

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**PUCP**

**¿Somos o no somos padres? La no regulación de la maternidad subrogada en torno al ejercicio de la paternidad y maternidad responsable: un desafío legal en el Perú.**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO DE BACHILLER EN DERECHO**

**AUTOR**

Flores Angeles Lidia Carolina

**ASESOR**

Beltrán Pacheco Patricia Janet

2020

# Índice

Resumen .....	2
Abstract. ....	2
Palabras claves .....	2
A manera de introducción .....	3
Técnicas de reproducción asistida y maternidad subrogada .....	4
¿Qué tan importante es la maternidad subrogada? .....	6
¿El derecho humano a la igualdad de los padres que recurren esta TERA se verá afectado con la no regulación de la maternidad subrogada? .....	8
¿Cómo lo vinculamos al libre desarrollo de la personalidad? .....	9
¿Se afectan los derechos sexuales y reproductivos de las parejas al no regular esta TERA? .....	9
¿Tendrá relación con el derecho a gozar y fundar una familia? .....	10
¿Se estaría afectando el interés superior del niño por nacer al no regular esta TERA? .....	10
¿Su regulación vulneraría el derecho a conocer su origen biológico y genético del niño? .....	12
¿Qué tanto se transgrede el derecho a la identidad de los niños? .....	12
Desafíos en la maternidad subrogada gestacional altruista. ¿Cuáles son los avances normativos en el sistema latinoamericano? .....	13
Proyecto de Ley N° 3404/2018-CR .....	13
Proyecto de Ley N° 3913/2018-CR .....	14
Proyecto de Ley N° 3542/2018-CR .....	15
¿Cuáles son los avances a nivel latinoamericano? .....	16
Ley de Argentina .....	16
Ley de Uruguay .....	17
¿Cuál fue el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos? El Caso Menneson vs. Francia (Demanda N° 65192/11) ¿El Estado francés vulneró los derechos de los gemelos nacidos por maternidad subrogada? .....	18
Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica ¿Cuál fue el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? .....	19
¿A nivel nacional que tanto hemos avanzado? Análisis del Expediente N° 01286-2017-0-1801-JR-CI-11 .....	21
¿Cuáles son los avances respecto al Anteproyecto de Reforma del Código Civil? .....	22
¿Qué consideramos respecto a lo que hemos analizado en este artículo? .....	23
A manera de conclusión .....	24
Bibliografía .....	25

## **Resumen**

La maternidad subrogada gestacional altruista es una Técnica de Reproducción Asistida (TERA) que permite a las personas en el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, así como en su derecho a fundar una familia, recurrir a ellas con la finalidad de procrear, principalmente, debido a problemas de infertilidad.

Los diversos avances científicos han causado que en diversos países los legisladores se involucren en establecer parámetros legales con la finalidad de coadyuvar en esta problemática.

En nuestro país solo hay una norma vinculada a la temática y es el artículo 7 de la Ley General de Salud (Ley 26842). Aquel artículo es la única normativa que regula los casos de maternidad subrogada en el Perú, la cual, si bien no prohíbe taxativamente esta práctica, genera diversas interpretaciones. Ello se incrementa a raíz de que existen vacíos legales en cuanto a la normativa vinculada al tema.

Por ello, la finalidad de este artículo es realizar una propuesta de reforma del artículo 7 de la Ley General de Salud referente a la maternidad subrogada.

## **Abstract**

Altruistic gestational surrogacy is an Assisted Reproduction Technique (TERA) that allows people in the exercise of their sexual and reproductive rights, as well as their right to found a family, to resort to them in order to procreate, mainly, due to infertility problems.

The various scientific advances have caused legislators in several countries to become involved in the establishment of legal parameters in order to contribute to this problem.

In our country there is only one regulation linked to the subject and that is article 7 of the General Health Law (Law 26842). That article is the only regulation that regulates surrogacy cases in Perú, which, although it does not strictly prohibit this practice, generates different interpretations. This increases due to the fact that there are legal gaps in the regulations related to the subject.

For this reason, the purpose of this article is to make a proposal to reform article 7 of the General Health Law regarding surrogacy.

## **Palabras claves:**

“Filiación”, “Maternidad subrogada gestacional altruista”, “Técnica de Reproducción Asistida (TERAS)”, “Derechos sexuales y reproductivos”, “Infertilidad”.

## **A manera de introducción**

La maternidad subrogada gestacional altruista es aquella técnica que se produce mediante una Fecundación in Vitro (FIV), en la cual el embarazo es llevado por una mujer que portará el cigoto y llevará a cabo el embarazo del concebido. Cabe recalcar que la mujer gestante rechazará todo vínculo filiatorio con el fin de que las partes interesadas en procrear sean quienes lo establezcan con el niño por nacer.

Cabe precisar que la maternidad subrogada también podría implicar una contraprestación económica, más el enfoque de este artículo solamente estará basado en un análisis de aquella práctica altruista de cónyuges heterosexuales con problemas de infertilidad.

Hemos elegido este enfoque altruista considerando que la sustitución de la gestante debe realizarse sin fines lucrativos, es decir, únicamente con la finalidad de ayudar a aquellas parejas que por razones ajenas a su voluntad, como lo es la infertilidad, no se encuentran en la posibilidad de tener descendencia y, con ello, velar por una igualdad de derechos sexuales y reproductivos.

En esa misma línea, podemos concluir que la puesta en práctica de la maternidad subrogada ha demostrado que el actual sistema filiatorio no responde a las nuevas situaciones que se generan debido a los avances científicos y a los constantes cambios en el sistema jurídico.

Por ello, consideramos que resultaría necesario realizar un análisis sobre la regulación de esta TERA en nuestro país, pues la actual incertidumbre jurídica que vivimos de manera inmediata conlleva a que se perjudique el proyecto de vida de diversas parejas que buscaban tener hijos.

En el presente artículo, utilizaremos el método dogmático-jurídico y el método teórico. El primero de ellos, para realizar un estudio jurídico de las instituciones normativas de modo abstracto, tales como la legislación, la doctrina y los principios jurídicos de derecho.

A fin de que no sea un análisis netamente teórico y crítico buscaremos aterrizar estos conceptos en dos casos emblemáticos a nivel mundial, el tan conocido caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica y el controversial caso revisado por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, Caso Menesson contra Francia (Demanda N° 65192/11). A nivel nacional, examinaremos el Expediente 01286-2017-0-1801-JR-CI-11 y el Expediente 06374-2016-0-1801-JR-CI-05.

El segundo método será aplicado para analizar los conceptos claves de nuestra investigación, ello no con el propósito de realizar una descripción formal de las

instituciones, todo lo contrario, nuestro objetivo es indagar si la condición de que la madre genética y la gestante deba recaer sobre la misma mujer afecta o no los derechos de las personas que recurren a esta técnica.

Buscamos encontrar la luz a aquel problema actual en nuestra sociedad peruana que ha generado diversas interpretaciones al solo existir un artículo referente a maternidad subrogada.

Ello no es suficiente, más aún teniendo en cuenta que diversos juristas han interpretado dicho artículo de manera literal como una prohibición a esta TERA, lo cual vulnera derechos humanos; nosotros rechazamos esta postura.

Por otro lado, los demás juristas con un enfoque más humanista buscan salidas viables respecto del problema y consideran que sí puede ser factible su aplicación en el Perú al no existir una prohibición literal.

Creemos que la actual redacción del artículo 7 de la LGS restringe la viabilidad de que se reconozca legalmente la filiación por maternidad subrogada gestacional altruista en nuestro país, por ello, este artículo buscará dar diversas soluciones a esta problemática que afecta a tantas parejas peruanas y aún sigue siendo invisibilizada.

