



ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO

**“LA LEGALIZACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERU,
PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS DE LA MUJER
INFERTIL”**

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

AUTOR:

LABAN CRUZ, BETSY

ASESOR

BRIONES JONDEC HOMERO

LINEA DE INVESTIGACION:

CIVIL

TRUJILLO- PERU

2017

DEDICATORIA

A DIOS:

Por haberme permitido guiar con sabiduría en cada momento y poder lograr completar satisfactoriamente cada etapa de este trayecto llamada vida, por todas las oportunidades puestas en el camino, por tu infinito amor, bondad, dándome una familia maravillosa.

Gracias.

A mi madre Victoria

La que ha estado conmigo desde el principio, la mujer que me ha enseñado y ha brindado sus sabios consejos. Gracias por ser el ejemplo de una mujer emprendedora, valiente y trabajadora digna de admiración.

Gracias por tu fortaleza, dedicación y amor.

A mi padre Orlando

Gracias por ser el reflejo de mi constante motivación, por ser un ejemplo de perseverancia, constancia y superación. Por tu esfuerzo incesante para darnos y enseñarnos que todo puede lograrse con honestidad, esfuerzo y humildad.

Gracias.

A mis hermanos:

Alminton y Celina

Por sus consejos y enseñanza y sobre todo por darme día a día ese

empujoncito de salir adelante en las diversas etapas de mi vida.

Gracias.

A mi Alex

Por apoyarme incesantemente en cada paso que doy con sus

consejos, y sobre todo con su inmenso amor.

Gracias.

A mis maestros

Gracias por su tiempo, por su apoyo así como por la sabiduría que me

transmitieron en el desarrollo de mi formación profesional, en especial:

al Mg. Homero Pracedes Jondéc Briones, por haber guiado el desarrollo

de este trabajo y llegar a la culminación del mismo, al Dr. Oscar Salazar

Vásquez por su apoyo ofrecido en los momentos difíciles en este trabajo;

al Dr. Luis León Reynalt por brindar su tiempo para escucharme y

motivarme en ese momento y así como a todos los que me apoyaron en

esta investigación.

La distancia entre la realidad y el derecho, es la misma distancia que media entre el ser y el deber ser, entre lo que la sociedad vive y lo que desea vivir, entre lo que somos y deseamos ser.

María Luisa Balaguer Callejón

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Declaro mediante la presente, que el proyecto de investigación fue realizado únicamente por el autor, dejando de lado algún tipo o naturaleza de plagio, explícitamente el plagio de otro proyecto de investigación, desarrollada o ya presentada anteriormente

Igualmente, dejo constancia que las citas tomadas de otros autores, han sido debidamente reconocidas y referenciadas en el presente trabajo de investigación

Así mismo asumo con firmeza toda la responsabilidad, en cualquier situación que se ubique dentro de esta investigación, datos de proveniencia falsa o en todo caso documentación anexada de manera falsa y me someto a lo establecido de las normas académicas establecidas por la Universidad Cesar Vallejo.

BETSY LABAN CRUZ

DNI: 48168493

PRESENTACIÓN

SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO:

Presento ante ustedes la Tesis titulada: **“LA LEGALIZACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERU, PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS DE LA MUJER INFERTIL”**

Con la finalidad de brindar un aporte teórico y jurídico sobre la maternidad subrogada en nuestro país, analizando los derechos reproductivos y específicamente el derecho a procrear para estructurar las políticas y lineamientos que se prenden brindar, en conformidad con las disposiciones establecidas en el Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad de Derecho de la Universidad César Vallejo de Trujillo, con el propósito de obtener el Título Profesional de Licenciada en Derecho.

Esperando que la presente investigación cumpla con los requerimientos necesarios para su aprobación.

Agradezco por anticipado su valiosa atención, así como la dedicación que le están brindando al análisis de la presente.

La Autora

INDICE

DEDICATORIA	2
I. PROBLEMA DE INVESTIGACION.....	14
1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	14
1.2. TRABAJOS PREVIOS.....	16
1.3. FORMULACION DEL PROBLEMA.....	16
1.4. JUSTIFICACION	16
1.5. HIPOTESIS	17
1.6. OBJETIVOS.....	17
1.6.1. GENERAL	17
1.6.2. ESPECÍFICOS.....	17
II. MÉTODO	18
2.1 DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	18
2.1.1 SEGÚN SU FINALIDAD:.....	18
2.1.2 SEGÚN LA HERRAMIENTA METODOLÓGICA UTILIZADA:	18
2.1.3 SEGÚN EL NIVEL DE INVESTIGACIÓN	18
2.2 VARIABLES DE OPERACIONALIZACIÓN	19
2.3 POBLACION Y MUESTRA	21
2.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE DATOS, VALIDEZ Y CONFIABILIDAD	21
2.4.1 TÉCNICAS	21
2.4.2 INSTRUMENTOS.....	21
2.5 MÉTODOS DE ANÁLISIS DE DATOS.	21
2.5.1 MÉTODO COMPARATIVO.....	22
2.6 ASPECTOS ÉTICOS.....	22
III. MARCO TEÓRICO	23
3.1 CAPITULO I: LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA: LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y LA FECUNDACION IN VITRO HUMANA	23
3.1.1 CONCEPTO:.....	23
3.1.2 INSEMINACION ARTIFICIAL	23
3.1.2.1 INSEMINACION HOMOLOGA (INSEMINACION ARTIFICIAL CONYUGAL).....	23

3.1.2.2	INSEMINACION HETEROLOGA	23
3.1.3	FECUNDACION “IN VITRO”	23
3.1.3.1	FECUNDACION “IN VITRO” HOMOLOGA	24
3.1.3.2	FECUNDACION “IN VITRO” HETEROLOGA	24
3.1.4	VARIACIONES DE LA FECUNDACION “IN VITRO”	24
3.1.4.1	LA TRANSFERENCIA DE EMBRIONES (TE) ,	24
3.1.4.2	LA TRANSFERENCIA INTRATUBARICA DE GAMETOS (TIG)	24
3.1.4.3	LA TRANSFERENCIA INTRATUBARICA DE EMBRIONES (TIE)	24
3.1.4.4	LA INYECCIÓN INTERCITOPLASMÁTICA DE ESPERMATOZOIDE (ICSE)	24
3.2	CAPITULO II: LA MATERNIDAD SUBROGADA	25
3.2.1	ANTECEDENTES:	26
3.2.2	CONCEPTUALIZACION	26
3.2.3	CLASES DE MATERNIDAD SUBROGADA	29
3.2.3.1	TRADICIONAL O GESTACIONAL	29
3.2.3.2	COMERCIAL O ALTRUISTA	30
3.2.4	MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERU	31
3.2.5	PROPUESTAS LEGISLATIVAS REFERENTE A MATERNIDAD SUBROGADA	34
3.2.5.1	PROYECTO DE LEY N° 2003/2012-CR	34
3.2.5.2	PROYECTO DE LEY N° 1722/2012-CR	34
3.2.5.3	PROYECTO DE LEY N° 2839/ 2013- CR	35
3.2.6	LA VALIDEZ DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA	36
3.3	CAPITULO III: LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS	37
3.3.1	ANTECEDENTES	37
3.3.2	DEFINICIONES CLAVES	38
3.3.3	CONTENIDO DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS	40
3.3.4	RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO NACIONAL	47
3.3.5	DERECHO A LA PROCREACION	48
3.3.6	EL CONTENIDO DEL DERECHO O LIBERTAD DE PROCREAR	50
3.3.7	FILIACION	51

3.4	CAPITULO IV: LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL.....	53
3.5	CAPITULO V: LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO	59
IV.	RESULTADOS	61
V.	DISCUSION DE RESULTADOS	61
VI.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	63
6.1	CONCLUSIONES.....	63
6.2	RECOMENDACIONES	64
VII.	REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	65
VIII.	ANEXOS.....	68

RESUMEN

La maternidad subrogada en la actualidad es un tema que representa una gran complejidad, desde su definición conceptual hasta los problemas éticos-jurídicos que se generan. Sin embargo, esta técnica se ha convertido en los últimos años en una posibilidad para aquellas parejas que aun deseando procrear de manera natural no pueden hacerlo debido a que la mujer sufre problemas de infertilidad. Por lo cual esta técnica está orientada a enfrentar la infertilidad de la mujer para garantizar sus derechos reproductivos.

El presente trabajo aborda el tema de la maternidad subrogada en el Perú, a partir de sus antecedentes, marco conceptual, marco normativo y la jurisprudencia nacional asimismo se desarrollan los derechos reproductivos reconocidos y amparados en los textos internacionales de derechos humanos, pues estos constituirán las herramientas que nos permitirán determinar los lineamientos para su regulación en el Perú.

Palabras claves: maternidad subrogada, reproducción asistida, derechos reproductivos

ABSTRACT

Present surrogacy is a subject that represents a great complexity, from its conceptual definition to the ethical-legal problems that are generated. However, this technique has become in recent years a possibility for those couples who even wishing to procreate naturally can not do so because the woman suffers from infertility problems. Therefore, this technique is aimed at facing the infertility of women to guarantee their reproductive rights.

This paper deals with the issue of surrogate motherhood in Peru, based on its background, conceptual framework, normative framework and national jurisprudence. Reproductive rights recognized and protected in international human rights texts are also developed, as these will constitute the tools that will allow us to determine the guidelines for its regulation in Peru.

Keywords: surrogate motherhood, assisted reproduction, reproductive rights

I. PROBLEMA DE INVESTIGACION

1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

El Comité de Derechos Humanos (1990) ha señalado que el derecho a fundar una familia implica la posibilidad de procrear y vivir juntos, entendiéndose que cuando hacemos referencia al término familia, esta debe entenderse, bajo un contexto constitucional, en donde la familia que se protege es una sola, sin importar que su base de constitución sea el matrimonio o la unión de hecho.

Sin embargo esta inclinación natural y humana de procrear, puede frustrarse cuando la mujer sufre problemas de infertilidad es decir esta medicamente imposibilitada de llevar adelante un embarazo.

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS) (2010) señala que la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas”(p.7).

Por lo que ni la técnica de inseminación artificial o la fecundación in vitro funcionarían con ella. Por lo tanto la maternidad subrogada se presenta como el único camino que tienen estas parejas para que puedan constituir una familia.

Sin embargo a pesar de que la Maternidad Subrogada, constituye el único mecanismo para resolver los problemas de infertilidad de la mujer, en el Perú, existe una prohibición tácita de utilizar esta técnica tal como se advierte en lo prescrito en el Artículo 7 de la Ley 26842- Ley General de Salud (1997) señala: *“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”.*

Desde el punto de vista positivo, se establece en primer término que recurrir a la utilización de las técnicas de reproducción asistida es un derecho que tiene toda persona a tratar su infertilidad y procrear mediante las mismas, para lograr su propia

descendencia, siempre y cuando quien aporte el ovulo y lleve consigo la etapa del embarazo sea la misma persona.

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

Los derechos sexuales y Reproductivos son el reflejo del carácter progresivo de los derechos humanos y constituyen una respuesta al avance de la ciencia y la tecnológica, se basan en el reconociendo del derecho básico de todas las personas a decidir de manera libre y responsable el número y espaciamiento de sus hijos y a disponer de la información, la educación y los medios para ello, así como a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.

Por lo tanto no existe la posibilidad de que la mujer infértil pueda hacer efectivo sus derechos reproductivos, específicamente su derecho a procrear mediante las técnicas de reproducción asistida ya que, las mismas solo pueden aplicarse cuando se cumple dicha condición.

A pesar de la falta de datos precisos, se sabe que la maternidad subrogada es una práctica real que ha sido expuesta principalmente a través de fuentes periodísticas. Es un realidad mundial en el cual el Perú no es ajeno e incluso esta situación ha llegado a las máximas instancias Judiciales, en donde frente al hecho consumado es decir el nacimiento del niño, los Magistrados han determinado cuál es su situación jurídica, pero no se ha llegado a cuestionar el método que ha sido utilizado para poder llegar al nacimiento del niño.

