada:

**“POR UN ACTO DE AMOR: ¿QUIÉN TIENE UN VIENTRE SOLIDARIO?
ASPECTOS JURÍDICOS SOBRE INFERTILIDAD EN EL PERÚ”**

Dr.Cs. Reynaldo Mario Tantaleán Odar
ASESOR

Abg. César Alberto Soto Sánchez
JURADO
PRESIDENTE

Abg. Ana Cecilia Urteaga Valera
JURADO

Abg. Christopher Alejandro Quispe Cabrera
JURADO

DEDICATORIA

*A mis padres, Pedro e Isa y a mi hermana Julissa,
porque el tiempo y la distancia son insignificantes
cuando existe un amor infinito como el nuestro.*

*Y a Jhon por acompañarme en una de las etapas
más maravillosas de mi vida.*

AGRADECIMIENTO

En primer lugar a Dios y San Judas Tadeo por haberme guiado por el camino de la felicidad y haberme devuelto a casa todos los días. En segundo lugar a mi madre Isaura Elizabeth Correa, a mi padre Pedro Lagos y a mi hermana Julissa Lagos Correa, quiénes son los amores de mi vida, pilares fundamentales y mi ejemplo de lucha constante por ser alguien mejor. En tercer lugar y no menos importante, al Doctor Reynaldo Mario Tantaleán Odar por ser mi guía y principal crítico para encaminarme en este trabajo de investigación; de igual manera por su preocupación, motivación y disposición en todo momento, que han sido bases fundamentales para la realización de este trabajo.

De igual manera agradezco al Dr. Luis Noriega Hoces de la Clínica de fertilidad Concebir y el Dr. Roly Hilario de la clínica Procrear, quiénes desde el primer momento me brindaron las facilidades conceptuales y explicativas acerca de las TERAS y sus implicancias jurídicas y médicas.

También agradezco a mi tía Norma Correa y Teresa Mondragón por brindarme su cariño y apoyo cuando lo necesité.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Contenido

<u>APROBACIÓN DE LA TESIS</u>	ii
<u>DEDICATORIA</u>	iii
<u>AGRADECIMIENTO</u>	iv
<u>ÍNDICE DE CONTENIDOS</u>	v
<u>ÍNDICE DE FIGURAS</u>	ix
<u>RESUMEN</u>	x
<u>ABSTRACT</u>	xi
CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN	12
1.1 Realidad problemática	13
1.2 Formulación del problema	16
1.3 Justificación	16
1.4 Limitaciones	17
1.5 Objetivos	18
1.5.1 Objetivo General	18
1.5.2 Objetivos Específicos	18
CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO	199
a) Antecedentes	20
b) Bases teóricas	21
b.1 Fundamentos de la Fecundación In-Vitro en la Ley de Salud	21
b.1.1 Las Técnicas de Reproducción Humana Asistidas	22
b.1.2 Alcances jurídicos de la Ley General de Salud(Ley N° 26842) sobre Técnicas de Reproducción Asistida	23
b.1.3 Antecedentes históricos de las Técnicas de Reproducción Asistida	24
A. ¿Qué es la Maternidad Subrogada?	26

B. Antecedentes históricos y problemas jurídicos sobre la Maternidad Subrogada	26
C. Clases de Maternidad Subrogada	30
c.1 Madre Portadora	31
c.2 Madre Sustituta	31
b.1.4 Los jueces peruanos y la Maternidad Subrogada	32
c) Hipótesis	35
CAPÍTULO 3. METODOLOGÍA	36
1.1 Operacionalización de Variables	37
1.2 Diseño de Investigación	38
1.3 Unidad de estudio	38
1.4 Población	38
1.5 Muestra	38
1.6 Técnicas, instrumentos y procedimientos de recolección de datos	39
1.7 Métodos, Instrumentos y procedimientos de análisis de datos	39
CAPÍTULO 4. RESULTADOS.....	40
4.1 Las Técnicas de Reproducción Asistida son procedimientos frecuentes	41
4.2 Las Clínicas de Fertilización In-Vitro en la ciudad de Lima (Concebir, Procrear, Cefra y Miraflores)	42
4.3 La Maternidad Subrogada y las Clínicas de Fertilidad	43
4.4 Resultados obtenidos de la encuesta aplicada	44
CAPÍTULO 5. DISCUSIÓN.....	48
5.1 Procreación Asistida	49
5.1.1 ¿Está permitida la Maternidad Subrogada en la Ley N° 26842 - Ley General de Salud?	50
5.2.1 Legislación Comparada sobre la regulación de la Maternidad Subrogada	55
5.2.1.1 La prohibición de la Maternidad Subrogada en algunos países	55
I. España	56
II. Alemania	57

III. Austria	57
IV. Francia	57
V. Italia	58
VI. Suecia	58
VII. Suiza	59
5.2.2.1 La admisión de la Maternidad Subrogada en algunos países, bajo ciertos requisitos y sin fines lucrativos	59
I. Reino Unido	60
II. Canadá	60
III. Israel	60
IV. Grecia	61
V. México	62
VI. Estados Unidos	63
5.2.3.1 Países que aún no estipulan de manera tajante si se prohíbe o permite la Maternidad Subrogada	65
I. Brasil	65
II. Colombia	65
III. Argentina	66
5.2.4.1 Países donde se ha regulado de manera expresa la Maternidad Subrogada	66
I. India	66
II. Ucrania	67
III. Rusia	67
5.3.1 La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) Vs. Costa Rica	70
5.4.1 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Caso Evans Vs. U.K sobre fecundación in vitro	72
5.5.1 ¿Es necesario una Ley sobre Reproducción Asistida en el Perú? - El artículo 7° de la Ley General de Salud y los lineamientos a seguir en un futuro dispositivo normativo, tomando en cuenta nuestra investigación de alcance no propositivo	73
5.6.1 Normas Supranacionales o internacionales suscritas por el Perú sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en torno a la fecundación in vitro	80

5.7.1 Derechos inmersos en la realización de las Técnicas de Reproducción Humano Asistidas	82
I. Derechos Reproductivos y de Procreación	82
a. Derechos Reproductivos	82
b. Derecho a la Procreación	83
5.8.1 Reproducción, infertilidad y datos adicionales	84
CONCLUSIONES	86
RECOMENDACIONES	88
REFERENCIAS.....	89
ANEXOS	91

ÍNDICE DE FIGURAS

FIGURA 1: CLASES DE MATERNIDAD SUBROGADA	31
FIGURA 2: CUADRO DE OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES	37
FIGURA 3: CUADRO INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	38
FIGURA 4: CONOCIMIENTO DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA	44
FIGURA 5: PAREJAS A FAVOR DE QUE SE PRACTIQUEN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA	45
FIGURA 6: PAREJAS QUE CONOCEN QUE ES LA MATERNIDAD SUBROGADA	45
FIGURA 7: PAREJAS QUE SE SOMETERÍAN A LAS TERAS A PESAR DE LA INSUFICIENTE REGULACIÓN	46
FIGURA 8: PAREJAS QUE NO REPUDIAN EL ACUDIR A UNA TERCERA PERSONA PARA GESTAR UN FUTURO BEBÉ	46
FIGURA 9: TRIADA COMÚN Y NATURAL	49
FIGURA 10: CUADRO DE LEGISLACIÓN COMPARADA SOBRE LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA	68-69
FIGURA 11: CUADRO LINEAMIENTOS MÍNIMOS EN UN FUTURO DISPOSITIVO NORMATIVO	79
FIGURA 12: LA PROCREACIÓN, VIDA, LIBERTAD E INTEGRIDAD	83
FIGURA 13: PAREJAS EN EDAD REPRODUCTIVA QUE SUFREN DE INFERTILIDAD	85

RESUMEN

Las técnicas de reproducción asistida han ayudado a muchas parejas infértiles, tanto en el Perú como en el mundo, a procrear seres humanos, los cuáles son esperados de igual manera que uno sin que medien éstas técnicas.

Por ello, el presente trabajo de investigación tiene por finalidad demostrar que el principal cuestionamiento que se hace a la Ley General de Salud respecto de la fecundación in vitro es la maternidad subrogada.

En suma, la falta de una suficiente regulación en nuestro ordenamiento jurídico, que prohíba o admita expresamente la maternidad subrogada, ha originado que los criterios adoptados por nuestros jueces en la resolución de conflictos, sean contradictorios a nuestra legislación establecida. Asimismo, consideramos que son criterios que no han sido resueltos idóneamente, dejando muchas dudas en torno a las Técnicas de Reproducción Humana Asistidas.

Para abordar ésta problemática jurídica, social, derivada de la insuficiente regulación de la maternidad subrogada se desarrollaron aspectos introductorios y cinco capítulos. También se ha incluido los resultados de los cuestionarios, encuestas y entrevistas realizadas a médicos y parejas en edad reproductiva. De igual manera se analizaron relevantes opiniones de Juristas reconocidos que han analizado durante años todos los temas referentes a las Técnicas de Reproducción Humana Asistidas.

Asimismo daremos a conocer un panorama general de la regulación de la maternidad subrogada en otros países concordándola con nuestra regulación. Y con ello determinar que existe una insuficiencia regulatoria en el Perú acerca de estas prácticas asistida y por ende se debe crear una legislación suficiente para eliminar las interpretaciones engañosas.

ABSTRACT

Assisted reproduction techniques have helped many infertile couples, both in Peru and in the world, to procreate human beings that are expected just as one without these techniques.

Therefore, the present research aims to demonstrate that the main question that is made to the General Health Law regarding IVF surrogacy is.

In short, the lack of adequate regulation in our legal system that prohibits or expressly permits surrogacy, has caused conflicts resolved by our judges are criteria that have been contradictory to our established laws and are criteria that, in our view, they have not been solved ideally leaving many doubts about the Assisted Human Reproduction Techniques.

To address this legal problem, social, resulting from insufficient regulation of surrogacy introductory aspects and five chapters they were developed. We have also included the results of the questionnaires, surveys and interviews with doctors and couples of reproductive age. Similarly relevant opinions of renowned jurists who have looked for years all matters related to the Assisted Human Reproduction Techniques analyzed.

Also we will present an overview of the regulation of surrogacy in other countries concordation with our regulation. And thus determine that there is a regulatory failure in Peru assisted about these practices and therefore should create sufficient legislation to eliminate misleading interpretations.

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad problemática

Actualmente en el Perú “más de un millón y medio de parejas casadas o en convivencia”¹ por diversos motivos ya sea genéticos, influencia de factores sociales como el tabaquismo o alcoholismo y la nueva enfermedad del estrés ha generado en los últimos diez años que los porcentajes de parejas infértiles en el Perú aumenten, es decir, no puedan fecundar y consecuentemente concebir. Lo que ha generado que éstas recurran a diversos tratamientos de infertilidad, que nuestro país contempla, para mitigar estos problemas de infertilidad que llenan la vida de estas parejas de frustración e infelicidad por no continuar con su descendencia.

En el Perú contamos con la tasa de fertilidad suscrita por el Banco Mundial, donde éste nos proporciona datos para el Perú desde el año 1960 hasta el año 2014 sobre los alumbramientos por cada mujer; siendo que en el año 1960 teníamos un valor de 6.97 nacimientos y a la fecha del 2014 esto se ha reducido considerablemente a un 2.45 de nacimientos.

En suma se considera que el 40% de los casos o problemas de infertilidad son atribuibles a las mujeres y el 20% de estos problemas corresponde a alteraciones masculinas y causas aún no determinadas.

“La infertilidad en el Perú se ha vuelto cada vez más preocupante, y cinco de cada diez parejas padecen de algún problema en sus aparatos reproductivos generándose una estigmatización social por no lograr ser padres”²

Mediante tratamientos médicos, en nuestro país existen dos técnicas de reproducción asistida que ayudan a éstas parejas a poder procrear un nuevo ser; éstas técnicas son: la inseminación artificial y la fecundación in vitro. La primera consiste en imitar la reproducción normal entre varón y mujer con la diferencia que se ayuda a los espermatozoides a llegar al lugar adecuado para la ovulación, y la segunda reside en fecundar un óvulo y un espermatozoide fuera del útero; éste óvulo fecundado se convierte en un embrión y se coloca en el útero para que siga su desarrollo. La presente investigación de tesis versará sobre la segunda técnica de reproducción asistida que es la fecundación in vitro y su vinculación jurídica con la maternidad subrogada.

¹ Dr. Julio Dueñas Chacón, especialista en Fertilización Humana Asistida, Director Científico de PROCREAR y participe de la incorporación de criterios de la OMS 2015 realizadas en la ciudad de Chile sobre el 5to manual “Laboratory manual for the examination and processing of human semen - Perú”

² Dr. Julio Díaz Pinillos especialista en Reproducción Humana Asistida de la clínica Nacer, Centro de Reproducción Humana de Lima.

Desde hace más de 10 años, la legislación peruana ha acogido en el artículo 7° de la Ley General de Salud (Ley N° 26842) el tema de la reproducción asistida, reconociendo con ello el derecho a los tratamientos por la infertilidad y el derecho a la procreación que todo persona ostenta. Siendo así la normatividad de la Ley General de Salud permite las técnicas de reproducción asistida. Consecuentemente lo que parece que la Ley N° 26842 ha descuidado o ha dejado un vacío legal es el tema de la maternidad subrogada, así como los procesos de ovodonación entre otros.

Es por ello que en el Perú la fecundación in vitro es un tema muy controvertido que requiere de investigación, análisis, debate y regulación en nuestro país; por lo que con esta investigación se busca determinar porqué en nuestro país existiendo una alta cifra de parejas infértiles que deciden someterse a este procedimiento, no se debate leyes en torno a la fecundación In Vitro, que por cierto ya ha traído varios problemas jurídicos; como es el caso de una menor que fue engendrada mediante fecundación In Vitro, pues la madre que propició que la menor fuese procreada utilizó esperma masculino de su anterior pareja que había guardado su esperma en una clínica, y la esposa actual de dicho señor al tomar conocimiento de este procedimiento realizado, y en representación del hermano de la menor procreada demanda la impugnación de la maternidad y finalmente la magistrada determina que la menor de quién se impugna la maternidad pueda ser adoptada por la esposa, esto es por la pareja actual de su padre y madre de su hermano, de este modo la menor queda huérfana y vinculada legalmente solo con su padre biológico y con la esposa de éste, quien es la promotora de su desvinculación materna³.

En suma tenemos el caso de una pareja de esposos en la cual la mujer al ser infértil y al no poder fecundar decide junto a su esposo, que la suegra de éste y madre de su esposa, sea quién conciba al embrión. De esta manera se realizan todos los procedimientos para concebir a la menor, pero al dar a luz la madre de la niña (quien vendría a ser la abuela), la niña es anotada como hija de ésta y su yerno (padre de la pequeña)⁴; es debido a esto que la madre genética interpone una acción de impugnación de maternidad; este caso si tuvo una sentencia favorable para la madre genética, pero lo irrisorio de esta sentencia es que la jueza

³ Casación N° 5003-2007: la Sr. Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo O.F.Q.O, impugna reconocimiento de maternidad efectuado por la señora María Alicia Alfaro Dávila respecto de la menor A.B.A.D, argumentando que la demandada no es la madre biológica de dicha menor.

⁴ Expediente N° 183515-2006-00113, caso Carla Monique See Aurish contra Jenni Lucero Aurish de Oliva. y otros sobre impugnación de la maternidad.

ordena que se ha determinado que existen en crioconservación⁵ tres embriones congelados de la pareja y que en plazo de dos años desde emitida la sentencia, la pareja tiene que hacer efectivo el derecho a la vida de estos embriones, pues sino se estaría vulnerando el derecho que tiene todo concebido en su calidad de niño; y de no cumplir con ello el Ministerio Público les iniciará un proceso por abandono de embriones y dispondrá su adopción por padres sustitutos. Este último tema también es controversial y cada vez está tomando gran importancia en nuestro país, pues van en aumento las parejas que deciden someterse a la Fecundación In Vitro y producto de esta práctica es que se dejan embriones crioconservados en los diversos centros de fertilización; no obstante, la crioconservación de embriones servirá de estudio para la investigación y análisis de temas posteriores.

Como puede apreciarse, en nuestro país ya existen antecedentes de problemas jurídicos en torno a la Fecundación In Vitro y siguiendo esta línea acerca de la maternidad subrogada. Es evidente que el sometimiento de estas prácticas de reproducción asistida no es un tema exento del ámbito jurídico, y que los jueces al no encontrar en nuestro país la idónea y suficiente normatividad respecto a las técnicas de reproducción asistida, no ha podido evaluar ni motivar sus resoluciones de manera coherente y apropiada al momento de emitir sus pronunciamientos de sentencia y lo ha hecho de una manera sumamente patosa⁶.

Para esta investigación, existen dos casos de gran importancia acerca de estas técnicas de reproducción asistida que han sido conocidas por jueces peruanos;

1. Tenemos la Casación N° 5003-2007-Lima, Sala Civil Permanente, Caso Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma, en el cual el juez nos habla de términos como la ovodonación, la cual tiene una estrecha relación con la fecundación in vitro.
2. Tenemos el expediente 183515-2006-001137, caso en el cual una mujer infértil, junto a su esposo deciden someterse a la fecundación in vitro, expediente en el que pareciera que el juzgador ha aceptado la subrogación materna sin fines lucrativos y otra vez menciona a la ovodonación.

Los casos anteriormente señalados, nos dejan un total sin sabor y nos conllevan a una infinidad de preguntas acerca de qué quiso regular el juzgador con el artículo

⁵ Debe entenderse por Crioconservación al proceso mediante el cual se congela los embriones para una posterior utilización en una pareja infértil.

⁶ Debe entenderse por Patoso del lat. Stupídus conforme el Diccionario de la lengua española es la obra de referencia de la Academia. La última edición es la 23ª, publicada en octubre de 2014.

7° de la Ley General de Salud, al establecer que la condición de la madre gestante y la madre genética recaiga sobre la misma persona y líneas más debajo de este artículo establece que para la aplicación de éstas técnicas de reproducción asistida se requiere el consentimiento por escrito de los padres biológicos; acaso no hay una evidente disparidad en estos dos párrafos prescritos en un mismo artículo; y como si fuera poco, éste artículo 7° de la LGS es el único que regula el sometimiento a estas técnicas de reproducción asistida.

Por consiguiente, debe considerarse que la ley, no se ha pronunciado sobre la madre sustituta, que está ligada estrechamente con la madre subrogada, y ésta se presenta cuando una mujer acepta ser inseminada con material genético del marido de otra a fin de entregar la criatura una vez nacido. En este caso la maternidad genética coincide con la biológica, pues la madre lo concibe y lo gesta, restando sólo la entrega. Por lo tanto la Ley General de Salud resultaría inaplicable, dado que ambas maternidades guardan total igualdad.

Siguiendo la lógica del artículo 7° de la LGS, este no prohíbe ni autoriza la subrogación materna, y al analizarlo someramente podría decirse que concuerda con lo prescrito en el artículo 2 inciso 24 primer párrafo de nuestra Constitución política del Perú; "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe" (Congreso de la República, 2015, p, 8). Es así que la regulación jurídica de la fecundación in vitro solo la encontramos en este artículo 7° de la Ley General de Salud, por lo que existen muchos vacíos y dudas que no se han tomado en cuenta en la redacción de este artículo y es con la presente investigación que se dará a conocer cuál es aquel cuestionamiento jurídico que se hace al artículo 7° de la Ley General de Salud respecto de la fertilización in vitro.

1.2. Formulación del problema

- ¿Cuál es el principal cuestionamiento jurídico a la Ley General de Salud respecto de la Fecundación In vitro?

1.3. Justificación

El presente trabajo es de vital estudio, pues trae consigo importante temas jurídicos que en nuestra realidad están siendo cada vez más discutibles jurídicamente. Esto es, el tema de la Fecundación In Vitro el cual tiene inmerso diversos temas jurídicos como es la maternidad subrogada. Es por ello que esta investigación tiene por finalidad dar a conocer el principal cuestionamiento jurídico de la Ley General de

Salud acerca de la fecundación In Vitro, pues normativamente en el Perú sólo contamos con la Ley General de Salud y un único artículo de la misma para poder regular la fecundación in vitro y por consiguiente la maternidad subrogada. Éste único artículo en dos párrafos prescribe de manera escasa e irrisoria la regulación que se le debe dar a las parejas que deciden someterse a las técnicas de reproducción asistida. En resumen, a parte del mencionado artículo de la ley de salud, no existe ninguna ley ni disposición que trate o resuelva temas tan delicados como determinar la maternidad legal de las mujeres o parejas que decidan someterse a este procedimiento. Como ya mencionamos con anterioridad, en nuestra legislación únicamente encontramos el artículo 7⁷ de la Ley General de Salud, que en esencia no nos dice nada que pueda ayudar a resolver cuestiones como las ya mencionadas en la parte inicial de la presente investigación.

Es por ello que la utilidad del presente trabajo radica en que aportará al conocimiento, pues servirá para establecer cuál es el principal cuestionamiento jurídico a la Ley General de Salud respecto de la fecundación In Vitro. Y de este modo como esta investigación puede coadyuvar a parejas infértiles a no quedar en una gran desventaja jurídica frente a los vacíos normativos existente en nuestro ordenamiento jurídico. A la vez se debe tomar en consideración que las novedades de la genética humana originan en el Derecho insuficiencia de normas, porque estos supuestos genéticos no han sido contemplados en nuestra normatividad, y en la cultura actual están apareciendo seres humanos que han sido creados o engendrados sin que medie relación sexual alguna, y ello podría llegar a destruir los moldes en los que hemos orientado fundamentos de nuestra existencia, asimismo de la familia y la noción de la persona como idea de justicia.

1.4. Limitaciones

Una de las limitaciones advertidas para desarrollar la presente investigación es en el aspecto de recabar información necesaria y pertinente acerca de obtener con exactitud un porcentaje o datos estadísticos aproximados de las parejas infértiles que deciden someterse a estas técnicas, así mismo datos estadísticos exactos acerca de la realización con éxito de éstas prácticas asistidas en úteros subrogados.

⁷ Artículo 7 de La Ley General de Salud; 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 la madre genética y la 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.

Por otra parte otra barrera se da porque en nuestro país son pocos los juristas que han escrito en torno al tema de la fecundación in vitro y sus implicancias jurídicas, por lo que se hace difícil tener una gran variedad de opiniones nacionales de este tema.

Otra limitación advertida es la disparidad con la que han resuelto los jueces peruanos respecto a este tema; así encontramos el expediente N° 183515-2006-00113 del décimo juzgado de LIMA sobre impugnación de maternidad y la Casación N° 5003-2007-LIMA sobre paternidad no autorizada e impugnación de maternidad; casos en los cuales se evidencia la poca fundamentación con la que han emitido sus sentencias, dejando así muchas cuestiones jurídicas que no son de gran ayuda para dilucidar los problemas jurídicos de ésta investigación.

Asimismo se debe tomar en consideración que la mayoría de ponencias referentes a este tema son analizadas en la ciudad de Lima y es un tanto difícil anexarse de toda la información sustentada acerca de los problemas y prontas soluciones a nivel jurídico que se presentan de practicar la Fecundación In vitro en un útero subrogado.

1.5. Objetivos

1.5.1. Objetivo general

- Ubicar el principal cuestionamiento jurídico a la Ley General de Salud respecto de la Fecundación In Vitro.

1.5.2. Objetivos específicos

- Revisar la Ley General de Salud.
- Buscar los artículos pertinentes a las técnicas de reproducción asistida.
- Revisar y analizar las sentencias emitidas en nuestro país acerca de la Fertilización In Vitro.
- Revisar el registro de parejas infértiles sometidas al procedimiento de Fertilización In Vitro.
- Conocer opiniones de juristas y médicos relevantes sobre la Fertilización In Vitro.
- Ubicar y analizar legislación comparada sobre Fertilización In Vitro.

CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO

a) Antecedentes

Durante la recopilación de información para la elaboración de la presente investigación, hemos identificado que no existe ningún trabajo o antecedente que verse sobre determinar el principal cuestionamiento jurídico de la Ley General de Salud respecto de la Fecundación In Vitro, que haya sido investigado por la Universidad Nacional de Cajamarca, Universidad Upagu entre otras casas de estudios superiores de la ciudad de Cajamarca. Es preciso recalcar que nuestro problema de investigación está orientado a la Ley General de Salud y los problemas jurídicos surgidos en los centros de fertilidad realizados en la ciudad de Lima, dado los conflictos jurídicos encontrados a nivel del tema de reproducción humana asistida en dicha ciudad.

En consecuencia, el trabajo que se acerca al de nuestra investigación es el publicado en la revista Peruana de Ginecología y Obstetricia en el año 2012, revista en la cual la profesora titular de Derecho Civil y Bioética en la Pontificia Universidad Católica del Perú; Paula Siverino Bavio escribe sobre temas de fecundación In Vitro, maternidad subrogada y ovodonación, entre otros. Que lleva el nombre de “Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú”. (Siverino Bavio, 2010, p. 6) De igual forma establece algunas consideraciones en torno a las técnicas de reproducción humana asistida y su implicancia legal en nuestro país. En éste artículo se aborda desde la óptica de la bioética, diversas preguntas de suma urgencia en el marco legal de las técnicas de reproducción asistida y se llega a la conclusión que en nuestro ordenamiento jurídico al no existir normatividad acerca de estos temas se debe regular jurídicamente o darse una ley especial que de alguna forma pueda prevenir éstas realidades que cada vez son más propensas de regulación. Asimismo, cabe precisar que nuestro primer antecedente es materia de una ardua investigación sobre Derecho Genético en torno a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistidas y ubicar el principal cuestionamiento jurídico respecto de la fecundación in vitro en la Ley General de Salud, lo encontramos en los libros del Dr. Enrique Varsi Rospligiosi del año 2013. En suma, se evidencian Tesis de maestría y Doctorado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad Femenina del Sagrado Corazón y las diversas publicaciones jurídicas en torno a las técnicas de reproducción humana asistidas y su regulación en nuestro país. Es así

que la más reciente publicación data del primero de marzo de 2017 de Legis.pe sobre ¿Existe el Derecho humano a la procreación?.