### **Técnicas de reproducción asistida y maternidad subrogada**

Una de las situaciones sobre la cual basaremos nuestra investigación será la infertilidad. Esta ha sido definida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como *<<una enfermedad del aparato reproductor definida por la imposibilidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales sin protección regular>>*<sup>1</sup>

De esta cita se desprende que la infertilidad es toda aquella incapacidad o descenso de la capacidad que tiene una persona para concebir en un periodo de un año (subfertilidad). Es importante recalcar que dicho término es totalmente diferente al de esterilidad, el cual se caracteriza por representar una condición de incapacidad intrínseca de lograr un embarazo.<sup>2</sup>

Tomando en cuenta lo referido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica, es importante señalar lo siguiente:

---

<sup>1</sup> [1] Organización Mundial de la Salud. *Salud sexual y reproductivas*. Recopilado de <https://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/definitions/en/>

<sup>2</sup> Asamblea Legislativa (2015) Resumen oficial de Fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Artavia Murillo vs. Costa Rica. *Revista Parlamentaria*. Volumen 21. N°1. Primer semestre. Mayo de 2015. Pp. 19- 48

288. [...] Según el perito Zegers-Hochschild, “la infertilidad es una enfermedad que tiene numerosos efectos en la salud física y psicológica de las personas, así como consecuencias sociales, que incluyen inestabilidad matrimonial, ansiedad, depresión, aislamiento social y pérdida de estatus social, pérdida de identidad de género, ostracismo y abuso [...]”. Genera angustia, depresión, aislamiento y debilita los lazos familiares”.<sup>3</sup> (el subrayado es nuestro)

De acuerdo a esta cita y a lo expresado por un gran número de especialistas sobre la materia, podemos concluir que la infertilidad puede llegar a causar crisis vitales para un gran porcentaje de personas<sup>4</sup>. Incluso, bajo un análisis psicológico de esta enfermedad podemos determinar que, en algunos casos, causa frustración en aquella mujer infértil lo cual crea sentimientos de desilusión por el hecho de no poder procrear.<sup>5</sup>

La no regulación de la maternidad subrogada afectaría no solo derechos humanos, también la salud psicológica de diversas parejas. El gran efecto que tiene en la salud mental, principalmente, de las mujeres, no se viene priorizando en la actualidad y desprotege a este sector, siendo que es tan importante para nuestro desarrollo humano.

Centrándonos en el contexto peruano, de acuerdo al estudio realizado en el año 2014 por el Instituto Nacional de Estadísticas e Informática (INEI), un 15% de parejas peruanas tuvieron problemas de fertilidad. Las estadísticas reflejan esta problemática real y actual.

Gracias a los avances científicos y a la regulación de diversas Técnicas de Reproducción Asistida se ha planteado una problemática que desborda las estructuras jurídicas existentes: la reproducción humana sin actividad sexual.<sup>6</sup>

La Organización Mundial de la Salud (OMS) denomina las Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS) de la siguiente manera:

*“Todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado a la*

---

<sup>3</sup> Doyle, M & Carballado, A (2014). Infertility and mental health, Advances in Psychiatric Treatment. The Royal College of Psychiatrist. 20, pg. 297

<sup>4</sup> Idem

<sup>5</sup> Núñez Merejildo, A. (2015). Derechos reproductivos de la mujer infértil en el Perú: acceso a la técnica de reproducción asistida de maternidad subrogada. *Foro Jurídico*, (14), pg. 90

<sup>6</sup> Lamm, E. (2012) La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las Técnicas de Reproducción Asistida. *Revista de Bioética y Derecho*, núm 24, p. 76-91.

*fecundación in vitro, la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones y el útero subrogado ”*<sup>7</sup>

Las TERAS han demostrado que el derecho se encuentra en constante evolución. Permiten que diversas parejas puedan acudir a ellas para procrear en caso no puedan realizarlo por la vía natural. De esta forma, se han ampliado las opciones de reproducción de las nociones naturales de maternidad y embarazo.<sup>8</sup>

En esa línea, se ha dejado atrás la presunción de *mater Semper certa est*- la madre siempre es cierta-. Dicho principio se fundamenta en que la maternidad será entendida como un hecho biológico que será probado por el parto. Para ello, se entiende que la calidad de madre genética debe coincidir siempre con la de madre biológica, principio que ha quedado en el pasado.

### **¿Qué tan importante es la maternidad subrogada?**

Antes de señalar la importancia de esta TERA es importante recalcar que la maternidad subrogada podrá realizarse de dos maneras: mediante una inseminación artificial o a través de una fertilización in vitro, es importante para nuestro análisis entender estos conceptos.

Según la OMS, la inseminación artificial puede proporcionarse de manera homóloga- cuando se utiliza espermatozoides de la pareja- o heteróloga – utilizando espermatozoides de un tercero.<sup>9</sup> La primera es la práctica más sencilla y común de reproducción asistida pues simplemente *“consiste en depositar los espermatozoides en el aparato genital de la mujer, por medio del instrumento adecuado”*.

Mientras que la segunda, se emplea *“principalmente en casos de esterilidad en la que la paciente tiene al menos una trompa uterina permeable, y el varón está afectado por alteraciones seminales severas que obligan a utilizar espermatozoides procedentes de bancos de semen”*.

Por otro lado, de acuerdo al tipo de fecundación realizada, estas se pueden clasificar en dos grandes grupos: la fecundación intracorpórea- fecundación dentro del cuerpo

---

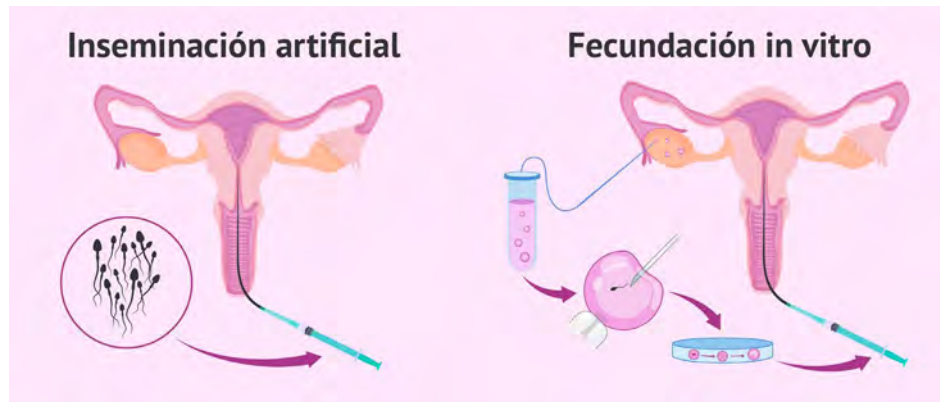
<sup>7</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) . *Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida* (TRA), 2010.

<sup>8</sup> Lamm, E. (2012) La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las Técnicas de Reproducción Asistida. *Revista de Bioética y Derecho*, núm 24, p. 76-91.

<sup>9</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) . *Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida* (TRA), 2010.

de la mujer- y la fecundación extracorpórea -referida al método que se realiza fuera del vientre, es decir, en el laboratorio para posterior a ello ser depositada en el útero de la mujer. -<sup>10</sup> Esta segunda es la muy conocida Fecundación in vitro.

A continuación, presentamos un gráfico para entender ambos conceptos de manera más didáctica.



11

Teniendo claro estos conceptos podemos definir la maternidad subrogada. La misma ha sido precisada por Souto de la siguiente manera:

*“Se conoce como maternidad subrogada a la práctica en la que una mujer gesta a un bebé, previo pacto o compromiso, mediante el cual tiene que ceder todos los derechos sobre el recién nacido a las personas que asumirán la paternidad o maternidad del mismo.” (pp. 182) <sup>12</sup>*

De ello podemos concluir que el embarazo será llevado por la mujer, tercera parte ajena a la pareja, la cual portará al cigoto durante el periodo del embarazo y rechazará a todos los derechos sobre el recién nacido con el fin de que la pareja interesada en procrear establezca el vínculo filiatorio.

La maternidad subrogada, en base a las aportaciones de gametos, se clasifica de dos maneras: subrogación gestacional plena y subrogación gestacional parcial.

En la primera, la subrogación gestacional plena, la gestante es inseminada con el semen del varón y el aporte genético provendrá exclusivamente de ella. En la segunda, la subrogación parcial, el material genético es proveniente del semen del

<sup>10</sup> Ley que regula el uso y el acceso a los tratamientos de reproducción asistida, Proyecto de Ley Nº 3542/2018-CR (2018) Pp. 21

<sup>11</sup> Dibujo recogido de: <https://www.reproduccionasistida.org/que-diferencias-hay-entre-fecundacion-in-vitro-e-inseminacion-artificial/diferencias-en-el-proceso-de-ia-y-fiv/>

<sup>12</sup> Souto, B. (2006). La Gestación de Sustitución. En B. Souto, La Gestación de Sustitución (págs. 181-205). España: Revista del Centro de Estudios de la mujer de la Universidad de Alicante.



varón y/o de la mujer que no puede gestar; es decir, la gestante no realizará un aporte genético, solamente será inseminada con material genético de las partes, siendo su función, únicamente, gestacional.<sup>13</sup>

Al respecto, debemos precisar que deberá primar la voluntad de la pareja que ha decidido llevar a cabo la técnica de maternidad subrogada; ya que sin su intención ello hubiera sido imposible.<sup>14</sup>

Es indispensable un contrato de por medio mediante el cual será imprescindible para que la mujer gestante se comprometa a entregar a las partes al recién nacido y renunciar a todo derecho que le confiera un derecho filiatorio, por más que ella haya realizado un aporte genético.<sup>15</sup>

Creemos que debería estudiarse la posibilidad de que se incluya la maternidad subrogada como tratamiento de reproducción asistida, pues, si consideramos que se ven involucrados derechos y principios como el derecho a la igualdad, el libre desarrollo a la personalidad, los derechos sexuales y reproductivos y el derecho a fundar una familia, se sustentaría la necesidad de permitir esta TERA en nuestro país con el objetivo de evitar afectar a las partes que voluntariamente acceden a ellas.