Por lo que sigue siendo una realidad que, aun cuando no está legislada, en este caso, merece una respuesta, teniendo en cuenta la jurisprudencia en ausencia de ley que la legisle, y la inexistencia de ley que la prohíba.

1.2. TRABAJOS PREVIOS

- Saldaña Coral (2014) en su trabajo de investigación titulado “*Maternidad subrogada como mecanismo positivo, para resolver problemas de infertilidad en el Perú*”, en su tesis para optar el grado de Abogada en la Universidad Cesar Vallejo de Perú, llega a determinar que los avances de la tecnología y la medicina, permiten que existan figuras como la maternidad subrogada a la cual pueden optar los matrimonios y parejas unidas de hecho, cuando existan causas de infertilidad que no le permitan formar una familia.

- Callatasig Chisaguano (2015) en su trabajo titulado “Propuesta para la regulación jurídica de la Maternidad Subrogada” para optar el grado de abogado en la Universidad Regional Autónoma de los Andes “UNIANDES” de Ecuador, llega a determinar que la regulación de la maternidad subrogada en el derecho ecuatoriano es importante, porque así se puede respetar el derecho de cada persona de tomar decisiones libres y responsables y a fundar una familia.

1.3. FORMULACION DEL PROBLEMA

De acuerdo a la realidad problemática esbozada anteriormente, el problema identificado es el siguiente:

¿Debe regularse la Maternidad Subrogada a fin de garantizar los Derechos Reproductivos de las mujeres con problemas de infertilidad?

1.4. JUSTIFICACION

Mediante el presente trabajo de investigación se pretende dar un aporte teórico y jurídico sobre la Maternidad Subrogada y así contar con elementos de juicio, para estructurar las políticas y lineamientos necesarios que permitan la solución de los problemas que se ocasionan por la falta de regulación legal sobre el tema.

Dicho estudio pretende aportar a la sociedad, una fuente de beneficios entre los cuales van desde los conocimientos necesarios sobre la maternidad subrogada, hasta los conocimientos jurídicos que comprende los derechos que les pueden ser afectados.

A fin de garantizar la seguridad jurídica, tutela y protección de estos derechos que se encuentran vulnerados nos referimos a los derechos reproductivos de la mujer infértil y específicamente al derecho de procreación. Asimismo se evitaría una serie de conflictos que en la actualidad se han venido judicializándose, en donde se requiere de un proceso judicial para determinar el vínculo jurídico del niño con sus progenitores, quedando librado a criterio del juez quien será considerada madre del niño.

1.5. HIPOTESIS

Debe regularse la maternidad subrogada, para garantizar los derechos reproductivos de las mujeres que sufren problemas de infertilidad, porque es el único medio para hacer efectivo su derecho a procrear.

1.6. OBJETIVOS

1.6.1. GENERAL

Determinar si debe regularse la maternidad subrogada aun cuando la maternidad de la madre gestante y biológica no recaiga en la misma persona.

1.6.2. ESPECÍFICOS

- Analizar los Derechos Reproductivos
- Analizar el Derecho a Procrear
- Determinar si el artículo 7° de La Ley General de Salud, realmente prohíbe la maternidad subrogada.
- Analizar la posición de la jurisprudencia nacional, referida a la maternidad subrogada.

II. MÉTODO

2.1 DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

2.1.1 SEGÚN SU FINALIDAD:

Es teórica, debido a que se fundamenta en base a conocimientos y posturas teóricas, orientándose a conocer y descubrir nuevos conocimientos para la resolución de problemas.

2.1.2 SEGÚN LA HERRAMIENTA METODOLÓGICA UTILIZADA:

Es cualitativa, dado que se encargara de presentar y describir la realidad de la maternidad subrogada y los derechos reproductivos de las mujeres infértiles.

2.1.3 SEGÚN EL NIVEL DE INVESTIGACIÓN

Descriptiva, porque se encargará de identificar a cada una de las variables de estudio.

2.2 VARIABLES DE OPERACIONALIZACIÓN

Las variables que se presentan dentro de esta investigación son las siguientes:

Variables	Definición Conceptual	Definición Operacional	Dimensiones	Indicadores	Escala de medición
VI: Maternidad subrogada	Según Sánchez (2010): <i>La gestación por sustitución o maternidad subrogada se define como la práctica por la que una mujer acepta aportar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de, una vez llevado a término el embarazo, entregar al recién nacido al comitente o comitentes, renunciando aquella a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo gestado. Se trata de un procedimiento basado en técnicas de reproducción asistida</i>	Se analizara como desarrollan la regulación de la maternidad subrogada en Brasil.	Objetividad	Análisis de los documentos del derecho comparado.	Nominal

	<i>tradicionales (inseminación artificial [IA] o fecundación in vitro [FIV], [...]) (P.8)</i>				
<p>VD:</p> <p>Garantizar los derechos reproductivos de las mujeres con problemas de infertilidad</p>	<p>Según La convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW):</p> <p><i>“Son aquellos derechos humanos que todo ciudadano, varón o mujer sin importar su condición social, raza, religión, edad, estado civil u opción sexual tiene al ejercicio pleno, libre y responsable de su sexualidad centrada o no en su procreación”.</i></p>	<p>Un estudio de los derechos reproductivos en el derecho comparado</p>	<p>Objetividad</p>	<p>Análisis del contenido de los derechos reproductivos.</p>	<p>Nominal</p>

2.3 POBLACION Y MUESTRA

Atendiendo a la naturaleza de la investigación, que es de carácter CUALITATIVO, no se requiere precisar y contar con población y muestra, principalmente porque la finalidad de la presente investigación es determinar si debe regularse la maternidad subrogada en el Perú aun cuando la maternidad de la madre gestante y biológica no recaiga en la misma persona, a partir de analizar su contenido desde un aspecto doctrinario y jurisprudencial.

2.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE DATOS, VALIDEZ Y CONFIABILIDAD

2.4.1 TÉCNICAS

- **Análisis de documentos:** Este instrumento nos va dirigir a absorber la información necesaria. En primer orden analizare el tratamiento que otorga la Ley General de Salud- Ley 26842 referente a las técnicas de reproducción asistida y su reglamento, el código civil peruano, también se revisara la legislación de Brasil y México en relación al tratamiento de la maternidad subrogada, tratados internacionales suscritos por el Perú referente a los derechos reproductivos, asimismo se analizara la posición de la jurisprudencia nacional respecto de la maternidad subrogada.

2.4.2 INSTRUMENTOS

- **Guía de documentos:**
Los derechos fundamentales, la Ley General de Salud, la Constitución Política del Perú, El código Civil, artículos científicos, legislación internacional, tratados internacionales, serán los principales documentos que analizaremos.

2.5 MÉTODOS DE ANÁLISIS DE DATOS.

2.5.1 MÉTODO COMPARATIVO

Comparar información recolectada del derecho comparado mediante un objetivo y responsable para poder determinar si debe regularse la maternidad subrogada en nuestro país.

2.6 ASPECTOS ÉTICOS

La información presentada en el presente trabajo es veraz, pudiendo ser verificable con las fuentes consultadas y con los datos que serán recogidos en la realidad, asimismo se ha citado de acuerdo a los lineamientos APA.

III. MARCO TEÓRICO

3.1 CAPITULO I: LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA: LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y LA FECUNDACION IN VITRO HUMANA

3.1.1 CONCEPTO:

Las técnicas de reproducción asistidas- TERAS tal como se les ha reconocido en la Declaración de Mónaco, sobre bioética y derechos del niño, son métodos supletorios no alternativos. Supletorios, pues buscan superar una deficiencia biosíquica que impide a la pareja tener descendencia cuando otros métodos han fracasado

Estas técnicas de fecundación asistida deben ser receptadas por el ordenamiento jurídico como técnicas que ayudan a solucionar un problema de infertilidad.

Por lo cual resulta oportuno indicar que existen dos tipos de TERAS: Inseminación Artificial y la Fecundación in Vitro

3.1.2 INSEMINACION ARTIFICIAL

La inseminación artificial, es una técnica de reproducción asistida que consiste en la fecundación del ovulo a través de ayuda instrumental que permite introducir el semen en la vagina de la mujer. Existen dos tipos de inseminación artificial:

3.1.2.1 INSEMINACION HOMOLOGA (INSEMINACION ARTIFICIAL CONYUGAL)

Es la que se practica con semen del cónyuge o concubino.

3.1.2.2 INSEMINACION HETEROLOGA.

Se practica con el semen de un donante no vinculado a la mujer receptora por vínculo matrimonial o concubinato.

3.1.3 FECUNDACION “IN VITRO”

La fecundación in vitro consiste en la unión del espermatozoide y el ovulo en un laboratorio para luego ser implantado en las entrañas de la madre para dar lugar a la gestación.

Existen dos tipos de fecundación in vitro:

3.1.3.1 FECUNDACION "IN VITRO" HOMOLOGA.

Del mismo modo que la inseminación artificial homóloga, los doctrinarios reconocen la fecundación "*in vitro*" interconyugal u homóloga como aquella que se realiza con componentes genéticos (espermatozoides y óvulos) provenientes del varón y de la mujer de la pareja ligada por vínculo matrimonial o *more uxorio*.

3.1.3.2 FECUNDACION "IN VITRO" HETEROLOGA.

La fecundación in vitro será heteróloga cuando se hace uso de óvulos de una mujer distinta a la esposa, de esperma de un tercero o de óvulos y esperma de terceros.

3.1.4 VARIACIONES DE LA FECUNDACION "IN VITRO"

Según VARSÍ ROSPIGLIOSI (2013, p. 406) la fecundación in vitro presenta variantes como:

3.1.4.1 LA TRANSFERENCIA DE EMBRIONES (TE),

Es el método por el cual se coloca el cigoto directamente en la pared uterina.

3.1.4.2 LA TRANSFERENCIA INTRATUBARICA DE GAMETOS (TIG)

Que consiste en colocar los gametos masculinos y el femenino en la trompa de Falopio, es decir, en su lugar natural a fin que sea allí donde se realice la concepción;

3.1.4.3 LA TRANSFERENCIA INTRATUBARICA DE EMBRIONES (TIE)

Es una combinación de la TE y la TIG, en la que se practica la fecundación in vitro, pero el embrión se transfiere directamente a la trompa de Falopio, no al útero, permitiendo un crecimiento y una anidación más natural;

3.1.4.4 LA INYECCIÓN INTERCITOPLASMÁTICA DE ESPERMATOZOIDE (ICSE)

Es una técnica que busca la fecundación del ovulo sólo con un espermatozoide. En este procedimiento se selecciona, prepara e introduce solo un espermatozoide (predeterminado) en el ovulo, lográndose una fecundación total y absolutamente dirigida.

3.2 CAPITULO II: LA MATERNIDAD SUBROGADA

3.2.1 ANTECEDENTES:

Si bien la maternidad subrogada se nos presenta como una figura de la modernidad, lo cierto es que sus primeros antecedentes datan desde la antigüedad. Desde el Código del Rey Hammurabi creado en Mesopotamia en 1750 a.C. cuyas leyes enumeradas del 144 al 147, establecían que la mujer estéril que quería tener hijos debía dar una esclava a su marido con fines de procreación, perdiendo así el marido a repudiar a su esposa. Si la esclava no daba hijos del esposo a su ama, esta podía venderla y cuando la esclava daba hijos al señor, no podía este último tomarla como concubina. Y si la mujer principal no daba hijos al marido, ni le proporcionaba esclava para tenerlos, el marido podía tomar una concubina y recibirla en su casa como esposa, pero no de la misma categoría que la mujer principal.

En la India, de acuerdo con las leyes de Manu, prescribía que la mujer estéril se reemplazaba al cabo de ocho años. Y en el antiguo testamento cuando Sarah frustrada por su incapacidad para procrear insto a su esposo Abrahán a tener relaciones sexuales con su sierva egipcia, Agar. De esta manera su hijo ishmael nació.