De igual manera, encontramos un análisis de la Convención de Investigaciones sobre Derechos Reproductivos de la mujer infértil en el Perú: acceso a la técnica de reproducción asistida de la maternidad subrogada de la Pontificie Universidad Católica del Perú realizada en el año 2014.⁸

En esencia y después de haber verificado el problema de investigación del presente trabajo, se ha determinado que no se ha establecido cuál es el principal cuestionamiento jurídico que conllevaría la realización de este procedimiento por parejas infértiles; es por ello que con la presente investigación se busca establecer aquel principal cuestionamiento jurídico en torno a la fecundación In Vitro.

b) Bases teóricas

b.1 Fundamentos de la Fecundación In-Vitro en la Ley de Salud

Existen diversos autores que nos dan nociones acerca de las implicancias que trae consigo someterse al procedimiento de la fecundación In Vitro. Es así que el artículo 7° de la Ley General de Salud prescribe de forma muy confusa la regulación jurídica de las técnicas de reproducción humana asistida, estamos seguros que la redacción y posterior promulgación de éste único artículo de la ley de salud fue hecha de forma totalmente prematura, sin prever el avance de la biotecnología, y sin predecir, (a pesar de no ser éstas técnicas asistidas realidades absurdas) que cada vez iban en crecimiento las parejas infértiles que decidirían someterse a procrear sin que medie relación coital.

Consecuentemente la Ley General de Salud en su artículo 7° considera que el recurrir a técnicas de reproducción asistida es un derecho. Asimismo, admite la fecundación heteróloga, con esperma masculino, pero exige que la condición de madre gestante y madre genética coincidan. En suma la ley de salud al permitir utilizar esperma masculino y prohibir el uso de esperma femenino originaría una discriminación por razón de género que equivale a negar la posibilidad de acceder a la maternidad.

El Dr. Varsi señala que: “si se pretende evitar los conflictos en torno de la identidad de un futuro infante la prohibición debería ser total, no debería justificarse la

⁸ Facultad de Derecho de la Pontificie Universidad Católica del Perú, Comisión de Investigaciones de la Asociación Civil Foro Académico desde el ciclo 2014-I

donación de esperma. Se ha alegado que la disposición pretende proscribir la maternidad subrogada.” (Varsi Rospligiosi, 2008, p. 17)

Como se puede evidenciar ya existe una sentencia que acepta y no prohíbe la maternidad subrogada, asimismo el artículo 7° de la Ley General de Salud, establece que la madre genética y la madre gestante debe recaer sobre la misma persona, por ello consideramos que se debió haber prohibido la maternidad subrogada pues podría darse el caso que la condición genética y gestante recaiga sobre una madre subrogante, y que ésta haya utilizado esperma de la pareja infértil que busca una futura concepción. Por otro lado: la Ley General de Salud no impide la embriodonación, la cual puede dar alternativas a la adopción a parejas infértiles mediante tratamientos menos costos y que permitan la experiencia de la gestación para así consolidar el vínculo filial de los embriones congelados o crioconservados, evitando la propagación excesiva de los embriones supernumerarios.

En nuestro país cada vez más va creciendo el número de parejas infértiles que deciden someterse a la fertilización in vitro. Y es a consecuencia de ésta práctica asistida de la cual surgen diversas connotaciones jurídicas que han sido planteadas a lo largo de esta investigación. De este modo, es necesario modificar la legislación nacional existente, o incluso consideramos que se deberían crear nuevas leyes para que ayuden a dilucidar futuros problemas jurídicos genéticos como la maternidad, filiación, herencia, paternidad, derecho de familia e incluso el derecho a la vida.

b.1.1 Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Las técnicas de reproducción humana asistida son aquellos métodos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándoles la posibilidad de tener descendencia. En ningún caso, podemos decir que representan una terapia dado que nada curan, solamente mitigan los efectos de la esterilidad.

De esta manera, se dice que las técnicas de reproducción asistida son métodos supletorios no alternativos.⁹ Y son llamados supletorios porque éstos métodos buscar vencer una deficiencia, ya sea, biológica u síquica que puede impedir tener descendencia cuando otros métodos han fracasado o han resultado ineficaces para las parejas infértiles. Asimismo que después de haber recurrido a algún

⁹ XIX Jornadas nacionales de Derecho Civil en la ciudad de Argentina en el año 2003. Comisión N° 1, Comienzo de la existencia de la persona humana, III), b) Es necesario regular las prácticas de reproducción humana asistida, las que deberán estar orientadas exclusivamente a fines terapéuticos y como una forma de remediar la esterilidad y no como un medio alternativo de procreación.

tratamiento para su infertilidad no han logrado procrear ni por acto médico¹⁰ que se les ha realizado.

b.1.2 Alcances jurídicos de la Ley General De Salud (Ley N° 26842) sobre Técnicas de Reproducción Asistida

El Dr. Enrique Varsi Rospligliosi sostiene que: “es importante señalar que no es condición indispensable para recurrir a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida el haber seguido sin éxito un tratamiento de fertilidad sino que se puede llegar a las mismas directamente. Es de tener en cuenta que las Técnicas de reproducción humana asistida son procesos supletorios de la infertilidad.” (Varsi Rospligliosi, 2001, p.349)

De igual forma en una entrevista realizada por alumnas de la universidad femenina del sagrado corazón de la escuela de post grado, entrevista en la cual se responde diversas preguntas acerca de la maternidad subrogada, que para la presente investigación son de crucial importancia jurídica, el Dr. Varsi nos dice que: “la maternidad subrogada es una palabra que engloba diversos términos, pues la maternidad subrogada consiste en que hay una sustitución en el acto de la gestación es decir, termina siendo madre aquella que no necesariamente es la genética y termina pariendo una mujer que no necesariamente es la que donó el óvulo; entonces este tema de la útero subrogado se lo debe analizar de acuerdo a su tipología.” (Varsi Rospligliosi, 2001, p. 349)

Por otro lado el Dr. Varsi establece que: “la subrogación materna debería tener una regulación en torno al aspecto filiativo, es decir llegar a establecer cuál es el vínculo parental de aquella persona nacida como consecuencia de las técnicas de reproducción asistida, porque en definitiva prohibir este acto de libre disposición humana al final de cuentas siempre va a existir. En tanto debe establecerse legislativamente cual es el vínculo filiatorio del niño procreado mediante estas técnicas de reproducción asistida y que conllevaría a los juzgadores a tener una mejor visión jurídica de este procedimiento.” (Varsi Rospligliosi, 2001, p. 352)

¹⁰ El acto médico es aquella intervención sobre el cuerpo humano realizada por el profesional de salud titulado, que tiene una finalidad de diagnósticos o de terapia. Los actos médicos se presentan de dos formas: 1) **Actos médicos corpóreos** que son: actos directos de prevención o profilaxis, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación; y actos indirectos: trasplantes de órganos, transfusiones sanguíneas, autopsias y la investigación o experimentación tanto en seres vivos como en cadáveres. 2) Actos médicos extracorpóreos que son: los casos de investigación o experimentación médica. Por su parte la Ley General de Salud en el artículo 29° prescribe que toda información relativa al acto médico debe estar sustentado en una historia clínica veraz y suficiente que contenga las prácticas y procedimientos aplicados al paciente para resolver el problema de salud diagnosticados. En suma el artículo 42° de la misma ley establece que: “Todo acto médico que se lleve a cabo en un establecimiento de salud o servicio médico de apoyo es susceptible de auditorías internas y externas en las que puedan verificarse los diversos procedimientos a que es sometido el paciente, sean estos de prevenir, diagnosticar, curar, rehabilitar o realizar acciones de investigación”

Conforme lo señalado por el Dr. Varsi debe evidenciarse que de existir en nuestra normatividad una ley especial o alguna disposición complementaria al ya referido artículo 7 de La Ley General de Salud, “sería más fácil dilucidar problemas jurídicos en torno a la fertilización in vitro y sus implicancias jurídicas respecto del nuevo ser procreado.” (Varsi Rospligliosi, 2001, p. 356)

b.1.3 Antecedentes históricos de las Técnicas de Reproducción Asistida

La reproducción asistida tiene una larga historia por ser el método más antiguo para combatir la esterilidad. Antiguamente los pueblos babilónicos y arábigos hallaron en los vegetales el método de reproducción sin que medio acto coital. En la Grecia antigua y el Impero romano se realizó ésta técnica en animales.

La inseminación artificial fue utilizada primitivamente en animales por los árabes en el siglo VI. En la Edad Media un médico árabe practicaba en sus pacientes con problema de fertilidad el baño en una tina que contenía agua con esperma.

Igualmente y con fechas más exactas tenemos que en el año 1322 un jeque árabe fecundó a su yegua con semen extraído de un semental y lo hizo utilizando una esponja. En los años 1424 y 1474 el médico Arnaud de Villeneuve inseminó artificialmente a doña Juana de Portugal, segunda esposa de Enrique VI de Castilla, más conocido como el rey impotente. En el año 1776 se estudian las consecuencias de la congelación de espermatozoides. En 1780 se insemina a una hembra de especie canina.

“En el año 1799 se reporta el primer embarazo por inseminación artificial; en 1890 se logra la primera fecundación in vitro del ovocito de una coneja y la correspondiente transferencia del embrión y en 1930 se logra el primer parto de un conejo vivo y sin padre.” (Varsi Rospligliosi, 2013, p, 402)

“En 1937 un editorial anónimo de una prestigiosa revista sugirió la posibilidad de fecundar extracorpóreamente material genético humano; 1944 se fecunda un óvulo humano en probeta, pero rápidamente muere.” (Conception in a Watch Glass, 1937, p, 678)

“En 1950 se produce el verdadero impulso en el campo de la reproducción asistida, al lograrse congelar semen de bovino y luego inseminarlo con éxito. En 1952 nace el

primer becerro producto de semen congelado y en ese mismo año se clonan células de renacuajo.” (El Diario USA today, 1993, p, 7)

“En 1953 se usa semen congelado en una inseminación humana, así también se logra que un embrión fecundado in vitro sobreviva hasta el estado de mórula; 1959 vive el primer conejo fruto de la fertilización in vitro.” (Varsi Rospligiosi, 2013, p, 403)

En suma, con el paso del tiempo y el desarrollo de la biotecnología se siguió produciendo un gran progreso en el área de la reproducción asistida, especialmente desde el año 1978, con el nacimiento de Louise Brown, quién fue la primera bebé que se fecundó y concibió extracorpóreamente y la cual actualmente ya ha concebido a su primogénita. De igual manera en el año 1979 nace la segunda bebé probeta de nombre Armandine. Asimismo en el año 1983 nace el primer bebé producto del espermatozoides del esposo y del óvulo de donante. En 1984 nace el primer embrión congelado.

En el año 1985 una madre subrogada se niega a entregar a la hija que gestó, Baby M. Hoy en día en nuestra legislación peruana también encontramos nacimientos producto de la utilización de éstas técnicas asistidas. Por ejemplo en el año 2005 se concibió a la menor de iniciales D.M.A mediante fecundación in vitro en una madre sustituta. En el año 2006 se concibió a la menor de iniciales A.B.A.D mediante inseminación artificial; de igual manera ese mismo año también nació la menor de iniciales V.P.C quién también fue concebida por una madre sustituta. Del mismo modo en el año 2010 Ana María Rodríguez y Walter González, decidieron someterse al proceso de fertilización in vitro en la clínica Concebir.

Como podemos observar a lo largo de la historia, las técnicas de reproducción han sido practicadas desde plantas, animales y seres humanos. Cabe mencionar que en el Perú hace cinco años sólo existían tres clínicas que realizaban éstas técnicas de reproducción; pero a la actualidad ya existen más de una docena de centros especializados que las practican. Para ello antes de abordar la hipótesis mostrada en esta investigación analizaremos algunos conceptos para lograr entender que el principal cuestionamiento que se hace a la Ley General de Salud es la insuficiencia regulatoria de la maternidad subrogada.

A. ¿Qué es la Maternidad Subrogada?

La maternidad subrogada es un procedimiento mediante el cual una pareja encargan a una mujer la gestación de un niño, que será entregado a la pareja que la solicitó después de su nacimiento.

“Se conoce como maternidad subrogada a la practica en la que una mujer gesta a un bebé, previo pacto o compromiso, mediante el cual tiene que ceder todos los derechos sobre el recién nacido a las personas que asumirán la paternidad o maternidad del mismo.” (Souto, 2006, p, 182)

“Hay muchos términos para referirnos a ésta realidad, siendo los más habituales: gestación por sustitución o subrogada, maternidad portadora, sustituta, de encargo o de alquiler, alquiler de útero, madre suplentes, temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro.” (Lamm, 2012, p, 13)

En suma, podemos decir que la maternidad subrogada es un proceso complejo; dado que se involucran más de dos partes; que necesita una regulación en nuestro país y más por ser un procedimiento que va en aumento en la práctica constante de las TERAS¹¹. Asimismo se ha demostrado que la maternidad subrogada al no encontrarse regulada en el Perú ha traído consigo infinidades de problemas jurídicos que han sido discutidos en nuestros tribunales, y que por la insuficiencia regulatoria que tenemos en este tema, no ha sido resuelta de una manera idónea; confundiendo a nuestros jueces al momento de dar su razonable veredicto, el cual se ha sustentado en el único artículo que tenemos sobre técnicas de reproducción asistida. Por ello, antes de esbozar por qué es importante que se regule la maternidad subrogada en nuestra legislación; pasaremos a analizar algunos casos suscitados dentro de nuestro margen nacional y extranjero.

B. Antecedentes históricos y problemas jurídicos sobre la Maternidad Subrogada

La historia de las madres sustitutas o madres subrogadas comenzó en 1975 en California, Estados Unidos, cuando un periódico de esa ciudad publicó un anuncio en el cual se solicitaba a una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja infértil.

En el año 1976, se suscribió el primer acuerdo de maternidad subrogada en donde se utilizó la inseminación artificial. “Ese mismo año, Noel Keane, un abogado de

¹¹ TERAS: Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Michigan, creó la Surrogate Family Service Inc, para ayudar a parejas con dificultades para procrear, facilitando el acceso a madres contratadas y realizando todos los trámites para la subrogación.” (Arteta, 2011. p, 38)

Por su parte, Aida Kemelmajer ha analizado una variada jurisprudencia sobre maternidad subrogada; y a continuación se esbozan algunos casos relevantes para esta investigación.

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

En suma, uno de los casos más controversiales fue el denominado “Baby M” ocurrido en 1985 cuando el matrimonio Stern contrató con Mary Whithead, la gestación de un bebé, producto de una inseminación artificial con semen del señor Stern. El contrato plasmaba el compromiso, por parte de la madre portadora, de no crear una relación materno-filial con el bebe, y la obligación de abortar si de los exámenes correspondientes se lograba determinar que el feto presentaba anomalías.

El 27 de marzo de 1986 se produjo el nacimiento de Baby M, pero la madre portadora (además, dueña del óvulo) se negó a entregarla al matrimonio Stern, y el señor Whitehead procedió a reconocer a la menor como hija suya. La madre gestante aducía no poder desprenderse de su hija y, en efecto, un informe psiquiátrico determinó que el consentimiento otorgado al momento de suscribirse el contrato no había sido dado con pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias que de ello derivarían. Asimismo, un estudio de su personalidad, determinó la presencia de ciertas connotaciones psicológicas que le impedirían desprenderse del bebé. El juez de New Jersey, que actuó en primera instancia, entregó la custodia de la niña al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido. Esta sentencia fue apelada por la madre portadora y el tribunal supremo del estado procedió a la revocación del fallo declarando la nulidad del contrato, aunque, mantuvo la tenencia de la niña a favor de los Stern alegando que estos podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socio-económicas para Baby M.

En el año 1987 en Gran Bretaña la señora Kim Cotton aceptó ser madre portadora, utilizando la técnica de inseminación artificial con semen del marido de la pareja

solicitante. El acuerdo se efectuó con ocasión de las gestiones realizadas por una agencia denominada Surrogate Parenting Association, pero este procedimiento no quedó allí, pues un funcionario del Servicio Social Gubernamental realizó la denuncia del procedimiento realizado ante los tribunales, los cuales decidieron que el menor permaneciera bajo la custodia del hospital hasta que el Tribunal de menores se pronunciara al respecto. Posteriormente, la Corte Superior Civil de Londres decidió que el niño debía ser entregado a la pareja solicitante mediante el correspondiente trámite de adopción.

En el año 1992 en Roma, el tribunal de menores autorizó al matrimonio Job-Wermuller que se quedaran con una niña que fue concebida por una tercera mujer con material genético de Job. En 1993 una pareja de esposos estadounidenses se sometieron al tratamiento de fecundación asistida, pero se contactaron con una mujer para que engendre al embrión de la pareja. En estos dos casos los Tribunales permitieron que los padres solicitantes se quedaran con los menores, pues al realizar las pruebas de ADN se determinó que estos coincidían genéticamente con los padres solicitantes y no con las madres subrogadas.

En Inglaterra dos parejas de esposos acordaron que el marido del matrimonio que no tenía hijos tuviera relaciones coitales con la señora del matrimonio que ya tenía hijos para que esta pareja infértil pueda tener un hijo. En Estados Unidos una pareja de mexicanos Enrique Moreno y Luisa Gonzales, pactaron con una mujer la gestación de su hijo. La mujer subrogada gestó cinco niños y éstos menores fueron entregados a sus nuevos padres.

Dentro de nuestro marco nacional también tenemos casos similares que ya han sido materia de discusiones en diversas instancias judiciales, es así que encontramos el caso Carla Monic See Aurich, donde ésta mujer y su esposo decidieron acudir a la madre de ésta para que geste al embrión de los esposos. La madre de Carla Monic aceptó gestar al nuevo ser, pues su hija; después de habersele practicados actos médicos; se había determinado que Carla Monic nunca podría resistir un embarazo, dado que de quedar embarazada la vida de Carla Monic y la del embrión no podrían coexistir. Es así que la madre de Carla Monic decide someterse al método¹² de maternidad subrogada. Y el seis de mayo del dos mil cinco, nace mediante cesárea la menor de quién se impugna la maternidad.

¹² El médico Augusto Ascenzo confirmó la posibilidad de emplear el método de "Maternidad Subrogada", denominado así porque es el vientre de otra mujer quién gestará al embrión por nueve meses, el mismo que ha sido concebido con el óvulo y esperma de los esposos (obtenido del Expediente N° 183515-2006-00113)

En la clínica se inscribe a la menor recién nacida como hija de la madre de Carla Monic (abuela de la menor nacida) y es a raíz de ello que surgen los problemas jurídicos que llevaron a Carla Monic a interponer una demanda de impugnación de maternidad, dado que la clínica no había consignado como madre a Carla Monic, pues lógicamente ella no había alumbrado a la menor.

La jueza de ese entonces determinó que la Ley General de Salud no prohíbe ni permite que se realice el procedimiento de maternidad subrogada, y a tenor de lo dispuesto por el artículo 2º, inciso 24 letra a) de la Constitución Política, el cual regula el principio de Reserva de Ley, en virtud del cual “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” y por consiguiente considerando lícita tal conducta. Asimismo determina que se deben implantarse o dar vida a los embriones congelados en la clínica de Miraflores. Pues considera que estos embriones son seres vivos, y siendo el Estado quien protege al concebido y en concordancia con la legislación española, la Ley 14.2006 sobre técnicas de reproducción asistida, dispone que estos embriones sean implantados en una madre subrogada para darles vida en tanto son seres humanos vivos que necesitan total protección. Asimismo se dispone la inscripción de la menor recién nacida como hija de Carla Monic y su esposo.

De igual manera, en el año 2011 se dicta una casación sobre maternidad subrogada. Casación que versa sobre una pareja de esposos, Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone, los cuáles deciden solicitar a Isabel Zenaida Castro Muñoz y Paúl Frank Palomino Cordero para que la esposa de este conciba al embrión de los recurrentes. En el año 2006 y después de haber sometido a una fecundación asistida a Giovanni Sansone y Zenaida Castro (quién es madre genética y gestante del bebé), ésta alumbró a la menor de iniciales V.P.C (quién fue consignada como hija del matrimonio a quien se recurrió para la gestación). Pero el asunto no queda ahí, pues el matrimonio que gestó a la menor, interpone un recurso de Casación, que declara fundada la demanda de adopción por excepción donde se declara a la menor V.P.C, hija de don Giovanni Sansone y de doña Dina Felicitas Palomino Quicaño.

Por su parte, el juez dispone que se realicen las pruebas de ADN de los demandados respecto de la menor nacida. Y se determina que la menor era hija genética del señor Giovanni Sansone, por ende era totalmente absurdo haber entablado una demanda de adopción, pues uno de los demandados era padre biológico de la menor.

Asimismo en el desarrollo del proceso se corrobora que a los nueve días de nacida, la menor fue entregada a los pre-adoptantes. De igual manera se acredita con los informes psicológicos y sociales que la menor se encuentra viviendo en un adecuado ambiente familiar recibiendo el amor de madre de la señora Dina Felicitas Palomino Quicaño, quien pese a no tener vínculos consanguíneos con la misma le prodiga todo lo necesario para su desarrollo integral, y el amor de padre por parte del demandante quien sí es padre biológico de la menor, por lo que no habría carencia moral de los demandantes hacia la menor, y además por los deseos imperiosos de ser padres. “Conducta que no puede ser reprochada dada la conducta que han demostrado al interior del proceso y fuera de éste con la menor. Que el equipo multidisciplinario ni la Asistente Social del Poder Judicial ha advertido carencia moral alguna, quienes a fojas mil veintinueve y quinientos setenta y siete respectivamente han emitido informes favorables a la demandante. (Sentencia, CAS. N° 563-2011, 2011, p, 13).

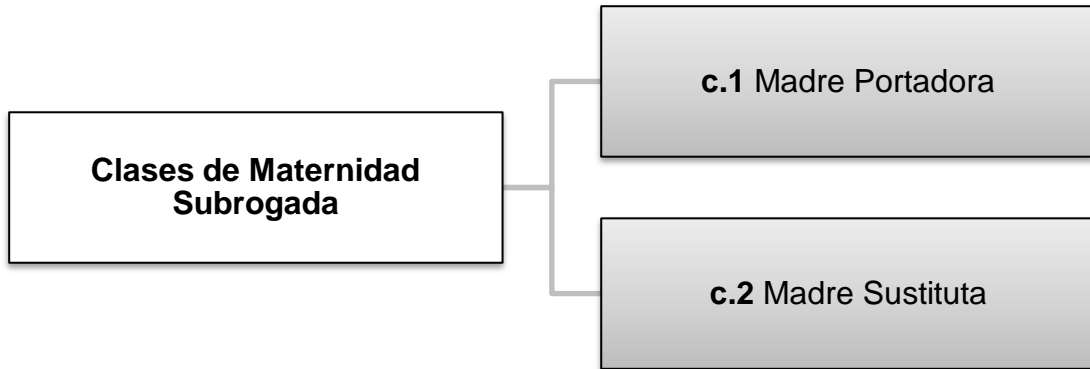
“Teniéndose además, que los demandados han demostrado el poco valor que le dan a la vida y la deplorable manipulación que han intentado hacer con la vida de un ser indefenso que merece toda la protección de sus progenitores y la Ley.” (Sentencia, CAS. N° 563-2011, 2011, p, 13)

“Por otro lado, estando a que la menor se encuentra viviendo con los demandantes desde que contaba con nueve días de vida en un ambiente adecuado recibiendo cuidados y amor por parte de éstos, debe primar que los identifica como sus padres y arrancarla de su seno familiar a su corta edad resultaría gravemente perjudicial para su vida, además de la descalificación de los padres para ejercer su patria potestad sobre la misma.” (Sentencia, CAS. N° 563-2011, 2011, p, 13)

C. Clases de Maternidad Subrogada

Existen diversas modalidades o clases de maternidad subrogada en relación con las parejas infértiles, las motivaciones y deseos que tienen de convertirse en nuevos padres. Estas clasificaciones siguen siendo temas controvertidos y quizás para algunos objetables. En algunos países son tolerables o incluso valoradas. A continuación señalaremos las clasificaciones más comunes sobre la gestación subrogada o maternidad subrogada.

FIGURA 1: CLASES DE MATERNIDAD SUBROGADA



c.1 Madre Portadora: Es aquella mujer que genera óvulos, pero tienen una deficiencia uterina o física que le impide gestar, por ello debe buscar una mujer que colabore con ella en dicha labor biológica. El Dr Enrique Varsi dice lo siguiente: “Es un caso sólo de préstamo de útero, dándose una maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) Aporte de espermatozoides del marido, 2) Aporte de óvulo de su mujer y 3) La madre gestante es una tercera.” (Varsi Rospligiosi, 2013, p, 442)

En Italia en el año 1997 se ha presentado un caso de doble maternidad portadora. Se presentó la gestación de dos embriones de parejas distintas en el útero de una mujer. Pues las dos madres genéticas no podían engendrar hijos por padecer del corazón en un caso; y por carecer de útero en otro.

“En Brasil una mujer de nombre Rozinete gestó y alumbró los gemelos de su hija Claudia, para ello los óvulos de ésta fueron fecundados con el esperma de su marido y luego se introdujeron los embriones en el útero de su mujer Rozinete.” (Ramirez de Castro, 2007)

Esta técnica es permitida en Brasil, pero con restricciones, puesto que su práctica sólo es posible con parientes de primer y segundo grado de consanguineidad, asimismo nunca tendrá carácter lucrativo ni comercial.

c.2 Madre Sustituta: Es aquella mujer que no genera óvulos ni puede gestar, en otras palabras, es aquella mujer que que padece de una deficiencia ovárica y

uterina, razón por la cual debe buscar una mujer que cumpla con dichas funciones que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación.