### **¿El derecho humano a la igualdad de los padres que recurren esta TERA se verá afectado con la no regulación de la maternidad subrogada?**

El artículo 2, inciso 2 de nuestra Constitución Política del Perú de 1993 establece que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley, nadie debe ser discriminado por motivos de raza, sexo, origen, religión, condición económica o social, etc. Por ello, el Estado peruano reconoce que todas las personas deberán ser tratados como iguales y prohíbe toda clase de discriminación.

La mujer infértil se ve imposibilitada de ser madre y tener descendencia. Creemos que la configuración de la maternidad subrogada respetaría el principio de igualdad, equiparando los derechos reproductivos de las mujeres infértiles con las que por causas ajenas a su voluntad no pueden ser madres.

---

<sup>13</sup> Atención familiar (2019) Maternidad subrogada y su impacto en el tema de la infertilidad. Volumen 26, Nº 4, Octubre- Diciembre, Pg. 42.

<sup>14</sup> Castillo Freyre, M & y Torres Maldonado, A (2014) . Vicisitudes y perspectivas en torno a la maternidad subrogada en el Perú». Revista Jurídica Thomson Reuters. Lima: La Ley, Nº 81, año II, julio de 2014, p. 15.

<sup>15</sup> Gallee, C. I., "Surrogate Mother Contracts: A View of Recent legislative Approaches", en *Journal of Health Law, American Health Law Associations*, Vol. 6, núm. 24, 1992, pp. 175-176; Cohen, B., "Surrogate Mothers: Whose Baby Is It?", en *American Journal of Law & Medicine*, Boston university School of law, Vol. 3, núm. 10, 1984, p. 243.

En un estado de derecho se debería permitir que aquellas mujeres que no pueden procrear puedan acudir a esta TERA para realizarlo, más aún, teniendo en cuenta que el derecho a igualdad es un derecho fundamental de todo sujeto de derecho.

### **¿Cómo lo vinculamos al libre desarrollo de la personalidad?**

El artículo 1 de nuestra Carta Magna tipifica este derecho. Establece que toda persona tiene el derecho a programar y desarrollar su plan de vida, siempre que no atente contra el orden constitucional.

En particular, se vincula con la voluntad de cada individuo de construir su propio proyecto de vida decidiendo cuándo procrear. Terceros ajenos a los interesados no deberían interferir en la decisión adoptada por la persona que decide someterse a esta práctica. Más aún teniendo presente que los interesados siempre asumen con total consentimiento las obligaciones que deriven de su procreación y no afectan a terceros.<sup>16</sup>

Es importante respetar el proyecto de vida de cada persona. Si bien existen parejas que no tienen como plan a futuro el tener descendencia, hay aquellas que sí, y gracias a los avances científicos ahora pueden hacer realidad sus sueños. Aquello que en un pasado era imposible, ahora es permitido en ciertos Estados, sin embargo, en nuestro país sigue existiendo una incertidumbre jurídica al respecto.

### **¿Se afectan los derechos sexuales y reproductivos de las parejas al no regular esta TERA?**

La Constitución Política peruana no reconoce literalmente los derechos sexuales y reproductivos de las personas, sin embargo, se desprende de este derecho una serie de derechos relacionados: el derecho a la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la integridad física y moral, entre otros.<sup>17</sup>

La salud reproductiva implica la capacidad de procrear, tener una vida sexual satisfactoria y decidir cuándo engendrar. Al no regularse la maternidad subrogada, se estarían limitando los derechos sexuales y reproductivos de las parejas infértiles al no gozar del mismo derecho de acceder a métodos seguros y eficaces que les permitan fundar una familia.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Rupay Allcca, L. K. (2019). La maternidad subrogada gestacional altruista en el Perú: problemática y desafíos actuales. *Derecho & Sociedad*, (51), pg. 110-111

<sup>17</sup> Laja Villena, J (2010) Derechos sexuales y Reproductivos en el Perú Informe para el cumplimiento de la CEDAW.

<sup>18</sup> Fondo de Población de las Naciones Unidas (2014) *Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*. pg. 65

Consideramos que la autonomía reproductiva debe ser respetada, pues aborda, principalmente, la toma de decisiones respecto de tener o no hijo, lo cual es una decisión sumamente personal y debe ser tomada por cada uno sin distinción alguna.

### **¿Tendrá relación con el derecho a gozar y fundar una familia?**

Con la configuración del artículo 4 de la Constitución peruana se recalca el rol del Estado en proteger a la familia y promover el matrimonio.

La constitucionalización del derecho de familia ha producido nuevas concepciones jurídica que dejan en el pasado la concepción tradicional, la cual se fundaba en familias nucleares con preminencia a la figura del matrimonio heterosexual. Ahora, lo fundamental es proteger a los miembros del grupo familiar en tanto sujetos de derecho fundamentales, beneficiarios de defensa.<sup>19</sup>

De ello se desprende que en la actualidad no podemos referirnos a un modelo único de familia. Se debe reconocer el derecho de todo cónyuge de gozar y fundar una familia.

Más aún teniendo en consideración que el derecho a fundar una familia implica la posibilidad de gozar y poder vivir con ella, el Estado peruano debe garantizar la formación de nuevas familias cuando este sea su proyecto de vida, pues de lo contrario se estarían transgrediendo derechos humanos.

Este vacío legal respecto a la maternidad subrogada, no solamente involucra los derechos de las parejas que recurren a ellas, como el derecho a la igualdad, al libre desarrollo a la personalidad, a gozar y fundar una familia, derechos sexuales y reproductivos, principalmente, vulnera los derechos de aquellos niños que nacen por esta TERA, por ello, a continuación, analizaremos a detalle los derechos y principios que se vulnerarían.

### **¿Se estaría afectando el interés superior del niño por nacer al no regular esta TERA?**

El interés superior del niño, principio regulador de todas las normas relacionadas a los derechos de los niños y adolescentes, se encuentra tipificado en la Convención sobre los derechos del Niño en el artículo 3.1.

Bajo este principio se reconoce que cada niño y adolescente sea considerado sujeto de derecho. En particular, son muchas las maneras en las cuales se afecta el mismo,

---

<sup>19</sup> Fernandez Revoredo, M. (2013) Manual de Derecho de Familia. Constitucionalización y diversidad familiar. Fondo Editorial. 2020

pero nos centraremos en la cuestión relativa a la inscripción de los niños nacidos por esta técnica.

El 21 de febrero de 2017, sucedió algo histórico en nuestro país, el 5to Juzgado Constitucional de Lima ordenó a RENIEC la inscripción como madre de dos menores nacidos bajo la modalidad de maternidad subrogada, pese a que la mujer no llevó el embarazo, ni aportó el óvulo.

Mediante un contrato oneroso de por medio, la tercera que colaboró con su material genético (parte ajena a la pareja) dejó de manera expresa su voluntad de concebir a los niños con el fin de entregarlos a la pareja con el deseo de procrear, ya que la cónyuge, por imposibilidades genéticas, no podía llevar su embarazo.

En las cláusulas contractuales la pareja beneficiaria se obligó a reconocer y establecer un vínculo filiatorio con los niños por nacer. El material genético sería dado por la mujer ajena a las partes y por el cónyuge.

El 19 de noviembre de 2015 al inscribir a los niños en RENIEC, en el Certificado de Nacimiento se consignó como madre a la señora que llevó el embarazo (vientre subrogado) y aportó su material genético, y como padre al señor que dio su material genético (el cónyuge) .