Posteriormente, el primer acuerdo de maternidad subrogada documentado se llevó a cabo en 1976. Dicho acuerdo fue patrocinado por el abogado Noel Keane quien creó en Michigan la Surrogate Family Service inc. Cabe resaltar que los primeros casos de maternidad subrogada (tradicional), la gestante aportaba los óvulos y la gestación debido a que se realizaba mediante la Inseminación Artificial. A partir de la aparición de la Fecundación in Vitro en el año 1978 el panorama cambió. Es así que el primer caso de maternidad subrogada (gestacional) reportada en el mundo ocurrió en 1984.

3.2.2 CONCEPTUALIZACION

La Real Academia de la Lengua Española define, de forma bastante escueta la maternidad como “f. Estado o cualidad de madre”.

Jurídicamente la maternidad tiene la naturaleza de un hecho jurídico, relacionado con la reproducción del ser humano, del cual surgen derechos y obligaciones. Tal como señala el artículo 409° del Código Civil, la madre gestante tiene a su favor la

presunción de maternidad cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo. Es decir, el hecho objetivo del parto, debidamente probado, atribuye ipso iure la maternidad.

El concepto de maternidad, lleva implícito profundas connotaciones. La más extendida quizás sea la de entender que la maternidad forma parte de la esencia femenina y que por tanto, la condición de mujer se identifica con la de madre.

Coincidimos con Aguilar, Emilio (2010) cuando afirma que la maternidad debe ser entendida como un estado propio de la mujer, fruto de un proceso biológico o de una adopción. Sin embargo en la actualidad, el progreso científico y especialmente el desarrollo de técnicas de reproducción asistida han dado origen a nuevas representaciones sociales de la maternidad, así como figuras jurídicas que ponen de manifiesto un cambio en los parámetros tradicionales que definen este concepto (p.178).

Es así que la doctrina ha utilizado diversos términos como gestación por sustitución, maternidad subrogada, , alquiler de útero, maternidad portadora, entre otras nomenclaturas que hacen referencia a la solicitud que se hace a una mujer para gestar en su vientre a un hijo que será de quien lo haya solicitado, evidenciando una realidad que se torna cada vez más común y que representa una alternativa de solución a la maternidad y/o paternidad de personas o parejas que se ven impedidas de concebir y/o gestar por ellos mismos. (López y Aparisi, 2012, p.257).

En esta misma línea, Sánchez Rafael (2010) señala:

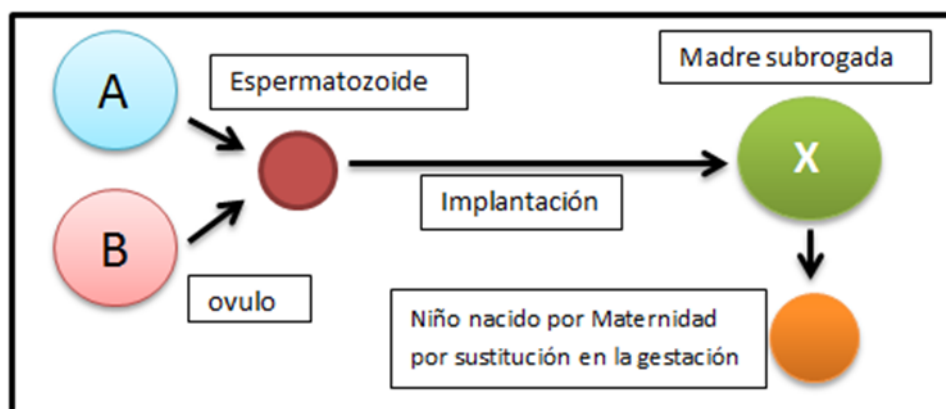
La gestación por sustitución o maternidad subrogada se define como la práctica por la que una mujer acepta aportar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de, una vez llevado a término el embarazo, entregar al recién nacido al comitente o comitentes, renunciando aquella a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo gestado. Se trata de un procedimiento basado en técnicas de reproducción asistida tradicionales (inseminación artificial [IA] o fecundación in vitro [FIV], [...] (p.8)

Desde el punto de vista de Arambula Alma (2008), no sería correcta la denominación de maternidad subrogada en aquellos casos en los que la mujer gestante conceda, no solo su vientre, sino también aporta sus óvulos para la gestación de un niño en favor de otra mujer o de una pareja. En ese orden de ideas la autora señala lo siguiente:

En este supuesto, el uso del término madre subrogada a pesar de ser descriptivo de las circunstancias que le dan origen la maternidad por cuenta de terceros es equivoco, ya que en realidad esta mujer, es la madre a todos los efectos, y no puede sustituir a quien en realidad no lo es. (p. 45)

De manera que la verdadera subrogación presupone que el embrión es ajeno, esto es que ha sido implantado en una mujer que no ha aportado sus óvulos para la procreación [...] (p.36-37).

La siguiente figura ilustra lo señalado.



En consecuencia la mujer que acepte ser inseminada con el material genético del esposo o pareja de la mujer subrogante y que además contribuye con sus propios óvulos para lograr un embarazo, no debería ser considerada madre subrogada, ya que como se verá, la maternidad genética coincide con la condición de madre gestante, condiciones que según lo expuesto anteriormente, no se ajusta al concepto de subrogación.

No obstante la “Maternidad subrogada”, no está libre de críticas, algunos autores mantienen la inadecuación del mismo para incluir los supuestos en los que hay

aportación genética de la madre portadora, mientras otros afirman que el término “maternidad” engloba una realidad mucho más extensa que a la referida a la gestación.

Tal como lo señala el Informe de Investigación N° 71/2014-2015 elaborado por el área de Servicios de Investigación del Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria, en el Perú no existe consenso alguno en la denominación, ni el concepto de aquel acto que tiene por objeto solicitar o encargar la concepción de un hijo en un vientre que no le pertenece necesariamente a la portadora del material genético con el fin de que ese niño sea posteriormente entregado a quien o quienes lo encargaron. Dicha situación, obedece fundamentalmente a las implicancias éticas, psicológicas, religiosas, jurídicas y socioculturales que desencadena dicha práctica, lo cual obstaculiza la unificación de la nomenclatura, así como la convergencia de criterios y componentes que la definen.

Sin embargo la maternidad subrogada, es una técnica de reproducción asistida (TRA) que comprende tanto a la mujer que es madre genética y gestacional a la vez, como a la madre únicamente gestacional.

3.2.3 CLASES DE MATERNIDAD SUBROGADA

3.2.3.1 TRADICIONAL O GESTACIONAL

La gestación subrogada puede variar en función de dos aspectos principales

- Procedencia de óvulos: tradicional o gestacional.
- Compensación a la gestante: comercial o altruista.

Dependiendo de la procedencia de los óvulos podemos clasificar la maternidad subrogada en parcial o completa:

➤ Parcial o lineal

Se refiere al supuesto en donde la gestante es la madre biológica o genética del embrión. Es una subrogación de baja tecnología, ya que la gestante proporciona su

propio ovulo, no siendo necesario la fecundación in vitro sino la TRA sería la inseminación artificial.

➤ **Completa o total**

La madre subrogada tan solo aporta la gestación y dará a luz al bebe que será biológicamente hijo de los padres intencionales.

3.2.3.2 **COMERCIAL O ALTRUISTA**

➤ **Gestación subrogada comercial**

La gestante recibe un pago por el embarazo además de los gastos derivados del mismo. Y en algunos países es obligatorio el pago de seguro de vida para la gestante subrogada, seguro de vida para el recién nacido y seguro de salud que incluya este tipo de TRA.

➤ **Gestación subrogada altruista**

La gestante no recibe ningún tipo de pago más allá del reembolso de los gastos derivados del embarazo tales como la ropa del gestante, revisiones médicas, alimentación específica, viajes al hospital entre otros. En esta modalidad la madre gestante acepta llevar a cabo dicho procedimiento por lazos de amor, parentesco, o amistad de la pareja solicitante.

Al respecto Enrique Varsi (2013) menciona que la maternidad subrogada puede realizarse de innumerables formas.

➤ **Madre portadora**

La mujer genera óvulos, pero tiene una *deficiencia uterina o física* que le impide gestar por lo que debe buscar una mujer 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 trigeneracion humana: 1) aporte de espermatozoides del marido, 2) aporte de ovulo de su mujer y 3) la madre gestante es una tercera.

➤ **Madre sustituta**

La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir, hay *deficiencia ovárica y uterina* 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 progeneración humana: 1) espermatozoide del marido y 2) inseminación en tercera mujer.

➤ **Ovodonación**

La mujer tiene una deficiencia ovárica, no genera óvulos, pero si puede gestar por lo que necesita una mujer que solo ceda óvulos. Es un caso de maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) espermatozoides del marido, 2) ovulo de una mujer cedente y 3) gestación de la mujer. La madre procreante no es la misma que la gestante.

➤ **Embriodonación**

Llamada también embriocesión. Se da cuando el problema es de infertilidad completa en la pareja. La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir hay deficiencia ovárica y uterina y el hombre es infértil por lo que deben buscar un cedente de esperma y una mujer que ceda su ovulo o sea fecundada y termine el proceso de gestación. Este proceso puede ocasionar un caso de multigeneración humana cuando el marido y la mujer son infértiles; el embrión es de una pareja cedente; el embrión es gestado por una tercera mujer o por la cedente del ovulo. (p. 442-446)

Es así que en la actualidad es viable que hasta cinco mujeres puedan ser madres participando, indistintamente en el proceso biológico y sociojurídico de gestar un hijo.

3.2.4 MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERU

En el Perú no existe un ordenamiento jurídico especializado que regule las técnicas de reproducción asistida y al revisar la legislación nacional podemos encontrar en la Ley General de Salud (Ley 26842), en su artículo 7° una cuestionada norma relativa a la reproducción asistida que dispone:

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.

Del texto citado puede advertirse primero que las técnicas que reproducción asistida es un derecho que tiene toda persona a tratar su infertilidad y procrear mediante las mismas, siempre y cuando el elemento genético de la madre coincida con su condición de gestante. Sin embargo, la referida norma sanitaria, no contempla consecuencia jurídica alguna, sea positiva o negativa, en el caso en que no se de la identidad entre madre genética y madre gestante.

En general podríamos decir que la redacción de la norma es deficiente, lo cual ha generado innumerables debates en torno a las técnicas de reproducción asistida especialmente la maternidad subrogada. En el Perú no existe una prohibición explícita a la fecundación extracorpórea con ovulo cedente (ovodonación), a la transferencia de embrión ajeno (embriodonacion o embriocesion) y a los servicios de maternidad subrogada (maternidad portadora).

Supuestamente solo existe un presupuesto limitativo para que no se realicen este tipo de técnicas, pero no hay una prohibición expresa. Lo único que puede afirmarse es que el artículo 7° de la ley general de salud no regula más supuestos que la madre gestante comparta carga genética con su bebe.

Cabe resaltar que las prohibiciones no pueden interpretarse de manera analógica, deben estar claramente establecidas, tipificadas de lo contrario vulneraria el principio contenido en el párrafo a) del inciso 24 del artículo 2° de la Constitución en tanto “*nadie está obligado hacer lo que la ley no manda ni impedido hacer lo que ella no prohíbe*”, por lo que dicha práctica se encuentra permitida, al no encontrarse prohibición alguna en la norma sanitaria. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que el principio de Legalidad exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino

también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones.

Mediante la casación N° 4323-2010- Lima, del 11 de agosto de 2011, la sala civil permanente de la corte suprema de justicia dejo establecido, en aquel momento, que el artículo 7 de la Ley General de Salud no prohíbe la ovodonacion, que no es un procedimiento ilícito, constituyendo más bien un vacío normativo y jurisprudencial. Estos procedimientos solo representan restricciones éticas, pues contrarían a instituciones jurídicas como el parentesco, la filiación, el ejercicio natural del derecho reproductivo pero como actos médicos, carecen de sanción penal.

El Código Civil y la Ley General de Salud no se han pronunciado sobre la madre sustituta en donde la mujer acepta ser inseminada con material genético del cónyuge o pareja de otra mujer. Aquí como se verá, se cumple el supuesto de hecho que establece en el artículo 7 de la Ley General de Salud, es decir la condición de madre gestante y madre genética recae sobre misma mujer, situación fáctica que no está prohibida legalmente.