El Dr. Varsi alega lo siguiente: “Es un caso de maternidad integral. Se produce un caso de progeneración humana: 1) Espermatozoides del marido e 2) Inseminación en tercera mujer. La madre procreante es la misma que la gestante.” (Varsi Rospligliosi, 2013, p, 443)

Asimismo Graciela Medina dice: “En este caso hay maternidad por sustitución pues podríamos considerarlo como una derivación de una técnica de reproducción asistida por cedente.” (Medina, Graciela y Erades, Graciela, 1990)

b.1.4 Los jueces peruanos y la Maternidad Subrogada

Siguiendo esta línea de ideas, la fertilización in vitro es una técnica de reproducción humana asistida que trae consigo temas como los ya referidos, esto es, la ovodonación y la subrogación materna; pues el artículo 7º de la Ley General de Salud no ha establecido la prohibición expresa de ésta última, Por estas consideraciones se ha evidenciado en nuestro sistema normativo una total y absurda falta de motivación y criterio por parte de nuestros jueces; aquí traemos a colación la Casación N° 5003-2007-Lima, de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la que se evidencia la carencia o insuficiencia normativa y cuestionamiento jurídicos acerca de la Ley General de Salud en torno a la maternidad y ovodonación, pues dicha Casación versa sobre una impugnación de maternidad; la accionante (no ostentaba legitimidad procesal, demanda en representación de su menor hijo menor, medio hermano de la menor cuya filiación es puesta en controversia), quién no había acreditado la afectación que sufrió el menor (su hijo) por la maternidad cuestionada en relación con su media hermana.

Es así que dicha controversia es aceptada por la Sala, la cual establece que no es necesario probar el daño, sino esclarecer la verdad biológica que tendría el medio hermano. En suma la Sra. Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma, actuando en representación de su menor hijo O.F.Q.O., impugna el reconocimiento de maternidad efectuado por la Sra. María Alicia Alfaro Dávila., respecto de la menor A.B.A.D., argumentando que la demandada no sería la madre biológica de dicha menor, pues la demandada ha procreado a la menor con espermatozoides del esposo de la

demandante sin consentimiento de éste (anterior pareja de la demandada, el Sr. Custodio Olsen Quispe Condori) con el óvulo de una mujer distinto. Por ello la menor A.B.A.D sería media hermana del menor O.F.O.Q.

De igual manera se estableció que la menor procreada por las técnicas de reproducción humana asistida no guarda ninguna correspondencia genética con el código genético de la Sr. María Alicia Alfaro Dávila., además la Sala establece que la gestación se produjo mediante fecundación in vitro, utilizando el espermatozoides del Sr. Custodio Olsen Quispe Condori sin su consentimiento, y ello vendría a ser una conducta abusiva por parte de la Sr. María Alicia Alfaro Dávila. Y por estas consideraciones la Sala declara FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la Sr. Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma, consecuentemente la disposición de la adopción de la menor por la demandante y el padre de la menor de quién se impugno su maternidad. (Impugnación de Maternidad, 2007, p. 2)

A nuestro parecer es totalmente lamentable lo resuelto por nuestros jueces, y se evidencia la falta de normatividad en torno a este tema de reproducción asistida, pues de existir una ley especial u otras normas complementarias nacionales, estamos seguros que los jueces peruanos no se habrían dejado llevar por sus percepciones o por lo único que establece el artículo 7° de la Ley General de Salud. Es decir, no habrían concebido en el tercer considerando de esta Casación lo siguiente: “la demandada no es la madre biológica de dicha menor, pues ella fue inseminada artificialmente con el óvulo de una mujer distinta y se utilizó los espermatozoides del esposo de la recurrente, Sr. Custodio Olsen Quispe Condori, sin el consentimiento de éste, mediante la técnica de reproducción asistida denominada “ovodonación”, la que no está permitida en nuestro país conforme se colige de lo previsto en el artículo 7° de la Ley General de Salud.” (Impugnación de Maternidad, 2007, p. 1)

Al respecto el Dr. Varsi sostiene que: “ el interés de la demandante es que la menor se quede sin madre, y eso obviamente no favorece a la menor, más aún si el óvulo implantado, a través del cual fue procreada es de desconocido origen genético (...) si se demuestra que (el menor) tiene el interés de que su hermana se quede sin madre porque quiere realmente atribuirle la maternidad que le corresponde, allí sí se configura un interés legítimo, pero en el presente caso vemos que el fin es dejar a su hermana sin ningún tipo de relación maternal.” (Varsi Rospligiosi, La primera casación en materia de procreación asistida, 2008, p. 4)

Cabe entonces preguntarnos hasta qué punto es posible controlar el desarrollo de la tecnología en temas reproductivos y al mismo tiempo respetar los derechos legítimos de las personas. De igual manera de darse un caso similar en nuestro país, se debería acudir a nuestras leyes para así dilucidar la controversia (seguramente se resolverá de una manera similar y únicamente alegando que el artículo 7° de la Ley General de Salud no lo prescribe, y por ello está prohibido. Y con ello existiría una gran vulneración al artículo 2 inciso 24-a de la Nuestra Constitución Política del Perú). Por ello para resolver futuros problemas jurídicos referidos a las técnicas de reproducción asistida se debe de crear leyes de acuerdo a nuestra legislación existente. Así nuestros jueces desempeñarán un rol totalmente sustentado, coherente y razonable para no dejar desprotegidas a las partes que deciden someter su controversia jurídica a un criterio jurisprudencial.

De igual importancia y sumamente relevante para la presente investigación encontramos el caso resuelto en primera instancia por el décimo quinto Juzgado de familia de Lima de enero del 2009, que versa sobre una impugnación de maternidad que reconoce su origen en una subrogación materna. Como antecedentes tenemos que la Sra. Carla Monique See Aurish y el Sr. Luis Eduardo Mendoza Barber (su esposo), deseaban tener hijos, pero la señora Carla Monique no podía concebir debido a que padecía de insuficiencia renal e hipertensión arterial, asimismo ponía en riesgo su vida, por ello dicha enfermedad imposibilitó que la pareja busque el embarazo. Es en torno a ello que los esposos deciden recurrir a la fecundación in vitro, utilizando el propio material genético de la pareja y además contando con la madre de la señora Carla Monique, para que ésta engendre al embrión de quien se quiere la existencia.

Al nacer la niña, la clínica que asistió el alumbramiento, anotó a la menor como hija de la señora Jenni Lucero Aurish de Oliva (abuela de la menor).

Debido a ello la madre genética (quién buscó que se concibiera a la menor), interpone una acción de impugnación de la maternidad. La jueza considera que: dado que media una fecundación in vitro, el concepto tradicional de maternidad resulta obsoleto, y el derecho genético “crea nuevos conceptos de maternidad y por ende representa un problema jurídico con diferentes matices, cuya regulación legal resulta insoslayable para armonizar las relaciones humanas en la sociedad”. (Impugnación de Maternidad, 2009, p. 9-10)

La magistrada considera en dicha resolución que no existe prohibición respecto de la maternidad subrogada, y por ende se trata de una conducta lícita. Y es por estas razones que declara FUNDADA la demanda de impugnación de maternidad, disponiendo dejar sin efecto el reconocimiento efectuado por la Sra. Jenni Lucero Aurish de Oliva como madre la menor C.S.M.A en el acta de nacimiento de la Municipalidad de Miraflores, asimismo dispone la inscripción y reconocimiento de la citada niña por su madre la Sra. Carla Monique See Aurish y la rectificación de los apellidos de la niña, consecuentemente otorga el plazo de dos años de expedida la sentencia, para que los señores Carla Monique See Aurish y el Sr. Luis Eduardo Mendoza Barber hagan efectivo el derecho a la vida que tienen tres embriones concebidos producto de la fecundación in vitro, ya sea mediante el vientre materno de la Carla Monique See Aurish o mediante una maternidad subrogada, de igual forma dispone que vencido dicho plazo si los esposos no cumplieran con lo referido, se cursará oficios al juzgado de familia tutelar respectivo o al Ministerio de la Mujer y el desarrollo Social, a efectos de que se inicie el proceso de los citados embriones congelados y que pueda otorgarse en adopción a padres sustitutos, con la finalidad de hacer efectivos su derecho a la vida que tiene dichos embriones en su calidad de niños. Con lo mencionado se evidencia que ante éstas situaciones jurídicas descritas los jueces no saben cómo responder ni como motivar sus resoluciones y por lo tanto sus decisiones son resueltas conforme el artículo 7º de la Ley General de Salud, artículo que no ha previsto supuestos como los ya mencionados, siendo un reto para los juristas dilucidar estas controversias en lo referente a determinar el alcance de los derechos y libertades implicadas en torno a la maternidad subrogada. (Impugnación de Maternidad, 2009, p. 12-13)

c) Hipótesis

- El principal cuestionamiento jurídico que se hace a la Ley General de Salud respecto de la Fecundación In Vitro es la insuficiencia regulatoria de la Maternidad Subrogada.

CAPÍTULO 3. METODOLOGÍA

1.1 Operacionalización de variables

FIGURA 2: CUADRO OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

VARIABLES			
DENOMINACIÓN	DIMENSIONES	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	INDICADORES
La Maternidad Subrogada como principal cuestionamiento a la Ley General de Salud.		La maternidad subrogada se dan cuando una mujer acepta quedar embarazada, ya sea con su material genético o el de los futuros padres, con la finalidad de que ésta gesté y dé a luz a un nuevo ser humano, el cuál será criado por otros como si fueran sus padres por naturaleza, por ende este es el principal cuestionamiento jurídico a la Ley General de Salud.	<ul style="list-style-type: none"> - Opiniones de juristas expertos sobre fecundación In Vitro y Maternidad Subrogada. - Casación N° 5003-2007-LIMA/ sobre paternidad no autorizada e impugnación de maternidad. - Expediente N° 183515-2006-00113 del décimo quinto juzgado de LIMA/ Caso C.M.S.E. c/ J.L.A. de O. y otro/ sobre impugnación de la maternidad. - Casación. N° 563-2011 LIMA/ sobre adopción civil por excepción en relación con la maternidad subrogada.

1.2 Diseño de investigación

La investigación es no experimental de corte transversal y de alcance descriptivo, dado que se trata de una investigación jurídica que no permite realizar investigaciones experimentales. Lo que se busca con esta investigación es conocer cuál es el principal cuestionamiento jurídico de la Ley General de Salud respecto de la Fecundación In Vitro, para ello se recopiló información jurisprudencial relevante para sustentar y generar nuestra hipótesis de trabajo.

FIGURA 3: CUADRO INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.3 Unidad de estudio	1.4 Población	1.5 Muestra
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Opinión de jurista destacado en materia de Derecho Genético y bioética 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Opiniones de juristas destacados en materia de Derecho Genético y bioética. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Las opiniones de expertos en materia de Derecho Genético y bioética serán de los juristas Enrique Varsi Rospligiosi, Manuel Atienza, Ether Farnós Amorós, Roberto Andorno, Salvador Bergel, Gustavo Bossert.
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Sentencia emitida por jueces sobre Fecundación In Vitro y maternidad subrogada. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Sentencias emitidas sobre Fecundación In Vitro y maternidad subrogada. Cabe aquí recalcar que no se conoce el número exacto de sentencias emitidas, pero se ha tomado en consideración para la presente investigación un aproximado de 122 sentencias, las cuales constituyen nuestro universo. 	<p>Son todas aquellas sentencias nacionales y extranjeras emitidas sobre maternidad subrogada y fecundación In Vitro; que son:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Casación N° 5003-2007-LIMA/ sobre paternidad no autorizada e impugnación de maternidad. ▪ Expediente N° 183515-2006-00113 del décimo quinto juzgado de LIMA/ Caso C.M.S.E. c/ J.L.A. de O. y otro/ sobre impugnación de la maternidad. ▪ Casación. N° 563-2011 LIMA/ sobre adopción civil por excepción en relación con la maternidad subrogada. ▪ Resolución de la DGRN de 18 de febrero 2009 CALIFORNIA/ sobre denegación de la inscripción del nacimiento de dos menores, por gestación por sustitución. ▪ Caso In Re Baby M 537 a.2d 1227 (N.J. 1988) EE.UU/ primer caso sobre maternidad subrogada. ▪ Resolución CFM N° 1358/92 BRASIL/ sobre permiso a las clínicas, centros o servicios de reproducción humana que puedan crear una situación de gestación por sustitución.
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Artículo de la Ley General de Salud respecto de Fecundación In Vitro 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Artículo 7° de la Ley General de Salud sobre Fertilización In vitro y maternidad subrogada. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Cabe mencionar que sólo existe el artículo 7° dentro de la Ley General de Salud y demás leyes sobre el tema materia de la presente investigación.

1.6 Técnicas, instrumentos y procedimientos de recolección de datos

Las técnicas utilizadas fueron:

- La **observación indirecta** para así conocer la base de datos provenientes de los testimonios orales y escritos de los expertos en temas de Fecundación In Vitro.
- El **cuestionario** para conocer los puntos de vista de expertos y las connotaciones jurídicas y principal problema jurídico sobre Fecundación In Vitro y maternidad subrogada.
- La **encuesta** para conocer qué es lo que conocen las parejas infértiles sobre técnicas de reproducción asistida y sobre la maternidad subrogada.
- La **hoja ruta**; esta técnica será utilizada en el análisis de resoluciones judiciales de la Corte Suprema de Justicia, pues permitirá tener la información completa, organizada y manejable sobre Fecundación In Vitro y maternidad subrogada seleccionando la información jurídica más relevante para esta investigación.
- El **Fichaje**; esta técnica se utilizará en la revisión bibliográfica nacional y comparada relacionada a la investigación sub materia, para así verificar las recomendaciones o críticas relevantes de expertos acerca de esta investigación.

1.7 Métodos, instrumentos y procedimientos de análisis de datos

Los procedimientos seguidos en la presente investigación fueron los siguientes:

Inicialmente se buscó cuál es principal problema jurídico en la Ley General de Salud en el tema de Técnicas de Reproducción humana asistida. De igual manera se revisó la normatividad nacional acerca de cómo se regula las técnicas de reproducción asistida. En suma se recopiló legislación comparada sobre temas de maternidad subrogada y fecundación in vitro, permitiendo así determinar cuál es el tratamiento jurídico que se está dando en temas de reproducción asistida, para así tener una gama de consideraciones al momento de elaborar una futura propuesta en base a la presente investigación.

CAPÍTULO 4. RESULTADOS

4.1 Las Técnicas de Reproducción Asistida son procedimientos frecuentes

Para demostrar lo alegado en la hipótesis de la presente investigación mostraremos los resultados aplicados mediante las técnicas, instrumentos y procedimientos de recolección de datos. En primer lugar se dirigió un cuestionario a cuatro médicos de la ciudad de Lima especialistas en técnicas de reproducción asistida de las clínicas Concebir, Procrear, Cefra (Centro de Fertilidad y Reproducción Asistida) y en la IGF¹³ Clínica Miraflores. Quiénes nos reenviaron los cuestionarios. Asimismo se pudo visitar en la ciudad de Lima a dos médicos de las clínicas Concebir y Procrear. Estos médicos han asistidos desde el año 1998 a muchas parejas infértiles, y han tenido gratos resultados tanto para ellos profesionalmente como para las parejas que han podido realizar su sueño de ser padres. Pero también alegan que a lo largo de las prácticas de las TERAS, se han visto envueltos en problemas legales. Uno de los médicos nos dijo que aunque el Estado peruano no ha provisionado suficientemente nuestra legislación, son cada vez más reiteradas las parejas que acuden a su consultorio para preguntar y luego someterse a una técnica asistida. Refiere que primero se hace a la pareja los actos médicos pertinentes para ver cómo pueden ayudar en su problema de infertilidad. Luego les muestran las posibilidades y la tasa de éxito de la realización. Los médicos especialistas en reproducción asistida alegan que por el incremento de parejas infértiles en nuestro país y por la visita de extranjeros, es que se debe modificar o agregar otro tipo de regulación en torno a las TERAS en nuestro ordenamiento legal.

Con ello afirmamos que las técnicas de reproducción asistida son procedimientos frecuentes, dado que existen clínicas y médicos especialistas en reproducción asistida que así lo confirman. Verificamos entonces que nuestra discusión presentada en la hipótesis se demuestra en nuestra realidad. Ahora bien, cuando se les preguntó a los médicos la frecuencia o si alguna vez habían asistido un procedimiento de maternidad subrogada; al principio no quisieron ahondar en el tema, pero fueron los médicos con más experiencia y edad los que nos mostraron datos estadísticos de problemas de fertilidad que sufren las parejas peruanas. Sus estadísticas¹⁴ demostraban el incremento año a año de parejas sometidas a estos procedimientos. Asimismo nos dijeron que en nuestro país desde el año 1999 se

¹³ Abreviación de Ginecología, Fertilidad y Ecografías.

¹⁴ Los médicos sólo nos mostraron los registros actuales de parejas que han acudido a estos centros de fertilidad, pero sólo se pudieron hacer preguntas a grandes rasgos en torno a éstos por la confidencialidad de los procedimientos.

vienen sometiendo al procedimiento de útero prestado¹⁵ un centenar de mujeres, pero que esta práctica no es ventilada dada la agudeza del procedimiento. Los médicos refieren que conocen el tema legal en torno a las TERAS y también acerca de la maternidad subrogada y todos coinciden en que la norma dada queda insuficiente frente a nuestra realidad. En suma refieren que de alguna manera ya sea para bien o mal es que si han realizado el procedimiento de maternidad subrogada, que no saben a ciencia cierta si existe un contrato de por medio entre los solicitantes y la madre gestante, pero lo que sí existe es el nuevo ser tan esperado y deseado por la pareja infértil.

4.2 Las Clínicas de Fertilización In-Vitro en la ciudad de Lima (Concebir, Procrear, Cefra y Miraflores)

El Dr. Luis Noriega Hoces¹⁶ de la clínica Concebir expresa: “Casi siempre todos somos felices y más bien yo creo que la consecuencia de esto, viene otro tema importante que es que se tiene que promulgar sobre los vacíos legales y tiene que haber una reglamentación de lo que es la reproducción asistida y que todo este tipo de temas y diagnósticos sean ventilados abiertamente.” (Dr. Luis Noriega, 2015)

Por su parte el Dr. Roly Hilario de la clínica Procrear manifiesta que: “Existen muchas parejas que después de someterse a exámenes para su tratamiento de infertilidad; se determina que la mujer no puede concebir ya sea por problemas genéticos o porque ha sufrido de alguna enfermedad que ha provocado que no pueda albergar en su seno un embrión y es donde se les da la opción de buscar a una segunda mujer que pueda llevar el embarazo. Aquí sólo vienen, no nos encargamos de temas judiciales, pero es evidente que si se regularía de otra forma no se lo haría de una forma subrepticia, sabiendo el Estado, que cada vez son más las mujeres que no pueden concebir por cuenta propia.” (Dr. Roly Hilario, 2016)

En suma, los médicos nos dijeron que para cada procedimiento a realizar a los pacientes, la clínica se encarga de orientarlos con asesoría psicológica y legal. Es así que preguntamos a la clínica concebir y procrear acerca de la asesoría legal que brindan a los pacientes y en los dos casos manifestaron que les informan acerca de lo que prescribe el artículo 7° de la ley general de salud sobre las TERAS, pero que existen insuficiencias que este artículo no ha previsto.

¹⁵ Término que los médicos han denominado para llamar a la maternidad subrogada.

¹⁶ El Dr. Luis Noriega, tuvo un problema judicial por haber realizado una fecundación in vitro. “La pareja debe entender que la función de la clínica no era desechar embriones por simple gusto o decisión de ellos. “Hablamos de un trabajo con vidas humanas, no de un producto defectuoso como he escuchado”, es lo que manifestó cuando la pareja de esposos quienes se sometieron a una fecundación in vitro gestaron a dos gemelas y una de ella padecía de síndrome de down.

Asimismo le preguntamos al Dr. Noriega acerca del procedimiento de maternidad subrogada y éste refirió que él tiene conocimiento de que en nuestro país de manera no abierta se han realizado un sin número de procedimientos subrogados, que si bien es cierto el artículo 7° de la Ley General de Salud no manifiesta si está prohibida o permitida esta práctica; debería ser un tema que necesita de muchos debates y prontas soluciones, pues va en aumento, porque se han reportado que de ocho mujeres en edad reproductiva ya sean casadas o en convivencia, seis de ellas tienen problemas para procrear y necesitan necesariamente recurrir a otra mujer para que les ayude con su problema de infertilidad. Cabe mencionar que el Dr. Noriega no concluye que necesariamente estas parejas tengan que recurrir de manera obligatoria a otra mujer para engendrar al hijo esperado, pero revela que, quién no quiere tener un hijo propio, que de alguna manera portará la carga genética de los nuevos padres.

4.3 La Maternidad Subrogada y las Clínicas de Fertilidad

Cabe recalcar que el artículo 7° de la ley de salud prescribe que la madre genética y la madre gestante debe ser la misma persona, pues entonces, este artículo quedaría totalmente de lado y más teniendo conocimiento que la madre subrogada puede tener estas dos condiciones. A lo que agregamos que ya tenemos sentencias y casaciones acerca de las madres subrogadas y que nuestros jueces peruanos han optado por dejar a los recién nacidos con los padres quienes buscaron tener un hijo. Y en otros casos, totalmente absurdos, optaron por desprender a una menor de la madre que se inseminó con el material genético guardado de su anterior pareja (padre de la menor), para insertarla en el hogar de la nueva pareja de su padre. En suma encontramos la disposición de una magistrada para que embriones congelados sean implantados, pues ésta consideraba que estos embriones eran “niños” y de no implantarlos se les vulneraría su derecho a la vida. Es importante mencionar que es evidente la necesidad de una regulación suficiente acerca de las técnicas de reproducción asistida y sus implicancias, como lo es la maternidad subrogada.

Por otro lado, el Dr. Jorge Ponce, director médico de NiuVida, manifestó para el diario la República: “Hace cinco años solo había tres clínicas; hoy sobrepasan la docena. NiuVida tuvo 913 consultas en el 2013 y en lo que va del año ya supera las 2050.” (Flores, 2014)

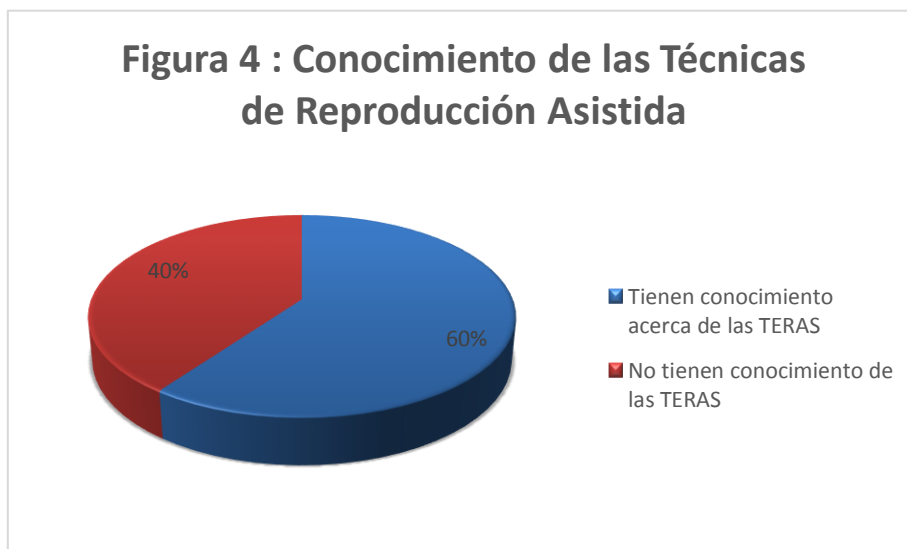
Con lo cual vemos, que si en nuestro país este número de clínicas no habría aumentado, podríamos alegar que todo sigue como en el año 97¹⁷ y que no es importante que se regule en nuestra legislación las TERAS. Por el contrario, se evidencia que han ido en incremento las clínicas de fertilidad, con lo que determinamos que necesariamente debe existir una norma que sea suficiente para cubrir estos vacíos que nos ha dejado nuestra legislación, y más aún, siendo la maternidad subrogada un tema que merece no tener insuficiencias regulatorias, dada su complejidad.

Con lo mencionado anteriormente demostramos que sí existe una insuficiencia regulatoria respecto del principal cuestionamiento que se hace a la Ley General de Salud que es la maternidad subrogada. Que en nuestro país de manera expresa, se debe permitir o prohibir; y sin dejar insuficiencias; este procedimiento que va en aumento y que ya ha traído problemas legales, que han sido resueltos por nuestros jueces de una manera tan contradictoria.

4.4 Resultados obtenidos de la encuesta aplicada

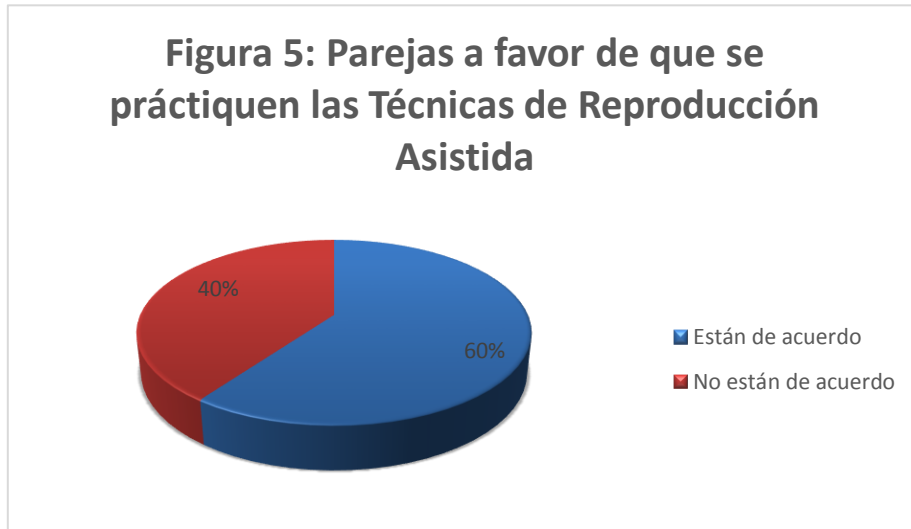
Por otro lado, para esta investigación creímos necesario elaborar una encuesta para seguir fortaleciendo nuestra hipótesis. Esta encuesta aplicada fue dirigida a 20 parejas en edad reproductiva, específicamente a personas mayores de 35 años, a continuación mostraremos los resultados obtenidos.