Los cónyuges solicitaron la rectificación de las Actas de Nacimiento, permitiendo que la cónyuge sea reconocida legalmente como madre de los recién nacidos, pero RENIEC declaró improcedente la rectificación de las actas de nacimiento. Por ello, interpusieron un amparo fundamentando que se había vulnerado el derecho a la identidad y el interés superior de ambos niños.

Coincidimos con el Tribunal Constitucional en que la no inscripción de la mujer que tiene ánimos de procrear, pese a no haber llevado el embarazo, ni haber dado su material genético, resulta perjudicial para el niño por nacer debido a que únicamente no se puede inscribir como madre a dicha mujer por una interpretación restrictiva de la norma legal aplicable.

Tal como menciona en el décimo segundo considerando, no hay duda alguna de que la pareja de cónyuges *se encuentra en mejor posición para que su situación familiar no se vea alterada.*<sup>20</sup> Todo ello debido a que los niños ya se encontraban bajo el cuidado de la madre y ya habían formando su identidad bajo su cuidado

---

<sup>20</sup> Expediente 06374-2016-0-1801-JR-CI 05. Proceso de Amparo. (Corte Superior de Justicia de Lima. Quinto Juzgado especializado de lo Constitucional 2017)

## **¿Su regulación vulneraría el derecho a conocer su origen biológico y genético del niño?**

El derecho a conocer nuestros orígenes biológicos y genéticos, es decir, quienes son nuestros padres y familia en general es importante para cada ser humano. El conocimiento de la “verdad biológica”, alude a tomar conocimiento de quienes son nuestros progenitores. <sup>21</sup>

Si bien el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes (en adelante CNA) hace referencia a la identidad, hacemos hincapié en que el mismo menciona que el niño, niña y adolescente tienen derecho a conocer a sus padres y llevar sus apellidos en la medida de lo posible.

Tal como se encuentra regulado en nuestro CNA, la expresión “*en la medida de lo posible*”, abre debate a que existen situaciones que dificulten conocer los orígenes de ciertos niños, niñas y adolescentes, pues involucraría afectar otros derechos.

Hacemos referencia a ello, pues consideramos que, en los casos de maternidad subrogada, no se afectaría el derecho a conocer su origen biológico y genético. Al existir un contrato gratuito de por medio, el niño sí debería conocer sus orígenes biológicos y genéticos, a pesar de no llevar los apellidos de aquella mujer y/o hombre que aportó su material genético o que llevó a cabo el embarazo.

Aquel que nace por esta TERA deberá conocer sus orígenes genéticos y biológicos, sin necesidad de entablar una relación filial con la mujer subrogante, el donante de esperma o la donante de óvulos.

Ello solamente es posible con la maternidad subrogada altruista, pues quien se dispone a entregar su material genético o llevar el embrión durante 9 meses, lo realiza como un acto de amor para beneficiar a aquel amigo/a o familiar que se ha visto imposibilitado de procrear por razones biológicas.

Por lo mencionado, consideramos que con la maternidad subrogada altruista no se estaría vulnerando el derecho a conocer del origen biológico y genético de cada niño o niña que nace por medio de esta técnica.

## **¿Qué tanto se transgrede el derecho a la identidad de los niños?**

El artículo 2.1 de la Constitución Política del Perú dispone que toda persona tiene derecho a que se respete su identidad. La identidad es definida por el Sessarego como “*el conjunto de atributos y características psicosomáticas que permiten*

---

<sup>21</sup> Barletta, M. C.(2018). Derecho de la niñez y adolescencia. LIMA. Fondo Editorial de la PUCP. Pp. 90

*individualizar a la persona en la sociedad*".<sup>22</sup> Aquello que diferencia a una persona de otra, hace único a cada ser humano.

La identidad para este autor se distingue entre la dinámica y la estática. La primera se relaciona con aquellos componentes de la identidad que permanecen en el tiempo, como lo son el nombre, el idioma, el parentesco biológico, etc.; en cambio, la identidad dinámica alude a aquellos componentes que naturalmente varían con el tiempo, como lo son la edad, el entorno familiar, la relación con otros familiares, etc.<sup>23</sup>

Con respecto a la identidad estática, es importante resaltar que aún en la actualidad peruana no se puede registrar al niño con el apellido de aquella mujer que no llevó el embarazo, pero sí tuvo la intención de entablar una relación filial. Además, aquel varón que no done material genético tampoco podrá entablar una filiación con el niño por nacer.

El no poder registrar a este niño por nacer con los apellidos de aquellos padres con los cuales va a vivir y formar su identidad, sí afectaría este derecho y, por ello, opinamos que debe poder regularse la inscripción en RENIEC de los apellidos de aquellos que tienen la intención de procrear pese a no haber dado su material genético o llevado el embarazo.

### **Desafíos en la maternidad subrogada gestacional altruista. ¿Cuáles son los avances normativos en el sistema latinoamericano?**

#### **Proyecto de Ley N° 3404/2018-CR**

El Proyecto de Ley N° 3404/2018-CR: Proyecto de Ley que regula los requisitos y procedimientos de la maternidad solidaria mediante el uso de técnicas de reproducción asistida como derecho a ser madre fue realizado por la ex congresista Estelita Sonia Bustos Espinoza.

Tiene como objetivo evitar vacíos legales respecto a la maternidad subrogada y establecer requisitos y condiciones para las partes que voluntariamente opten por acceder a esta técnica; además de modificar el artículo 7 de la susodicha Ley de Salud e incorporar el artículo 7-A.

Considera como pilar salvaguardar el derecho humano a ser madre, especialmente, el de las familias de escasos recursos que no tienen la misma posibilidad de acceder a estos métodos de reproducción humana asistida. Se enfoca en los sectores de mayor vulnerabilidad, los cuales por problemas de infertilidad no logran tener

---

<sup>22</sup> Fernandez Sessarego, C (1998) Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Primer libro del Código Civil Peruano.

<sup>23</sup> Barletta, M. C.(2018). Derecho de la niñez y adolescencia. LIMA. Fondo Editorial de la PUCP. Pp 87

descendencia. La propuesta legislativa plantea que el Estado sea el encargado de asignar este presupuesto a aquel sector vulnerable.<sup>24</sup>

Opinamos que su enfoque en favorecer al sector vulnerable que por diversos problemas económicos no puede acceder a esta TERA, por el costo tan elevado que conlleva, resulta importante priorizando el derecho a la igualdad. Creemos que el Estado peruano sí debería asignar un presupuesto especial a este sector.

Estamos en contra de que se practique una contraprestación a la mujer subrogante, pues ello implicaría poder generar, en el peor de los casos, una trata de persona; pero, sí consideramos que el Estado debe asignar este presupuesto anual porque los gastos médicos oscilan entre \$10 000 a \$15 000, monto excesivo que un peruano promedio no se encuentra en las posibilidades de realizar.

Los precios inaccesibles son una realidad y el Estado peruano debería prestar importancia a que, si bien el porcentaje de personas infértiles no es elevado, no por ello no se le debe dar la relevancia debida.

### **Proyecto de Ley N° 3913/2018-CR**

Otro importante Proyecto de Ley, realizado por el ex congresista Richard Acuña Núñez, fue el Proyecto de Ley N° 3913/2018-CR: Ley que garantiza el acceso a técnicas de reproducción asistida.

Este Proyecto de Ley tiene como objetivo garantizar el acceso integral a todas las TERAS. Hace énfasis, de manera novedosa, en reconocer la infertilidad como enfermedad. Del mismo modo, la propuesta del entonces congresista fue regular el registro nacional de donantes, el cual deberá ser adscrito al Ministerio de Salud y gozará de la inscripción de donantes de gametos y embriones de manera confidencial.

Propone implementar ciertos requisitos para la cobertura de la atención, siendo el Ministerio de Salud a través del Seguro Integral de Salud (SIS), el Seguro Social de Salud (ESSALUD) y las empresas privadas de seguro, quienes incorporen como prestación obligatoria la cobertura integral del abordaje, diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo a quienes practiquen estas técnicas de reproducción humana asistida, entre ellas, la maternidad subrogada.