Finalmente es importante señalar que La Ley General de Salud, fue promulgada el 20 de julio de 1997, bajo un contexto social distinto al que enfrentamos actualmente, en donde quizás la utilización de las técnicas de reproducción asistida no representaban un desafío como lo es hoy en día.

Pese a ello nos encontramos bajo los parámetros de una ley desfasada en el tiempo, que enfrenta situaciones que escapan de su realidad.

Es así que, en los fundamentos del contenido y alcances del proyecto de La Ley General de salud, se señala que no se prohíbe la reproducción asistida pero se imponen límites para cautelar la dignidad de las personas, evitando la práctica abusiva de las TERAS por lo que se exige que la identidad entre madre genética y madre biológica, lo cual descarta la posibilidad de recurrir a una madre sustituta, lo cual solo pareciera un simple exhorto por parte del legislador para evitar como hace referencia, la practica indiscriminada de dicha técnica.

3.2.5 PROPUESTAS LEGISLATIVAS REFERENTE A MATERNIDAD SUBROGADA.

El Congreso de la República del Perú, ha venido proponiendo a través de sus diferentes bancadas diversos proyectos de ley en aras de regular la reproducción asistida, entre los cuales cabe mencionar los siguientes:

3.2.5.1 PROYECTO DE LEY N° 2003/2012-CR

Proyecto de Ley propuesto por el grupo Parlamentario Concertación Parlamentaria, representada por el Congresista de la Republica Elías Nicolás Rodríguez Zabaleta, en el periodo de gobierno 2011-2016.

Este proyecto de ley propone modificar el artículo 7 de la Ley General de Salud, referida al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Esta modificación según se advierte en el artículo 7 de la propuesta legislativa se refiere a lo siguiente:

Artículo 7°.- “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad. Los miembros de un matrimonio o concubinato que tengan problemas de infertilidad pueden procrear mediante el uso de las técnicas de reproducción humana asistida heteróloga y en especial la maternidad subrogada, deben ser autorizadas por el juzgado de familia y/o mixto del domicilio de los solicitantes, debiendo adjuntar a su solicitud de autorización el informe médico del especialista que indique que la única forma de procrear no se opta por otras técnicas. El proceso de autorización de uso de técnicas de reproducción humana asistida se tramita como proceso no contencioso.

3.2.5.2 PROYECTO DE LEY N° 1722/2012-CR

Proyecto de Ley propuesto por el grupo Parlamentario Nacionalista Gana Perú, representada por el Congresista de la Republica Tomas Zamudio Briceño, en el periodo de gobierno 2011-2016.

Este proyecto de ley propone regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, así como la utilización de gametos y embriones humanos crio conservados.

Un extracto del citado proyecto de Ley la cual en su artículo 10°, referido a la maternidad subrogada establece:

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

3.2.5.3 **PROYECTO DE LEY N° 2839/ 2013- CR**

Proyecto de Ley propuesto por el grupo Parlamentario Solidaridad Nacional, representada por el Congresista de la Republica Vicente Antonio Zeballos Salinas, en el periodo de gobierno 2011-2016.

Este proyecto de ley propone modificar el artículo 7 de la Ley 26864 Ley General de Salud, referida al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Esta modificación según se advierte en el artículo 7 de la propuesta legislativa se refiere a lo siguiente:

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

La maternidad sustituta parcial y altruista, se realiza con el aporte del material genético femenino y con el gameto masculino para su concepción, mediante la fecundación in vitro de la concepción de su propio hijo, cuyo embrión será implantado en el vientre de la mujer que aceptara de manera altruista la gestación del nuevo ser.

3.2.6 LA VALIDEZ DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA

En el Perú, la doctrina nacional concuerda en afirmar que los contratos de maternidad subrogada son nulos, por ser contrarios a la moral y a las buenas costumbres, conforme el artículo V del título preliminar vigente.

Al respecto, Varsi (2013), señala que:

La maternidad subrogada es un acto jurídico ilícito y dicho carácter se da porque es un acuerdo contrario a la moral y las buenas costumbres, su objeto es física y jurídicamente imposible, tiene un fin ilícito, atenta contra el orden público, pues se comercializa con el cuerpo humano y constituye un fraude a la institución a la adopción. (p.435)

Si en el Perú se realizara un contrato de esta naturaleza, no sería válido, pues si bien no está expresamente prohibido, el artículo 7 de la Ley General de Salud (Ley 26842), indica que se permite la reproducción asistida siempre y cuando la condición de madre genética y gestante recaiga sobre la misma persona.

3.3 CAPITULO III: LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS

3.3.1 ANTECEDENTES

La primera conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán de 1968 señaló que el derecho a la reproducción era un derecho de los padres. Posteriormente en la Conferencia de Población de Bucarest (1974) se especificó que se trata de un derecho de las parejas e individuos.

Sin embargo no fue sino hasta la conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo (1994), donde se rompe con el esquema de las conferencias anteriores de priorizar con las preguntas cuantos somos y donde estamos, lo cual constituyo un cambio en el enfoque puramente demográfico de las políticas de población y desarrollo.

En el plan de acción de El Cairo al igual que en la IV conferencia Mundial de la Mujer, en Beijing se afirmó que:

Los Derechos Reproductivos abarcan ciertos Derechos Humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre Derechos Humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos, y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de Salud Sexual y Reproductiva. También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de Derechos Humanos. En el ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos debe ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia.

El Programa de Acción de la CIPD, y la Plataforma de Acción de Beijing reconocen los Derechos Sexuales y Reproductivos como Derechos Humanos, por lo que afirman como una parte inalienable, integral e indivisible de los Derechos Humanos universales.

3.3.2 DEFINICIONES CLAVES

Las siguientes son definiciones clave en relación con la salud sexual y reproductiva y reproductiva derechos compatibles con el Programa de Acción de la CIPD, la Plataforma de Acción de Beijing y otras fuentes internacionales.

<p>Salud Reproductiva</p>	<p>La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Implícito en esta última condición son: los derechos de los hombres y las mujeres para estar informadas, tienen acceso a seguro, efectivo y asequible y métodos aceptables de planificación familiar, incluidos métodos para regulación de la fertilidad, que no están en contra de la ley; y el derecho de acceso a servicios de atención médica adecuados para permitir que las mujeres tengan un embarazo y un parto seguros y proporcionar a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos.</p>
----------------------------------	--

<p>Atención de la salud reproductiva</p>	<p>La atención de la salud reproductiva, se define como la constelación de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud reproductiva y bienestar al prevenir y resolver problemas de salud reproductiva.</p> <p>La atención de la salud reproductiva incluye la atención de la salud sexual, la cuyo propósito es la mejora de la vida y las relaciones personales, y no meramente el asesoramiento y la atención relacionados con la reproducción y enfermedades de transmisión sexual</p>
<p>Derechos reproductivos</p>	<p>Los derechos reproductivos, abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en leyes nacionales e internacionales, en los documentos internacionales de derechos humanos y otros documentos de consenso. Estos derechos descansan en el reconocimiento de los derechos básicos de todas las parejas e individuos para decidir libre y responsablemente el número, espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos y de los medios para ello y el derecho alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho a tomar decisiones relativas a la reproducción sin discriminación, coacción y violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos.</p>

<p>La salud sexual</p>	<p>La salud sexual, según la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS, es un estado de bienestar físico, emocional y social en relación con la sexualidad. Cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual.</p>
-------------------------------	--

3.3.3 CONTENIDO DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS

La indefinición de los derechos sexuales y reproductivos proviene de que en los textos internacionales, estos derechos no son conceptualizados en cuanto tales sino que son definidos en función de otros derechos (derecho a la salud, derecho al libre desarrollo de la personalidad). Así cuando a nivel doctrinal; algunos autores se refieren a estos derechos como contenido de los derechos reproductivos.

Autoras como Alda Facio(2008), que señala que el contenido de los derechos reproductivos son doce derechos: el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho a la libertad, seguridad e integridad personales, el derecho a decidir el número e intervalo de hijos, el derecho a la intimidad, el derecho a la igualdad y a la no discriminación, el derecho al matrimonio y a fundar una familia, el derecho al empleo y la seguridad social, el derecho a la educación, el derecho a la información adecuada y oportuna, el derecho a modificar las costumbres discriminatorias contra la mujer, el derecho a disfrutar del progreso científico y a dar su consentimiento para ser objeto de experimentación.(p. 24-28)

Sin embargo debido al dinamismo inherente a la teoría y práctica de los derechos humanos, el universo de los derechos reproductivos se está ampliando constantemente. Por esta razón para el análisis de los derechos que forman el universo de los derechos reproductivos, según el Instituto Interamericano de Derechos

Humanos se ha delimitado, este universo en los siguientes doce derechos humanos fundamentales ya reconocidos en instrumentos internacionales, regionales y nacionales. En estos derechos se incluyen:

➤ **El derecho a la vida.**

El derecho a no morir por causas relacionadas con el parto y el embarazo.

➤ **El derecho a la salud.**

Este derecho humano incluye el derecho a la salud reproductiva. La salud reproductiva fue definida en el programa de Acción del Cairo como un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Implícito en esta última condición son: los derechos de los hombres y las mujeres para estar informadas, tienen acceso a seguro, efectivo y asequible y métodos aceptables de planificación familiar, incluidos métodos para regulación de la fertilidad, que no están en contra de la ley; y el derecho de acceso a servicios de atención médica adecuados para permitir que las mujeres tengan un embarazo y un parto seguros y proporcionar a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos.

Por lo tanto si el derecho a la salud reproductiva es parte del derecho a la salud, es evidente entonces que el derecho a la salud reproductiva está garantizado por varios tratados internacionales.

Es más, el **Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas- ONU**, desarrolla los alcances de este derecho al dejar establecido que el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud no solo se refiere a la ausencia de afecciones y enfermedades y del derecho a la atención médica, sino que ese derecho abarca, además la atención de la salud sexual y **reproductiva**, los factores determinantes básicos de la salud sexual y reproductiva.(Observaciones Generales N° 14 del 2000 y N° 22 del 2016, fundamento 11 y 7, respectivamente)

Añade el **Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** que:

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

En ese orden de ideas, podemos concluir mencionando que toda persona que tuviera problemas en su salud reproductiva tiene derecho a tomar el tratamiento médico adecuado para su padecimiento y, además, a tomar otras acciones informadas y libres vinculadas a ese ámbito de su salud.

➤ **El derecho a la libertad, seguridad, e integridad personales:**

Este derecho se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 3 como el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de su persona.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos está consagrado en el artículo 9 también como el derecho a la libertad y a la seguridad personal y en la Convención Americana de Derechos Humanos está consagrado en el artículo 5 como el derecho a la integridad personal que incluye el derecho a no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes que a su vez incluye el derecho a estar libres de violencia basada en el sexo y el género, que a su vez incluye el derecho a vivir libre de la explotación sexual.

➤ **El derecho a decidir el número e intervalo de hijos:**

Este derecho, conocido como el derecho a la autonomía reproductiva, está explícitamente reconocido en el artículo 16 de la CEDAW, que indica que todas

las mujeres tienen el 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 a los medios que les permita ejercer estos derechos”**. También está reconocida en su artículo 3° de la declaración Universal y en el artículo 7° de la convención Americana como el derecho a la libertad que incluye, obviamente, la libertad de decidir cuantos (as) y cuando tener hijos(as).

Una reciente resolución de La Organización Mundial de la Salud, establece que la “autonomía reproductiva no sólo incluye el derecho a decidir el número y espaciamiento de los hijos, sino que también incluye el derecho a realizar un plan de procreación con asistencia médica o de una partera reconocida, en un hospital o en un ambiente alternativo

➤ **El derecho a la intimidad**

Este derecho incluye el derecho de toda mujer a decidir libremente y sin interferencias arbitrarias, sobre sus funciones reproductivas.