Primera pregunta: **¿Conocen acerca de las técnicas de Reproducción Asistida?**

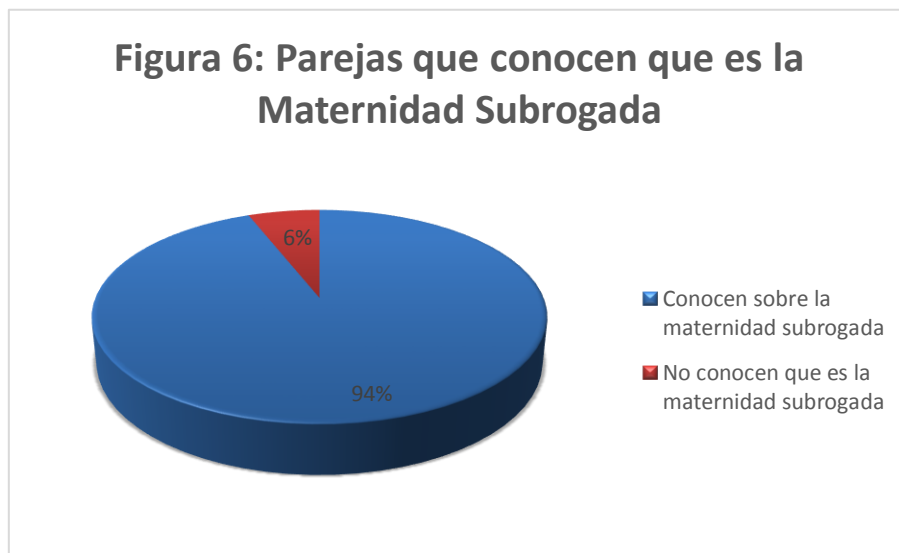


¹⁷ Año donde se publicó la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida

Segunda pregunta: **¿Están de acuerdo con que se practiquen las técnicas de reproducción asistida en parejas infértiles?**

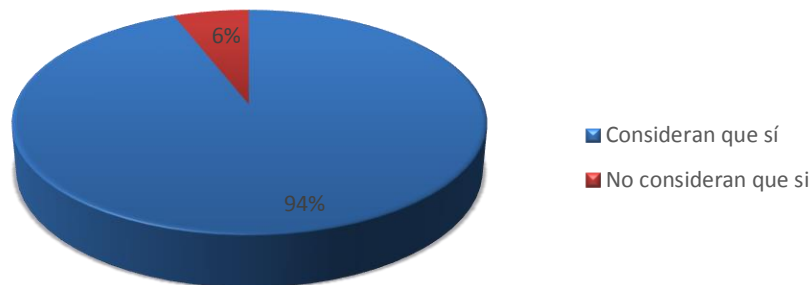


Tercera pregunta: **¿Saben que es la Maternidad Subrogada o mal llamado vientre de alquiler?**



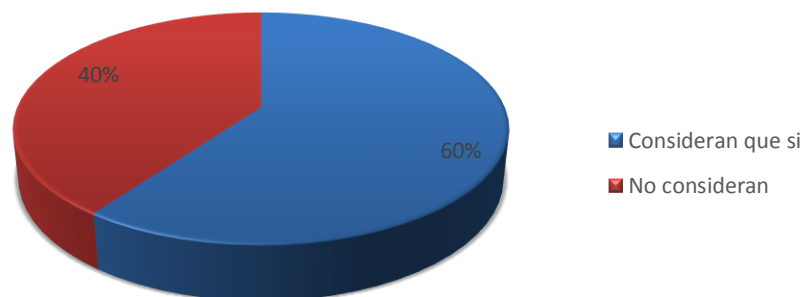
Cuarta pregunta: **A pesar de existir un solo artículo dentro de la Ley de Salud que regula las técnicas de reproducción asistida. ¿Si tuvieran problemas de fertilidad se someterían al procedimiento de las Técnicas de Reproducción Humana Asistidas?**

Figura 7: Parejas que se someterían a las TERAS a pesar de la insuficiente regulación



Quinta pregunta: **¿Si tuvieran un problema de fertilidad, acudirían a una tercera persona para gestar a su futuro hijo y así cumplir su sueño de crear una familia?**

Figura 8: Parejas que no repudian el acudir a una tercera persona para gestar un futuro bebé



Como podemos observar de la encuesta aplicada a las 20 parejas infértiles todas en edad reproductiva, éstas no repudian o ven como algo aberrante el tema de la maternidad subrogada. Consideran que si es necesario para una pareja infértil recurrir a este procedimiento de maternidad subrogada, deberían recurrir a ello. Asimismo con los resultados expuestos queremos demostrar que las personas si tienen una concepción referida a las Técnicas de Reproducción Asistida. Entonces podemos afirmar que socialmente, la maternidad subrogada no es un tema que provoque temor ante la insuficiencia regulatoria que existe en nuestra legislación; por el contrario éstas parejas de ser infértiles recurrirían a someterse a este procedimiento. Pero que sucedería si parte de éstas parejas fueran infértiles y llegaran a someterse a un procedimiento de maternidad subrogada, lo más probable es que tengan conflictos jurídicos después de que la mujer subrogada haya dado alumbrado al hijo esperado por la pareja. Entonces, ¿Cómo resolverían nuestros jueces estas situaciones?; no olvidemos que nuestros jueces han resuelto estos problemas jurídicos de una manera bastante carente de motivación. En suma, podemos decir que no les parece algo detestable u horrorizante cuando se habla de gestar a un nuevo ser humano en un útero solidario.

Consecuentemente, sabemos que nuestra realidad es siempre cambiante, y las concepciones de maternidad subrogada, regulación, técnicas de reproducción asistida, no son temas extraños e indiferentes a nuestra realidad. Pues existe un alto índice de parejas que de no poder procrear estarían dispuestas a someterse a las TERAS para aliviar su infertilidad.

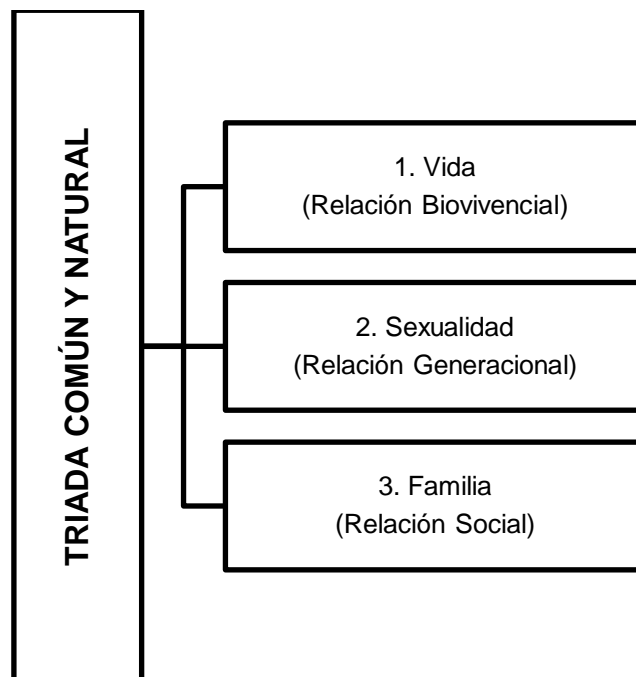
Estos resultados mostrados contribuyen a dar validez a nuestra hipótesis planteada, pues como hemos venido manifestando, no tenemos una suficiente regulación acerca de la prohibición o admisión de la maternidad subrogada, tomando en consideración que éste es el principal cuestionamiento a la Ley General de Salud respecto de la fecundación in vitro. En suma, no olvidemos que existen ya antecedentes de las no tan ecuanímes sentencias que se han emitido en nuestro país acerca de la maternidad subrogada y sus implicancias y que ha generado diversas contradicciones en nuestra normatividad ya establecida. Y es en donde el Estado y el derecho deben regular éstas insuficiencias de manera expresa sin dejar cabida a nuevas deficiencias que conlleven a acérrimos veredictos jurisprudenciales.

CAPÍTULO 5. DISCUSIÓN

5.1 Procreación Asistida

Todo ser humano nace, crece y por lo general convive en una familia. Éste ser humano ha sido concebido ya sea en un hogar en matrimonio o convivencia; pues éste es el ideal de la procreación social. Es por ello que el Dr. Varsi alega que este ser social debe de desarrollarse dentro de una triada común y natural¹⁸.

FIGURA 9: TRIADA COMÚN Y NATURAL



Cabe mencionar que todos estos estadios anteriormente descritos que describen la triada común y natural, en la actualidad y gracias al desarrollo de la biotecnología, pueden ser fácilmente sustituidos.

En suma, el avance de la ciencia ha facilitado e incrementado que el ser humano pueda reproducirse mediante las técnicas de reproducción asistida. Y con ello ha abierto un nuevo capítulo a los ideales de familia y nuevas interrogantes para el Derecho Genético. Asimismo la práctica cada vez más constante de las TERAS¹⁹ está creando inconvenientes jurídicos que el Derecho no ha podido regular idóneamente.

Por ello la presente investigación versa sobre demostrar que existe una insuficiencia regulatoria en nuestra legislación respecto de la maternidad subrogada.

¹⁸ El cuadro mostrado ha sido elaborado en base a lo sustentado por el Dr. Enrique Varsi Rospigliosi.

¹⁹ Técnicas de Reproducción Asistida.

5.1.1 ¿Está Permitida La Maternidad Subrogada en la Ley N° 26842 - Ley General de Salud?

“La gestación por sustitución constituye una técnica de reproducción humana asistida que suscita encontrados y enconados debates éticos, morales, médicos, filosóficos, económicos y jurídicos.” (Calvo Carava, 2015, p, 46)

Consideramos que la gestación por sustitución no está prohibida en nuestro ordenamiento jurídico y, aunque lo estuviera, esa prohibición no podría formar parte del orden público peruano, dada nuestra realidad mostrada en los resultados. Y mucho menos viendo el incremento a pasos agigantados de la biotecnología de la mano con la ciencia.

“La Gestación por sustitución o maternidad subrogada no está exactamente prohibida en la Ley, pues no existen sanciones para quienes participan de este tipo de prácticas.” (Atienza, 2010, p, 109)

En suma, al igual que el Dr. Enrique Varsi Rospligliosi, sostenemos que el Estado peruano ha dejado muchas aristas inconclusas, pues en ningún momento se ha manifestado sobre si está o no permitida la maternidad subrogada. Pues la Ley General de Salud en su artículo 7^o²⁰ no establece ninguna sanción para quien participa en este tipo de prácticas. Asimismo se puede evidenciar que al prescribir “siempre que la condición de la madre genética y la madre gestante recaiga sobre la misma persona” no quiere decir que se esté prohibiendo la maternidad subrogada, pues ya en nuestro país se ha dado la posibilidad de que una tercera mujer ha engendrado un embrión para una pareja con dificultades para hacerlo por cuenta propia y esta sección del referido artículo ha quedado totalmente desplazada y sin validez jurídica para dilucidar una controversia de intereses jurídicos. Con ello, y después de haber realizado el análisis correspondiente de los resultados obtenidos acerca de esta investigación probamos que existe una insuficiencia regulatoria en nuestra legislación de la maternidad subrogada y que este es el principal cuestionamiento de la Ley General de Salud respecto de la fecundación in vitro.

Por otro lado, la LGS²¹ al finalizar el primer párrafo del artículo 7°, establece que “para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres”, con ello podemos afirmar que la misma ley se

²⁰ Como ya vimos, no existe más legislación dentro del territorio peruano acerca de las técnicas de reproducción asistida, únicamente el artículo 7° de la LGS.

²¹ LGS: Ley General de Salud

contradice, pues al mencionar que se necesita el consentimiento de los padres, dejaría una esperanza para todas estas parejas infértiles que no pueden procrear, puesto que, ¿Por qué se necesita que los padres den su consentimiento? ¿Acaso ellos no son los futuros padres de los embriones? ¿Por qué se necesita el consentimiento de los padres si ellos mismos son los que procrearán y gestarán a su embrión? Como sabemos la interpretación de nuestras normas no tienen una naturaleza restrictiva o unitaria; por el contrario se pueden interpretar de diversas maneras, pero en este caso existen insuficiencias normativas pues no se ha establecido para que se necesita el consentimiento de los padres, pues si interpretáramos que, la norma quiso decir que ese consentimiento está referido únicamente al consentimiento que deben tener los médicos, para realizar las TERAS. Entonces todas las interpretaciones deberían ir por ese sentido restrictivo y no habría tantas contradicciones jurisprudenciales que dejan a la vista supuestos no contemplados en nuestro ordenamiento jurídico.

En consecuencia, no olvidemos que la presente investigación no está referida a que debe permitirse en nuestro país la maternidad subrogada. Si bien es cierto a lo largo de este trabajo se han dado concepciones sobre maternidad subrogada; ha sido para entender el fenómeno investigado y las connotaciones que trae consigo la insuficiencia regulatoria respecto a este tema en el Perú.

Como dice el Catedrático Manuel Atienza: “en lugar de prohibirla, lo que debe hacer es regular este tipo de práctica de manera cuidadosa” (Atienza, 2010, p. 111); si bien es cierto en el Perú la maternidad subrogada no se ha regulado, es el Estado a través de sus facultades y ayudas legislativas, quién debe de prescribir si esta práctica asistida se encuentra prohibida o admitida. Pues en ningún momento se ha manifestado respecto a ello. Y no se trata de que no existan conflictos legales que no se hayan discutido en nuestros tribunales, dado que en el Perú ya contamos con varias sentencias emitidas por nuestros jueces respecto de este tema. Y en suma tenemos lo manifestado por los médicos peruanos, quiénes son los que realizan éstas prácticas e incluso alguno de ellos ya se han visto envueltos de conflictos de interés jurídicos resueltos con nuestra insuficiente legislación existente.

Ahora bien, haciendo una remembranza de los casos planteados anteriormente, encontramos el Caso See Aurich, en donde se ha establecido que la maternidad subrogada no se encuentra prohibida en el Perú. La Jueza en la parte resolutive, no ha explicado cuáles son los fundamentos razonables del porqué de la motivación a

favor de esta práctica (maternidad subrogada) y por si fuera poco dispone a los padres solicitantes la implantación de los embriones congelados dentro del plazo no menor de dos años, de lo contrario se les iniciaría un proceso de abandono de embriones²². En este caso lo único que determina la Jueza al respecto de la admisión de la maternidad subrogada en nuestra legislación es una contradicción que “verificaría” la insuficiencia regulatoria de la maternidad subrogada en la Ley N° 26842. Y es que, de las pruebas de ADN realizadas a la menor recién nacida se determina que la madre genética de ésta menor, era la señora Carla Monic See Aurich, pues ésta habría aportado su material genético para que la mujer subrogante (madre de Carla Monic y por ende abuela de la menor nacida) gestara a su embrión²³. Por lo tanto, en este caso la condición de la madre genética y la gestante no recaerían sobre la misma persona; dado que la que gestó a la menor nacida fue su propia abuela. Con lo que evidenciamos la insuficiencia regulatoria de la maternidad subrogada en nuestra legislación. Consecuentemente el artículo 7° de la LGS al prescribir que la condición de la madre genética y la gestante debe recaer sobre la misma persona (en este caso no es así) se demuestra que este referido artículo queda absolutamente deficiente ante nuestra realidad problemática.

De igual importancia tenemos la Casación N° 563-2011 sobre adopción civil por excepción en relación con la maternidad subrogada. En este caso el matrimonio Dina Felicitas Palomino Quicaño²⁴ y Giovanni Sansone encargó a una mujer Isabel Zenaida Castro Muñoz la gestación de un embrión²⁵, el cual debería ser entregado a los esposos después del nacimiento de éste. A cambio del menor nacido, la pareja solicitante pagó una alta suma de dinero a la gestante, esto es, \$18 900 dólares americanos. La fecundación del bebé se realizó con el gameto del señor Giovanni Sansone, por lo que, biológicamente, la niña nacida era hija del solicitante y de Isabel Zenaida Castro Muñoz. Tras el nacimiento de la menor, la filiación materna se inscribió a favor de la gestante y, la paterna, a favor de su conviviente Paúl Frank Palomino Cordero. Para que Giovanni Sansone y su esposa puedan adoptar a la menor nacida²⁶.

²² La Jueza considera que los embriones son niños que tienen derechos y que al tener esa condición se les está vulnerando el derecho a la vida, por lo tanto los padres solicitantes deben darle vida a esos niños.

²³ Se determina que Carla Monic había aportado sus óvulos y éste embrión había sido fecundado con material genético de Carla Monic y el esperma de su esposo.

²⁴ Dina Felicitas Palomino Quicaño era hermana de José Palomino Quicaño quien era padre de Paúl Frank Palomino Cordero.

²⁵ Este embrión portaba material genético de Giovanni Sansone.

²⁶ Por lo tanto, el padre de sangre Giovanni Sansone no figuraba como padre formal o legal.

Es así que la situación del señor Sansone se complica, dado que éste no sólo era el padre biológico de la niña, sino que, por el parentesco que le unía a la mujer que aportó su vientre, resultaba ser, al mismo tiempo, el tío abuelo de la menor por afinidad.

Inmediatamente después del nacimiento de la menor (exactamente a los nueve días de nacida) ésta fue entregada a sus padres pre-adoptantes, quienes iniciaron un proceso de adopción por excepción²⁷ para que a estos pre-adoptantes se les establezca la filiación de esta menor a su favor.

En consecuencia, Isabel Zenaida Castro Muñoz y su pareja se arrepienten de haber entregado a la menor y deciden desistirse de continuar con los trámites de la adopción en favor de Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone.

En primera y segunda instancia se declaró fundada la demanda de adopción por excepción interpuesta por Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone.

Ante esto, Isabel Zenaida Castro Muñoz y su pareja interponen recurso de casación. Alegando lo siguiente:

- a) Transgresión del artículo 115° del Código de Niños y Adolescentes, pues alegaban que no podía proceder la adopción, debido a que el padre adoptante era a la vez el padre biológico de la menor.
- b) Infracción del artículo 128° inciso b) del Código de Niños y Adolescentes, porque la adoptante Dina Felicitas Palomino Quicaño (supuestamente tía de la recién nacida) no guardaba ningún parentesco con la menor. Ello porque el padre legal (Paúl Frank Palomino Cordero) era familiar Dina Felicitas.
- c) Infracción del artículo 378° del Código Civil, incisos 1 y 5, debido a que los nuevos padres carecían de solvencia moral.

La Corte Suprema determinó que todas las causales carecían de sustento. Dispuso que procedía la adopción porque la paternidad que figuraba en la partida de nacimiento era la de Paúl Frank Palomino Cordero. Por lo tanto, éste era el padre legal de la menor nacida²⁸.

Asimismo, estableció que existía un conflicto entre el interés superior de la niña a tener una familia y el derecho de los padres recurrentes a ejercer la patria potestad. Ante ello, y verificándose el comportamiento de la gestante y su pareja, que desde un principio entregaron a su hija los nuevos padres y evidenciándose que siempre

²⁷ cfr. artículo 248 Código de los Niños y Adolescentes.

²⁸ Cabe preguntarnos: ¿Puede existir la adopción de una menor cuyo padre biológico es quién pide adoptarla?

tuvieron el deseo de renunciar a la menor; quién era su hija; a cambio de dinero. El Juez determinó que en este caso debe primar el interés superior de la menor y que ésta debe continuar viviendo con sus nuevos padres.

De igual manera el Tribunal determinó que Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone, le proporcionaban un ambiente adecuado a la menor. Y concluyó diciendo que “arrancarla de su seno familiar a su corta edad resultaría gravemente perjudicial” (Casación N° 563-2011 - Casación sobre Maternidad Subrogada, 2011, p. 13-14)

Por estos motivos, declaró infundado el recurso de casación interpuesto por Isabel Zenaida Castro Muñoz.

Con el caso expuesto precedentemente, continuamos contrastando nuestra hipótesis planteada en esta investigación y verificamos que esta casación esboza temas sumamente importantes para establecer que debe existir una necesaria y suficiente regulación de las técnicas de reproducción asistida. El Estado peruano y nuestros jueces son conscientes de las graves inconsistencias normativas y es momento de establecer expresamente la prohibición o aceptación de la maternidad subrogada y otras connotaciones que también se encuentran inmersas (ovodonación, crioconservación y disposición de embriones) para así evitar más resoluciones contradictorias que de alguna forma están insertando a otras instituciones del Derecho (paternidad, adopción) y que nos dejan muchas aristas inconclusas que a ciencia cierta no sabemos si en futuros casos nuestros Jueces resolverán de manera similar, sólo arguyendo que los anhelos de ser padres se demuestran con el actuar de la pareja que desea tener hijos y sin suplir o proteger a la parte que ha quedado en desventaja frente a nuestra Ley General de Salud y su insuficiencia regulatoria de la maternidad subrogada.

Como ya mencionamos, nuestros médicos, quienes día a día realizan las técnicas de reproducción asistida, concuerdan con esta investigación y alegan que existen problemas jurídicos e insuficiencias regulatorias que desde el año 1997 hasta la actualidad no han sido suplidas y que hoy en día siguen confrontando posiciones jurídicas, la cuáles no han sido determinadas por nuestras normas en materia de reproducción asistida.

5.2.1 Legislación Comparada sobre la regulación de la Maternidad Subrogada

5.2.1.1 La prohibición de la Maternidad Subrogada en algunos países

A nivel mundial, muchos ordenamientos jurídicos están prohibiendo o regulando los acuerdos de maternidad subrogada. Por ejemplo en legislaciones como España²⁹, Alemania, Austria³⁰, Francia³¹, Italia³², Suecia o Suiza, se ha prohibido que se practiquen la maternidad subrogada y de practicarse se ha prescrito que resultarían nulos los acuerdos en torno a este tema.

Cabe mencionar que nuestra investigación no está referido a exigir a nuestro Estado peruano que se debe incorporar la regulación de la maternidad subrogada como un técnica que ayuda a mitigar la infertilidad en parejas. Por el contrario, con este trabajo queremos dejar la evidente insuficiencia regulatoria en nuestra Ley General de Salud sobre la maternidad subrogada como una técnica de la fertilización in vitro.

Ahora bien, pasaremos a esgrimir la abundante regulación acerca de la maternidad subrogada en algunos países, y con ello contribuiremos a que nuestro ordenamiento jurídico tenga a la mano un potencial análisis jurídico de otras legislaciones en el mundo en torno a la maternidad subrogada. Para así, que nuestra legislación, de una vez por todas, empiece a elaborar proyectos de ley sin copiar los ya planteados por otras legislaciones, pues al permitir o no ésta técnica; primero se debe evaluar nuestra legislación ya establecida y determinar cuál es la mejor solución actual para estos vacíos dejados por nuestro ordenamiento jurídico. En suma, así no se dejaría en desprotección jurídica a quienes creen que la ley no ha prohibido esta técnica. Y también ayudaría a que nuestros magistrados puedan dar veredictos más razonables que ayudarían a segmentar las bases jurídicas en técnicas de reproducción asistida.

²⁹ Para el catedrático Manuel Atienza, "La gestación por sustitución, no se encuentra prohibida en el ordenamiento jurídico español, pues no existen sanciones para quienes lo practican."

Asimismo refiere que si la maternidad subrogada se trata de un comportamiento ilícito, contrario a la moral y que el Derecho debería prohibir, éste alega que no considera que haya razones para prohibirlo con carácter general. "Si volvemos a los tres grandes principios una y otra vez puestos en juego: la gestación por sustitución no va contra la dignidad del niño que ni es tratado con crueldad por haber sido gestado de esa manera ni pierde ninguno de sus derechos; tampoco tiene por qué suponer para los implicados un daño que justifique su prohibición en toda circunstancia y no atenta tampoco contra la autonomía de nadie. (Atienza, Análisis de algunos problemas bioéticos: De nuevo sobre las madres de alquiler, 2010, p. 110)

³⁰ Conforme al artículo 2.3 de la ley sobre reproducción asistida, del 1 de julio de 1992, los ovocitos y embriones sólo pueden ser utilizados en el paciente del cual proceden. De esta manera, ni la donación de ovocitos ni la maternidad subrogada son opciones posibles en Austria.

³¹ Cabe tener en cuenta que si bien el art. 16-7 Cod. Civ., dispone que "Todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo", la madre biológica tiene derecho a mantener su anonimato.

³² El art. 4.3 de la ley núm. 40 del 19 de febrero de 2004, prohíbe el recurso a las técnicas de procreación médicamente asistida de tipo heteróloga. Por ende, se está prohibiendo la maternidad subrogada.