---

<sup>24</sup> Ley que regula los requisitos y procedimiento de la maternidad solidaria mediante el uso de técnicas de reproducción asistida como Derecho Humano a ser madre, Proyecto de Ley N° 3404/2018-CR. Perú (2018), pg. 9

Asimismo, incorpora la tipificación del delito de intermediación onerosa de embriones y gametos conservados, considerando la crioconservación únicamente para fines reproductivos; y tipifica este delito en nuestro Código Penal en el artículo 318-B<sup>25</sup>

Coincidimos en que es importante garantizar el acceso a las TERAS, en especial a la maternidad subrogada en nuestro país. Sin embargo, no concordamos con lo propuesto respecto a la incorporación de un registro de donantes de manera confidencial, ya que ello promueve a la regulación de la maternidad subrogada onerosa, lo cual no compartimos.

Incluso, la inscripción de donantes de manera confidencial podría generar la trata de personas y afectar la identidad del niño o niña que nace por maternidad subrogada, pues él o ella tiene derecho a conocer su origen biológico y genético, tal como mencionamos en el acápite correspondiente.

### **Proyecto de Ley N° 3542/2018-CR**

Por último, otro significativo Proyecto de Ley fue el realizado por la ex congresista Luciana León Romero, el Proyecto de Ley N° 3542/2018-CR: Ley que regula el acceso a los tratamientos de reproducción humana asistida.

Busca incidir en el acceso integral coadyuvando a facilitar la procreación humana cuando otros métodos médicos y/o terapéuticos se hayan descartado por inadecuados o ineficaces.

La ex legisladora recalcó que el proceso de gestación subrogada se llevaría a cabo, únicamente, bajo indicación médica expresa y de manera supletoria; a efectos de contribuir de manera altruista, solidaria y voluntaria a aquellas personas que con algún grado de infertilidad pretendan tener descendencia. Prohíbe las prácticas de carácter lucrativo o comercial.

La filiación de quienes hayan nacido como producto de este tratamiento está regulada en este proyecto de ley, dando énfasis en que primará la voluntad procreacional, debiendo ser expresado el consentimiento de manera previa, formal y contenida en un documento público de fecha cierta. <sup>26</sup>

Coincidimos totalmente con la postura de la ex congresista, pues tal como ella propuso en el proyecto de ley está a favor de legislar únicamente la práctica altruista.

---

<sup>25</sup> Ley que garantiza el acceso de técnicas de reproducción asistida, Proyecto de Ley N° 3313/2018-CR. Perú (2018), pg. 3, 5, 7

<sup>26</sup> Ley que regula el uso y el acceso a los tratamientos de reproducción asistida, Proyecto de Ley N° 3542/2018-CR (2018), pg. 1, 8



Es importante que esta técnica se realice cuando se hayan descartado otros métodos médicos y/o terapéuticos, pues tendrá diversos efectos entre las partes y el niño por nacer, por lo cual, que sea una práctica supletoria y como último recurso es primordial.

Concordamos, también, con su propuesta pues su práctica tiene que tener una finalidad solidaria. La filiación entre la mujer y el niño por nacer debe regularse, pese a esta no haber llevado el embarazo y/o dado su material genético.

### **¿Cuáles son los avances a nivel latinoamericano?**

A nivel internacional se encuentra regulado en algunos países como Canadá, Estados Unidos, Rusia, Ucrania, Grecia, Reino Unido, Tailandia, entre otros. Consideraremos para nuestro análisis únicamente dos países latinoamericanos, por lo que haremos referencia a la Ley de Argentina (Ley 26.862. Ley de Reproducción Médicamente Asistida) y la Ley de Uruguay (Ley 19.167. Técnicas de Reproducción Humana Asistida)

#### **Ley de Argentina**

La Ley de Reproducción Médicamente Asistida de Argentina tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistidas de reproducción médica asistida, siendo el Ministerio de Salud de la Nación el encargado de arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho al acceso igualitario de todos los beneficiarios a las prácticas normadas; publicar la lista de los centros de referencia públicos y privados habilitados; efectuar campañas de información a fin de promover los cuidados de fertilidad en mujeres y varones; y propiciar la formación y capacitación continua de recursos humanos especializados en los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida.

Hacemos énfasis en que dicha normativa incluye los procedimientos, así como los diagnósticos, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, sin distinción debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios; argumento sumamente apreciable que compartimos.<sup>27</sup>

Aplaudimos que en un país latinoamericano se haya aprobado una ley como esta, más aún, si su aplicación autoriza la aplicación sin distinción de orientación sexual o estado civil, por lo cual, no solamente parejas heterosexuales podrán recurrir a ellas.

---

<sup>27</sup> Ley 26.862. Ley de Reproducción Médicamente Asistida. Buenos Aires, Argentina, 25 de junio de 2013, pg. 1-2

El publicitar sus campañas de información respecto a promover los cuidados de fertilidad en mujeres y varones es un gran avance pues prevendría llegar a la práctica de la maternidad subrogada que sabemos tienen un costo sumamente elevado.

Si bien la ley argentina no hace sólo referencia a la maternidad subrogada, sino a las TERAS en general, creemos que nuestro país debería basarse en sus lineamientos.

### **Ley de Uruguay**

La Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de Uruguay tiene como finalidad regular las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente, así como los requisitos que deben cumplir las instituciones públicas y privadas que las realicen; siendo el Estado uruguayo el encargado de garantizarlas dentro de las prestaciones del Sistema Nacional Integrado de Salud.

Resulta interesante lo mencionado en el artículo 10. Se hace referencia al interés superior del niño, siendo el hijo(a) nacido(a) mediante técnicas de reproducción asistida quien goce del derecho de conocer el procedimiento efectuado para su concepción.

Respecto a la gestación subrogada, este tratamiento se permitirá únicamente a la mujer cuyo útero no pueda gestarse debido a enfermedades genéticas o adquiridas, la cual podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja, la implantación y gestación de su embrión.

La suscripción de este acuerdo solo será de naturaleza gratuita y suscrito por todas las partes intervinientes, a quienes hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación corresponderá la filiación, siendo la mujer cuya gestación haya sido subrogada la que gozará de aquella filiación materna.<sup>28</sup>

Felicitemos a los legisladores uruguayos por la regulación de esta tan importante ley. Concordamos con que la práctica de la maternidad subrogada debe realizarse de manera altruista.

Resultan interesantes los requisitos expuestos, como el que la mujer subrogante tenga que ser necesariamente un familiar de segundo grado de consanguinidad o el de su pareja; ello claramente reafirma la finalidad: prestar el vientre de una mujer con la finalidad de ayudar a la pareja que no lo puede.

---

<sup>28</sup> Ley 19.167. Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Montevideo, Uruguay, 22 de noviembre de 2012, pg. 12

Sin embargo, creemos que no se debe limitar solo a estar personas, pues por una aplicación literal no podría permitírsele a aquellas amigas cercanas de la pareja ser a quienes se les implante el embrión.

Por otro lado, lo antedicho en el artículo 10 de esta Ley, sobre el derecho de los niños nacidos por esta TERA de conocer el procedimiento efectuado para su concepción, es esencial pues también ellos tienen el derecho a conocer su origen biológico y genético.

**¿Cuál fue el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos? El Caso Menneson vs. Francia (Demanda Nº 65192/11) ¿El Estado francés vulneró los derechos de los gemelos nacidos por maternidad subrogada?**

En Francia, una pareja de cónyuges, Dominique y Sylvive Menneson, tenían problemas de infertilidad por lo cual decidieron recurrir a la maternidad subrogada, aún cuando en su país dicha TERA estaba prohibida; por ello, acudieron a Estados Unidos, al estado de California, donde esta práctica está permitida.

El material genético fue dado por el cónyuge y por la mujer que alquiló su vientre, quien llevó el embarazo, alumbrando gemelos. El Tribunal Supremo de California reconoció como padre genético de los gemelos al Sr. Menneson por haber aportado su material genético y como madre legal a la Sra. Menneson, pese a no haber aportado material genético, pero sí haber tenido siempre la intención de ser la madre legal.

La controversia ocurrió cuando el Consulado francés se rehusó a inscribir a los niños en el Registro civil como hijos de ambos cónyuges. Diez años después, el caso llega a ser analizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

En su sentencia el TEDH se pronuncia concluyendo que sí hubo una violación al artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en tanto habían vulnerado el derecho de los niños a su vida privada por la negativa a establecer un vínculo de filiación con la pareja Menseson, más aún tomando en cuenta que los gemelos eran biológicamente hijos del señor Menneson, quien había aportado material genético.

Asimismo, concluye que la decisión del Estado Francés no fue compatible con el interés superior del niño, principio que debe guiar toda decisión de los Estados. Si bien el Estado prohibía literalmente dicha TERA, aquella decisión no puede provocar la afectación de la identidad de los niños al provocar el desconocimiento de un vínculo filiatorio entre los mismo y sus padres, de modo que se los sitúa en una incertidumbre jurídica.

Empero, el TEDH evitó emitir opinión acerca de un tema central en el análisis de la sentencia: la maternidad subrogada. Creemos que ello sucedió, debido a que priorizó el margen de libertad de los Estados Europeos, dada la falta de consenso al respecto de la maternidad subrogada.

Opinamos que fue incompleto el pronunciamiento del TEDH, pues evitó emitir su opinión sobre un asunto fundamental como lo es el vínculo filiatorio en casos de maternidad subrogada.

Únicamente se basó en el vínculo biológico del Sr. Menesson y los gemelos, lo cual terminó vulnerando los derechos de la Sra. Menesson quien, a pesar de no dar su material genético, tenía la intención de procrear a esos niños.<sup>29</sup>

Ello demuestra que el TEDH optó por la vía más sencilla, pronunciamiento que rechazamos, pues tuvo que haber abordado la problemática de la no regulación de la maternidad subrogada que es una práctica que se realiza a nivel mundial.

### **Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica ¿Cuál fue el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?**

Al ser el caso Artavia Murillo emblemático, resulta trascendental analizarlo. Los hechos del presente caso se relacionan con la aprobación del Decreto Ejecutivo N° 14209-S de fecha 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, el cual autorizaba la regulación de una Técnica de Reproducción asistida, en específico, de la Fecundación In vitro (FIV) para cónyuges. Dicha práctica fue legal entre los años 1995-2000.<sup>30</sup>

Sin embargo, con fecha 7 de abril de 1995 se presentó una acción de inconstitucionalidad contra dicha norma, utilizando como justificación que su aplicación vulneraba el derecho a la vida. Por ello, con fecha 15 de marzo del 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema anuló por inconstitucional dicho Decreto Ejecutivo. Es así como diversas parejas hicieron su petición ante la Corte IDH para que se pronuncie al respecto.<sup>31</sup>

En el fallo de la Corte IDH declaró la violación a la Convención Americana del Estado, puesto que prohibió la práctica de las TERAS sin fundamentación constitucional, vulnerando diversos derechos humanos. Como habíamos mencionado al inicio de

---

<sup>29</sup> THE FAMILY WATCH (2017) El tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre maternidad subrogada. Escritos Jurídicos TFW. Madrid: Escritos Jurídicos TFW

<sup>30</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Ficha técnica. Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica

<sup>31</sup> Idem

nuestro artículo, gracias a las fecundaciones in vitro, se logra la subrogación plena que es la mencionada maternidad subrogada.

La Corte consideró que se afectaron diversos aspectos como la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental y especialmente los derechos reproductivos.

De acuerdo al artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, todas gozan del derecho a decidir libremente y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos. En otras palabras, toda mujer tiene derecho a controlar su fecundidad.

Ello se relaciona con la protección a la vida privada, tal como menciona en el considerando 146 del fallo de la Corte IDH, *“incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padre genéticos.”*

El derecho a la vida privada y a la libertad reproductiva se relaciona con el derecho a acceder a las técnicas médicas necesarias, entre ellas las TERAS. Como señala en el considerando 150, *“para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores de salud en técnicas de asistencia reproductiva y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona”*

La prohibición de la FIV provocó un impacto en la intimidad de las personas pues los costarricenses acudían a su tratamiento en el extranjero exponiendo aspectos de su vida privada. Igualmente, su prohibición afectó el desarrollo de la personalidad de estas parejas pues impactaron en sus planes de vida.

Por todo ello, la Corte decide desestimar las excepciones preliminares interpuestas por el Estado de Costa Rica y declara que este es responsable por la vulneración de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana.

Creemos que la prohibición de la práctica de la Fecundación in Vitro es un retroceso para toda sociedad de derecho, la decisión de la Corte fue la adecuada. Si se vulneraron los derechos a la integridad física, psíquica y moral; el derecho a la libertad personal; se realizó una injerencia arbitraria en la vida privada de las familias que querían recurrir a las FIV; y se vulneró el derecho de todo hombre y mujer a fundar una familia.

## **¿A nivel nacional que tanto hemos avanzado? Análisis del expediente N° 01286-2017-0-1801-JR-CI-11**

El Expediente 01286-2017-1801-JR-CI-11 trata sobre el proceso de amparo promovido por Carmen Rosa López Rojas y Nilton Dante Zamudio Vilca, y Zovelina Pozo Rojas, contra el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil (RENIEC) respecto a la rectificación de apellido materno de la niña que fue registrada con las iniciales L.V y los apellidos Zamudio Pozo.

La pareja conformada por los señores Zamudio-López no podían tener descendencia debido a que la cónyuge tenía problemas de fertilidad, por ello, acudieron a la práctica de la maternidad subrogada (fertilización heteróloga).

Mediante un contrato oneroso, la señora Zovelina Pozo Rojas, se ofreció a gestar el embrión, en calidad de colaboradora, reconociendo que los derechos y deberes con la niña por nacer correspondían únicamente al matrimonio. Dicha tercera parte a los cónyuges no aportó material genético, únicamente su labor fue la de ser portadora del cigoto.

El 15 de febrero de 2016, nació la niña y al inscribir su acta de nacimiento se puso de apellido materno el de la señora Pozo, puesto que ella fue quien gestó, pese a no haber brindado su material genético, lo cual se acreditó con una prueba de ADN. Se consignó como padre al señor Zamudio (cónyuge), pues así lo declaró la gestante.

Posterior a ello, la niña quedó bajo la tenencia y protección del matrimonio, pero se vieron impedidos de ejercer a cabalidad la patria potestad puesto que la cónyuge no podía ser reconocida como madre legal, por una interpretación literal de la Ley General de Salud.

Principalmente en dicha sentencia, se analizó respecto al derecho a la identidad de la niña. En su considerando 32, recalca que la identidad de la niña empieza con el nombre, pero continúa en su filiación, que tampoco es solo un apellido, pues puede haber derecho a un apellido, sin derecho a la filiación y filiación de hecho, sin que se refleje en el apellido o en la formalidad. En otras palabras, no es suficiente que exista un documento de identidad (DNI) donde figure el nombre de la niña, sino que es necesario que el DNI establezca su verdadera identidad, aquellos datos de filiación que por derecho le pertenecen a todo niño y a sus progenitores.

Creemos que declarar fundado el proceso de amparo fue lo correcto puesto que afectaba el derecho a la identidad de la menor y los derechos sexuales y reproductivos de los padres que buscaron recurrir a la fertilización heteróloga. Son pocas veces las que ocurren dichos sucesos en nuestro país y llegan ante instancia, por ello, consideramos correcto el análisis de la Corte, puesto que dejó sin efectos la anterior

partida de nacimiento y dispuso la inscripción de una nueva partida de nacimiento con los apellido de los cónyuges, quienes desde un inicio tuvieron la intención de procrear.

### **¿Cuáles son los avances respecto al Anteproyecto de Reforma del Código Civil?**

El anteproyecto de reforma del código civil incorpora la práctica de las técnicas de procreación médicamente asistida. Se presenta la derogación del régimen de “hijo alimentista” dado que resulta obsoleto al contar con la prueba de ADN para determinar la paternidad. De acuerdo con este artículo, deberá contarse con el consentimiento previo, informado y libre de quienes se sometan a su uso.

Queda totalmente prohibido hacer referencia acerca del tipo de reproducción en los documentos personales o en el registro de estado civil; esto debido a que se busca proteger la dignidad humana y los derechos de los sujetos concebido mediante esta técnica.

Como lo menciona el artículo 415-A, se consideran hijos matrimoniales, cuando se utilice material genético del marido para la realización de la reproducción médicamente asistida, presumiendo su asentimiento. El solo acto de cesión de material genético por parte de la pareja matrimonial implica una responsabilidad por procrear.

Diferente es el caso de reproducción humana asistida post mortem con material del marido, pues allí se condicionará su vínculo filial, siempre que cumpla con los requisitos establecidos: que se realice dentro de los trescientos días de la muerte de marido y que exista un asentimiento expreso del causante.

Con respecto a la impugnación de paternidad, establecida en el artículo 415-B, la propuesta legislativa ha considerado que el cónyuge no será considerado del marido si se ha realizado su práctica sin su consentimiento. Esta medida es razonable debido a que el asentimiento del esposo es elemento necesario, caso contrario, podrá impugnar la paternidad.