En este sentido la Corte Constitucional de Colombia señala que: *“la injerencia injustificada sobre este tipo de decisiones (referidas al ejercicio de los derechos reproductivos) trae consigo la limitación en el ejercicio de otros derechos fundamentales como la libertad y la autodeterminación, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar y el derecho a conformar una familia (Sentencia T-375, 2016, fundamento 5 y sentencia T-528 de 2014, fundamento 5.1).*

En ese sentido, este derecho es violado cuando el Estado o los particulares interfieren en el derecho de la mujer a tomar decisiones sobre su cuerpo y su capacidad reproductiva.

Es importante mencionar que La Comisión Europea de Derechos Humanos ha sostenido que las decisiones que cada persona tome sobre su cuerpo, y particularmente las decisiones sobre su capacidad reproductiva, recaen en la esfera privada de cada individuo.

En esa misma lógica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resalta que: “la efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para

la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona” de donde concluye la corte que “... la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres...” (Caso Artavia Murillo contra Costa Rica, Sentencia del 28 de noviembre de 2012, párrafo 143).

Dentro de este escenario, “el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer este derecho (párrafo 146).

➤ **El derecho a la igualdad y a la no discriminación**

Este derecho incluye el derecho a la no discriminación en la esfera de la salud reproductiva. Constituye uno de los pilares fundamentales de los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional y se encuentra reconocido en casi todos los tratados internacionales de derechos humanos: El artículo 2 de La Declaración Universal, los Arts. 2 y 3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 2 y 3 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 1 de la Convención Americana establecen explícitamente la protección a este derecho pero el principio de igualdad entre mujeres y hombres está implícito en todos los demás.

Sin embargo La Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación (CEDAW), es la que de manera comprehensiva elabora y amplía la noción de discriminación por sexo y establece la obligación de los Estados de garantizar la igualdad ante la ley. Esta convención define, en su artículo 1, la discriminación contra la mujer como la “distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”

➤ **El derecho al matrimonio y a fundar una familia**

Este derecho incluye el derecho de las mujeres a decidir sobre cuestiones relativas a su función reproductora en igualdad y sin discriminación, así como a su derecho a contraerlo o no matrimonio. De acuerdo con las normas de derechos humanos, el derecho al matrimonio implica el derecho a contraerlo libremente y a fundar una familia, a disolverlo y a tener capacidad y edad para prestar el consentimiento.

Asimismo la CEDAW, en su artículo 16 y la Recomendación General 21 de su Comité también establecen este derecho. Y en cuanto al derecho a fundar una familia la Observación General 19 del CDH ha señalado que la vida en común y la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia. Asimismo, en la Recomendación 21 ha establecido: “Los Estados Parte deberían velar por que conforme a sus leyes, ambos padres, sin tener en cuenta su Estado civil o si viven con sus hijos, compartan los derechos y las obligaciones con respecto a ellos en pie de igualdad. Las obligaciones de la mujer de tener hijos y criarlos afectan a su derecho a la educación, al empleo y a otras actividades referentes a su desarrollo personal, además de imponerle una carga de trabajo injusta. El número y espaciamiento de los hijos repercuten de forma análoga en su vida y también afectan su salud física y mental, así como la de sus hijos. Por estas razones, la mujer tiene derecho a decidir el número y el espaciamiento de los hijos que tiene (...) La decisión de tener hijos, si bien de preferencia debe adoptarse en consulta con el cónyuge y el compañero, no debe, sin embargo, estar limitada por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno (...) Estos derechos deben garantizarse sin tener en cuenta el Estado civil de la mujer”.

➤ **El derecho al empleo y la seguridad social**

Este derecho incluye el derecho a la protección legal de la maternidad en materia laboral, el derecho a trabajar en un ambiente libre de acoso sexual y el derecho a no ser discriminada por embarazo. Este derecho incluye el derecho a no ser despedida por causas de embarazo, así como el derecho a la protección de la maternidad en materia laboral y el derecho a no sufrir discriminaciones laborales por embarazo o maternidad.

➤ **El derecho a la educación**

Este derecho incluye el derecho a la educación sexual y reproductiva así como el derecho a la no discriminación en el ejercicio y disfrute de este derecho.

El derecho a la educación ha sido reconocido internacionalmente en varios tratados internacionales, tales como la Declaración Universal artículo 26, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 13 y 14 y la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 28. De manera particular, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha establecido que la educación es un derecho humano en sí mismo y a su vez es indispensable para el disfrute de otros derechos humanos, y de manera particular desempeña un papel esencial en el empoderamiento de la mujer dentro de la sociedad.

➤ **El derecho a la información adecuada y oportuna**

Este derecho incluye el derecho de toda persona a que se le brinde información clara sobre su Estado de salud, sus derechos y responsabilidades en materia de sexualidad y reproducción y acerca de los beneficios, riesgos y efectividad de los métodos de regulación de la fecundidad y sobre las implicancias de un embarazo para cada caso particular. Se encuentra regulado en varios textos internacionales, incluyendo el artículo 19 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

En la plataforma de Acción del Cairo, en el capítulo VII, se establecen varias medidas que deben ser tomadas por los Estados en relación con este derecho entre las que se encuentra la elaboración de programas innovadores para que todos los adolescentes y hombres adultos tengan acceso a información, asesoramiento y servicios de salud reproductiva que incluyan la educación para el hombre sobre su obligación de compartir las responsabilidades de la planificación de la familia y las labores domésticas de prevenir las enfermedades de transmisión sexual.

➤ **El derecho a modificar las costumbres discriminatorias contra la mujer**

Este derecho se encuentra prescrito en el artículo 2 de la CEDAW, inciso f y g. Así como en el inciso a) del artículo 5 y también en el artículo 24 inciso 3 de la Convención sobre los derechos del Niño y por supuesto, incluye el derecho a

modificar las costumbres que perjudican la salud reproductiva de las mujeres y las niñas.

➤ **Del derecho a disfrutar del progreso científico y a dar su consentimiento para ser objeto de experimentación.**

Este derecho está consagrado en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y por supuesto, en la Declaración de la ONU sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en teres de la paz y en beneficio de la humanidad. Incluye el derecho a disfrutar del progreso científico de la humanidad. Incluye el derecho a disfrutar del progreso científico en el área de la reproducción humana, así como el derecho a no ser objeto de experimentación en esta área, derecho que esta explícitamente contemplado en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en el artículo 7.

Los derechos reproductivos asociados al derecho a disfrutar del progreso científico, especialmente los relacionados con la manipulación genética y fecundidad artificial tendrán que ser desarrollados con mucha atención a las desigualdades de género, raza, etnia, clase, etc., ya que las nuevas tecnologías reproductivas pueden dar cabida a muchos tipos de abusos, especialmente a las mujeres más pobres.

Ante el desafío de como poder utilizar los avances científicos para mejorar la calidad de vida y la salud reproductiva, especialmente de las mujeres, sin crear aún más formas de discriminación y violencia en su contra o sin negar la autonomía reproductiva y dignidad de las mujeres, la solución bien puede encontrarse en los derechos humanos. El marco de los derechos humanos puede ayudar a encontrar un equilibrio entre la dignidad de la persona humana y el avance científico que ha ayudado a miles de parejas a procrear.

3.3.4 RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO NACIONAL.

El estado peruano no ha manifestado de manera expresa el reconocimiento de los derechos reproductivos en la normativa constitucional, sin embargo si establece una

serie de derechos intrínsecamente relacionados, como es el derecho a la salud, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad personal, entre otros.

Asimismo la constitución señala que los tratados y acuerdos internacionales suscritos por el Perú no solo forman parte del derecho nacional sino que los derechos y libertades que ella reconoce deben ser interpretados conforme a estas normas supranacionales.

3.3.5 DERECHO A LA PROCREACION

El derecho a procrear integra el grupo de los llamados derechos humanos de segunda generación, fundados en el principio de autodeterminación, agrupando los llamados derechos sexuales y reproductivos, reconocidos por primera vez en la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo de 1994 y en la IV Conferencia Mundial de la Mujer en 1995, las cuales afirman que:

Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos, y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencias, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos.

En los países del Common law, la jurisprudencia y la doctrina han mostrado gran importancia en el reconocimiento de este derecho. En suma, los Tribunales de Estados Unidos han reconocido en su jurisprudencia la categoría de derecho fundamental del *right to reproduce* como expresión del *right to personal privacy* y de la libertad personal.

En el Perú, la Constitución en su artículo 6° reconoce la libertad de procreación cuando señala “que si bien la política nacional de Población a cargo del estado tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables, en una clara alusión al control natal, reconoce que el derecho **a decidir corresponde a las familias, a las personas.**”

Asimismo el artículo 7 de la Ley General de Salud dispone el derecho a procrear mediante el uso de las técnicas de asistida con ciertas limitaciones:

“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”.

En este sentido, si una persona decide tener hijos, y no puede hacerlo por medios naturales, se puede alcanzar dicho fin, a través de las técnicas de reproducción asistida, invocando el derecho a la salud, teniendo en cuenta lo señalado por el Comité de derechos económicos, sociales y culturales de la organización de Naciones Unidas- ONU que el derecho a la salud no solo se refiere a la ausencia de afecciones y enfermedades y el derecho a la atención médica, sino que este derecho abarca además la atención de la salud sexual y reproductiva esta última hace referencia a la capacidad de reproducirse y la libertad de tomar decisiones libres, informadas y responsables. Por lo que desde cierta perspectiva la procreación asistida deriva de un derecho a la salud.

El derecho a la procreación o el derecho a decidir, se entiende como aquella facultad de la persona para procrear con quien quiera, cuando quiera y de la forma que mejor prefiera, por lo tanto las técnicas de reproducción asistida se configuran como un modo alternativo a la procreación normal. Es un derecho que está profundamente vinculado con otros derechos fundamentales, como son el derecho a la vida, a la integridad física y a la libertad.

Es importante mencionar la jurisprudencia norteamericana, el célebre caso de Baby M en la sentencia, el juez de la Corte Superior de Nueva Jersey señala que en el ámbito del derecho a procrear no solo comprende la protección de la decisión de cuando procrear, sino que también se extiende a la decisión sobre el cómo ejercer dicha libertad. De este modo el Tribunal Superior estableció que el derecho a procrear incluía el recurso a la fecundación mediante la unión sexual y a la realizada mediante técnicas de reproducción asistida, entre ellas la maternidad subrogada.

En efecto J.A Robertson afirma que el hecho de carecer de la capacidad natural de tener hijos, no habilita para suponer la negación de este derecho; agrega que es

perfectamente posible incluir dentro del derecho a procrear cualquier medio necesario para obtener la procreación, entre ellos la maternidad subrogada.

Por otro lado no podemos confundir el derecho a la procreación con el derecho al hijo, o lo peor con el derecho a tener el hijo a toda costa, cueste lo que cueste, más bien esta voluntad de querer tener un hijo puede encuadrarse como una manifestación del libre desarrollo de la personalidad.

En esa misma lógica, la corte interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo contra Costa Rica, resalta que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres.

El Tribunal Constitucional Peruano considera que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, encuentra reconocimiento en el artículo 2°, inciso 1 de la constitución, que refiere que toda persona tiene derecho a “su libre desarrollo”, pues si bien en este precepto no se hace mención expresa al concreto ámbito que libremente el ser humano tiene derecho a desarrollar, es justamente esa apertura la que permite razonablemente sostener que se encuentra referido a la personalidad del individuo, es decir, a la capacidad de desenvolverla con plena libertad para la construcción de un propio sentido de vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros seres humanos.

Como bien se afirmó en la citada sentencia, “el derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres. (...). Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra.”

3.3.6 EL CONTENIDO DEL DERECHO O LIBERTAD DE PROCREAR

El derecho a procrear debe ser entendido como una libertad que reconoce, protege y garantiza la autonomía física y de voluntad de las persona; tiene un aspecto positivo que consiste en la decisión de procrear ya sea por la vía natural o por medio de las técnicas de reproducción asistida así como la libre elección de la persona y el momento de hacerlo y uno negativo que comprende la decisión del sujeto de rechazar su propia procreación, así como cualquier interferencia estatal o de terceros en el ejercicio de la capacidad de procrear según Marín Vélez, Gustavo (2005, p. 63-64)

Sin duda, estas dos dimensiones hacen concluir que el ejercicio de este derecho comprende no solo el medio natural, sino también los métodos artificiales de reproducción, entre los cuales podría integrarse la maternidad subrogada.

