

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA**

**ESCUELA DE POST GRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO DE FAMILIA**



**“NECESIDAD DE REGULACIÓN JURÍDICA DE LA  
MATERNIDAD SUBROGADA, AREQUIPA 2013”**

Tesis Presentado por el Bachiller:

**JOSUÉ ZALDÍVAR CERPA**

Para optar el Grado Académico de:

**MAESTRO EN DERECHO DE  
FAMILIA**

**AREQUIPA - PERÚ**

**2016**



*Dedicado a mi Señor Jesucristo, mi  
salvador y a mis padres por su constante  
apoyo en la elaboración de la presente*

## ÍNDICE

<b>RESUMEN</b>	<b>06</b>
<b>ABSTRACT</b>	<b>09</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>12</b>

### CAPÍTULO I

#### ASPECTOS CONCEPTUALES SOBRE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

1.1.	DEFINICIÓN DE DERECHO GENÉTICO _____	15
1.2.	DERECHO A LA REPRODUCCIÓN HUMANA _____	20
1.3.	DEFINICIÓN DE TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA _____	24
1.4.	ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA _____	27
1.5.	CLASIFICACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA _____	30
1.5.1.	FERTILIZACIÓN IN VITRO _____	30
1.5.1.1.	CLASES DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO _____	33
1.5.1.2.	INSEMINACIÓN ARTIFICIAL _____	34
1.5.1.3.	CONGELAMIENTO DE EMBRIONES _____	36
1.5.1.4.	LA MATERNIDAD SUBROGADA _____	39
1.5.1.5.	CLASES DE MATERNIDAD SUBROGADA _____	45
1.6.	CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA _____	50
1.7.	INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO _____	54

1.8.	DERECHO DEL NIÑO A LA IDENTIDAD _____	55
1.9.	FILIACIÓN _____	57
1.10	PROBLEMAS GENERADOS _____	60
1.11	TEORÍAS SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA _____	61

## CAPÍTULO II

### MARCO LEGAL SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA

2.1.	DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS _____	63
2.2.	DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE _____	66
2.3.	CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS _____	67
2.4.	CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER _____	68
2.5.	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ _____	69
2.6.	CÓDIGO CIVIL _____	70
2.7.	CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO _____	77
2.8.	CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES _____	82
2.9.	LEY GENERAL DE SALUD _____	83
2.10.	ANÁLISIS DE CASOS CONCRETOS DE LA JURISPRUDENCIA PERUANA _____	89
2.10.1.	SENTENCIA DE LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA CASACIÓN 5003-2007-LIMA _____	89
2.10.2.	EXPEDIENTE N° 183515-2006-00113, JUZGADO DÉCIMO QUINTO DE FAMILIA DE LIMA _____	91

2.10.3.	CASACIÓN N° 4323-2010-LIMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA CIVIL PERMANENTE _____	95
2.10.4.	CASACIÓN N° 563-2011-LIMA _____	97
2.11.	LEGISLACIÓN COMPARADA _____	99
2.11.1.	CHILE _____	100
2.11.2.	ESPAÑA _____	101
2.11.3.	FRANCIA _____	103
<b>CAPÍTULO III</b>		
<b>PRESENTACIÓN DE RESULTADOS</b>		
3.1.	ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LA ENCUESTA APLICADA A LOS ABOGADOS _____	105
3.2.	ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LA ENCUESTA APLICADA A LOS MÉDICOS _____	127
	<b>CONCLUSIONES</b> _____	<b>145</b>
	<b>SUGERENCIAS</b> _____	<b>148</b>
	<b>PROPUESTA DE PROYECTO DE LEY</b> _____	<b>149</b>
	<b>BIBLIOGRAFÍA</b> _____	<b>155</b>
	<b>PROYECTO DE INVESTIGACIÓN</b> _____	<b>160</b>
	<b>ANEXOS</b> _____	<b>187</b>

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación titulado: NECESIDAD DE REGULACIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA, AREQUIPA 2013.

La variable independiente es maternidad subrogada y tiene como indicadores: contrato de maternidad subrogada, derecho del niño a la identidad embrioclonación y ovodonación. La variable dependiente es necesidad de regulación jurídica y tiene como indicadores: legalidad de la maternidad tradicional y maternidad gestacional.

Los objetivos planteados fueron

- a) Determinar si existe la necesidad jurídica de regular la maternidad subrogada.
- b) Precisar las características que viene generando la aplicación de la técnica de la maternidad subrogada.
- c) Plantear una legislación específica que regule las prácticas de maternidad subrogada

La hipótesis es:

Dado que se viene aplicando diversos métodos de reproducción asistida entre ellos la maternidad subrogada y se aprecia en las diversas casaciones que las respuestas jurisprudenciales denotan diversas interpretaciones.

Es probable que la maternidad subrogada esté generando incertidumbre en el campo médico y legal en perjuicio de los usuarios y niños que nacen bajo esta técnica, siendo necesario y urgente su regulación legal.

Este trabajo arriba a las siguientes conclusiones:

1. En nuestro país se presenta la carencia de una ley sobre reproducción humana asistida y dentro de ella la maternidad subrogada. Esta situación en el futuro podría generar conflictos legales entre los padres así como en los aspectos de maternidad, paternidad, derecho sucesorio, derecho de los hijos frente a los padres y filiación. Ante esta situación es imperativo considerar la promulgación de una ley sobre reproducción humana asistida que sea exhaustiva de todas las situaciones previsibles para evitar situaciones anárquicas y conflictivas con la consecuente vulneración de derechos a la persona.
2. El Código Civil no establece dispositivos legales sobre la reproducción humana asistida y de modo concreto sobre la maternidad subrogada. Siendo necesario considerar que existe de manera aislada la Ley General de Salud en su artículo 7 que establece que la condición de madre genética coincidirá con la de la madre gestante como regla

3. En el análisis de la jurisprudencia peruana de la maternidad subrogada a través de las sentencias, se observa que son casos complejos que son tratados con poca consistencia en los fundamentos y no son estudiadas detenidamente debido a que predomina para los juzgadores el principio de interés superior del niño. Más no se aprecia aspectos de fondo como son los conceptos de “maternidad” y “paternidad” que deben ser reconstruidos y valorados de acuerdo al progreso tecnológico y del mismo modo no se observa las nuevas y probables formas de vínculo afectivos generando toda esta situación incertidumbre en el ámbito jurídico.
4. Un 44% de abogados encuestados expresan que se abstienen de responder sobre la legalidad de la maternidad subrogada. Esta situación revela incertidumbre por la complejidad que genera la maternidad subrogada. Ante esta situación es necesario que los congresistas analicen detenidamente esta problemática para posteriormente plantear su regulación jurídica.
5. Un 45% de médicos encuestados no sabría que hacer sobre quien sería la madre del niño en el caso de la maternidad subrogada. Si sería a favor de la madre que concibe o si sería a favor de la madre que dona los gametos. Esta situación reafirma la necesidad de una regulación jurídica sobre esta materia.
6. A lo largo de este trabajo por medio del análisis de la legislación como la Constitución Política, el Código Civil, y Ley General de Salud así como el análisis de la jurisprudencia y también de las encuestas aplicadas a los abogados y médicos se observa de modo indudable la existencia de un vacío legal sobre la maternidad subrogada y por ello con la finalidad de evitar conflictos jurídicos en el futuro y para que exista seguridad jurídica es imprescindible la promulgación de una ley sobre este tema. Por lo tanto la hipótesis ha sido confirmada.

## ABSTRACT

This research work entitled: NEED FOR LEGAL REGULATION SURROGACY, AREQUIPA 2013.

The independent variable is Gestational Carrier and its indicators: Maternity Contract surrogate, the child's right to identity and Egg Donation embrioclonación. The dependent variable is need for legal regulation and its indicators: Legality of traditional motherhood and surrogacy.

The objectives were:

- a) Determine whether there is a legal need to regulate surrogacy.
- b) Specify the characteristics that are generating the application of the technique of surrogacy.
- c) Ask a specific legislation governing surrogacy practices.

The hypothesis is:

Since it has been several methods including assisted reproduction and surrogacy can be seen in the various matchings Answers indicate that the jurisprudential interpretation.

It is likely that surrogacy is creating uncertainty in the medical and legal field to the detriment of users and children born under this technique, requiring urgent legal regulation.

This paper makes the following conclusions:

1. In our country, the lack of a law on assisted human reproduction and within surrogacy is presented. This situation could result in future legal disputes between parents as well as aspects of maternity, paternity, inheritance rights, rights of children against parents and affiliation. In this situation it is imperative to consider enacting a law on assisted human reproduction to be exhaustive of all foreseeable situations to avoid anarchy and conflict situations with the consequent infringement of rights to the person.

2. The Civil Code does not provide legal provisions on assisted human reproduction and concretely about surrogacy. Is necessary to consider that there is a tacit ban on the General Health Law in Article 7 which states that the status of genetic mother should match that of the pregnant mother.

3. In the analysis of the Peruvian jurisprudence of the maternity subrogated through the sentences , it is Observed That They are complex cases That Are Treated with little consistency in the foundations and They are not Studied attentively Because the principle of the boy's superior interest prevails for the judges . Plus it is not appreciated aspects like bottom They are the concepts of "maternity" and "paternity" That should be reconstructed and valued according to the technological progress and in the same way it is not Observed the affective bond new and probably generating This whole forms juridical situation uncertainty in the environment.

4. 44 % of lawyers interviewed expresses that they abstain from responding about the legality of the subrogated maternity. This situation reveals the complexity uncertainty for the subrogated That Generates maternity. This Situation Before

it is necessary that the congress members attentively analyze this problem stops it later on to outline their artificial regulation.

5. 45% of physicians surveyed do not know about who would be the mother of the child in the case of surrogacy. If you would be in favor of the mother who conceives or be in favor of the mother who donated gametes. This reaffirms the need for legal regulation on this matter.

6. Throughout this paper through the analysis of law and the Constitution, the Civil Code and Health Act and the analysis of the case law and the surveys of lawyers and doctors seen so undeniably the existence of a legal vacuum on surrogacy and therefore in order to avoid legal conflicts in the future and that there is legal certainty is essential to the enactment of a law on this subject. Thus the hypothesis was confirmed.

## INTRODUCCIÓN

En nuestro país la maternidad subrogada es un tema de actualidad esencialmente en el ámbito jurídico y social. No se puede desconocer los avances vertiginosos que existen en la ciencia y en la tecnología con relación a la reproducción humana asistida y todo ello genera diversos problemas en la concepción humana, en la familia y en la sociedad.

Es evidente que en nuestro país se presenta un vacío legal sobre la reproducción humana asistida y de modo concreto sobre la maternidad subrogada que puede generar inseguridad jurídica, así como la posibilidad que científicos sin escrúpulos realicen diversos experimentos genéticos sin ningún tipo de control jurídico.

Las normas legales deben establecer la libertad de procrear de toda persona y en caso de esterilidad o infertilidad, el individuo puede contar con la posibilidad de recurrir a técnicas de reproducción humana asistida. Sin embargo, dicha libertad debe sujetarse a ciertas pautas que posibiliten conciliar aquella libertad con el interés del hijo que será el resultado final de la decisión que deberán hacer los progenitores.

Dentro de este contexto es vital tener en cuenta el interés superior del niño, así como tener presente a la familia que es la célula de la sociedad, todo ello para el desarrollo de la personalidad en plenitud y armonía del niño.

La presente investigación ha sido motivada por el interés de conocer y examinar los aspectos más relevantes sobre la existencia y el vacío legal acerca de la maternidad subrogada que podría generar inseguridad jurídica. Ante ello es indispensable su normatividad legal para evitar conflictos legales sobre filiación, paternidad, derechos sucesorios entre otros.

La presente tesis se encuentra dividida en tres capítulos. El primer capítulo trata sobre los aspectos teóricos más importantes sobre la reproducción humana asistida, enfatizando en la maternidad subrogada.

En el segundo capítulo se presente la legislación internacional y los dispositivos legales a nivel nacional, así como la respectiva legislación comparada.

En el tercer capítulo tratamos los resultados de la encuesta aplicada a los abogados y médicos.

Finalmente entregamos las conclusiones, sugerencias, bibliografía y los respectivos anexos.

La presente tesis ha sido realizada con la mayor voluntad posible y las críticas constructivas serán tomadas en cuenta para superarnos en nuestra formación profesional.



## CAPÍTULO I

### ASPECTOS CONCEPTUALES SOBRE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

#### 1.1. DEFINICIÓN DE DERECHO GENÉTICO

En primer lugar, la genética es la rama de la biología, que estudia cómo se transmiten los caracteres físicos, bioquímicos y de comportamiento de progenitores a hijos.<sup>1</sup>

La genética surgió en 1900, cuando varios investigadores descubrieron el trabajo de Gregor Mendel. Descubrió que los caracteres se heredaban como unidades separadas, y cada una de ellas lo hacía de manera independiente con respecto a las otras. Explicó que cada padre tiene pares de unidades, pero que sólo aporta una unidad de cada pareja a su descendiente. Posteriormente las unidades descritas por Mendel se denominaron genes.

La genética es la disciplina de la biología en la cual se permite estudiar los mecanismos que rigen los procesos de la herencia biológica, es decir que la genética estudia la forma que los seres vivos transmiten sus características a sus descendientes. Un gen es la unidad mínima de información genética, un fragmento de ADN que presenta información heredable que se transmite de una generación a la siguiente.

---

<sup>1</sup> <http://www.profesorenlinea.cl/Ciencias/Genetica.htm>

Se aprecia que el escaso pero importante, desarme en los principios tradicionales del derecho, producto del avance acelerado de la biotecnología y la genética, ha dado lugar al nacimiento del derecho genético –así denominado por el abogado Enrique Varsi Rospigliosi-.

El Derecho Genético es también conocido como bioderecho, derecho del genoma humano, etc. Esta reciente rama del derecho pretende proteger los derechos de las personas ante los problemas que se suscitan debido al avance de la ingeniería genética y la manipulación del ADN.

Se aprecia que no solo el avance de la medicina, la biotecnología y la genética obligan al derecho a modernizarse. Es el avance conjunto de la ciencia el que exige una normatividad que proteja los derechos de las personas. En este sentido el avance de la informática, transversal a casi todas las ramas de la actividad y el conocimiento humano, es también una gran dinamizadora de los cambios en el derecho y en el surgimiento de lo que llamamos derechos de tercera generación.

El Derecho Genético surge de forma especial como una respuesta a los avances de la genética, y nace para precautelar los derechos más íntimos del ser humano y para regular la actividad de los sujetos que están inmersos dentro los avances de la ingeniería genética.

El derecho a través de una coordinación ética imperativa regula la vida humana recurriendo al auxilio de las demás ciencias, a fin de crear un marco eficiente de protección a la persona.

En este contexto el derecho genético es el conjunto de normas legales que regulan la manipulación genética e intervención directa en la estructura genética del ser

humano, la sustitución de genes, el aumento o disminución de genes y la mutación de genes en el código genético.<sup>2</sup>

Podríamos dar dos definiciones de derecho genético.

Una general, en la que entenderíamos que el derecho genético es la rama del derecho que regula el desarrollo de la ciencia llamada genética y sus consecuencias sobre el ser humano, además, claro está, de normar las actividades técnicas o científicas relacionadas con la composición genética del ser humano.

Y una especial o dirigida, mediante la que definiríamos al derecho genético como la parte del Derecho que se encarga de regular la influencia de las bioéticas procreática, genómica y transcriptómica en el ser humano.<sup>3</sup>

La limitación de esta última definición está dada en el hecho de que la ciencia médica, y en especial la genética y la ingeniería genética, avanza a pasos tan agigantados que una definición técnica puede quedar desfasada muy fácilmente.

En lo que sí debemos estar de acuerdo es en que el derecho genético ha surgido como un área del derecho que otorga una protección y seguridad jurídica al ser humano y a las relaciones sociales consecuentes de los avances de la ciencia genética.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> <http://www.buenastareas.com/ensayos/Derecho-Genetico/7534365.html>

<sup>3</sup> <http://issuu.com/evarsi/docs/varsicap2>

<sup>4</sup> <http://issuu.com/evarsi/docs/varsicap2/6>

El Derecho Genético regula la aplicación de los procedimientos genéticos y su relación con el ser humano. En este sentido su fin es dar pautas de protección legal evitando perjuicios en el hombre y su correspondiente repercusión en la humanidad.

El Derecho Genético es el conjunto de normas e instituciones jurídicas que regulan la manipulación genética e intervención directa en la estructura genética del ser humano, y de los demás seres vivos, la sustitución de genes, el aumento o disminución de genes y la mutación de genes en el código genético.<sup>5</sup>

Enrique Varsi Rospigliosi define a este Derecho como “la rama del Derecho que regula el desarrollo de la ciencia genética y su influencia sobre el ser humano. Es decir, se encarga de estudiar y normar todas aquellas actividades técnicas o científicas relacionadas con la composición genética del hombre”.<sup>6</sup>

El Derecho, mediante una coordinación ética-imperativa, regula la vida humana recorriendo al auxilio de las demás ciencias, a fin de crear un marco eficiente de protección a la persona.

Los sujetos del Derecho Genético pueden ser activos y pasivos, de acuerdo al rol que desempeñen en los actos regulados por este derecho.

Los sujetos activos son todos aquellos técnicos y profesionales, que realicen intervenciones y/o manipulaciones genéticas, como ser: científicos, médicos y personal especializado.

---

<sup>5</sup> <http://www.buenastareas.com/ensayos/Derecho-Genetico/7534365.html>

<sup>6</sup> VARI ROPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético: Principios Generales*. Editorial Grijley - 4ta. Edición, Lima 2001. Pág. 34.

Los sujetos pasivos son las personas nacidas o los concebidos no natos, estén o no dentro del vientre materno, con capacidad jurídica o incapacidad jurídica absoluta o relativa, que se ven afectados positiva o negativamente, voluntaria o involuntariamente, por acciones que alteren su código genético.

El Derecho Genético es una rama muy reciente del Derecho que está referida a la protección de la vida humana básicamente a la aplicación de los avances técnicos o científicos vinculados con la composición genética de la persona.

Consideramos que los derechos humanos requieren una mejor protección esencialmente en lo referido a la dignidad humana que se ha vuelto en los últimos tiempos vulnerado por efecto de la instrumentalización de la persona a través de las pruebas genéticas que violan en algunas oportunidades derechos fundamentales, otras en el sometimiento a investigación científica y experimentación de los genomas. Los avances en los descubrimientos realizados en la genética humana generan asombros debido a que básicamente se desconocen los efectos futuros para el ser humano y esta situación genera esencialmente la posibilidad de vulnerarse los derechos humanos. Esto puede conducir incluso a vulnerar su dignidad

El Derecho Genético trata de temas complejos y heterogéneos lo que genera una diversidad de intereses en algunas ocasiones contrapuestos o contradictorios lo que crea conflictos jurídicos y sociales.

Sin embargo, en nuestro país se habla de un Derecho Genético además se ha desarrollado aspectos jurídicos coherentes y solo falta la legislación para proteger a las personas de los avances de la genética.

En el derecho comparado el Derecho Genético tiene una regulación variada, es decir, su normativización es diversa y difiere de acuerdo con el lugar en el cual se aplica. El avance vertiginoso de los aspectos biocientíficos ha determinado de acuerdo con cada país una política legislativa especial que va desde la regulación jurídica específica, es decir, taxativa –normándose cada avance, cada nuevo descubrimiento- hasta la regulación jurídica general, aquella sustentada en principios rectores –pautas o bases- que canalizan dicha materia.<sup>7</sup>

## 1.2. DERECHO A LA REPRODUCCIÓN HUMANA

La reproducción humana es un hecho natural y biológico por el cual hombre y mujer procrean un nuevo ser fruto de su unión sexual, dentro de los vínculos matrimoniales o extramatrimoniales.

Sin embargo en la reproducción humana se pueden presentar casos de infertilidad y esterilidad. La primera es definida como la falta de aptitud para fecundar en el hombre y para concebir en la mujer, permitiendo el acceso carnal, pero no así la reproducción. “Por pareja estéril se entiende a un hombre y una mujer que buscan la procreación de un nuevo ser de manera biológica y que presenta una incapacidad para concebir, es decir, la unión de los gametos masculinos y femeninos no puede darse bajo ninguna circunstancia”<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> <http://issuu.com/evarsi/docs/varsi-cap9>

<sup>8</sup> ARRIGHI, Arturo y COGORNO, Miguel. *Infertilidad*, en Tozzini, Roberto Ítalo, *Esterilidad e infertilidad humanas*, 2a. ed., Médica Panamericana, Buenos Aires 1992, Pág. 352.

Efraín Pérez Peña señala que la esterilidad es la incapacidad de una pareja para lograr una concepción después de un año de relaciones sexuales sin protección anticonceptiva.<sup>9</sup>

La esterilidad es la incapacidad para engendrar hijos, y es un hecho muy frecuente, más de lo que la mayoría de personas creen. El periodo de tiempo que las parejas normales necesitan para lograr el embarazo varía mucho de unos casos a otros.

Sin embargo, con el avance de la ciencia se han descubierto técnicas por las cuales los seres humanos que de forma natural no pueden crear vida (tanto hombre o mujer ya sea por deficiencia en la calidad o cantidad de sus gametos) pueden, con la ayuda de la ciencia médica lograr tener descendencia. Estas técnicas son las llamadas TERAS, Técnicas de Reproducción Humana Asistida, definidas como métodos destinados a suplir la infertilidad en los seres humanos, logrando satisfacer el derecho a la procreación, entendido como aquella facultad individual que tiene la persona para procrear con quien quiera, cuando quiera y como quiera<sup>10</sup>

La procreación en el hombre usualmente es el resultado de mantener relaciones sexuales entre la pareja, es decir hay un coito, ya sea esto con amor o no. Pero a manera que avanzó el tiempo se pudo apreciar que también puede la reproducción humana puede no ser producto solamente del acto sexual, sino de procedimientos técnicos y científicos.

---

<sup>9</sup> PÉREZ PEÑA, Efraín. *Infertilidad, esterilidad y endocrinología de la reproducción, un enfoque integral*. Editorial Salvat. México. 1995. Pág.11.

<sup>10</sup> MEDINA, Graciela. *Derecho a la procreación*, citado por Varsi Rospigliosi Enrique, en *Derecho Genético*. Cuarta Edición. Editorial Grijley. Lima. 2001. Pág. 252.

Esta reproducción asistida repercute en el derecho y en la realidad biológica, y si esta es perjudicada repercutirá en la vida de las personas.

La ciencia médica define a la maternidad como la relación que se establece por la procedencia del óvulo a partir de la madre. A su vez, distingue como “maternidad gestacional” a aquella otra referida a quien ha llevado a cabo la gestación.

Para Claudia Morán de Vicenzi<sup>11</sup> al referirse a la procreación humana señala lo siguiente.

“La procreación entendida como un hecho natural y humano no sólo permite la perpetuación de la especie. Esta inclinación natural puede frustrarse cuando uno o ambos miembros de la pareja carecen de la capacidad natural de procrear, situación que puede acarrear problemas personales de tipo psicológico o desavenencias en las relaciones de pareja.

El desarrollo de las técnicas de procreación artificial ha permitido que estas personas puedan llegar a convertirse en progenitores o padres sociales mediante el empleo de su propio material genético o el de terceras personas. De igual forma y en época reciente, también se utilizan estas técnicas con el fin de disminuir o evitar el riesgo de transmisión de enfermedades genéticas hereditarias, o como medio para satisfacer el ideal de paternidad o maternidad de aquellas personas que no comparten ni desean compartir su vida con una pareja.

Para el jurista Zarraluqui por su parte señala lo siguiente: “La aspiración de todo ser humano a la paternidad y las posibilidades ofrecidas por las técnicas de fecundación

---

<sup>11</sup> MORAN DE VICENZI, Claudia. *El concepto de filiación en la fecundación artificial*. Universidad de Piura. Editorial Ara Editores, Colección jurídica. Piura 2005. Pág. 162.

artificial, han llevado a defender la existencia del “derecho a procrear” o “derecho a la procreación humana”<sup>12</sup>.

Según Enrique Varsi Rospligiosi:

“El derecho de procreación no es un derecho absoluto sino relativo. Es decir, la capacidad de procrear de la persona no es ilimitada sino que debe ser realizada dentro de ciertos parámetros esenciales. Uno de ellos es la defensa, respeto y consideración que se debe tener con la vida a generarse”<sup>13</sup>.

Máximo Borrel establece que por fecundación artificial o asistida, debe entenderse como “conjunto de procedimientos que tienden a conseguir las condiciones adecuadas para el encuentro y la sucesiva fusión de dos células procreadoras: óvulo y espermatozoide”. Por reproducción humana asistida, debemos entender a aquel proceso en el cual participan, además de los progenitores, el hombre con la tecnología, ya sea corpórea o extracorpóreamente, con la finalidad de lograr la fusión de dos gametos masculino y femenino, buscando con éxito la concepción para dar como resultado un embrión.<sup>14</sup>

La procreación es una actividad natural, bilateral, libre y decidido por la pareja de manera no puede ser delimitado ni mucho menos violentado en su esencia. El Estado debe brindar una atención especial en materia de salud reproductiva y esta es una labor bastante extensa que no se agota solo en el tema de la paternidad

---

<sup>12</sup> ZARRALUQUI SÁNCHEZ- Luis. *Procreación asistida y derechos fundamentales*. Editorial Bosch. Madrid. 1988. Pág. 66.

<sup>13</sup> VARI ROSPLIGIOSI, Enrique. *Derecho Genético. Principios Generales*.- 4ta. Edición. Editorial Grijley. Lima. 2001. Pág. 253.

<sup>14</sup> BORREL, Máximo. *Hombre ciencia y tecnología*. Editorial Universitaria. Madrid. 1991. Pág. 1249.

responsable sino que va desde la enseñanza escolar hasta el cuidado de madre gestante.

### 1.3. DEFINICIÓN DE TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Se denomina reproducción asistida a cualquier método artificial que se usa para mejorar las probabilidades de lograr un embarazo. Las técnicas empleadas pueden ser de baja o alta complejidad. Entre las primeras se encuentran la inducción de la ovulación por medios farmacológicos; la hiperestimulación ovárica controlada, a través de la cual se selecciona y madura más de un óvulo para incrementar la probabilidad de embarazo; y la inseminación artificial intrauterina, que consiste en la preparación artificial del semen y su introducción en la cavidad intrauterina por medio de un catéter.

Las Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS) son aquellos métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia.<sup>15</sup>

Se considera que las Técnicas de Reproducción Asistida que en adelante llamaremos TERAS, tienen por finalidad exclusiva el logro de la satisfacción y la concreción del derecho de procreación; en esa misma línea hay quienes señalan: “Las técnicas de reproducción humana asistida son los métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad de las personas”<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> [http://escribiendoderecho.blogspot.com/2009\\_07\\_01\\_archive.html](http://escribiendoderecho.blogspot.com/2009_07_01_archive.html)

<sup>16</sup> TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Negocio Jurídico, Contrato y Responsabilidad Civil*. Editorial Grijley. Lima. 2006. Pág. 271

Con el adelanto tecnológico, y la revolución que este origina, ha trascendido hasta en las relaciones sexuales reproductoras de las personas. Poco tiempo atrás la pareja solamente podía tener hijos a través de las relaciones sexuales.

Al respecto Clara Mosquera Vásquez expresa que:

“Son métodos de colaboración que permiten a las personas infértiles la posibilidad de tener descendencia. Estas técnicas, que son el producto del avance de la ciencia, son de dos clases. La inseminación artificial y la fecundación extrauterina”.<sup>17</sup>

Los modernos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos en el campo de la biotecnología, han posibilitado entre muchos otros aspectos la utilización de técnicas de reproducción humana tendientes a derrotar factores como la infertilidad, esterilidad y otros, y son generalmente conocidos como técnicas de reproducción asistida o artificial.

Las técnicas de reproducción asistida han logrado cambiar aún más la concepción clásica o tradicional de la familia, lo cual se debe al hecho de que permiten procrear, en un sentido amplio, a colectivos de personas que antes no podían.<sup>18</sup>

Esta procreación ayudada trae repercusión en el mundo jurídico y en la realidad biológica, y si ésta es perjudicada trae consecuencias en la vida de las personas.

En la aplicación de las técnicas de reproducción asistida (TERAS), podemos distinguir claramente diversos intereses y derechos involucrados, correspondientes a cada una de las personas que participan en ellas. En este sentido, frecuentemente se

---

<sup>17</sup> MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara. *Derecho y Genoma Humano*. Editorial San Marcos. Lima 1997. Pág. 32.

<sup>18</sup> <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/200206-6561322410231411.html>

analiza la problemática de las técnicas de reproducción asistida desde el punto de vista de la pareja, hombre o mujer (unidos o no por matrimonio), que se someten a ellas para tener un hijo, o desde la perspectiva del tercero (donante de gametos o madre sustituta). Muchas veces se posterga la protección del hijo privilegiando los intereses de los padres y de los terceros, olvidándose que es justamente el hijo el que mayor amparo requiere por su incapacidad de defender sus derechos por sí mismo.<sup>19</sup>

Frecuentemente se analiza la problemática de las técnicas de reproducción asistida sólo o, en gran medida, desde el punto de vista de la pareja, hombre o mujer (unidos o no por matrimonio), que se someten a ellas para tener un hijo, o desde la perspectiva del tercero. Muchas veces se posterga la protección del hijo privilegiando los intereses de los padres y de los terceros, olvidándose de que es justamente el hijo el que mayor amparo requiere por su incapacidad de defender sus derechos por sí mismo.<sup>20</sup>

En los posibles conflictos de intereses que suscitan las técnicas de reproducción asistida entre sus distintos partícipes, consideramos que es el interés del hijo el que debe primar, con el objeto de hacer efectiva la tutela de sus derechos fundamentales, teniendo presente que ello no puede llevarnos a considerar como absolutos los derechos de los hijos frente a los demás involucrados.

---

<sup>19</sup> [http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-0950200000100002&script=sci\\_arttext](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-0950200000100002&script=sci_arttext)

<sup>20</sup> [http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-0950200000100002&script=sci\\_arttext](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-0950200000100002&script=sci_arttext)

#### 1.4. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Los primeros experimentos científicos en el campo de la reproducción humana datan de doscientos años atrás, pero es en el siglo XX y, concretamente, a partir de la década del cuarenta cuando los experimentos que se habían logrado con animales se extienden a los seres humanos con mayor frecuencia. Figuran, en la lista de los médicos que trabajaron este tema, Lamdium y Shettles (1953), Petrov (1958) y Moricard (1959).<sup>21</sup>

La reproducción asistida tiene una fecha de nacimiento. Fue en 1782, cuando el monje italiano Lazzaro Spallanzani inseminó artificialmente a una hembra canina y logró su preñez.<sup>22</sup>

En 1804 el profesor francés Thouret fecundó a una mujer estéril con una inyección intra-vaginal utilizando su propio semen, constituyendo así el primer antecedente de inseminación con material genético de un donante. En 1799 Hunter obtuvo un éxito total en la aplicación a una mujer con el espermio de su esposo.

Tenemos conocimiento que el primer antecedente de fecundación extra-corpórea data en 1930 cuando un zoólogo británico Gregory Goodwin activó artificialmente un óvulo no fecundado de una coneja, logrando así el primer parto de un conejito sin padre. También tenemos el conocido hecho los biólogos Rock y Menkin quienes lograron fecundaciones in vitro, pero fracasaron al querer perdurar la vida del embrión por más de seis días

---

<sup>21</sup><http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:rckQJGlxOXcJ:revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/3101/2939+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=pe>

<sup>22</sup> <http://www.fvet.uba.ar/reprodasist.htm>

Desde allí a la fecha se han logrado avances significativos, desde el establecimiento de bancos de espermatozoides en la década de 1940 en EE.UU. hasta la fecundación de un óvulo en el laboratorio para luego implantarlo en la mujer de quien provenía, lo que se consiguió el 25 de julio de 1978 en Inglaterra con el nacimiento de Louise Brown, este hecho fue logrado gracias a los doctores Thibault, Steptoe y Edwards. Este acontecimiento que conmocionó a la humanidad y la opinión en contra de la Iglesia Católica, se presentaba entonces (y aún lo está) el problema de saber si es moralmente aceptable una práctica biológica como la operada en el laboratorio, si la esterilidad implica algún tipo de sufrimiento y si la adopción es lo suficientemente satisfactoria para cubrir el deseo de la maternidad o paternidad frustrados<sup>23</sup>.

Cabe resaltar que el científico-biólogo italiano Daniel Petrucci, quien entre los años 1960 y 1961 obtuvo el desarrollo de embriones in vitro, logrando que uno se mantuviera con vida —en el tubo de ensayo— por más de 60 días. El hecho motivó una serie de cuestionamientos, que originó en el galeno la interrupción de su experimento, y esto a pedido de la Iglesia Católica.

En lo que se refiere a la maternidad subrogada como tal, este término fue acuñado por Noel Keane, un abogado de Michigan, que en 1976 abrió la primera agencia de alquiler de vientres. Al principio solo ofrecía programas de maternidad subrogada tradicional, utilizando un ovulo de la madre de alquiler fecundado con el semen del padre biológico. Debido a los esfuerzos del abogado, para el año 1988 nacieron 302 niños.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*. Editorial Huallaga. Lima. 2004. Pág. 115.

<sup>24</sup> <http://www.surrogacy.ru/es/history.php>

En los EE.UU, en 1979, tomando como modelo el “Uniform Parentage Act”, unos ocho Estados, entre ellos California, permitieron mediante leyes la inseminación artificial heteróloga con consentimiento del marido, tornándolo padre por este hecho. Desde esa fecha unos veintinueve Estados han acogido jurisprudencialmente esta solución. En 1981, en Nueva Jersey, los jueces decidieron que el consentimiento del marido a la inseminación de la esposa se presumía a menos que se demostrara lo contrario.

Estas soluciones tienen como base la reserva de la identidad del dador, la que sólo podrá ser revelada por justa causa, como señala la legislación norteamericana, en el caso que el niño hubiera sido abandonado o no pudiera haber sido insertado en una familia.

En 1981, en Australia, se congeló por primera vez un embrión durante 4 meses en nitrógeno líquido a una temperatura de 200° bajo cero y se lo implantó posteriormente en el útero de Margaret Brocks, naciendo John Brian James, primer bebé producto de ese proceso.<sup>25</sup>

En el Perú, el 27 de febrero de 1989, se dio el nacimiento de la primera niña concebida mediante esta técnica, pero se resalta que el proceso de fecundación fue realizado en Colombia.