En el supuesto de determinación de la paternidad extramatrimonial, tal como lo indica el artículo 415-C, se reconocerá la filiación cuando conste un documento de fecha cierta o testamento que confirme la utilización de material genético. Cuando se utilice material genético o de embriones de un cedente anónimo, no se generará filiación, ni generará vínculo jurídico alguno.

Hasta ese momento, el Anteproyecto de Reforma del Código civil hace mención a diversas TERAS, pero no precisamente sobre la maternidad subrogada. Recién en el artículo 415-D, de manera novedosa, se pronuncia al respecto, aunque no de manera literal, pero dentro de una interpretación de la norma ello se sobreentiende.

Consagra que primará la maternidad biológica, así el parto de la mujer determinará su vínculo filial; sin embargo, se deberá tener en cuenta la voluntad procreacional. Por ello, en los supuestos de que el uso del material genético provenga de otra mujer, pareja o tercero y hayan expresado su voluntad procreacional, no se aplicará esta regla. Esto debido a que primará la voluntad de aquellos que solicitaron la procreación o gestación por cuenta de otro, sobre el hecho biológico de parir.

El artículo 415-D, introduce la maternidad subrogada de manera “solapada”, pues podrá ser considerada su madre legal no solamente la mujer que lleve al niño en el vientre, sino también aquella mujer que tuvo la intención procreacional, pese a no haber aportado su material genético y/o portado al cigoto.

A su vez, es importante señalar que se ha regulado que la procreación o gestación por cuenta de otro no tiene contenido patrimonial, lo cual recae en nuestra propuesta de maternidad subrogada altruista. Compartimos lo expuesto por el grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil constituido por Resolución Ministerial 0300-2016-JUS. La utilidad de esta propuesta legislativa es fruto de la ardua labor realizada por los juristas.

### **¿Qué consideramos respecto a lo que hemos analizado en este artículo?**

Somos de la opinión que debería regularizarse esta situación ya que hay muchos casos vinculados que terminan afectando los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como de sus padres al no estar regulada la maternidad subrogada en nuestro país.

El Proyecto de Ley deberá incluir la filiación por maternidad subrogada permitiendo que las parejas heterosexuales puedan recurrir a ellas, siempre que se hayan descartado otros procedimientos y/o técnicas, y dicho TERA sea excepcional. Asimismo, creemos que el niño por nacer deberá saber sus orígenes biológicos, puesto que de no ser así, en caso de regularse el banco de donantes anónimos, se estaría afectando su derecho a la identidad y su derecho a conocer su origen genético y biológico.

En esa misma línea, la maternidad subrogada solamente deberá ser realizada de manera altruista. Ello con la meta de que- tomando en consideración que en nuestro país la informalidad sobre esta práctica podría conllevar a un “mercado negro” de vientres de alquiler- quien no puede procrear logre cumplir con su proyecto de vida que es tener descendencia.



## A manera de conclusión

- La práctica de la maternidad subrogada ha demostrado que el actual sistema filiatorio no responde a los nuevos avances científicos como lo son las Técnicas de Reproducción Asistida
- Consideramos que solamente deberá realizarse la maternidad subrogada altruista pues implica que la tercera ajena a las partes decida sustituir a la gestante con la finalidad de ayudar a aquellas parejas que por razones ajenas a su voluntad no lo pueden realizar.
- Debe permitirse la maternidad subrogada altruista en nuestro país, puesto que su no regulación implica la vulneración a diversos derechos fundamentales y principios de las parejas que buscan recurrir a esta TERA, entre ellos, el derecho a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, los derechos sexuales y reproductivos y el derecho a fundar una familia.
- Con la regulación de la maternidad subrogada no se estaría vulnerando el interés superior del niño, como bien lo mencionan algunos juristas. Asimismo, tampoco vulneraría el derecho a la identidad, ni a conocer el origen biológico y genético del niño, puesto que creemos que tendrá el derecho a conocer que fue concebido por esta técnica y tendrá el derecho a saber quienes fueron los donantes del material genético.
- Los tribunales a nivel internacional, incluyendo nuestro país, han intentado evitar pronunciarse al respecto sobre la maternidad subrogada y han optado por pronunciarse sobre otras materias de fondo, como la identidad del niño que nace por esta TERA, siendo que también se ven involucrados los derechos de los cónyuges, sobre todo de la mujer que no puede gestar al embrión.
- Los avances legislativos en nuestro país han sido novedosos, sin embargo, aún se han quedado solamente en proyectos de leyes. Todavía existe una gran lucha para su aplicación en la praxis, dado que los juristas de nuestro país, mayormente, se basan en la interpretación literal de las normas, en especial, del artículo 7 de la Ley General de Salud.

## Bibliografía

### Libros, revistas e informes

Asamblea Legislativa (2015) Resumen oficial de Fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Artavia Murillo vs. Costa Rica. .Revista Parlamentaria. Volumen 21. Nº1. Primer semestre. Mayo de 2015. Pp. 19- 48

Atención familiar (2019) Maternidad subrogada y su impacto en el tema de la infertilidad. Volumen 26, Nº 4, octubre- diciembre. Pg. 42.

Barletta, M. C. .(2018). Derecho de la niñez y adolescencia. LIMA. Fondo Editorial de la PUCP.

Brena, I. (2013). Comentarios a la sentencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XLVI (137), 795-803. Recuperado a partir de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42728283013>

Bullard Gonzales, A. (1995). Advertencia: el presente artículo puede herir su sensibilidad jurídica. El alquiler de vientre, las madres sustitutas y el Derecho Contractual. *IUS ET VERITAS*, 5(10), 51-64. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15475>

Cáceres Lara, M (2018) Legislación comparada sobre gestación subrogada en el continente americano. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile/ BCN. Asesoría Técnica Parlamentaria.

Cárdenas Krenz, R (2017). Una indiscutible sentencia, a propósito del fallo emitido por un juez admitiendo los contratos de alquiler de vientre. *Gaceta Civil & Procesal Civil*. Vol. 48. ISSN 2305-3259, pg. 13-26

Castillo, M.E (2017) La necesidad de normativizar aspectos centrales de la gestación por sustitución transfronteriza en el ámbito interamericano.

Castillo Freyre, M & y Torres Maldonado, A (2014) . Vicisitudes y perspectivas en torno a la maternidad subrogada en el Perú». *Revista Jurídica Thomson Reuters*. Lima: La Ley, Nº 81, año II, julio de 2014, p. 15.

DEMUS. (2014) Los derechos de las mujeres en la mira. Lima, Perú: DEMUS. Pg. 104

Doyle, M & Carballido, A (2014). Infertility and mental health, *Advances in Psychiatric Treatment*. *The Royal College of Psychiatrist*. 20, pg. 245-259

Fondo de Población de las Naciones Unidas (2014) *Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*. pg. 65

Fernandez Revoredo, M. (2013) *Manual de Derecho de Familia. Constitucionalización y diversidad familiar*. Fondo Editorial. 2020

Fernandez Sessarego, C (1998) *Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Primer libro del Código Civil Peruano*.

Gallee, C. I., "Surrogate Mother Contracts: A View of Recent legislative Approaches", en *Journal of Health Law, American Health law Associations*, Vol. 6, núm. 24, 1992, pp. 175-176; Cohen, B., "Surrogate Mothers: Whose Baby Is It?", en *American Journal of Law & Medicine, Boston university School of law*, Vol. 3, núm. 10, 1984, p. 243.

Garibo Peyró, A (2017). El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada. *Cuadernos de Bioética XXVIII* , pg. 146-178

Grupo de trabajo de revisión y mejora del código civil peruano de 1983. Creado por Resolución Ministerial N 0300-2016-JUS. *Anteproyecto de Reforma del Código Civil Peruano*. (octubre 2016-marzo 2019) Lima, Perú, pg. 106-109

Helfer Llerena, O y Baltazar Tapia, S (2018) Tendencias en los proyectos de leyes del 2018 para regular las técnicas de reproducción artificial en el Perú. *Apuntes de bioética. Vol. 1 (N1)*, Chiclayo. Pp. 102-124

Laja Villena, J (2010) *Derechos sexuales y Reproductivos en el Perú Informe para el cumplimiento de la CEDAW*.