En ese sentido JOSE ANTONIO SOUTO PAZ (2011), menciona que el contenido de este derecho no podrá ser la procreación efectiva, sino la libertad de disposición de las potencialidades propias ordenadas a la procreación, independientemente de su resultado final. En sentido positivo, el ejercicio de este derecho supondrá la ordenación de la actividad sexual a la reproducción de acuerdo con las pautas de la naturaleza o *bien acudir al recurso de las técnicas de reproducción asistida*; en sentido negativo, el ejercicio de este derecho abarcara desde la abstinencia sexual hasta la limitación reproductiva de la actividad sexual mediante el uso de los procedimientos preventivos de la natalidad legalmente admitidos. (p.340)

3.3.7 FILIACION

La filiación en sentido genérico es aquella que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes y, en sentido estricto, es el vínculo jurídico entre padres e hijos que establece una relación de sangre y de derecho entre ambos. Normalmente tiene como presupuesto determinante el vínculo biológico (filiación por naturaleza), pero puede encontrarse su fuente en la ley (filiación por adopción).

Sin embargo esta noción de filiación presenta alteraciones con dos variables principales:

- Los cambios sociales, y
- El impacto biotecnológico

Mientras la adopción y la igualdad de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio son consecuencia de variantes sociales, la incorporación de la prueba genética del ADN y las técnicas de reproducción asistida son resultado de la incidencia de la biotecnología en el ámbito jurídico según ADRIANA N. KRASNOW(2005,P.1458)

Existen dos formas de filiación tradicionales: por naturaleza derivado de la procreación, y por adopción donde el vínculo nace sin depender de hecho biológico.

Sin embargo se observa en la actualidad un cambio notable. Las modernas legislaciones han abandonado las calificaciones de hijo para discutir las calificaciones de madre/padre (gestante, genético o biológico, volitivo o por elección, etc.) conforme su grado de participación en el proceso procreativo. Esta situación se origina por la colisión entre la realidad biológica y la así llamada “voluntad procreacional”, distinguiéndose las intenciones de solidaridad, lo que viene complicándose con la maternidad subrogada.

En la maternidad subrogada, la madre legal no necesariamente es madre biológica, porque actualmente es posible que hasta cinco mujeres puedan ser madres participando indistintamente en el proceso biosociojuridico. Según VARSÍ (2013, pg. 434) estas son:

- Madre genética, madre que aporta el ovulo
- Madre biológica, madre que gesta
- Madre biogenética, que enriquece con su material genético.
- Madre legal, quien adopta
- Madre social, quien cría al niño

En el ámbito nacional, los procesos judiciales de maternidad subrogada, tienen un factor en común, determinar quién es la madre del niño pues se produce todo un desbarajuste al generarse un sin número de variables filiatorias como consecuencia de la utilización de la técnica de maternidad subrogada.

La doctrina nacional se basa en que la maternidad se fundamenta en dos principios: la maternidad se prueba por el hecho del parto (art. 409 del Código Civil) y la calidad de madre genética y gestante deben recaer sobre la misma persona (art. 7 de La Ley General de Salud).

Sin embargo la tendencia actual es que el aporte de la ciencia genética en la determinación biológica de la paternidad con el ADN se aplica exclusivamente a la filiación por naturaleza (procreación natural); mientras la voluntad y el afecto (socioafectividad) son la base para la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida.

En ese orden de ideas, la madre del niño nacido mediante las técnicas de reproducción asistida específicamente la maternidad subrogada, debería ser la madre quien ha deseado tenerlo.

En suma, es importante mencionar que la doctrina norteamericana respecto al derecho a la procreación que desvincula la unión sexual y del factor biológico, ha dado origen a una importante corriente doctrinal que defiende la existencia de una nueva concepción de los vínculos parentales basados en el afecto y en el deseo de tener descendencia, lo cual permite explicar la atribución de la paternidad o la maternidad a favor de quienes recurren a las técnicas de reproducción asistida.

3.4 CAPITULO IV: LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Como ya se ha mencionado líneas arriba, el artículo 7° de La Ley General de Salud no prohíbe expresamente la maternidad subrogada, solo existe una suerte de exhortación en donde la condición de madre genética y gestante debe recaer sobre la misma persona. Sin embargo la práctica de la maternidad subrogada es una realidad que nos rodea y que va cobrando mayor incidencia en nuestro país. Es así que se han venido judicializando los casos de maternidad subrogada en las máximas instancias judiciales del Perú.

De esta manera se han venido desarrollando la siguiente jurisprudencia respecto de la maternidad subrogada:

CASACION N° 5003-2007- LIMA

El caso una impugnación de maternidad, llega a la Sala Civil Permanente de la corte Suprema vía recurso de casación, tras ser declarado improcedente en primera instancia. Ello por entender que la accionante no ostentaba legitimidad procesal, quien demandaba en representación del supuesto interés legítimo de su hijo menor de edad, medio hermano de la menor cuya filiación es puesta en discusión.

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 efecto, 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 ella fue inseminada artificialmente con el ovulo de una mujer distinta y el esperma del esposo de la demandante, el señor Custodio Olsen Quispe Condori sin el consentimiento de este. Por ello el menor O.F.Q.O sería hermano paterno de la menor A.B.A.D., conforme al resultado del ADN.

Ante los hechos expuestos y debidamente acreditados la sala resolvió lo siguiente:

Fundado el recurso de casación, en consecuencia nula la resolución que declara improcedente la demanda y ordena que el juez de la causa expida nueva resolución.

En virtud de los hechos descritos de la breve pero compleja sentencia, se evidencia la falta de normativa en torno a estas técnicas de reproducción asistida, en donde queda librado a criterios de los jueces determinar quién es la madre legal de la menor, pues de existir una ley especial o normas complementarias nacionales, los jueces no solo recurrirían a lo establecido en el artículo 7° de la Ley General de Salud, en donde cuya sala considero que la técnica utilizada por la demandada estaba prohibida.

EXPEDIENTE JUDICIAL N° 183515-2006-00113

El caso versa sobre una impugnación de maternidad que reconoce su origen en una subrogación materna.

Antecedentes:

La Sra. Carla Monique See Aurish y el Sr. Luis Eduardo Mendoza Barber (su esposo), deseaban tener hijos, pero debido a la enfermedad que padecía la señora Carla Monique no podía concebir ya que ponía en riesgo su propia vida. 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 el artículo 7° de la Ley General de Salud no prohíbe la técnica de la maternidad subrogada, y por consiguiente considerándose lícita tal conducta, solo le queda determinar si es amparable la pretensión demandada. Considerando que la conducta de doña Jenni Lucero Aurish de Oliva (abuela de la menor) se ha realizado **sin fines de lucro, en forma altruista y por amor a su hija**. Por lo cual se amparó la pretensión demandada.

CASACION N° 563-2011

El caso una adopción por excepción, llega a la Sala Civil Permanente de la corte Suprema vía recurso de casación, tras haber sido declarada fundada la demanda de adopción por excepción en primera instancia.

Antecedentes:

La señora Dina Felicitas Palomino Quicaño y don Giovani Sansone, interponen demanda de adopción civil por excepción de la niña Vittoria Palomino Castro contra la señora Zenaida Castro Muños, argumentando como fundamentos de hecho que la niña cuya adopción solicitan es hija de don Paul Frank Palomino Cordero, quien a la

vez es hijo de José Palomino Quicaño, hermano de la co demandante Dina Felicitas Palomino Quicaño.

Durante el inicio del trámite del proceso, este se llevó a cabo sin ningún problema, incluso los demandados se allanaron y reconocieron la demanda en su totalidad. Sin embargo Durante el proceso se llegó a determinar que el demandante Giovani Sansone era padre biológico de la menor, y consecuentemente la demandada se desiste del proceso de adopción, sin embargo este no tuvo lugar.

La sala confirmo la sentencia que declaro fundada la demanda bajo los siguientes fundamentos:

- Que los demandados entregaron voluntariamente a la niña, a los días de nacida a los pre- adoptantes renunciando y desentendiéndose de sus responsabilidades que como padre y madre tenían con su hija.

- Que se ha determinado que el señor Giovani Sansone, es el progenitor de la niña Vittoria Palomino Castro, confluyendo en su persona una doble calidad como padre bilógico y como pre-adoptante, además se ha demostrado que la niña se encuentra identificada con el entorno familiar constituido por los demandantes.

- Que se ha determinado que la demandante Zenaida Castro Muños, se sometió a un proceso de inseminación artificial en donde apporto su material genético para procrear a la niña, con la intención de mejorar su situación económica para viajar a Italia con su familia por lo que su actuar ha estado motivado por interés económico lo que dista totalmente de los sentimientos de padres, por lo que en atención al Interés Superior del Niños y el Adolescentes se declara INFUNDADO el recurso de casación.

EXPEDIENTE JUDICIAL N° 6374-2016-0-1801-JR-CI-05

El 4 de mayo de 2016, los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Vereau así como la sociedad conyugal integrada por Fausto Cesar Lazaro Salecio y Evelyn Betzabe Rojas Urco, interpusieron en representación propia y de los menores de iniciales L.N.N.R Y C.D.N.R, demanda de amparo contra RENIEC.

Hechos del caso

La sociedad conyugal conformada por Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Vereau, decidieron recurrir a las TERAs específicamente a la maternidad subrogada debido a que la señora Ballesteros no podía quedar embarazada. Para ello, se procedió a la fecundación in vitro, con el ovulo de una donante anónima, y con el consentimiento de los señores Lázaro Rojas, se transfirieron los únicos dos embriones fecundados al útero de la Sra. Rojas, para ello suscribieron un acuerdo privado de útero subrogado, manifestando su acuerdo de voluntades.

Como resultado de este procedimiento, en noviembre de 2015 nacieron los menores de iniciales L.N.N.R Y C.D.N.R. Pese a lo declarado por los demandantes, los menores fueron consignados como hijos de la Sra. Rojas (por ser quien los alumbró) y del Sr. Nieves, dado que se aceptó la declaración de la señora Rojas en el sentido de que el padre no era el Sr. Lázaro, su esposo.

Posteriormente, se iniciaron dos procedimientos de rectificación de acta de nacimiento (se declare al Sr. Nieves como padre de los menores) y rectificación (en el sentido que se declare a la señora Ballesteros como la madre de los menores). Tras ello, el RENIEC declaró **improcedentes** ambas solicitudes formuladas por los demandantes.

El juzgado consideró que, al estar involucrados el derecho a la identidad de los menores y el principio de interés superior del niño, así como los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la vida íntima y familiar y los derechos sexuales y reproductivos, de los demandantes adultos, la demanda contenía materia con relevancia constitucional que podía ser atendida en vía de amparo. Respecto al caso concreto, estimó que le tocaba decidir si los demandantes A.N.B.V. y F.D.N.R. debían ser considerados madre y padre de los menores.

Respecto al uso de la reproducción asistida, el juez Hugo Velásquez Zavaleta menciona lo explicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo v. Costa Rica*, en el sentido de que el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho, lo que incluye el derecho a beneficiarse de las técnicas de reproducción asistida. Por ello recalco que para la Corte IDH no deben existir restricciones

desproporcionadas e innecesarias para que las personas ejerzan sus decisiones reproductivas.

En consecuencia, afirmó que el derecho a la salud reproductiva, sumado a los derechos a la autodeterminación y privacidad, reconoce la potestad fundamental de las mujeres para que, de manera informada, se asista de las técnicas científicas que existan para ser madres. A esta situación no solo pueden llegar con el apoyo tecnológico disponible, sino que, en algunos casos, con la cooperación adicional y necesaria de terceras personas (por ejemplo, los casos de maternidad subrogada, comúnmente conocido como “vientre de alquiler”).

Si la normativa del Estado peruano no proscribiera el uso de técnicas médicas para la concepción y la formación de una familia y si la normativa convencional acepta tal alternativa como una manera legítima de ejercer los derechos a la salud reproductiva, autodeterminación y privacidad, entonces no existen razones para que el Estado peruano desconozca la validez o el resultado del ejercicio del uso de métodos de reproducción asistida. Es decir, el juez consideró no existen razones para negar la condición de madre de la demandante A.N.B.V. y de padre del demandante F.D.N.R. (quién aportó los espermatozoides).