En julio de 1994 una mujer italiana posmenopáusica de 63 años alcanzó llevar a término un embarazo a partir de un óvulo donado y artificialmente inseminado, y se convirtió en la primera madre-abuela. Casos de esta naturaleza plantean el debate, tomando en cuenta que si es problemático el que una mujer de edad

---

<sup>25</sup> <http://iarongas.blogspot.com/2008/06/crnica.html>

avanzada tenga un hijo de forma natural, tenerlo obtenerlo mediante la fecundación artificial es más problemático, ya que no sólo se le niega al niño nacer por el medio natural, sino que en cuestión de tiempo se presenta un desfase cronológico entre la madre e hijo.

## 1.5. CLASIFICACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

### 1.5.1. FERTILIZACIÓN IN VITRO

In Vitro proveniente del latín que significa “dentro del vidrio”, indica que la fertilización se realiza en el laboratorio, en una cápsula, y se trata de una fertilización extracorpórea (fuera del cuerpo). Entonces, la Fertilización In Vitro es un método de reproducción asistida en el cual los espermatozoides y los ovocitos se unen fuera del cuerpo en una cápsula de laboratorio. Si la fertilización tiene éxito, el embrión resultante es transferido al útero donde se implantará por sí solo. La Fertilización In Vitro es una razonable elección para parejas que tienen infertilidad.

“Por fecundación in vitro (FIV) se entiende la fecundación en condiciones de laboratorio de un óvulo previamente extraído quirúrgicamente de la mujer por un espermatozoide”.<sup>26</sup> Los óvulos se obtienen mediante laparoscopia o "exploración visual de la cavidad peritoneal". Una vez fecundados, un cierto número de embriones son trasladados o transferidos al útero (FIVTE), cuando éstos están en condiciones apropiadas para la anidación.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> RAMÓN LACADENA, Juan. *Glosario de términos científicos referentes a la reproducción humana, en sus aspectos biológicos naturales y artificiales*. En Javier Gafo, ed.: *Nuevas técnicas de reproducción humana*. Universidad Pontificia Comillas. Madrid. 1986. Pág. 199.

<sup>27</sup> <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc21/21-7.pdf>

Miguel Ángel Soto Lamadrid expresa que: “la técnica de fecundación in vitro consiste básicamente en reproducir el proceso de fecundación del óvulo que normalmente ocurre en la parte superior de las trompas de Falopio, cuando obstáculos insuperables impiden que este fenómeno se realice intracorporeo”<sup>28</sup>.

La fecundación in vitro es un procedimiento de laboratorio mediante el cual, expertos en la materia, manipulan los gametos obtenidos de la pareja o donados por terceras personas, hasta lograr la fecundación en tubos de ensayo que luego es transferida al vientre de la madre para el desarrollo normal del embarazo.

“La fecundación in Vitro consiste en la fecundación extracorpórea de los gametos masculino y femenino en un ambiente creado en el laboratorio que reproduce el de las trompas de Falopio. Posteriormente se realiza la transferencia del embrión al útero de la mujer. Si no surgen complicaciones la gestación continuará normalmente”<sup>29</sup>.

Esta técnica deduce que se une un óvulo con un espermatozoide en una placa de laboratorio y son colocados en una incubadora, y luego que ocurre la fertilización, el embrión resultante es transferido al útero materno donde se le implantará. Esta técnica implica una manipulación de los óvulos, justamente siendo el problema dicha manipulación y una posible destrucción de embriones.

En la Fecundación in vitro (FIV), la fecundación no se produce en el cuerpo sino en una cubeta de vidrio, luego el embrión se coloca en el útero. Es utilizada en caso

---

<sup>28</sup> SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Biogenética, Filiación y Delito*. Ediciones Astrea. Buenos Aires. 1990. Pág. 33.

<sup>29</sup> COFRE SIRVENT, Jorge. *Reproducción Asistida y Constitución*. Universidad de Alicante. Madrid. 1991. Pág. 354.

de enfermedades como endometriosis graves, anomalías en las trompas de Falopio, problemas inmunológicos, esterilidad no determinada, entre otros.

La Fertilización In Vitro es una técnica invasiva, ya que requiere que los óvulos presentes en los folículos ováricos sean capturados dentro de un salón de laboratorio

La fecundación in vitro es un procedimiento de laboratorio mediante el cual se extraen los gametos humanos para ser fecundados en una caja de Petri o tubo de ensayo; luego, de que la concepción se da, se transfieren al útero de la madre para su posterior anidación y desarrollo. En otras palabras la fecundación in vitro hace que el óvulo y el espermatozoide se unan fuera del cuerpo de la mujer, se realiza extrayendo el óvulo de la mujer y fertilizándolo en el laboratorio, luego este óvulo fertilizado será colocado en el útero para continuar con la gestación.<sup>30</sup>

Consideramos que la fecundación in vitro es aquella técnica terapéutica aconsejable para la mujer que, produciendo óvulos en forma normal y en posesión de un útero apto para la gestación, no obtiene un embarazo debido a problemas de cualquier índole en sus trompas de Falopio, lo que impide que el óvulo fecundado llegue al útero.

En la mayoría de los casos la fecundación in vitro es utilizada para ayudar a la pareja infértil a concebir su propio hijo biológico, sin embargo existen casos en que el semen donado, los óvulos donados y el útero subrogado también pueden ser usados solos o en combinación dependiendo las circunstancias.

---

<sup>30</sup> <http://es.scribd.com/doc/147451353/Fecundacion-in-Vitro>

### 1.5.1.1. CLASES DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO

Esta técnica de reproducción se clasifica en homóloga, heteróloga y mixta.

#### A) HOMÓLOGA

Se realiza utilizando gametos de la pareja. Según doctrina en el tema, este tipo se aplica en casos de obstrucción de trompas, lesiones en el cuello del útero, alteración del moco cervical, en la mujer; en el varón, por problemas de movilidad y cantidad de espermatozoides. En este caso la pareja cuenta con los gametos necesarios para procrear, sin embargo, por dificultades no se puede realizar la fecundación por los medios naturales.

En la inseminación post mórtem es el caso cuando aún en vida se consiguió el semen del esposo el cual fue conservado hasta que falleció. Luego del deceso el médico introduce el semen en el cuerpo de la viuda, de forma tal que se fecunda un nuevo ser. El esposo fallecido pudo autorizar esta práctica o no.

En la inseminación homóloga, la muestra de semen se obtiene por masturbación el mismo día en que se va a realizar la inseminación. Los médicos recomiendan a la pareja una abstinencia sexual en los 3 días previos con el objeto de maximizar la calidad de la muestra seminal en número y calidad de espermatozoides.

#### B) HETERÓLOGA

Consiste en la fecundación del óvulo y el espermatozoide con alguno de los gametos donado por una tercera persona. La fecundación heteróloga se da cuando en la pareja por problemas de esterilidad existe ausencia total de los

gametos; es decir, no hay óvulos en la mujer ni espermatozoides en el hombre o que, por enfermedades graves, no tengan funcionalidad.

Se utiliza semen congelado de banco, y se indica cuando el varón de la pareja no tiene espermatozoides o cuando es portador de alguna enfermedad hereditaria. Además se utiliza en casos de mujeres sin pareja que quieren tener hijos. En los bancos de semen, el semen del donante se recoge y se almacena durante 6 meses antes de su utilización para confirmar la negatividad de las pruebas serológicas (Hepatitis B, Hepatitis C, VIH, Sífilis).

### C) MIXTA

Se presenta cuando los espermatozoides utilizados provienen tanto del esposo o conviviente de la mujer que se ha sometido a ésta técnica, como de un tercero.

#### 1.5.1.2. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Jorge López Bolado señala que “la inseminación artificial como el procedimiento por el cual se introduce esperma humano en el interior de los órganos genitales femeninos prescindiendo de la relación sexual, con el fin de lograr el encuentro del espermatozoide con el óvulo y obtener la fecundación de este”.<sup>31</sup>

Esta técnica consiste en depositar en la vagina o en el útero de la mujer, semen del marido o de un tercer donante, para tratar de obtener el embarazo, como recurso del tratamiento de la esterilidad masculina y femenina.

---

<sup>31</sup> LÓPEZ BOLADO, Jorge. *Los médicos y el Código Penal*. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1981. Pág. 177.

María del Rosario Rodríguez Cadilla Ponce expresa: "Por la inseminación artificial se entiende la intervención médica, mediante la cual se introduce el semen en el organismo femenino, no a través de un acto sexual normal, sino de manera artificial, a fin de producir la fecundación"<sup>32</sup>.

La inseminación artificial es la primera opción que se recurre en las TERAS a las parejas estériles donde se ha fracasado en la aplicación de tratamientos convencionales

La inseminación artificial (IA) es la "introducción del semen dentro de la vagina o el útero de la mujer por medios diferentes a la cópula o acoplamiento sexual. Puede realizarse: con semen del marido o del compañero, en caso de pareja estable (IAC)" o "con semen de donante (IAD)".<sup>33</sup> Se denomina "inseminación intracervical" si el material biológico masculino es introducido en el cuello del útero; "inseminación intrauterina" si dicho material genésico es introducido directamente en el interior del útero.

"La inseminación artificial, propiamente dicha, consiste en introducir artificialmente, no por el acto sexual, el semen humano en el organismo de la mujer".<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> RODRÍGUEZ - CADILLA PONCE, María del Rosario. *Derecho Genético. Técnicas de Reproducción Humana Asistida, su trascendencia jurídica en el Perú*. Editorial San Marcos. Lima. 1997. Pág. 23.

<sup>33</sup> RAMÓN LACADENA, Juan. *Glosario de términos científicos referentes a la reproducción humana, en sus aspectos biológicos naturales y artificiales*. En Javier Gafo, ed.: *Nuevas técnicas de reproducción humana*. Universidad Pontificia Camillas. Madrid. 1986. Pág.206.

<sup>34</sup> ELIZARI BASTERRA, Javier. *Bioética*. Ediciones Paulina. Madrid. 1991. Pág. 52.

### 1.5.1.3. CONGELAMIENTO DE EMBRIONES

Mediante esta técnica se congela los embriones para emplearlos en una fecha posterior. Si una pareja pasa por la Fertilización In Vitro y un gran número de óvulos son fertilizados con éxito, los embriones que no son transferidos de vuelta al útero pueden ser congelados. Los embriones congelados pueden ser transferidos al útero de la mujer para otro embarazo.

“Un embrión solo puede conservarse durante 5 o 7 días, si no se lo transfiere al útero de la madre. Para conservarlo por más tiempo se lo debe congelar”.<sup>35</sup>

La ventaja que ofrece esta técnica es que origina reservas que nos evitan el cuidadoso trabajo de obtener nuevos óvulos fecundados, además que estos procesos influyen económicamente y pueden traer frustración a los padres.

Se sabe que se puede mantener los embriones congelados durante años o quizás en forma indefinida, aunque la mayoría de los documentos internacionales proponen fijar un límite temporal.

Se considera que la técnica de crio-preservación trae un inminente peligro para la supervivencia de los embriones, ya que la mayoría de ellos muere o sufre daños irreparables, tanto en la fase de congelación como en la de descongelación. Además de estos efectos inmediatos, recientes estudios sobre modelos animales han mostrado, en adultos provenientes de embriones congelados, diferencias significativas en aspectos morfo-funcionales y problemas de conducta.

---

<sup>35</sup> RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. *Embriones Congelados, un desafío surrealista*. Revista electrónica. Persona, XL. Buenos Aires. 2005. Pág. 63.

Según la edad de la mujer se puede obtener de ella entre 20 a 40 óvulos, de los cuales podrán quedar fertilizados entre un 40-50% en el mejor de los casos. De los embriones resultantes solo se transfieren 3 o 4 al útero de la madre, para dar la mayor posibilidad de un embarazo y limitar al máximo un embarazo múltiple.<sup>36</sup>

El resto de los embriones se congelan para futuras transferencias en el caso de que no haya resultado en la primera, o para futuros embarazos. El congelamiento abarata futuras transferencias, ya que no hay que procurar nuevos óvulos, ni pasar por todo el proceso de la fertilización, sino solo hay que descongelar los embriones y transferirlos. Hay que mantener en mente que los embriones pueden quedar congelados por tiempo prácticamente ilimitado, aunque con el tiempo aumenta el riesgo de no desarrollarse una vez transferidos.<sup>37</sup>

Otro problema que se presenta es que con el transcurrir del tiempo de congelamiento aumenta la dificultad de que el embrión se desarrolle una vez transferido al útero. Como consecuencia será difícil encontrar alguien que quiera recibir estos embriones.<sup>38</sup>

El pensamiento religioso en la crio conservación de embriones es importante señalarlo. La iglesia católica no solo se opone a la investigación de embriones, sino que además ven a la congelación de estos, como una alteración del proyecto divino. La iglesia evangélica en cambio, no expresa una condena absoluta a la técnica, pero si hacen una serie de recomendaciones.

---

<sup>36</sup><http://enfoque.virtualave.net/descargas/Fertilizacion%20in%20Vitro.pdf>

<sup>37</sup><http://enfoque.virtualave.net/descargas/Fertilizacion%20in%20Vitro.pdf>

<sup>38</sup> <http://fertilizacioninvitro.blogspot.com/2007/11/el-congelamiento-de-embriones.html>

El aspecto más inquietante del problema es el destino de los embriones. Las legislaciones que admiten la criopreservación de embriones, para evitar los intrincados problemas jurídicos que podrían surgir en torno a estos hijos congelados y, frente a la duda acerca de los efectos de la congelación, generalmente indican como duración máxima en ese estado -que varía según el país- de uno a cinco años. Lo cual significa que, en adelante, cada año serán destruidas decenas de millares de embriones que no se han utilizado. Para aquellas personas que no consideran al embrión como un ser humano, esto no tendría nada de malo, pero para aquellas que sí creen que el embrión no es solamente un conjunto de células, y posee alma y los mismos derechos que cualquier ser humano en edad adulta, la destrucción de estos seres sería un homicidio programado y ordenado por el legislador civil, imposible de permitir.

La criopreservación de embriones obtenidos fundamentalmente a través de la fecundación in Vitro, en bancos de embriones con el objeto de conservarlos para una nueva implantación en la misma mujer, cuando el resultado de la primera implantación fracasa, o en otra, cuando opera la figura de la maternidad subrogada, o simplemente para fines de investigación, o para una implantación post mortem, lleva a un resultado lógico: transcurrido un tiempo máximo, que en las diversas legislaciones va desde uno y hasta 5 años, los embriones no “utilizados”· deben ser descongelados, proceso que implica un alto riesgo de mortalidad, que va desde un 20 a un 40%.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> GAFO, Javier. *Nuevas técnicas de reproducción humana*. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas. Madrid. 1986. Pág. 20.

En nuestro país no hay una legislación respecto a cuántos embriones implantar, cuántos congelar y cuántos descartar. Se requiere contar con un instrumento legal que lo regule y señale al médico como debe actuar.

#### 1.5.1.4. LA MATERNIDAD SUBROGADA

Subrogar es "sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra". Quiere entonces decir que "maternidad subrogada" es la substitución del estado o la calidad de madre, dándosele aquí a madre la connotación de mujer gestante.

La maternidad subrogada es "la práctica mediante la cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento."<sup>40</sup>

Hay que tener un concepto sobre maternidad primeramente, desde una visión etimológica la palabra madre procede del latín "mater o matris", la cual a su vez deriva del griego "matér o matrós. Gramaticalmente según la RAE madre es: "Estado o cualidad de madre". Y desde el punto de vista jurídico podemos decir que la maternidad es esencial para la institución jurídica de la filiación, en nuestro Código Civil se afirma que madre es quien alumbró, se necesita establecer cambios ya que la donante de óvulos queda desprotegida

“El acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que fungirá como madre de éste”<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> HURTADO OLIVER. Xavier. *El derecho a la vida ¿y la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos*. Editorial Porrúa. Madrid. 2001. Pág. 44

<sup>41</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, Dina. *Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto de contrato*. Revista de derecho Privado: Nueva Época, año IV, N° 11, México mayo-agosto de 2005. Pág. 109.

La Maternidad de sustitución, es una técnica por la cual la madre que gesta el niño lo hace por cuenta de otra mujer que espera asumir la maternidad; la madre gestante puede ser también biológica (si es suyo el óvulo fecundado) o no (si el óvulo proviene de la madre sustituta o de una tercera “donante”).

La técnica conocida como de las denominadas «madres portadoras», consiste en que una mujer lleva en su cuerpo implantado un embrión hasta el nacimiento, para el beneficio de otra mujer o pareja. Puede llevarse a efecto por diferentes combinaciones. La mujer que contrata a otra portadora puede ser la madre genética si pone el óvulo, pero puede no contribuir con elemento genético alguno para la gestación de la madre suplente<sup>42</sup>.

Jaime Vidal Martínez expresa: “Una vez que el niño ha nacido, la mujer que lo dio a luz cede su custodia al esposo de la pareja contratando cuando tal identidad coincide con quien ha aportado el espermatozoides y renuncia a sus derechos de madre ofreciéndose, de esta manera, la posibilidad de que la conyugue de este último pueda adoptar al niño”<sup>43</sup>.

La maternidad subrogada se da cuando el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer, que llevará a cabo el embarazo y dará a luz el hijo en beneficio de esa pareja.

Ana Soledad Delgado Calva señala que la maternidad subrogada "es el acto jurídico mediante el cual un médico con experiencia en la materia, aplicará alguna de las técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial y fecundación in vitro) , a

---

<sup>42</sup> MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, Jaime. *La Maternidad Portadora, Subrogada o de Encargo en el Derecho Español*. Editorial Dyckinson. Madrid. 1994. Pág. 19.

<sup>43</sup> VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. *Las nuevas formas de Reproducción Humana*. Editorial Civitas. Madrid. 1988. Pág. 180.

una mujer denominada subrogada, quien será soltera, y lo permitirá por única vez, previo convenio que haga con otra mujer denominada subrogante, a fin de que se le implante el óvulo de la subrogante y el semen del esposo o concubina de esta, ambas mujeres y hombres mayores de edad, a cambio de que la subrogada reciba de la subrogante cierta cantidad de dinero más los gastos médicos necesarios, de modo que al finalizar el embarazo, la subrogada haga entrega del bebé a la subrogante".<sup>44</sup>

El arrendamiento del vientre de la mujer, o maternidad subrogada, es una opción que posibilita traer un hijo al mundo a muchas parejas con problemas de infertilidad, sin embargo, es una práctica que aún no es aceptada en todo el mundo. La maternidad es una practica que actualmente se efectúa en diversas clínicas y hospitales sin un marco regulatorio, sin una certeza jurídica para las partes y con grandes problemas legales para las personas. La maternidad subrogada implica situaciones muy cuestionadas y difíciles de solucionar jurídicamente ya que crea distintas alternativas en cuanto a la determinación genética de la paternidad y filiación.

Rolando Peralta Andía define “la maternidad subrogada como el convenio por el cual una mujer se compromete frente a otra u otras a gestar en su vientre un embrión fecundado extracorpóreamente, ya sea en forma homóloga o heteróloga, para luego entregar la criatura después del parto. Ello implica una serie de deberes y derechos que debieran reglamentarse”<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> DELGADO CALVA, Ana Soledad. *La Maternidad Subrogada: un Derecho a la Reproducción Humana a la luz del Derecho Mexicano*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2004. Pág. 48.

<sup>45</sup> PERALTA ANDIA, Rolando. *Derecho de Familia en el Código Civil 2004*. Editorial Jurídica. Lima. 2002. Pág. 372

La maternidad sustituta se da cuando una mujer acepta gestar al niño, sin embargo no es la madre legal debido a que será otra mujer la que tenga dicho reconocimiento.

Por su parte, Juan Espinoza define a “la madre sustituta como aquella mujer que ofrece su útero para que se desarrolle en éste el embrión concebido extracorpóreamente, para después entregar al niño a sus “verdaderos padres”<sup>46</sup>.

Mario Castillo Freyre afirma que: “Mal denominada vientre de alquiler, consiste en la conducta mediante la cual una mujer gesta en su vientre un niño para otra, con la intención de entregar al concebido una vez se produzca el nacimiento, autorizada doctrina señala: “La maternidad subrogada es la sustitución del estado o calidad de madre, dándosele aquí a madre la connotación de mujer de quien procede el óvulo o mujer gestante”<sup>47</sup>.

Se considera una de las mas controvertidas técnicas de fecundación asistida esta la que se ha dado en denominar maternidad subrogada o arriendo de útero, que de acuerdo a una definición que de ella se ha dado es la que se presenta cuando “una mujer fértil que acuerda, mediante “contrato”, ser inseminada artificialmente con el semen del hombre casado, que no es su esposo, o que se le implante un embrión - formado con un óvulo de la mujer contratante y el esperma del esposo de la mujer contratante o formado con los gametos de una tercera pareja- para procrear y/o sobrellevar y dar a luz a la criatura”.

Marcial Rubio Correa afirma:

---

<sup>46</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de Personas*. Editorial Huallaga. Lima. 2004. Pág.121

<sup>47</sup> CASTILLO FREYRE, Mario. *Por qué no se debe reformar el Código Civil*. Editorial Palestra. Lima. 2007. Pág. 217.

“Mujer que acepta gestar al niño pero no será la madre legal, porque otra será la que tenga este reconocimiento”.<sup>48</sup>

La variable independiente de esta tesis “maternidad subrogada” es producto de las recientes técnicas de reproducción asistida, como la fecundación in vitro, ya que permite a una mujer que no pueda llevar a término un embarazo tener un hijo genéticamente suyo por la fecundación de su propio ovocito y el espermatozoides de su compañero o donado de un laboratorio.

Por tanto, las llamadas madres de alquiler son mujeres que aceptan, mediante precio o no, llevar a término un embarazo que comúnmente se origina con el semen de un varón que aparecerá como padre y un ovocito de la mujer que aparecerá como madre, y después de alumbrar entregará el hijo a las personas que lo encargaron pagándole los gastos ocasionados por el embarazo, el parto y más si es que hubo acuerdo económico.

La maternidad subrogada, sustituta, maternidad biológica, renta de útero o cualquiera que sea la denominación que se adopte, supone una cuestión aparte, ya que implica utilizar medios de reproducción asistida, con una fecundación extracorpórea, es decir fuera del cuerpo de la madre, sin embargo, hay una diferencia, ya que se necesita la intervención de una mujer, denominada portadora, necesaria para llevar a buen término un embarazo, es decir que hará posible el nacimiento de un nuevo ser, lo anterior, que en la medicina implica un gran logro, en la disciplina jurídica suscita diversas situaciones que deben ser reguladas, como la

---

<sup>48</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *Las Reglas de Amor en Probetas de Laboratorio*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1996. Pág. 124.

protección del niño y adolescente que será concebido; recordemos que en la mayoría de los países se establece ya el principio del “interés superior del niño”.

José Luís Cea Egaña, manifiesta que la dignidad es el sustrato y sustento axiológico de los derechos humanos y estos "son reconocidos como inherentes a esa dignidad de la persona, es decir, que le pertenecen por su naturaleza intrínseca"<sup>49</sup>, ya que esta dignidad "es la cualidad del ser humano predicable única o exclusivamente como atributo de él, por lo que quebrantar la dignidad es, por ende, lesionar aquellos derechos fundamentales e innatos del hombre.

Desde siempre la reproducción y, por ende, la fertilidad fueron temas que inquietaron al hombre en todas las civilizaciones. Sin embargo, desde mediados del siglo pasado se han sucedido en la ciencia una serie de avances con consecuencias espectaculares en el campo de la genética y de la biología molecular que despertaron un renovado interés por tales cuestiones. Así, la tecnología moderna aplicada a la medicina y a la biología ha provocado una movilización ética, social, jurídica y económica que requiere una urgente reflexión respecto de problemas tales como la salud y la enfermedad, la vida y la muerte.

"Es de toda urgencia definir y proyectar soluciones a las nuevas creaciones de la vida, manteniendo lo vigente para la concepción en el seno materno, en lo que hace a su protección, pero paralelamente reconocer las situaciones distintas del embrión extracorpóreo"<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> CEA EGAÑA, José Luís. *Dignidad, derechos y garantías en el Régimen Constitucional Chileno*. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Santiago de Chile. 1996. Pág. 21.

<sup>50</sup> CIFUENTES, Santos. *Derechos Personalísimos*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1995. Pág. 244.

### 1.5.1.5. CLASES DE MATERNIDAD SUBROGADA

#### A. MATERNIDAD TRADICIONAL

“Se presentan cuando una mujer es contratada por la persona, o personas, con interés y ésta acuerda ser inseminada artificialmente con el fin de dar a luz una criatura. Por lo tanto, es posible afirmar que en estos casos la concepción y alumbramiento de la criatura se convierten en el objeto del contrato. Lo particular de estos casos de inseminación artificial es que la criatura que se ha de concebir, no solamente se aloja en el vientre de la subrogada, sino que el óvulo del que proviene es de la subrogada”.<sup>51</sup>

En el caso de la subrogación tradicional, una mujer es contratada por la persona, o personas, con interés y ésta acuerda ser inseminada artificialmente con el fin de dar a luz una criatura. Por ende, se puede decir que en estos casos la concepción y alumbramiento de la criatura se convierten en el objeto del contrato. Lo particular de estos casos de inseminación artificial es que la criatura que se ha de concebir, no solamente se aloja en el vientre de la subrogada, sino que el óvulo del que proviene es de la subrogada.

En otras palabras, la criatura que se ha de concebir en una subrogación tradicional es producto del material genético de la subrogada y la pareja del sexo masculino. O sea, la persona o personas interesadas en recurrir a una subrogada han de remunerar a la misma por su óvulo y por el alojamiento del feto durante los meses de embarazo. Convirtiéndose así en lo que se podría

---

<sup>51</sup> VERA RAMÍREZ, Eduardo. *El contrato de maternidad subrogada: argumentos a favor y en contra de concederle eficacia jurídica*. Revista Jurídica. U.P.R. Puerto Rico. 1994. Pág. 513.

conceptualizar como dos mercados y dos gestiones independientes, por las cuales se ha de pagar a la subrogada.<sup>52</sup>

Por lo tanto, al existir dos objetos independientes sobre los cuales las partes han de contratar, el óvulo y el alojamiento, las implicaciones que surgen de estos contratos son de gran trascendencia. Para resolver ciertos aspectos se ha indicado que es necesario el acordar anticipadamente que la subrogada ha de ceder el derecho filial sobre la criatura desde su concepción.

## B. MATERNIDAD GESTACIONAL

Se presenta a través de la transferencia de un embrión fertilizado al útero de la madre subrogada.

En la adopción el consentimiento a la renuncia de las relaciones filiales se manifiesta luego del alumbramiento. Mientras que en la maternidad subrogada, el niño se concibe con la intención y el propósito específico de regalarlo, el propósito de la concepción, por ende no es el retenerlo para sí. El consentimiento en la maternidad subrogada claramente se manifiesta antes de la concepción. “Este hecho ha estado sujeto a críticas, específicamente se ha argumentado que el consentimiento a la entrega de custodia antes de haber tenido la experiencia de llevar en el vientre a un niño por nueve meses, es uno no informado y por lo tanto no es válido”.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> [http://legislacion.vlex.com.co/vid/ponencia-segundo-debate-ley-ca-mara-451380458?\\_ga=1.151322425.149437724.1402613681](http://legislacion.vlex.com.co/vid/ponencia-segundo-debate-ley-ca-mara-451380458?_ga=1.151322425.149437724.1402613681)

<sup>53</sup> VERA RAMÍREZ, Eduardo. *El contrato de maternidad subrogada: argumentos a favor y en contra de concederle eficacia jurídica*. Revista Jurídica. U.P.R. Puerto Rico. 1994. Pág. 515.

La subrogación gestacional, transmite un embrión fertilizado al útero de la madre subrogada, se realiza esto porque la madre genética de unos embriones no los puede anidar en su vientre por algún motivo. Bajo esta premisa la misma le pide o contrata a otra mujer para que esta geste el feto y al nacer le entregue el niño. A diferencia de la subrogación tradicional, la madre subrogada no comparte material genético con la criatura que esta gestando. En este caso el embrión fertilizado puede provenir de la pareja contratante o por donación.

La maternidad subrogada comparte muchos elementos con la adopción. La diferencia principal entre la adopción y la maternidad subrogada estriba de la manifestación de la intención que da lugar a la concepción y del momento en que se ceden todos los derechos, deberes y obligaciones frente a la criatura nacida.

### **C. OVODONACIÓN**

Es el caso inverso a la subrogación gestacional ya que la mujer tiene deficiencia ovárica, no genera óvulos pero sí puede gestar por lo que necesita una mujer que sólo le ceda óvulo, la donante no se encargará de la gestación, ni tampoco del alumbramiento. Es un caso de maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana (espermatozoide del marido, óvulo de una mujer cedente y gestación de la mujer).

La ovodonación es la utilización de óvulos de una donante anónima para la realización de técnicas de alta complejidad. Tratamiento diseñado para mujeres que no producen óvulos o los producen de mala calidad, así como

para aquellas que padecen enfermedades genéticas que pueden transmitir a sus hijos. No es un procedimiento sencillo: las donantes de óvulos requieren el mismo tratamiento medicamentoso que las mujeres que se someten a Fertilización In Vitro y la receptora debe preparar al útero (endometrio) para la implantación del huevo fertilizado.

La ovodonación es una técnica relativamente nueva aparecida a mediados de la década del 80 como una variante de la Fertilización in Vitro. Se realiza cuando la mujer:

- a. Carece de óvulos en el ovario,
- b. Cuando la cantidad o calidad de los óvulos es mala y
- c. En caso de ser portadora de enfermedades genéticas que puedan ser transmitidas a la descendencia.<sup>54</sup>

La fertilidad en la mujer, contrariamente a lo que ocurre en el hombre, tiene un límite cronológico: los óvulos no se dividen; por eso, una vez que la mujer agota su reserva entra en menopausia. La menopausia ocurre alrededor de los 50 años de edad y suele ser precedida por cinco a diez años en los que la fertilidad está marcadamente disminuida; cuando este proceso se presenta antes de los 40 años, se habla de menopausia precoz. El motivo por el cual el ovario agota su contenido de óvulos tempranamente se desconoce en varios casos; en otros, la causa está bien definida y puede obedecer a una alteración congénita de los ovarios, a que fueran extirpados por alguna enfermedad, o

---

<sup>54</sup><http://www.cartapacio.edu.ar/ojs.antes.patch/index.php/ctp/article/viewArticle/1402/1658>

destruidos por acción de la quimioterapia o de la radioterapia en el curso del tratamiento de una enfermedad maligna.

La ovodonación también se indica en las mujeres que sí producen óvulos, pero con pocas posibilidades de embarazo.

Dentro de este grupo se cuentan las pacientes mayores de 43 años y las que tienen una baja reserva de óvulos para su edad. La declinación de la fertilidad es una consecuencia del envejecimiento de los óvulos, no así del resto del aparato reproductivo de la mujer. Por eso, si se utilizan óvulos de mujeres más jóvenes, estas pacientes tienen incluso mayores posibilidades de lograr el embarazo que una mujer joven.<sup>55</sup>

No existe un límite de edad para realizar un procedimiento de donación de óvulos, lo cual plantea un doble dilema para el médico. Desde el punto de vista clínico, la evaluación de los riesgos físicos que implica el embarazo a una edad avanzada y desde el ético, si debe imponerse un límite de edad para ser madre. La ciencia demostró que a través de la ovodonación, la maternidad después de los 60 años también es posible, con lo cual una restricción en la edad puede parecer arbitraria. Pero, en nuestra opinión, no es adecuado realizar una ovodonación en mujeres mayores de 50 años ya que ésta es la edad promedio de la menopausia.

---

<sup>55</sup> <http://embarazo-mibebé.blogspot.com/2009/09/la-donacion-de-ovulos.html>

## D. EMBRIODONACIÓN

La pareja padece de infertilidad absoluta. La mujer no genera óvulos ni puede gestar, hay deficiencia ovárica y uterina y el hombre es infértil por lo que deben buscar un cedente de espermia y una mujer que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso especial de procreación humana integral. Se produce un caso de multigeneración humana (el espermia de un cedente, el marido y mujer infértiles, y inseminación a una mujer).

### 1.6. CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA

El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídico patrimonial”, nótese que se refiere a una relación jurídica de orden patrimonial. Ahora cabría preguntarse sobre si en este tipo de relación jurídica por la cual se contrata los servicios de una madre subrogada, constituye una relación de índole patrimonial, económica o pecuniaria, es decir si la materia del consentimiento u objeto de contrato es un patrimonio de las partes, admitir ello sería considerar que el vientre y la vida del concebido es un bien patrimonial de disposición por parte de los signatarios y ejercen derecho de propiedad sobre el mismo, dado que ello es absurdo, es válido concluir que en el contrato de Alquiler de Vientre o Maternidad Subrogada interviene el interés público para regular los excesos de la voluntad de los particulares.<sup>56</sup>

Con respecto a la maternidad por sustitución, no existe acuerdo entre juristas. Algunos opinan que debiera permitirse la maternidad por sustitución o arrendamiento de útero, siempre y cuando se acredite la imposibilidad de la mujer

---

<sup>56</sup> <http://www.monografias.com/trabajos-pdf/alquiler-vientre-problemas/alquiler-vientre-problemas.pdf>

de llevar a cabo el proceso de gestación, y se convenga un contrato de prestación de servicios con la madre sustituta, donde se estipule claramente los derechos y deberes de las partes, y ésta renuncie expresamente a la maternidad del hijo. Para esto sería necesario hacer una enmienda a la legislación que reconozca la maternidad sin gestación.

Medina y Erades; el consentimiento tornaría lícito el acto siempre que no se vulneren la moral y el orden público. Sin embargo, agregan los autores, “lo que es indisponible e irrenunciable es el derecho a la patria potestad dado anticipadamente por la gestante”.<sup>57</sup>

Los juristas que defienden la maternidad subrogada señalan que ésta sería lícito y que si se podría aceptar en nuestro ordenamiento jurídico ya que allí si se estaría cumpliendo con una finalidad, que es la de darle una familia a aquella mujer que por circunstancias de la naturaleza no puede, ante la solidaridad de una mujer que presta su vientre para gestar a ese bebé, no convirtiendo.

Consideramos que esta situación es ofensiva a la moral porque se aprecia sólo el *animus lucrandi* lo cual golpea a la ética y maltrata al niño y degrada a la mujer porque se convierte en mercancía, como un simple producto de consumo que debe cubrir todas las exigencias del gusto de los potenciales padres.

Otros juristas, por el contrario, no están de acuerdo, porque no sería materia que pudiera regularse mediante un contrato de prestación de servicios. Además, el arrendamiento de útero se escaparía de la reproducción asistida en sí misma, ya que se involucra una tercera persona, e incluso una cuarta (cuando se trata de

---

<sup>57</sup> MEDINA, Graciela y ERADES, Gabriel. *Maternidad por otro. Alquiler de úteros*. Editorial Rubinzal- Culzoni. Buenos Aires. 2002. Pág. 8.

reproducción heteróloga). Se trataría de otro tema, y que aunque pueda ir junta, más bien su eventual regulación debiera ser objeto de otra ley, y no incorporarla como un capítulo en la Ley de Reproducción Asistida.

Eduardo Zannoni expresa que “el alquiler de vientres implica un pacto de contenido inmoral y contrario a las buenas costumbres”<sup>58</sup>. En igual sentido se pronuncia el jurista español Jaime Vidal Martínez para quien “un contrato de tal naturaleza estaría signado por su contrariedad a la moral y al orden público, así como también, a la legislación”<sup>59</sup>.

Para autores como Francisco Lledo Yague<sup>60</sup>, y un sector de la doctrina hispana<sup>61</sup> considera que estos contratos contravienen la más elemental regla de orden público: el respeto a la dignidad y al valor de la persona humana, de la cual deriva, en principio, su indisponibilidad.

Francisco Lledo Yague, “la nulidad de este tipo de pactos acarreará la necesidad de resolver los conflictos que del mismo derivan acudiendo a los principios generales aplicables a las obligaciones naturales<sup>62</sup>”. De manera tal que, “si ha habido restitución no podrá exigirse lo pagado. Otro sector de la doctrina hispana”<sup>63</sup> considera que estos contratos contravienen la más elemental regla de orden

---

<sup>58</sup> ZANNONI, Eduardo. *Inseminación artificial y fecundación extrauterina*. Buenos Aires. Astrea. 1978. Pág.111

<sup>59</sup> MARTÍNEZ VIDAL, Jaime. *Las nuevas formas de Reproducción Humana*. Editorial Civitas. Madrid. 1988. Pág.191

<sup>60</sup> LLEGO YAGUE, Francisco. *La genética actual y el derecho de familia*. Revista Tapia. Editorial Tecnos. Madrid. 1987. Pág. 47

<sup>61</sup> GARCÍA RUBIO, Mari Paz. *La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto del derecho civil español*. Revista Tapia. N 36. Madrid. 1987. Pág. 68

<sup>62</sup> LLEGO YAGUE, Francisco. *La genética actual y el derecho de familia*. Revista Tapia. Editorial Tecnos. Madrid. 1987. Pág. 47

<sup>63</sup> GARCÍA RUBIO, Mari Paz. *La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto del derecho civil español*. Revista Tapia. Editorial Tecnos. Madrid. 1987. Pág. 68.

público: el respeto a la dignidad y al valor de la persona humana, de la cual deriva, en principio, su indisponibilidad.

Otro tema ha pasado a ser muy controvertido, el llamado contrato de alquiler de útero, según muchos juristas y esto apoyado por diversos fallos internacionales estipulan que sería nulo todo acuerdo de ese tipo ya que no se puede contratar con partes del cuerpo humano por ser éste indisponible ni tampoco con el status de familia, llegando a ser ilícito para contravenir el orden público y las buenas costumbres, por otro lado más allá de que sea nulo o no, hay otro factor más importante y que es el de determinar la filiación de ese niño nacido por este tipo de fecundación asistida.

En nuestra opinión, la maternidad subrogada presenta los problemas más difíciles de resolver en este campo. Quizá, como se afirma, “tenga «analogías, de forma suavizada pero cierta, con la venta de niños que ha sido un estigma social combatido siempre con la máxima dureza”<sup>64</sup>. Este tipo de pactos se suelen documentar en un contrato entre las partes, contrato que, a nuestro juicio, no tiene validez en nuestro vigente ordenamiento jurídico, entre otros motivos porque los negocios jurídicos relativos al Derecho de Familia están sustraídos a la autonomía de la voluntad de las partes, por el interés público, por los fuertes imperativos éticos y la función social que los preside, los derechos subjetivos de este tipo de relaciones quedan sustraídos a la libre disponibilidad de las partes, de tal manera que las renunciaciones, transacciones, etc., quedan como regla general prohibidas en las relaciones de estado familiar.

---

<sup>64</sup> PEÑALOSA LÓPEZ-PIN C. *Observaciones médicas y jurídicas acerca de la inseminación artificial humanas*. Boletín del I. Colegio de Abogados de Madrid. núm. 4. Editorial Universitaria. Madrid. 1986. Pág. 24.

Consideramos que no es posible la contratación de la gestación y entrega de un recién nacido ya que el niño ni es una cosa ni es objeto de comercio. Más aún, ni siquiera podría considerarse al embrión como una cosa en sentido técnico, por lo que consideramos que no debería reconocerse una suerte de derecho de propiedad sobre el embrión. El embrión no puede ser algo susceptible de apropiación ni de libre circulación. En ningún caso el embrión o el recién nacido podrían ser objeto válido de un contrato que implicara su entrega, y, especialmente, su generación para llevar a cabo tal entrega. Difícilmente podríamos argumentar de modo favorable a la posibilidad de transferir un recién nacido o pactar su gestación previo encargo.

### 1.7. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Dentro del Derecho de la Familia la formulación del principio del interés superior del niño implicó un avance significativo, en cuanto ya los hijos no son una mera extensión del poder de los padres, especialmente del padre llegando a tener intereses propios que deben ser tutelados, prevaleciendo incluso sobre los derechos de los padres. “El gran cambio que se da a partir de la Convención de Derechos del Niño en esta materia es la atribución del carácter del sujeto de derecho al niño cuya opinión debe ser oída para determinar qué es lo más conveniente para sus intereses, debiendo tener un peso fundamental dependiendo de su edad y su madurez”.<sup>65</sup>

El tema del interés superior del niño es interpretado por cuanta persona o institución lo utiliza, dándole muchas veces contenidos distintos, sin embargo, lo cierto es que dicho principio es el que nos permite y obliga a asegurarle al niño y adolescente, el cumplimiento de una serie de derechos fundamentales encaminados

---

<sup>65</sup> LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Derecho Procesal de Familia*. Editorial Jurídica Continental. San José. 2008. Pág. 211.

a un desarrollo integral que le proporcione el derecho humano a la “felicidad” dentro de la cultura en la que vive.

El interés superior del niño debe ser entendido como principio y como garantía es decir como vínculo normativo idóneo para asegurar efectividad a los derechos subjetivos. Por esa razón, se le denomina principio- garantista.

Se considera que el interés superior del niño es el principio jurídico que permite la satisfacción de los derechos específicos del niño, otorgándole efectividad y exigibilidad.

En este contexto la maternidad subrogada, sustituta, maternidad biológica, renta de útero o cualquiera que sea la denominación que se adopte, supone una cuestión aparte, ya que implica utilizar medios de reproducción asistida, con una fecundación extracorpórea, es decir fuera del cuerpo de la madre, sin embargo, hay una diferencia, ya que se necesita la intervención de una mujer, denominada portadora, necesaria para llevar a buen término un embarazo, es decir que hará posible el nacimiento de un nuevo ser; lo anterior, que en la medicina implica un gran logro, en la disciplina jurídica suscita diversas situaciones que deben ser reguladas, como la protección del niño que será concebido; recordemos que en la mayoría de los países se establece ya el principio del “interés superior del niño”.

#### **1.8. DERECHO DEL NIÑO A LA IDENTIDAD**

La protección jurídica del derecho a la identidad personal, en su calidad de derecho humano esencial, debe ser integral, para comprender los múltiples y complejos aspectos de la personalidad de un ser humano.

El interés o derecho de todas las personas a su identidad biológica, supone la expresión directa de la dignidad humana, frente a los potenciales abusos del Estado y de los particulares.

El derecho a la identidad personal comprende una faz estática y una faz dinámica. “La faz estática comprende aspectos de la personalidad tales como el origen, el sexo, el estado civil, la filiación, la imagen, etc.; mientras que la faz dinámica engloba aquellos aspectos que definen la personalidad proyectada hacia el exterior, tales como el bagaje intelectual, político, social, cultural, profesional, etc.”<sup>66</sup>. Según la doctrina, “ambos aspectos son inseparables, y no es posible la proyección histórico-existencial del hombre (aspecto dinámico), sin que encuentren debido resguardo los iniciales elementos de la primera identidad (aspecto estático)”<sup>67</sup>.

El término “derecho a la identidad” es una abstracción. La única forma de hacerlo efectivo, es conociendo nuestro origen biológico y cultural. Es decir que el ejercicio del derecho a la identidad está íntimamente concatenado con el derecho que tenga el niño de investigar quienes son sus padres biológicos. Por lo tanto, el derecho a la identidad personal comprende el derecho a conocer el origen biológico.

El derecho a la identidad, especialmente para niños, ha sido tradicionalmente interpretado como un derecho de la personalidad que se vincula con otros derechos derivados de la filiación, tales como el derecho a tener una nacionalidad, los derechos alimentarios, el derecho a mantener un vínculo con los padres.

---

<sup>66</sup> NORA LLOVERAS Marcelo Salomón. *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*. Editorial Universidad. Buenos Aires. 2009. Pág. 143.

<sup>67</sup> NORA LLOVERAS Marcelo Salomón. *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*. Editorial Universidad. Buenos Aires. 2009. Pág. 141.

El derecho a conocer el origen biológico forma parte del derecho a la identidad genética que constituye aquella situación jurídica, en donde se protege la determinación del código genético de una persona, con la finalidad de conocer su filiación biológica mediante la investigación científica.

El derecho a la identidad mediante la determinación genética puede ser vital para preservar la salud del niño. Es un derecho que se desprende del principio de dignidad de las personas y del cual depende el libre desarrollo de la personalidad. En la actualidad, el derecho a la identidad del niño se concreta con el derecho a la verdad biológica mediante la prueba genética (ADN), por medio de la cual es posible establecer la filiación cierta.

Las técnicas de reproducción asistida tienen como consecuencia que en ciertos casos se afecta el derecho a la identidad de los niños así nacidos. En efecto, cuando la reproducción asistida se realiza con semen de donante, existe una confrontación entre dos intereses: el del donante de preservar su identidad en anonimato y el del niño a conocer sus orígenes biológicos. Se trata de dos derechos de orden constitucional: el derecho a la intimidad y el derecho a la identidad.

## 1.9. FILIACIÓN

La filiación, es el "vínculo jurídico determinado por la procreación entre los progenitores y sus hijos". Este vocablo deriva del latín, filius, (hijo) y comprende el conjunto de relaciones jurídicas que determinadas por la paternidad y la maternidad vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia. De allí que la procreación constituye el presupuesto biológico fundamental en la constitución de la relación

jurídica paterno-filial. La filiación debe ser entendida como: “La dependencia de unas personas respecto de otras por haber sido engendradas por ellas”.<sup>68</sup>

El carácter biológico legal al que llamamos filiación, cobra su importancia en que toda persona tiene derecho a saber quien es su padre, no sólo desde el punto de vista biológico, sino también desde el punto de vista legal. Todas las personas tenemos un padre biológico, más no todos tienen un padre ante el Derecho.

La filiación constituye una de las instituciones fundamentales de todo ordenamiento jurídico, quizá la más importante, pues “afecta a las personas en sus raíces más íntimas”. La filiación, es entonces, la relación de descendencia existente entre dos personas, entre las cuales existe un vínculo biológico, social, afectivo y cultural. Esta inicial realidad biológica, no obstante, es -a posteriori- abordada y regulada por el ordenamiento jurídico, debido a la trascendencia para la organización de la familia, la sociedad y el Estado.

En efecto, la decisión legislativa en materia de reproducción humana asistida en orden a excluir el principio biológico para aplicar otros de naturaleza diversa, como serían los principios de responsabilidad y voluntariedad, se sostiene sobre la base de un concepto social, afectivo y cultural de la filiación, habida consideración de que ello conlleva una verdad social, vital y sociológica distinta de aquella biológica. En esta materia, “casi siempre cede la dimensión biológica de la paternidad a favor de una dimensión más afectiva. No es sólo la biología ni la genética la que nos hace padres o madres, sino también y en gran medida el cariño y los lazos afectivos”.

---

<sup>68</sup> ANGARITA GÓMEZ, Jorge. *Lecciones de Derecho Civil*. Editorial Temis. Cuarta Edición. Bogotá. 2001. Pág. 34.

La institución del matrimonio como tradicionalmente se concebía, a la luz de las nuevas técnicas de reproducción humana, se ve trastocada, al encontrarse por ejemplo acuerdos de transferencia embrionaria a útero de la mujer que forma parte del matrimonio, pero que sin embargo gesta el óvulo de otra mujer el cual ha sido fecundado con el esperma del marido.

Desde el punto de vista jurídico se trata de establecer la maternidad/paternidad biológica como base de la filiación, puesto que todo hijo tiene derecho a que su padre o madre natural, lo sea también ante la ley, pues, llegará a una familia donde la semejanza de rasgos, movimientos o expresiones lo hará sentirse identificado con aquellos a quienes llama sus parientes.

Por tradición el sexo era la única manera para que la mujer quedara embarazada ya alumbre y este último hecho origina la filiación natural y los respectivos efectos jurídicos como bien lo señala nuestra norma. Y es padre natural, el hombre que haya fecundado a la madre por medio del coito (verdad genética).

Si bien es fácil dilucidar la maternidad, para la paternidad se recurre a diferentes presunciones y al reconocimiento y posesión de estado como títulos principales para determinar la filiación.

Las TERAS inciden sobre la regulación de la filiación, ya que ahora si es posible la procreación sin la relación sexual. Esta situación se complica aún más con las numerosas variantes posibles, según que los gametos (femeninos o masculinos) o el útero en el que se desarrolle la gestación sean o no de uno de los miembros de la pareja; exista o no consentimiento del cónyuge.

## 1.10 PROBLEMAS GENERADOS

Siempre para la ley ha sido la madre la que alumbra pero ahora con las nuevas técnicas de reproducción asistida, ¿Quién es la madre? Qué pasa si la madre que ha dado a luz no quiere entregar al bebé, porque aunque la califiquen como una madre sustituta o un receptor de embrión, y esto es un desconocimiento total de la biología, ya que ella crea relaciones bioquímicas y psicológicas con el feto. Entonces de quien es el hijo, de la que gestó y le dio posibilidades de desarrollarse, o solo la que dio el óvulo y pagó una cantidad de dinero.

O que sucede si el bebé nace con una deformación y la mujer que acordó una entrega de dinero, ya no lo quiere aceptar de la mujer “vientre de alquiler”

No existe pues en nuestro Perú, una estructura de derecho genético, solo de manera aislada tenemos la Ley General de la Salud específicamente en su artículo siete. Pero esta ley no prohíbe nada, entonces deducimos que lo que no está prohibido, está permitido. El *permitted quod non prohibetur* que significa que se presume que está permitido lo que no está prohibido, o también recordemos la famosa frase “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que la ley no prohíbe.

Entonces es un tema muy complejo, ya que incluso al no estar controlada la maternidad subrogada, han acudido pacientes mujeres al consultorio de un médico pidiendo que por razones estéticas desean que alguna otra persona tenga su bebé por ella, caso de la famosa actriz colombiana Sofía Vergara.

Otro tema aparte es el de las parejas homosexuales, que a no ser que decidan adoptar, necesariamente tienen que acoger a las TERAS, otro caso conocido fue el del cantante portorriqueño Ricky Martin.

En consecuencia en toda Latinoamérica urge que cada nación cuente con una legislación específica del asunto.

### 1.11 TEORÍAS SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA

**Teoría religiosa** – en la sociedad de la “Sagrada congregación para la doctrina de la fe” la cual inicialmente se llamaba la sagrada congregación de la Romana y universal inquisición, la cual fue formada por Pablo III en 1542; se puede ver que para evaluar los problemas deben adecuarse a los principios antropológicos y morales, y específicamente en las cuestiones morales que originan las técnicas de procreación humana, se concluye que no es moral la fecundación in vitro ni la inseminación artificial heteróloga, además realiza una férrea defensa del embrión, ya que de ninguna manera se puede experimentar en él.

**Teoría moral** – con estos descubrimientos, no solo el mundo jurídico se ve afectado sino también el moral, así como la integridad familiar, las normas éticas. Encontramos que para los moralistas hay un consenso que no debe haber fecundación ni transferencia de embriones post-mortem.

Ahora en estos tiempos donde están en boga los derechos de las parejas homosexuales ellos a futuro querrán beneficiarse con las técnicas de reproducción para acceder a la paternidad.

Entonces vemos que el debate ético se vuelve sumamente complejo.

Algunas objeciones morales que tiene la maternidad subrogada es que es un método antinatural, que mercantiliza a los seres humanos, que se daría una explotación a las mujeres, que los hijos podrían sufrir las consecuencias psicológicas, entre otras;

Pero también se presentan estos argumentos contra esos moralistas; con respecto a que señalan que es antinatural, pregunto ¿acaso la cesárea es natural? A los que hablan que esta práctica mercantiliza al ser humano, y que si se da la maternidad subrogada, ésta debe hacerse por motivos altruistas y no por conveniencia económica. Ante esto habría que decir que la mujer subrogante pasaría a tener cuidados especiales, sin contar los cambios físicos y psicológicos que producen el embarazo e incluso puede peligrar su vida, y después de todo esto ¿Se espera que no haya ninguna retribución económica?

A los que dicen que la mujer se la explota y es vista como un recipiente, pregunto ¿acaso se explota a una mujer cuando se le da laburo como empleada doméstica? O aquella mujer que se prostituye por dinero ¿acaso el cliente la está explotando?

**Teoría filosófica** – La filosofía convencional sobre contarle a los hijos que son adoptados ha cambiado a lo largo de los últimos años, antiguamente se aconsejaba a los futuros padres no divulgar los orígenes reproductivos de los hijos, ahora la visión es de contarles, ya que no es perjudicial para la psiquis del niño el saber sobre su ascendencia genética.

En todo caso dependerá del análisis de los padres harán, evaluando las ventajas y desventajas

## CAPÍTULO II

### MARCO LEGAL SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA

#### 2.1. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS

El primer documento supranacional, que debemos mencionar, es sin lugar a dudas la Declaración Universal de los Derechos Humanos, promulgada por la III Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, suscrita y ratificada por la mayoría de los países de la organización mundial (con algunas excepciones que estuvieron dadas por los países del bloque socialista y otros países donde rigen preceptos, fundamentalistas).

En treinta artículos la Declaración Universal proclama: Igualdad y libertad, plenitud de derechos y libertades (lo que ahora entenderíamos como ciudadanía), Derecho a la Vida, proscripción de la esclavitud y servidumbre, prohibición de la tortura, personalidad jurídica, igualdad ante la ley, posibilidad de acudir ante los tribunales, derecho a ser oído, prohibición de la arbitrariedad, presunción de inocencia, derecho a la nacionalidad, al matrimonio y la familia, a la propiedad, a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, opinión y expresión, a la reunión y asociación, a la participación en la forma de gobierno, a la seguridad social, al trabajo, al descanso, a la educación, participación en la vida cultural, etc.

La comisión que redactó el proyecto de la Declaración Universal clasificó los derechos en dos grupos: derechos civiles y políticos, ya tradicionales y derechos económicos, sociales y culturales, con la aspiración de extender niveles de vida decorosos a todos los pueblos del mundo.

En el caso del Perú, la Declaración Universal de los Derechos Humanos pasó a formar parte del ordenamiento jurídico interno, once años más tarde, esto es partir del 9 de diciembre de 1959, cuando se aprobó la Resolución Legislativa N° 12382, pues en el momento en que se dio la proclama de derechos de 1948 vivíamos bajo una dictadura, que poco o ningún interés, tenía en asimilar el monumental avance en los derechos humanos que se había producido después de la segunda guerra mundial.

Según Quiroga León, “la Declaración Universal de Derechos Humanos constituye un instrumento de tipo universal en el sistema de las Naciones Unidas que, si bien no es un tratado sino una resolución de la Asamblea General, es una fuente de Derecho y constituye el fundamento esencial de todo el sistema de la ONU, en esta materia”.<sup>69</sup>

En consecuencia, los magistrados del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional están obligados a tener en cuenta las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos en las interpretaciones de las normas relativas a derechos y libertades reconocidos en el texto constitucional de 1993. Según Cortina Mendoza “los jueces –en su calidad de agentes del Estado- tendrán el deber de interpretar los derechos constitucionales de conformidad con la Declaración Universal de

---

<sup>69</sup> QUIROGA LEÓN, Aníbal. *La recepción interna de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Perú*. Revista Actualidad Jurídica, tomo 173. Lima. 2008. Pág. 329.

Derechos Humanos, los tratados y acuerdos internacionales ratificados por el Estado. Lo contrario implicaría vulnerar un mandato constitucional y una obligación internacional susceptible de generar responsabilidad estatal”.<sup>70</sup>

Sin lugar a dudas, el documento en referencia es básico y sobre él se han venido construyendo y desarrollando una serie de conceptos y mecanismos de protección de los derechos humanos, así como se ha venido desarrollando criterios de responsabilidad, puesta en marcha, acciones y políticas públicas, respecto de su observancia y cumplimiento, sea de parte del Estado o de la sociedad Civil.

El derecho mismo a tener una familia es un derecho humano, que se concreta en distinta forma en los adultos que en los niños, sin que esto suponga decantarse por un determinado modelo de familia. En los mayores de edad esto se encuentra reconocido en el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas que a la letra dice:

Artículo 16. 1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

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

---

<sup>70</sup> CORTINA MENDOZA, Roxana. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Revista Actualidad Jurídica, Tomo 180. Lima. 2008. Pág. 189.

Se debe tener en cuenta que efectivamente se trata de un derecho universal, cuyos titulares somos todos los seres humanos. La restricción en el caso de los niños obedece a una intención tutelar, es decir, se les impide contraer matrimonio por una doble causa, tanto por el hecho de que se les presume incapaces de afrontar las responsabilidades que acarrea este estado civil, como por las repercusiones que esto podría tener para el desarrollo por la inmadurez que es característica de la infancia. Todo esto tiene como causa una presunción sobre la capacidad para la formación de la voluntad, pues se asume que un niño no puede dar un consentimiento libre y pleno para contraer matrimonio, tal como exige el segundo inciso del artículo citado.

## **2.2. DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE**

Decir que todos los seres humanos, por el hecho de serlo, tienen un conjunto de derechos fundamentales que no pueden ser cedidos, traspasados ni violados y que, además, el Estado está en la obligación de reconocerlos, protegerlos y garantizarlos, parece hoy día una verdad incuestionable, o por lo menos bastante aceptada a nivel mundial.

Los Derechos Humanos se constituyen en el patrimonio común e inalienable de toda la humanidad, toda vez que los mismos guardan relación directa con el ser humano. El reconocimiento de lo que hoy día constituyen estos derechos, es el resultado de miles de años de sacrificios y frustraciones sufridos por el género humano, desde que se estableció la diferencia entre gobernantes y gobernados, lo que también equivale a decir, de aquellos que a través del poder político, económico

y coercitivo, han utilizado la fuerza para imponer su criterio, frente a aquellos que han carecido de estos elementos de dominación.<sup>71</sup>

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, establece; que “todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. La vida es la condición elemental de la humanidad, sin vida no existe el ser humano y solo puede predicarse vida humana en el ser humano.

### 2.3. CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, expresa en su artículo 1º, inciso 2) que “debe entenderse que persona es todo ser humano”, tomando en cuenta esta disposición internacional, el concebido que es un ser humano, será considerado también persona.<sup>72</sup>

Los derechos humanos tienen aplicación en las relaciones privadas, de tal manera que el derecho a la vida, a la dignidad, a la integridad física, el derecho a la salud, a la intimidad, a la personalidad, a la reproducción humana y a la identidad, entran en juego en la reproducción humana asistida, la que repercute en el matrimonio, la filiación, la investigación de la paternidad, en el derecho sucesorio, en la libre contratación y en general en los principios e instituciones del derecho de familia.<sup>73</sup>

La reproducción humana normalmente es producto del amor y las relaciones sexuales entre la pareja. Con amor o sin amor el hombre y la mujer en forma

---

<sup>71</sup> <http://www.derechos.org/koaga/viii/staff.html>

<sup>72</sup>

<http://intranet.usat.edu.pe/usat/ius/files/2011/07/INCONSTITUCIONALIDAD-DEL-ART-7-LEY-SALUD.pdf>

<sup>73</sup> <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/16/ard/ard5.htm>

natural son los autores de la reproducción humana. Pero también puede la reproducción humana no ser producto del acto sexual, sino de procedimientos técnicos dirigido por un personal cualificado.

Esta reproducción asistida repercute en el derecho y en la realidad biológica, y si ésta es perjudicada repercutirá en la vida de las personas.

La Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto San José de Costa Rica, reconoce a toda persona el derecho a la vida y de la misma manera el reconocimiento de su personalidad jurídica.

#### **2.4. CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER**

Esta Convención establece que la libertad procreacional o el derecho a procrear libremente. Sin embargo, este derecho reconocido de forma explícita a la mujer, en un plano de igualdad con el hombre, no es absoluto, sino que se encuadra por el fin social de la maternidad, por la responsabilidad común que supone para ambos cónyuges la procreación y la formación de los hijos, todo ello en armonía con el interés de los niños y adolescentes.

Es importante señalar que esta Convención, señala la forma en que la mencionada libertad será ejercida. En efecto, la norma no aclara cual puede ser el método por el que las mujeres y hombres decidirán el número de hijos, ni tampoco indica el modo de cómo los espaciarán, ni tampoco el sistema por el cual impedirán nacimientos no deseados. Es por ello, que en esta Convención no se reconoce el derecho a gozar de libertad procreacional por encima del derecho a vivir del niño ya concebido.

## 2.5. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Los derechos humanos supone el pleno respeto a las personas; en su forma de vida, condición económica, sus ideologías; el respeto de los derechos sociales y culturales y sobre todo respeto por su dignidad, e integridad, donde todos los integrantes del Estado tenga la oportunidad de ser parte de las decisiones del gobierno, tener acceso al poder político, no discriminarlo por motivo de raza, credo, religión u otras índoles, el Estado debe de optimizar el respeto de los derechos humanos, en vez de menoscabarlos.

En la Constitución peruana se plasma el derecho a la paternidad responsable en el Capítulo II, “De los derechos sociales y económicos”, en el Artículo 6, el cual dice que “La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir.” La Constitución protege a la familia, unión de hecho y matrimonio. No es delito la aplicación de las TRA, porque tendría que estar tipificado en una ley sancionadora (Código Penal; de acuerdo con el Principio de legitimidad, no hay delito sin ley previa). Al no estar específicamente regulados, la filosofía del derecho comúnmente estima que debe encuadrarse dentro de la moral, las buenas costumbres y no ser contrarias al orden público.

En el Perú, el derecho a procrear se ubica en el artículo 6º de la Constitución, donde precisa que “la política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover paternidad y maternidad responsable. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir, haciendo mención indirectamente al derecho a la procreación como un presupuesto para poder hablar de paternidad y maternidad

responsable. Este derecho también aparece en varios tratados internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, donde reconoce que “toda persona tiene derecho a constituir una familia”, aludiendo al derecho a la procreación.

Cabe mencionar que, no existe ningún derecho que sea absoluto, todos los derechos son relativos, exceptuando al derecho a la vida como el fundador y sustento de los demás. En cuanto al derecho a la procreación, por ser un derecho relativo, es limitado, por lo que debe ser realizado dentro de ciertos parámetros esenciales, estos límites serán el derecho del niño por nacer, en cuanto a su derecho a la vida, salud e integridad física, el respeto a su dignidad, etc. Quienes recurren a las técnicas de reproducción asistida desean un hijo, no como un producto biomédico, sino como hijo, es decir, que no les importa que su hijo sea concebido en un laboratorio, sino les importa el poder ejercer la maternidad y paternidad del hijo así deseado, pero en estos procedimientos se utilizan los medios incorrectos para lograr este fin, puesto que no se puede confundir el derecho a la procreación que tienen los padres, como si fuera tener un derecho a tener hijos a toda costa, cueste lo que cueste

## 2.6. CÓDIGO CIVIL

El avance de la tecnología, la revolución que provoca, trasciende hasta en las relaciones sexuales y reproductoras de las personas. Poco tiempo atrás la pareja solamente podía tener hijos a través de las relaciones sexuales.

Pero actualmente la inseminación genética, con fines procreativos, permite la procreación asistida, o sea, la inseminación o fecundación in vitro con espermatozoides del

mismo marido o de un donante, en una mujer virgen y soltera con espermatozoides de donante; la fecundación en mujer casada o soltera que presta su vientre para procrear con material reproductivo de un matrimonio o pareja; la inseminación de la viuda con espermatozoides de su marido difunto. Todo esto, era impensable no hace mucho tiempo.<sup>74</sup>

En el Código Civil, teníamos una filiación que parte de la base de que hay un acto sexual entre dos personas (para procrear) pero la modernidad ha demostrado que es posible separar el acto sexual de la generación a través de la intervención de un médico sobre el material genético.

Ese es un presupuesto muy diferente al que tiene el Código Civil que asegura que toda persona nace de una relación sexual. De esta forma, la filiación, que siempre estuvo sobre la base de lo genético, hoy tiene otras bases, como es el caso de la voluntad procreacional.

De acuerdo con los artículos 236 a 238 del Código Civil existen tres formas de parentesco, por consanguinidad, por afinidad y legal.

Al respecto Héctor Cornejo Chávez define el parentesco como "la relación o conexión familiar existente entre dos o más personas en virtud de la naturaleza, de la ley o de la religión"<sup>75</sup>.

El parentesco "nace de la naturaleza" cuando se sustenta en la consanguinidad y a tenor del Art. 236 del Código Civil puede ser en "línea recta" cuando una persona desciende de otra (por ejemplo hijo y padre) y será en línea colateral cuando se

---

<sup>74</sup> <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/16/ard/ard5.htm>

<sup>75</sup> CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Editorial Studium. Lima: 1985. Pág. 185

reconoce un tronco común (Por ejemplo. tío y sobrino, primos, etc.). La línea “es la sucesión ordenada y completa de personas que proceden de un mismo tronco. Puede ser recta, cuando se forma con personas que descienden unas de otras, y colateral cuando se trata de personas que sin descender unas de otras unen sus respectivas líneas en un ascendiente común. La primera tiene dos ramas: la ascendiente, si se toma como punto de partida una persona con relación a sus antecesores, y la descendiente, cuando una persona sirve de referencia respecto de sus sucesores”. El grado “es la distancia, tránsito o intermedio entre dos parientes”.

El parentesco consanguíneo particularmente produce efectos relevantes como las implicancias en el ámbito de los impedimentos para contraer matrimonio, la invalidez del mismo, así como la vocación hereditaria en el campo sucesorio y la obligación específica de prestación de alimentos.

En cuanto a la filiación debemos decir que es la relación de parentesco más importante que se da de hijo hacia sus padres y cuando ésta relación se da de progenitores a hijos se denomina paternidad o maternidad. La filiación (tradicionalmente) puede ser matrimonial o extramatrimonial, la primera es aquella en la que el hijo ha sido tenido en las relaciones matrimoniales de los padres y la segunda cuando el hijo ha sido concebido y nacido fuera del matrimonio debiendo en éste caso, el hijo haber sido reconocido por su padre o madre o haber obtenido una sentencia favorable sobre declaración judicial de filiación extramatrimonial paterna o materna según corresponda a fin de poder probar su filiación extramatrimonial legalmente, en uno y otro caso el presupuesto biológico es el que sustenta generalmente las categorías jurídicas de la filiación matrimonial y extramatrimonial, sin embargo también se da el caso en el que la norma sustantiva

crea un vínculo jurídico estrictamente de parentesco puramente civil sin el presupuesto biológico (consanguíneo), siendo el caso de la denominada filiación sin procreación biológica, esto es propiamente la adopción de niños y adolescentes.

Nuestro Código Civil da la categoría de sujeto de derecho al concebido, mientras que en la generalidad de los códigos contemporáneos se adquiere dicha categoría sólo en el momento del nacimiento con vida, esto quiere decir que nuestra legislación se encuentra un paso adelante, pero teniendo en cuenta los aspectos que involucran estas técnicas (experimentaciones y manipulaciones genéticas), creemos que es necesario contar con textos que tutelen o regulen la vida humana antes y durante la concepción, es así, que a nuestro entender aparece el derecho genético.

Una noción clásica desarrolla que persona es “una sustancia individual de naturaleza racional, es decir un individuo concreto, dotado de una determinada naturaleza ontológica, que se manifiesta en una serie de capacidades, actividades y funciones, que sin duda pueden ser consideradas como características de la racionalidad, pero que no pueden reducirse a ésta”<sup>76</sup>. Por lo tanto, un determinado individuo concreto puede poseer naturaleza racional, y por ello mismo ser persona, sin manifestar todas las características de su racionalidad, como sucede con el embrión.

Todos y cada uno de los seres humanos, “tienen la innata capacidad de gozar de todos los derechos naturales que les corresponden en virtud de su propia calidad ontológica de ser humano, es decir, por ser personas”<sup>77</sup>. Asimismo, señala la doctrina que “la persona es un sistema, formado por dos subsistemas: el cuerpo y la

---

<sup>76</sup> CICCONI, Lino. *Bioética: historia, principios, cuestiones*. Ediciones Palabra. Madrid. 2005. Pág. 79

<sup>77</sup> FERNÁNDEZ, Carlos. *¿Qué es ser "persona" para el derecho?*, 2002. Obtenido en <http://www.pucp.edu.pe>

psique, inseparables desde la concepción. El embrión tiene sustantividad propia, suidad, personidad. La personidad es lo que el individuo tiene, lo quiera o no, su estructura. El embrión es persona, en cuanto se autoposee<sup>78</sup>

El Tribunal Constitucional peruano también se pronuncia sobre la persona humana señalando que: “Persona humana es el ser humano física y moralmente individualizado. Hacia él es que se encuentran canalizados los diversos atributos, facultades y libertades, siendo solo él quien puede invocar su respeto y protección a título subjetivo y en sede constitucional<sup>79</sup>”.

El ser persona pertenece al orden ontológico; por tanto, “se es persona o no se es: la posesión de un estatuto sustancial personal no se adquiere o se disminuye gradualmente, sino que es un evento instantáneo y una condición radical: no se es más o menos persona, no se es pre-persona o post-persona o sub-persona, sino que se es persona o no se es persona<sup>80</sup>”. Las características esenciales de la persona no están sujetas a cambio, sino que están presentes desde el momento en que se forma la sustancia (concepción) y se pierden cuando ella se disuelve.

Con esto tenemos que, todo ser humano es persona por cuanto que posee dignidad, es así que todo concebido es ser humano, por lo que todo concebido es considerado persona y como tal merece protección. Así, resultan equívocas todas las distinciones que se pretenden hacer entre persona y concebido o entre persona y sujeto de derecho.

---

<sup>78</sup> BALLESTEROS, Jesús. *El Estatuto del Embrión*, 2004. Obtenido en <http://www.bioeticaweb.com/>

<sup>79</sup> SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL del 29 de Octubre del 2009. {Expediente número 00065-2008-PA/TC}. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe>

<sup>80</sup> SÁNCHEZ, Rosa. *Protección Jurídica de la Vida Prenatal, con especial relevancia en el Derecho Constitucional Español*, 2009. Obtenido en <http://www.bioeticaweb.com/>

El Tribunal Constitucional peruano hace una diferenciación entre concebido y persona, manifestando que: “Tanto la persona humana (el ser humano nacido) como el concebido (el ser humano que está por nacer) representan los titulares principales de los derechos fundamentales (...)”<sup>81</sup>.

Se aprecia que, nuestro ordenamiento jurídico trata al concebido diferente de la persona, tal diferencia radica en el nacimiento de esta última, pero no niega que el concebido es sujeto de derecho, titular de derechos fundamentales y merece una protección jurídica especial, para garantizar su pleno desarrollo, antes y después de su nacimiento.

Debemos decir en primer lugar que el derecho a la identidad, si se le reconoce como tal, es más que un simple y mero interés, y tiene la consistencia y garantía de un derecho fundamental de las personas o, en términos civiles, de un derecho de la personalidad. En segundo término, porque el derecho a la identidad corresponde a toda persona y no sólo a los niños y adolescentes, ni tampoco a los que invocan su estado filiativo. Debe recordarse que la noción de derecho a la identidad ha sido forjada para proteger primariamente la verdad de la persona proyectada en su vida social de distorsiones producidas por la libertad de información y de ahí se ha ido ampliando a otros ámbitos.

En cuanto a la validez jurídica del contrato de maternidad subrogada o Asistida debemos decir que nuestro Código Civil establece la vigente regula la figura jurídica del contrato a través del Art. 1351 como: "El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial".

---

<sup>81</sup> SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL del 04 de Agosto del 2006. {Expediente número 4972-2006-PA/TC}. Actualidad Jurídica, N° 197, Gaceta Jurídica, Lima. 2010.

Algunos juristas consideran que el denominado - impropia-mente- “contrato de maternidad subrogada” tiene por objeto el “alquiler de útero o de vientre” de una mujer para que ésta aportando el óvulo o con la de una donante gestante al niño por consiguiente se pretendería considerarlo como un contrato de arrendamiento, al amparo de nuestro Código Civil vigente a través del Art. 1666 (Libro fuentes de las Obligaciones que expresamente dice: “Por arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida”).

Por lo tanto pretender considerar como objeto de este “contrato” el “alquiler de útero” de una mujer con la finalidad ya indicada sería una grave aberración jurídica porque si bien es cierto no ofrece problema alguno el libre consentimiento que se preste para gestar un niño o la forma que se adopte, pero, si plantea problemas el objeto y la causa de dicho "contrato", pues por éstas el contrato es ilícito ya que en principio los órganos están fuera del comercio de los hombres, estando, prohibido los actos de disposición del cuerpo humano a cambio de una contraprestación económica, pues se atenta contra la integridad psico-somática, se constituye un atentado contra los artículos 5,6 y 7 del Código Civil Libro: Derecho a las Personas) y los servicios a prestarse son contrarios a las buenas costumbres.

Lledó Yagüe afirma: "... que el contrato con la portadora resulta a todas luces ilícito porque, entra otras razones, la capacidad generativa es indispensable, intransferible y personalísima. Esta fuera de la autonomía de la voluntad de las partes porque atenta con los principios de orden público pretender arrendar el uso de un útero durante nueve meses de gestación"<sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup> LLEDÓ YAGÜE, Francisco. *Reflexión Jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana*. "La Ley" N° 177, 1985, Pág. 4.

Algunos juristas especialistas en la materia consideran que es preferible denominarlas cesión de útero, otros creen que tal "contrato" deben ser incluido dentro de los llamados contratos innominados, y otros consideran que se trata de un contrato de servicios de incubación en útero ajeno.

De acuerdo a nuestro criterio consideramos que la legislación vigente establece que el nombre o denominación que pueda adoptar dicho contrato es lo de menos, pues por su objeto y por su causa dichos contratos son nulos sean gratuitos u onerosos, por las consideraciones antes ya expuestas por consiguiente la madre portadora no estará obligada a hacer entrega del hijo ni sería pasible de una indemnización por daños y perjuicios por su negativa<sup>83</sup>.

Nuestro actual Código Civil de 1984, no contempla ninguna norma que nos permita establecer que las técnicas de reproducción asistida se encuentren reguladas.

## 2.7. CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Según la Convención de los Derechos del Niño se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Pareciera que no hay desacuerdo en que tanto en las decisiones legislativas, administrativas como judiciales en las que se vean implicados los niños o adolescentes, en los términos de la Convención de Derechos del Niño, el interés de

---

<sup>83</sup> BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *Advertencia: el presente artículo puede herir su sensibilidad jurídica. El alquiler de vientre, las madres sustitutas y el Derecho Contractual*. En: *Ius et Veritas*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1995, N° 10, Págs. 51 - 64.

éste debe ser considerado con particular relevancia. La Convención de los Derechos del Niño expresa claramente: En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Se debe tener en cuenta que la Convención de los Derechos del Niño contiene “principios estructurantes” –entre los que destacan: el de no discriminación (art. 2), de efectividad (art. 4), de autonomía y participación (art. 5 y 12), y de protección (art. 3). Estos principios son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia. Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos.

Es necesario señalar que entendiendo de este modo la idea de “principios”, la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente “inspirar” las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades, así cualquier política pública o práctica privada que reglamente el uso de las TERAS tendrá necesariamente que tener como límite el principio de interés superior del niño.

Más aún, si en este contexto analizamos el artículo 3.1 de la Convención comprobamos que su formulación es paradigmática en cuanto a situarse como un límite a la discrecionalidad de las autoridades: En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño”.

Es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la Convención constituyen un “principio” que obliga a diversas autoridades e, incluso , a instituciones privadas a estimar el “interés superior del niño” como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.<sup>84</sup>

En este punto es posible afirmar que lo que aquí provisionalmente denominamos “principio”, podemos también denominarlo, en el caso específico del interés superior del niño en la Convención, como “garantía”, entendida ésta última “como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos”. Así, el interés superior del niño en el marco de la Convención es un principio jurídico garantista.

Por todo lo señalado se puede afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos:

---

<sup>84</sup> [http://www.iin.oea.org/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf)

interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo “interés superior” pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo “declarado derecho”, por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser “interés superior”.

Desde la vigencia de la Convención, el interés superior del niño deja de ser un objetivo social deseable –realizado por una oportunidad progresista o benevolente– y pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad.

En este sentido debe abandonarse cualquier interpretación paternalista/autoritaria del interés superior, por el contrario, se debe armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder y superan el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia.

La Convención formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra a identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no “constituye” soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no sólo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente. El ejercicio de la autoridad, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, se orienta y limita por los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce al niño, considerando además los principios de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y de participación en todos los asuntos que le afecten (arts. 5 y 12 de la Convención). En este sentido, se puede afirmar que el principio puede ser concebido como un límite al paternalismo estatal y que puede

orientar hacia soluciones no-autoritarias en aquellas situaciones difíciles en las que el conflicto entre derechos del niño exige utilizar una regla compleja para la construcción de una decisión que proteja efectivamente los derechos amenazados o vulnerados.<sup>85</sup>

Cuando la Convención señala que el interés superior del niño será una consideración primordial para la toma de decisiones que le afecten, sugiere que el interés del niño –es decir, sus derechos- no son asimilables al interés colectivo; por el contrario, reconoce que los derechos de los niños pueden entrar en conflicto con el interés social o de una comunidad determinada, y que los derechos de los niños deben ponderarse de un modo prioritario. Así, si existe un interés colectivo por el uso de las Teras, estas quedan relegadas si producen afectación a los intereses del niño.

El concepto de interés superior del niño alude a la protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o “nivel de vida adecuado” (art. 27.1 de la Convención).

Por su parte, la formulación del principio en el artículo tercero de la Convención permite desprender las siguientes características: es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una

---

<sup>85</sup><http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/aa507a0046e10863921b9344013c2be7/Tema+II.-+Compatibilizar+el+Derecho+Penal+Garantista+con+el+Interes+Superior+de+Ni%C3%B1o.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=aa507a0046e10863921b9344013c2be7>

orientación o directriz política para la formulación de políticas pública para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática. Así, el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida deberá evaluar todo lo concerniente al interés superior del niño y en caso de afectación no podrá llevarse a cabo (como en el caso de las parejas homosexuales).

## 2.8. CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

La Constitución Política del Perú en el artículo 4 establece que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, de allí que el Código de los niños y adolescentes garantice la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico o mental en su artículo primero.

Con este artículo, el Código de los Niños y de los Adolescentes vigente, así como el anterior, se presenta como el primero en nuestro medio en prohibir la manipulación genética de manera taxativa y expresa, siguiendo la orientación *in extenso* de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Se aprecia en este artículo se protege al concebido de distintas experimentaciones que atenten a la integridad y desarrollo físico o mental de la persona, no se establece ningún límite a la práctica de aquellas intervenciones técnicas cuyos propósitos sean terapéuticos.

Consideramos que el límite se encuentra en la realización de aquellos procedimientos genéticos que, en vez de ser aplicados en beneficio de la persona,

sirven básicamente para definir o fomentar el desarrollo de las técnicas biomédicas sin considerar la violación y atentado contra la unidad psicosomática cometida contra el sujeto de derecho.

Esta protección normativa se hace extensiva a la gran diversidad y formas de manipulación genética como la fecundación de embriones por de mezcla de componentes genéticos, transgénesis, clonación, selección de sexo, procesos de hibridación, quimerización, crioconservación, cesión de útero, ovodonación, embriodonación, entre otros.

## **2.9. LEY GENERAL DE SALUD**

La sociedad avanza cada vez más rápido y es necesario que nuestras leyes avancen a su ritmo, con la finalidad de impedir un vacío legal; en virtud de esta realidad. Frente a los cambios que se producen, resulta necesario que exista una legislación que reconozca situaciones como las que se presentan a diario relacionadas con las técnicas de reproducción asistida, debido a que sólo tenemos a través de la Ley General de Salud su reconocimiento, pero dicha norma es insuficiente.

La Ley General de Salud, Ley N° 26842, publicada el 20 de Julio de 1997, dispone en su artículo 7° siendo un cuestionado artículo relativo 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 madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida se requiere el 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”.

A nuestro criterio la redacción de la norma es deficiente, lo cual ha generado un debate esencialmente en relación al tema de la ovodonación. Podría decirse que se establece claramente que el recurrir a técnicas de reproducción asistida es un derecho (lo cual tiene importantes consecuencias) y se prohíbe la fecundación de óvulos humanos con fines diferentes a la procreación y la clonación de seres humanos. Se permite tanto la fecundación homóloga como la heteróloga, pero el artículo pone como condición que coincidan ‘la madre genética y la madre gestante’. Es esta la frase de la discordia.

Sobre ello podríamos señalar:

- a) La norma no contiene una prohibición respecto de la ovodonación. El último párrafo del artículo contiene las dos prohibiciones respecto de la FIV; si el legislador hubiera querido prohibir la ovodonación la hubiera establecido aquí.
- b) Las prohibiciones no pueden interpretarse de manera analógica, sino que deben estar explicitadas. Lo contrario vulneraría el principio de clausura que establece que ‘aquello no está prohibido, está permitido’.
- c) Podría considerarse una exhortación del legislador, más no una exigencia.
- d) Admitir la fecundación heteróloga con material genético masculino, pero impedirla con material genético femenino originaría una discriminación por razón de género, sobre todo teniendo en cuenta que en los casos de deficiencia ovárica el índice de éxitos de fertilizaciones con óvulos propios ronda el 20%

mientras que con óvulos de donante este alcanza hasta 70%(21); con lo cual, prohibir la ovodonación equivale a negar la posibilidad de acceder a la maternidad cuando la dificultad resida en la mujer.

- e) Lo que en un momento podía encontrar algún justificativo en las dificultades técnicas de la crioconservación de ovocitos, al haber sido estas superadas mediante la vitrificación y la crioconservación de tejido ovárico, pierde legitimidad.
- f) Si lo que se pretende evitar son los conflictos en torno a la identidad de un futuro infante, la prohibición debería ser total, no justificándose la donación de esperma.
- g) Esta disposición no impide la maternidad subrogada, ya que pueden coincidir madre genética y gestante en la subrogante, utilizando esperma de un donante anónimo o del varón de la pareja. Más propio en todo caso sería establecer, de un lado, una clara prohibición de la maternidad subrogada y, por otro, la determinación de la maternidad por el parto.
- h) De prohibirse la ovodonación, también se impediría la embriodonación, la cual puede dar alternativas a la adopción a parejas infértiles mediante tratamientos menos costosos y que permitan la experiencia de la gestación, consolidando el vínculo filial y utilizando embriones congelados, evitando la generación de nuevos embriones supernumerarios.
- i) Prueba de los defectos de esta norma es el requerimiento del consentimiento expreso de 'los padres biológicos', ya que al admitir la donación de esperma (siendo el varón el padre biológico) se estaría exigiendo la presencia de un

donante anónimo que asumiría, entonces, ¿obligaciones? en un curioso cuadro jurídico, que solo se entiende merced a una técnica legislativa errónea, resultando conflictiva e inadecuada su aplicación literal.<sup>86</sup>

La Ley General de Salud considera que el recurrir a técnicas de reproducción asistida es un derecho (lo cual tiene importantes consecuencias). Asimismo, admite la fecundación heteróloga, con material genético masculino, pero exige que la condición de madre gestante y madre genética coincidan, excluyendo en principio la ovodonación. Lo que en un momento podía encontrar algún justificativo en las dificultades técnicas de la crioconservación de ovocitos, al haber sido estas superadas mediante la vitrificación y la crioconservación de tejido ovárico, pierde legitimidad.

Se ha alegado que la disposición pretende proscribir la maternidad subrogada. Si esa fuera la razón, la medida es ineficiente, ya que puede coincidir madre genética y gestante en la subrogante, utilizando esperma de un donante anónimo o del varón de la pareja. Más propio en todo caso sería establecer, de un lado, una clara prohibición de la maternidad subrogada, y por otro, la determinación de la maternidad por el parto. Hay sin embargo, reciente jurisprudencia, que comentaremos, que considera perfectamente legal la maternidad subrogada. Este artículo impide además la embriodonación, la cual puede dar alternativas a la adopción a parejas infértiles mediante tratamientos menos costosos y que permitan la experiencia de la gestación, consolidando el vínculo filial y utilizando embriones congelados, evitando la generación de nuevos embriones supernumerarios.

---

<sup>86</sup> SIVERINO-BAVIO Paula. *Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú*. En Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia N° 58 Lima 2012, Pág. 216.

La Constitución Política establece en su artículo 2° inciso 1) que “toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”, Observamos que nuestra Carta Magna señala que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece, norma suprema que como tal, prima ante toda otra, por lo que habría que analizar entonces por qué el ordenamiento jurídico no logra ponerse de acuerdo en cuanto al inicio a la vida y la protección del concebido, para evitar el uso de estas técnicas, pues es evidente que “el logro de un niño nacido no puede justificar en absoluto la muerte de 1406 cigotos”.

El Tribunal Constitucional en la sentencia N° 2005-2009 señala “la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. Un ser único e irrepetible, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente”.<sup>87</sup>

Si partimos de esta jurisprudencia y de la protección que recibe el concebido en nuestra legislación, entonces el artículo 7° de la Ley General de Salud que permite el uso de las técnicas de reproducción asistida, devendría en inconstitucional ya que permite la práctica de procedimientos complejos donde existen dudas sobre la aplicación o no de dichas técnicas de reproducción asistida.

Es necesario señalar que si estas técnicas tienen como objetivo que las parejas infértiles puedan procrear, lo que debemos tener en cuenta es que la procreación es

---

<sup>87</sup> SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL del 16 de Octubre del 2009. {Expediente número 2005-2009-PA/TC}. Gaceta Constitucional, N° 28, Gaceta Jurídica, Lima, 2010

una facultad inherente al ser humano, sin embargo esta facultad es un derecho derivado del derecho a la vida, de la integridad y de la libertad de la persona, por lo que el proceso de congelación y descongelación que “implica daños irreversibles en los embriones, debido a la utilización de sustancias o protectores que suavizan los cambios de temperatura”<sup>88</sup>, estos daños atentan contra la integridad física del embrión, y posteriormente contra el derecho a la vida, por lo que dichas técnicas no deben practicarse.

En este contexto se debe tener en cuenta al Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú que en el artículo 27 señala que el médico no debe manipular ni generar seres humanos por clonación.

Por su parte el artículo 28 de dicho Código dispone que el médico no debe inducir ni promover la conservación de gametos con fines exclusivamente lucrativos.

El artículo 29 señala que el médico no debe inducir, promover ni realizar procedimientos de reproducción asistida sin el debido consentimiento informado de la madre y el padre potenciales.

Finalmente el artículo 30 dispone que el médico no debe inducir, promover ni utilizar técnicas de reproducción asistida en mujeres propuestas como madres subrogadas con fines de lucro de éstas, del médico u otros.

---

<sup>88</sup> LEMA, Carlos. *Reproducción, poder y derecho*. Madrid. 1999. Pág. 60.

## 2.10. ANÁLISIS DE CASOS CONCRETOS DE LA JURISPRUDENCIA PERUANA

Es necesario tener en cuenta la jurisprudencia peruana porque aún no existen casos concretos sobre maternidad subrogada en Arequipa. Por lo tanto se realiza el análisis jurídico con el propósito de tener una visión sobre la problemática de la reproducción humana asistida.

### 2.10.1. SENTENCIA DE LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA CASACIÓN 5003-2007-LIMA

En el caso de la sentencia de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema Casación 5003-2007-Lima se aprecia que una impugnación de maternidad, llega a la Corte vía recurso de casación, en las dos primeras instancias la demanda fue declarada improcedente sustentando que no basta que se acredite el vínculo sanguíneo, sino que también hay que acreditar la afectación.

**Explicamos el caso en concreto** – Se trata que la señora Mónica Oblitas Chicoma actúa en el supuesto interés legítimo de su hijo menor de edad, Olsen (medio hermano del niño cuya filiación es puesta en discusión) y solicita la impugnación de maternidad de María Alfaro Dávila quien es que siendo infértil recurre a la fertilización in vitro con óvulo de donante anónimo, gesta y posteriormente alumbró a una niña de nombre Alicia Alfaro Dávila (vemos que lleva ambos apellidos de la madre que gestó)

Entonces la demandante alega que se transgrede los derechos de su hijo Olsen, ya que le están arrebatando el vínculo *ius-sanguine*, y además que no hubo

consentimiento de su esposo Custodio Olsen Quispe Condori en donar sus gametos, ya que en este caso María Alfaro utilizó el espermatozoide para gestar y por último la accionante señala que se está atentando contra el artículo 7 de la Ley General de Salud el cual prohíbe la ovodonación.

La Sala Casatoria acepta el recurso por entender afectado el derecho a un debido proceso, interpretando que no es preciso probar afectación o daño, sino el interés en el esclarecimiento de la verdad biológica que tendría el medio hermano; y luego revierte el fallo, interpretando el daño o afectación psicológica que resulta de la falsedad de la relación materno-filial, porque según ellos existe separación entre hermanos de sangre y violación de derechos fundamentales como lo es el *ius sanguina* (recordemos que la niña nacida por ovodonación es hija biológica de su pareja, ya que aportó su semen) y que además se usó la técnica de la ovodonación que según ellos no está permitida en nuestra legislación; en consecuencia, declaran fundado el recurso de casación interpuesto por Mónica Oblitas Chicoma que hace en representación de su hijo Olsen Quispe Oblitas, dicha decisión genera una serie de cuestionamientos que vale la pena considerar.

En primer lugar la demandada María Alfaro ha poseído voluntad procreacional, solo carece de vínculo genético, es más existe una maternidad social, ya que la sociedad la identifica plenamente como la madre de Alicia. En segundo lugar, se debe tener en cuenta que debe primar el Interés Superior del Niño, ya que si prosperaría la petición de Mónica Oblitas, la niña quedaría huérfana de madre, porque recordemos que la madre genética se encuentra en el anonimato; y por último esto devendría en un interés ilegítimo, ya que con este pedido de sostener

que se trataría de una “maternidad ilegal”, de la demandante dejaría a esa niña sin madre

Ahora, recordemos que la impugnación de maternidad se da, según el Código Civil en su artículo 371, en los supuestos de suplantación de hijo y cuando hay parto supuesto; lo cual no es el tema en cuestión.

Estoy en desacuerdo con el fallo de los vocales ya que antepusieron el vínculo filial-legal de unos medios hermanos al interés superior de un niña al tener una madre

#### **2.10.2. EXPEDIENTE N° 183515-2006-00113, JUZGADO DÉCIMO QUINTO DE FAMILIA DE LIMA**

Un caso emblemático, que incluso salió en televisión, es el resuelto en primera instancia en enero de 2009, es el Expediente N° 183515-2006-00113, Juzgado Décimo Quinto de Familia de Lima, da cuenta de una impugnación de maternidad que reconoce su origen en una subrogación de vientre.

**Explicamos el caso en concreto-** los hechos son los siguientes: la señora Carla Mónica See Aurich. y su esposo desean tener hijos, pero cuando ella consulta a su médico el señor Luis Solari de la Fuente (quien fue Ministro de Salud), este le informa que, debido a que la señora Carla padece insuficiencia renal e hipertensión arterial, y que un embarazo pondría en riesgo su vida. Es en ese contexto que los esposos deciden recurrir a la fecundación in vitro, empleando su propio material genético contando además con la madre de la señora Carla See Aurich, la señora Lucero Aurich de la Oliva es quien llevará albergará en su vientre la gestación de su nieta.

Al nacer la niña Daniela Mendoza Aurich es inscrita en la Clínica Miraflores de la ciudad de Lima, como hija de la señora Lucero Aurich de la Oliva (su abuela) y a su yerno, es decir el esposo de la señora Carla See Aurich como padre de la pequeña.

Debido a todo esto, la madre genética interpone una acción de impugnación de la maternidad, done la señora Lucero Aurich (la que gestó) jamás se opuso. La jueza de la causa reconocerá entonces que si bien en principio la accionante no estaría legitimada, en la medida que la impugnación de la maternidad procedería en caso de suplantación del hijo o simulación del parto, considera que, dado que media una fecundación in vitro, el concepto tradicional de maternidad resulta obsoleto, y el derecho genético “crea nuevos conceptos de maternidad y por ende representa un problema jurídico con diferentes matices, cuya regulación legal resulta insoslayable para armonizar las relaciones humanas en la sociedad”.

Se aprecia en este contexto que la jueza ordena, a fin de determinar con certeza la maternidad de la niña, una prueba de ADN. Siendo esta prueba favorable para la señora Carla See Aurich; la juzgadora responsable de este proceso se pregunta quién debe ser aquí emplazada como madre, la madre genética o la gestante.

Es importante señalar que la magistrada considera que no existe prohibición respecto de la maternidad subrogada, y por ende, se trata de una conducta lícita; y además, que la determinación de la filiación biológica, sumada al acto altruista y amoroso de la abuela de gestar a la nieta en favor de su hija y su yerno, se define a favor de la madre genética, la señora Carla See Aurich

**En mi opinión** estoy de acuerdo con el fallo, ya que con la ayuda de la prueba de ADN tuvo un final feliz, pero cabría preguntarse a qué solución se hubiese arribado

si la señora Carla See Aurich hubiera padecido alguna patología que le impedía aportar el óvulo y hubiese recurrido tanto a la ovodonación o la embriodonación como a la maternidad subrogada.

Analicemos entonces, se demostró que Carla See Aurich tiene la calidad de “madre biológica” o a su vez de “madre genética” y Jenny Lucero Aurich de la Oliva (madre de Carla) de “madre sustituta” queda determinar ¿quién es la madre de la niña Daniela? Aquella que aportó los óvulos o la que la albergó por 9 meses.

La jueza razonó que si bien el artículo 7 de la Ley General de Salud indica que la condición de madre genética y madre gestante debe recaer en la misma persona, ¿qué pasa si esta condición recae en diferentes personas?, la jueza señala que esta situación fáctica no está prohibida pero tampoco expresamente permitida y a tenor de lo dispuesto por el Artículo 2º inciso 24 letra a de nuestra Constitución en virtud del cual “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” y considerando que Jenny Lucero Aurich de la Oliva, realizó la gestación sin fines de lucro y por amor a su hija Carla See Aurich; optó a favor de la demandante.

Sin embargo, por otro lado, enterada la jueza en el curso del proceso que de la fecundación in vitro se lograron seis embriones, de los cuales se implantaron tres y se crioconservaron los otros tres, interpreta que en el ordenamiento jurídico peruano la única solución válida, ética y legalmente dado que estaríamos frente a sujetos de derecho desde la fecundación- dispondría el uso de los embriones por la propia mujer y su pareja. La defensa de la dignidad del embrión extrauterino como sujeto de derecho exige entonces en opinión de la jueza que se tomen las medidas adecuadas para “hacer efectivo su derecho a la vida, que tiene todo concebido en su

calidad de niño”. Por ello la magistrada ordena que, en el curso de dos años desde la sentencia, los justiciables hagan efectivo el derecho a la vida de los embriones congelados, gestándolos por sí o mediante subrogación de vientre sin fines de lucro, ya que El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece, y en caso de no cumplir lo antedicho, el Ministerio Público les iniciará un proceso por abandono de los embriones y dispondrá su adopción por padres sustitutos.

La lectura de la sentencia ha generado un impacto en los abogados sobre un tema complejo y polémico.

Sin embargo, el obligar a una mujer enferma a gestar por sí o bien buscar quien geste por ella, a tres óvulos fecundados criopreservados, y poner a tal fin un plazo perentorio de dos años, bajo amenaza de iniciarle a ella y su esposo un proceso por abandono de menores en mi opinión es ir demasiado lejos.

Es necesario preguntarse ¿Dónde queda el derecho a elegir el número y espacio entre los hijos? ¿Dónde queda su derecho a la integridad, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad? ¿De qué manera se respeta su dignidad al convertirla a ella a riesgo de su vida, o bien a una tercera mujer, con el coste físico y emocional que una maternidad subrogada conlleva, en una incubadora? Al respecto consideramos que en este aspecto, en este punto la sentencia abre un peligroso e indeseable camino, de muy dudosa constitucionalidad y que cosifica y vulnera la dignidad de las mujeres.

### 2.10.3. CASACIÓN N° 4323-2010-LIMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA CIVIL PERMANENTE

Este caso relacionado con la Casación N° 5003-2007 que revisamos anteriormente.

**Explicamos el caso en concreto** - Se trata que la Clínica de Fertilidad Asistida “Concebir” y María Alfaro Dávila interponen recurso de casación contra la Sentencia de Vista de la Sexta Sala Civil de Lima ya que según ellos la Ley General de la Salud prohíbe la ovodonación y la Sala indica que si está permitida.

De acuerdo a la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, la maternidad subrogada no se encuentra reconocida legalmente en el Perú. En cambio al referirse a la ovodonación afirma que se rige por el axioma de que “todo lo que no está prohibido está permitido”, en tal caso existe un vacío normativo y jurisprudencial por lo que no se trata de un acto ilícito ni un delito, constituye mas bien un vacío normativo y jurisprudencial

De todo lo manifestado se aprecia que tanto en la ovodonación necesariamente las calidades de madre genética y madre gestante recaen en personas diferentes.

En este contexto la Ley General de Salud, Ley N° 26842 en el artículo 7 establece que 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”.

Al respecto es factible efectuar la crítica a los argumentos de la Sala debido a que si la ovodonación implica una disociación entre maternidad genética y maternidad gestacional, porque recae dichas calidades en personas diferentes, se encuentra incluida dentro de la previsión normativa, la actual establece como una necesidad el que ambos tipos de maternidad recaigan en una sola persona.

**En mi opinión,** es incomprensible la decisión de la Sexta Sala Civil de entender que la ovodonación está permitida por la existencia de un vacío legal. Además no existe explicación, al afirmarse que la maternidad subrogada no se encuentra reconocida legalmente a diferencia de lo afirmado para la ovodonación.

En relación al interés superior de la niña cabe señalar en que ambos procedimientos se encuentran destinados a la procreación de manera que si en vez de una ovodonación se hubiese recurrido a la maternidad subrogada, también existiría un interés superior que proteger.

De igual modo, en lo referente a la protección del concebido, este se presentaría en ambos procedimientos.

La ovodonación si se encuentra incluido en la prohibición del artículo 7 de la Ley General de Salud, al generarse una desvinculación entre la madre genética y madre gestante. Por todo ello se aprecia que la Sala ha efectuado una interpretación errónea del artículo 7 de la Ley General de Salud que prohíbe la maternidad subrogada y con ello la ovodonación, al autorizar la utilización de dichas técnicas solo cuando la madre genética y la madre gestante recaiga en a misma persona lo cual excluye la donación de óvulos.

Con relación a los acuerdos de maternidad subrogada devendrían en nulos por contravenir el artículo 7 de la Ley General de Salud, por así establecerlo el artículo V del Título Preliminar del Código Civil que dispone, es nulo el acto jurídico contrario en las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

#### 2.10.4. CASACIÓN N° 563-2011-LIMA.

Un caso muy triste, donde la vileza del ser humano llega a niveles insospechados.

**Explicamos el caso en concreto** La sentencia está referida al caso de un matrimonio (doña Dina Felicitas Palomino Quicaño y don Giovanni Sansone) que encargó a Isabel Zenaida Castro Muñoz (conviviente del sobrino de Palomino Quicaño) la gestación de un bebé, que debía ser entregado a los esposos tras su nacimiento. Esto a cambio se le dé a la gestante la suma 18 900 dólares americanos.

Se aprecia que la fecundación del bebé se efectuó con el gameto del esposo, el señor Giovanni Sansone, por lo que, desde el punto biológico, la niña alumbrada era hija del comitente y de la madre de alquiler. Después del nacimiento de la niña Victoria Palomino Castro, la filiación materna se inscribió a favor de la gestante y la filiación paterna a favor de su conviviente Paul Frank Palomino Cordero (sobrino de la demandante Dina Felicitas Palomino Quicaño), quien efectuó un reconocimiento por complacencia. En consecuencia, el padre de sangre Giovanni Sansone no figuraba como padre formal o legal.

Después del alumbramiento, la niña, de nueve días de nacida, fue entregada de forma voluntaria a los esposos contratantes, es decir a Giovanni Sansone y Dina Palomino Quicaño. A su vez, éstos iniciaron un proceso de adopción por excepción (artículo 248 Código de los Niños y Adolescentes) para que de modo legal se constituyera la filiación a su favor, los demandados (Castro Muñoz y Palomino Cordero) contestan y se allanan, ya que Castro Muñoz señala que aceptó ser inseminada artificialmente por persona distinta a su pareja y también con la intención de mejorar su situación económica para viajar a Italia.

Pero resulta, que la pareja de convivientes Castro Muñoz (madre biológica de la niña) y Palomino Cordero se desisten en su voluntad de entregar en adopción a su hija, y afirma que fue manipulada por los demandantes y que actuó en contubernio con estos.

Pese al desistimiento, en primera y segunda instancia se declaró fundada la demanda de adopción por excepción interpuesta por el matrimonio Sansone-Palomino. Ante ello, la madre portadora y su pareja interponen recurso de casación, alegando: a) vulneración del artículo 115 del Código del Niño y Adolescente, por no proceder la adopción debido a que el padre adoptante era a la vez el padre biológico de la niña; b) infracción del artículo 128 Código del Niño y Adolescente, inciso b), porque la adoptante, tía demandante, Dina Felicitas Palomino Quicaño no guardaba ningún parentesco con la niña. Ello a causa de que el padre legal, Paul Frank Palomino Cordero, familiar de dicha adoptante, no era el padre biológico; c) infracción del artículo 378 Código Civil, incisos 1 y 5, debido a que los adoptantes carecían de solvencia moral.

Los que carecían de solvencia moral fueron los señores Isabel Zenaida Castro Muñoz y Paul Frank Palomino Cordero, ya que en el proceso se comprobó que a pesar de verse beneficiados con la suma de 18 900 dólares americanos, extorsionaba a los pre-adoptantes con sumas de dinero a fin de que no abortase a la niña que llevaba en su vientre, incluso este chantaje se extendió después de nacida la niña, amenazando de frustrar la demanda de adopción que iniciaron los esposos Sansone-Palomino. Por ello que el Ministerio Público formalizó denuncia penal contra estos, por el delito de Extorsión.

Vemos que la Corte Suprema determinó que todas las causales interpuestas en la casación mencionadas por los extorsionadores Castro-Palomino carecían de

sustento. Según la Corte Suprema sí procedía la adopción porque la paternidad que figuraba en la partida de nacimiento era la de Paul Frank Palomino Cordero. Es así que, éste era el padre legal de la niña y, por lo tanto, la comitente demandante, la tía de la niña. Del mismo modo, estableció que existía un conflicto entre el interés superior de la niña a tener una familia y el derecho de los padres recurrentes a ejercer la patria potestad. Ante este dilema, y basado en el comportamiento de las gestante y su pareja, dispuestos en un principio a renunciar a su hija a cambio de dinero, resolvió que había de primar el interés superior de la niña a que continúe viviendo con los demandantes, quienes, de acuerdo al Tribunal, le proporcionaban un ambiente adecuado. En consecuencia, concluyó, “arrancarla de su seno familiar a su corta edad resultaría gravemente perjudicial”. Por estos motivos, declaró infundado el recurso de casación.

El magistrado lamentó que los demandados hayan mostrado tan poco valor a la vida y hayan actuado con vileza ya que han lucrado con la vida de un indefenso, y que incluso habiendo ya recibido una suma de dinero, lo cual está mal, porque la maternidad subrogada debe hacerse con fines altruistas, continuaron con su actitud extorsiva

Más aun cuando se denota que ellos entregaron a la niña, renunciando y desentendiéndose por completo a responsabilidades que como padre y madre legales tenían de su hija.

Sobre esta sentencia podremos decir que plantea un tema de sumo interés referido a las técnicas de fecundación artificial, enfatizando básicamente en la gestación por sustitución, y los problemas que dichos métodos generan, en especial, en la determinación de la filiación del niño y en el interés superior de éste.

Se observa que en esta sentencia en virtud de la aplicación del principio del interés superior del niño, el derecho de una niña engendrada por fecundación asistida a tener una familia idónea prevalece sobre el derecho de la madre biológica y su esposo de ejercer su patria potestad cuando ambos premeditadamente acordaron procrear un ser humano para entregarlo luego en adopción a cambio de ciertos beneficios.

Felizmente en este caso los magistrados declararon infundada la presente casación y otorgaron la adopción a la niña a aquellas personas que siempre quisieron asumir su rol de padres los cuales estuvieron siempre preocupados de su integridad y de demostrar amor a la niña cediendo inicialmente a los chantajes de la pareja Palomino-Castro

## **2.11. LEGISLACIÓN COMPARADA**

### **2.11.1. CHILE**

En Chile al igual que en el Perú la maternidad subrogada no está normada pero tampoco se encuentra sujeto a sanción, para poder contratar un “vientre de alquiler” hay que hacerlo extrajudicialmente, más aún cuando ha habido un aumento de la infertilidad de las parejas chilenas de manera notoria.

Chile al no tener una legislación sobre el tema, adopta las posturas éticas de la Red Latino Americana de Reproducción Asistida de 1995, un documento consensual elaborado por científicos latinoamericanos el cual es claro al afirmar que solamente las técnicas de reproducción asistida son permitidas en parejas heterosexuales infértiles o que por razones físicas no puedan copular, no aceptando así a mujeres

que decidan no unirse a una pareja heterosexual o no acepten el coito como medio natural.

Dicho esto, según dicha Red es permitida la donación de gametos, siempre que no sea oneroso, confidencial y que las personas beneficiadas con la donación sean evaluadas psicosocialmente.

En Chile no hay ningún banco de esperma, así que las donaciones que se realizan en la práctica son reservadas.

### 2.11.2. ESPAÑA

La primera ley española del 22 de noviembre de 1988 reguló la técnica de reproducción asistida. Hoy en día rige la ley 14 del 2006 (Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, LTRHA)

Primeramente se exige un consentimiento mutuo de los cónyuges para aprobar la técnica, sean heterosexuales u homosexuales, luego la obligación de asumir la filiación, también se precisa posibilidades razonables para su éxito.

Entre los aspectos más destacados, anotamos:

- a. La filiación de los nacidos por la maternidad subrogada se lo verá al momento del parto, aplicando el *mater Semper certa est* que es madre es quien da a luz.
- b. Es nulo cualquier contrato por el que se acuerde que una mujer geste a favor de terceros según el artículo 10 de la LTRHA. Acá se asemeja a las legislaciones francesa e italiana quienes consideran madre a la gestante y no a la biológica,

También en su Código Civil en el artículo 1271 dice que “podrán ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres”

- c. La donación de gametos y pre-embryones es un contrato no lucrativo no comercial y es anónimo que debe realizarse entre mayores de 18 años que gozarán de plena salud física y psicológica, dicho contrato debe estar por escrito y es a título gratuito, pero ocasionalmente se puede fijar una compensación resarcitoria por las molestias físicas y gastos diversos, además se garantizará la confidencialidad, solo excepcionalmente en circunstancias extraordinarias se revelará la identidad de los donantes.
- d. El semen podrá ser conservado en un banco de gametos además de la conservación de pre-embryones sobrantes de la FIV para motivos de investigación académica. Se contempla la fecundación post mortem, la que consiste en fecundar a la viuda del matrimonio con gametos conservados del marido fallecido, como caso excepcional cuando el marido dispuso en vida por escritura pública o testamento que su material reproductor pueda ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su esposa. La filiación de este hijo es matrimonial. El varón unido por vínculo no matrimonial también podrá hacer uso de este procedimiento.

La maternidad subrogada o sustitutiva, la que se puede dar con la donación de óvulos o con el uso del útero de otra mujer, está regulado por el artículo 10 que establece que es nulo de pleno derecho el contrato en que se convenga la gestación con o sin precio a cargo de una mujer que renuncie a la filiación materna a favor del tercero contratante. La filiación de los hijos será determinada por el parto, y queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto al padre biológico.

La ley sienta algunos principios. La técnica de reproducción sólo puede ser utilizada cuando existe posibilidad de éxito y no represente algún riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia; solo se pueden practicar en mujeres mayores de edad, en buen estado de salud y que consientan libremente; los establecimientos encargados de hacer esta técnica deben de dar las explicaciones del caso, los riesgos que conlleva, y los problemas biológicos, jurídicos, éticos o económicos; se prohíbe la fecundación de óvulos para cualquier fin distinto para la procreación humana; se transferirán al útero los embriones más adecuados.

A los hijos nacidos con estas técnicas se les prohíbe conocer su identidad, lo que pone en duda su constitucionalidad.

Ahora bien, en España hay una situación paradójica que se ha presentado, si bien está prohibido el contrato de vientre de alquiler, los niños nacidos por esta vía son permisibles de registrarlos; esto claro para que no queden en situación de abandono.

### **2.11.3. FRANCIA**

En Francia al igual que el país español, está prohibida la maternidad subrogada, es ilegal todo tipo de vientres de alquiler, incluso el ministro francés Manuel Valls ha sugerido que este tipo de práctica mercantiliza a la mujer. Esto se dio porque había ciudadanos franceses que viajaban a los Estados Unidos de América, donde es permitido los vientres de alquiler, y pretendían que esos niños nacidos por ese método tengan la nacionalidad francesa.

En Francia a diferencia de España, los niños fruto de los vientres de alquiler están prohibidos que sean registrados no permitiendo que estos tengan la nacionalidad

francesa, lo que ha generado la reprobación por el tribunal de Estrasburgo que alega que se está vulnerando el derecho a la identidad de los menores.

Es por este hecho que un matrimonio, los Labassee, que tuvieron una hija mediante vientre de alquiler en los Estados Unidos, y al regresar a Francia, el registro no quiso reconocer a la niña como francesa, ante este hecho recurrieron a un juzgado donde les dieron la razón, ordenando la inscripción de la niña como ciudadana francesa, además ordenando al estado francés el pago de cinco mil euros por indemnización de daño moral sin contar las costas judiciales que hubiere lugar.<sup>89</sup>

Este fallo fue calificado como histórico dado los varios casos de situaciones semejantes en los que están parejas infértiles francesas.

---

<sup>89</sup> <http://www.babygest.es/condena-por-no-reconocer-a-ninos-de-maternidad-subrogada/>

### CAPÍTULO III

#### PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

##### 3.1. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LA ENCUESTA APLICADA A LOS ABOGADOS

Se presenta los resultados de la encuesta que se aplicó a los abogados en base a cuadros estadísticos que contienen frecuencia y porcentaje. Además cada cuadro contiene la explicación cuantitativa y cualitativa.

Para una mejor visualización se presenta los gráficos de barras.

## CUADRO N° 1

LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO DERECHO DE  
REPRODUCCIÓN HUMANA

¿Considera Ud. a la maternidad subrogada como un derecho reproductivo humano?

Alternativas	F	%
Si	112	33
Posiblemente	137	41
No	89	26
<b>Total</b>	<b>338</b>	<b>100</b>

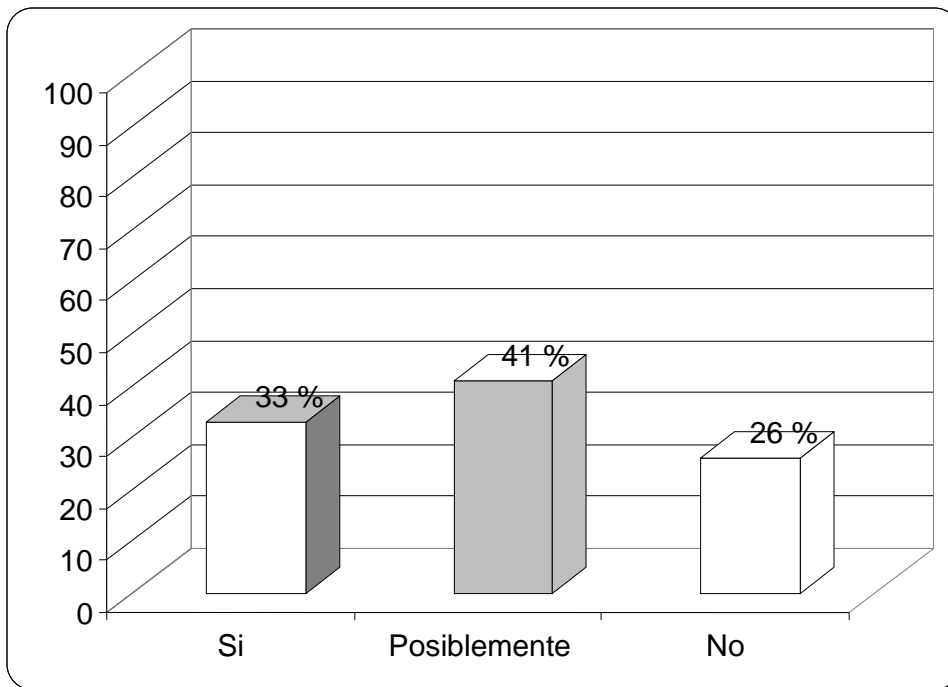
**Fuente:** Encuesta aplicada a los abogados. Julio 2012.

Un 41% de abogados consideran como posibilidad que la maternidad subrogada sea un derecho de reproducción humana, es decir la carencia de una ley genera probablemente que los abogados tengan dudas sobre esta materia; luego un 33% expresa que si y finalmente un 26% señala que no puede ser un derecho.

Conclusión; De este cuadro se infiere que la mayoría de abogados ha optado como posibilidad al derecho de reproducción humana. Esta situación refleja sus dudas debido a que no existe una legislación sobre esta temática y esto genera en la actualidad inseguridad jurídica. En consecuencia, los abogados no tienen conocimiento pleno y emiten una aceptación dudosa e insegura.

### GRÁFICO N° 1

#### MATERNIDAD SUBROGADA COMO DERECHO DE REPRODUCCIÓN HUMANA



**Fuente:** Encuesta aplicada a los abogados. Julio 2012

## CUADRO N° 2

OPINIÓN SOBRE LA MATERNIDAD TRADICIONAL Y LA  
REPRODUCCIÓN ASISITIDA

¿Aprueba Ud. la maternidad tradicional o la reproducción asistida?

Alternativas	F	%
Maternidad tradicional	176	52
Ambas	30	9
Maternidad gestacional	132	39
Ninguna	00	00
<b>Total</b>	<b>338</b>	<b>100</b>

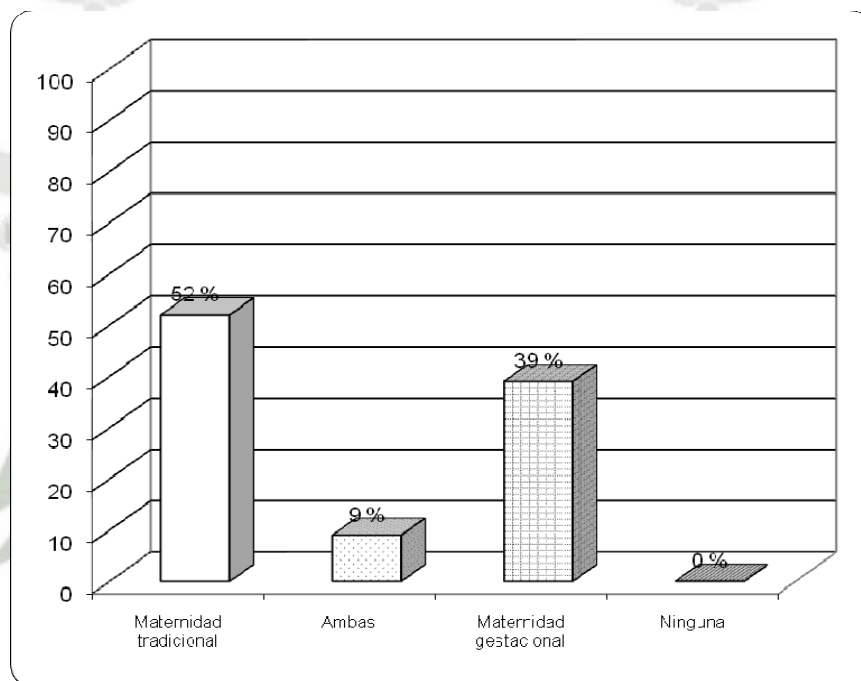
**Fuente:** Encuesta aplicada a los abogados. Julio 2012.

Un 52% de abogados están de acuerdo con la maternidad tradicional posiblemente porque en nuestro país existe una legislación sobre dicha maternidad. Después se aprecia un 39% señala a la maternidad gestacional; y finalmente un 9% considera a ambas.

Conclusión; Más de la mitad de profesionales del derecho han optado por la maternidad tradicional porque carecen de la información necesaria sobre reproducción asistida.

## GRÁFICO N° 2

### OPINIÓN SOBRE LA MATERNIDAD TRADICIONAL Y LA MATERNIDAD GESTACIONAL



Fuente: Encuesta aplicada a los abogados. Julio 2012

## CUADRO N° 3

## DETERMINACIÓN DE LA LEGALIDAD DE LA MATERNIDAD

## SUBROGADA

¿Quién debe contar con mayor protección legal la madre que concibe o la donante de gametos?

Alternativas	F	%
A favor de la madre que concibe	108	32
A favor de la madre que dona los gametos	82	24
Me abstengo de responder	148	44
<b>Total</b>	<b>338</b>	<b>100</b>

**Fuente:** Encuesta aplicada a los abogados. Julio 2012.

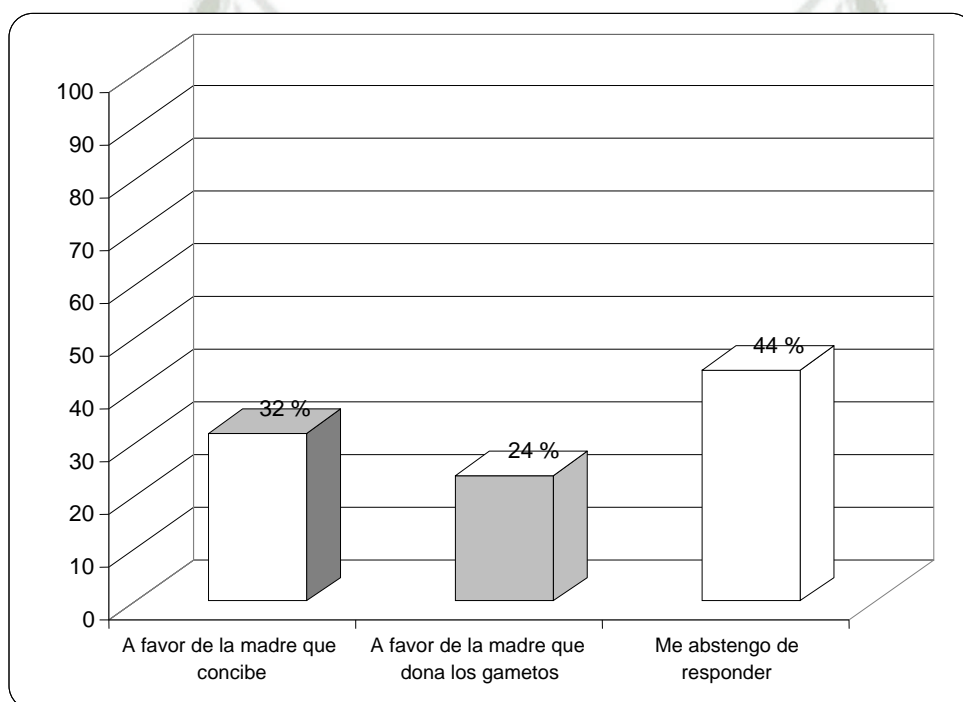
Un 44% de abogados se abstienen de responder esta pregunta debido posiblemente a la carencia de una ley sobre reproducción humana asistida. Luego se observa un 32% está de acuerdo a favor de la madre que concibe y finalmente un 24% señala que está a favor de la madre que dona los gametos.

Conclusión; La determinación de la maternidad presenta mayor complejidad debido a que nuestro Código Civil vincula la maternidad con el parto y por ende existe un vacío legal sobre la reproducción humana asistida. Esta situación genera incertidumbre en los abogados. Por ello es absolutamente necesario que se regule la práctica de la reproducción humana asistida en nuestro país para evitar que se siga produciendo conflictos a las normas vigentes afectando el interés superior del niño.

### GRÁFICO N° 3

#### DETERMINACIÓN DE LA LEGALIDAD DE LA MATERNIDAD

#### SUBROGADA



**Fuente:** Encuesta aplicada a los abogados. Julio 2012

CUADRO N° 4

OPINIÓN SOBRE OVODONACIÓN EN LA MATERNIDAD SUBROGADA

¿Esta Ud. de acuerdo con la ovodonación?

Alternativas	F	%
De acuerdo	85	25
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	147	44
En desacuerdo	106	31
<b>Total</b>	<b>338</b>	<b>100</b>

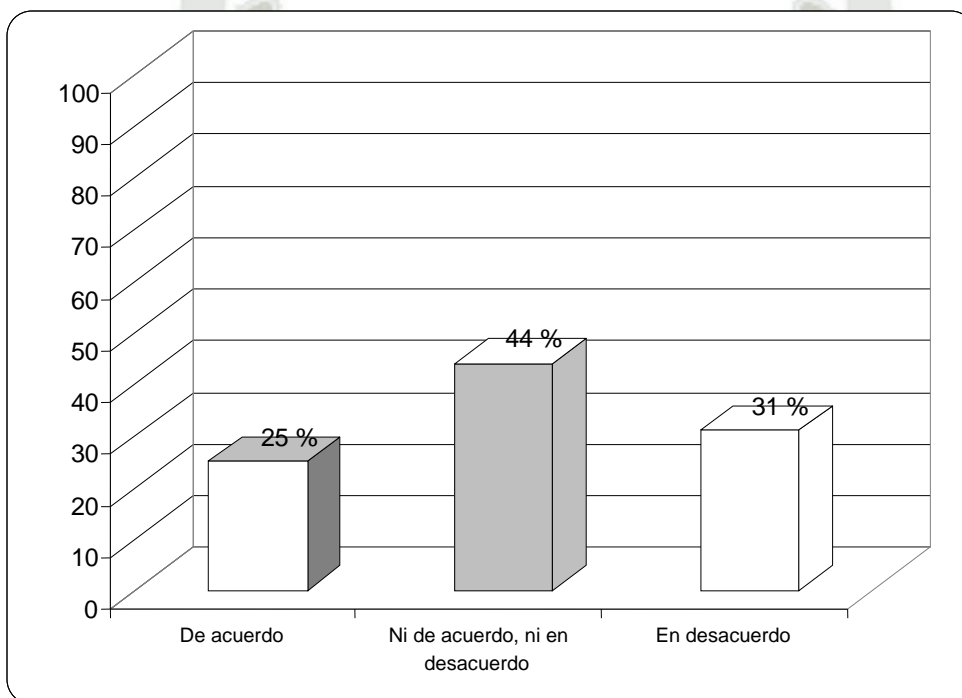
**Fuente:** Encuesta aplicada a los abogados. Julio 2012.

Un 44% de abogados no están ni de acuerdo, ni en desacuerdo con la ovodonación y ello se debería a la inexistencia de una ley sobre reproducción humana asistida que regule con normas claras y por ende con seguridad jurídica. Luego un 31% se encuentra en desacuerdo y finalmente un 25% está de acuerdo.

Conclusión; Se aprecia que un porcentaje considerable de abogados que tienen dudas sobre la ovodonación. Esta temática es compleja y por ello debe darse una salida legal a través de la promulgación de una ley sobre reproducción humana asistida.

### GRÁFICO N° 4

#### OPINIÓN SOBRE OVODONACIÓN EN LA MATERNIDAD SUBROGADA



**Fuente:** Encuesta aplicada a los abogados. Julio 2012

## CUADRO N° 5

OPINIÓN SOBRE LA EMBRIODONACIÓN EN LA MATERNIDAD  
SUBROGADA

¿Considera Ud. correcta la embriodonación en la maternidad subrogada?

Alternativas	F	%
De acuerdo	89	26
Ni de acuerdo, ni en desacuerdo	137	41
En desacuerdo	112	33
<b>Total</b>	<b>338</b>	<b>100</b>

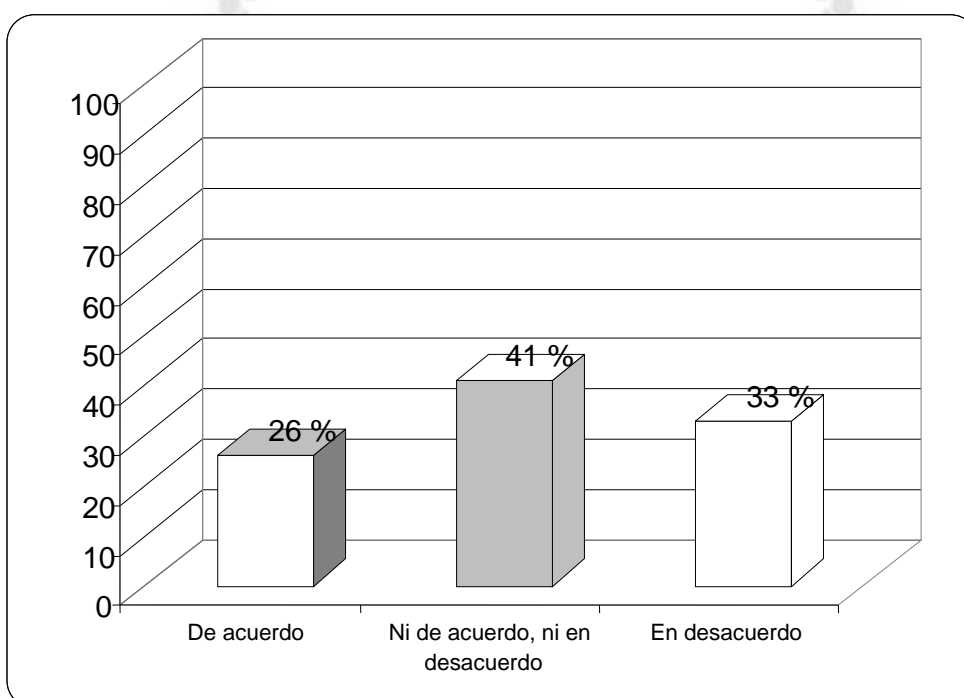
**Fuente:** Encuesta aplicada a los abogados. Julio 2012.

Un 41% de abogados señalan que no están ni de acuerdo, ni en desacuerdo con la embriodonación y esta situación se debe a la carencia de una ley sobre reproducción humana asistida. Después se observa un 33% no está de acuerdo y finalmente un 26% se encuentra de acuerdo con dicha práctica en la maternidad subrogada.

Conclusión; Existe un porcentaje significativo de abogados que se encuentran en duda sobre la embriodonación en el caso de maternidad subrogada y esta incertidumbre se explica porque en nuestro país existe un vacío legal sobre esta temática que atenta contra la dignidad del niño.

### GRÁFICO N° 5

#### OPINIÓN SOBRE LA EMBRIODONACIÓN EN LA MATERNIDAD SUBROGADA



Fuente: Encuesta aplicada a los abogados. Julio 2012

## CUADRO N° 6

## VALIDEZ O NO DEL CONTRATO SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA

¿Piensa Ud. que tiene valor y/o eficacia jurídica el contrato de maternidad subrogada?

Alternativas	F	%
Si	74	22
Posiblemente	143	42
No	121	36
<b>Total</b>	<b>338</b>	<b>100</b>

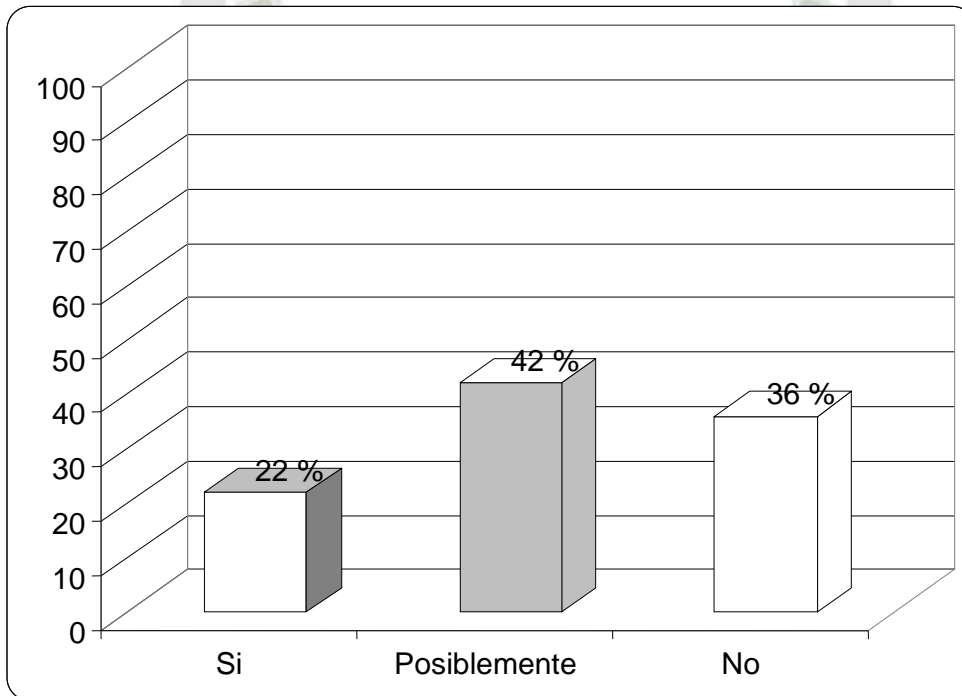
**Fuente:** Encuesta aplicada a los abogados. Julio 2012.

Un 42% de abogados expresan que posiblemente se considere válido el contrato de maternidad subrogada debido a la carencia de una ley sobre reproducción humana asistida. Después se aprecia un 36% no está de acuerdo y finalmente un 22% si está de acuerdo.

Conclusión; apreciamos que una cifra mayoritaria de abogados observan que el contrato de maternidad subrogada es una posibilidad, debido a que el niño por nacer no puede ser considerado como una mercancía porque atenta contra la dignidad de la persona

GRÁFICO N° 6

VALIDEZ O NO DEL CONTRATO SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA



Fuente: Encuesta aplicada a los abogados. Julio 2012

## CUADRO N° 7

CONFLICTOS JURÍDICOS SOBRE EL DERECHO DEL NIÑO A LA  
IDENTIDAD

¿Cree Ud. que como consecuencia de la maternidad subrogada el niño podría sufrir un conflicto jurídico de identidad?

Alternativas	F	%
Si	141	42
Posiblemente	136	40
No	61	18
<b>Total</b>	<b>338</b>	<b>100</b>

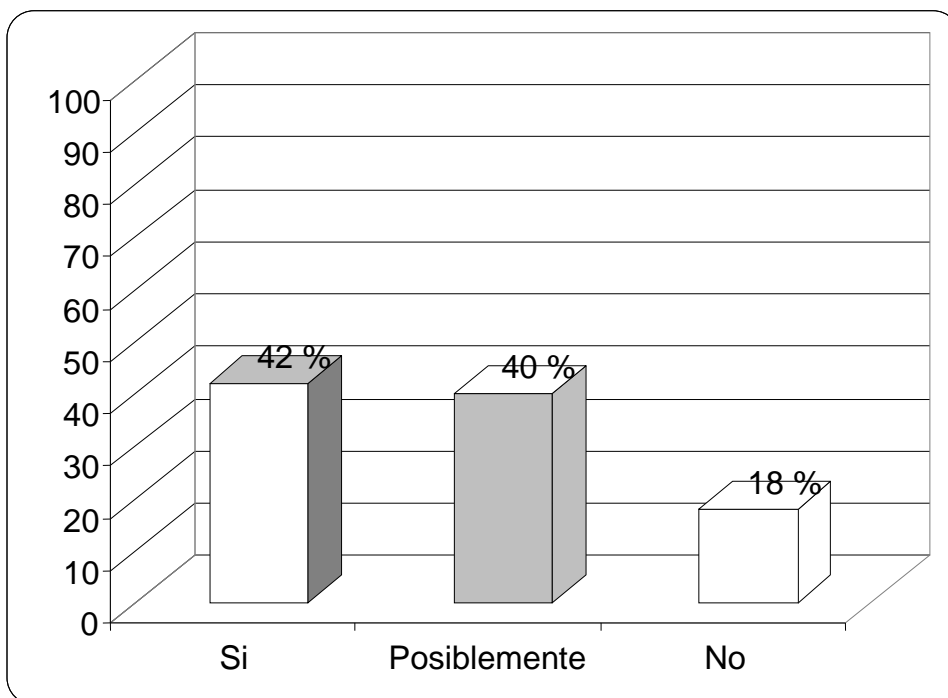
Fuente: Encuesta aplicada a los abogados. Julio 2012.

Un 42% de abogados expresan que existirá conflictos jurídicos sobre el derecho del niño a la identidad es decir se generaría conflictos legales entre padres y terceras personas. Luego un 40% señala sería una posibilidad y finalmente un 18% señala que no existirán conflictos.

Conclusión; Se aprecia que la mayoría de abogados consideran que en el futuro existirán conflictos jurídicos sobre la identidad del niño debido al vacío legal sobre la reproducción humana asistida así como se presentaría inseguridad jurídica en nuestro país.

### GRÁFICO N° 7

#### CONFLICTOS JURÍDICOS SOBRE EL DERECHO DEL NIÑO A LA IDENTIDAD



**Fuente:** Encuesta aplicada a los abogados. Julio 2012

## CUADRO N° 8

EL NIÑO QUE NACIÓ MEDIANTE LA MATERNIDAD SUBROGADA  
Y SU IGUALDAD DE DERECHOS CON LOS NIÑOS NACIDOS POR  
LA VÍA NATURAL

¿Un niño nacido por medio de la maternidad subrogada tiene iguales derechos que un niño nacido de manera natural?

Alternativas	F	%
Si	221	65
Posiblemente	115	34
No	2	1
<b>Total</b>	<b>338</b>	<b>100</b>

**Fuente:** Encuesta aplicada a los abogados. Julio 2012.

Un 65% de abogados señalan que el niño que nació mediante la maternidad subrogada debe contar con iguales derechos que los niños nacidos por vía natural, tal como lo establece el principio de igualdad en la Constitución Política del Perú. Luego un 34% lo considera como una posibilidad y finalmente el 1% señala que no es necesario.

Conclusión; Más de la mitad de abogados considera esencial que se respete la igualdad de derechos entre los nacidos mediante la maternidad subrogada con los nacidos por la vía natural. Por ello se debe respetar la doctrina y la jurisprudencia sobre la igualdad. Nuestra Constitución Política establece el principio de igualdad

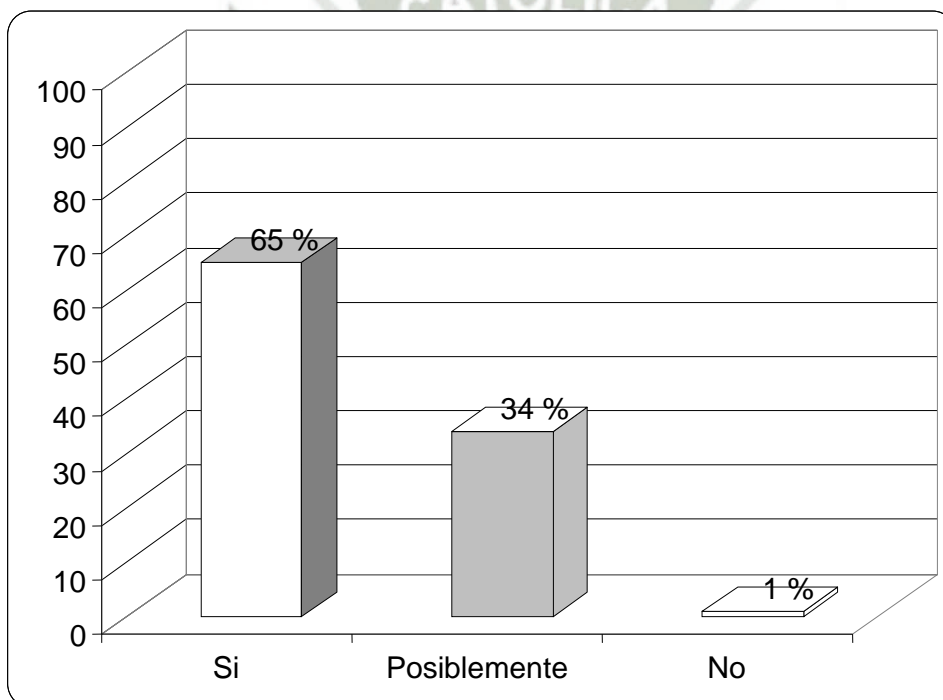
entre las personas y por ello no debe existir ningún tipo de discriminación respecto a los niños nacidos mediante la técnica de la reproducción humana asistida.

Podemos concluir observando los resultados que hay mayoría en el consenso de que efectivamente el niño que nazca con métodos de ayuda científica, tendrá iguales derechos.



GRÁFICO N° 8

EL NIÑO QUE NACIÓ MEDIANTE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y SU  
IGUALDAD DE DERECHO CON LOS NIÑOS NACIDOS POR LA VÍA  
NATURAL



Fuente: Encuesta aplicada a los abogados. Julio 2012

## CUADRO N° 9

**EL CONGRESO PERUANO Y LA PROMULGACIÓN DE UNA LEY  
SOBRE REPRODUCCIÓN ASISTIDA INCLUYENDO LA  
MATERNIDAD SUBROGADA**

¿Se debería promulgar una legislación relativa a la reproducción asistida que norme la maternidad subrogada?

Alternativas	F	%
De acuerdo	252	75
Ni de acuerdo, ni en desacuerdo	82	24
En desacuerdo	4	1
<b>Total</b>	<b>338</b>	<b>100</b>

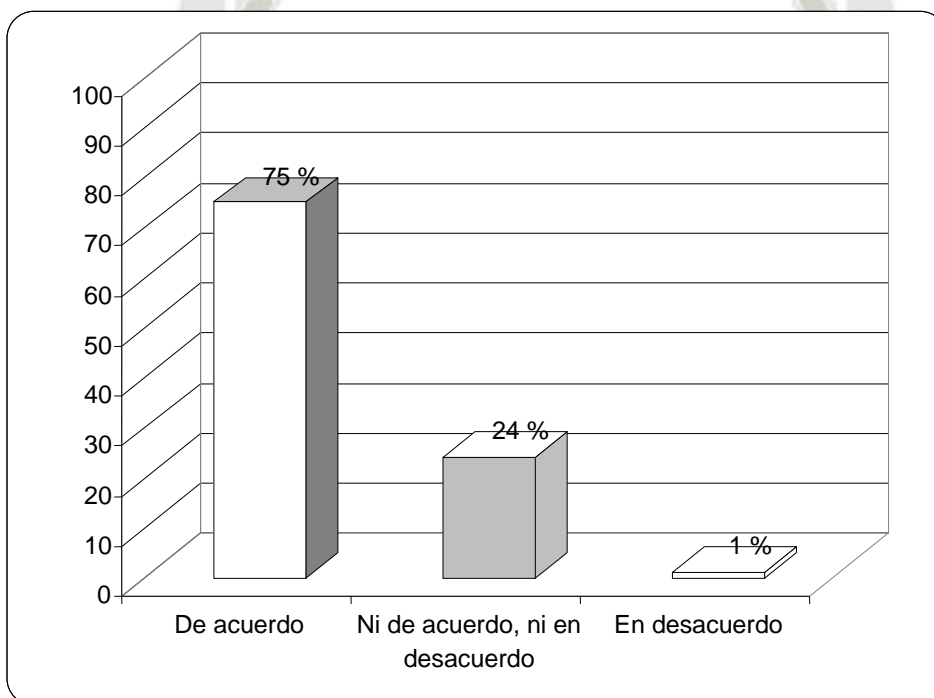
**Fuente:** Encuesta aplicada a los abogados. Julio 2012.

Un 75% de abogados señalan que el Congreso debería promulgar una ley sobre la reproducción humana asistida para evitar problemas jurídicos en el futuro como paternidad, filiación y derechos sucesorios. Después un 24% expresa su posibilidad y finalmente el 1% señala que no es necesario.

Conclusión; Más de la mitad de abogados considera imperioso la promulgación de una ley sobre la reproducción asistida que sea exhaustiva de todas las situaciones previsibles. Lo cual sería favorable para la sociedad, y de esta manera exista seguridad jurídica en nuestro país. Se trata de evitar conflictos jurídicos en el futuro y que no se den casos de comercialización del cuerpo de la mujer.

### GRÁFICO N° 9

#### EL CONGRESO PERUANO Y LA PROMULGACIÓN DE UNA LEY SOBRE REPRODUCCIÓN ASISTIDA INCLUYENDO LA MATERNIDAD SUBROGADA



Fuente: Encuesta aplicada a los abogados. Julio 2012

CUADRO N° 10

RAZÓN PARA LA EXISTENCIA DE REGULACIÓN JURÍDICA SOBRE  
MATERNIDAD SUBROGADA

¿Por qué razón considera Ud. que debería normarse la maternidad subrogada?

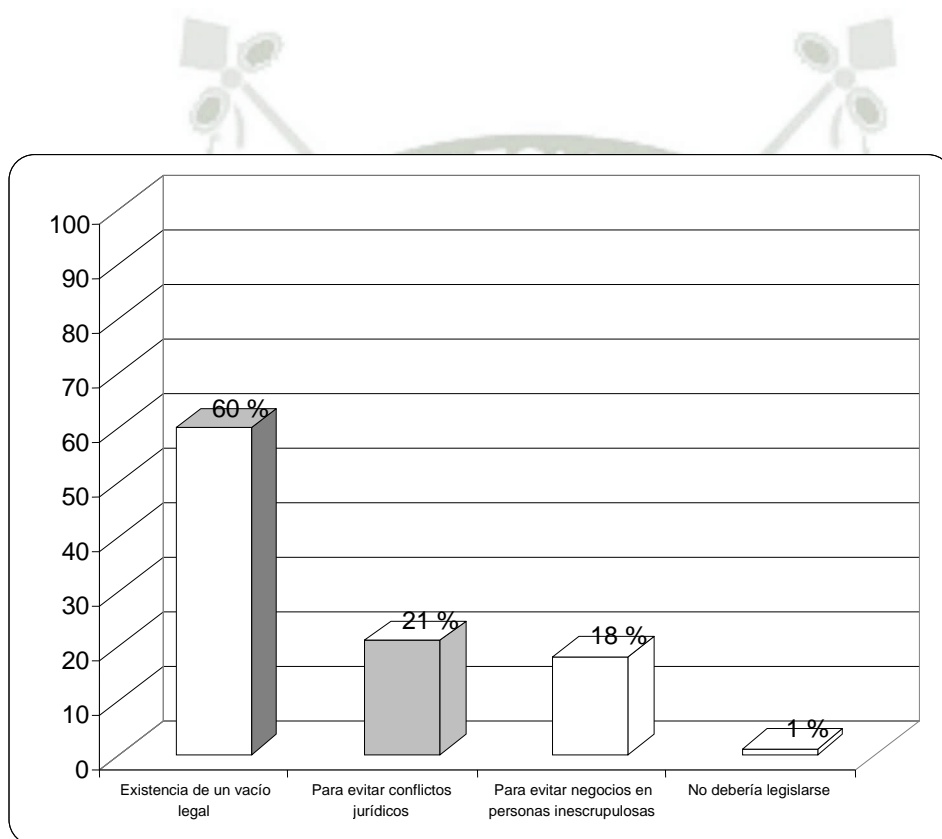
Alternativas	F	%
Existencia de un vacío legal	201	60
Para evitar conflictos jurídicos	72	21
Para evitar negocios en personas inescrupulosas	61	18
No debería legislarse	4	1
<b>Total</b>	<b>338</b>	<b>100</b>

**Fuente:** Encuesta aplicada a los abogados. Julio 2012.

Un 60% de abogados consideran que debe existir una regulación jurídica porque existe un vacío legal sobre la reproducción asistida, de esto se deduce que es fundamental y es imperativo la promulgación de una ley sobre la reproducción humana asistida para evitar problemas jurídicos en el futuro. Después se aprecia un 21% por razones de evitar conflictos jurídicos; posteriormente un 18% para evitar negocios en personas inescrupulosas y finalmente el 1% señala que no debería legislarse. Conclusión; la carencia de una ley sobre este tema genera inseguridad jurídica y una diversidad de conflictos jurídicos entre ellos de filiación, identidad, sucesiones, entre otros.

### GRÁFICO 10

#### RAZÓN PARA LA EXISTENCIA DE REGULACIÓN JURÍDICA SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA



Fuente: Encuesta aplicada a los abogados. Julio 2012

### 3.2. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LA ENCUESTA APLICADA A LOS MÉDICOS

CUADRO N° 11  
OPINIÓN SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA

¿Está de acuerdo con la aplicación de la maternidad subrogada?

Alternativas	F	%
De acuerdo	94	33
Ni de acuerdo, ni en desacuerdo	110	38
En desacuerdo	84	29
<b>Total</b>	<b>288</b>	<b>100</b>

**Fuente:** Encuesta aplicada a los médicos. Julio 2012.

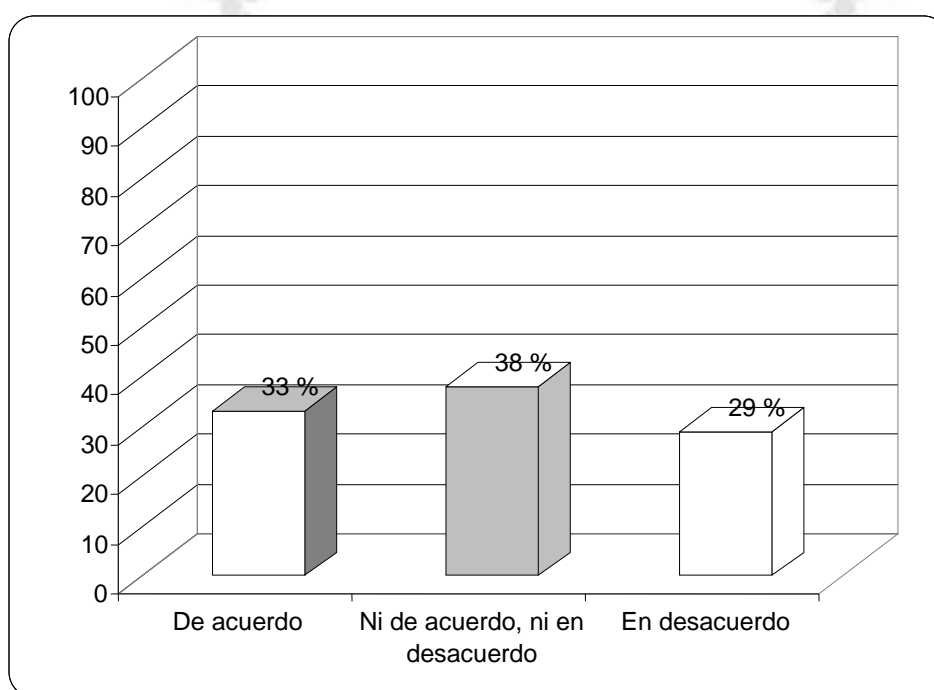
Un 38% de médicos no están de acuerdo, ni en desacuerdo sobre la maternidad subrogada, probablemente muestran dudas por la inexistencia de una ley sobre reproducción humana asistida. Después un 33% se encuentra de acuerdo y finalmente un 29% está en desacuerdo.

Conclusión; Los médicos muestran sus dudas sobre la maternidad subrogada porque no cuentan con seguridad jurídica debido a la inexistencia de una ley sobre reproducción humana asistida.

Lo cual es extraño, ya que como profesionales de la salud deberían tener una posición más clara sobre el asunto

### GRÁFICO N° 11

#### OPINIÓN SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA



**Fuente:** Encuesta aplicada a los médicos. Julio 2012

## CUADRO N° 12

**CONFLICTOS JURÍDICOS Y FAMILIARES EN EL CASO DE LA  
MATERNIDAD SUBROGADA ENTRE LA MUJER GESTANTE Y LA  
MUJER ESTÉRIL**

¿Es posible que se deriven conflictos jurídicos entre la madre gestante y la  
mujer estéril?

Alternativas	F	%
Si	121	42
Posiblemente	148	51
No	19	7
<b>Total</b>	<b>288</b>	<b>100</b>

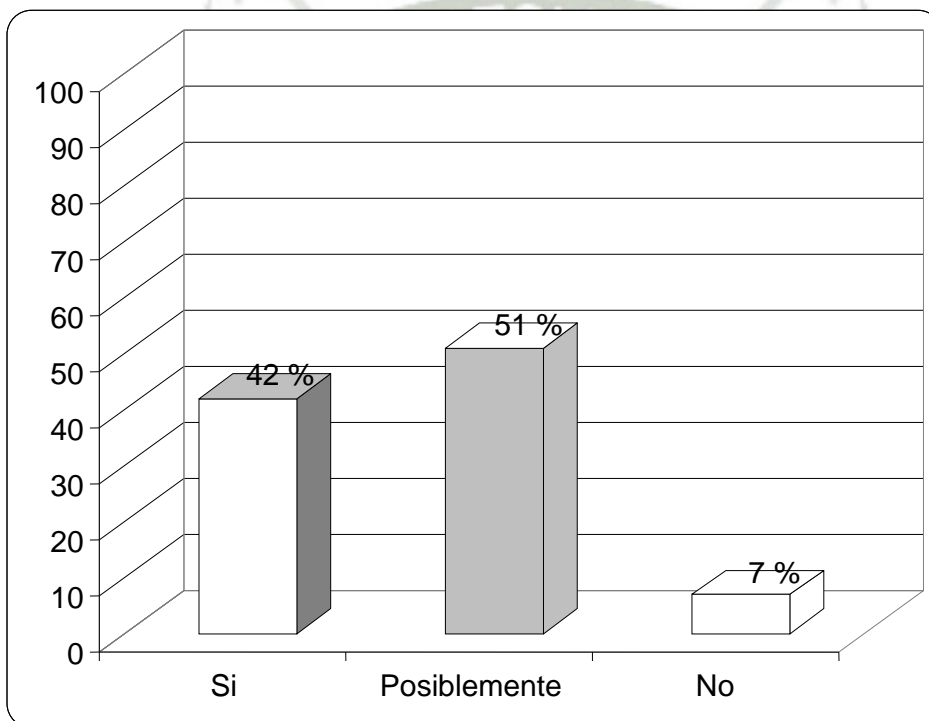
**Fuente:** Encuesta aplicada a los médicos. Julio 2012.

Un 51% de médicos señalan que posiblemente se den conflictos jurídicos y familiares en el caso de la maternidad subrogada entre la mujer gestante y la mujer estéril. Luego un 42% señalan que si se darían conflictos y finalmente un 7% expresan que no se daría.

Conclusión; Más de la mitad de médicos consideran que si existirían conflictos jurídicos entre ellos paternidad, filiación y derechos sucesorios entre la mujer gestante y la mujer estéril. En la actualidad no se puede considerar que el vientre y la vida del concebido es un bien patrimonial de disposición por parte de los signatarios.

GRÁFICO N° 12

CONFLICTOS JURÍDICOS Y FAMILIARES EN EL CASO DE LA  
MATERNIDAD SUBROGADA ENTRE LA MUJER GESTANTE Y LA MUJER  
ESTÉRIL



Fuente: Encuesta aplicada a los médicos. Julio 2012

## CUADRO N° 13

OPINIÓN SOBRE LA MATERNIDAD TRADICIONAL Y  
MATERNIDAD GESTACIONAL

¿Apoyaría Ud. la maternidad subrogada o la maternidad gestacional?

Alternativas	F	%
Maternidad tradicional	129	45
Ambas	68	24
Maternidad gestacional	91	31
Ninguna	00	00
<b>Total</b>	<b>288</b>	<b>100</b>

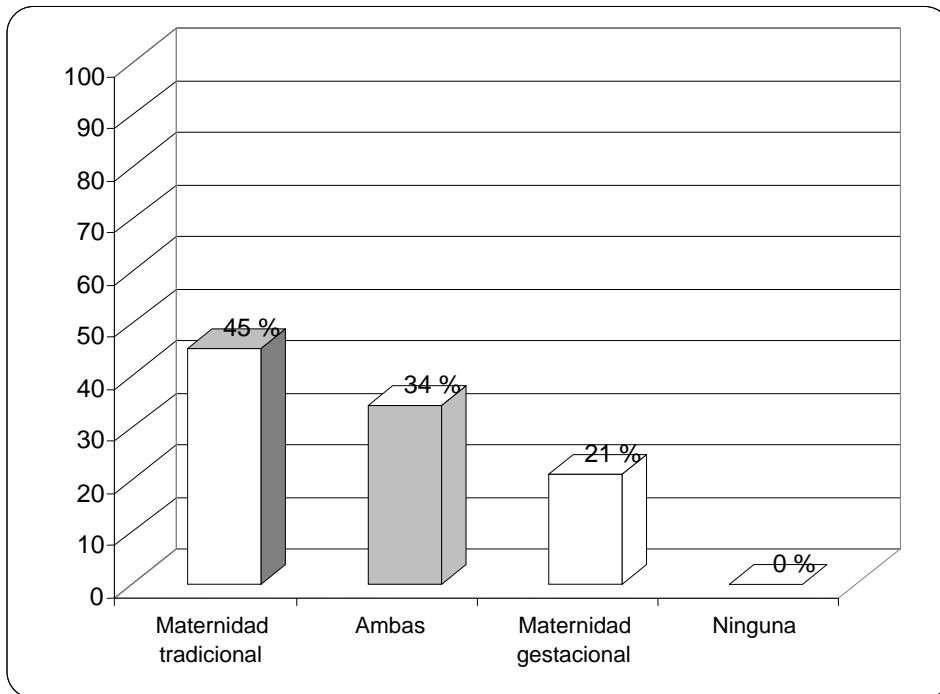
**Fuente:** Encuesta aplicada a los médicos. Julio 2012.

Un 45% de médicos están de acuerdo con la maternidad tradicional, probablemente por la inexistencia sobre reproducción humana asistida. Después se aprecia que un 31% está de acuerdo como maternidad gestacional, y finalmente un 24% expresan que esta de acuerdo con ambas.

Conclusión; La mayoría de médicos están de acuerdo con la maternidad tradicional, porque en la actualidad la maternidad está determinada por el parto, sin embargo los avances en la reproducción humana asistida les genera dudas sobre su actividad médica en cuanto a la maternidad gestacional debido a la carencia legal de una ley sobre la reproducción humana asistida. Toda esta situación refleja inseguridad jurídica así como puede derivarse una serie de conflictos legales y familiares.

GRÁFICO N° 13

OPINIÓN SOBRE LA MATERNIDAD TRADICIONAL Y MATERNIDAD  
GESTACIONAL



Fuente: Encuesta aplicada a los médicos. Julio 2012

## CUADRO N° 14

OPINIÓN SOBRE LA OVODONACIÓN EN LA MATERNIDAD  
SUBROGADA

¿Aprueba la ovodonación en la maternidad subrogada?

Alternativas	F	%
De acuerdo	102	35
Ni de acuerdo, ni en desacuerdo	114	40
En desacuerdo	72	25
<b>Total</b>	<b>288</b>	<b>100</b>

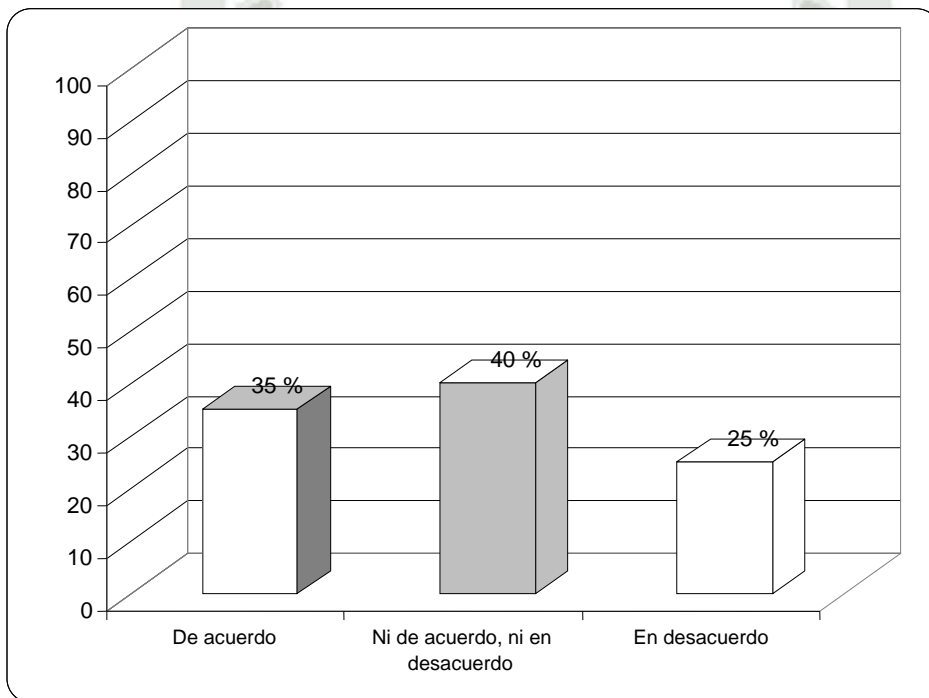
**Fuente:** Encuesta aplicada a los médicos. Julio 2012.

Un 40% de médicos no está de acuerdo, ni en desacuerdo con la ovodonación, probablemente debido a la inexistencia de una ley sobre reproducción humana asistida que regule de modo exhaustivo distintas situaciones previsibles. Luego un 45% se encuentra de acuerdo y finalmente un 25% está en desacuerdo.

Conclusión; Un porcentaje significativo de médicos no se siente seguro sobre la ovodonación y por ello tienen dudas. Todo ello refleja la falta de una ley sobre la reproducción humana asistida, además de información

GRÁFICO N° 14

OPINIÓN SOBRE LA OVODONACIÓN EN LA MATERNIDAD SUBROGADA



Fuente: Encuesta aplicada a los médicos. Julio 2012

## CUADRO N° 15

OPINIÓN SOBRE LA EMBRIODONACIÓN EN LA MATERNIDAD  
SUBROGADA

¿Considera correcta la embriodonación en la maternidad subrogada?

Alternativas	F	%
Si	105	36
Ni de acuerdo, ni en desacuerdo	116	40
No	68	24
<b>Total</b>	<b>288</b>	<b>100</b>

**Fuente:** Encuesta aplicada a los médicos. Julio 2012.

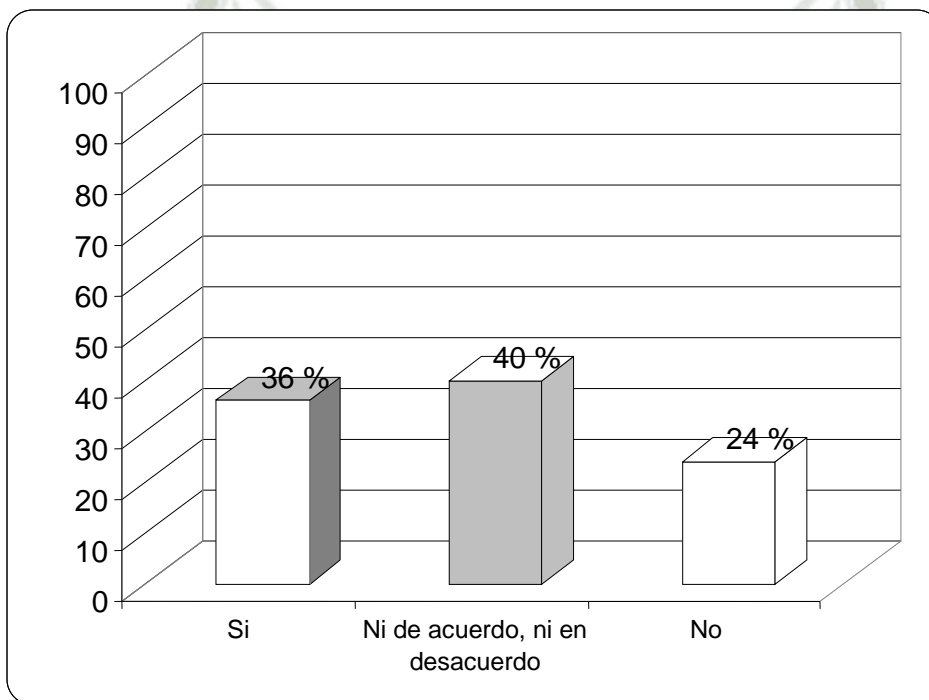
Un 40% de médicos señalan que no están ni de acuerdo, ni en desacuerdo, sobre la embriodonación. Dicha situación se debería probablemente a que existe un vacío legal sobre esta temática y por ende existe una inseguridad jurídica. Luego se observa un 36% se encuentra de acuerdo y finalmente un 24% no está de acuerdo.

Conclusión; La generalidad de médicos manifiestan una situación de incertidumbre sobre la embriodonación y esto sería posiblemente por la inexistencia de una ley sobre reproducción humana asistida, ya que como no hay normatividad por ende no hay capacitación para el ejercicio de esta práctica.

GRÁFICO N° 15

OPINIÓN SOBRE LA EMBRIODONACIÓN EN LA MATERNIDAD

SUBROGADA



Fuente: Encuesta aplicada a los médicos. Julio 2012

## CUADRO N° 16

DETERMINACIÓN DE LA MADRE DEL NIÑO EN EL CASO DE LA  
MATERNIDAD SUBROGADA

¿Cree Ud. que la madre que concibe y la madre que dona los gametos tienen igual o diferente derecho?

Alternativas	F	%
A favor de la madre que concibe	91	32
A favor de la madre que dona los gametos	66	23
No sabe	131	45
<b>Total</b>	<b>288</b>	<b>100</b>

**Fuente:** Encuesta aplicada a los médicos. Julio 2012.

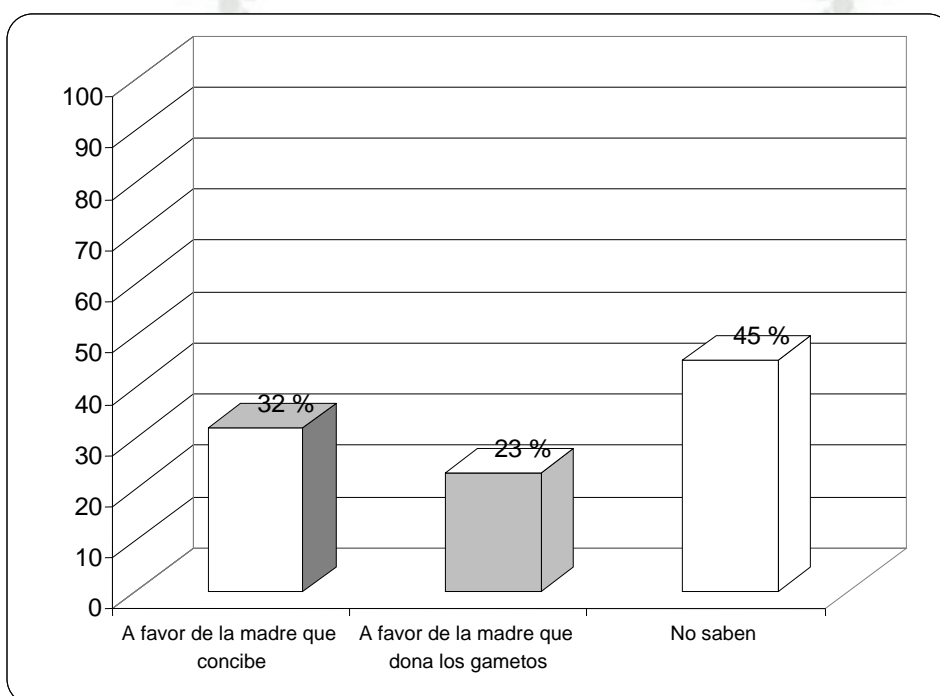
Un 45% de médicos expresan que no sabrían que hacer, es indudable que esta situación genera inseguridad jurídica. Luego se aprecia un 32% señalan que estarían a favor de la madre que concibe y finalmente un 23% estarían a favor de la madre que dono los gametos.

Conclusión; Se aprecia las dudas que tienen los médicos en la determinación de la maternidad debido a que existe mayor dificultad cuando hay sustitución del vientre debido a que existe más de una mujer implicada en el nacimiento de la criatura. Esta situación genera incertidumbre e inseguridad jurídica. Esta temática es compleja debido a que el Código Civil vincula la maternidad con el parto.

Además que las dudas son razonables, ya que ellos no son legisladores

GRÁFICO N° 16

DETERMINACIÓN DE LA MADRE DEL NIÑO EN EL CASO DE LA  
MATERNIDAD SUBROGADA



Fuente: Encuesta aplicada a los médicos. Julio 2012

## CUADRO N° 17

ENTREGA DEL CERTIFICADO MÉDICO DEL NACIMIENTO DEL  
NIÑO EN EL CASO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

¿Qué madre es a la que se le debería otorgar el certificado de nacimiento?

Alternativas	F	%
A favor de la madre gestante	91	32
A favor de la madre estéril	61	21
A ninguna de ellas	32	11
No sabría que hacer	104	36
<b>Total</b>	<b>288</b>	<b>100</b>

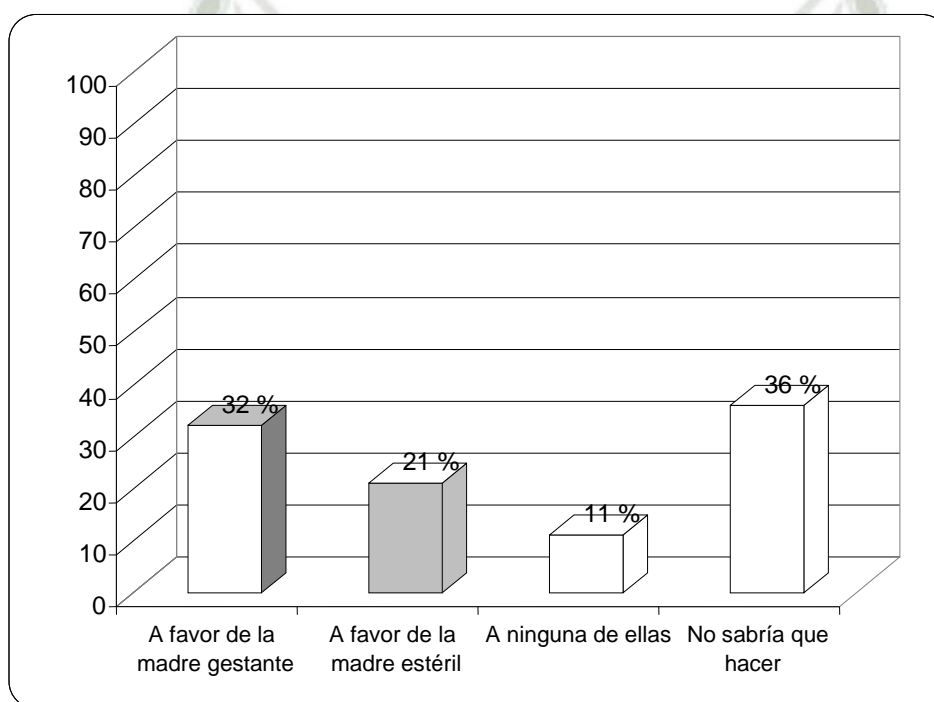
**Fuente:** Encuesta aplicada a los médicos. Julio 2012.

Un 36% de médicos señalan que no sabría que hacer en la entrega de certificados médicos del nacimiento del niño en el caso de la maternidad subrogada, de esto se deduce que esta situación genera inseguridad jurídica. Luego se aprecia un 32% le entregaría a la madre gestante; después un 21% a favor de la madre estéril y finalmente un 11% señala que a ninguna de ellas.

Conclusión; Existen dudas sobre la entrega de certificado médico del nacimiento del niño en el caso concreto de la maternidad subrogada y esto implica inseguridad jurídica. Ante ello debe darse una salida legal con la finalidad de garantizar la dignidad de la persona y la solides de la familia que constituye la base de la sociedad.

GRÁFICO N° 17

ENTREGA DEL CERTIFICADO MÉDICO DEL NACIMIENTO DEL NIÑO  
EN EL CASO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA



Fuente: Encuesta aplicada a los médicos. Julio 2012

**CUADRO N° 18**

**NECESIDAD DE PROMULGACIÓN DE UNA LEY SOBRE  
REPRODUCCIÓN ASISTIDA INCLUYENDO LA MATERNIDAD  
SUBROGADA**

**¿Existe necesidad de regular una ley sobre reproducción asistida que  
implique la maternidad subrogada?**

<b>Alternativas</b>	<b>F</b>	<b>%</b>
Si	238	82
Posiblemente	48	17
No	2	1
<b>Total</b>	<b>288</b>	<b>100</b>

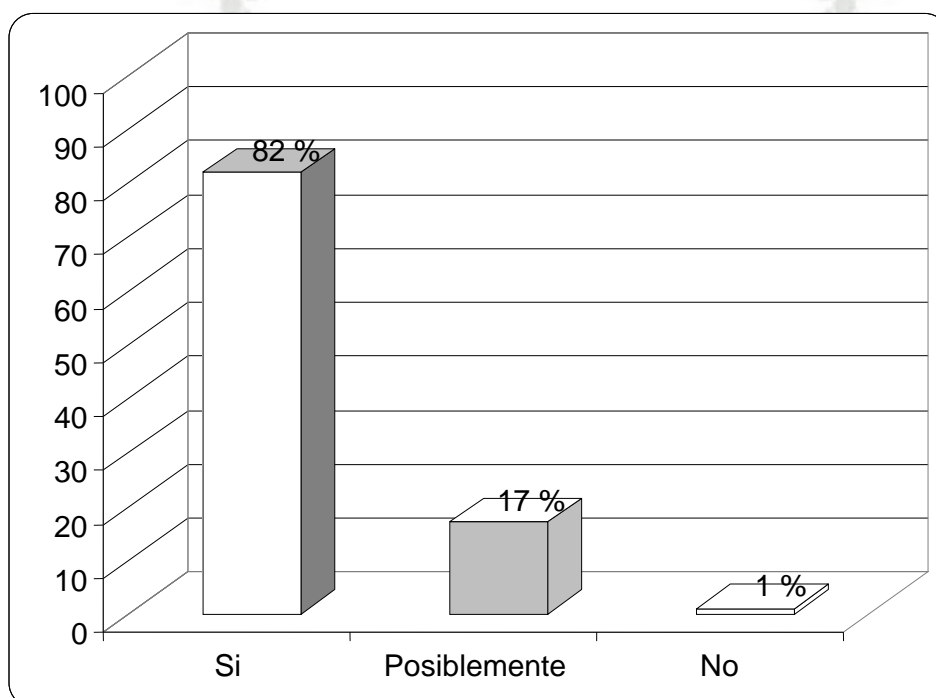
**Fuente:** Encuesta aplicada a los médicos. Julio 2012.

Un 82% de médicos expresan que es necesaria la promulgación de una ley sobre reproducción asistida y ello sería para contar con mayor seguridad jurídica. Luego un 17% expresan como una posibilidad y finalmente el 1% señalan que no es necesario.

Conclusión; Una aplastante cantidad de médicos considera fundamental la promulgación de una ley sobre la reproducción humana asistida cuya finalidad sería evitar conflictos jurídicos, sociales, familiares o de otro tipo y de esta forma exista seguridad jurídica en el país.

GRAFICO N° 18

NECESIDAD DE PROMULGACIÓN DE UNA LEY SOBRE REPRODUCCIÓN  
ASISTIDA INCLUYENDO LA MATERNIDAD SUBROGADA



Fuente: Encuesta aplicada a los médicos. Julio 2012

CUADRO N° 19

RAZÓN PARA LA EXISTENCIA DE LA REGULACIÓN JURÍDICA  
SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA

¿Qué motivos considera que existen para normar la maternidad subrogada?

Alternativas	F	%
Existencia de un vacío legal	95	33
Para evitar conflictos jurídicos y familiares	59	20
Para que los médicos sepamos a que atenernos		
Para evitar negocios en personas inescrupulosas	90	31
No debería legislarse	42	15
	2	1
<b>Total</b>	<b>288</b>	<b>100</b>

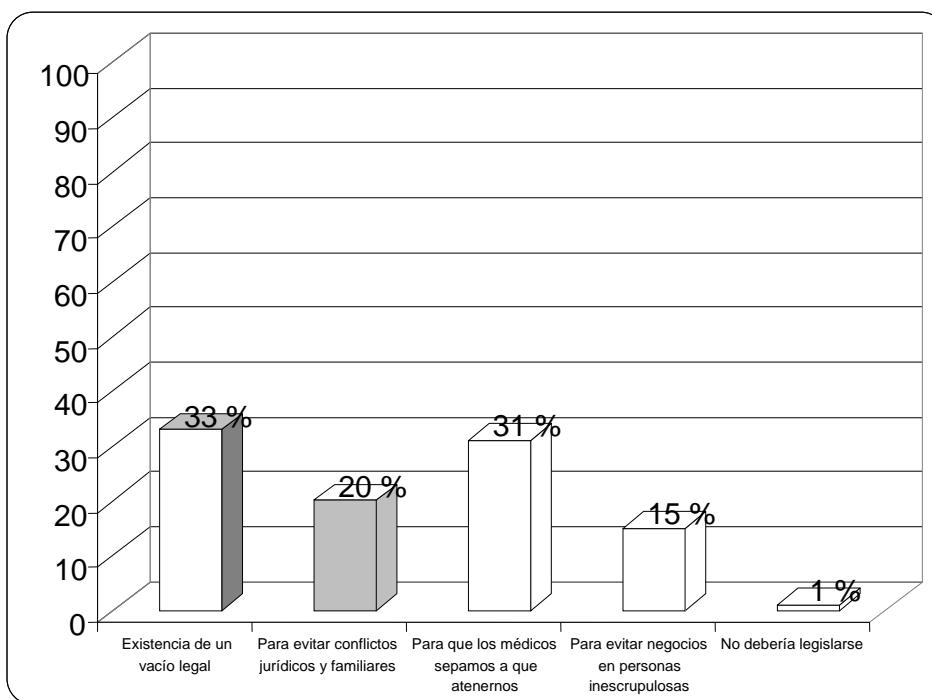
**Fuente:** Encuesta aplicada a los médicos. Julio 2012.

Un 33% de médicos consideran la existencia de un vacío legal sobre la maternidad subrogada y esta situación podría generar conflictos entre padres, hijos y terceros. Luego se aprecia un 31% consideran que los médicos sabrían a que atenerse es decir acatar las leyes y por lo tanto habría seguridad jurídica en esta temática. Después se observa que un 20% señalan que sería para evitar conflictos jurídicos y familiares. Y finalmente un 15% con la finalidad de evitar negocios de personas inescrupulosas.

Conclusión; Los médicos así como la sociedad requieren de una legislación sobre reproducción humana asistida para saber a qué atenerse

### GRÁFICO N° 19

## RAZÓN PARA LA EXISTENCIA DE LA REGULACIÓN JURÍDICA SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA



Fuente: Encuesta aplicada a los médicos. Julio 2012

## CONCLUSIONES

**PRIMERA:** En nuestro país se presenta la carencia de una ley sobre reproducción humana asistida y dentro de ella la maternidad subrogada. Esta situación genera conflictos legales entre los padres así como en los aspectos de maternidad, paternidad, derecho sucesorio, derecho de los hijos frente a los padres y filiación. Ante esta situación es imperativo considerar la promulgación de una ley sobre reproducción humana asistida que sea exhaustiva de todas las situaciones previsibles para evitar situaciones anárquicas y conflictivas con la consecuente vulneración de derechos a la persona.

**SEGUNDA:** El Código Civil no establece dispositivos legales sobre la reproducción humana asistida y de modo concreto sobre la maternidad subrogada. Siendo necesario considerar que existe una prohibición tácita en la Ley General de Salud en el artículo 7 que establece que la condición de madre genética debe coincidir con la de la madre gestante, diferenciando que madre genética es la que aporta el óvulo y madre gestante la que alberga en su vientre al niño en el periodo de embarazo

**TERCERA:** En el análisis de la jurisprudencia peruana de la maternidad subrogada a través de las sentencias, se observa que son casos complejos que son tratados con poca consistencia en los

fundamentos y no son estudiadas detenidamente debido a que predomina para los juzgadores el principio de interés superior del niño. Más no se aprecia aspectos de fondo como son los conceptos de “maternidad” y “paternidad” que deben ser reconstruidos y valorados de acuerdo al progreso tecnológico y del mismo modo no se observa las nuevas y probables formas de vínculo afectivos generando toda esta situación incertidumbre en el ámbito jurídico.

**CUARTA:** Un 44% de abogados encuestados expresan que se abstienen de responder sobre la legalidad de la maternidad subrogada. Esta situación revela incertidumbre por la complejidad que genera la maternidad subrogada. Ante esta situación es necesario que los congresistas analicen detenidamente esta problemática para posteriormente plantear su regulación jurídica.

**QUINTA:** Un 45% de médicos encuestados no sabría que hacer sobre quien sería la madre del niño en el caso de la maternidad subrogada.

Vemos que tienen la duda si sería a favor de la madre que concibe o si sería a favor de la madre que dona los gametos. Esta situación reafirma la necesidad de una regulación jurídica sobre esta materia.

**SEXTA:** Observando las conclusiones anteriores podemos apreciar que las características que viene generando las técnicas de maternidad subrogada son crear situaciones de incertidumbre en los profesionales competentes al desconocer el tema.

**SÉPTIMA:** Se observa de modo indudable la existencia de un vacío legal sobre la maternidad subrogada, entonces para que exista seguridad jurídica es necesario y urgente la promulgación de una ley sobre este tema.

Se hace imprescindible dicha ley, para así evitar futuros conflictos jurídicos

**Por lo tanto la hipótesis ha sido confirmada.**



## SUGERENCIAS

- PRIMERA:** Modificar sustancialmente el artículo séptimo de la Ley General de Salud, redactando uno más preciso y más beneficioso a favor de las parejas infértiles
- SEGUNDA:** Realizar la modificatoria al artículo 409 del Código Civil donde figura que madre es la que alumbra, señalando en la modificatoria los casos de madre gestante y madre genética.
- TERCERA:** Es necesario que los médicos informen de modo detallado al donante y al receptor sobre los métodos y riesgos que implica la reproducción humana asistida y de modo concreto sobre la maternidad subrogada.
- CUARTA:** Sería conveniente que los médicos respeten las convicciones de las personas implicadas en la reproducción humana asistida en cuanto a las donaciones de gametos o la realización de posibles manipulaciones.
- QUINTA:** Es necesario la realización de seminarios, fórums y congresos con la participación de abogados, médicos, sociólogos y otros profesionales para que analicen de modo detenido la problemática de la maternidad subrogada y de esta manera planteen ideas y propuestas para legislar sobre la reproducción humana asistida y de modo concreto sobre la maternidad subrogada.

## PROPUESTA DE PROYECTO DE LEY

### SUMILLA: PROYECTO DE LEY DE LA REGULACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA MATERNIDAD SUBROGADA

#### PROYECTO DE LEY

##### EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

Que la Constitución Política del Perú, en sus Artículos 1, 2 incisos primero y segundo; 5, 6 reconoce a la persona humana como el fin supremo de la sociedad con derecho a la vida, a ser sujeto de derecho desde su concepción, a la igualdad ante la ley sin establecer ningún tipo de discriminaciones, a proteger al matrimonio, a la familia como institución esencial de la nación, amparándose la paternidad responsable, declarándose la igualdad de derechos entre los hijos, derechos estos que asisten a aquellos hijos nacidos por reproducción humana asistida, dentro de una familia.

Que la Ley General de Salud, Ley 26842 dispone en el artículo 7 que toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida, siempre que la condición de madre genética recaiga sobre la misma persona.

Que, en la actualidad la familia se constituye en la célula de la sociedad y que esta se basa en la unión matrimonial o de convivencia. La familia puede tener problemas de procreación debido a la infecundidad o esterilidad de las personas de uno de los cónyuges, sin embargo con el auxilio de las técnicas de reproducción humana asistida se puede superar dicho problema generando un nuevo ser humano el cual debe ser protegido por las normas

legales sin ningún tipo de discriminación en sus derechos por ser distinto la forma como fueron concebidos.

Que para la aplicación de técnicas de reproducción asistida es necesario y fundamental el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

Que en la actualidad no existe regulación jurídica sobre los requisitos, condiciones y demás aspectos para acceder a las técnicas de reproducción asistida en el Código Civil y ante esta situación es vital que exista normatividad para llenar dicho vacío legal.

Por lo expuesto el Congreso de la República;

HA DADO LA LEY SIGUIENTE:

## **TÍTULO I OBJETO, NOCIÓN Y APLICACIÓN**

### **Artículo 1.**

Esta ley tiene por objeto regular la aplicación de las Técnicas de Reproducción humana asistida, acreditada desde el punto de vista científico y clínico. El articulado de esta ley y normas complementarias no podrá en ningún caso atentar 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 técnica de reproducción humana asistida es aquella intervención médica que tiene por objeto lograr directamente la fecundación de un óvulo por un espermio, fuera del cuerpo de la mujer, teniendo como finalidad el nacimiento de un hijo.

**Artículo 3**

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 4**

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

**Artículo 5**

La maternidad subrogada se realizará a las personas que se comprueben fehacientemente que no pueden gestar y/o ovular. 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 6**

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 7**

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 8**

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.

### **TITULO III ROL DEL ESTADO**

#### **Artículo 9**

El Estado garantizará el acceso libre, informado, seguro e igualitario, a las técnicas de reproducción humana asistida, cuando médicamente se requieran.

#### **Artículo 10**

Puede recurrirse libremente a técnicas de reproducción humana asistida cuando una mujer o un hombre presenten algún grado de infertilidad que hagan aconsejable su uso terapéutico con fines de procreación.

### **TÍTULO IV CREACIÓN DE BANCOS DE MATERIAL GENÉTICO Y CENTROS DE SALUD AUTORIZADOS**

#### **Artículo 11**

Se autoriza la creación de bancos de material genético humano en donación formalizado por escrito que funcionará en los centros autorizados por el Ministerio de Salud.

Para ser donante de esperma se requiere el sometimiento de exámenes médicos para acreditar adecuada salud. Y además se requiere ser mayor de edad y gozar de capacidad de ejercicio.

#### **Artículo 12**

El médico de un Centro de Salud solo puede actuar con pleno consentimiento informado de los donantes y de los receptores. El médico tiene responsabilidad de suministrar a sus pacientes la suficiente información sobre la reproducción asistida en cuanto al propósito, métodos, riesgos, inconvenientes y demás aspectos inherentes al procedimiento.

#### **Artículo 13**

Los gametos pueden ser utilidad en el campo de la investigación, cuyo propósito será tener una mejor comprensión del origen, transmisión de los defectos genéticos, así como de su prevención y tratamiento.

#### **Artículo 14**

La reproducción humana asistida solo podrá realizarse en establecimientos médicos públicos o privados especialmente creados a tal fin y con la respectiva autorización del Ministerio de Salud.

#### **Artículo 15**

En todos los casos se requerirá la previa habilitación del establecimiento o servicio por la autoridad de aplicación de la ley que calificará, asimismo, al equipo multidisciplinario de personal especializado en la materia y controlará el equipamiento y medios especialmente requeridos para asegurar el más alto nivel de prestación del servicio.

#### **Artículo 16**

Se autoriza a las instituciones de salud para que cuenten con historias clínicas autorizadas y estas serán custodiadas con el debido secreto y protección donde se encontrarán los exámenes médicos sobre la genética, aspectos físicos o fisiológicos del donante así como los respectivos consentimientos firmados para efectuar la donación.

## TÍTULO V DISPOSICIONES FINALES

### **Artículo 17**

Se considera infracción a la violación de las normas de la presente Ley así como, de la violación por parte de los prestadores en las condiciones establecidas en los consentimientos informados.

### **Artículo 18**

La inseminación post-mortem que hace el niño nazca sin padres se encuentra prohibida, aún cuando el marido hubiese dado su consentimiento en vida para la inseminación después de su muerte.

### **Artículo 19**

Las infracciones referidas a la reproducción asistida serán objeto de las sanciones administrativas sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro tipo que puedan concurrir.

### **Artículo 20**

Las infracciones cometidas será responsabilidad del autor. En caso de varias personas conjuntamente responderán de manera solidaria de las infracciones y de las respectivas sanciones que se impongan.

### **Artículo 21**

La presente Ley entrará en vigencia a los 15 días de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

## BIBLIOGRAFÍA

1. ANGARITA GÓMEZ, Jorge. *Lecciones de Derecho Civil*. Editorial Temis. Cuarta Edición. Bogotá. 2001.
2. ARRIGHI, Arturo y COGORNO, Miguel. *Infertilidad*, en Tozzini, Roberto Ítalo, Esterilidad e infertilidad humanas, 2a. ed., Médica Panamericana, Buenos Aires 1992.
3. BALLESTEROS, Jesús. *El Estatuto del Embrión*, 2004. Obtenido en <http://www.bioeticaweb.com/>
4. BARROS, Enrique. *Familia y personas*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 1991.
5. BORREL, Máximo. *Hombre ciencia y tecnología*. Editorial Universitaria. Madrid. 1991.
6. BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *Advertencia: el presente artículo puede herir su sensibilidad jurídica. El alquiler de vientre, las madres sustitutas y el Derecho Contractual*. En: Ius et Veritas. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1995, N° 10.
7. CASTILLO FREYRE, Mario. *Por qué no se debe reformar el Código Civil*. Editorial Palestra. Lima. 2007.
8. CEA EGAÑA, José Luís. *Dignidad, derechos y garantías en el Régimen Constitucional Chileno*. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Santiago de Chile. 1996.
9. CICCONE, Lino. *Bioética: historia, principios, cuestiones*. Ediciones Palabra. Madrid. 2005.
10. CIFUENTES, Santos. *Derechos Personalísimos*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1995.
11. COFRE SIRVENT, Jorge. *Reproducción Asistida y Constitución*. Universidad de Alicante. Madrid. 1991.
12. CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Editorial Studium. Lima: 1985.
13. CORTINA MENDOZA, Roxana. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Revista Actualidad Jurídica, Tomo 180. Lima. 2008.
14. DELGADO CALVA, Ana Soledad. *La Maternidad Subrogada: un Derecho a la Reproducción Humana a la luz del Derecho Mexicano*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2004.
15. ELIZARI BASTERRA, Javier. *Bioética*. Ediciones Paulina. Madrid. 1991.

16. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*. Editorial Huallaga. Lima. 2004.
17. FERNÁNDEZ, Carlos. *¿Qué es ser "persona" para el derecho?*, 2002. Obtenido en <http://www.pucp.edu.pe>
18. GAFO, Javier. *Nuevas técnicas de reproducción humana*. Publicaciones e la Universidad Pontificia Comillas. Madrid. 1986.
19. GARCÍA RUBIO, Mari Paz. *La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto del derecho civil español*. Revista Tapia. N 36. Madrid. 1987.
20. GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. *El sistema filiativo chileno*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2007.
21. HURTADO OLIVER, Xavier. *El derecho a la vida ¿y la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos*. Editorial Porrúa. Madrid. 2001.
22. LEMA, Carlos. *Reproducción, poder y derecho*. Madrid. 1999.
23. LLEDÓ YAGÜE, F. *Reflexión Jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana*. "La Ley" N° 177, 1985.
24. LLEGO YAGUE, Francisco. *La genética actual y el derecho de familia*. Revista Tapia. Editorial Tecnos. Madrid. 1987.
25. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Derecho Procesal de Familia*. Editorial Jurídica Continental. San José. 2008.
26. LÓPEZ BOLADO, Jorge. *Los médicos y el Código Penal*. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1981.
27. LÓPEZ, Gisella. *Nuevo estatuto de filiación y los derechos esenciales*. Editorial Conosur. Santiago. 2001.
28. MARTÍNEZ VIDAL, Jaime. *Las nuevas formas de Reproducción Humana*. Editorial Civitas. Madrid. 1988.
29. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, Jaime. *La Maternidad Portadora, Subrogada o de Encargo en el Derecho Español*. Editorial Dyckinson. Madrid. 1994.
30. MEDINA, Graciela y ERADES, Gabriel. *Maternidad por otro. Alquiler de úteros*. Editorial Rubinzal- Culzoni. Buenos Aires. 2002.
31. MEDINA, Graciela. *Derecho a la procreación*, citado por Varsi Rospigliosi Enrique, en *Derecho Genético*. Cuarta Edición. Editorial Grijley. Lima. 2001.

32. MORAN DE VICENZI, Claudia. *El concepto de filiación en la fecundación artificial*. Universidad de Piura. Editorial Ara Editores, Colección jurídica. Piura 2005.
33. MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara. *Derecho y Genoma Humano*. Editorial San Marcos. Lima 1997.
34. NORA LLOVERAS Marcelo Salomón. *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*. Editorial Universidad. Buenos Aires. 2009.
35. NORA LLOVERAS Marcelo Salomón. *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*. Editorial Universidad. Buenos Aires. 2009.
36. PEÑALOSA LÓPEZ-PIN C. *Observaciones médicas y jurídicas acerca de la inseminación artificial humanas*. Boletín del I. Colegio de Abogados de Madrid. núm. 4. Editorial Universitaria. Madrid. 1986.
37. PERALTA ANDIA, Rolando. *Derecho de Familia en el Código Civil 2004*. Editorial Jurídica. Lima. 2002.
38. PÉREZ PEÑA, Efraín. *Infertilidad, esterilidad y endocrinología de la reproducción, un enfoque integral*. Editorial Salvat. México. 1995.
39. QUIROGA LEÓN, Aníbal. *La recepción interna de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Perú*. Revista Actualidad Jurídica, tomo 173. Lima. 2008.
40. RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. *Embriones Congelados, un desafío surrealista*. Revista electrónica. Persona, XL. Buenos Aires. 2005.
41. RAMÓN LACADENA, Juan. *Glosario de términos científicos referentes a la reproducción humana, en sus aspectos biológicos naturales y artificiales*, en Javier Gafo, ed.: *Nuevas técnicas de reproducción humana*. Universidad Pontificia Comillas. Madrid. 1986.
42. RODRÍGUEZ - CADILLA PONCE, María del Rosario. *Derecho Genético. Técnicas de Reproducción Humana Asistida, su trascendencia jurídica en el Perú*. Editorial San Marcos. Lima. 1997.
43. RODRÍGUEZ LÓPEZ, Dina. *Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto de contrato*. Revista de derecho Privado: Nueva Época, año IV, N° 11, México mayo-agosto de 2005.
44. RUBIO CORREA, Marcial. *Las Reglas de Amor en Probetas de Laboratorio*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1996.
45. SÁNCHEZ, Rosa. *Protección Jurídica de la Vida Prenatal, con especial relevancia en el Derecho Constitucional Español*, 2009. Obtenido en <http://www.bioeticaweb.com/>

46. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL del 04 de Agosto del 2006. {Expediente número 4972-2006-PA/TC}. Actualidad Jurídica, N° 197, Gaceta Jurídica, Lima. 2010.
47. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL del 16 de Octubre del 2009. {Expediente número 2005-2009-PA/TC}. Gaceta Constitucional, N° 28, Gaceta Jurídica, Lima, 2010
48. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL del 29 de Octubre del 2009. {Expediente número 00065-2008-PA/TC}. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe>
49. SIVERINO-BAVIO Paula. *Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú*. En Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia N° 58 Lima 2012,
50. SOMARRIVA, Manuel. *La filiación*. Estudio doctrinal y de legislación comparada, Imprenta El esfuerzo. Santiago. 1931.
51. SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Biogenética, Filiación y Delito*. Ediciones Astrea. Buenos Aires. 1990.
52. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Negocio Jurídico, Contrato y Responsabilidad Civil*. Editorial Grijley. Lima. 2006.
53. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético: Principios Generales*. Editorial Grijley – 4ta. Edición, Lima 2001.
54. VELOSO, Paulina, en Schmidt, Claudia; Veloso, Paulina. *La filiación en el Nuevo Derecho de Familia*. Editorial ConoSur. Santiago. 2001.
55. VERA RAMÍREZ, Eduardo. *El contrato de maternidad subrogada: argumentos a favor y en contra de concederle eficacia jurídica*. Revista Jurídica. U.P.R. Puerto Rico. 1994.
56. VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. *Las nuevas formas de Reproducción Humana*. Editorial Civitas. Madrid. 1988.
57. ZANNONI, Eduardo. *Inseminación artificial y fecundación extraterina*. Buenos Aires. Astrea. 1978.
58. ZARRALUQUI SÁNCHEZ- EZNARRIAGA., L. *Procreación asistida y derechos fundamentales*. Editorial Bosch. Madrid. 1988.

# ANEXOS

**Anexo N° 1** Proyecto de investigación

**Anexo N° 2** Casación N° 5003-2007-Lima

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ESCUELA DE POST GRADO

MAESTRÍA EN DERECHO DE FAMILIA



**“NECESIDAD DE REGULACIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD  
SUBROGADA, AREQUIPA 2012”**

Tesis Presentado por el Bachiller:

**JOSUÉ ZALDÍVAR CERPA**

Para optar el Grado Académico de:

**MAGISTER EN DERECHO DE FAMILIA**

**AREQUIPA - PERÚ**

**2013**

## PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

### I. PREÁMBULO

En los últimos tiempos, el mundo ha sido testigo de un vertiginoso avance de la ciencia y la tecnología, en la actualidad se cuenta con instrumentos y mecanismos que hace unos años ni siquiera se imaginaban.

El desarrollo biotecnológico ha posibilitado la creación de las técnicas de fecundación asistida, como instrumentos cuya finalidad primordial está en ayudar a las parejas estériles a concebir un hijo o hija y formar una familia.

En la actualidad, es posible concebir un ser humano fuera del cuerpo de la madre, con gametos propios de la pareja o de una tercera persona donante; prácticas que hace unos años eran imposibles de imaginar, la única idea que existía era la de concepción en el ámbito natural.

A partir de la fecundación artificial, la fecundación *in vitro*, la congelación de los óvulos fecundados, de los espermatozoides, la maternidad, subrogada entre otros, se generan innumerables problemas jurídicos como ser los relativos a la filiación, la determinación de la paternidad respecto de los niños concebidos a través de fecundaciones artificiales; el derecho de las personas de sexo femenino a ser fecundadas con espermatozoides congelados del marido fallecido, o la preservación o destrucción de embriones congelados, generados por personas fallecidas en un accidente, también planteado en la realidad y casos como el manejo genético, que el Derecho deberá resolver.

Ante esta realidad esencialmente de la maternidad subrogada consideramos que existe un vacío legal y que debe ser cubierto para evitar conflictos jurídicos. Por ello es necesario que se regule jurídicamente todo lo concerniente a la reproducción asistida y de modo concreto a la maternidad subrogada.

En suma se debe tener en cuenta que la reproducción es un derecho inalienable de la pareja. Las consecuencias finales del ejercicio de ese derecho y la responsabilidad del bienestar del niño nacido de esa unión son de la exclusiva incumbencia de la pareja. Por ello es necesario cubrir el vacío legal y que se regule jurídicamente en nuestro país.

## **II. PLANTEAMIENTO TEÓRICO**

### **1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

#### **1.1. ENUNCIADO DEL PROBLEMA**

NECESIDAD DE REGULACIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD  
SUBROGADA, AREQUIPA 2012

#### **1.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA**

- A. CAMPO:** Ciencias Jurídicas
- B. ÁREA:** Derecho de Familia
- C. LÍNEA:** Maternidad subrogada

### 1.3. ANÁLISIS DE VARIABLES

VARIABLE	INDICADORES
<p><b>V.I.</b></p> <p>Maternidad subrogada</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Legalidad de la maternidad tradicional.</li> <li>▪ Maternidad gestacional</li> <li>▪ Ovodonación</li> <li>▪ Embrioclonación</li> </ul>
<p><b>V.D.</b></p> <p>Necesidad de regulación jurídica</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Contrato de maternidad subrogada</li> <li>▪ Derecho del niño a la identidad</li> </ul>

1.4. **TIPO:** De campo- documental

1.5. **NIVEL DE INVESTIGACIÓN:** Descriptivo - Explicativo

### 1.6. INTERROGANTES BÁSICAS

- ¿Es de necesidad jurídica regular la maternidad subrogada?
- ¿Qué características viene generando la aplicación de la técnica de maternidad subrogada?
- ¿Es posible plantear una legislación específica que regule las prácticas de maternidad subrogada?

## 1.7. JUSTIFICACIÓN

Esta investigación cuenta con relevancia humana, debido a que involucra a un sector de la sociedad como son las personas que consienten la reproducción asistida.

Es pertinente porque corresponde a la coyuntura actual en que se presenta la temática de reproducción asistida.

Es original porque anteriormente no se ha efectuado ninguna investigación referida a la existencia del vacío legal de la reproducción asistida.

La presente investigación tiene validez social porque permitirá conocer los aspectos relevantes de un problema social como es la reproducción asistida.

Tiene validez científica porque permitirá profundizar aspectos teóricos relacionados con la reproducción asistida desde el punto de vista jurídico.

Esta investigación cuenta con validez metodológica porque se recorre un camino con el propósito de ordenar la información y los datos sobre la presente temática.

Es trascendente porque posibilitará apreciar los aspectos más importantes sobre la reproducción asistida.

Cuenta con factibilidad porque se tiene los recursos humanos, materiales y económicos para concluir esta investigación.

Tiene razón personal porque aspiramos a plantear recomendaciones que en alguna medida contribuyan con el derecho de familia.

Finalmente, la presente investigación es de actualidad porque se encuentra vigente la maternidad subrogada en nuestro país.

## 2. MARCO CONCEPTUAL

### 2.1. DERECHO GENÉTICO

Enrique Varsi Rospigliosi define a este Derecho como “la rama del Derecho que regula el desarrollo de la ciencia genética y su influencia sobre el ser humano. Es decir, se encarga de estudiar y normar todas aquellas actividades técnicas o científicas relacionadas con la composición genética del hombre”.<sup>90</sup>

El Derecho, mediante una coordinación ética-imperativa, regula la vida humana recorriendo al auxilio de las demás ciencias, a fin de crear un marco eficiente de protección a la persona.

La genética es la ciencia encargada de estudiar la herencia biológica, es decir, la transmisibilidad de los caracteres morfológicos y fisiológicos de generación en generación.

La ingeniería genética es aquella ciencia que se dirige al estudio, trabajo y modificación del material genético (ADN) en los organismos vivos. Su

---

<sup>90</sup> VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique, *Derecho Genético: Principios Generales*. Editorial San Marcos. Lima. 1998. Pág. 34.

finalidad es mejorar las condiciones de vida y las funciones biogénicas del hombre.



## 2.2. TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Al respecto Clara Mosquera Vásquez expresa que:

“Son métodos de colaboración que permiten a las personas infértiles la posibilidad de tener descendencia. Estas técnicas, que son el producto del avance de la ciencia, son de dos clases. La inseminación artificial y la fecundación extrauterina”.<sup>91</sup>

El avance de la tecnología, la revolución que provoca, trasciende hasta en las relaciones sexuales y reproductoras de las personas. Poco tiempo atrás la pareja solamente podía tener hijos a través de las relaciones sexuales.

## 2.3. FERTILIZACIÓN IN VITRO

Miguel Ángel Soto Lamadrid expresa que: “la técnica de fecundación in vitro consiste básicamente en reproducir el proceso de fecundación del óvulo que normalmente ocurre en la parte superior de las trompas de Falopio, cuando obstáculos insuperables impiden que este fenómeno se realice intracorpore”.<sup>92</sup>

La fecundación in vitro es un procedimiento de laboratorio mediante el cual, expertos en la materia, manipulan los gametos obtenidos de la pareja o donados por terceras personas, hasta lograr la fecundación en tubos de ensayo que luego es transferida al vientre de la madre para el desarrollo normal del embarazo.

---

<sup>91</sup> MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara, *Derecho y Genoma Humano*. Editorial San Marcos. Lima. 1997. Pág. 32.

<sup>92</sup> SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Biogenética, Filiación y Delito*. Editorial Astrea S.A. Buenos Aires. 1990. Pág. 33.

“La fecundación in Vitro consiste en la fecundación extracorpórea de los gametos masculino y femenino en un ambiente creado en el laboratorio que reproduce el de las trompas de Falopio. Posteriormente se realiza la transferencia del embrión al útero de la mujer. Si no surgen complicaciones la gestación continuará normalmente”.<sup>93</sup>

In Vitro literalmente significa en vidrio, indicando que la fertilización se realiza en el laboratorio, en una cápsula que antes era de vidrio, y se trata de fertilización extracorpórea (fuera del cuerpo). Fecundación in vitro es un método de reproducción asistida en el cual los espermatozoides y los ovocitos se unen fuera del cuerpo en una cápsula de laboratorio. Si la fertilización ocurre, el embrión resultante es transferido al útero donde se implantará por sí solo. La fecundación in vitro es una razonable elección para parejas con varios tipos de infertilidad. En un principio se utilizó para aquellas mujeres cuyas trompas se encontraban bloqueadas, dañadas o ausentes, pero actualmente su aplicación se extiende a esterilidad causada por endometriosis, factor masculino, causas inmunológicas y esterilidad sin causa aparente.

La fecundación in vitro es un procedimiento de laboratorio mediante el cual se extraen los gametos humanos para ser fecundados en una caja de Petri o tubo de ensayo; luego, de que la concepción se da, se transfieren al útero de la madre para su posterior anidación y desarrollo.

---

<sup>93</sup> COFRE SIRVENT, Jorge, *Reproducción Asistida y Constitución*, Universidad de Alicante. Madrid. 2001. Pág. 354.

#### 2.4. CLASES DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO

Esta técnica de reproducción se clasifica en homóloga, heteróloga y mixta.

- a) **Homóloga:** se realiza utilizando gametos de la pareja. Según doctrina en el tema, este tipo se aplica en casos de obstrucción de trompas, lesiones en el cuello del útero, alteración del moco cervical, en la mujer; en el varón, por problemas de movilidad y cantidad de espermatozoides. En este caso la pareja cuenta con los gametos necesarios para procrear, sin embargo, por dificultades no se puede realizar la fecundación por los medios naturales.
- b) **Heteróloga:** Consiste en la fecundación del óvulo y el espermatozoide con alguno de los gametos donado por una tercera persona. La fecundación heteróloga se da cuando en la pareja por problemas de esterilidad existe ausencia total de los gametos; es decir, no hay óvulos en la mujer ni espermatozoides en el hombre o que, por enfermedades graves, no tengan funcionalidad.
- c) **Mixta:** Se presenta cuando los espermatozoides utilizados provienen tanto del esposo o conviviente de la mujer que se ha sometido ha ésta técnica, como de un tercero.

#### 2.5. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Jorge López Bolado señala que “la inseminación artificial como el procedimiento por el cual se introduce esperma humano en el interior de los

órganos genitales femeninos prescindiendo de la relación sexual, con el fin de lograr el encuentro del espermatozoide con el óvulo y obtener la fecundación de este”.<sup>94</sup>

Esta técnica consiste en depositar en la vagina o en el útero de la mujer, semen del marido o de un tercer donante, para tratar de obtener el embarazo, como recurso del tratamiento de la esterilidad masculina y femenina.

María del Rosario Rodríguez Cadilla Ponce expresa que: “Por la inseminación artificial se entiende la intervención médica, mediante la cual se introduce el semen en el organismo femenino, no a través de un acto sexual normal, sino de manera artificial, a fin de producir la fecundación”.<sup>95</sup>

La inseminación artificial, propiamente dicha, consiste en introducir artificialmente, no por el acto sexual, el semen humano en el organismo de la mujer.<sup>96</sup>

La inseminación artificial es un procedimiento utilizado en los programas de Reproducción Asistida como primera alternativa en el manejo de las parejas estériles con cuando menos una trompa uterina permeable que no hayan logrado un embarazo tras la aplicación de tratamientos convencionales tendientes a la corrección de los factores causales de esterilidad.

---

<sup>94</sup> LÓPEZ BOLADO, Jorge. *Los médicos y el Código Penal*. Editorial Universal. Buenos Aires. 1981. Pág. 177.

<sup>95</sup> RODRÍGUEZ - CADILLA PONCE, María del Rosario, *Derecho Genético, Técnicas de Reproducción Humana Asistida, su trascendencia jurídica en el Perú*. Editorial San Marcos. Lima. 1997. Pág. 23.

<sup>96</sup> ELIZARI BASTERRA, Javier. *Bioética*. Ediciones Paulina. Madrid. 1999. Pág. 52.

## 2.6. CONGELAMIENTO DE EMBRIONES

Mediante esta técnica se congela los embriones para emplearlos en una fecha posterior. Si una pareja pasa por la Fertilización In Vitro y un gran número de óvulos son fertilizados con éxito, los embriones que no son transferidos de vuelta al útero pueden ser congelados. Los embriones congelados pueden ser transferidos al útero de la mujer para otro embarazo.

Un embrión solo puede conservarse durante 5 o 7 días, si no se lo transfiere al útero de la madre. Para conservarlo por más tiempo se lo debe congelar.<sup>97</sup>

En nuestro país no hay una legislación respecto a cuántos embriones implantar, cuántos congelar y cuántos descartar. Se requiere contar con un instrumento legal que lo regule y señale al médico como debe actuar.

## 2.7. LA MATERNIDAD SUBROGADA

Subrogar es "sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra". Quiere entonces decir que "maternidad subrogada" es la sustitución del estado o la calidad de madre, dándosele aquí a madre la connotación de mujer gestante.

La maternidad subrogada es "la práctica mediante la cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento."<sup>98</sup>

Mario Castillo Freyre afirma que:

---

<sup>97</sup> RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo, *Embriones Congelados, un desafío surrealista*. Editorial Cultura. Buenos Aires. 2005. Pág. 63.

<sup>98</sup> HURTADO OLIVER. Xavier. *El derecho a la vida ¿y la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos*, Editorial Porrúa. México. 1999. Pág. 44

“Mal denominada vientre de alquiler, consiste en la conducta mediante la cual una mujer gesta en su vientre un niño para otra, con la intención de entregar al concebido una vez se produzca el nacimiento, autorizada doctrina señala: “La maternidad subrogada es la sustitución del estado o calidad de madre, dándosele aquí a madre la connotación de mujer de quien procede el óvulo o mujer gestante”.<sup>99</sup>

Entre las mas controvertidas técnicas de fecundación asistida esta la que se ha dado en denominar maternidad subrogada o arriendo de útero, que de acuerdo a una definición que de ella se ha dado es la que se presenta cuando “una mujer fértil que acuerda, mediante “contrato”, ser inseminada artificialmente con el semen del hombre casado, que no es su esposo, o que se le implante un embrión -formado con un óvulo de la mujer contratante y el esperma del esposo de la mujer contratante o formado con los gametos de una tercera pareja- para procrear y/o sobrellevar y dar a luz a la criatura”.

Marcial Rubio Correa afirma:

“Mujer que acepta gestar al niño pero no será la madre legal, porque otra será la que tenga este reconocimiento”.<sup>100</sup>

La maternidad sustituta se da cuando una mujer acepta gestar al niño, sin embargo no es la madre legal debido a que será otra mujer la que tenga dicho reconocimiento.

---

<sup>99</sup> CASTILLO FREYRE, Mario, *Por qué no se debe reformar el Código Civil*. Editorial Palestra. Lima. 2007. Pág. 217.

<sup>100</sup> RUBIO CORREA, Marcial, *Las Reglas de Amor en Probetas de Laboratorio*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1996. Pág. 124.

## 2.8. CLASES DE MATERNIDAD SUBROGADA

### A. MATERNIDAD TRADICIONAL

Se presentan cuando una mujer es contratada por la persona, o personas, con interés y ésta acuerda ser inseminada artificialmente con el fin de dar a luz una criatura. Por lo tanto, es posible afirmar que en estos casos la concepción y alumbramiento de la criatura se convierten en el objeto del contrato. Lo particular de estos casos de inseminación artificial es que la criatura que se ha de concebir, no solamente se aloja en el vientre de la subrogada, sino que el óvulo del que proviene es de la subrogada.<sup>101</sup>

### B. MATERNIDAD GESTACIONAL

Se presenta a través de la transferencia de un embrión fertilizado al útero de la madre subrogada.

En la adopción el consentimiento a la renuncia de las relaciones filiales se manifiesta luego del alumbramiento. Mientras que en la maternidad subrogada, el niño se concibe con la intención y el propósito específico de regalarlo, el propósito de la concepción, por ende no es el retenerlo para sí. El consentimiento en la maternidad subrogada claramente se manifiesta antes de la concepción. Este hecho ha estado sujeto a críticas, específicamente se ha argumentado que el consentimiento a la entrega de custodia antes de haber tenido la experiencia de llevar en el

---

<sup>101</sup> VERA RAMÍREZ, Eduardo, *El contrato de maternidad subrogada: argumentos a favor y en contra de concederle eficacia jurídica*. Editorial Grafica. Puerto Rico. 1994. Pág. 513.

vientre a un niño por nueve meses, es uno no informado y por lo tanto no es válido.<sup>102</sup>

### C. OVODONACIÓN

Es el caso inverso a la subrogación gestacional ya que la mujer tiene deficiencia ovárica, no genera óvulos pero sí puede gestar por lo que necesita una mujer que sólo le ceda óvulo, la donante no se encargará de la gestación, ni tampoco del alumbramiento. Es un caso de maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana (espermatozoide del marido, óvulo de una mujer cedente y gestación de la mujer).

### D. EMBRIODONACIÓN

La pareja padece de infertilidad absoluta. La mujer no genera óvulos ni puede gestar, hay deficiencia ovárica y uterina y el hombre es infértil por lo que deben buscar un cedente de esperma y una mujer que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso especial de procreación humana integral. Se produce un caso de multigeneración humana (el esperma de un cedente, el marido y mujer infértiles, y inseminación a una mujer).

---

<sup>102</sup> VERA RAMÍREZ, Eduardo, *El contrato de maternidad subrogada: argumentos a favor y en contra de concederle eficacia jurídica*. Editorial Jurídica Continental. San José Costa Rica. 2008. Pág. 515.

## 2.9. DERECHO A LA REPRODUCCIÓN HUMANA

Según Enrique Varsi Rospligiosi:

“El derecho de procreación no es un derecho absoluto sino relativo. Es decir, la capacidad de procrear de la persona no es ilimitada sino que debe ser realizada dentro de ciertos parámetros esenciales. Uno de ellos es la defensa, respeto y consideración que se debe tener con la vida a generarse”.<sup>103</sup>

La reproducción es un hecho natural, conjunto, libre y decidido por la pareja de manera no puede ser delimitado ni mucho menos violentado en su esencia. El Estado debe brindar una atención especial en materia de salud reproductiva y esta es una labor bastante extensa que no se agota solo en el tema de la paternidad responsable sino que va desde la enseñanza escolar hasta el cuidado de madre gestante.

## 2.10. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Dentro del Derecho de la Familia la formulación del principio del interés superior del niño implicó un avance significativo, en cuanto ya los hijos no son una mera extensión del poder de los padres, especialmente del padre llegando a tener intereses propios que deben ser tutelados, prevaleciendo incluso sobre los derechos de los padres. El gran cambio que se da a partir de la Convención de Derechos del niño en esta materia es la atribución del carácter del sujeto de derecho al niño cuya opinión debe ser oída para

---

<sup>103</sup> VARSI ROSPLIGIOSI, Enrique, *Derecho Genético*. Editorial San marcos. Lima. 1998. Pág. 253.

determinar qué es lo más conveniente para sus intereses, debiendo tener un peso fundamental dependiendo de su edad y su madurez.<sup>104</sup>

El tema del interés superior del niño es interpretado por cuanta persona o institución lo utiliza, dándole muchas veces contenidos distintos, sin embargo, lo cierto es que dicho principio es el que nos permite y obliga a asegurarle a la persona menor de edad, el cumplimiento de una serie de derechos fundamentales encaminados a un desarrollo integral que le proporcione el derecho humano a la “felicidad” dentro de la cultura en la que vive.

## 2.11. DERECHO DEL NIÑO A LA IDENTIDAD

La protección jurídica del derecho a la identidad personal, en su calidad de derecho humano esencial, debe ser integral, para comprender los múltiples y complejos aspectos de la personalidad de un ser humano.

El interés o derecho de todas las personas a su identidad biológica, supone la expresión directa de la dignidad humana, frente a los potenciales abusos del Estado y de los particulares.

El derecho a la identidad personal comprende una faz estática y una faz dinámica. “La faz estática comprende aspectos de la personalidad tales como el origen, el sexo, el estado civil, la filiación, la imagen, etc.; mientras que la faz dinámica engloba aquellos aspectos que definen la personalidad proyectada hacia el exterior, tales como el bagaje intelectual, político, social,

---

<sup>104</sup> LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Derecho Procesal de Familia*. Editorial Jurídica Continental. San José Costa Rica. 2008. Pág. 211.

cultural, profesional, etc.”<sup>105</sup>. Según la doctrina, “ambos aspectos son inseparables, y no es posible la proyección histórico-existencial del hombre (aspecto dinámico), sin que encuentren debido resguardo los iniciales elementos de la primera identidad (aspecto estático)”.<sup>106</sup>

El término “derecho a la identidad” es una abstracción. La única forma de hacerlo efectivo, es conociendo nuestro origen biológico y cultural. Es decir que el ejercicio del derecho a la identidad está íntimamente concatenado con el derecho que tenga el niño de investigar quienes son sus padres biológicos. Por lo tanto, el derecho a la identidad personal comprende el derecho a conocer el origen biológico.

El derecho a la identidad, especialmente para niños, ha sido tradicionalmente interpretado como un derecho de la personalidad que se vincula con otros derechos derivados de la filiación, tales como el derecho a tener una nacionalidad, los derechos alimentarios, el derecho a mantener un vínculo con los padres.

Este criterio respecto del derecho a la identidad es el que adopto la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1989. El artículo 7 establece que el niño tiene derecho a un nombre, nacionalidad y a conocer a sus padres; mientras que el artículo 8 obliga a los Estados partes a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, que incluye su nacionalidad, el nombre y las

---

<sup>105</sup> NORA LLOVERAS Marcelo Salomón. *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*. Editorial Universidad. Buenos Aires. 2009. Pág. 143.

<sup>106</sup> NORA LLOVERAS Marcelo Salomón. *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*. Editorial Universidad. Buenos Aires. 2009. Pág. 141.

relaciones familiares. De esta manera, si un niño se ve privado de alguno de estos derechos, el Estado tendrá que prestar la asistencia y protección con el fin de restablecer su identidad.

El derecho a la identidad mediante la determinación genética puede ser vital para preservar la salud del niño. Es un derecho que se desprende del principio de dignidad de las personas y del cual depende el libre desarrollo de la personalidad. En la actualidad, el derecho a la identidad del niño se concreta con el derecho a la verdad biológica mediante la prueba genética (ADN), por medio de la cual es posible establecer la filiación cierta.

Las técnicas de reproducción asistida tienen como consecuencia que en ciertos casos se afecta el derecho a la identidad de los niños así nacidos. En efecto, cuando la reproducción asistida se realiza con semen de donante, existe una confrontación entre dos intereses: el del donante de preservar su identidad en anonimato y el del niño a conocer sus orígenes biológicos. Se trata de dos derechos de orden constitucional: el derecho a la intimidad y el derecho a la identidad.

## **2.12. LEY GENERAL DE SALUD**

El artículo 7 de la Ley General de Salud, Ley N° 26842, establece que toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear a través del empleo de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética recaiga sobre la misma persona.

La Ley General de Salud no se ha pronunciado sobre la madre sustituta cuando una mujer acepta ser inseminada con material genético del marido de otra a fin de entregar al niño una vez nacido.

La Ley General de Salud en relación a la responsabilidad establece mecanismos de responsabilidad compartida entre el Estado y el individuo en materia de salud individual y responsabiliza primariamente al Estado de la salud pública.

En suma se aprecia que no se encuentran plenamente garantizados los derechos de la persona en la Ley General de Salud por falta de desarrollo y contradicciones al interior de la misma, por ello es importante subsanar esta situación para lograr un pleno ejercicio de los mismos.

### 3. OBJETIVOS

- a) Determinar si existe la necesidad jurídica de regular la maternidad subrogada.
- b) Señalar que características se están generando por la aplicación de la técnica de maternidad subrogada.
- c) Plantear una legislación específica que regule las prácticas de maternidad subrogada.

#### 4. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

Se efectuó la búsqueda en la biblioteca de la Universidad Católica de Santa María encontrándose la tesis de doctorado titulada: LA NECESIDAD DE REGULAR LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA EN EL PERÚ presentada en el 2003 por: Miriam Aurora Fernández Garate quien arriba a las siguientes conclusiones:

1. A pesar que algunas técnicas de Reproducción Humana Asistida se vienen realizando en nuestro país desde hace una década a cargo de clínicas privadas, no existe una regulación jurídica orgánica que legisle su desarrollo ni el de los demás avances científicos que involucran los campos de las ciencias médicas y la bioética salvo la consignación de un artículo estipulado en la Ley General de Salud, Ley 26842 que se manifiesta escuetamente sobre el tema, reconocimiento el derecho a acceder al uso de las técnicas de reproducción asistida de manera limitada.
2. En cuanto a los requisitos para recurrir a la inseminación artificial heteróloga, dadas las implicancias jurídicas y psicológicas que acarrea la disociación del rol de progenitor y padre formal con esta práctica, sólo se accederá luego de haber agotado la inseminación artificial homóloga e incluso la fecundación extracorpórea interconyugal o ante la existencia de un grave riesgo de transmisión de tara hereditaria. El consentimiento tanto de la mujer como de su pareja se otorgará en documento público, para que pueda servir como título de determinación legal de la filiación.

3. En cuanto al donante, son requisitos indispensables que se someta a un examen previo que acredite que se encuentra libre de enfermedades infecciosas, hereditarias y/o genéticas transmisibles, así como sus características fenotípicas; que sea mayor de edad y goce de plena capacidad de ejercicio. Por la donación de su material genético tendrá derecho al reembolso, por parte del Banco de Material Genético, de los gastos en que hubiere incurrido y finalmente, antes de prestar su consentimiento para donar, será informado correctamente de las consecuencias de su acto.

La presente tesis se asemeja a la que se está efectuando en que ambas tratan el tópico de reproducción asistida. Se diferencia en que la tesis señalada se refiere a la inseminación artificial heteróloga. Mientras que la investigación que efectuamos está referida a la maternidad subrogada.

## 5. HIPÓTESIS

Dado que se viene aplicando diversos métodos de reproducción asistida entre ellos la maternidad subrogada y se aprecia en las diversas casaciones que las respuestas jurisprudenciales denotan diversas interpretaciones.

Es probable que la maternidad subrogada esté generando incertidumbre en el campo médico y legal en perjuicio de los usuarios y niños que nacen bajo esta técnica, siendo necesario y urgente su regulación legal.

### III. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

#### 1. TÉCNICA E INSTRUMENTO

##### TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

VARIABLE	INDICADORES	TÉCNICA	INSTRUM.
V.I. Maternidad subrogada	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Legalidad de la maternidad tradicional.</li> <li>▪ Maternidad gestacional</li> <li>▪ Ovodonación</li> <li>• Embrioclonación</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Observación documental</li> <li>▪ Entrevista a abogados</li> <li>▪ Entrevista a médicos</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Ficha de observación</li> <li>▪ Cedula de entrevista</li> </ul>
V.D. Necesidad de regulación jurídica	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Contrato de maternidad subrogada</li> <li>• Derecho del niño a la identidad</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Observación documental</li> <li>▪ Entrevista a abogados</li> <li>▪ Entrevista a médicos</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Ficha de observación</li> <li>▪ Cedula de entrevista</li> </ul>

#### 2. CAMPO DE VERIFICACIÓN

##### 2.1. VERIFICACIÓN ESPACIAL

La presente investigación se realizará en la ciudad de Arequipa.

##### 2.2. UBICACIÓN TEMPORAL

Esta investigación se efectuará en el año 2012.

### 2.3. UNIDADES DE ESTUDIO

En relación a la investigación documental las unidades de estudio se encuentran conformadas por las teorías, doctrina sobre la Reproducción Asistida y de modo concreto sobre la maternidad subrogada. Así mismo se tomará en cuenta las normas legales vigentes de nuestro país.

En este trabajo también se efectúa el estudio de la jurisprudencia de nuestro país sobre maternidad subrogada.

La investigación de campo, según la fuente, como es el Colegio de Abogados de Arequipa estará constituida por una población de 2162 abogados habilitados que existe en la ciudad de Arequipa. Debido a que el universo es numeroso se tomará una muestra intencionada al azar.

$$\text{MUESTRA: } \frac{2162 \times 400}{2162 + 399} = \frac{864800}{2561} = 338$$

Por lo tanto la muestra será de 338 abogados de la ciudad de Arequipa.

En relación a los médicos en la ciudad de Arequipa, según la fuente como es el Colegio de Médicos, filial Arequipa existe una población de 1026 médicos hábiles y por ello se tomará una muestra intencional al azar.

$$\text{MUESTRA} = \frac{1026 \times 400}{1026 + 399} = \frac{410400}{1425} = 288$$

En consecuencia la muestra será de 288 médicos hábiles de la ciudad de Arequipa.

### 3. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN

Para recoger la información, el investigador visitará las bibliotecas de la Universidad Católica de Santa María, de la Universidad Nacional de San Agustín, del Colegio de Abogados de Arequipa, Biblioteca Municipal, así como se obtendrá información de Internet. En cuanto a la investigación de campo se aplicará una encuesta a los abogados de la ciudad de Arequipa. A los profesionales del derecho se les ubicará en sus respectivos estudios jurídicos.

En relación a los médicos se aplicará la encuesta en sus consultorios así como en los centros médicos y solo a los que estén dispuestos a colaborar con esta investigación.

Finalmente los datos obtenidos de la encuesta serán tabulados con frecuencia y porcentajes en cuadros estadísticos que contendrán la explicación cuantitativa y cualitativa.

### 4. MEDIOS

#### A) RECURSOS HUMANOS

DENOMINACIÓN	N	COSTO DIARIO	DÍAS	COSTO TOTAL
- Digitador/diagramador de gráficos	1	30.00	20	600.00
<b>TOTALES</b>	<b>2</b>	<b>30.00</b>		<b>600.00</b>

**B) RECURSOS MATERIALES, BIENES Y SERVICIOS**

DENOMINACIÓN	CANTIDAD	COSTO TOTAL
Papel bond	2000	44.00
Fichas bibliográficas y doc.	600	160.00
Cartucho tinta de impresora	01	60.00
Copias fotostáticas	400	80.00
Empastado	05	90.00
Movilidad	--	300.00
Imprevistos	--	320.00
<b>TOTAL</b>	--	1054.00

**C) COSTO TOTAL DE PROYECTO Y EJECUCIÓN DE INVESTIGACIÓN**

DENOMINACIÓN	COSTO TOTAL
- Recursos humanos	600.00
- Recursos materiales, bienes y servicios	1 054.00
<b>COSTO TOTAL GENERAL</b>	<b>1654.00</b>

## 5. CRONOGRAMA

ACTIVIDADES	TIEMPO				Julio				Agosto				Septiembre			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4				
	1. Revisión bibliográfica	X	X													
2. Elaboración de fichas de estudio		X	X													
3. Formulación del planteamiento teórica			X	X	X											
4. Formulación del planteamiento operacional					X	X										
5. Recolección de datos							X	X								
6. Estructuración de resultados									X	X						
7. Redacción informe final											X	X				

## 6. CUADRO DE SISTEMATIZACIÓN

VARIABLE	INDICADORES	TÉCNICA	INSTRUM.
<b>V.I</b>  Maternidad subrogada	<ul style="list-style-type: none"> <li>Legalidad de la maternidad tradicional</li> <li>Maternidad gestacional</li> <li>Ovodonación</li> <li>Embriodonación</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Observación documental</li> <li>Entrevista a abogados</li> <li>Entrevista a médicos</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Ficha de observación</li> <li>Cedula de entrevista</li> <li>Cedula de entrevista</li> </ul>
<b>V.D</b>  Necesidad de regulación jurídica	<ul style="list-style-type: none"> <li>Contrato de maternidad subrogada</li> <li>Derecho del niño a la identidad</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Observación documental</li> <li>Entrevista a abogados</li> <li>Entrevista a médicos</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Ficha de observación</li> <li>Cedula de entrevista</li> <li>Cedula de entrevista</li> </ul>

## 7. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

1. ANGARITA GÓMEZ, Jorge. Lecciones de Derecho Civil. Editorial Temis. Cuarta Edición. Bogotá, 1994.
2. CASTILLO FREYRE, Mario, Por qué no se debe reformar el Código Civil, Editorial Palestra, Lima, 2007.
3. Código Civil del Perú. Editorial Abedul. Lima 2011.
4. Código del Niño y adolescente. Editorial Abedul. Lima 2011.
5. Constitución Política del Perú. Editorial Abedul. Lima 2011.
6. COFRE SIRVENT, Jorge, Reproducción Asistida y Constitución, Universidad de Alicante, 2001.
7. ELIZARI BASTERRA, Javier. Bioética, Ediciones Paulinas, España, 1991.
8. GAFO, Javier. Nuevas técnicas de reproducción humana, Biomedicina, ética y Derecho. Universidad Pontificia. Madrid, 1986.
9. HURTADO OLIVER. Xavier. El derecho a la vida ¿y la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos, Editorial Porrúa, México, 1999.
10. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Derecho Procesal de Familia. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental. 2008.
11. LÓPEZ BOLADO, Jorge. Los médicos y el Código Penal. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universal, 1981.
12. MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara, Derecho y Genoma Humano, Editorial San Marcos, Primera edición, Lima, 1997.
13. RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo, Embriones Congelados, un desafío surrealista, Artículos y ponencias presentadas a las IV jornadas SPES sobre Ética y Derecho, Revista N° 26, Buenos Aires, 2005.
14. RODRÍGUEZ - CADILLA PONCE, María del Rosario, Derecho Genético, Técnicas de Reproducción Humana Asistida, su trascendencia jurídica en el Perú, Editorial San Marcos, Lima, 1997.
15. RUBIO CORREA, Marcial, Las Reglas de Amor en Probetas de Laboratorio, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996.

16. SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Biogenética, Filiación y Delito. Buenos Aires: Editorial Astrea. S.A. 1990.
17. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, Derecho Genético: Principios Generales, Tercera Edición, Lima, Editorial San Marcos, 1998.

### INFOGRAFÍA

- [www.revistapersona.com.ar/Bornia.htm](http://www.revistapersona.com.ar/Bornia.htm)
- [www.vidahumana.org/index.html](http://www.vidahumana.org/index.html)
- [http://www.ipgri.cgiar.org/training/exsitu/web/arr\\_crioconservacion.htm](http://www.ipgri.cgiar.org/training/exsitu/web/arr_crioconservacion.htm)
- <http://www.reproduccion.com.mx/insem.html>
- <http://www.unav.es/bioetica/dbcapo18c.html>



## ANEXOS

### *FICHA BIBLIOGRÁFICA*

NOMBRE DE AUTOR:

TÍTULO DEL LIBRO:

EDITORIAL, LUGAR Y AÑO:

NOMBRE DE LA BIBLIOTECA:

Código:

### *FICHA DOCUMENTAL*

NOMBRE DE AUTOR:

INDICADOR:

TÍTULO:

IDENTIFICACIÓN DEL DOCUMENTO:

FECHA:

COMENTARIO O CITA:

LOCALIZACIÓN:

**ENCUESTA A ABOGADOS**

**INSTRUCCIONES.-** Nos encontramos efectuando una investigación sobre la maternidad subrogada. Por ello le solicitamos responder esta encuesta con la mayor sinceridad posible. No coloque su nombre ni apellido. Marque con una (X). Muchas gracias.

1. **¿Para usted la maternidad subrogada puede ser considerada como un derecho de reproducción humana?**
  - a) Si
  - b) Posiblemente
  - c) No
  
2. **En el caso de la maternidad subrogada existe la maternidad tradicional y la maternidad gestacional ¿con cual de ellas está de acuerdo?**
  - a) Maternidad tradicional
  - b) Ambas
  - c) Maternidad gestacional
  - d) Ninguna
  
3. **¿Según usted cómo determinaría la legalidad de la maternidad subrogada?**
  - a) A favor de la madre que concibe
  - b) A favor de la madre que dona los gametos
  - c) Me abstengo de responder
  - d) Otro (especifique) \_\_\_\_\_
  
4. **Esta de acuerdo o no con la ovodonación en el caso de la maternidad subrogada?**
  - a) De acuerdo
  - b) Ni de acuerdo ni en desacuerdo
  - c) En desacuerdo
  
5. **¿Usted está de acuerdo o no con la embriodonación en el caso de la maternidad subrogada?**

- b) De acuerdo
- c) Ni de acuerdo, ni en desacuerdo
- d) En desacuerdo
6. Desde el punto de vista jurídico considera valido o no el contrato sobre maternidad subrogada?
- a) Si
- b) Posiblemente
- c) No
7. ¿Considera que existirá conflictos jurídicos sobre el derecho del niño a la identidad?
- a) Si
- b) Posiblemente
- c) No
8. ¿Considera que el niño que nació mediante la maternidad subrogada debe tener iguales derechos con los niños nacidos por vía natural?
- a) Si
- b) Posiblemente
- c) No
9. ¿Esta de acuerdo o no que el Congreso peruano promulgue una ley sobre reproducción asistida donde se incluya la maternidad subrogada?
- a) De acuerdo
- b) Ni de acuerdo, ni en desacuerdo
- c) En desacuerdo
10. ¿Cuál es la razón para que exista una regulación jurídica sobre maternidad Subrogada?
- a) Existencia de una vacío legal
- b) Para evitar conflictos jurídicos
- c) Para evitar negocios en personas inescrupulosas()
- d) No debería legislarse
- e) Otro (especifique)\_\_\_\_\_

**ENCUESTA A MÉDICOS**

**INSTRUCCIONES.-** Nos encontramos efectuando una investigación sobre la maternidad subrogada. Por ello le solicitamos responder esta encuesta con la mayor sinceridad posible. No coloque su nombre ni apellido. Marque con una (X). Muchas gracias.

1. **¿Usted está de acuerdo o no con la maternidad subrogada?**
  - a) De acuerdo
  - b) Ni de acuerdo, ni en desacuerdo
  - c) En desacuerdo
  
2. **¿Considera que puede darse conflictos jurídicos y familiares en el caso de la maternidad subrogada entre la mujer gestante y la mujer estéril?**
  - a) Si
  - b) Posiblemente
  - c) No
  
3. **¿En el caso de la maternidad subrogada existe la maternidad tradicional y la maternidad gestacional ¿con cual de ellas está de acuerdo?**
  - a) Maternidad tradicional
  - b) Ambas
  - c) Maternidad gestacional
  - d) Ninguna
  
4. **Esta de acuerdo o no con la ovodonación en el caso de la maternidad subrogada?**
  - a) De acuerdo
  - b) Ni de acuerdo, ni en desacuerdo
  - c) En desacuerdo
  
5. **Está de acuerdo o no con la embriodonación en el caso de la maternidad subrogada?**
  - a) Si
  - b) Posiblemente

- c) No
6. **Según usted ¿quién sería la madre del niño en el caso de la maternidad subrogada?**
- a) A favor de la madre que concibe
- b) A favor de la madre que dona los gametos
- c) No sabría que hacer
- d) Otro (especifique)\_\_\_\_\_
7. **¿A favor de quien daría el certificado médico del nacimiento del niño en el caso de la maternidad subrogada?**
- a) A favor de la madre gestante
- b) A favor de la madre estéril
- c) A ninguna de ellas
- d) No sabría que hacer
- e) Otro (especifique)\_\_\_\_\_
8. **Considera que existe la necesidad de que se promulgue una ley sobre reproducción asistida incluyendo la maternidad subrogada**
- a) Sí
- b) Posiblemente
- c) No
9. **¿Cuál es la razón para que exista una regulación jurídica sobre maternidad subrogada?**
- a) Existencia de un vacío legal
- b) Para evitar conflictos jurídicos y familiares
- c) Para que los médicos sepamos a que atenernos
- d) Para evitar negocios en personas inescrupulosas
- e) No debería legislarse
- f) Otro (especifique)\_\_\_\_\_

**CASACIÓN N° 5003-2007-LIMA**

CAS. N° 5003-2007 LIMA. Lima, seis de de mayo del dos mil ocho. LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA, vista la causa número cinco mil tres- dos mil siete, en la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia: 1.- MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por doña Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, contra la Resolución de vista de fojas ciento setenta y seis de fecha tres de agosto del dos mil siete, que confirmando la apelada de fojas setenta y siete, de fecha veintitrés de octubre del dos mil seis, declara improcedente su demanda de impugnación de maternidad; con lo demás que contiene. 2.- FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO: Admitido el recurso de casación, fue declarado procedente mediante auto de fecha catorce de noviembre del dos mil siete, por la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, argumentándose la contravención de los artículos VI del Título Preliminar y 399 del Código Civil; así como del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, pues se encuentran legitimados para impugnar la maternidad extramatrimonial los hermanos, en razón al interés moral que poseen, basta por ello acreditar el interés legítimo, no siendo exigible acreditar daño o afectación conforme lo señala la Sala de Familia; indica que a criterio de la Sala no basta que se acredite la condición familia (hermano-vínculo sanguíneo) para impugnar la maternidad, sino que habría que acreditar la afectación por el supuesto reconocimiento falso, denunciando que esto último no es requisito exigido por la ley; refiere que en virtud a lo dispuesto por el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, la afectación se demuestra con el mismo acto impugnado (reconocimiento falso),

hecho que es ajeno e irrelevante a la legitimidad o interés moral para accionar, toda vez que éste es inherente a la condición subjetiva del accionante; señala que sin perjuicio de su argumento relativo a que no es exigible acreditar la afectación o menoscabo para iniciar una acción judicial, sostiene que según el artículo 399 del Código Civil, basta con acreditar interés legítimo, para establecer la existencia de la afectación consubstancial al acto impugnado, por lo que en aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, la Sala debió revocar la apelada, pues aplicando el Derecho, es evidente el daño o afectación moral, psicológico, a corto o largo plazo ocurrido por la misma realización del acto impugnado que resulta de la falsedad de la relación materno filial; por ello sostiene que se interpone la demanda con la finalidad de enervar el reconocimiento de maternidad realizado, por ser ilegal, pues tal reconocimiento de maternidad le concede a la demandada derechos de patria potestad, tenencia y demás derechos inherentes a la sociedad paterno filial, de manera que por el hecho del reconocimiento y el ejercicio de los derechos inherentes a él, el hijo de la recurrente se encuentra evidentemente afectado, pues existe separación entre hermanos de sangre y violación a derechos fundamentales que son propios del *ius sanguinea*, tales como el derecho a la identidad, integridad moral, integridad psíquica, libre desarrollo, bienestar, mantenimiento y preservación de los vínculos paterno filiales y fraternales, intimidad familiar, identidad cultural; refiere además, que el interés para obrar es una situación jurídica subjetiva, esto es, la existencia de una situación jurídico procesal en razón a la particular condición del sujeto de derecho, y así, la acreditación de la afectación del derecho violado, desconocido, o incumplido (como exige la Sala) es consubstancial al momento de la aparición de la irregular situación jurídica acusada, por lo que resulta irrelevante para quien tiene la condición única y particular del vínculo consanguíneo, tener que acreditar afectación para demostrar que posee interés moral para accionar judicialmente; así refiere que el *ius sanguinea* "per se" otorga legitimidad para obrar a

los hermanos en diversas circunstancias, las que indica con su base legal, señalando en ese sentido que, el hermano tendrá derecho y legítimo interés para impugnar el falso reconocimiento de su hermano. 3.- CONSIDERANDO: Primero: La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso se da cuando en el desarrollo del mismo, no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han obviado o alterado actos de procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva, el órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en clara transgresión de la normatividad vigente y de los principios procesales. Segundo: De la demanda de fojas cuarenta se aprecia que la recurrente Mónica Cedelinda Oblitas Chicota actúa en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, e invocando los artículos 45 y 399 del Código Civil impugna el reconocimiento de maternidad efectuado por María Alicia Alfaro Dávila respecto de la niña Alicia Beatriz Alfaro Dávila, argumentando que la demandada no es la madre biológica de dicha niña, pues ella fue inseminada artificialmente con el óvulo de una mujer distinta y se utilizó los espermatozoides del esposo de la recurrente, Custodio Olsen Quispe Condori, sin el consentimiento de éste, mediante la técnica de reproducción asistida denominada "ovodonación", la que no está permitida en nuestro país conforme se colige de lo previsto en el artículo 7 de la Ley General de Salud. Tercero: Las instancias de mérito han declarado improcedente la demanda, fundamentando su decisión en que la parte demandante no ha acreditado interés económico o moral para ejercer la presente acción, al no demostrar que con el reconocimiento se haya afectado directa o indirectamente al hijo de la demandante, careciendo por ende de interés para obrar. Cuarto: El interés para obrar, de acuerdo a la doctrina mayormente aceptada sobre el tema, es la utilidad que para el titular de un derecho subjetivo emana de la tutela jurisdiccional, y según Hugo Rocco se determina realizando un: "juicio de utilidad, parangonando los efectos de la providencia jurisdiccional requerida con

la utilidad que de tal providencia puede seguirse para quien la requiere, respecto de una determinada relación jurídica". Quinto: La legitimación procesal es la capacidad de ejercicio, en el proceso, de los derechos civiles; es la aptitud que tiene la persona de obrar directamente en un proceso como parte, defendiendo sus derechos. La legitimidad "ad causam" es la titularidad que tiene la persona respecto del derecho que demanda; es un elemento de procedencia de la pretensión jurídica demandada. En caso queda parte actora no tenga la legitimado ad causam, la acción será, evidentemente, improcedente. Sexto: Existe interés para obrar procesalmente, cuando la parte actora invoca una utilidad directa, manifiesta y legítima, de índole material o moral, que lo lleve a proteger un derecho mediante el ejercicio de la acción. El juicio de utilidad debe referirse, en cada caso, a los efectos del acto jurisdiccional que se pide, o también en sentido inverso, el perjuicio o daño que pueda causar al actor, la falta del pronunciamiento requerido. En suma, el interés para obrar tiene contenido procesal al significar un presupuesto del derecho de acción y supone un estado de necesidad que se busca sea atendido por el Estado a través del órgano jurisdiccional. Séptimo: De acuerdo a ello, el menor hijo de la demandante, y en cuyo nombre actúa, Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, es hermano paterno de la niña, que la demandada ha reconocido como su hija, conforme al resultado del examen de ADN, según documento obrante a fojas diez, del que se colige que el padre de ambos niños es Custodio Olsen Quispe Condori, por lo que impugna dicho reconocimiento por las razones que expone, sosteniendo interés legítimo, pues este no concuerda con realidad biológica, existiendo a ese efecto el parentesco consanguíneo. Octavo: Por lo tanto, no se trata de acreditar solamente la afectación al recurrente por el reconocimiento, sino el legítimo interés en el pronunciamiento, por su condición de hermanos del niño de la demandante y la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, en la necesidad de que el órgano jurisdiccional decida, respecto al reconocimiento efectuado por la demandada, que se señala transgrede lo

dispuesto en el artículo 7 de la Ley General de Salud, y porque se vulnerarían derechos fundamentales de la citada menor, como su derecho a la propia identidad. Noveno: Por último, el interés legítimo a que se refiere el artículo 399 del Código Civil, está referido a una circunstancia de carácter personal, la parte es titular de un interés propio, distinto de cualquier otro, que proyectada al presente caso se encuentra dada por la condición de hermanos, lo que asegura el carácter personal, propio y legítimo del interés; además de ser único respecto a terceros que no se encuentran unidos por un vínculo de parentesco consanguíneo, con las consecuencias que determinan los artículos 475 del Código Civil y 93 del Código de los Niños y Adolescentes que regulan la prelación de los obligados a prestar alimentos, así como la obligación que existe a nivel de hermanos en la protección recíproca sus intereses. Décimo: Estando además a lo dispuesto en el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, en cuanto al interés moral. 4.- DECISION: a) Por las consideraciones expuestas, de conformidad con el dictamen fiscal, cuyos fundamentos se reproducen, y estando a lo establecido en el artículo 396 inciso 2° ordinal 2.3 del Código Procesal Civil: Declararon FUNDADO el recurso de casación interpuesto por doña Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas; en consecuencia NULA la resolución de vista fojas ciento setenta y seis de fecha tres de agosto del dos mil siete; INSUBSISTENTE la apelada de fojas setenta y siete, su fecha veintitrés de octubre del dos mil seis. b) ORDENARON que el Juez de la causa expida nueva resolución estando a los considerandos precedentes. c) DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; Interviniendo como Vocal Ponente el Señor Sánchez-Palacios Paiva; y los devolvieron. SS. SANCHEZ- PALACIOS PAIVA, CAROAJULCA BUSTAMANTE, MANSILLA NOVELLA, MIRANDA CANALES, VALERIANO BAQUEDANO C-237841-372