Lamm, E. (2012) La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las Técnicas de Reproducción Asistida. *Revista de Bioética y Derecho*, núm 24, p. 76-91.

Landa Arroyo, C (2017) *Los derechos fundamentales*. Fondo Editorial PUCP. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Lima, N. S & Álvarez Plaza, C (2019) *Ovodonación: Bioeconomías emergentes en contextos de inequidad*. UbaPsicología. Buenos Aires. ISSN 2618-2238. Tomo 1

Miralles, Ángela A. (2017) *Maternidad subrogada y dignidad de la Mujer*. Cuadernos de Bioética XXVIII 2017/ 2. Recuperado a partir de <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/163.pdf>

Morales Godo, J. (2005). El estatus del concebido y la problemática de la fecundación asistida. *Derecho PUCP*, (58), pg. 409-432. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3101>

Núñez Merejildo, A. (2015). Derechos reproductivos de la mujer infértil en el Perú: acceso a la técnica de reproducción asistida de maternidad subrogada. *Foro Jurídico*, (14), pg. 89-99. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13753>

Souto, B. (2006). La Gestación de Sustitución. En B. Souto, *La Gestación de Sustitución* (págs. 181-205). España: Revista del Centro de Estudios de la mujer de la Universidad de Alicante.

THE FAMILY WATCH (2017) El tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre maternidad subrogada. *Escritos Jurídicos TFW*. Madrid: Escritos Jurídicos TFW

Ponce C, & Rodríguez, R (2018) Los retos del Derecho frente al avance de las Nuevas Tecnologías en Reproducción Humana Asistida: Un caso de vientre subrogado. *Ius Inkarrí: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política* N. 6, pg. 175-188.

Rupay Allcca, L. K. (2019). La maternidad subrogada gestacional altruista en el Perú: problemática y desafíos actuales. *Derecho & Sociedad*, (51), pg. 103-117. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/20862>

Sánchez Martínez, M (2016). Los acuerdos de maternidad subrogada: retos en la protección de los derechos de la mujer y la infancia. *Cuadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário*, Vol. 51. ISSN, pg. 146-178

Souto, B. (2006). La Gestación de Sustitución. En B. Souto, *La Gestación de Sustitución* (págs. 181-205). España: Revista del Centro de Estudios de la mujer de la Universidad de Alicante.

THE FAMILY WATCH (2017) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre Maternidad Subrogada

Valero Heredia, A (2019). La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales. *Teoría y Realidad Constitucional*, Vol. 1. ISSN 43, pg., 421-440

Varsi Rospigliosi, E. (2013). *Tratado de derecho de familia: Derecho de filiación* Tomo 4. Lima: Gaceta Jurídica.

Varsi- Rospigliosi, E (2017). Determinación de la filiación en la procreación asistida. *Revista del instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. México ISSN 18702147. Vol. 11, No 39. Enero -julio Pg. 109-137

Zúñiga, F (s/f) Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica.

### **Tesis doctorales**

Anitua Galdón, M. (2019). *La gestación subrogada: el interés superior de niño*. Universidad Pontificia Comillas, España, Madrid.

Carracedo Uribe, S (2015) *La fertilización in vitro y el debate sobre el estatuto del no nacido* (Tesis para optar por el Título Profesional de Abogada). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima

Del Águila Perales, R (2018) *La regulación de la maternidad subrogada en la legislación civil peruana* (Tesis para optar por el Título Profesional de Abogada). Universidad Autónoma del Perú, Lima

Gamonal Guevara, J (2018) *Implicancias jurídicas de la Maternidad Subrogada: propuesta normativa sobre subrogación gestacional altruista*. (Tesis para optar el Título Profesional de Abogado) Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Lima

Torres Quiroga, M (2018) *Libertad, desigualdad y el contrato de maternidad subrogada*. (Tesis para optar el grado de Doctor) Universidad Autónoma de Madrid, Madrid

Tomás, Silvina Marianela. *Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La maternidad subrogada y su deuda normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino*. (Tesis para optar grado de Doctor)

### **Jurisprudencia y normativa**

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

Corte Interamericana De Derechos Humanos. Ficha técnica. Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (6 de mayo de 2008) Casación 5003-2007

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (6 de diciembre de 2011) Casación 563-2011

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Menesson contra Francia (Demanda N° 65192/11)

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Labassec contra Francia (Demanda N° 65941/11)

Expediente 06374-2016-0-1801-JR-CI 05. Proceso de Amparo. (Corte Superior de Justicia de Lima. Quinto Juzgado especializado de lo Constitucional 2017)

Ley 19.167. Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Montevideo, Uruguay, 22 de noviembre de 2012

Ley 26.862. Ley de Reproducción Médicamente Asistida. Buenos Aires, Argentina, 25 de junio de 2013

Ley N 26841. Ley General de Salud. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 15 de julio de 1997

Ley que garantiza el acceso de técnicas de reproducción asistida, Proyecto de Ley N° 3313/2018-CR. Perú (2018)

Ley que regula los requisitos y procedimiento de la maternidad solidaria mediante el uso de técnicas de reproducción asistida como Derecho Humano a ser madre, Proyecto de Ley N° 3404/2018-CR. Perú (2018)

Ley que regula el uso y el acceso a los tratamientos de reproducción asistida, Proyecto de Ley N° 3542/2018-CR (2018)

Fondo de Población de las Naciones Unidas (2014) *Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo.*

### **Páginas web**

ABC NEWS (2012) Excerpt From 'Bringing in Finn: An Extraordinary Surrogacy Story,' by Sara Connell. EEUU. Recuperado de <https://abcnews.go.com/US/excerpt-sara-connells-book-bringing-finn-extraordinary-surrogacy/story?id=17104023>

Álvarez, N (2019). Precios en gestación subrogada: desglose según países y opciones. *Babygest.* Recuperado de <https://babygest.com/es/precio/#:~:text=Estados%20Unidos%20es%20el%20destino,80.000%20%E2%82%AC%20y%20180.000%20%E2%82%AC.>

AMERICAN ACCREDITATION HEALTHCARE COMMISSION (2018). Fecundación in vitro. *MedlinePlus*: Biblioteca Nacional de Medicina de los EE. UU. Recuperado de [https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/007279.htm#:~:text=La%20fecundaci%C3%B3n%20in%20vitro%20\(%20FIV,y%20ha%20ingresado%20al%20%C3%BDulo.](https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/007279.htm#:~:text=La%20fecundaci%C3%B3n%20in%20vitro%20(%20FIV,y%20ha%20ingresado%20al%20%C3%BDulo.)

Capital (2016) Sexualidad: 15 de cada 100 parejas padecen de infertilidad en Perú. Lima. Recuperado de <https://capital.pe/actualidad/sexualidad-15-de-cada-100-parejas-padecen-de-infertilidad-en-el-peru-noticia-990265>

Cieza Mora, Jairo (2020). *El vientre de alquiler en el Perú ¿es posible?*. Ius 360. Recuperado de: <https://ius360.com/privado/el-ventre-de-alquiler-jairo-cieza/>

Garcés Peralta, C (2016) *Ventre de alquiler, maternidad subrogada o gestación por sustitución: ¿Debe el derecho evitar los abusos?* Ius 360. Recuperado de: <http://ius360.com/jornadas/ventre-de-alquiler-maternidad-subrogada-o-gestacion-por-sustitucion-debe-el-derecho-evitar-los-abusos/>

Legis Perú (2016) Vientres de alquiler Los siete casos más extraordinarios de maternidad subrogada. Lima. Recuperado de <https://lpderecho.pe/vientres-de-alquiler-los-siete-casos-mas-extraordinarios-de-maternidad-subrogada/>

Organización Mundial de la Salud. Salud sexual y reproductivas. Recopilado de <https://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/definitions/en/>

PENSAMIENTO CIVIL (2018) Maternidad subrogada: Fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recopilado de <https://www.pensamientocivil.com.ar/3547-maternidad-subrogada-fallo-corte-interamericana-derechos-humanos>

Rodriguez Angobaldo, (2018) ¿Puede RENIEC negarse a inscribir la paternidad y maternidad sobre menores nacidos, vía útero subrogado, en personas distintas a la “madre gestante”? Recuperado de <https://er.com.pe/jurisprudencia-septiembre-18/>

Saavedra Velazco, R (2018). La maternidad subrogada. Enfoque Derecho. Video recuperado de: <https://www.enfoquederecho.com/2018/10/05/la-maternidad-subrogada-renzo-saavedra/>