Adicionalmente, el juez se pronunció sobre la regulación de las técnicas de reproducción asistida en el ordenamiento jurídico peruano. Resaltó que el artículo 7 de la Ley General de Salud señala lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos”.

Al respecto, entendió que esta norma no puede interpretarse en el sentido de que otros supuestos de reproducción asistida, no previstos en ella, estén proscribidos. Lo

único que puede afirmarse es que el artículo 7 de la Ley General de Salud solo regula los supuestos en los que la madre gestante comparte carga genética con su bebé.

La decisión final

Por todo lo anterior, el juzgado decidió declarar fundada la demanda de amparo, anulando las actas de nacimiento de los menores en cuestión, imponiendo el pago de costos y ordenando al Reniec que inscriba, en el plazo de dos días, como madre, a A.N.B.V. y, como padre, a F.D.N.R.

3.5 CAPITULO V: LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO

En el ámbito internacional existe poca uniformidad en el tratamiento jurídico de la maternidad subrogada, mientras algunos países la prohíben otros la admiten bajo ciertos requisitos y solo cuando es altruista.

Los países que mantienen la postura de admitir la maternidad subrogada como una práctica legal son:

BRASIL

A pesar que no existe una ley específica que prohíba expresamente la maternidad subrogada, se puede realizar de forma altruista según la **Resolución del Consejo Federal de Medicina N°2.121/2015** determina que en ciertas situaciones se permite la utilización de la gestación subrogada.

Sobre la gestión de sustitución (donación temporal del útero)

Las clínicas, centros o servicios de reproducción asistida pueden utilizar técnicas de RA para crear la situación identificada como gestación de sustitución, siempre que

exista un problema médico que impida o contraindique la gestación en la donante genética o en caso de unión homoafectiva.

- Las donantes temporales del útero deben pertenecer a la familia de uno de los socios en parentesco consanguíneo hasta el cuarto grado (primer grado - madre, segundo grado - hermana / abuela; tercer grado - tía; cuarto grado - prima). Los demás casos están sujetos a la autorización Consejo Regional de Medicina.
- La donación temporal del útero no podrá tener carácter lucrativo o comercial.
- En las clínicas de reproducción asistida, los siguientes documentos y observaciones deberán en el prontuario del paciente:
 - Término de consentimiento libre y esclarecido informado firmado por los pacientes y por la donadora temporal del útero, contemplando aspectos biopsicosociales y riesgos involucrados en el ciclo gravídico-puerperal, así como aspectos legales de la filiación;
 - Informe médico con el perfil psicológico, atestiguando adecuación clínica y emocional de todos los involucrados;
 - Término de Compromiso entre los pacientes y la donadora temporal del útero (que recibirá el embrión en su útero), estableciendo claramente la cuestión de la afiliación niño;
 - Garantía, por parte de los pacientes contratantes de servicios de RA, de tratamiento y acompañamiento médico, incluso por equipos multidisciplinarios, si es necesario, a la madre que donará temporalmente el útero, hasta el puerperio;
 - Garantía del registro civil del niño por los pacientes (padres genéticos), debiendo ésta la documentación debe proporcionarse durante el embarazo;
 - Aprobación del cónyuge o compañero, presentada por escrito, si la donante temporal del útero está casada o vive en unión estable.

IV. RESULTADOS

Los resultados se han obtenido de acuerdo a los objetivos planteados y a la hipótesis planteada en la investigación, utilizando para ello material bibliográfico y linkografico además de análisis jurisprudencial y doctrinario con el propósito de determinar si debe regularse la maternidad subrogada aun cuando la maternidad de la madre gestante y biológica no recaiga en la misma persona.

V. DISCUSION DE RESULTADOS

Los derechos reproductivos tal como ha quedado establecido de acuerdo a los documentos internacionales de derechos humanos engloban un abanico de derechos entre ellos el derecho a fundar una familia, el derecho a la vida privada, el derecho a la salud reproductiva, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, etc.

Todos estos derechos amparan el libre ejercicio de las parejas a decidir sobre su capacidad de reproducirse o procrear y la libertad de decidir libremente como y cuando hacerlo.

Tal como señala el Dr. Hugo Velásquez Zabaleta juez del quinto juzgado especializado en lo constitucional de Lima, mediante la sentencia recaída en el expediente 06374- 2016.

El derecho a la salud reproductiva, sumado a los derechos a la autodeterminación y privacidad reconocen la potestad fundamental de las mujeres para que de manera informada asistirse de las técnicas científicas que existan para acceder a la condición de madre. Situación a la que pueden llegar no solo con el apoyo tecnológico disponible, sino que, en algunos casos, con la cooperación adicional y necesaria de terceras personas como es el caso de la Maternidad Subrogada comúnmente conocido como vientre de alquiler.

Si la normativa del Estado peruano no proscribe el uso de técnicas médicas para la concepción y, en su caso, para la formación de una familia, y, si más bien la normativa convencional sí reconoce tal alternativa como una manera

legítima de ejercer los derechos a la salud reproductiva, autodeterminación y privacidad, entonces, no existen razones para que el Estado peruano desconozca la validez o el resultado del ejercicio del uso de métodos de reproducción asistida.

Podemos observar que en la jurisprudencia peruana, los magistrados se orientan bajo un sistema de control posterior al nacimiento del niño con el objeto de legitimar la filiación a favor de los padres progenitores o padres intencionales, sin embargo le otorga a la madre gestante la facultad de definir el curso del proceso, conservando la regla tradicional de establecimiento de la maternidad (*mater Semper certa est*).

Por lo cual debe regularse la maternidad subrogada para garantizar los derechos reproductivos de las mujeres infértiles bajo un sistema de evaluación anticipada en donde se exigirán el cumplimiento estricto de ciertos requisitos a los que se someterán las partes para poder recurrir a la maternidad subrogada.

Tal como lo señala Lamm (2012) es un sistema más radical. Es protector frente a incertidumbres jurídicas y los cambios psicológicos o de parecer y si bien no garantiza la inexistencia de futuras controversias, por lo menos restringe o las hace más manejable (p.16)

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1 CONCLUSIONES

- En el Perú, no existe un marco normativo explícito que regule la maternidad subrogada, ni para declararla nula, ni para admitirla. A pesar de ello es una práctica real que siempre ha existido en nuestra sociedad y que en las últimas décadas se ha presentado con mayor protagonismo. Esta situación se explica en razón de las controversias que pueden llegar a suscitarse por la utilización de esta técnica y sobre todo porque han llegado hasta las máximas instancias judiciales, lo que demuestra la necesidad de una urgente respuesta.
- A través de los proyectos de ley presentados en el Congreso de la República del Perú, que buscan regular la maternidad subrogada y las sentencias emitidas por los órganos judiciales sobre esta técnica, se puede determinar que no existe unanimidad terminológica ni conceptual respecto del acto mediante el cual una mujer acepta gestar un hijo por encargo de otra mujer que no necesariamente es la madre genética con el fin de que una vez que nazca sea entregado a quienes lo encargaron. Por lo tanto la maternidad subrogada puede ser el resultado de la utilización de la inseminación artificial como de la fecundación in vitro.
- La práctica de este método se debe basar en un acto altruista, sin mediar un interés económico por medio.

6.2 RECOMENDACIONES

- El uso de la maternidad subrogada no debe convertirse en una forma natural para tener hijos, si no que como toda técnica de reproducción asistida presenta el carácter de supletoriedad. En otras palabras solo una mujer podrá recurrir a esta técnica si es que hay un problema de infertilidad.
- Se hace necesario la dación de una ley que regule la maternidad subrogada, bajo ciertos parámetros y condiciones a fin de garantizar los derechos de los demás.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ARAMBULA, A. (2008) Maternidad Subrogada. Centro de Documentación Información y Análisis. Dirección de Servicios de Investigación y Análisis. Subdirección de Política Exterior. Cámara de diputados del Congreso de la Unión. México. Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>

AGUILAR, E. (2010). Contrato de arrendamiento del vientre de la mujer. Una mirada de la norma constitucional colombiana. Grupo de investigación Justicia Constitucional. Cartagena, Colombia. Recuperado de http://www.unilibre.edu.co/cartagena/pdf/investigacion/libros/derecho/CONTRATO_DE_ARRENDAMIENTO.pdf

CALLATASIG, H (2015). *Propuesta para la regulación de la maternidad subrogada* (tesis para obtener el título de abogada). Universidad Regional Autónoma de los Andes, Ecuador. Recuperado el 1 de julio de 2017, de <http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/2383/1/TUAAB119-2015.pdf>

Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (CIPD). (1994). el Cairo. Recuperado de http://www.un.org/popin/icpd/newslett/94_19/icpd9419.sp/1lead.stx.html

FACIO, A (2008) *los derechos reproductivos son derechos humanos*. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/24841.pdf>

Informe de la Cuarta Conferencia Mundial Sobre la Mujer (1995). Beijing. Recuperado del <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>

Ley General de Salud (1996). Ley N° 26842. Perú: Diario Oficial el Peruano. Recuperado el 3 de julio de 2017, de

<http://www.minsa.gob.pe/renhice/documentos/normativa/Ley%2026842-1997%20-%20Ley%20General%20de%20Salud%20Concordada.pdf>

LOPEZ, J. y APARISI, A. (2010) Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada. Universidad de Navarra, España.
<https://es.scribd.com/document/363405410/PROBLEMATICA-ETICA-Y-JURIDICA-MATERNIDAD-SUBROGADA-pdf>

OMS. Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el international committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), Red latinoamericana de Reproducción Asistida, 2010. Recuperado el 1 de julio de 2017, de http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1

PROYECTO DE LEY N° 2003/2012-CR. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/847082c44b030dbb05257b2b00812815/\\$FILE/PL02003110313.PDF](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/847082c44b030dbb05257b2b00812815/$FILE/PL02003110313.PDF)

PROYECTO DE LEY N° 1722/ 2012-. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/abd986bc87c6f8bd05257ab70071aae/\\$FILE/PL01722151112.PDF](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/abd986bc87c6f8bd05257ab70071aae/$FILE/PL01722151112.PDF)

PRYECTO DE LEY N° 2839/2013-CR. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2013/com2013salud.nsf/0/5bc11be1fcd74d3405257c3600675b79/\\$FILE/PL_2839.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2013/com2013salud.nsf/0/5bc11be1fcd74d3405257c3600675b79/$FILE/PL_2839.pdf)

SALDAÑA, k (2014). *Maternidad subrogada como mecanismo positivo, para resolver problemas de infertilidad en el Perú* (tesis de Licenciatura). Universidad Cesar Vallejo de Perú, Universidad Cesar vallejo, Trujillo, Perú.

- SANCHEZ, Rafael (2010) “La Gestación por sustitución: Dilemas éticos y jurídicos”. HUMANITAS. Humanidades Médicas. Recuperado de <http://www.iatros.es/wp-content/uploads/humanitas/materiales/TM49.pdf>
- SOUTO, J. (2011). *El derecho de libertad de creencias*. Buenos aires: Marcial Pons
- VARSÍ, E. (2013). *Derecho Genético: principios generales* (5ª ed.). Perú: Grijley
- VELEZ, M. (2005). El Arrendamiento de vientre en Colombia. Recuperado de [file:///C:/Users/Betsy/Downloads/Dialnet-ElArrendamientoDeVentreEnColombia-5238023%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Betsy/Downloads/Dialnet-ElArrendamientoDeVentreEnColombia-5238023%20(1).pdf)
- KRASNOW, A. “La filiación y sus fuentes en el Proyecto de Reforma Código Civil y comercial 2012 en argentina”. Recuperado de <http://www.indret.com/pdf/1029.pdf>

VIII. ANEXOS

PROYECTO DE LEY

PROYECTO DE LEY QUE REGULA LA MATERNIDAD SUBROGADA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Somos hoy testigos del gran desarrollo y avance de las Técnicas de Reproducción Asistida en sus diferentes variantes y clases, pero también somos testigos del gran impacto que estas han generado en el campo del derecho.