I. España

“En la legislación española se prohíbe expresamente la gestación por sustitución desde que se aprobó, en 1988, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida y ninguna de las reformas posteriores han modificado dicha prohibición” (Souto, 2006, p. 285)

“Esta Ley fue modificada por la Ley 45/2003 de 21 de noviembre, limitando a tres el número máximo de ovocitos que se podían generar en cada ciclo reproductivo. Finalmente, la Ley que recoge el actual régimen jurídico en materia de reproducción asistida es la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA)” (Jiménez, 2012, p. 372)

“Se constata que en España esta figura está prohibida y es nulo todo acuerdo, pero la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre “régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, de 5 de octubre de 2010; permite la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos mediante esta técnica en los países cuya normativa la permita y siempre que al menos uno de los progenitores sea español. En otras palabras, permite el acceso al registro de los casos “extranjeros”, facilitando la inscripción de los nacidos fuera de España mediante gestación por sustitución” (Calvo, 2009, p. 310)

Por su parte, el Catedrático Manuel Atienza afirma lo siguiente: “La apelación a la dignidad (y básicamente la dignidad al embrión) es el argumento fundamental de la iglesia católica para estar en contra de la gestación subrogada. He sostenido muchas veces que esa tesis descansa en una toma de postura irrazonable y que su posible fuerza argumentativa depende enteramente de que se asuman ciertos dogmas religiosos; para el que no comulgue con esos dogmas, un grupo de células sin ninguna capacidad de conciencia ni de sentir placer o dolor (el embrión) no puede equiparse con el embrión en fases ulteriores de su evolución y, menos aún, con el ser humano plenamente desarrollado; no quiere decir que el embrión no merezca ninguna protección sino que en esa fase del desarrollo embrionario no tiene sentido hablar de “dignidad”, porque no existe una persona en sentido moral ni en sentido jurídico.” (Atienza, 2010, p, 104)

II. Alemania

La legislación Alemana de protección del embrión 745/90 del 13/12/90 refiere:

- Artículo 1.- De la utilización abusiva de las técnicas de reproducción asistida:
 1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quién:
 - a. Procede a transferir a una mujer el óvulo de otra.
 - b. Fecunda artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo.
 - c. Fecunda artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento. (Lamm, 2012, p. 11)

III. Austria

En Austria, la Ley sobre Reproducción Asistida, refiere:

- Artículo 2.1.- Los ovocitos y embriones solo se pueden utilizar en la mujer de la cual proceden. De este modo, ni la donación de ovocitos ni la gestación por sustitución son alternativas posibles. (Lamm, 2012, p. 11)

De igual manera en el Código Civil Austriaco en su artículo 137.b, se prescribe lo siguiente:

- Artículo 137.b.- La madre de un hijo es siempre aquella mujer que da a luz al bebé, y no la madre que encarga la maternidad subrogada.

IV. Francia

En la legislación Francesa existen diversos documentos que prescriben la prohibición de la maternidad subrogada. Por ejemplo:

1. El 23 de octubre de 1984, el Comité Consultatif National d'Ethiqué en su opinión núm. 3 manifiesta que esta práctica puede suplir intereses comerciales llevando a la explotación física y psicológica a las mujeres participantes.
2. El 24 de noviembre de 2005, en la Opinión núm. 90 sobre el "Acceso a los orígenes, anonimato y confidencialidad de la filiación"

3. En mayo de 2010, en su opinión núm. 110 de sobre “Problemes ethiques soulevés par la gestation pour autrui”³³ afirma que la gestación subrogada es contraria a la dignidad humana y puede causar importantes trastornos emocionales en los hijos nacidos mediante esta práctica. (Lamm, 2012, p. 11)
4. Y en el Código Penal Francés, se encuentra prohibida por los artículos 345 y 353.1

Asimismo, Lamm³⁴ refiere: “La gestación por cuenta ajena para Francia es contraria a la dignidad humana y puede causar graves secuelas emocionales en los hijos.” (Lamm, 2012, p. 11)

V. Italia

En la legislación Italiana encontramos como excepción la proposición del Partido Liberal.

- Artículo 8.- Se prohíbe la práctica médica que originase un caso de maternidad subrogada. (Lamm, 2012, p. 13)

La legislación Italiana se ha pronunciado expresamente acerca de la regulación en contra de la maternidad subrogada.

VI. Suecia

- La Ley 1 de marzo de 1985 prohíbe la maternidad subrogada; “Cuando exista remuneración económica e impide a la mujer estéril que contrata la subrogación adoptar al hijo nacido, dado que el Derecho civil sueco no permite la adopción cuando de por medio exista una retribución económica.” (Lamm E. , 2012, p. 15)
- El 3 de diciembre de 1981 se creó el Comité de Inseminación por el Gobierno sueco para el estudio del FIV y de la IA y publicó en el mes de septiembre de 1983 los primeros trabajos que precedieron a la Ley de 1985. (Lamm E. , 2012, p. 15) Cabe mencionar, que en éstas publicaciones se prohibió la

³³ Los problemas éticos planteados por la subrogación

³⁴ Eleonora Lamm; Subdirectora de Derechos Humanos, Suprema Corte de justicia de Mendoza. Investigadora del CONICET. Ph.D. Doctora en Derecho y Bioética por la Universidad de Barcelona (UB). Máster en Bioética y Derecho (UB). Máster en Derecho de Familia (UB). Abogada egresada de la Facultad de Derecho, UNCuyo. Mediadora. Directora de la carrera de especialización de Bioética y Bioderecho, Universidad de Mendoza. Consultora de Bioética y Derecho, Universidad Abierta de Cataluña. Tutora del Master de Bioética y Derecho, UB. Miembro del Observatorio de Bioética de la UB. Designada para elaborar el reporte relativo a Latinoamérica del proyecto “sobre gestación por sustitución internacional” de la Universidad de Aberdeen, Escocia para la Convención internacional de La Haya. Integrante de la comisión de bioética para la reforma del Código Civil y comercial de Argentina. Autora de numerosos artículos y publicaciones. Participante en Proyectos de Investigación a nivel europeo y en numerosos seminarios, congresos, cursos y en eventos de difusión científica.

maternidad subrogada dando cómo razones que los niños no pueden ser objeto de convenios que no tienen defensa éticamente.

- La Ley 711/1984, de 14 de Junio, de fertilización in Vitro, que consta de cuatro artículos, declara en el 2º que la introducción en el útero de la mujer de un embrión fecundado externamente sólo se permite: si la mujer es casada y previo a su consentimiento; si lo consiente el cónyuge o conviviente dando consentimiento escrito y si el óvulo es el de la mujer y ha sido inseminado con espermatozoides del marido o conviviente. Esto conlleva la prohibición de la maternidad subrogada. (Martínez- Pereda, J.M. & Massigoge, J.M., 1994, p.174)

VII. Suiza

En la legislación Suiza, la maternidad subrogada está expresamente prohibida y sin modalidad de interpretación distinta.

- Artículo 119.2 letra d).- “La donación de embriones y todas las formas de maternidad de sustitución están prohibidas”
- Artículo 4 de la Ley sobre procreación médicamente asistida de 1998, reformada en el 2006 expresamente la prohíbe en todas sus modalidades, tanto a título oneroso como gratuito. (Lamm E. , 2012, p. 18)

5.2.2.1 La admisión de la Maternidad Subrogada en algunos países, bajo ciertos requisitos y sin fines lucrativos

En suma encontramos los países de del Reino Unido³⁵, Canadá, Israel, Grecia, México y Estados Unidos. Son países que admiten la regulación de la maternidad subrogada bajo ciertas condiciones y requisitos. Asimismo permiten que una madre subrogada gaste sin fines lucrativos.

³⁵ Mencionamos aquí el caso de la señora Kim Cotton por la repercusión social que tuvo en los medios de comunicación de todo el mundo. Esta mujer de veintiocho años dio a luz a un bebé el 4 de noviembre de 1984 resultante de la inseminación con el semen del marido de una pareja estéril que deseaban tener un hijo, mediante un acuerdo de maternidad subrogada mediado por la agencia Surrogate Parenting Association, filial de la empresa norteamericana National Centre for Surrogate Parentage. Luego de una denuncia de un funcionario de los servicios sociales del Gobierno, se retuvo a la recién nacida, por orden judicial, bajo la custodia del hospital Victoria Maternity Hospital, en donde había nacido, hasta que se expidiera definitivamente una sentencia.

Finalmente la Corte Superior Civil de Londres entregó a la menor a la pareja contratante mediante el correspondiente trámite de adopción. La suma de dinero de todo el proceso ascendió a lo equivalente a 2.600.000 pesetas que fue la cantidad que la pareja de deseo desembolsó a la agencia y a la propia señora Cotton, quien había manifestado en prensa necesitar dicho dinero para realizar mejoras en su hogar.

A raíz de este nacimiento, surgió la necesidad en Gran Bretaña de plantear una ley para la prohibición de esta práctica y el Secretario de Servicios Sociales, Norman Fowler, planteó motivos para actuar rápidamente prohibiendo la maternidad subrogada que tuviera fines lucrativos, teniendo presente la explotación comercial, intervención de terceros y en definitiva, cualquier explotación del cuerpo de la mujer.

I. Reino Unido

En el Reino Unido, Leonsegui destaca del informe Warnock de 1984 lo siguiente:

- “Aprobar una legislación que declare ilegal todo a acuerdo de maternidad subrogada, y como consecuencia, la inexigibilidad de tales pretensiones ante los tribunales. Según la SUBROGACY ARRANGEMENT ACT. 1985 para el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, se sanciona penalmente la publicidad y la gestión comercial encaminada a fomentar y ayudar a la realización de acuerdos o contratos de maternidad subrogada.
- Prohíbe así mismo la citada normativa:
 - a) Iniciar o colaborar en negociaciones con el propósito de concertar un acuerdo de maternidad de subrogación.
 - b) Ofertar o convenir negociar la realización de tales acuerdos.
 - c) Recopilar cualquier información con el propósito de su utilización o negociación de acuerdos de maternidad subrogada.” (Leonsegui, 1994, p. 328)

“De esto se deriva que la maternidad subrogada no puede considerarse ilegal en Gran Bretaña siempre y cuando sea gratuita, pero una vez que se efectúe el pago, ambas partes (sustituta y contratantes) pueden ser acusadas de infringir la Adoption Act.” (Leonsegui, 1994, p. 328)

II. Canadá

En Canadá, la ley de 2004 de Reproducción Humana Asistida refiere en su sección Nº 6, sobre la maternidad subrogada, que está prohibida cualquier tipo de remuneración por realizar ésta práctica, únicamente se encuentra permitida cuando sea sin fines lucrativos.

III. Israel

En Israel, la Ley 5746 sobre acuerdos de maternidad subrogada, requiere los siguientes requisitos:

- Los contratantes deben ser una pareja formada por un hombre y una mujer; la comitente tiene que justificar su infertilidad o incapacidad para embarazarse; los embriones, a través de FIV, tienen que provenir del esperma del padre comitente aunque el óvulo sea de una donante.

- La gestante solo puede estar emparentada por adopción a la comitente, y tiene que estar soltera, los comitentes tienen que estar siempre presente; se puede permitir el acuerdo con una mujer con otro estado civil. Siempre y cuando los contratantes acreditan haber hecho todo lo posible para celebrarlo con una soltera y debe practicar la misma religión que la comitente.

Cabe mencionar que la Ley Israelí refiere que si ninguna de ellas es judía entonces se puede obviar este requisito mencionado.

- La paternidad legal de un bebé nacido por sustitución tiene que ser autorizada por orden judicial y recae sobre los comitentes.
- La gestante puede rescindir del contrato, solo cuando el tribunal corrobore cambios de circunstancias que justifiquen esta acción y siempre que sea a favor de los intereses del menor.
- Tras la concesión de una orden de paternidad, la gestante no podrá anular el contrato.

Jadva menciona que: “Hay que destacar que desde la puesta en marcha de esta Ley en 1996 ninguna gestante ha tratado de hacerlo para convertirse en la madre legal.” (Jadva, V., Murria, C., Lycett, E., MacCallum, F. & Golombok, S., 2003)

“Desde la puesta en marcha de esta Ley, Israel tiene uno de los mecanismos de acceso a la subrogación más sofisticados, estableciendo la filiación mediante la adopción, tras la aprobación del Comité gubernamental de que el acuerdo es válido y que se cumplen los requisitos fijados por la Ley” (Farnós Amorós, 2010, p. 63)

IV. Grecia

En Grecia la maternidad subrogada se regula mediante dos leyes: la ley 3089/2002 y la Ley 3305/2005. A continuación se citan algunas particularidades:

- Previa a la transferencia del embrión a la mujer gestante tiene que existir una autorización judicial por escrito y donde se plasme que no hay beneficios económicos entre las partes implicadas (el acuerdo podría permitir la compensación de los gastos) y cuando se cumplan ciertos requisitos:
 - a) La madre comitente, menor siempre de cincuenta años, debe probar que es incapaz de llevar el embarazo a término y la gestante tiene que certificar al tribunal que está sana física y psicológicamente.

- b) Si la gestante está casada, es imprescindible el consentimiento del esposo por escrito. Las dos partes implicadas tienen que ser ciudadanos griegos o residentes permanentes.
- c) Tras el nacimiento los padres de deseo se convierten directamente en los padres legales del recién nacido pero dentro de los seis meses después del mismo, la gestante puede solicitar la maternidad si prueba que los óvulos utilizados fueron de ella, convirtiéndose así en la madre legal con carácter retroactivo a la fecha del parto si esto se corroborase.
- d) El procedimiento para expedir el certificado de nacimiento es el estándar y se realiza en el hospital, dejando expuesto que es un caso de maternidad subrogada y los comitentes, como cualquier pareja, deberán entregar el certificado al Registro Civil con una copia de la resolución judicial en diez días. (Lamm E. , 2012, p. 23)

V. México

El 26 de noviembre de 2009, se presentó en México un Proyecto de Decreto para expedir la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal. Se propusieron dos iniciativas para regular este procedimiento: una a nivel local en el estado de Puebla y otra a nivel Federal.

En este último nivel, la creación de la Ley Federal de Subrogación Gestacional requería la reforma de varios artículos del Código Civil y Penal Federal para adecuarlos a dicha Ley.

Esta iniciativa impone ciertos requisitos tales como:

- “Debe ser un contrato firmado ante notario público con autorización anterior de la Secretaría de Salud; será un acuerdo gratuito sin ánimo de lucro aunque los comitentes (casados o viviendo en concubinato) tendrán que pagar los gastos médicos de la gestante y la mujer debe demostrar la imposibilidad o contraindicación médica para embarazarse.
- El Estado supervisará estas prácticas para imposibilitar que las gestantes lo practiquen por falta de medios, convirtiéndose en un trabajo forzado por la pobreza.” (Notimex, 2013)

En suma encontramos la publicación sobre maternidad subrogada del 27 de Abril del presente año la cual menciona lo siguiente:

- “En la exposición de motivos de la ley se establece que la gestación subrogada es utilizada en varias ocasiones “como solución de último recurso para parejas que han agotado todas las vías médicas disponibles para superar sus problemas de infertilidad”.
- Antes de esta legislación, Tabasco reconocía la figura de la maternidad subrogada en su Código Civil desde 1997. Se realizaba a través de agencias que funcionaban como vínculo entre las parejas y las madres sustitutas, quienes recibía 18 mil pesos mensuales aproximadamente, mientras que las agencias podrían ganar hasta seis veces más.
- A partir del 13 de enero de 2016 entraron en vigor modificaciones al Código Civil que prohíbe el pago a las madres sustitutas.” (Roldán, 2016)

VI. Estados Unidos

En Estados Unidos no hay una legislación unitaria acerca de la maternidad subrogada.

Asimismo, como ya mencionado en líneas anteriores, en EE.UU se produjo el caso “Baby M” y este caso fue determinante para la legislación Estadounidense, pues el Estado determinó que existe la necesidad de regular los conflictos de intereses provenientes de la maternidad subrogada.

En 1987 surgieron proyectos de Ley en casi todos los Estados de EE.UU.

- Arkansas.- Su normatividad prevé que si una pareja contrata a una madre subrogada soltera, ellos son los padres legales del niño.
- Nevada.- Su ley exige la prohibición de pago que rige para la adopción.
- Louisiana.- No son exigibles los contratos de maternidad subrogada, pues este Estado cuenta con leyes aprobadas en torno a la maternidad subrogada.

En otros Estados como en Illinois, Iowa, Maryland, Alabama, Wisconsin, Kentucky, Florida, Michigan, Oregón, New Jersey, New York, y Pensilvania se intenta prohibir, que la realización de la técnica de la maternidad subrogada tenga de por medio un beneficio económico.

En Carolina del Sur y New Jersey, exigen que lo futuros padres estén casados, de igual manera que se investigue sobre la vida, entorno familiar y social, circunstancias morales, capacidad económica de éstos.

“La opinión más extendida es la necesidad de aprobar una legislación específica que resuelva los múltiples y diversos problemas que se derivan de la maternidad subrogada.” (Martínez- Pereda, J.M. & Massigoge, J.M., 1994, p. 185)

- California es el estado norteamericano con más centros que anuncian estos “arreglos” y agencias que actúan de intermediarias.” (Farnós Amorós, Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California, 2010)

“Por este motivo, el Comité de Ética del Colegio Americano de Obstetricia y Ginecología ha elaborado las responsabilidades éticas del profesional que participe en el proceso de subrogación destacándose el asesoramiento de los comitentes, el acompañamiento potencial a las gestantes proveyéndolas de los servicios necesarios y los aspectos médicos, éticos, legales y psicológicos asociados.” (Arteta, 2011, p. 95)

Con el análisis de las legislaciones anteriormente expuestas podemos decir que, para los países en los que ya han tenido casos sobre las técnicas de reproducción, específicamente sobre la maternidad subrogada, estos Estados se han visto en la imperiosa necesidad de regular esta técnica. Si bien es cierto en algunos países se ha prohibido rotundamente la realización de esta práctica. No debemos olvidar que para nuestro Estado Peruano no se ha prohibido ni permitido de manera expresa, sin dejar insuficiencias legales que han sido determinantes para la resolución de una controversia jurídica.

“La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, está trabajando en un convenio específico que regule los acuerdos internacionales de maternidad subrogada, ya que el número de casos está en aumento y es imperiosa la necesidad de regulación.” (Ruiz Martínez, 2013, p. 26)

Zarraluqui señala: “La gestación de sustitución podrá admitirse o no. Pero si se rechaza es preciso declararlo así, y si se admite, el contrato debe ser efectivo y ejecutable. Lo que no puede hacerse es declararlo admisible y dejar al arbitrio de uno de los contratantes el cumplimiento o no de sus pactos esenciales.” (Zarraluqui, 2000, p. 62)

5.2.3.1 Países que aún no estipulan de manera tajante si se prohíbe o permite la Maternidad Subrogada

Finalmente, encontramos países como Brasil donde se ha estipulado algunas concepciones acerca de la maternidad subrogada. Y países como Colombia, Argentina donde no se ha regulado expresamente si está o no permitida la maternidad subrogada como una técnica de la fecundación in vitro. A continuación analizaremos las legislaciones de estos países.

I. Brasil

En Brasil aunque no existe una legislación específica, este país posee una resolución respecto al tema de maternidad subrogada.

Brasil considera que las clínicas o centros de reproducción humana asistida pueden llevar a cabo una gestación por sustitución, cuando haya un problema médico que imposibilite el embarazo en la mujer que desea ser madre. Asimismo alega que la madre subrogada tiene que ser familia hasta segundo grado de la madre biológica.

En suma prescribe que de existir casos diferentes al ya mencionado, se necesitara de la evaluación del Consejo Regional de Medicina y se necesitará la autorización de este consejo.

Conforme el artículo 199, párrafo 4 de la Constitución Federal, se prohíbe que ésta práctica esté revestida de un beneficio económico para una de las partes.

“El 29 de enero de 2012 nació en Brasil la primera niña inscrita como hija de dos padres. La gestante, prima de uno de ellos y de manera altruista, utilizó su óvulo con el semen de uno de ellos para embarazarse. Fue el mismo juez 1ª Vara de Familia de Recife, Clicerio Bezerr, que en agosto de 2011 autorizó la unión civil de la pareja, quien autorizó la inscripción del recién nacido.” (Lamm E. , 2012, p. 3)

II. Colombia

“Colombia sigue sin existir una ley en torno a la maternidad subrogada a pesar de la proliferación de entidades que ofrecen estos servicios y es un interrogante la necesidad de legalizarla y de regular los distintos mecanismos asociados a esta práctica, delimitando solo la intervención a especialistas. Ha habido muchos proyectos de ley por parte de senadores y representantes de la cámara, pero siempre sin éxito, tanto en lo referente a la maternidad subrogada como a las técnicas de reproducción asistida en general” (Arteta, 2011, p. 93)

III. Argentina

En Argentina tampoco existe todavía regulación legal sobre la subrogación. “Hay normativa en relación a la procreación en general, mediante la Ley 25673 de 2002, de Salud Sexual y Procreación Responsable” (Mir Candal, 2010, p. 180)

5.2.4.1 Países donde se ha regulado de manera expresa la Maternidad Subrogada

I. India

Debido a la expansión de la maternidad subrogada en el 2010 el Ministerio de Salud de India creó un documento titulado: “Guía para la Reglamentación de la Reproducción Asistida”.

En suma, el Consejo Indio de Investigación Médica en el año 2006 publicó un documento llamado: “Guía Ética para la Investigación Biomédica y la Participación de Seres Humanos”. Estos dos documentos estructuran en la legislación los procedimientos de reproducción asistida en la India.

Amador refiere que: “Los documentos Guía Ética para la Investigación Biomédica y la Participación de Seres Humanos, definen a la Maternidad Subrogada cómo un acuerdo en el cual la mujer está de acuerdo tener un embarazo que no la involucra genéticamente a ella o a su esposo, con el propósito de llevar el embarazo a término y entregarlo a los padres genéticos, con quienes ella establece una relación contractual.” (Amador, 2011, p.43)

“Los participantes en el contrato son: la clínica, la pareja (casada o no) y la madre subrogante con su esposo o guardián, ya que solo entra en la transacción después de recibir el consentimiento de él, poniendo de manifiesto que su autonomía no es ilimitada y que depende en última instancia del varón, característica de una sociedad patriarcal arraigada en las religiones indias (la persona que dona los óvulos o el esperma no está incluida en la relación contractual).” (Amador, 2011, p. 43)

“Se firma un contrato comprometiéndose a cumplir libremente las cláusulas del contrato de acuerdo con la Ley india hasta el parto y se pierde el derecho a una posible interrupción (la voluntad de la embarazada queda a expensas del pacto entre la clínica, los contratantes y su pareja aunque en ocasiones concretas se podría llevar

a cabo un aborto. Otra condición es que la mujer subrogante debe haber tenido por lo menos un hijo(a).” (Amador, 2011, p. 44)

“Si se necesitaran óvulos diferentes a los de la contratante, tendrían que ser de una tercera donante para evitar los aspectos emocionales tras el nacimiento. Por similares razones se evita el contacto entre los padres de deseo y la embarazada. Se intenta que las mujeres tengan el domicilio próximo a la clínica y suspendan sus labores dándoles cuidado a sus familiares. La compensación económica que reciben corresponde a los ingresos que pueden ganar ellas o sus maridos en nueve años.” (Mir Candal, 2010, p. 195)

II. Ucrania

En Ucrania la maternidad subrogada es legal y así lo estima el Código de Familia y la Orden 771 del Ministerio de Salud. En su artículo 123.2.

- Artículo 123.2.- Si un embrión resultante de los gametos de una pareja tras la aplicación de TRA es transferido al útero de otra mujer, los padres del bebé serán la pareja y con el consentimiento expreso de la gestante en el certificado de nacimiento figurará inmediatamente el nombre de éstos. (Camacho, 2011)

III. Rusia

“Rusia se rige por el Código de Familia de la Federación de Rusia y la ley federal de salud. (Federal Law on the Basis of Protection of Citizens’Health, núm. 323-FZ) aprobada en noviembre de 2011 y en vigor desde el 1 de enero de 2012, que deroga la Ley de 1993”. (Lamm E. , 2012, p. 17)

Eleonora Lamm refiere del Código de Familia:

- Artículo. 51, punto 4): “Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la aplicación de la FIV o la implantación del embrión se inscribirán en el Libro de Nacimientos cómo los padres del niño por medio de dichas técnicas. Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la implantación del embrión en el útero de otra mujer con el fin de que lo gaste, solo serán inscritos como los padres del niño con el consentimiento de la mujer que lo haya parido (gestante)”. (Lamm E. , 2012, p. 17)

La parte médica se regula por la Orden núm. 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia que prescribe lo siguiente:

- “Sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina:
 - a) En Rusia pueden ser gestantes subrogadas las mujeres que participen libremente en dicho acuerdo y con una serie de características: edad entre 20 y 35 años; madres de un hijo propio, sano y gozan de buena salud física y psicológica entre otras. Solo se permite la gestación por sustitución gestacional.” (Lamm E. , 2012, p. 19)

Con las legislaciones analizadas en esta sección, reiteramos que ya es momento de que nuestro Estado peruano prohíba o permita de manera expresa una suficiente regulación en torno a la maternidad subrogada como una técnica de la fecundación in vitro; sin dejar a salvo insuficiencias regulatorias.

Como sabemos, día a día son parejas las que acuden a centros de fertilidad para mitigar su problema de infertilidad. Asimismo, después de la investigación realizada en los centros de infertilidad, afirmamos que para nuestro ordenamiento jurídico esto no es un tema desconocido o nuevo, pues ya van a ser 20 años desde que entró en vigencia la LGS, y es obvio que nuestra realidad en reproducción asistida ha cambiado y lo seguirá haciendo.

Desde el año 1997 no se ha modificado, el artículo 7° de la Ley General de Salud y ya es momento de regular las TERAS de otra manera o prohibir de una vez por todas todo lo referente a estas prácticas asistida, sin dejar insuficiencias que pueden ser interpretativas según la conveniencia de quiénes se realicen estos procedimientos. Tomando en cuenta nuestras leyes establecidas y tratados internacionales.

FIGURA 10: CUADRO LEGISLACIÓN COMPARADA SOBRE LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Legislación Comparada sobre la regulación de la Maternidad Subrogada							
	España	Alemania	Austria	Francia	Italia	Suecia	Suiza
Prohibición	La Ley 35/1998 prohíbe expresamente la gestación	La legislación Alemana en la Ley 745/90 prohíbe la	La Ley Austriaca en su Código Civil prescribe que la madre	La legislación Francesa ha recogido desde el año	El artículo 8 de la legislación Italiana prohíbe la	Suecia prohíbe la maternidad subrogada pues	La legislación en Suiza prohíbe expresamente la maternidad

de la Maternidad Subrogada en:	por sustitución y ninguna reforma posterior hasta la actualidad ha modificado dicha prohibición.	gestación por sustitución.	de un hijo es siempre aquella mujer que da luz al bebé y no la madre que encarga la maternidad subrogada.	1984 y en su Código Penal la prohibición de la gestación por encargo.	práctica de la maternidad subrogada.	consideran que los niños no pueden ser objeto de convenios que no tienen defensa ética.	subrogada en el artículo 119.2 letra d) y en el artículo 4 de la Ley sobre procreación medicamente asistida reformada en el año 2006.
Admisión de la Maternidad Subrogada en algunos países, bajo ciertos requisitos y sin fines lucrativos	Reino Unido	Canadá	Israel	Grecia	México	Estados Unidos	
	En el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte se prohíbe la maternidad subrogada con fines lucrativos por considerarse como explotación comercial del cuerpo de la mujer.	La Ley de 2004 en la sección N° 6 sobre maternidad subrogada prescribe la prohibición de ésta práctica con fines lucrativos.	En Israel la Ley 5746 ha estipulado expresamente requisitos sobre los acuerdos de maternidad subrogada.	En Grecia se regula la maternidad subrogada mediante las leyes 3089/2002 y la Ley 3305/2005	En México, el Senado en la Ley General de Salud, permite la maternidad subrogada sin fines de lucro y cuando sea un caso de indicación médica.	El Gobierno de EE.UU determinó que existe la necesidad de regular los conflictos provenientes de la maternidad subrogada a raíz de caso "Baby M" En diversos Estados de EE.UU se acepta la práctica de la subrogación materna	
Países que aún no estipulan de manera tajante si se prohíbe o permite la Maternidad Subrogada	Brasil		Colombia		Argentina		
	En Brasil existe una resolución sobre la maternidad subrogada y ya existen registros sobre inscripción de menor nacido mediante gestación por sustitución.		En Colombia existe una proliferación de entidades que ofrecen la práctica de la gestación por sustitución y ello ha originado diversos proyectos de ley, pero todos sin éxito.		En Argentina no se ha estipulado expresamente si se prohíbe o admite la maternidad subrogada pero cuentan con la Ley 25673 del año 2002 sobre salud sexual y procreación responsable.		
Países donde se regula de manera expresa la	India		Ucrania		Rusia		
	El Consejo Indio ha estipulado la "Guía Ética para la investigación Biomédica y la Participación de Seres Humanos", la cual definen a la		En Ucrania mediante el Código de Familia y la Orden 771 del Ministerio de Salud en el artículo 123.2 permite la maternidad subrogada con el consentimiento de la madre sustituta.		En Rusia se regula por la Orden N° 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia		

Maternidad Subrogada	maternidad subrogada y se ha establecido un contrato de maternidad subrogada de darse el caso y se acepta que medie una retribución económica por dicha gestación sustituta.		
-----------------------------	--	--	--

5.3.1 La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) Vs. Costa Rica.

El Perú pertenece al Sistema Interamericano de derechos Humanos en mérito a haberse adscrito a la Convención Americana de Derechos Humanos y aceptar la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En consecuencia, y tomando en consideración el artículo V del Código Procesal Constitucional. “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.”³⁶

Es por ello que los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante sus sentencias, también forman parte del Sistema Interamericano; y ello significa que los mecanismos de protección de los derechos humanos en nuestro país no se agotan con las herramientas protegidas por el derecho nacional, sino se extienden a mecanismos supranacionales. Asimismo la Corte Interamericana de Derechos Humanos resuelve casos que interpone la Comisión Interamericana en Contra de los Estados Partes de la Organización de Estados Americanos. Es así que se ha emitido una reciente sentencia sobre reconocer el derecho a la autonomía reproductiva en la mujer en el caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica. Resolución que declara al Estado demandado responsable internacionalmente de la vulneración de los derechos a la libertad personal, vida privada y autonomía reproductiva. Con tal pronunciamiento se ha prescrito de manera expresa que el Derecho a la Procreación se encuentra protegido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En suma la Corte Interamericana, en dicha sentencia, argumenta en base a la

³⁶ Código Procesal Constitucional

Convención para la eliminación de Todas Formas de Discriminación contra la Mujer, que en su artículo 16 inciso e) prescribe que “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 permita ejercer estos derechos”.

El artículo 11 de la Convención Americana prohíbe las acciones arbitrarias de las instituciones estatales respecto de las personas, las cuales afecten la vida privada y familiar, es decir, constituye el derecho de toda persona de organizar con arreglo a la Ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. De igual manera la corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le den sentido a su existencia y considerando que la vida privada es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad.

Además la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres, por ello considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o in vitro. Es así que el artículo 17 de la convención Americana reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. Por ello la Corte ha indicado que el derecho de protección a la familia conlleva a favorecer de manera más amplia en desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Por su parte el comité de Derechos humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia.

- **Derecho a la vida privada:** La Corte indicó que el Derecho a la vida privada se relaciona con la **a) autonomía reproductiva** y **b) el acceso a servicios de salud reproductiva**, lo que involucra el derecho a acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer dicho derecho. Y agrega que las personas tienen derecho a acceder al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva. Y en consecuencia la posibilidad de formar una familia se deriva del derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de reproducción humana asistida.
- **Derecho a la vida desde una fase embrionaria:** La Corte señaló que la concepción no puede ser comprendida como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que ningún embrión tiene la

posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. En suma, la Corte indicó que tomando en cuenta que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer, se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer. Concluyendo que la los antecedentes en el Sistema Interamericano, confirma que no es procedente otorgar estatus de persona al embrión.

5.4.1 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el caso Evans Vs. U.K sobre fecundación in vitro.

El caso Evans vs. U.K versa sobre la implantación de embriones en el útero de una mujer, en cuyo caso se encontraba separada de la pareja (Howard Johnson) que aceptó congelar sus embriones para una posterior implantación.

Cabe mencionar que a Natallie Evans el 21 de noviembre de 2001 se sometió a una operación en donde se le extirparon los dos ovarios, dado que se le diagnosticó cáncer en ambos. Es así que en ese momento junto con Howard Johnson decidieron consultar acerca de la congelación de sus ovarios antes de la operación y los médicos del centro de salud de Reino Unido les dijeron que se le podían extraer sus óvulos, antes de la extirpación de los mismos, para el tratamiento de fertilización in vitro con material genético de su pareja.

Ambos aceptaron y se produjo la fertilización in vitro con material genético de la pareja. Una de las enfermeras advirtió a la pareja que si en caso llegaran a separarse, cualquiera de las dos personas de las cuáles se ha depositado su material genético para la obtención de éstos embriones, podría retirar su consentimiento y en consecuencia se destruirían los embriones congelados.

Consecuentemente, en mayo de 2002 Howard decidió terminar con la relación que mantenía con Natallie y el 4 de julio de 2002 este comunicó su separación a la clínica y consecuentemente declaró que los embriones deberían ser destruidos, dado que mediaba el contrato de destrucción de embriones por separación de las partes.

Es así que Natallie presentó una demanda frente al Tribunal Superior, con el propósito de que su ex pareja revocara su consentimiento de destrucción de los embriones congelados. Es así que el Tribunal desestimó las pretensiones

presentadas por Evans. Y el 25 de Junio de 2004, después de que Evans había presentado su recurso de casación ante el Tribunal de apelación, este consideró que la Ley de 1990 era clara y sostenía que el embrión que fue creado mediante fecundación in vitro no se mantendrá en depósito a menos que exista un consentimiento efectivo de cada una de las partes.

Es por ello que Evans conforme al artículo 34° del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; demandó las sentencias que le fueron desestimadas ante la Corte Europea de Derechos Humanos.

Del análisis realizado al caso Evans se desprende que el Tribunal Europeo señaló que “se puede considerar que los Estados están de acuerdo que el embrión/el feto es parte de la raza humana, pero la potencialidad de este ser y su capacidad de convertirse en persona requiere protección en nombre de la dignidad humana, sin hacerlo una persona con el derecho a la vida”.³⁷

Asimismo mediante el caso Evans vs. U.K alegó que los embriones creados por el peticionario y su pareja no tienen derecho a la vida dentro del significado del artículo 2 de la Convención y que no existe una violación a tal artículo.

En consecuencia, es pertinente alegar que las técnicas de reproducción humana asistida, en esencia la fertilización in vitro, es un procedimiento que no existía al momento en que los redactores de la Convención acogieron el artículo 4 inciso 1) de la Convención. De igual manera señaló que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluyó que las tendencias de regulación en el Derecho Internacional, no llevan a la conclusión de que el embrión sea tratado de igual manera a una persona o que tenga derecho a la vida.

5.5.1 ¿Es necesario una Ley sobre Reproducción Asistida en el Perú? El artículo 7° de la Ley General de Salud y los lineamientos a seguir en un futuro dispositivo normativo.

Conforme hemos visto a lo largo de la presente investigación, el artículo 7° de la Ley General de Salud es el único artículo con el que contamos dentro de nuestra legislación sobre las Técnicas de Reproducción Asistida, en consecuencia debemos

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Artavia Murillo (fecundación in vitro) y otros vs. Costa Rica, sentencia de 28 de noviembre de 2012, citando al caso Evans vs. Reino Unido.

manifestar que este artículo tal y como se encuentra plasmado en nuestro sistema jurídico viene vulnerando derechos fundamentales, como son de la vida privada, que implica el derecho a la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud sobre técnicas de reproducción asistida. Derechos reconocidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A continuación traeremos a colación lo prescrito por el artículo 7° de la LGS:

- **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.

En esencia el artículo antes citado, reconoce a las personas el derecho a recurrir a tratamientos de infertilidad para poder mitigar dicho problema. Pero continúa diciendo: **siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona;** con lo cual este artículo se encuentra vulnerando derechos fundamentales de las personas que recurren a estos tratamientos de infertilidad, dado que la maternidad subrogada es un procedimiento mediante el cual se ayuda a la pareja infértil a poder concebir después de haber agotado todos los tratamientos para su infertilidad; y es esta parte del artículo 7° la que se encuentra vulnerando dichos derechos porque como se ha visto a lo largo de esta investigación, al ser la maternidad subrogada el procedimiento más complejo porque se involucran más de dos partes para su realización, esta condición prescrita por la ley viene vulnerando el derecho fundamental de la autonomía reproductiva. Por consiguiente, el Estado Peruano al reconocer este derecho de las personas de recurrir a tratamientos de infertilidad y una vez que las parejas infértiles han alcanzado con éxito dicho procedimiento; sería ilógico pensar que el Estado Peruano permitiría que se trunque dicho procedimiento alcanzado con éxito. Sería aceptar una norma jurídica que carecería de justificación racional.

Por ello hemos considerado que el artículo 7° de la Ley General de Salud para no tener insuficiencias y para que no vulnere derechos fundamentales debería estar precrito de la siguiente manera:

- **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.

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.

Con este nuevo artículo, si nuestro Estado no quisiera dar una ley sobre reproducción asistida. Entonces sería viable para todas las personas que recurren a estos tratamientos y no existirían insuficiencias que conllevarían a vulneraciones jurídicas para las partes involucradas en dichos tratamiento.

El Dr. Enrique Varsi Rospligiosi manifiesta que por la naturaleza femenina innata a la mujer, no se le puede prohibir el querer ser madre y que no deben juzgarse estos procedimientos; sino que se debe apreciar si del éxito de los mismos conllevan a una mejora en la vida de las partes involucradas y después de ello pues entonces se debería de regular de acuerdo a nuestra realidad. Con lo cuál coincidimos con el Dr. Varsi dado que va en incremento la imposibilidad de concebir por cuenta propia por parte de parejas en edad reproductiva y algunos casos ya han sido discutidos en nuestros tribunales, y sabemos que seguirán en aumento los problemas jurídicos en torno a la maternidad subrogada como una de las técnicas de reproducción humana asistida.

Agregando, a lo dicho líneas arriba, el uso de la biotecnología ha modificado los roles de vital trascendencia social. De igual manera, está ayudando a muchas parejas infértiles a gestar a un embrión, con la carga genética de éstas, para así poder realizar sus anhelos de ser padres. La sociedad debe adaptarse a los cambios tecnológicos cuando estos permitan resolver problemas de infertilidad. Creemos que la mejor solución para proteger a los participantes en el proceso, solicitantes, gestantes, y a los posibles terceros afectados, como familiares de los solicitantes y cónyuge de la gestante, será la creación de una nueva institución del derecho de familia.

Esta nueva institución debe ser entendida como el conjunto de disposiciones de derecho que regulará una situación precisa: pues una mujer con capacidad reproductiva y deseos de lograr su descendencia, pero incapaz por razones médicas de gestar su propio embrión. Por otro lado, otra mujer con capacidad para gestar y

llevar a término un embarazo con la finalidad de concebir al embrión que actúa por motivos solidarios y un menor que nacerá. En suma debe de existir de por medio un consentimiento informado, para evitar futuros problemas que dejen insatisfechas a las partes antes de la realización de éstas técnicas asistidas.

Asimismo manifestamos, que la maternidad subrogada deberá estar conectada a otras instituciones jurídicas, como la filiación, la adopción, la tutela, el parentesco, el derecho registral, este último porque se podría implementar cambios en las actas de nacimiento.

Consideramos que como principio básico se debe respetar la libertad de las partes para celebrar los acuerdos de maternidad subrogada, pero esa libre voluntad debe estar sujeta a nuestro ordenamiento jurídico ya establecido. Nuestros legisladores deben de señalar los casos y las circunstancias justificables para estos acuerdos de maternidad subrogada. Prescribiendo si serán título oneroso o gratuito. De igual forma, deben asegurar la confidencialidad del acuerdo o las circunstancias para la divulgación de esta información. Y de ser así nuestro Código Civil deberá sufrir una reforma y es la de establecer requisitos para quienes solicitan la práctica asistida, ya sean acerca de su edad, problemas de fertilidad, posibilidades económicas u otros aspectos para llevar a cabo estas prácticas asistidas, así como para poder responder por posibles daños o perjuicios que sufriera la gestante o atender las posibles complicaciones del embarazo o parto. Desde luego también la capacidad para atender a las necesidades del menor concebido sin importar cuál sea su condición³⁸. O por el contrario deben de estipular expresamente la prohibición; sin manera de que existe una salvedad; de la maternidad subrogada como una técnica de la fecundación in vitro. Ésta prohibición debería de regularse en nuestro Código Penal, estableciendo sanciones para quienes practican estas técnicas asistidas de una manera que trasgrede nuestras leyes, en concordancia con Nuestra Constitución Política del Perú, Código civil y demás leyes existentes en nuestra realidad jurídica.

En suma, hemos considerado pertinente esbozar algunos lineamientos mínimos para determinar en qué casos se podría permitir recurrir al procedimiento de la maternidad subrogada; veamos a continuación:

A. Antes de manifestar los casos en los que se debería permitir la maternidad subrogada, creemos conveniente que, **deberían de existir acuerdos de**

³⁸ Nos referimos a que podría haber la posibilidad de que el embrión engendrado tenga alguna enfermedad genética y que los nuevos padres no quieran responder ante ello.

gestación por sustitución sin beneficio económico, mediante el cual los futuros padres y la gestante, deberán comprometerse a cumplir lo manifestado en su acuerdo, éste acuerdo debe ser presentado ante el juez, tribunal o comité sobre maternidad subrogada, para que sea aprobado antes de proceder con la técnica asistida. Asimismo estos deben verificar el cumplimiento de las condiciones previstas en el acuerdo como en nuestra legislación.

B. Las clínicas o servicios de reproducción humana asistida podrán crear una gestación sustituta, cuando exista un problema médico que impida la gestación y coexistencia en conjunto del embrión y de la madre genética.

En este caso, creemos conveniente que después de haberse realizado los pertinentes y suficientes actos médicos para determinar si la mujer de la pareja que busca gestar; y una vez demostrado mediante un informe médico conjuntamente con el MINSA, se debería permitir que la mujer que sufre ésta imposibilidad, pueda recurrir o buscar un vientre solidario, para gestar a su embrión. Cabe mencionar que no se debe permitir que exista de por medio un beneficio económico, más que los gastos naturales que devendrían de la gestación. En suma, agregamos lo manifestado por nuestra magistrada en el caso Celinda Monic See Aurich, en la cual determinó que esta gestación pudo darse en tanto Monic no podía gestar, pues padecía de problemas renales que le imposibilitaban la coexistencia de ella y el futuro bebé. Por ello determinó que la recién nacida fuera inscrita como hija de Monic y no de la mujer quién la gestó.

C. La Gestante no debe dejar sin efecto el acuerdo establecido con los comitentes, salvo que el juez, comité o tribunal considere que ha habido un cambio de circunstancias que justifiquen tal acción, en suma, se debe evaluar si tal rescisión es la mejor respecto del interés superior de la niña o del niño.

En consecuencia, debemos traer a colación el caso Giovanni Sansone, que si bien es cierto, el Juez determinó que la menor nacida debe ser entregada a sus nuevos padres, quienes se encontraban en mejor ventaja económica que sus padres genéticos y quienes la amaron desde que era sólo un embrión y en suma fueron los que demostraron querer en todo momento a la menor para ser parte de su familia. Y en vista de que los padres genéticos desde el principio quisieron dar en adopción a la menor, puesto que existía de por medio un beneficio económico.

El Juez decidió que dado el insondable amor que le profesaban sus nuevos padres, además de que la menor fue entregada a los nueve días de nacida a la familia Sansone, se determina que la menor es hija de la ésta familia y no de sus padres genéticos, pues desde un inicio éstos demostraron sus deseos de entregarla a la familia con la cual habían mantenido un acuerdo.

- D. Se debe prohibir la gestación sustituta cuando la mujer quién busca tener un hijo no quiera gestar por motivos estéticos o que produzcan en ellas deformaciones en sus cuerpos.** Esto debe ir de la mano con que, **se debe permitir la gestación por sustitución respecto de una pareja heterosexual que este imposibilitada de gestar, ésta pareja debe encontrarse en convivencia o matrimonio.**
- E.** En caso de madres sustitutas, **debe existir una autorización judicial expedida antes de la gestación; la cual deberá concordarse con los actos médicos realizados por los centros de fertilidad y el MINSA respecto del porqué la pareja (mujer) no puede llevar el embarazo.** En suma, **debe demostrarse que la mujer está imposibilitada de gestar y de generar óvulos, asimismo que la futura gestante goza de buena salud y es capaz de concebir.**
- F.** Del acuerdo, **éste podría permitir la compensación de los gastos naturales que genera una gestación.** Debe constar por escrito el consentimiento de los padres (casados o en convivencia). La gestante y los nuevos padres deben ser peruanos de nacimiento, tener nacionalidad peruana y ser ciudadanos permanentes en nuestro territorio.
- G.** Los nuevos padres deben tener la calidad de padres legales de los menores, inmediatamente después del nacimiento.
- H.** Del hospital, **éste centro de salud debe seguir el procedimiento típico para la expedición del certificado de nacido vivo (dejando constancia de que se trata de un caso de subrogación) y los nuevos padres deberán presentar el certificado y la resolución judicial que autoriza el consentimiento a la gestación subrogada ante el Registro Civil, para que éste declare el nacimiento de su hijo.**

Con lo anteriormente manifestado, queremos demostrar algunos lineamientos que deben tomarse en cuenta para regular la maternidad subrogada, en concordancia con lo manifestados por nuestros juzgadores.

**FIGURA 11: CUADRO LINEAMIENTOS MÍNIMOS EN UN FUTURO
DISPOSITIVO NORMATIVO**

Lineamientos mínimos a seguir en un futuro dispositivo normativo, tomando en consideración que nuestra investigación no tiene un alcance propositivo.	De la presentación de futuros acuerdos:	Deberían de existir acuerdos de gestación por sustitución sin beneficio económico, mediante el cual los futuros padres y la gestante, se comprometan a cumplir lo manifestado en su acuerdo, el cual debe ser presentado ante	El Juez	Para que aprueben dicho procedimiento antes de proceder a ésta técnica asistida y en consecuencia verifiquen el cumplimiento de las condiciones previstas en el acuerdo y todo ello en concordancia con nuestra legislación.	
			El Tribunal		
			Comité sobre maternidad subrogada.		
	De las clínicas:	Las clínicas o servicios de reproducción humano asistida podrán realizar el procedimiento de maternidad subrogada cuando:	Exista un problema médico que impida la gestación y coexistencia en conjunto del embrión y de la madre genética.		
	De la gestante:	La gestante no debe dejar sin efecto el acuerdo con los comitentes salvo que:	El Juez	Consideren que ha habido un cambio de circunstancias que justifiquen tal acción.	Ésta rescisión sólo debiera hacerse si se prueba que es lo mejor para la o el menor recién nacido.
			El Tribunal		
			O El Comité		
	De la prohibición	Se debe prohibir la gestación sustituta cuando:	La mujer quién busca tener un hijo no quiera gestar por:	Motivos estéticos	Todo ello debe ir de la mano con que se permita la gestación por sustitución en parejas heterosexuales que estén imposibilitadas de gestar y dicha pareja debe encontrarse en matrimonio o convivencia.
				O que produzcan en ellas deformaciones en sus cuerpos	
	De las madres sustitutas	Para el caso de madres sustitutas debe existir una autorización judicial expedida antes de la gestación, la cual debe concordarse con los centros de fertilidad y el MINSA, en la cual se estipule porqué la madre sustituta no puede llevar el embarazo		En suma, debe demostrarse que la mujer está imposibilitada de gestar y generar óvulos	Y que la futura gestante goza de buena salud y es capaz de concebir.
Del acuerdo	Se podría permitir la compensación de los gastos naturales que genera una gestación	Debe constar por escrito el consentimiento de los padres (casados o en convivencia)	La gestante y los nuevos padres deben ser peruanos de nacimiento tener nacionalidad peruana y ser ciudadanos permanentes en nuestro territorio.		
De los nuevos padres	Deben tener la calidad de padres legales de los menores inmediatamente después del nacimiento.				
Del hospital	Éste centro de salud debe expedir el certificado de nacido vivo (dejando constancia de la subrogación)	Y los nuevos padres deberán presentar el certificado y la resolución judicial que autoriza el consentimiento a la gestación subrogada ante el Registro Civil para que éste declare el nacimiento del hijo de los nuevos padres.			

5.6.1 Normas Supranacionales o Internacionales suscritas por el Perú sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistidas en torno a la Fecundación In vitro.

Como ya mencionamos con anterioridad, el Estado Peruano regula las técnicas de Reproducción humana asistidas en la Ley N° 26842, en un único dispositivo normativo. En consecuencia las normas internacionales sobre las TERAS, consecuentemente fecundación in vitro y maternidad subrogada no han sido detalladas o desarrolladas en esencia por los tratados internacionales a los cuáles el Perú se encuentra suscrito. El último alcance lo ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha reconocido que ejerce protección sobre los derechos reproductivos y los ha denominado "Derecho a la autonomía reproductiva". Es decir, este derecho se encuentra tutelado dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Es por ello que el Perú al formar parte de la Organización de Estados Americanos debe disponer mecanismos de tutela interna que permitan el respeto a este derecho dado su implicancia en las Técnicas de Reproducción Humana Asistidas.

En suma, hemos analizado el caso Artavia Murillo (fecundación in vitro) vs. Costa Rica, en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha determinado el derecho a la autonomía reproductiva y que esta forma parte del derecho a la vida privada y este a su vez forma parte del derecho a la libertad.³⁹

Por otro lado, el Convenio para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ha prescrito en su artículo 16 inciso e) el desarrollo de aspectos que componen o conforman los derechos reproductivos y ha prescrito como "aquellas facultades que las mujer gozan 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 permita ejercer estos derechos".

Además, En las últimas conferencias mundiales sobre población y sobre la mujer, aparecieron con fuerza los "derechos reproductivos". Y ello se trata de una causa prioritaria para las organizaciones de control de la natalidad, que presionan en la Organización de Naciones Unidas (ONU) para que se le otorgue reconocimiento internacional.

³⁹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo (fecundación in vitro) y otros vs. Costa Rica fundamento 142-146. Se ha conculcado el derecho a la libertad entendido como el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a ley, su vida individual y social conforme sus propias opciones y convicciones. Este derecho implica el respeto a la vida privada que incluye la forma en que el individuo se ve así mismo y como decide proyectarse hacia los demás.

En la Conferencia de la ONU sobre Población y Desarrollo se estableció lo siguiente:

"Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libremente y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de información y de medios para el/o y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y re productiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones, no violencia, de conformidad a lo establecido en los documentos de derechos humanos."⁴⁰

Por su parte la Declaración Universal sobre los derechos prescribe lo siguiente:

"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Toda persona tiene los derechos y las libertades proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sin distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Toda persona tiene derecho a la vida, a la libertad y la seguridad personal."⁴¹

En consecuencia el derecho a la autonomía y muchas de las facultades que la procreación humana conlleva, tales como el derecho a la vida, derecho a la salud, a la libertad y a la seguridad; el derecho a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad; el derecho a la integridad física, a la libertad religiosa, ideológica y de conciencia; el derecho a la intimidad personal y familiar; el derecho al matrimonio y a fundar una familia; el derecho de la maternidad y la infancia a cuidados y asistencia especiales; el derecho a la educación, entre otros, actualmente están siendo estudiados, debatidos a nivel jurídico a consecuencia de los cambios sociales y el inminente avance de la biotecnología en torno a las Técnicas de Reproducción Humana asistida. Y es necesaria una suficiente regulación dentro del marco normativo peruano concordado con las normas internacionales de los cuales somos parte, todo ello en defensa de los derechos fundamentales que surgen a consecuencia de las TERAS y a sabiendas que es imposible prohibir, a una pareja en edad reproductiva, de ser padres, dados los sentimientos innatos e inherentes de la naturaleza maternal y paternal con la que cuenta cada ser humano, todo ello con la finalidad de la persistencia de la especie humana.

⁴⁰ Conferencia de la ONU sobre Población y Desarrollo realizada en El Cairo, Egipto, los estados se comprometieron unánimemente y establecieron, en el Capítulo VII sobre los Derechos y Salud Reproductiva artículo 7.3 del Programa de Acción.

⁴¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948.

Por otro lado, es preciso mencionar que la Declaración de Ginebra del año 1924, sobre Derechos del niño, Declaración de los Derechos del niño adoptada el 20 de Noviembre de 1959, reconocida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, protegen y han adoptado medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño tanto antes como después del nacimiento.

5.7.1 Derechos inmersos en la realización de las Técnicas de Reproducción Humana Asistidas

I. Derechos Reproductivos y de Procreación

Muchas veces estos derechos son entendidos de una forma errónea, pues son comparados con el derecho al hijo. Es decir: en los derechos reproductivos y de procreación no están de por medio la sola potestad del ser humano, sino es el Estado quién debe tener la predisposición de impulsar y proteger estos derechos de manera especial. Por ello no se debe confundir el deseo que tiene el ser humano de tener hijos con un derecho natural y legítimo que tiene una pareja, que es el de ser padres.

a. Derechos Reproductivos

Así encontramos a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer; la cual define a éstos derechos como: “aquellos derechos humanos que todo ciudadano varón o mujer, tienen al ejercicio pleno, libre y responsable de su sexualidad centrada en la procreación”. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1979)

De igual manera en el libro de Derecho genético del Dr. Enrique Varsi Rospligiosi nos refiere que: “los derechos reproductivos permiten a las personas amplias facultades para lo siguiente:

- Disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental;
- Al acceso en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, a los servicios que incluyan la planificación familiar y la salud reproductiva;
- A ser atendidos en salud reproductiva sin ningún tipo de coacción;
- Decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y disponer de la información, educación y medios necesarios para poder hacerlo;

- Que las instituciones de salud velen porque se cumplan estos principios en todas las fases de la atención.” (Varsi Rospligiosi, 2013, p, 397)

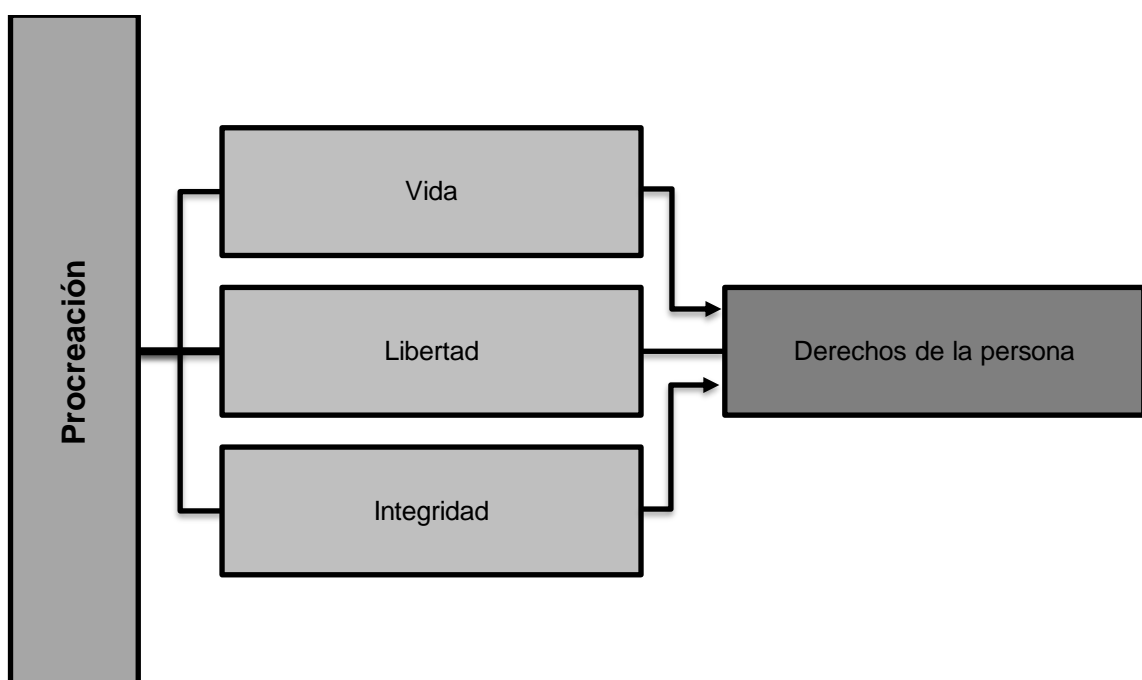
Por estas consideraciones en el campo de la bioética se sigue discutiendo sobre cuál debería ser la correcta denominación de éstos derechos, “llamarlos derechos reproductivos no implica una relación esencial con el ser humano ya que éste no se reproduce sino procrea, de allí que la denominación más adecuada para designar estos derechos sea la de derechos procreativos. Sin embargo, la discusión no sólo se centra en ese sentido, sino que incluso algunos claman por su no categorización como derechos, ni como nuevos derechos, ni mucho menos como derechos humanos.” (Matozzo de Romualdi, 2000, p, 3)

b. Derecho a la Procreación

El derecho a la procreación se entiende como: “aquella facultad individual que tiene la persona de procrear con quien quiera, cuando quiera y como quiera.” (Messina de Estrella Gutiérrez, 1998, p, 74)

Este derecho de procreación ha cobrado mayor importancia con la utilización de las TERAS, ya sea en casos como fecundación en parejas infértiles, maternidad subrogada, crioconservación, entre otros. Es así que la procreación es un derecho que se deriva del derecho a la vida, a la integridad y a la libertad de la persona.

FIGURA 12: LA PROCREACIÓN, VIDA, LIBERTAD E INTEGRIDAD



Es decir, la capacidad que cada persona de procrear debe realizarse dentro de ciertas bases esenciales, como son la defensa, respeto y consideración que se debe tener con la nueva vida de la que se está a punto de generar; no debemos olvidar que al hablar de procreación nos referimos a crear en conjunto (procrear) y no a una solo persona, pues debemos saber que aquí debe primar el interés superior del niño, que si bien aún no ha sido concebido, este tiene el derecho de nacer dentro de condiciones naturales, de contar con un ambiente adecuado para desarrollarse y con una familia establecida.

5.8.1 Reproducción, infertilidad y datos adicionales

En esta sección de la presente investigación; se ha recopilado el trabajo, más completo a nivel nacional sobre técnicas de reproducción humana asistida. Por ello es importante traer a colación a Rosario Rodríguez-Cadilla⁴² y su análisis legal correspondiente en reproducción humana asistida.

Los datos obtenidos de la investigación de Rosario Rodríguez-Cadilla se basan en lo siguiente:

- a) 25% logran el embarazo en el primer mes.
- b) 60% logran el embarazo en seis meses.
- c) 75% logran el embarazo en nueve meses.
- d) 80% logran el embarazo en un año, y,
- e) 90% logran el embarazo en 18 meses.

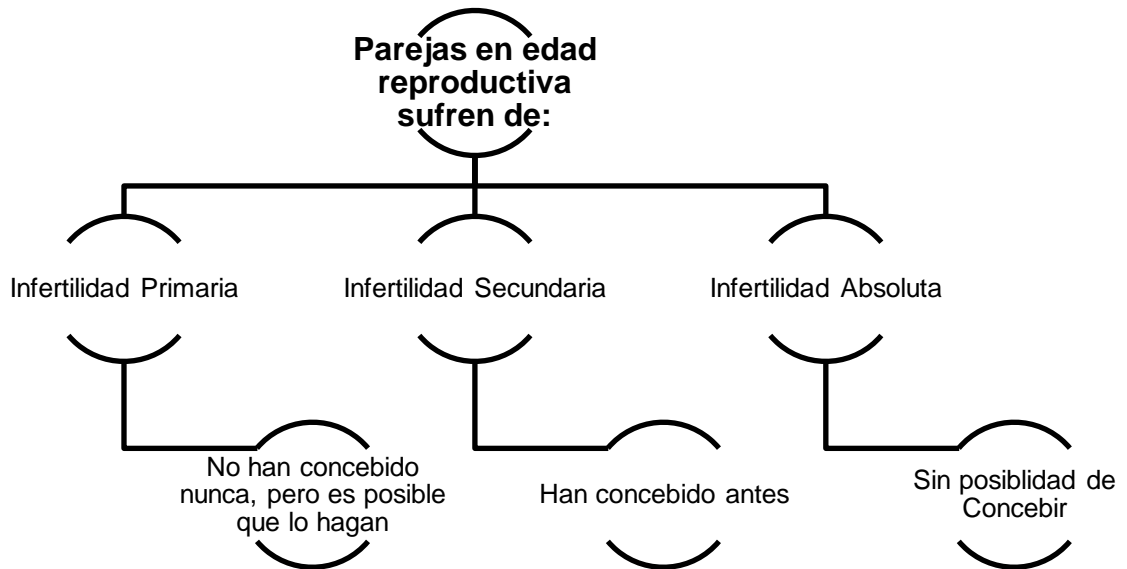
Actualmente la infertilidad⁴³ es uno de los problemas de salud más comunes. Pero se debe tomar en consideración y no se debe olvidar que ésta infertilidad está referida a la pareja y no al individuo. Es por ello que al analizar la infertilidad se la debe hacer en conjunto de dos seres humanos de sexos opuestos que se complementan sexualmente y que desean o anhelan fecundar y concebir un nuevo ser humano ligado genéticamente a ellos. Cabe recalcar que no importa cuál de ellos es más infértil que el otro, la esterilidad estudia a la pareja en conjunto.

De este modo se estima que entre el 10% y 15% de las parejas en edad reproductiva sufren de infertilidad.

⁴² Rodríguez-Cadilla Ponce, Rosario; Derecho Genético: Técnicas de Reproducción Humana Asistida y su trascendencia jurídica en el Perú.

⁴³ La infertilidad es un síntoma de una condición general subyacente, o propiamente una enfermedad endocrina o genital, que afecta al funcionamiento adecuado del sistema reproductivo.

FIGURA 13: PAREJAS EN EDAD REPRODUCTIVA QUE SUFREN INFERTILIDAD



Asimismo, para hablar de imposibilidad para tener hijos en la pareja; ésta debe someterse a un examen de fertilidad, si después de practicar el coito regularmente por uno o dos años no logran que se genere un embarazo. “El marco cronológico de un año se basa en las estadísticas que expresan el porcentaje de embarazos logrados por parejas que no usan anticonceptivos”. (Varsi Rospligiosi, 2013, p, 394)

CONCLUSIONES

1. El principal cuestionamiento jurídico que se hace a la Ley General de Salud respecto de la fecundación in vitro es la insuficiencia regulatoria de la maternidad subrogada, pues hemos verificado en nuestra realidad que solo contamos con un único artículo acerca de las técnicas de reproducción asistida, el cuál no ha ayudado a dilucidar los intereses jurídicos de las partes, de igual manera, este artículo queda totalmente desfasado e insuficiente, pues ya contamos con sentencias y Casaciones en torno a estas técnicas asistidas que no han sido resueltas idóneamente y que en algunos casos consideramos irrazonables. En consecuencia, se ha determinado que la condición de la madre gestante y la genética puede recaer en la mujer quién prestará su útero solidariamente.
2. En nuestra legislación, es decir, en la Ley General de Salud, únicamente existe un único artículo que regula la Fertilización In-Vitro y en consecuencia de Maternidad Subrogada.
3. En el Perú contamos con veredictos emitidos por nuestros jueces. Y en algunos casos se ha dejado de lado lo prescrito por el artículo 7° de la Ley General de Salud, dando como resultado fallos contradictorios a lo esgrimido por el citado artículo, pues en la mayoría de los casos se ha optado por resolver en base a criterios poco eficaces para las partes, los cuales incluso han llegado a generar violaciones jurídicas.
4. Las parejas infértiles, ya sea casadas o en convivencia, sometidas al procedimiento de fertilización In-Vitro van en aumento, las que después de haberse realizado cualquier procedimiento para mitigar su infertilidad, se han encontrado con problemas jurídicos que han tenido que ser resueltos por nuestros jueces de la mano con las insuficiencias regulatorias sobre fertilización In-Vitro en nuestro país.
5. Los médicos de las clínicas de fertilidad con más demanda en temas de fertilización In-Vitro demuestran que existen diversos problemas jurídicos que nuestra legislación no ha previsto minuciosamente sobre las TERAS. Asimismo los médicos peruanos alegan que para los temas de ovodonación y crioconservación de embriones se están tomando medidas para evitar la aglomeración de embriones crioconservados y no se han registrado casos de ovodonación que han demandado problemas jurídicos.

6. En la legislación comparada encontramos países que están modificando sus legislaciones de acuerdo a su realidad cambiante, y están intentado no dejar vacíos o insuficiencias que ameriten trasgresión o violación de otros derechos inherentes a cada ser humano.
7. En suma, la Maternidad Subrogada es el principal cuestionamiento jurídico a la LGS dado que se ha determinado que la condición de la madre gestante y la madre genética puede recaer en la madre subrogada y el artículo 7° de la Ley General de Salud prescribiendo esta condición no se encuentra exento de vulnerar derechos de las personas como es el de la autonomía reproductiva.

RECOMENDACIONES

- Recomendamos que el Estado peruano regule de una manera idónea, eficiente y suficiente las técnicas de reproducción asistida de la mano con la maternidad subrogada ya que este es el principal cuestionamiento a la Ley General de Salud respecto de la fertilización in vitro. Asimismo, después de haber analizado las sentencias emitidas por nuestros jueces, verificamos que es necesario una regulación para dilucidar futuros conflictos de intereses que estamos seguros no se encuentran lejos de volver a ser discutidos en nuestros tribunales.
- En suma, debería existir un pleno regional en materia de salud específicamente en reproducción asistida para así solucionar o resolver temporalmente los procedimientos de fertilización In-Vitro y en consecuencia de maternidad subrogada.

REFERENCIAS

- Amador, M. (15 de Abril de 2011). Sobre Biopolíticas y Biotecnologías: maternidad subrogada en la India. *Revista Nomadías*, 35-58. Obtenido de Nomadías.
- Arteta, C. (2011). Maternidad Subrogada. *Revista de Ciencias Biomédicas*, 35-58.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (18 de Diciembre de 1979). *un.org*. Obtenido de un.org: <http://www.un.org>
- Atienza, M. (2010). Análisis de algunos problemas bioéticos: De nuevo sobre las madres de alquiler. En M. Atienza, *Bioética, Derecho y Argumentación* (pág. 228). Lima: Palestra Editores.
- Atienza, M. (2010). *Bioética, Derecho y argumentación*. Lima: Themis.
- Calvo Carava, A. L. (2015). *Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Mas allá del tribunal supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. España: Editum.
- Calvo, A. (2009). *Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notario de 18 de febrero de 2009*. Madrid: Cuadernos de Derecho.
- Camacho, J. (22 de Junio de 2011). *Fundacionforo*. Obtenido de Fundacionforo: <http://www.fundacionforo.com>
- Casación N° 563-2011 - Primera Casación sobre Maternidad Subrogada, N° 563-2011 (Corte suprema de Justicia del Perú 06 de Diciembre de 2011).
- Conception in a Watch Glass. (1937). Conception in a Watch Glass. *The New England Journal Medicine* N° 217, 678.
- Congreso de la Reública. (1997). Ley General de Salud N° 26842. En C. d. Reública, *Ley General de Salud N° 26842* (pág. 7). Lima: Minsa.
- Dr. Luis Noriega, H. (23 de Diciembre de 2015). Reproducción humana asistida. (C. Lisbeth Fiorella Lagos, Entrevistador)
- Dr. Roly, H. (14 de Marzo de 2016). Cuestionario sobre Maternidad Subrogada dirigida a la clínica Procrear. (C. Lisbeth Fiorella Lagos, Entrevistador) Lima, Lima, Lima.
- El Diario USA today. (2 de Noviembre de 1993). From tadpoles, atheory is born. *USA today*, pág. 7.
- Farnós Amorós, E. (2010). *Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California*. España: Indret.
- Farnós Amorós, E. (2011). *Consentimiento a la Reproducción Asistida, Crisis en la pareja y disposición de embriones*. Barcelona: Atelier.
- Flores, C. (13 de Diciembre de 2014). Crece tratamiento de fertilidad en Perú. *La República*, pág. 6.
- Impugnación de Maternidad, N° 006626-2006-PA (Tribunal Constitucional 19 de Abril de 2007).
- Impugnación de Maternidad, N°183515-2006-00113 (Décimo Quinto Juzgado Especializado de familia 06 de Enero de 2009).
- Jadva, V., Murria, C., Lycett, E., MacCallum, F. & Golombok, S. (2003). *The experiences or surrogate mothers. Human Reproduction*. Salzburgo: Universidad de Salzburgo.
- Jiménez, M. (2012). *La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales*. Madrid: Anuario Facultad de Derecho- Universidad de Alcalá.

- Lamm, E. (14 de Noviembre de 2012). *Cuestión de derechos*. Obtenido de Cuestión de derechos: <http://www.cuestiondederechos.org.ar>
- Lamm, E. (2012). Gestación por sustitución. *Indret*, 01-49.
- Leonseguí, R. A. (1994). *La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo*. España: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED.
- Martínez- Pereda, J.M. & Massigoge, J.M. (1994). *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*. Madrid: Dykinson Ediciones.
- Matozzo de Romualdi, L. (14 de Julio de 2000). Sobre los derechos reproductivos. *Diario de la jurisprudencia y la doctrina*, págs. 1-4.
- Medina, Graciela y Erades, Graciela. (1990). *Maternidad por otro y alquiler de úteros*. Argentina: Jurisprudencia Argentina.
- Messina de Estrella Gutiérrez, G. (1998). Bioderecho. En G. Messina de Estrella Gutiérrez, *Bioderecho* (págs. 73-74). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Mir Candal, L. (2010). *La "maternidad intervenida"*. París: Revista Redbioética.
- Notimex. (2013 de Enero de 2013). *es-us-noticias*. Obtenido de es-us-noticias: <http://es-us.noticias.yahoo.com>
- Ramírez de Castro, N. (30 de Septiembre de 2007). *abc*. Obtenido de abc: <http://www.abc.es>
- Roldán, N. (27 de Abril de 2016). *Animal político*. Obtenido de Animal político: <http://www.animalpolitico.com>
- Ruiz Martínez, R. (- de Junio de 2013). *unican*. Obtenido de unican: <http://www.unican.es>
- Sentencia, CAS. Nº 563-2011, Nº 563-2011 (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente 06 de Diciembre de 2011).
- Siverino Bavio, P. (2010). *El Derecho a la identidad personal: manifestaciones y perspectivas*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Souto, B. (2006). La Gestación de Sustitución. En B. Souto, *La Gestación de Sustitución* (págs. 181-205). España: Revista del Centro de Estudios de la mujer de la Universidad de Alicante.
- Varsi Rospligliosi, E. (2001). *Derecho Genético*. Lima: Grijley.
- Varsi Rospligliosi, E. (16 de Noviembre de 2008). La primera casación en materia de procreación asistida. (R. Perú, Entrevistador)
- Varsi Rospligliosi, E. (2013). Derecho Genético. En E. Varsi Rospligliosi, *Derecho Genético* (pág. 1163). Lima: Grijley.
- Zarraluqui, L. (2000). Procreación asistida y derechos fundamentales. *Revista de Derecho*, 53-62.

ANEXOS

ANEXO n.º 1: OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

FORMULACIÓN	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES			
			DENOMINACIÓN	DIMENSIONES	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	INDICADORES
¿Cuál es el principal cuestionamiento jurídico a la Ley General de Salud respecto de la Fecundación In Vitro?	<p>Ubicar el principal cuestionamiento jurídico a la Ley General de Salud respecto de la Fecundación In Vitro.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Revisar la Ley General de Salud. - Buscar los artículos pertinentes a las técnicas de reproducción asistida. - Revisar y analizar las sentencias emitidas en nuestro país acerca de la Fertilización In Vitro. - Revisar el registro de parejas infértiles sometidas al procedimiento de Fertilización In Vitro. - Conocer opiniones de juristas y médicos relevantes sobre la Fertilización In Vitro. - Ubicar y analizar legislación comparada sobre Fertilización In Vitro. 	<p>El principal cuestionamiento jurídico que se hace a la Ley General de Salud respecto de la Fecundación In Vitro es la insuficiencia regulatoria de la Maternidad Subrogada.</p>	<p>La Maternidad Subrogada como principal cuestionamiento a la Ley General de Salud.</p>		<p>La maternidad subrogada se dan cuando una mujer acepta quedar embarazada, ya sea con su material genético o el de los futuros padres, con la finalidad de que ésta gesté y dé a luz a un nuevo ser humano, el cuál será criado por otros como si fueran sus padres por naturaleza, por ende este es el principal cuestionamiento jurídico a la Ley General de Salud.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Opiniones de juristas expertos sobre fecundación In Vitro y Maternidad Subrogada. - Casación N° 5003-2007-LIMA/ sobre paternidad no autorizada e impugnación de maternidad. - Expediente N° 183515-2006-00113 del décimo quinto juzgado de LIMA/ Caso C.M.S.E. c/ J.L.A. de O. y otro/ sobre impugnación de la maternidad. - Casación. N° 563-2011 LIMA/ sobre adopción civil por excepción en relación con la maternidad subrogada.

ANEXO n.º 2: ANÁLISIS DE SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

NÚMERO DE EXPEDIENTE		
JUZGADO		
PARTES PROCESALES	DEMANDANTE	DEMANDADO
MATERIA DEL RECURSO	FUNDAMENTOS POR LOS CUALES LOS JUECES HAN DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO SOBRE: IMPUGNACIÓN DE LA MATERNIDAD	
<input type="checkbox"/> CAS <input type="checkbox"/> AP		
¿QUÉ SE RESUELVE?	PRINCIPALES FUNDAMENTOS DECISORIOS DEL RECURSO INTERPUESTO SOBRE: IMPUGNACIÓN DE LA MATERNIDAD	
FUNDADO <input type="checkbox"/>		
INFUNDADO <input type="checkbox"/>		

ANEXO n.º 3: ANÁLISIS DE SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE OTROS PAÍSES

NOMBRE DEL CASO			
ASUNTO:	PAÍS O LOCALIDAD	FECHA	JUEZ-MAGISTRADO O PRESIDENTE DE TRIBUNAL
PARTES PROCESALES	DEMANDANTE		DEMANDADO
INFOMACIÓN RELEVANTE ADICIONAL	ARGUMENTOS SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA		
¿QUÉ SE RESUELVE? FUNDADO <input type="checkbox"/> INFUNDADO <input type="checkbox"/>	ARGUMENTOS DOCTRINARIOS SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA		
	ARGUMENTOS JURISPRUDENCIALES SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA		
	OTROS ARGUMENTOS (PERSONALES)		

ANEXO n.º 4: CUESTIONARIO DIRIGIDO A MÉDICOS QUE REALIZAN LAS TERAS

PREGUNTAS PARA EL CUESTIONARIO DIRIGIDO A MÉDICOS DE LAS DIVERSAS CLÍNICAS DE FERTILIDAD

1. ¿Está de acuerdo con que se practiquen técnicas de reproducción asistida en el Perú? Y ¿Por qué?
2. ¿Cuáles considera que son los vacíos o deficiencias legales en el Perú sobre técnicas de reproducción asistida y maternidad subrogada?
3. ¿Qué opinión médica y legal tiene sobre la realización de la maternidad subrogada en el Perú?
4. ¿Cuál es el porcentaje aproximado de parejas infértiles en nuestro país?
5. ¿Cuál es el caso emblemático que ha tenido o ha escuchado sobre la realización de una fecundación in vitro en el Perú?
6. ¿Cuál es el caso más emblemático que ha tenido o ha escuchado sobre la realización de una gestación subrogada?
7. Comentarios o Sugerencias sobre el tema y encuesta propuesta.

ANEXO n.º 5: ENCUESTA DIRIGIDA A PAREJAS EN EDAD REPRODUCTIVA

PREGUNTAS DE LA ENCUESTA DIRIGIDA A PAREJAS DE TREINTA Y CINCO AÑOS EN EDAD REPRODUCTIVA

1. ¿Conocen acerca de las técnicas de Reproducción Asistida?
2. ¿Están de acuerdo con que se practiquen las técnicas de reproducción asistida en parejas infértiles?
3. ¿Saben que es la Maternidad Subrogada o mal llamado vientre de alquiler?
4. A pesar de existir un solo artículo dentro de la Ley de Salud que regula las técnicas de reproducción asistida. ¿Si tuvieran problemas de fertilidad se someterían al procedimiento de las Técnicas de Reproducción Humana Asistidas?
5. ¿Si tuvieran un problema de fertilidad, acudirían a una tercera persona para gestar a su futuro hijo y así cumplir su sueño de crear una familia?

ANEXO n.º 6: CASACIÓN Nº 563-2011 LIMA

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA SALA CIVIL PERMANENTE SENTENCIA
CAS. Nº 563-2011 LIMA**

Lima, seis de diciembre de dos mil once.-

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

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

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

3. CONSIDERANDO:

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

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

TERCERO.- Que a fin de establecer si en el caso de autos, se ha incurrido en la infracción normativa, es necesario efectuar un análisis de lo acontecido en el proceso: **i) Por demanda** de fojas noventa subsanada a fojas ciento seis, doña Dina Felicitas Palomino Quicaño y don Giovanni Sansone, interponen demanda de adopción civil por excepción de la niña Vittoria Palomino Castro, nacida el veintiséis de diciembre de dos mil seis, arguyendo como fundamentos de hecho de la demanda que la niña cuya adopción solicitan, es hija de don Paúl Frank Palomino Cordero, quien a su vez es hijo de José Palomino Quicaño, hermano de la co demandante Dina Felicita Palomino Quicaño, por lo que invocan el supuesto normativo a que se contrae el inciso “b)” del artículo 128

del Código de los Niños y Adolescentes. Agregan, que a la niña la tienen en su poder desde el dos de enero de dos mil siete, fecha en que los padres biológicos la entregaron provisionalmente. **ii)** los demandados **contestán** la demanda a fojas ciento veintidós y ciento treinta y dos, precisando que se allanan y reconocen la demanda en los términos que allí constan; **iii)** tramitado el proceso conforme a su naturaleza, el juez expidió **sentencia** declarando fundada la demanda, sustentada en los siguientes argumentos: **a)** con el acta de nacimiento de fojas veintiuno se encontraba acreditado el nacimiento de la niña Vittoria Palomino Castro, siendo su madre biológica dona Isabel Zenaida Castro Muñoz, figurando como padre biológico don Paúl Frank Palomino Cordero, habiendo sido reconocida por ambos emplazados, motivo por el cual dicha partida es medio probatorio de la filiación conforme al artículo 387 del Código Civil; **b)** que, si bien es cierto, de los resultados de la prueba de ADN de fojas mil treinta seis se desprende que el demandado Paúl Frank Palomino Cordero no es padre biológico de la menor, sino el propio demandante Giovanni Sansone, lo es también que el acta de nacimiento de la menor que obra a fojas veintiuno, constituye documento público que mantiene su eficacia jurídica al no haberse presentado en autos sentencia judicial firme que declare su nulidad, en virtud de lo dispuesto por el artículo 58 de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – Ley 26497, que establece que *“las constancias de inscripción emitidas por el Registro Nacional de Identificación y estado civil, serán consideradas instrumentos públicos y probarán fehacientemente los hechos a que se refieran, salvo que se declare judicialmente su nulidad de dicho documento”*; **c)** que, mediante escritos de fojas doscientos veintiuno, doscientos cincuenta y cuatro, doscientos setenta y uno y trescientos catorce la codemandada Isabel Zenaida Castro Muñoz se desiste del proceso de adopción, sin embargo éste se tuvo por no presentado pues luego que fue requerida por el Juzgado a fin que precise el acto procesal materia de desistimiento, realizó subsanación defectuosa, resolución que no fue impugnada oportunamente; **e)** no obstante ante la duda del asentimiento o no de la madre biológica, se tuvo en cuenta el principio del Interés Superior del Niño y el respeto de sus derechos, por tanto, al encontrarse en oposición el derecho de la madre de prestar su asentimiento en un proceso de adopción y el derecho de la niña a tener una familia, y, por ende, continuar siendo parte de la que conforma desde su nacimiento con los demandantes, consideró que debía preferirse el derecho de esta última a tener una familia, cuya salud física, solvencia moral de los pre adoptantes, estaba acreditada; **iv)** la Sala Superior **confirmó la sentencia** que declaró fundada la demanda, mediante sentencia de fecha treinta de noviembre del año dos mil diez, sustentándola en los siguientes argumentos: **a)** que, los demandados Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz figuran formal y legalmente como progenitores de la niña Vittoria Palomino Castro y ellos voluntariamente la entregaron a los pre-adoptantes a los días de nacida, renunciando y desentendiéndose de este modo y por completo de las responsabilidades que como madre y padre tenían con su hija; **b)** ha quedado demostrado con los informes sociales y psicológicos que la niña se encuentra plenamente identificada con el entorno familiar constituido por los pre - adoptantes, al vivir con ellos desde los primeros días de su existencia; **c)** que, si bien mediante la prueba de ADN se ha establecido que el progenitor de la niña es el demandante Giovanni Sansone, confluendo en su persona una doble calidad como padre biológico y como pre -adoptante, no es menos cierto que por esta vía o por acción posterior el reconocimiento de su situación legal de padre será resuelta a su favor, por lo que no existe razón alguna para mantener en la incertidumbre la existencia de dicha relación paterno filial, y, por ende, impedir que la niña goce de la filiación paterna a que tiene derecho y cuya naturaleza u origen no podrá ser mencionada en documento alguno; **d)** se señala que la madre biológica en total acuerdo con su conviviente, procreó a la niña, aceptando ser inseminada artificialmente por persona distinta a su pareja por el vínculo que existía y con la intención de mejorar su situación para viajar a Italia con su familia, lo que dista de la lógica de una maternidad responsable respecto del hijo que iba a engendrar, lo que revela en los demandados su intencionalidad en la concepción de un ser humano con fines distintos a la maternidad o paternidad, razón por la cual el Colegiado se aparta de la previsión legal contenida en el artículo 378 inciso 5) del Código Civil referente al asentimiento de los padres para la adopción, privilegiándose el derecho fundamental de la niña a permanecer con la familia que le ha brindado protección, atención y cariño frente al derecho de la patria potestad de un padre y una madre que desde su concepción y posterior nacimiento actuaron desvalorizando la condición humana de la niña.-----

CUARTO.- Que, la recurrente en su agravio denuncia: **i)** la infracción normativa sustantiva del artículo 115 del Código de los Niños y Adolescentes¹; precisando que no procede la adopción, ya que el padre biológico de la menor, Giovanni Sansone, sabe que solicitó la reproducción asistida en la Clínica Miraflores, que la niña Vittoria Palomino Castro es su hija biológica y legal, por tanto no procede esta figura de la adopción entre padres biológicos; **ii)** la infracción normativa sustantiva del artículo 128 inciso b del Código de los Niños y Adolescentes²; sosteniendo que se afirma que la accionante, es tía del padre demandado, y por ende, también pariente de la niña a ser adoptada, sin embargo la presunta tía demandante Dina Felicitas Palomino Quicaño, no guarda ningún parentesco consanguíneo o de afinidad con Vittoria Palomino Castro, al no ser Paúl Frank Palomino Cordero su verdadero padre, esto es, no ser su padre biológico; por lo que, al no tener Dina Felicitas Palomino Quicaño, ningún parentesco con la menor, no puede darse la demanda de adopción por excepción; **iii)** la infracción normativa sustantiva del artículo 378 inciso 1) y 5) del Código Civil³; arguye que para que proceda la adopción se requiere que los adoptantes gocen de solvencia moral y que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad; sin embargo los pre-adoptantes no gozan de solvencia moral para adoptar a su menor hija, pues a lo largo del proceso han mentido no solo al juzgador sino a los recurrentes, a fin de engañarlos y quedarse con su hija. Hechos que no han sido tomados en cuenta al momento de sentenciar; **y iv)** la infracción normativa sustantiva del artículo 381 del Código Civil⁴; sustentan que si no fuera porque los recurrentes en las audiencias de autos, manifestaron que Giovanni Sansone era el padre biológico de la menor Vittoria Palomino Castro, nunca se hubiera sabido la verdad, por tanto, siempre se han conducido con la verdad al contrario de los demandantes quienes los engañaron y estafaron a los jueces a fin de tener un derecho que no les corresponde.-----

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

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

SÉTIMO.- Que, asimismo el Tribunal Constitucional mediante la sentencia expedida en el expediente 02079-2009-PHC/TC, al interpretar los alcances del principio del interés superior del niño y del adolescente, así como el presupuesto de interpretación constitucional; en su fundamento trece ha interpretado: *“(. . .) el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no solo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e*

inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, éste debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente. En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos...”-----

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

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

proceso de adopción determinar la paternidad de la menor. En consecuencia la menor legalmente es hija Paúl Frank Palomino Cordero y en consecuencia sí resulta ser sobrina de la demandante Dina Felicita Palomino Quicaño, reiterándose debiéndose precisar que nos es materia de pronunciamiento la paternidad de la menor.-----

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

UNDÉCIMO.- Que, aunado a lo antes precisado se debe considerar el deplorable accionar de los demandados, pues luego de haber suscrito la demandada de adopción conjuntamente con los demandantes, precisando “*DEMANDADOS: Solo por razones formales deben ser considerados como demandados los padres biológicos Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz...*” adjuntando, entre otros documentos, el acta de entrega provisional de menor con firma legalizada ante Notario (ver folios veintidós) donde consta que los demandados entregan a la menor a los demandantes precisándose “*con el fin que a partir de la fecha la señora Dina Felicitas Palomino Quicaño y su esposo Giovanni Sansone se constituyan en los padres adoptivos de la menor Vittoria Palomino Castro*”; y luego de haber reiterado su consentimiento de dar en adopción a su menor hija, en la audiencia única de fecha veintidós de agosto del año dos mil siete (ver folios ciento cuarenta y siete) la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz, mediante escrito de fecha diecinueve de junio de dos mil ocho (ver folios doscientos veintiuno) reiterado a fojas doscientos cincuenta y cuatro, trescientos cuarenta y nueve y quinientos sesenta y dos respectivamente, precisa que hasta antes de mostrar su desacuerdo con el presente proceso, tuvo en todo momento la voluntad de dar a su hija Vittoria en adopción al ser este el “acuerdo” asumido con los accionantes; refiriendo: “(...) todos los actores en la acción de adopción habíamos efectuado hechos fraudulentos con el fin de obtener provecho en perjuicio de mi menor hija...” (fojas doscientos cincuenta y cinco), “me desisto de todos los actos procesales en los que en forma personal he manifestado mi voluntad de dar en adopción a mi menor hija Vittoria Palomino Castro a favor de los esposos Giovanni Sansone y Dina Felicitas Palomino Quincano (...) en contubernio con ellos cometí una serie de actos ilegales, sorprendiendo al Juzgado en agravio de mi menor hija” (fojas trescientos cuarenta y nueve); “ (...) he manifestado, manifiesto y reitero que la presente acción de adopción-caso de excepción (...) es una acción fraudulenta, originada desde antes de la misma, en un contrato verbal e irregular y manipulado por los demandantes (...) con el fin de procrear mediante inseminación asistida en mi vientre un hijo con el semen de don Giovanni Sansone (...)” (fojas quinientos sesenta y dos). Aunado a ello se tiene de las copias certificadas del proceso penal N° 42961-2009 que obra de fojas mil setecientos cincuenta y dos a fojas mil ochocientos ochenta y ocho, se advierte **que paralelamente al proceso que nos ocupa, el veintiocho de setiembre del año dos mil nueve**, el Ministerio Público formalizó denuncia penal contra los demandados, por los delitos de Extorsión y Alteración del Estado Civil de un menor, habiéndose iniciado proceso penal mediante auto de apertura de instrucción de fecha veintiuno de octubre del dos mil nueve (ver folios mil setecientos noventa y tres), proceso en el que el hecho inculcado consiste en que, los demandados habrían planeado desde un inicio ofrecer su “vientre en alquiler” y practicarse una inseminación artificial con el semen del esposo de la denunciante Dina Felicitas Palomino Quicaño y a partir de ello habrían extorsionado a los ahora demandantes

con cuantiosas sumas de dinero a fin de que la Demandada Isabel Zenaida no aborte el producto, extorsión que incluso se habría prolongado después del nacimiento de la menor que responde al nombre de Vittoria con la amenaza de frustrar la demanda de adopción que interpuso la parte agraviada (los demandantes) teniéndose que los denunciados habría recibido un total de diecinueve mil ochocientos dólares americanos; asimismo se advierte de dichas copias, que con fecha quince de abril de dos mil diez se realizó la diligencia de confrontación entre Isabel Zenaida Castro Muñoz y Dina Felicitas Palomino Quicaño de la cual trasciende que la segunda de las nombradas, entregó diversas sumas de dinero a la primera, manifestando cada una diferentes montos y motivos respecto de dichas entregas. Así, mientras la preadoptante señaló que lo hizo por cuanto la demandada la amenazó con abortar, esta última indica que recibió el dinero como ayuda económica. Igualmente, al ser preguntada Isabel Castro sobre los motivos de la inseminación, respondió: *“debo manifestar que fueron por dos motivos, uno por el vínculo familiar que existía, así también acepté con la intención de **mejorar mi situación y viajar a Italia con mi familia**”*.-----

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

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

**SS. DE VALDIVIA CANO
HUAMANI LLAMAS
PONCE DE MIER**

**VINATEA MEDINA
CASTAÑEDA SERRANO**

ANEXO n.º 7: EXPEDIENTE 183515-2016-00113 SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA

PODER JUDICIAL



DECIMO QUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO DE FAMILIA

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

SENTENCIA

RESOLUCION NRO TREINTA Y UNO.

Lima, seis de enero
Del dos mil nueve.-

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

DRA. NANCY CORONEL AQUINO
JUEZ

1º Juzgado Especializado de Familia de Lima
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

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

Dña. ROSA ROSALES - Agente
JULIO
15 AGO 2015
GABRIEL

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

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

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

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

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

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

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

con el Código de Laboratorio ADN 2007-005-P MENDOZA BARBER. Luis Eduardo ..."; Informe Pericial que fue ratificado por los Representantes de dicho Laboratorio del Ministerio Público, en los términos que se contrae el acta de fojas 466/468 y corroborado por el Laboratorio Biolinks, quien practico la misma prueba con las contra-muestras custodiadas por la Corte Superior; cuyos informes, que corren a fojas 473/481 concluyeron "... 1.- No se ha encontrado exclusión de paternidad. El índice de paternidad acumulado asciende a 2,136, que corresponde a una Probabilidad de Paternidad de 99.953202328048%. 2.- Estas cifras corresponden a una certeza de paternidad para la prueba. 3.- Por lo tanto, la paternidad biológica del donante de la muestra codificada como ADN 2007-005-P LUIS EDUARDO MENDOZA BARBER (A) sobre el donante de la muestra codificada como ADN-2007-005-H DANIELA MENDOZA AURICH (C), es demostrada por el análisis realizado. 4.- Según las normas internacionales sobre prueba de ADN para determinación de maternidad, dos o mas alelos que no coinciden entre el supuesto hijo y la supuesta madre son demostración de exclusión de maternidad. La donante de la muestra codificada ADN-2007-005-PM2 JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA (B) NO ES MADRE BIOLÓGICA de la donante de la muestra codificada ADN-2007-005-H DANIELA MENDOZA AURICH (C). 5.- No se ha encontrado exclusión de maternidad. El índice de maternidad acumulado asciende a 1,583'112,135, que corresponde a una Probabilidad de Maternidad de 99.999999968333%. 6.- Estas cifras corresponden a una certeza de maternidad para la prueba. 7.- Por lo tanto, la maternidad biológica de la donante de la muestra codificada como ADN-2007-005-PM1 CARLA MONIQUE SEE AURICH (D) sobre la donante de la muestra codificada como ADN-2007-005-H DANIELA MENDOZA AURICH (C), es demostrada por el análisis realizado.";

Décimo Tercero: Que habiéndose determinado objetiva y científicamente, que la demandante Carla Monique See Aurich tiene la calidad de "madre biológica" lo que la doctrina y la ciencia también la califica como "madre genética" de la citada niña, y doña Jenny Lucero Aurich De la Oliva como "madre sustituta", queda determinar jurídicamente a cual de las dos es considerada como "madre de la menor", aquella que aporó sus óvulos y por ende sus genes para la fecundación de la niña o aquella que albergo en su vientre durante todo la etapa de gestación y alimentó a la niña hasta su nacimiento; Que al respecto la "Ley General de Salud", Ley N° 26842 determina en su Artículo 7° "Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de "madre genética" y de "madre gestante" recaiga sobre la misma persona. ...; A que sin embargo, ¿ como se determina la filiación si las condiciones de "madre genética" y "madre gestante" recaigan sobre diferentes personas?, situación factica que no esta prohibido legalmente, pero tampoco no esta expresamente permitido, y a tenor de lo dispuesto en el Artículo 2° inciso 24 letra a) de la Constitución Política del Estado, que regula el Principio de Reserva, en virtud del cual "Nadie esta obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe."; y por consiguiente considerándose lícita tal conducta, solo nos queda determinar si es amparable la pretensión demandada, considerando que la conducta doña Jenny Lucero Aurich De La Oliva se ha realizado sin fines de lucro, en forma altruista y por amor a su hija Carla Monique See Aurich, como lo afirma en su Declaración de Parte de fojas 414. Que regresando al concepto tradicional, salvo los casos de adopción, "madre solo hay una" la misma que se

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

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

3° Aguado 2014, en la ciudad de Lima
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

ANEXO n.º 8: CASACIÓN Nº 5003-2007 LIMA SOBRE FERTILIZACIÓN IN VITRO Y OTROS

CAS. Nº 5003-2007 LIMA. Lima, seis de mayo del dos mil ocho. **LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA**, vista la causa número cinco mil tres- dos mil siete, en la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

1.- **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por doña Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, contra la Resolución de vista de fojas ciento setentiseis de fecha tres de agosto del dos mil siete, que confirmando la apelada de fojas setenta y siete, de fecha veintitrés de octubre del dos mil seis, declara improcedente su demanda de impugnación de maternidad; con lo demás que contiene.

2.- **FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:** Admitido el recurso de casación, fue declarado procedente mediante auto de fecha catorce de noviembre del dos mil siete, por la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, argumentándose la contravención de los artículos VI del Título Preliminar y 399 del Código Civil; así como del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, pues se encuentran legitimados para impugnar la maternidad extramatrimonial los hermanos, en razón al interés moral que poseen, basta por ello acreditar el interés legítimo, no siendo exigible acreditar daño o afectación conforme lo señala la Sala de Familia; indica que a criterio de la Sala no basta que se acredite la condición familia (hermano-vínculo sanguíneo) para impugnar la maternidad, sino que habría que acreditar la afectación por el supuesto reconocimiento falso, denunciando que esto último no es requisito exigido por la ley; refiere que en virtud a lo dispuesto por el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, la afectación se demuestra con el mismo acto impugnado (reconocimiento falso), hecho que es ajeno e irrelevante a la legitimidad o interés moral para accionar, toda vez que éste es inherente a la condición subjetiva del accionante; señala que sin perjuicio de su argumento relativo a que no es exigible acreditar la afectación o menoscabo para iniciar una acción judicial, sostiene que según el artículo 399 del Código Civil, basta con acreditar interés legítimo, para establecer la existencia de la afectación consubstancial al acto impugnado, por lo que en aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, la Sala debió revocar la apelada, pues aplicando el Derecho, es evidente el daño o afectación moral, psicológico, a corto o largo plazo ocurrido por la misma realización del acto impugnado que resulta de la falsedad de la relación materno filial; por ello sostiene que se interpone la demanda con la finalidad de enervar el reconocimiento de maternidad realizado, por ser ilegal, pues tal reconocimiento de maternidad le concede a la demandada derechos de patria potestad, tenencia y demás derechos inherentes a la sociedad paterno filial, de manera que por el hecho del reconocimiento y el ejercicio de los derechos inherentes a él, el hijo de la recurrente se encuentra evidentemente afectado, pues existe separación entre hermanos de sangre y violación a derechos fundamentales que son propios del *ius sanguina*, tales como el derecho a la identidad, integridad moral, integridad psíquica, libre desarrollo, bienestar, mantenimiento y preservación de los vínculos paterno filiales y fraternales, intimidad familiar, identidad cultural; refiere además, que el interés para obrar es una situación jurídica subjetiva, esto es, la existencia de una situación jurídico procesal en razón a la particular condición del sujeto de derecho, y así ,la acreditación de la afectación del derecho violado, desconocido, o incumplido (como exige la Sala) es consubstancial al momento de la aparición de la irregular situación jurídica acusada, por lo que resulta irrelevante para quien tiene la condición única y particular del vínculo consanguíneo, tener que acreditar afectación para demostrar que posee interés moral para accionar judicialmente; así refiere que el *ius sanguine* "per se" otorga legitimidad para obrar a los hermanos en diversas circunstancias, las que indica con su base legal, señalando en ese sentido que, el hermano tendrá derecho y legítimo interés para impugnar el falso reconocimiento de su hermano.

3.- **CONSIDERANDO: Primero:** La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso se da cuando en el desarrollo del mismo, no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han obviado o alterado actos de procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva, el órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en clara transgresión de la normatividad vigente y de los principios procesales. **Segundo:** De la demanda de fojas cuarenta se aprecia que la recurrente Mónica Cedelinda

Oblitas Chicoma actúa en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, e invocando los artículos 45 y 399 del Código Civil impugna el reconocimiento de maternidad efectuado por

María Alicia Alfaro Dávila respecto de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, argumentando que la demandada no es la madre biológica de dicha menor, pues ella fue inseminada artificialmente con el óvulo de una mujer distinta y se utilizó los espermatozoides del esposo de la recurrente, Custodio Olsen Quispe Condori, sin el consentimiento de éste, mediante la técnica de reproducción asistida denominada "ovodonación", la que no está permitida en nuestro país conforme se colige de lo previsto en el artículo 7 de la Ley General de Salud.

Tercero: Las instancias de mérito han declarado improcedente la demanda, fundamentando su decisión en que la parte demandante no ha acreditado interés económico o moral para ejercer la presente acción, al no demostrar que con el reconocimiento se haya afectado directa o indirectamente al hijo de la demandante, careciendo por ende de interés para obrar. **Cuarto:** El interés para obrar, de acuerdo a la doctrina mayormente aceptada sobre el tema, es la utilidad que para el titular de un derecho subjetivo emana de la tutela jurisdiccional, y según Hugo

Rocco se determina realizando un: "juicio de utilidad, parangonando los efectos de la providencia jurisdiccional requerida con la utilidad que de tal providencia puede seguirse para quien la requiere, respecto de una determinada relación jurídica". **Quinto:** La legitimación procesal es la capacidad de ejercicio, en el proceso, de los derechos civiles; es la aptitud que tiene la persona de obrar directamente en un proceso como parte, defendiendo sus derechos. La legitimidad "ad causam" es la titularidad que tiene la persona respecto del derecho que demanda; es un elemento de procedencia de la pretensión jurídica demandada. En caso queda parte actora no tenga la legitimado ad causam, la acción será, evidentemente, improcedente.

Sexto: Existe interés para obrar procesalmente, cuando la parte actora invoca una utilidad directa, manifiesta y legítima, de índole material o moral, que lo lleve a proteger un derecho mediante el ejercicio de la acción. El juicio de utilidad debe referirse, en cada caso, a los efectos del acto jurisdiccional que se pide, o también en sentido inverso, el perjuicio o daño que pueda causar al actor, la falta del pronunciamiento requerido. En suma, el interés para obrar tiene contenido procesal al significar un presupuesto del derecho de acción y supone un estado de necesidad que se busca sea atendido por el Estado a través del órgano jurisdiccional.

Séptimo: De acuerdo a ello, el menor hijo de la demandante, y en cuyo nombre actúa, Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, es hermano paterno de la menor, que la demandada ha reconocido como su hija, conforme al resultado del examen de ADN, según documento obrante a fojas diez, del que se colige que el padre de ambos menores es Custodio Olsen Quispe Condori, por lo que impugna dicho reconocimiento por las razones que expone, sosteniendo interés legítimo, pues este no concuerda con realidad biológica, existiendo a ese efecto el parentesco consanguíneo. **Octavo:** Por lo tanto, no se trata de acreditar solamente la afectación al recurrente por el reconocimiento, sino el legítimo interés en el pronunciamiento, por su condición de hermanos del menor hijo de la demandante y la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, en la necesidad de que el órgano jurisdiccional decida, respecto al reconocimiento efectuado por la demandada, que se señala transgrede lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley General de Salud, y porque se vulnerarían derechos fundamentales de la citada menor, como su derecho a la propia identidad. **Noveno:** Por último, el interés legítimo a que se refiere el artículo 399 del Código Civil, está referido a una circunstancia de carácter personal, la parte es titular de un interés propio, distinto de cualquier otro, que proyectada al presente caso se encuentra dada por la condición de hermanos, lo que asegura el carácter personal, propio y legítimo del interés; además de ser único respecto a terceros que no se encuentran unidos por un vínculo de parentesco consanguíneo, con las consecuencias que determinan los artículos 475 del Código Civil y 93 del Código de los Niños y Adolescentes que regulan la prelación de los obligados a prestar alimentos, así como la obligación que existe a nivel de hermanos en la protección recíproca sus intereses. **Décimo:** Estando además a lo dispuesto en el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, en cuanto al interés moral.

4.- DECISION: a) Por las consideraciones expuestas, de conformidad con el dictamen fiscal, cuyos fundamentos se reproducen, y estando a lo establecido en el artículo 396 inciso 2° ordinal 2.3 del Código Procesal Civil: Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por doña Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas; en consecuencia **NULA** la resolución de vista fojas ciento setenta y seis de fecha tres de

agosto del dos mil siete; **INSUBSISTENTE** la apelada de fojas setenta y siete, su fecha veintitrés de octubre del dos mil seis. **b) ORDENARON** que el Juez de la causa expida nueva resolución estando a los considerandos precedentes. **c) DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; Interviniendo como Vocal Ponente el Señor Sánchez-Palacios Paiva; y los devolvieron. SS. SANCHEZ- PALACIOS PAIVA, CAROAJULCA BUSTAMANTE, MANSILLA NOVELLA, MIRANDA CANALES, VALERIANO BAQUEDANO **C-237841-372**

ANEXO n.º 9: CASACIÓN Nº 5003-2007 LIMA SOBRE FERTILIZACIÓN IN VITRO Y OTROS