Precisamente una de las técnicas de reproducción asistida que más dudas genera en el ámbito ético-jurídico es la maternidad subrogada. Esta se caracteriza porque una mujer acepta la obligación de ser gestante mediante cualquiera de las técnicas reproductivas científicas (inseminación artificial o fecundación in vitro), entregando al niño al momento de su nacimiento o dentro de un término prudencial.¹

Entre otras definiciones que se encuentran para esta técnica Sánchez señala que es la práctica por la que una mujer acepta aportar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de, una vez llevado a término el embarazo, entregar al recién nacido al comitente o comitentes, renunciando aquella a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo gestado.²

Esta práctica también la podemos considerar como una expresión de la autonomía de la voluntad, ya que se trata de una decisión libre de adultos que conviene gestar un hijo, cumpliendo así el deseo de fundar una familia y ayudar al prójimo. Por lo no deja de ser algo similar a las donaciones de órganos que se hacen desde el punto de vista altruista.

1 Revista de Derecho y Genoma Humano. Num.43, julio-diciembre 2015, p.86.

2 Sánchez, A., "La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos", Humanitas Humanidades Medicas, Num.49, abril de 2010, p 13-38.

Cabe resaltar, que esta técnica brinda la posibilidad para aquellos matrimonios o uniones de hecho, en donde las parejas que aun deseando procrear un hijo de manera natural, no pueden hacerlo debido a que la mujer esta medicamente imposibilitada de llevar adelante un embarazo es decir sufre problemas de infertilidad.

Por lo que la maternidad subrogada permite que estas personas puedan llegar a convertirse en progenitores o padres sociales. Incluso se ha llegado a considerar a esta técnica como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de la mujer.

En materia de salud, en el ámbito internacional de los derechos humanos de las mujeres, se reconoce y protege el derecho a la salud reproductiva, que es definida como:

94. Salud Reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Implícito en esta última condición son: los derechos de los hombres y las mujeres para estar informadas, tienen acceso a seguro, efectivo y asequible y métodos aceptables de planificación familiar, incluidos métodos para regulación de la fertilidad, que no están en contra de la ley 3

Como se puede observar, el reconocimiento del derecho a la salud y en particular a la salud reproductiva como derecho humano, impone deberes al estado en cuanto a su obligación de respetar el ejercicio a la libertad de procreación e

3 Naciones Unidas, Declaración Y Plataforma de Acción y Beijing, 1995.

igualmente a la prohibición de establecer restricciones que hagan imposible el ejercicio de este derecho.

Por ello, es fundamental el trabajo que el Estado peruano haga respecto al marco de regulación dirigido a la protección de los derechos humanos, específicamente a la protección de los derechos sexuales y reproductivos. Los mismo que como se han señalado en el **Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y Desarrollo** abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en leyes nacionales e internacionales, en los documentos internacionales de derechos humanos y otros documentos de consenso.

Dentro de este escenario, el derecho a la vida privada, el derecho a la salud, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho de beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones, el derecho a fundar una familia y el derecho a procrear. Los mismos que como tales, pueden tener límites frente a la ley, ya sea las mismas garantías, derechos reconocidos en la constitución y los derechos de los demás. Entonces, la interpretación de los contenidos y alcances de los derechos y libertades reconocidas deben extenderse hasta donde sea posible, sin vulnerar otros valores, derechos, garantías y principios reconocidos. Por lo cual resulta oportuno legislar para permitir la maternidad subrogada mediante un proceso de pre- aprobación estableciendo los parámetros y condiciones que se debe cumplir, toda vez que debe haber un consentimiento previo entre las partes que intervienen y así poder salvaguardar el interés superior del niño.

Asimismo el Tribunal Constitucional mediante sentencia en el Expediente N° 02079- 2009-PHC/TC, al interpretar los alcances del principio del interés superior del Niño y Adolescente en su fundamento trece señala:

(...) 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 ante cualquier otro interés. En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece este último y es que parte de sus esencia radica en la necesidad de la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlo a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos”

Sin embargo, esta técnica es la que más críticas ha recibido por parte de la sociedad en general, existiendo un debate en torno a ella, en el cual un sector de académicos y especialistas están a favor de su uso; mientras que contrario sensu, hay expertos que rechazan su aplicación y posible regulación en nuestro ordenamiento jurídico.

Al respecto María del Rosario Rodríguez Cadilla, considera que esta técnica comporta una grave lesión a la dignidad humana, especialmente cuando la operación se realiza por medio de un contrato oneroso.⁴ Es posible advertir que la utilización de la maternidad subrogada en su variante comercial es el que atenta contra la dignidad e integridad humana. Excluyendo de dicha vulneración el carácter altruista de esta técnica.

Al respecto comparte esta perspectiva Clara Mosquera quien afirma que:

Cuando hay dinero de por medio significa un maltrato para el niño y una degradación para la mujer (...) pero si en la cesión del útero no hay una

⁴ RODRIGUEZ CADILLA, María. Derecho Genético. Técnicas de reproducción humana asistida. Su trascendencia en el Perú. Lima: San Marcos, p.38.

contraprestación, esta debe ser aceptada, ya que sería de gran ayuda para mujeres que no pueden gestar⁵

Por lo que, el uso de la técnica de la maternidad subrogada no debe convertirse en una forma natural de tener hijos, por lo que conviene señalar que tal y como se les ha reconocido en la Declaración de Mónaco, sobre Bioética y derechos del niño, estos son métodos supletorios no alternativos. En este caso podrán recurrir a este método aquellas mujeres que tienen problemas de infertilidad.

Esto es importante porque nos encontramos en una sociedad seducida por modelos de belleza basados en la perfección corporal, por lo que bien podría pensarse el caso de una mujer que por no afectar su figura física o seguir una “tendencia” o “moda” pretenden tener hijos a través de otra persona. Casos como el de Sharon Stone, Nicole Kidman, Sarah Jessica Parker, Elton Jhon, Ricky Martin, Cristiano Ronaldo, Miguel Bose, Michael Jackson, entre otros.

Si bien existen múltiples obstáculos por sortear, es deseable que esta práctica se realice dentro de un marco legal que las avale y a la vez controle, de manera de evitar excesos o conductas indeseables.

LEY QUE REGULA LA MATERNIDAD SUBROGADA GESTACIONAL

⁵ MOSQUERA, Clara. Derecho y genoma humano: incluye estudios de técnicas de reproducción. p. 24-26.

TÍTULO I

OBJETO, NOCIÓN Y APLICACIÓN

Artículo 1°.-

Esta ley tiene por objeto regular la Maternidad subrogada tradicional. El articulado de esta ley y normas complementarias no podrá en ningún caso atender contra la dignidad de la persona, así como tampoco estigmatizar, discriminar o vulnerar el derecho a la privacidad de las personas. Y así como consecuencia, modificar el artículo 7 de la Ley General de Salud añadiendo la Maternidad Subrogada como medio de técnica de reproducción asistida.

Artículo 2°.-

La maternidad subrogada se da cuando una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento, de manera altruista y desinteresada.

Artículo 3°.-

Se entiende por madre gestante a la mujer que alberga en su vientre al concebido y por madre genética a aquella que otorgué el material genético a su hijo.

Artículo 4.

La maternidad subrogada se realizará a las personas que se comprueben fehacientemente que no pueden gestar. Esto se practicará con el aporte genético tanto femenino y masculino de los padres, utilizando la técnica de la fecundación in vitro para la concepción, y ese embrión producto, será implantado en el vientre de quien gestará y posteriormente entregará obligatoriamente el niño al nacer a los padres genéticos.

TITULO II RESTRICCIONES

Artículo 5°.-

Por ser incompatible con la dignidad humana queda prohibido que se pague por ser una madre sustituta. Se prohíbe cualquier emolumento por el empleo de cuerpo de una mujer o de gametos para propósitos comerciales.

Artículo 6°.-

Los pactos sobre retribución o pago de un precio en los contratos de maternidad subrogada serán nulos de pleno derecho por ser contrarios a las buenas costumbres y al orden público. No se reconoce efectos jurídicos a los contratos de maternidad subrogada, por lo tanto no generan ningún tipo de obligación.

Artículo 7°.-

Queda totalmente prohibida la práctica de la maternidad subrogada por motivos estéticos, vale decir, cuando una mujer niegue a quedar embarazada por los cambios físicos que se darán en su cuerpo.

Artículo 8°.-

El uso de la técnica de la maternidad subrogada, deben ser autorizadas por el juzgado de familia y/o Mixtos del domicilio de los solicitantes, debiéndose adjuntar a su solicitud de autorización el informe médico del especialista que indique que la única forma de procrear es mediante el uso de la misma. El proceso de autorización del uso de esta técnica asistida se tramita como proceso no contencioso. De esta manera, la maternidad subrogada solo se permite después de una resolución judicial dictada por el juez de los domicilios de los solicitantes.

Artículo 09. Requisitos de la Solicitud

1. Los comitentes deben ser una pareja conformada por una mujer y un hombre;
2. La madre comitente debe probar que ella es incapaz de llevar el embarazo a término;
3. Los embriones deben haberse creado "In Vitro" con óvulos de la madre comitente y el esperma del padre comitente;
4. La gestante debe pertenecer a la familia de uno de los comitentes en parentesco consanguíneo hasta el cuarto grado (primer grado - madre, segundo grado - hermana / abuela; tercer grado - tía; cuarto grado - prima);
5. La gestante puede ser una mujer soltera, casada o conviviente que haya tenido hijos propios. En el caso de que la gestante este casada o conviva, su cónyuge o concubino también debe dar su consentimiento por escrito;
6. La gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces;
7. La gestante y los comitentes deben ser ciudadanos peruanos o residentes permanentes;
8. La gestante debe tener un nivel económico razonable, es decir no actué motivada por el interés económico;
9. La Comitente y la gestante no debe exceder la edad de cincuenta años;
10. La gestante debe probar que está sana médica y mentalmente;

Artículo 10.

1. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial previa, la filiación se regulara por las leyes civiles.

Artículo 11. La filiación de los hijos nacidos mediante la técnica de la maternidad subrogada gestacional.

1. La filiación de los nacidos mediante la maternidad subrogada gestacional, siempre que se cumplan las condiciones del artículo 9° de la presente ley, se presume de la comitente que haya obtenido la autorización del juez es la madre del niño. Quedando a salvo la posible acción de reclamación de la maternidad respecto de la madre biológica, conforme a las reglas generales, si prueban que se trata de una subrogación tradicional (es decir que la gestante apporto sus óvulos). En estos casos la gestante se convierte en la madre legal con efecto retroactivo al día del nacimiento. El hospital sigue el procedimiento típico para la expedición del certificado de nacimiento (dejando constancia que se trata de un caso de subrogación) y los comitentes deberán presentar el certificado al registro civil. No obstante también deberán presentar en el registro una copia certificada de la resolución judicial que autorizo la subrogación gestacional.

OBJETIVO

Se pretende regular la modalidad de Maternidad Subrogada Gestacional

I.BASE LEGAL

- Constitución política del Perú
- Código Del Niño y el Adolescente
- Ley 26842 Ley General De Salud
- La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW)

II. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACION NACIONAL

El efecto de la vigencia sobre la legislación nacional, no es negativa, esta norma se inserta en el sistema legislativo nacional para ayudar a solucionar una serie de problemas por las que atraviesan las parejas matrimoniales y/o en concubinato al no poder tener hijos y que la ciencia se pone al servicio de este grupo de parejas infértiles.

III. ANALISIS COSTO BENEFICIO.

El presente proyecto de ley tiende a consolidar la familia. Toda persona tiene derecho a formar una familia y también tiene derecho al acceso de las nuevas técnicas de la ciencia, siempre y cuando no afecte los derechos de terceros.

La presente proyecto no irroga gasto alguno al erario nacional, más bien con la presente iniciativa se pretende otorgar una herramienta más para que los jueces en problemas de filiación y sucesión determinen quienes son los padres naturales y legales de las personas procreadas mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida.