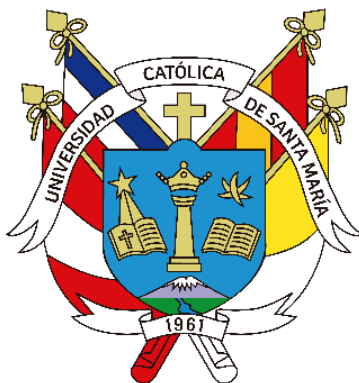


Universidad Católica de Santa María
Escuela de Postgrado
Maestría en Derecho Procesal y Administración de Justicia



**El Derecho a Ser Madre: Alcances y limitaciones de las técnicas de
reproducción asistida en el Perú, 2023**

Tesis presentada por la Bachiller:

Villasante Itusaca, Margot Marina

ORCID: 0000-0000-0000-0000

para optar el Grado Académico de:

Maestro en Derecho Procesal y Administración de Justicia.

Asesor:

Mg. Almenara Sandoval, Jorge Luis

ORCID: 0009-0004-8882-2398

Arequipa Perú
2024

UCSM-ERP

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ESCUELA DE POSTGRADO

DICTAMEN APROBACIÓN DE BORRADOR DE TESIS

Arequipa, 11 de Noviembre del 2023

Dictamen: 007951-C-EPG-2023

Visto el borrador del expediente 007951, presentado por:

2002004332 - VILLASANTE ITUSACA MARGOT MARINA

Titulado:

**EL DERECHO A SER MADRE: ALCANCES Y LIMITACIONES DE LAS TÉCNICAS DE
REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL PERÚ, 2023**

Nuestro dictamen es:

APROBADO

**02424271 - PARI TABOADA MAURO
DICTAMINADOR**



**42327355 - VARGAS SALAS OBED
DICTAMINADOR**



**42755102 - FERNANDEZ PAREDES PEDRO ADOLFO
DICTAMINADOR**



El Derecho a Ser Madre: Alcances y limitaciones de las técnicas de reproducción asistida en el Perú, 2023

ORIGINALITY REPORT

4%

SIMILARITY INDEX

4%

INTERNET SOURCES

0%

PUBLICATIONS

2%

STUDENT PAPERS

PRIMARY SOURCES

1

sifp.psico.edu.uy

Internet Source

1%

2

encolombia.com

Internet Source

1%

3

www.slideshare.net

Internet Source

1%

4

www.scribd.com

Internet Source

1%

5

app.idlpol.com

Internet Source

1%

6

Submitted to Universidad Wiener

Student Paper

1%

Exclude quotes Off

Exclude bibliography Off

Exclude matches < 1%

*A mis amados hijos,
que, con su inocencia,
me guían en las decisiones más difíciles.*

“Dar a luz no es sólo una experiencia física, externa, sino especialmente una experiencia interna. Una madre tiene que nacer psicológicamente al igual que su bebe nace de forma física. Una madre da a luz en su mente no sólo a un nuevo ser humano, sino a una nueva identidad: el sentido de ser una madre.”.

Mercé Leonhardt Gallego

DAR A LUZ. LA NUEVA IDENTIDAD MATERNA.

RESUMEN

La ciencia y la tecnología siempre avanzan a pasos agigantados y nos sorprende, muchas veces, con sus innovaciones; uno de los campos en donde se han hecho evidentes varios cambios es en el modo de asumir la maternidad, en donde antes por siglos hemos creído en la presunción “mater semper certa est” por el cual la madre se determina en razón del parto, hoy tenemos otras herramientas que deberían redefinir esa presunción. Entre ellas, por ejemplo, se encuentran las denominadas Técnicas de Reproducción Asistida que ayudan a las parejas que tienen problemas de esterilidad a superarlos y a lograr el ansiado anhelo de tener un hijo. Sin embargo, tenemos una Ley General de Salud que parece avalar el uso de estos procedimientos, pero al mismo tiempo señala que solo pueden ser usadas cuando la madre genética coincida con la madre gestante, situación excepcional que excluiría las acciones de donación de óvulos y de subrogación de la maternidad. Esto nos lleva a preguntarnos, y a desarrollar en la presente investigación, si es que acaso ¿existe un derecho a ser madre en el Perú? y en tal caso cuáles serían los argumentos que sustenten dicho derecho, análisis que debe pasar también por la comprensión del estado de la legislación sobre las técnicas de reproducción asistida tanto en nuestro país como en el derecho comparado hispanoamericano de modo que podamos entender como han solucionado esta problemática.

Palabras clave: Derecho a la maternidad, técnicas de reproducción asistida, derechos sexuales y reproductivos.

ABSTRACT

Science and technology always advance by leaps and bounds and surprise us, many times, with their innovations; one of the fields where several changes have become evident is in the way of assuming motherhood, where before for centuries we have believed in the presumption “mater semper certa est” by which the mother is determined by reason of childbirth, today We have other tools that should redefine that presumption. Among them, for example, are the so-called Assisted Reproduction Techniques that help couples who have sterility problems overcome them and achieve the desired yearning to have a child. However, we have a General Health Law that seems to support the use of these procedures but at the same time indicates that they can only be used when the genetic mother coincides with the pregnant mother, an exceptional situation that would exclude the actions of donating eggs and subrogation of maternity. This leads us to ask ourselves, and to develop in the present investigation, if there is a right to be a mother in Peru? and in that case what would be the arguments that support said right, an analysis that must also go through the understanding of the state of the legislation on assisted reproduction techniques both in our country and in the comparative law of Latin America so that we can understand how they have solved this problem.

Keywords: Right to motherhood, assisted reproductive techniques, sexual and reproductive rights.

ÍNDICE DE CONTENIDO

RESUMEN	4
ABSTRACT	5
ÍNDICE DE CONTENIDO	6
ÍNDICE DE TABLAS.....	8
INTRODUCCIÓN	9
HIPÓTESIS	12
OBJETIVOS	13
CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO	14
1. Tipología de la Maternidad en la Era Moderna.....	14
1.1. Determinación de Madre Completa	16
1.2. Determinación de Madre Genética.....	17
1.3. Determinación de Madre Jurídica	17
2. Regulación Constitucional y Civil de la Maternidad Como Procreación...	18
3. Los Derechos Sexuales y Reproductivos de la Mujer	22
4. Problemática Jurídica y Social de la Mujer Infértil y sus Implicancias con la Subrogación de la Maternidad	28
5. Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TERAS)	32
5.1. Inseminación Artificial (IA).....	33
5.1.1. Inseminación Artificial Conyugal (IAC).	34
5.1.2. Inseminación Artificial de Donante (IAD)	34
5.2. Fecundación In Vitro (FIV).....	34
5.2.1. Fecundación In Vitro Con Óvulos de Mujer y Semen de la Pareja. 35	
5.2.2. Fecundación In Vitro Con Óvulos de la Mujer y Semen de Donante Anónimo.	35
5.2.3. Fecundación In Vitro Con Óvulos de Donante y Semen de la Pareja. 35	
5.2.4. Fecundación In Vitro Con Óvulos de Donante y Semen de Donante.....	36
5.3. Microinyección Espermiática (ICSI).....	36
5.4. Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG)	36
5.5. Transferencia Intratubárica de Cigotos (TIC)	37
5.6. Subrogación de la Maternidad.....	37
6. Conceptualización del Derecho a Ser Madre	38
7. El Derecho a Ser Madre en la Legislación Nacional	42

8.	El Derecho a Ser Madre en la Legislación Comparada.....	45
8.1.	El Derecho a Ser Madre en Argentina	46
8.2.	El Derecho a Ser Madre en Chile.....	47
8.3.	El Derecho a Ser Madre en Colombia.....	49
8.4.	El Derecho a Ser Madre en Uruguay	50
8.5.	El Derecho a Ser Madre en España.....	54
9.	Principios Bioéticos Aplicables en las Técnicas de Reproducción Asistida 56	
9.1.	Principio de Autonomía	58
9.2.	Principio de Beneficencia.....	58
9.3.	Principio de Justicia	60
10.	Elementos de una Regulación Positiva del Derecho a Ser Madre en el Perú 61	
	CAPÍTULO II: MARCO METODOLÓGICO.....	62
1.	Método de Investigación	62
2.	Técnica de Interpretación Jurídica.....	62
3.	Variables e Indicadores	63
4.	Técnicas de Investigación.....	68
5.	Instrumentos de la Investigación	70
6.	Criterios de Validación de Instrumentos	72
7.	Universo y Muestra	73
8.	Sistema de Citación	73
9.	Confidencialidad.....	73
10.	Conflicto de Intereses	74
	CAPÍTULO III: RESULTADOS Y DISCUSIÓN	75
1.	Procesos Jurisdiccionales Vinculados al Uso de TERAS	75
2.	Interpretación General de Cada Proceso Sobre Uso de TERAS	79
3.	Consideraciones Finales Respecto a las Sentencias Analizadas	87
3.1.	Consideraciones Finales Sobre Casación 4323-2010-Lima.....	87
3.2.	Consideraciones Finales Sobre Casación 563-2011-Lima.....	88
3.3.	Consideraciones Finales Sobre Exp.06374-2016-0-1801-JR-CI-05... 88	
	CONCLUSIONES.....	89
	RECOMENDACIONES	92
	REFERENCIAS	97
	ANEXOS.....	105

ÍNDICE DE TABLAS

<i>Vinculación entre Derechos Humanos Consolidados y Derechos Relacionados con la Salud Sexual</i>	25
<i>Cuadro de Operacionalización de Variables</i>	64
<i>Identificación de Procesos Vinculados al Uso de TERAS y a la Maternidad Subrogada.....</i>	75
<i>Aceptación Jurisprudencial Respecto a la Maternidad Subrogada</i>	76
<i>Identificación de la TERA Utilizada.....</i>	78
<i>Justificación de la Decisión Adoptada en la Casación 4323-2010-Lima</i>	79
<i>Justificación de la Decisión Adoptada en la Casación 563-2011-Lima</i>	80
<i>Justificación de la Decisión Adoptada en el Exp.06374-2016-0-1801-JR-CI-05</i>	83

INTRODUCCIÓN

En el artículo 6 de la Constitución peruana de 1993, relativo a la Política Nacional de Población, se señala que el Estado “reconoce el derecho de las familias y las personas a decidir” (Constitución Política de Perú, 1993, Artículo 6), teniendo en cuenta el contexto temporal cercano a la promulgación de dicha Carta y a su interpretación literal podemos entender que el derecho a decidir estaba relacionado con el momento en que la pareja familiar decide tener a sus hijos y, también a la cantidad de los mismos. Empero, hoy en día, ya en pleno Siglo XXI, este artículo de nuestra Carta Magna parece alcanzar una más amplia re-interpretación. En efecto, el avance de la biotecnología, llamada también ingeniería genética, que ha implicado algunas transformaciones en el mundo del Derecho (como por ejemplo en el examen de ADN que es determinante de la paternidad y prueba plena en casos criminales), ha permitido que muchas mujeres y familias que tenían como anhelo el tener hijos y que no podían ser madres debido a problemas de esterilidad relacionados con su capacidad fecundativa o gestativa, puedan ser sometidas a diversos y distintos procedimientos a fin de superar la deficiencia física y lograr el objetivo soñado.

Precisamente, a través de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TERAS) una pareja cuyos integrantes tienen problemas de esterilidad (uno o ambos) pueden acudir a una clínica especializada y en base a la aplicación de estas técnicas lograr la fecundación y la gestación del ansiado hijo. Empero, pese a la viabilidad de estas técnicas científicas, la parte jurídica no resulta tan sencilla. Esto se debe a que hay una total ausencia de regulación especial acerca de las TERAS, y las referencias que existen en nuestra legislación al respecto (por ejemplo, en la Ley 26842, Ley General de Salud) son claramente insuficientes. En contra de la libre determinación de las mujeres para decidir sobre su maternidad y aplicar los nuevos procedimientos se alza no solo el vacío legal sino también la incomprensión de un sector social que no admite las innovaciones de la modernidad y no cree que el derecho a ser madre tenga sustento jurídico. En este marco nos proponemos estudiar esta problemática ligada al uso de las Técnicas de Reproducción Asistida en el Perú, de modo que podamos determinar el fundamento jurídico existente respecto del derecho a la maternidad y proponer las bases regulatorias que puedan superar el vacío que, al parecer, la práctica clínica no está tomando en cuenta y, por ende, se deben estar suscitando severos inconvenientes que el Derecho debe buscar evitar en su condición de guardián del orden

social.

Para cumplir con lo antes señalado hemos decidido dividir nuestra investigación en diversos capítulos que indaguen sobre la problemática propuesta, en este sentido en el Capítulo I iniciamos analizando la tipología de la maternidad en la era moderna puesto que ha quedado claro que la madre completa que antes era única titular de su categoría hoy puede disociarse en madre jurídica y madre genética gracias a las innovaciones antes descritas, asimismo aquí repasamos qué es lo que dice nuestra regulación constitucional y civil acerca de la maternidad y dejamos establecidos cuáles son los derechos sexuales y reproductivos que junto con el *derecho a decidir* creemos que sustentan el derecho a ser madre en el Perú, por último en esta parte dejamos evidencia de la problemática jurídica y social que atraviesan las mujeres infértiles indicando que la esterilidad no es un problema solo de falta de capacidad fecundativa sino también existe incapacidad gestativa en algunos casos. Asimismo, definimos qué son las técnicas de reproducción asistida y cuáles son las más conocidas de ellas siendo aquí también evidente que la donación de óvulos y de espermatozoides es una parte fundamental para el desarrollo y éxito de varias de estas intervenciones médicas, por otro lado nos abocamos aquí a desentrañar en concreto si es que existe un derecho a ser madre en el Perú y a plantear los argumentos de su existencia, dejando en claro que al mismo tiempo pensamos qué otros nombres pueden sustituir con normalidad a esta expresión; así también aquí analizamos la regulación existente relativa a las técnicas de reproducción asistida en el Perú en el que nos tocará hablar de las escasas reglas jurídicas derivadas del artículo 7 de la Ley General de Salud que constituye, al parecer, la única regulación especial sobre la materia, justamente por ello también nos detendremos a analizar las experiencias de derecho comparado sobre este punto para recoger lo que otras legislaciones dicen al respecto y cómo han planteado las soluciones a dicha problemática, queda claro aquí que los países hispanoamericanos que no hemos mencionado es porque en nuestra revisión hemos encontrado que tienen nula regulación al respecto. En el Capítulo II desarrollamos el marco metodológico de la investigación, dentro del cual tenemos el método de investigación utilizado, las técnicas de interpretación jurídica, las variables e indicadores, técnicas e instrumentos, los criterios de validación, el universo y la muestra, el sistema de citación, confidencialidad y conflicto de intereses. En el Capítulo III analizamos a detalle algunas importantes jurisprudencias que ya se han presentado a nivel nacional sobre el uso de las técnicas de reproducción asistida en el que la magistratura ha resuelto casos concretos, a

nuestro juicio, de manera satisfactoria, igualmente nos detenemos a reflexionar acerca de una posible colisión entre el derecho a ser madre que proponemos y los derechos del hijo por nacer haciendo un importante hincapié en los derechos de identidad e intimidad genética y, también, precisamos el aporte y trascendencia que significaría el uso de los principios bioéticos en las prácticas de reproducción asistida; por último, para no quedarnos solo en el análisis y la crítica, queremos proponer algunos elementos concretos que deberían estar incluidos en una política regulatoria de las técnicas de reproducción asistida en el Perú de modo que se entienda que nuestra posición sobre el uso de las TERAS no implica su acceso irrestricto sino que debe estar ligado al cumplimiento de determinadas condiciones específicas que la hagan compatible con los derechos fundamentales de las personas involucradas. En suma, esperamos haber puesto en el debate una opinión académica y jurídica que sirva para la discusión de ideas y, ojalá, en una decisión final de los legisladores para que no permanezca en el vacío legal una importante materia como la que hemos analizado en estas páginas.

Margot Marina Villasante Itusaca

Arequipa, enero de 2023

HIPÓTESIS

DADO QUE: Las mujeres poseen derechos sexuales y reproductivos que tienen sustento en los Derechos Humanos, entre ellos el derecho a la maternidad; y, que las modernas Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TERAS) ayudan a superar los problemas de fertilidad o de gestación; y, que al respecto la Ley 26842, Ley General de Salud, contiene una regulación insuficiente y anacrónica en el Perú. **ES PROBABLE QUE:** Ante la deficiente regulación legal específica sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TERAS) sea necesario y urgente plantear una nueva regulación más completa y eficiente permitiendo la subrogación de la maternidad siempre que se cumplan determinados criterios específicos como: el estado de necesidad debidamente comprobado (esterilidad o imposibilidad de gestar certificada médicamente), consentimiento informado previo escrito, que la mujer gestante (subrogante) no sea la que aporte el óvulo para la fecundación, donación de células reproductivas (óvulos o espermatozoides) con finalidad no lucrativa, entre otros, de modo que estén garantizados los derechos sexuales y reproductivos de la mujer y las personas involucradas, pero también con respeto al principio de interés superior del niño de los que están por venir.

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL:

- Proponer los aspectos básicos de una regulación positiva de las Técnicas de Reproducción Asistida en nuestro país que nos lleven a afirmar que existe un derecho a ser madre.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Determinar las principales Técnicas de Reproducción Humana Asistida y precisar cómo se presenta su regulación legal en el Perú.
- Fundamentar cómo se presenta la subrogación de la maternidad y establecer cuál es su tratamiento jurídico.
- Explicar y fundamentar cuáles son los principales derechos sexuales y reproductivos que tiene la mujer en el Perú.
- Analizar la naturaleza jurídica y el sustento constitucional del derecho a ser madre en el Perú.

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

1. Tipología de la Maternidad en la Era Moderna

La maternidad es un fenómeno biológico y natural de honda implicancia en la formación y desarrollo de las sociedades, a través de la maternidad nacen los hijos y se edifican en torno a ellos los lazos de afectividad y seguridad con la que inmediatamente se estructuran las familias que luego constituyen los núcleos centrales de la organización social. Sin la maternidad ninguna especie viva, incluida la humana, podría reproducirse y crecer y formar parte de un proyecto de vida comunal en donde todos los individuos y grupos juegan un papel importante en el ecosistema. Pese a su valor y a este hecho que podría parecer indiscutible, el de la maternidad como un hecho biológico ligado de manera indisoluble a la condición de mujer, algunos críticos piensan que en la maternidad se presenta más bien un hecho cultural y aprendido. Marrades Puig (2002), al intentar una definición de la maternidad, nos recuerda estas posiciones críticas, afirmando que:

El concepto de maternidad, aparentemente aséptico, lleva implícito, sin embargo, profundas connotaciones. La más extendida quizás sea la de entender que la maternidad forma parte de la esencia femenina y que, por tanto, la condición de mujer se identifica con la de madre. Frente a esta forma de concebir el hecho maternal, aparece, desde una perspectiva feminista, otra concepción que se basa en que la ecuación mujer = madre no responde a ninguna esencia, sino que es, más bien, una representación producida por la cultura. (p. 23)

Es cierto que la maternidad va mucho más allá de ser un hecho biológico, pero no lleguemos a pensar que es una representación exclusivamente cultural que la elevaría a nivel de un guion aprendido y sobreactuado por millones de mujeres en el mundo. Los que piensan así son las personas que justamente no alcanzan a comprender el nivel de lazos emocionales y de cumplimiento de expectativas de vida que en una mujer se originan al concebir una nueva vida y que supera cualquier reduccionismo. Por eso nosotros también nos adherimos a la opinión de Silvia Tubert, citada también por Marrades Puig (2002), en el sentido de que la maternidad abarca un “conjunto de fenómenos de una gran complejidad” y que, si bien “la reproducción de los cuerpos es un hecho biológico que se localiza, efectivamente, en el cuerpo de la mujer, pero en tanto que se trata de la generación de un nuevo ser humano, no es puramente biológico, sino que integra otras dimensiones.” (p. 23). Por más que los

partidarios de la posición culturalista interpreten que en la maternidad no hay objetivos soñados sino solamente actitudes aprendidas no van a poder negar que en ningún pueblo, cultura, tribu o nación del mundo los hombres puedan ser fecundados, gestar y concebir hijos, y esta limitación biológica se convierte a veces en una limitación racional que impide que los hombres comprendan la importancia que, para nosotras las mujeres, adquiere la maternidad en nuestras vidas.

No obstante, teniendo notable relevancia en la vida biológica, social, cultural y ecológica de nuestro planeta, la maternidad humana también tiene notables implicaciones en el mundo del Derecho. A través de la maternidad se determina, por ejemplo, la existencia de derechos y obligaciones recíprocas entre padres e hijos, también el surgimiento de derechos y prerrogativas a nivel laboral en la gestación y parto, la asignación de derechos sucesorios, la individualización de derechos sexuales y reproductivos a favor de la mujer, etc. Justamente en el mundo del Derecho existió durante mucho tiempo, seguro desde su antigua procedencia etimológica del latín, el principio “*mater semper certa est*” que significa que la madre siempre es cierta, es decir siempre es conocida, dicho de otro modo, la maternidad se determinaba en razón del parto. Si veíamos a una mujer dando a luz a un niño podíamos saber con calidad de dogma que esa mujer era madre de ese niño recién alumbrado. Sin embargo, hoy en día, esa regla se ha visto relativizada por el profundo cambio que han logrado las innovaciones producidas por la ingeniería genética en el campo de la reproducción humana logrando que la fecundación sexual se realice ya no solo con el cruzamiento sexual directo de la pareja, sino ahora de manera indirecta en un laboratorio con la intervención de médicos y especialistas que tienen el objetivo de superar las fallas fisiológicas existentes en alguno o ambos miembros de la pareja y lograr dar a luz una nueva vida. Estas nuevas aplicaciones de la ingeniería genética, que reciben el nombre de Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS) y como veremos más adelante son diversas, han conseguido debilitar el viejo principio “*mater semper certa est*”; Barroso Figueroa (1996) dice que este principio junto con la presunción *pater is...* ya han cumplido su función histórica y que es necesario reemplazarlos.

Dos aforismos de linaje romano han campeado con gran fortuna en la materia que nos ocupa: *mater semper certa est* (la madre es siempre cierta, conocida) y *pater is est quem justae nuptiae demostrant* (literalmente, «padre es quien las nupcias

demuestran», o más libremente, el padre es el marido de la madre). Los hechos biológicos y las presunciones correlativas en que se apoyan ambos principios permanecen como muestra eficiente de apreciaciones basadas en la inteligencia y la lógica. Pero han cumplido ya su función histórica y encontrado límites que no alcanzaron a superar, por lo que requieren de reemplazo o complemento. (pp. 23-24)

Entonces, ahora ya no es posible reconocer a la maternidad solo en razón del parto, sino que es preciso indagar más profundamente en ella debido a que estas nuevas técnicas la han disociado en diferentes tipos que el Derecho debe conocer para no cometer el error de otras disciplinas y fuentes mediáticas que se han quedado ancladas a un principio que en la práctica ya ha quedado muy superado. Veamos a continuación de qué tipos de madres podemos hablar dentro del Derecho moderno.

1.1. Determinación de Madre Completa

Hidalgo Bravo (2017) nos recuerda que, “en la derogada ley española sobre TERCAS, la Ley 35/1988, se referían a la madre completa como madre plena y a las otras modalidades que aquí describiremos como madres no plenas: En la primera ley del 1988, se estableció una distinción entre madre plena o no plena: la maternidad plena, declaraba, que es la madre que ha gestado el hijo con su propio óvulo y la no plena o parcial, es la mujer que aporta solo la gestación, llamada maternidad de gestación, o sus óvulos, maternidad genética” (p.14). En la madre completa se conjugan todas las modalidades jurídicas de madre que el Derecho actualmente admite y que son: la madre biológica, puesto que en efecto la madre completa ha aportado el óvulo que contiene la carga cromosómica y por tanto transmite su ADN y con ello todos los caracteres específicos de su herencia materna a sus hijos; al mismo tiempo la madre completa es también la madre gestante puesto que ha podido llevar en su vientre el cigoto (unión de ovulo y espermatozoide) que durante aproximadamente nueve meses se ha desarrollado hasta conformar una nueva vida y ha podido darlo a luz satisfactoriamente; asimismo ella es una madre legal puesto que el sistema jurídico le confiere todos los derechos que le corresponden a su maternidad como también se valida legalmente el nexo troncal con su hijo a través de la filiación.

1.2. Determinación de Madre Genética

Con la madre genética se empieza a disociar la maternidad puesto que se entiende que la madre genética solo aporta el óvulo para la fecundación, mas no puede gestar, en su vientre, al hijo por nacer puesto que alguna incapacidad fisiológica le impide mantener en su cuerpo el desarrollo del embrión; es por esto que la madre genética se ve obligada a subrogar su maternidad, es decir busca un “vientre de alquiler” que lleve a cabo el proceso gestacional de su óvulo fecundado. La madre genética, por tanto, es la que aporta los caracteres hereditarios (dentro del óvulo fecundado, al igual que el padre, a través del ADN) a su hijo, mientras que la mujer gestante no transmite ningún material genético al embrión al cual únicamente le da sus nutrientes y permite su desarrollo natural, en este sentido la mujer gestante no guarda ningún tipo de vínculo sanguíneo o genético con el niño que luego alumbrará y que el Derecho deberá atribuir legalmente a la madre genética. En tiempos pasados la mujer gestante podía ser calificada como madre en razón del parto; pero hoy en día debido al uso de las TERAS y la disociación de la maternidad ya no cabe aplicar la presunción “*mater semper certa est*” sino que corresponde dilucidar el vínculo genético entre madre e hijo mediante una prueba de ADN.

El aspecto genético se ha visto superado gracias a las nuevas tecnologías, “pues lo biológico se ha redefinido en torno al parentesco, a un convencional fundamento ideológico donde se debate la rebiologización como cauce para las relaciones filiales y de parentesco” (Imaz, 2016, p.39).

1.3. Determinación de Madre Jurídica

Es la calidad jurídica de madre que el sistema jurídico le asigna a una mujer en virtud de su *status*, con respecto a otra persona, por ejemplo, en el caso de la *madre completa* ya sabes que es una madre jurídica porque se presentan todas las condiciones físicas, genéticas y morales para serlo. Pero entonces ¿es posible que el sistema jurídico asigne la calidad de madre a una mujer que no sea la madre genética? Por supuesto que sí, y hay dos ejemplos muy claros de ello: en la adopción no hay ningún vínculo genético entre la mujer adoptante y el adoptado, sin embargo en virtud del cumplimiento de varios requisitos y la voluntad férrea de la adoptante el sistema legal le asigna la calidad de madre jurídica a la mujer y al

adoptado como su hijo, vínculo que queda establecido formalmente de manera irrevocable; otro caso plausible es el de la ovodonación en los casos de esterilidad en donde la mujer tiene un problema para producir óvulos o para que estos sean fecundados de manera natural y por tanto acepta la donación de óvulos el cual es fecundado artificialmente y luego trasplantado a su cuerpo para que se desarrolle el embrión, en este caso tampoco hay un vínculo genético establecido pero si el procedimiento ha sido regular y correcto, el sistema legal debería adjudicarle la condición de madre jurídica. Es cierto que, conforme veremos prontamente, la falta de una regulación precisa que contemple la ovodonación u otras variantes relacionadas con las TERAS hace que su práctica esté sujeta a debate e incertidumbre por parte de los operadores jurídicos; sin embargo, será nuestro deber no solo analizar esta oscura situación que no favorece el derecho de la mujer a la procreación sino proponer el camino que han de seguir los legisladores para admitir estas variantes que la ingeniería genética está poniendo en las manos de las mujeres que aun teniendo alguna dificultad fisiológica siguen anhelado ser madres.

2. Regulación Constitucional y Civil de la Maternidad Como Procreación

La maternidad es un fenómeno multidimensional que tiene alcances jurídicos que la convierten en objeto de estudio del Derecho, sin embargo, debemos tener en claro un asunto adicional: ¿la maternidad está protegida legalmente? En efecto así es, nuestra Constitución tiene algunos artículos que le asignan protección jurídica directa a la maternidad, por ejemplo, en el artículo 4 primer párrafo de la Carta vigente puede leerse que: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono” (Constitución Política de Perú, 1993, Artículo 4). Esta protección de la maternidad no tiene una mayor descripción, pero puede entenderse que incluye la actividad preparto, la gestación, y el periodo postparto, como dice Bernalles Ballesteros (1999), “este es un texto constitucional de contenido social muy singular, puesto que en la Constitución de 1993 no se encuentran varios derechos existentes, por ejemplo, en la Carta de 1979” (p.189).

La protección del niño, el adolescente, la madre; y, el anciano en situación de abandono es una norma clásica de protección de individuos por la sociedad. “Es uno de los pocos derechos de contenido social que se mantienen en la actual Constitución, de los varios que existían en las precedentes” (Bernalles Ballesteros, 1999, p. 186).

Por su parte, Rubio Correa (1999) explica que, este derecho de protección de la maternidad se refiere a su probable situación de abandono y que por ende allí el Estado debería cubrir algunas carencias básicas, entre ellas: la atención médica y alimentación durante la gestación, la atención médica en el parto, y la alimentación y atención médica a favor del niño durante la lactancia.

La protección a la madre en situación de abandono debe cubrir cuando menos los siguientes aspectos que de no poder ser brindados por la comunidad tendrán que ser aportados por el Estado tomando en consideración la décimo primera disposición transitoria de la Constitución: El derecho a atención médica y a alimentación durante la gestación, el derecho a tener atención profesional en el parto, el derecho a la atención médica y a alimentación durante la edad temprana del niño, particularmente en la época de la lactancia. (p. 39)

Por otro lado el primer párrafo del artículo 23 de la Constitución de 1993 se refiere a la protección de la mujer trabajadora en los siguientes términos: “El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan” (Constitución Política de Perú, 1993, Artículo 23), texto del cual se ha derivado diversa normativa de protección a las madres en el ámbito laboral, entre las que destaca la implementación de lactarios, donde se impone, por ejemplo, “la labor relativa a los períodos de descanso, la higiene ocupacional, o la implementación de lactarios”(Ley 29896, 2012, Artículo 1). Quizás la referencia más importante de la Constitución en lo pertinente a la maternidad en su sentido procreativo es el artículo 6, primer párrafo que señala:

Artículo 6.- 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. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. (Constitución Política del Perú, 1993, Artículo 6)

La Carta de 1993 ha constitucionalizado el derecho de las familias y las personas a decidir tanto respecto de su sexualidad como de su capacidad reproductiva, prerrogativa que forma parte de los derechos sexuales y reproductivos cuyo detalle desarrollaremos más adelante en

tanto que creemos que conforman el sustento jurídico-constitucional del derecho a ser madre. Volviendo a este texto nos damos cuenta que no solo invoca y defiende la libre elección de las personas en lo que respecta a la decisión de tener hijos, sino que declara también el derecho de las personas a recibir información sobre reproducción humana y planificación familiar y a acceder a los medios que sobre estos asuntos se puedan disponer; esta declaración es muy importante porque extiende al Estado una responsabilidad y un compromiso más activo tanto en la difusión de esa información especializada como el de permitir a los ciudadanos el acceso libre e igualitario tanto a los servicios de salud como a los recursos que ahora provee la tecnología científica y médica. Esta declaración, creemos, la ha hecho la Constitución en virtud de los acuerdos internacionales de los cuales el Perú es parte y que citaremos posteriormente, lo importante es que su texto está ahí, aunque por supuesto es un elemento de la problemática que ahora estudiamos saber si el Estado peruano está cumpliendo ese mandato. En cuanto a la procreación asistida o el uso de las TERAS sí resulta claro que no hay regulación constitucional expresa al respecto, constituye el derecho a decidir ya nombrado la única referencia cercana sobre este punto.

En este mismo sentido es de extrañar que el Código Civil que ya hace buen tiempo ha admitido la prueba de ADN como determinante de la paternidad, hasta el momento no haya incluido dentro de sus preceptos regulación alguna sobre las técnicas de reproducción asistida, situación incompatible con la realidad social y el tiempo en que nos encontramos. Empero, no debemos quedarnos en la crítica, sino que queremos rescatar algunos escasos artículos que creemos pueden servir para formular posteriormente nuestra defensa acerca de los caracteres prácticos del derecho a ser madre, que están avalados por nuestra sistemática civil. Nos referimos a los artículos 6 y 7 del Código Civil, los cuales se refieren a los actos de disposición del propio cuerpo y a la donación de órganos y tejidos, dictando que “los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios. Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia” (Código Civil, 1984, Artículo 6). Por su parte, el artículo 7 restringe los actos de donación, prescribiendo que “La donación de partes del cuerpo o de órganos o tejidos que no se regeneran no debe perjudicar gravemente la salud

o reducir sensiblemente el tiempo de vida del donante. Tal disposición está sujeta a consentimiento expreso y escrito del donante” (Código Civil, 1984, Art. 7).

En el primer caso dice el Código que los actos de disposición del propio cuerpo (dentro de los que cabe incluir no solo a los trasplantes) están prohibidos cuando menoscaben de manera permanente la integridad física de una persona o cuando sean contrarios al orden público y las buenas costumbres; por el contrario, insiste dicho texto, que cuanto la disposición del cuerpo se haga por cuestiones de necesidad, orden médica o acción humanitaria será considerada como válida. Precisamente nosotros creemos que el *derecho a ser madre* y el recurrir a las TERAS reúne estas condiciones que el Código Civil ha señalado: el *estado de necesidad* puesto que debe operar solo sobre mujeres infértiles (y no por cuestiones de estética personal), la *orden médica*, ya que la condición disfuncional de la mujer estéril debe estar certificada clínicamente, y también la *acción humanitaria* puesto que, como diremos en su momento, debemos evitar en todo momento la finalidad lucrativa en estas prácticas y propender a acciones altruistas. En cuanto al segundo caso, el Código Civil contempla dentro de su artículo 7, “la donación de partes del cuerpo, órganos o tejidos” (Código Civil, 1984, Art. 7), dentro de ellos hay que considerar también a los óvulos y espermatozoides que son las células sexuales (también llamadas células germinativas) que permite la reproducción humana y la formación de nueva vida. Estas células especiales son, como sabemos, objeto de donación en la práctica social puesto que se cumple con lo establecido en este artículo respecto a que su entrega no perjudica en absoluto la salud o la integridad del donante. Por tanto, si podemos donar óvulos y espermatozoides, debemos también poder usarlos dentro de procedimientos de procreación asistida en donde estos elementos se conjugan, siguiendo protocolos médicos previamente establecidos, para hacer realidad los sueños de una mujer en querer ser madre. Estos esfuerzos interpretativos quedarían de lado si contáramos con una legislación precisa sobre el uso de las TERAS en el Perú, pero conforme va siendo evidente en lo que va de nuestro estudio dicha regulación no está presente.

Este aspecto es de suma trascendencia pues, al ser el ser humano el fin supremo del Estado, “se debe tomar en cuenta los avances científicos que puedan injerir en su desarrollo, tal y como lo es la modificación del ciclo natural de la vida al dar a parejas la oportunidad de procrear; debiendo ampararse dichas posibilidades bajo reglas jurídicas predeterminadas”

(Álvarez, 2019, p.153).

3. Los Derechos Sexuales y Reproductivos de la Mujer

Con el nuevo auge de las perspectivas de género, “se han dado paso a una nueva generación de derechos humanos, vinculados con la calidad y autonomía que deben regir una vida digna, este conjunto de derechos fundamentales que tienen vinculación con la determinación sexual se han denominado en doctrina como derechos sexuales y reproductivos” (Meléndez, 2016, p.250).

Nuestra afirmación de que existe un derecho a ser madre y que este debe ser respetado y protegido tiene como base fundamental en la existencia de derechos sexuales y reproductivos que toda persona posee y que en nuestro país se afirman constitucionalmente en el derecho a la salud y en otras leyes como la Ley 28983, Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres, en cuyo artículo 6 acápite i) se señala que es un lineamiento del Poder Ejecutivo, gobiernos regionales y gobiernos locales el de “garantizar el derecho a la salud en cuanto a la disponibilidad, calidad, aceptabilidad y accesibilidad a los servicios, con especial énfasis en la vigencia de los derechos sexuales y reproductivos, la prevención del embarazo adolescente, y en particular el derecho a la maternidad segura” (Ley 29896, 2012, Artículo 6). Por derechos sexuales entendemos a los derechos que están relacionados con el libre desenvolvimiento de nuestra sexualidad, en condiciones de igualdad, sin discriminación ni violencia de por medio; por tanto, en ejercicio de los derechos sexuales una persona puede defender y exigir respeto hacia su cuerpo, su orientación de género, la libre elección de su pareja, entre otros. En cuanto a los derechos reproductivos allí se encuentran reunidos los derechos relacionados con la libre elección sobre tener hijos o no, decidir cuantos hijos tener, la periodificación entre ellos, y también los derechos a obtener información veraz y transparente sobre métodos de planificación y técnicas de reproducción asistida, así como el acceso a los servicios de salud en las etapas preparto y postparto. No existe una clasificación oficial de cuáles son los derechos sexuales y reproductivos, pero se incluyen dentro de ellos a los siguientes:

Derechos sexuales:

- Derecho a fortalecer la autonomía y la autoestima en el ejercicio de la sexualidad.

- Derecho a explorar y a disfrutar de una vida sexual placentera.
- Derecho a elegir las parejas sexuales.
- Derecho a vivir la sexualidad sin ningún tipo de violencia.
- Derecho a tener relaciones sexuales consensuadas.
- Derecho a decidir libre y autónomamente cuando y con quién se inicia la vida sexual.
- Derecho a decidir sobre la unión con otras personas.
- Derecho a vivir y expresar libremente la orientación sexual e identidad de género.
- Derecho a la protección y prevención de infecciones de transmisión sexual o embarazos no deseados.
- Derecho a recibir información y al acceso a servicios de salud de calidad sobre todas las dimensiones de la sexualidad, sin ningún tipo de discriminación.

Derechos reproductivos:

- Derecho a tomar decisiones sobre la reproducción sin sufrir discriminación, coerción, ni violencia.
- Derecho a decidir libremente si se desea o no tener hijas o hijos.
- Derecho a decidir sobre el número de hijas o hijos que se desean y el espacio de tiempo entre un embarazo y otro.
- Derecho a decidir sobre el tipo de familia que se quiere formar.
- Derecho a ejercer la maternidad con un trato equitativo en la familia, espacios de educación y trabajo.
- Derecho a una educación integral para la sexualidad a lo largo de la vida.
- Derecho a acceder a métodos de anticoncepción modernos, incluida la anticoncepción de emergencia.

- Derecho al acceso a los servicios integrales de salud y atención médica para garantizar la maternidad segura.
- Derecho a acceder a los beneficios de los avances científicos en la salud sexual y reproductiva.

Dentro de la gran cantidad de derechos sexuales tenemos el derecho a la maternidad; “presentado en un sistema heteronormativo como aquella profesión femenina por excelencia y eje central de la feminidad. Entre estas manifestaciones tenemos al hecho biológico de poder tener hijos” (Pérez de la Merced, 2018, p.39).

Si bien este listado no es exhaustivo sirve para identificar y contextualizar los derechos sexuales y reproductivos dentro de un escenario amplio de protección, información y libre decisión de las mujeres (y los hombres) en el ámbito del ejercicio de su salud sexual y su capacidad reproductora. Varios de estos derechos (si no todos) se derivan de algunos documentos internacionales como la Convención Sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979, y en cuyos artículos se da fundamento jurídico a los derechos mencionados, entre ellos por ejemplo el derecho a la igualdad, mismo que prescribe que, “es deber del Estado encaminar una política nacional dirigida a consagrar la igual protección del hombre y la mujer, adoptar las medidas legislativas pertinentes, entre otros” (Convención Sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, 1979, Artículo 2). Así también, se ejemplifica la necesidad de que los Estados tomen medidas destinadas a garantizar esa igualdad, “precisando aquellas de carácter legislativo, para solventar el goce de los derechos humanos, el derecho a la información sobre planificación familiar, la protección de la función reproductiva y, de manera muy clara e importante, el derecho a que las legislaciones se revisen, deroguen o amplíen a fin que se asimilen las innovaciones científicas y tecnológicas en las materias de sexualidad y reproducción, también se incluye dentro de esta Convención el derecho al acceso igualitario de servicios de salud en el período de embarazo y parto, el derecho a decidir el número de hijos y el intervalo entre ellos” (Convención Sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, 1979, Artículos 3 al 16). De aquí deriva la importancia que tienen los derechos sexuales y reproductivos al punto que se les vincula directamente con varios de los ya consolidados Derechos Humanos, de hecho la Federación Internacional de Planificación Familiar (IPPF,

por sus siglas en inglés) dictó en 1995 una Carta de Derechos Sexuales y Reproductivos en donde enlaza cada uno de estos derechos con varios derechos humanos ya reconocidos, en el siguiente cuadro, elaborado por Maoño y Vasquez (2000) basados en dicho documento puede verse tal correspondencia:

Tabla 1

Vinculación entre Derechos Humanos Consolidados y Derechos Relacionados con la Salud Sexual

CARTA DE DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS (IPPF)	
DERECHOS HUMANOS	DERECHOS RELACIONADOS
CON LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA	
Derecho a la vida	Protección de las mujeres cuyas vidas están en peligro debido al embarazo.
Derecho a la libertad	Protección a las mujeres que corren riesgo de mutilación genital, acoso sexual, embarazos forzados, esterilización o aborto impuesto.
Derecho a la igualdad y a estar libre de toda forma de discriminación	Acceso en igualdad de condiciones a la educación y los servicios relativos a la salud sexual y reproductiva. Protección contra todas las formas de violencia causadas por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, o cualquier otro estatus.
Derecho a la privacidad	Protección al carácter privado y confidencial de los servicios de información relativos a la atención de la salud sexual y de la reproducción. Respeto a la elección autónoma de las mujeres con respecto a la procreación.
Derecho a la libertad de	Respeto a la libertad de pensamiento de las personas en lo tocante a su vida sexual y reproductiva. Derecho a estar libres de la interpretación

pensamiento	restrictiva de textos religiosos, creencias, filosofías y costumbres como instrumentos para limitar la libertad de pensamiento en materia de salud sexual y reproductiva.
Derecho a la información y la educación	Derecho a la información correcta, no sexista y libre de estereotipos en materia de sexualidad y reproducción. Derecho a la información sobre beneficios, riesgos y efectividad de los métodos de regulación de la fertilidad
Derecho a optar por contraer matrimonio o no, y a formar y planificar una familia	Protección contra los matrimonios sin consentimiento pleno, libre e informado. Derecho a la atención de la salud reproductiva de las personas infértiles o cuya fertilidad está amenazada por enfermedades de transmisión sexual.
Derecho a decidir tener hijos o no tenerlos, y cuándo tenerlos	Derecho de las mujeres a la protección de la salud reproductiva, la maternidad y el aborto seguros. Derecho de las personas a acceder a la gama más amplia posible de métodos seguros, efectivos y accesibles para la regulación de la fertilidad.
Derecho a la atención y a la protección de la salud	Derecho a servicios completos de atención a la salud sexual y reproductiva. Protección de las niñas y las mujeres contra las prácticas tradicionales perjudiciales para la salud.
Derecho a los beneficios del progreso científico	Acceso a la tecnología de atención a la salud reproductiva disponible, incluida la relacionada con la infertilidad, anticoncepción y aborto.
Derecho a la libertad de reunión y a la participación política	Derecho a reunirse, asociarse y tratar de influir en los gobiernos para que otorguen prioridad a la salud y derechos de la sexualidad y reproducción.
Derecho a no ser sometido/a a torturas y maltrato	Protección a las personas contra cualquier tratamiento degradante y violencia en relación con su sexualidad y reproducción, especialmente en tiempos de conflicto armado.

Nota: La presente tabla muestra la relación entre los derechos humanos consolidados y los

derechos relacionados con la salud sexual. Tomado de Derechos Sexuales y Reproductivos. En: Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo, por Maoño y Vasquez, 2000, Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional.

De este modo resulta incontestable que en efecto los derechos sexuales y reproductivos se afincan en la moderna teoría de los Derechos Humanos y por tanto no debieran ser vulnerados o menoscabados por ninguna autoridad pública, institución o persona particular. Ahora tenemos más claro cómo *el derecho a ser madre* alcanza un mayor contenido jurídico porque se afinca en estos derechos que correlativamente son: el derecho a decidir sobre su propio cuerpo, el derecho a la procreación, el derecho a tener acceso a los servicios de salud, el derecho a ser informada y a gozar de los beneficios de las innovaciones científicas y tecnológicas, el derecho a la igualdad y la no discriminación, etc. La principal dificultad que existe sobre este nuevo derecho es que sus críticos entienden equivocadamente que al señalar un “derecho a ser madre” estamos exigiéndole al Estado “un hijo”, esta confusión malintencionada no distingue el hecho de que, si bien creemos que este derecho tiene, como acabamos de fundamentar, base constitucional, no es un derecho exigible de manera directa, sino que es un derecho programático. Los derechos programáticos son también derechos constitucionales pero cuya realización requiere la intervención del Estado a través de políticas especiales que permitan su accesibilidad y satisfacción por todos los ciudadanos; no se trata, ya lo sabemos, de exigir un trabajo, agua, o salud, sino de exigir al Estado políticas públicas que faciliten y logren que, en este ejemplo, el derecho al trabajo, el derecho al agua, o el derecho a la salud esté al alcance de todos los ciudadanos. Quijano Caballero (2016) señala justamente sobre este punto que un derecho programático implica un *deber-hacer del Estado*:

(...) Un derecho programático es un derecho de los ciudadanos que constituye un deber de hacer por parte del Estado, un mandato de optimización, una obligación de conferirlo en la medida de sus posibilidades, maximizando sus escasos recursos; en otras palabras, se trataría de disposiciones de carácter organizativo del Estado, instrucciones para la construcción de políticas públicas, el compromiso de crear condiciones favorables.” (p. 2016)

El asunto es claro, las mujeres no le piden al Estado un hijo, este es un simplismo que ofende y que es expresado por los críticos de este nuevo derecho: el derecho a ser madre; de lo que

se trata más bien es de exigir al Estado la expedición de políticas públicas destinadas a facilitar y hacer accesible las técnicas de reproducción asistida, sobre todo a las mujeres que como veremos a continuación tienen medianos o graves problemas de fertilidad y sin cuyas técnicas no podrían tener hijos, lo cual sin esa participación permisiva de la autoridad estatal se estaría vaciando de contenido este derecho de raíz constitucional e incumpliendo lo establecido en la *Convención Sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer* que ya había adelantado hace décadas que debería existir una legislación protectora que permita los avances tecnológicos en materia de salud y reproducción a favor de las mujeres.

Para delimitar, “los diversos mecanismos de explicación denotan los avances de los procesos de politización para el establecimiento de los derechos sexuales, los cuales son frutos de una revisión teórica y analítica que revisten nuevos retos en los cambios sociales adoptados por los Estados” (Argüello, 2019, p.1).

4. Problemática Jurídica y Social de la Mujer Infértil y sus Implicancias con la Subrogación de la Maternidad

La maternidad ligada a la corporeidad femenina, pero constituyendo un fenómeno multidimensional (cultural, social, psicoafectivo, etc.) es un acto maravilloso por el cual una mujer da a luz una nueva vida humana nueve meses después de un acto de amor que le unió a su pareja. Marrades Puig (2002) se pregunta si el deseo de ser madre es puramente biológico o cultural, su respuesta es como sigue:

¿De dónde emana, pues, el deseo de ser madre?, ¿es un deseo natural? Everingham reconoce que el instinto maternal existe, pero que la función maternal es esencialmente social, que sitúa a la madre en una cultura materna que respalda e influye sobre sus propios juicios. Según Ferro, lo que marca la naturaleza es el deseo. Pero la orientación de ese deseo la marca la cultura, que será la que imponga su ley y de acuerdo a ésta se signifique el deseo. La autora distingue entre el deseo prematernal, actitud relacionada con el deseo de tener hijos, y uno posmaternal, que es aquél que sigue a la concepción y tiene su mayor expresión después de que el niño ha nacido. Es la diferencia entre estar embarazada y ser madre. En la conducta posmaternal, se producen los cambios glandulares y hormonales, pero ello no

explicaría el deseo prematernal ni la relación madre-hijo en la adopción. La cultura toma un impulso, el sexual, y lo transforma en otro, el maternal. No espera a que aparezca la maternidad biológica. Supone que existe previamente a la biología, y así se crea el mito de que toda mujer no sólo es madre en potencia, sino que es madre en deseo y necesidad. (p. 24)

Pese a que el concepto de maternidad está sujeto doctrinalmente al paso del tiempo podemos asegurar sin temor a equivocarnos que el amor de las madres hacia sus hijos hoy en día es tan fuerte, duradero y especial como en cualquiera de nuestras antepasadas históricas. La historia y los medios de comunicación brindan todo el tiempo historias de coraje, esfuerzo, amor infinito e incluso sacrificio de madres en favor de sus hijos que avalan nuestra afirmación. Por supuesto que esta es una generalización, aunque no por ello deja de ser verdadera; ya sabemos que deben existir madres cuyo afecto materno-filial no es adecuado ni responsable ni excelso, como también existen algunas mujeres que no quieren tener hijos y por tanto no desean saber nada de la maternidad. Pero lo que nos interesa a nosotros es la maternidad y por ello nos preguntamos ¿desde cuándo se es madre? Algunos dirán que se empieza a ser madre desde el momento del alumbramiento, otros que se es madre desde la fecundación, que desde allí empiezan a crecer los vínculos afectivos entre madre e hijo; otros, más idealistas, dirán que aún antes desde la concepción, desde que la mujer experimenta el anhelo por un hijo, ya empieza a ser madre por el vínculo emocional que tiene formado con su futuro hijo. Lo cierto es que el instante en que la madre empieza a sentir ese nexo con su anhelado hijo solo puede descifrarlo claramente cada mujer, lo que nosotros podemos conocer es la evidencia de que se trata de un vínculo poderoso que desde que se inicia permanece por siempre. Pero ¿qué sucede con las mujeres que desean tener hijos y no pueden tenerlos por algún problema físico? Pues claramente esto constituirá una frustración duradera y dolorosa para la mujer infértil tanto en su fuero interno como también en su entorno social puesto que en la comunidad existen comentarios estigmatizantes acerca de las mujeres que no pueden tener hijos. En un ensayo científico, Carreño Melendez et al. (2008) describen algunos síntomas que pueden atravesar las mujeres con problemas de esterilidad, lo que se ha encontrado al respecto es muy gráfico:

Por la multitud de manifestaciones clínicas a lo largo del diagnóstico, tratamiento y pronóstico de esterilidad junto con las vicisitudes de las distintas fases se impacta la

vida emocional (expresado mediante reacciones de tipo depresivo, ansioso, baja autoestima, bajo autoconcepto, deficientes relaciones de pareja y de la vida sexual, aislamiento, conflictos con la familia de origen y política, entre otros), el cúmulo de reacciones tiene una clara definición clínica como entidad de trastorno mental o psicopatológico. (p. 292)

Si bien hay evidentes secuelas psíquicas ante el problema físico de no poder tener hijos, los autores del estudio citado afirman que alguno de estos efectos es temporal y que van a afectar de manera diferente a cada mujer, aspecto que es totalmente cierto. Ahora bien, la infertilidad no solo es grave para las mujeres que lo padecen, sino que cuantitativamente estamos hablando de un problema de salud pública puesto que el número de mujeres y hombres que la padecen no es menor; la Organización Mundial de la Salud, al aportar un concepto oficial de infertilidad, nos dice que los niveles de infertilidad humana pueden alcanzar al 20 % de la población mundial:

Infertilidad es la incapacidad para lograr un embarazo después de un año o más de relaciones sexuales sin el uso de anticonceptivos, o seis meses si la mujer es mayor de 35 años. Asimismo, es la incapacidad para llevar un embarazo a término, es decir, conseguir el nacimiento de un ser con vida.

La prevalencia de la infertilidad a nivel mundial va en aumento; de 10 a 20 % de la población padece este problema; se dice que por lo menos una de cada siete personas tiene problemas para embarazarse. (Tame Ayub, 2016, p. 11)

Otro aspecto interesante que se deriva de esta definición consiste en que señala claramente que la infertilidad no solo consiste en la incapacidad para lograr la fecundación (sea por problemas con los óvulos o espermatozoides) sino que también reside en la incapacidad de la mujer de llevar a cabo el proceso gestacional, esto quiere decir que la mujer puede tener óvulos sanos pero no puede hacer desarrollar el embrión en su vientre o también que puede llegar a embarazarse pero el desarrollo gestacional no produce un hijo sino que produce una mola, es decir una masa fetal sin posibilidades de vida. La *mola* o, también, los abortos sucesivos serían propios de una “pérdida gestacional recurrente” si seguimos la clasificación de los tipos de esterilidad elaborada por Arango de Montis (2008):

Existen varios tipos de infertilidad, a continuación, se listan los más importantes:

- a) Infertilidad primaria. Se considera este tipo de infertilidad cuando la pareja nunca ha logrado un embarazo después de haber practicado el coito vaginal durante un año, por lo menos 2 o 3 veces por semana y sin protección anticonceptiva.
- b) Infertilidad secundaria. Es cuando la pareja que ha podido embarazarse en el pasado no logra después un nuevo embarazo, tras haber practicado el coito vaginal durante un año, por lo menos 2 o 3 veces por semana y sin protección anticonceptiva.
- c) Pérdida gestacional recurrente. Cuando una pareja tiene la capacidad de lograr el embarazo, pero la incapacidad de lograr hijos viables. (p. 253)

Otras clasificaciones hablan de una infertilidad femenina, otra masculina, y otra mixta, es decir de ambos miembros de la pareja; no obstante, sea la clasificación que sea, lo cierto es que cada uno de sus tipos está subdividido en otras tantas causas de esterilidad más específicas, complejas y, a veces, de difícil determinación; así lo admite Llaguno Concha (2015) quien al hablar de los motivos físicos y psicológicos de la infertilidad femenina seguidamente admite que: “Las causas de infertilidad en una mujer pueden ser muchas: cervicovaginales, uterinas, endometriales, peritoneales, tubáricas, endocrinas, psicosexuales, inmunológicas. Desde el punto de vista de su factor causal se pueden valorar alteraciones orgánicas del aparato reproductor, trastornos de la ovulación, alteraciones de la interacción moco-semen o dismucorrea, la existencia de una infertilidad psicógena, emocional o de estrés, aunque a veces hay causas no demostrables”. Con todo se trata de un problema grave que afecta a un número considerable de mujeres a la que es preciso asistir con las herramientas que la ciencia y la tecnología médica brindan para superar esas dificultades orgánicas y puedan cumplir el anhelo de tener un hijo, esto dentro del cumplimiento de ciertos requisitos por supuesto. Si existen otras minusvalías y discapacidades que son asistidas por la ciencia a través de operaciones quirúrgicas con láser, prótesis de titanio, trasplantes de órganos, uso de células madre, etc. que les ayudan a los pacientes a superar o moderar sus dificultades: ¿por qué no se le quiere ayudar a las mujeres a que superen dichos trastornos mediante el uso de las TERAS? Nosotros creemos firmemente que el Derecho puede señalar el camino para lograr ese propósito y que los beneficios de la ciencia médica lleguen a todos sin exclusiones.

En síntesis, el problema ligado a la infertilidad da como respuesta a la denominada “maternidad subrogada o el denominado alquiler de útero. Este mecanismo consiste en un acuerdo previo donde la mujer se vincula llevar a cabo un proceso de embarazo hasta su culminación, entregar al bebe ante el promitente, renunciado cualquier atribución que el derecho le haya concedido como madre” (Rupay, 2018, p.105).

5. Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TERAS)

Hablábamos previamente de la mujer estéril y del dolor emocional que le produce su incapacidad física para tener hijos, se trata en efecto de una situación indeseada y triste por la que atraviesa una buena cantidad de mujeres (y hombres). ¿Por qué la Ciencia Jurídica ha de ocuparse de las mujeres infértiles? pues sencillamente porque este grupo humano tiene derechos y libertades que el Derecho debe salvaguardar, como lo hace de hecho con otras minorías, como: la infancia desamparada, los ancianos en abandono, las personas con discapacidad, los enfermos, etc. y, en general, con todos los ciudadanos. Pero así como el enfermo de cáncer puede usar sofisticadas máquinas de quimioterapia para revertir su mal, y una persona con discapacidad visual deposita sus esperanzas en la cirugía con láser y lentes intraoculares, y una persona amputada puede lograr su viabilidad motora a través de prótesis especiales, y un enfermo artrítico puede recuperarse a través del tratamiento con sus propias células madre, así también una mujer estéril puede recurrir a diversos tratamientos médicos para lograr combatir el difícil trance de no poder tener hijos. Estos tratamientos son llamados Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS) puesto que lo que hacen es evitar el cruzamiento sexual natural entre hombre y mujer puesto que este no ha logrado producir la fecundación y llevar este proceso (en todo o en parte) en un laboratorio con la asistencia de médicos y especialistas para lograr con ello la fecundación y formación del cigoto y hacer el correcto seguimiento para que este proceso pueda concluir con el nacimiento de un nuevo ser humano. La Sociedad Española de Fertilidad (2011) define más técnicamente a las TERAS como el *“conjunto amplio de procedimientos caracterizados por la actuación directa sobre los gametos (ovocitos y/o espermatozoides) con el fin de favorecer la fecundación y la transferencia o depósito de embriones en la cavidad uterina.”* (p. 33). Se trata efectivamente de un abanico amplio de procedimientos que se agrupan en muy diferentes clasificaciones que atienden diversas características. Una de las clasificaciones más sencillas es la de Garzón Jiménez (2007) que al respecto señala:

Por reproducción asistida entendemos al conjunto de métodos médico-quirúrgicos cuyo objeto es lograr la fecundación de un ser humano de manera diferente a las condiciones naturalmente establecidas. Actualmente existen muchos y muy variados métodos de reproducción asistida, que a continuación enunciamos; cabe aclarar que esta clasificación, en cierto modo, es limitativa, pues deberá modificarse conforme la ciencia descubra otros planteamientos técnicos.

- 1) Inseminación artificial. Esta técnica se subdivide, a su vez, en homóloga (que puede ser intervivos o post mortem) y en heteróloga (que puede ser remedio o de la mujer sola).
- 2) Fecundación in vitro.
- 3) Maternidad subrogada.
- 4) Reproducción asexual (donde se ubica la clonación). (pp. 97-98)

Si bien el texto citado se había anticipado a señalar que podía resultar limitada respecto a las nuevas modalidades de reproducción asistida tal parece que esa es una limitación del autor ya que si bien su ensayo sobrepasa apenas una década ya existían unas técnicas muy importantes que no han sido señaladas, como la microinyección espermática y la transferencia intratubárica de gametos. Por otra parte, es de destacar que incluya a la inseminación post mortem como una modalidad de la inseminación artificial, tema que ha suscitado también numerosos debates al respecto. Ahora, retomando el punto que ahora nos interesa debemos compendiar y explicar cómo se utilizan las diferentes Técnicas de Reproducción Asistida, entre las cuales tenemos:

5.1. *Inseminación Artificial (IA)*

Es la más antigua de las Técnicas de Reproducción Asistida y consiste en la obtención de una muestra de semen que luego es introducido cuidadosamente en la cavidad vaginal y depositado en el útero de la mujer para que la fecundación se lleve a cabo en las trompas de Falopio. Taboada (1986) nos ilustra diciendo que:

La inseminación artificial es un proceso sencillo que consiste en depositar semen fresco o congelado en el fondo de la vagina de una mujer fértil (cuando está

ovulando). Puede ser homóloga (con semen de la pareja) o heteróloga (con semen de donante). (...). (p. 33)

Una mujer interesada en una inseminación artificial debe conocer el momento de la ovulación para lo que, durante meses, debe controlar su temperatura basal. Al mismo tiempo, tiene que recurrir a alguna fuente de esperma que puede ser su pareja, algún conocido que desee donarlo, o acudir a una consulta para conseguir esperma congelado de donante. (p. 33)

Esta inseminación artificial se puede dividir a su vez en:

5.1.1. Inseminación Artificial Conyugal (IAC).

Llamada también inseminación artificial homóloga, en donde el material seminal es aportado por la propia pareja de la mujer a ser fecundada.

5.1.2. Inseminación Artificial de Donante (IAD)

Denominada también como inseminación artificial heteróloga, y se presenta cuando el semen es aportado por un donante anónimo.

5.2. Fecundación In Vitro (FIV)

En la fecundación in vitro se somete a la mujer a un proceso de estimulación ovárica (a través de vitaminas y hormonas) y se extraen los óvulos de sus ovarios para ser fecundados por los espermatozoides dentro de un matraz o contenedor en el laboratorio y luego de lograda esta fecundación (por el contacto de forma natural) los embriones son transferidos al útero de la mujer para que lleve a cabo, si es que hay éxito, el embarazo y luego el parto.

La fecundación in vitro sigue arrastrando reservas por parte de un gran sector de la población pues, consiste en la manipulación del embrión humano; entendido como una realidad biológica que representa el inicio de la vida humana con una carga genética irrepetible (Galiano et al., 2019, pp.31-32).

Uno de los principales inconvenientes que siguen apareciendo respecto a la fecundación in vitro es su naturaleza jurídica; en este orden de ideas, “la provisión del biomaterial no puede

enmarcarse como trabajo, pues se enmarcan como res nullius, sin embargo, se da una compensación al donante por las incomodidades del procedimiento en suma con la escisión posterior” (Rivas et al., 2019, p.633).

En este caso, la unión del óvulo y el espermatozoide para formar un embrión humano se realiza fuera del cuerpo de la mujer, en un recipiente donde se les ha unido después de la extracción de óvulos de la mujer y de los espermatozoides del hombre.

Una vez producida la fusión el o los embriones se mantienen unas horas y a veces unos días en un caldo de cultivo hasta que comienza la división celular y uno o varios de ellos se transfieren al cuerpo de la mujer. Una vez allí, el embrión (ones) puede implantarse o no (en un gran porcentaje de casos no se implanta, o si se implanta no se mantiene). Si lo consigue y no se produce un aborto o un embarazo ectópico, unos meses después (los niños nacidos por FIV suelen ser prematuros) se produce el nacimiento de un hijo/a de la ciencia. Esto, sin embargo, ocurre muy pocas veces, aunque existan varios miles de mujeres que lo hayan intentado o lo estén intentando. (Taboada, 1986, p. 41)

Esta FIV puede asumir distintas modalidades de acuerdo con la persona que aporta o dona las células reproductivas necesarias para la fertilización, entre estas tenemos:

5.2.1. Fecundación In Vitro Con Óvulos de Mujer y Semen de la Pareja.

En la que la FIV se realiza con el aporte de las células reproductivas (óvulos y espermatozoides) de ambos miembros de la pareja.

5.2.2. Fecundación In Vitro Con Óvulos de la Mujer y Semen de Donante Anónimo.

Aquí la FIV se lleva a cabo con el aporte de las células sexuales de la mujer (óvulos) pero que es fecundado con material seminal proveniente de un donante anónimo.

5.2.3. Fecundación In Vitro Con Óvulos de Donante y Semen de la Pareja.

Esta FIV se realiza con los óvulos de una mujer donante y con el semen de la pareja masculina.

5.2.4. Fecundación In Vitro Con Óvulos de Donante y Semen de Donante.

En este caso la fecundación se logra con el aporte de ambas células reproductoras provenientes de donantes anónimos.

Un punto sumamente importante para este tipo de FIV es la baja tasa de éxito que tiene, aunque se hayan logrado hitos en la fecundación in vitro, “la eficiencia general depende enteramente de la selección de embriones; por lo que, en términos generales, la probabilidad de una gestación exitosa es muy baja” (Cívico et al., 2022, p.1).

5.3. *Microinyección Espermática (ICSI)*

La microinyección espermática (ICSI, por su abreviación en inglés de la expresión IntraCytoplasmic Sperm Injection) es también una modalidad de reproducción asistida en donde el óvulo se coloca en una placa de cultivo, pero no es fecundada de manera natural por el material seminal, sino que artificialmente y de manera selectiva se le inyecta con una microaguja un espermatozoide al óvulo de modo tal que así se garantiza la fecundación.

El ICSI surge entonces como una alternativa al factor masculino grave, en la que los resultados de la fecundación no se van a ver influidos por el número de espermatozoides, ni por su movilidad, ni por su morfología, ya que la técnica consiste en introducir un solo espermatozoide en un óvulo por medio de micromanipuladores guiados por microscopía óptica. (Ruiz Balda, 1998, p. 57)

Esta es una técnica que se utiliza cuando uno o ambos miembros de la pareja tienen una baja producción espermática u ovulatoria.

5.4. *Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG)*

En esta técnica se utiliza previamente la estimulación ovárica para poder obtener óvulos de la mujer los que, luego de extraídos, son colocados en un catéter junto con el semen masculino, este material luego es depositado mediante un procedimiento laparoscópico en las trompas de Falopio para buscar que la fecundación se realice de manera natural.

5.5. *Transferencia Intratubárica de Cigotos (TIC)*

Similar a la técnica anterior, la diferencia consiste en que recogidos los óvulos y espermatozoides se logra su fecundación en el laboratorio y la célula resultante (cigoto) es trasplantado por vía laparoscópica a las trompas de Falopio desde donde se espera que el cigoto termine anidando en las paredes del útero. En la TIG y la TIC se entiende que hay cirugía y, por ende, hablamos de un procedimiento más invasivo y delicado en el cuerpo de la mujer y también más costoso.

5.6. *Subrogación de la Maternidad*

Hemos hablado de la estimulación ovárica varias veces aunque no es propiamente una técnica de reproducción asistida pero sí constituye el primer paso para todas las modalidades antes descritas; del mismo modo otro paso importante que puede darse en el uso de las TERAS es la subrogación de la maternidad, esto significa que sea que se trate de inseminación artificial, o de fecundación in vitro, de microinyección espermática o de transferencia intratubárica de gametos o de cigotos, usamos el cuerpo de una mujer ajena a la pareja para que lleve a cabo la gestación y nacimiento de la nueva vida, por eso a la subrogación de la maternidad se le llama también: gestación por sustitución, alquiler de útero, embarazo delegado, o sencillamente “vientre de alquiler”.

La práctica se suele vincular con las técnicas de reproducción humana, “aunque su verdadera naturaleza escapa de los márgenes de la medicina pues, constituye un supuesto de voluntariedad para generar supresión y atribución de la filiación materna, estado que supone un elemento esencial en el derecho a la identidad” (Ales, 2020, p.1).

Esta modalidad no se usa por capricho (o vanidad) de la mujer interesada en tener un hijo, sino que previamente se ha determinado que su cuerpo tiene algún problema para llevar a cabo todo el proceso gestacional o aun pudiendo llevar a cabo con dificultad la gestación se ha comprobado que en el momento del alumbramiento los hijos nacen muertos, a lo que se llama pérdida gestacional recurrente como habíamos visto anteriormente. Este problema se supera entonces acudiendo a una tercera persona, una mujer, para que en ella se inocule a través de las distintas TERAS mencionadas los gametos o cigoto y ella lleve el embarazo y parto del nuevo ser; lo interesante de esta modalidad es que entre la mujer que lleva este parto subrogado y el niño en su vientre no hay ningún tipo de transmisión genética, por ende,

los caracteres hereditarios se mantienen entre los que aportan el óvulo y los espermatozoides y el hijo. Aun así, es cierto que subsiste la polémica acerca de la viabilidad legal y ética de este procedimiento de subrogación de la maternidad, aunque el debate se enlaza a la propia existencia de las TERAS, tal y como lo ha puesto de manifiesto Olaya Godoy (2014):

Durante la década de los ochenta de la pasada centuria, los avances en medicina reproductiva posibilitaron la extracción de los gametos femeninos y su fecundación extracorpórea y permitieron a los médicos experimentar con la transferencia de embriones humanos al útero de mujeres diferentes de las que aportaban los óvulos para su constitución. Pudo comprobarse que las gestantes no mostraban rechazo alguno a la recepción de embriones ajenos, y daban a luz con normalidad. (p. 294)

La recepción de gametos femeninos exógenos está clínicamente indicada para aquellas mujeres que desean ser madres, pero carecen de ovarios. de óvulos fecundables, o son susceptibles de transmitir una enfermedad grave al embrión. Por su parte, la subrogación uterina permite alcanzar la maternidad a aquellas mujeres que produciendo óvulos fecundables carecen de capacidad gestativa por ausencia o disfunción uterina. Aunque las indicaciones médicas son distintas en cada uno de los casos, ambos supuestos requieren la misma operación clínica: extracción de óvulos, fecundación extracorpórea, e implantación del embrión en el útero de otra mujer. Sin embargo, los ordenamientos jurídicos han valorado ambos fenómenos de forma divergente. Así, una parte de los ordenamientos occidentales admite sin reservas la donación de óvulos (y embriones) y reprueba, incluso penalmente, la subrogación uterina. (p. 294)

Con todo nos tocará examinar en su momento cuáles de estas técnicas de reproducción asistida son válidas legalmente en el Perú y cuáles no lo son, en la actualidad.

6. Conceptualización del Derecho a Ser Madre

Antes de ver cuántas y cuáles de las técnicas de reproducción humana asistida han sido comprendidas en la legislación nacional es el momento de indagar con mayor detalle en un tópico conceptual que se cuestiona con ligereza cuando se trata del estudio y probable regulación a favor de las TERAS, nos referimos al “derecho a ser madre”: ¿se trata en efecto

de un derecho fundamental? ¿es un derecho derivado de otros derechos, o simplemente se trata de un sinónimo cuyo uso genera desdén y rechazo por el hecho de que es un derecho exigible y atribuible a las mujeres? Una de las personas que se oponen a este derecho es Soriano Moreno (2016) profesora de la cátedra de Derecho Constitucional en la Universidad de Extremadura quién ha señalado con excesivo énfasis que “no existe base suficiente que respalde la idea de un derecho a ser madre o padre” (p. 366) sin tener en cuenta la amplia gama de derechos fundamentales, que aquí también hemos descrito, en que este nuevo derecho se afirma. Al mismo tiempo la referida autora señala que en la maternidad no hay un derecho sino simplemente un deseo:

Ser madre o ser padre -como decíamos, en el sentido biológico del término- es un deseo, pero no un derecho. Las construcciones que, por otra parte, hacen pasar este deseo en una necesidad, especialmente para las mujeres, no dejan de ser fruto de un determinismo biológico que ahonda en los roles de género y por tanto en la desigualdad entre hombres y mujeres. (Soriano Moreno, 2016, p. 266)

Resulta extraño que una mujer acuse a las mujeres de un determinismo biológico y que eso fomente la desigualdad entre ambos sexos, pues resulta que nuestra femineidad no es un traje que podamos retirarnos un día para poder exigir la defensa de nuestros derechos, la corporeidad femenina es parte de nuestro ser y no podemos deshacernos de ella para ponernos en igualdad de condiciones con los hombres, así como no sería sensato pedirles a ellos que se desvinculen de su corporeidad masculina para afianzar una igualdad con las mujeres. Ese es el error de Soriano (2016) al pretender afirmar que el establecimiento de derechos de alguna persona o grupo parte por disminuir los derechos de algún otro colectivo o género, posición que también parece desprenderse de las siguientes palabras:

Defender la existencia de un ejercicio a la maternidad o paternidad puede conllevar hacer pasar este hipotético derecho por el uso del cuerpo de otra persona -la gestante por subrogación o madre de alquiler- para asegurar la efectividad del derecho que se pretende construir. (p. 266)

¿Y cuál es el problema? En el mundo jurídico existe una considerable variedad de actos contractuales en que terceras personas están involucradas sin que ello signifique un prejuicio para ninguna de las partes. Igualmente, en el campo de la salud la donación de órganos o

tejidos o células por parte de terceros es un beneficio notable y, en muchos casos, un nuevo aliento de vida para los que reciben la donación. Estos y muchos ejemplos más ilustran el hecho de que si un tercero participa de una prueba médica, de un acto contractual, de una subrogación de útero, de la donación de un riñón, no habría porque objetarla si es que esta se efectúa cumpliendo requisitos legalmente establecidos y no perjudicando gravemente a ninguna de las partes involucradas. Lo que sí tenemos que admitir es que este derecho a la maternidad no se encuentra escrito literal y expresamente en nuestra Constitución y en otras leyes, donde la maternidad tiene referencias legales en varios sentidos como el laboral y el familiar, pero no tiene contenido específico en cuanto a lo procreativo (luego veremos si en otras legislaciones sucede lo mismo), al respecto, Marrades (2002), admitiendo también este punto, señala que el derecho a la maternidad tiene apariencia de derecho fundamental en potencia:

Aunque el derecho a la maternidad no esté positivizado, es susceptible de serlo, porque, tratándose de una pretensión justificada moralmente, y con apariencia de derecho fundamental en potencia, tiene un contenido igualitario, y así puede atribuirse a todos como titulares en iguales condiciones, y en principio, es posible en términos económicos cubrir su protección.

En efecto, lo verdaderamente importante es su protección, y en ella es en lo que debemos centrar nuestra máxima atención y ese es el compromiso que exigimos a los poderes públicos: el reconocimiento efectivo del derecho a ser madre y la protección eficaz de esa condición. (p. 157)

Que un derecho fundamental no esté positivizado no significa que el derecho no exista, y tenemos un ejemplo bien concluyente al respecto como lo fue el reconocimiento constitucional del Derecho de Acceso al Agua, adicionado en el año 2017, cuyo texto es el siguiente: “El Estado reconoce el derecho de toda persona a acceder de forma progresiva y universal al agua potable. El Estado garantiza este derecho priorizando el consumo humano sobre otros usos. El Estado promueve el manejo sostenible del agua, el cual se reconoce como un recurso natural esencial y como tal, constituye un bien público y patrimonio de la Nación. Su dominio es inalienable e imprescriptible” (Constitución Política del Perú, 1993, Artículo 7-A). Siendo así ¿sería dable decir que antes de junio del 2017 el derecho al agua no existía como tal y por ende no era exigible al Estado? Claro que no, desde que tenemos

uso de memoria el acceso al agua potable ha formado parte de las políticas públicas de todos los gobiernos en menor y mayor medida. El hecho que no haya estado positivizado era más bien una omisión gravísima que ha tardado mucho en ser subsanada pero que no ha implicado nunca (por lo menos esa es la presunción que tenemos) de que el derecho al agua potable haya sido negado por el Estado bajo la excusa de que su texto no figuraba en la Constitución.

Por extralimitar la protección constitucional con la mera tipificación supone negar la concepción general sobre la constitución de los derechos humanos basados en principios tales como libertad, igualdad y autonomía; “por lo que su inclusión o exclusión no puede sostenerse únicamente en el precepto normativo, aunque si supone un llamamiento de atención para la construcción de un marco normativo autónomo” (Sánchez, 2017, p.69).

Lo mismo aspiramos para el derecho a ser madre, su positivización con la existencia de un marco regulatorio que promueva que el Estado facilite los medios para su goce efectivo y que los particulares puedan acceder a estos medios con ciertas restricciones. En este sentido nuestra posición también sugiere que el derecho a ser madre se asienta en otros derechos, entre ellos el derecho a la salud y también en los derechos sexuales y reproductivos; y en torno al “derecho a ser madre” como expresión conceptual también consideramos que hay otros sinónimos válidos que pueden usarse como: el derecho a la maternidad, el derecho a la procreación, el derecho a la salud reproductiva, el derecho al uso de las TERAS, o sencillamente el derecho a la reproducción tal y como lo ha denominado Reguera Andrés (2016):

En el derecho internacional, si bien existe una fuerte orientación al reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos, también se observan debates similares en torno a la existencia del derecho a la reproducción, sus fundamentos, contenido y límites. En este sentido el mayor impulso para su reconocimiento se ha producido con la expansión de los derechos humanos, sobre todo los relativos a la igualdad entre hombres y mujeres, y a la protección de la salud; así como con el desarrollo de la misma biotecnología. (pp. 29-30)

El hecho de que hayamos optado por calificar al “derecho a ser madre” como la fórmula ideal para describir los fundamentos que aquí hemos expuesto es porque para nosotros

significa no solo un “deseo” (como decían los críticos) sino también una necesidad y una posibilidad real, y apuntala el motivo fundamental por el cual queremos someternos a esas delicadas pero seguras intervenciones médicas, esto por el anhelo de ser madres.

Sin embargo, encontramos un fuerte encuentro de posiciones en la legislación nacional; “por un lado, se defiende la subrogación de la maternidad en virtud del derecho fundamental de la autonomía de la mujer gestante, pero, en oposición, contamos con la postura que sostiene dicha autonomía no puede quebrar el marco normativo que evita conductas contrarias a la dignidad humana, como concebir al ser humano por nacer como un bien” (Valero, 2019, p.431).

En este orden de ideas, la mención de la autonomía de la mujer sobre su cuerpo debe tomarse con pinzas, “pues si se debate la susceptibilidad de ceder la capacidad de gestar a favor de otros sin ningún tipo de márgenes se estaría amparando bajo este derecho a cualquier conducta” (Castellanos, 2019, p.67).

7. El Derecho a Ser Madre en la Legislación Nacional

Ya habíamos visto cómo la maternidad como institución tenía una regulación tanto constitucional como civil que atendía diversos aspectos relacionados a su protección (social, laboral, sanitaria, etc.) y aunque en su sentido procreativo no estaba regulado aún el uso de las TERAS por lo menos en la Constitución ya constaba el “derecho a decidir” que para nosotros es el referente constitucional inmediato del “derecho a ser madre”. Ahora bien, más allá de las normas referidas que por supuesto están incompletas puesto que no refieren posición expresa sobre el uso de las TERAS existe otra norma que sí hace mención de ellas, se trata de la Ley 26842 (1997) Ley General de Salud, en cuyo artículo 7 puede leerse literalmente lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la

clonación de seres humanos. (Ley 26842, 1997, Artículo 7)

Tal parece que la norma bajo comentario es permisiva en cuanto al uso de las TERAS ya que no menciona en específico alguna de ellas, en este sentido habría que considerar que todas las técnicas de reproducción asistida pueden ser usadas en el Perú sin mayor restricción que no sea la de su fiabilidad y seguridad; sin embargo, no debemos dejarnos llevar por esta primera impresión, el texto legal no es permisivo, es muy restrictivo puesto que habiendo abierto las posibilidades totales para que una mujer acuda al tratamiento de su infertilidad usando todas las técnicas de reproducción asistida existentes, inmediatamente la norma señala que el uso de las TERAS solo podrá producirse cuando la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Esta condición, arbitraria e injustificada, impide de manera tajante la subrogación de la maternidad y la donación de ovocitos, ambos aspectos muy importantes en el tratamiento de diversos tipos de infertilidad femenina que fácilmente pueden llegar a la mitad de los casos existentes. Seguidamente el texto anotado señala otra condición para el uso de las TERAS que consiste en el consentimiento previo y escrito de los padres biológicos, con esto da a entender que la pareja masculina es también el aportante de la carga genética hacia su hijo (mediante sus espermatozoides) lo cual significa que tampoco puede existir donación de semen. ¿Qué clase de técnicas de reproducción asistida son aquellas en las que no pueden usarse la subrogación de la maternidad ni tampoco las células sexuales femeninas o masculinas de donante anónimo? Se trata por supuesto de unas TERAS muy limitadas, que están restringidas por el prejuicio y la ignorancia, y también por una evidente y terrible falta de actualización puesto que la Ley General de Salud y el comentado artículo 7 entraron en vigencia el 15 de julio de 1997, hace más de veinticinco años. Pese a esta reconocible deficiencia las Clínicas de Fertilidad siguen haciendo lo suyo en el Perú, tal y como lo describe con conocimiento de causa la especialista y profesora de Derecho Civil y de Bioética de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Siverino Bavio (2012) que al respecto indica:

No hay aún una ley de reproducción asistida. Sin embargo, existen numerosos centros privados que ofrecen tratamientos de reproducción asistida de alta y baja complejidad y se rigen básicamente mediante autorregulación, difiriendo en los tipos de tratamiento, los costos y el enfoque de prácticas problemáticas. Se atiende a

parejas casadas, unidas de hecho o a mujeres solas. Las clínicas que ofrecen tratamientos de alta complejidad incluyen tanto la posibilidad de acudir a la ovodonación, el diagnóstico preimplantatorio y la criopreservación de embriones. (Siverino-Bavio, 2012, p. 215)

Dentro de estas clínicas que realizan estos procedimientos en nuestro país hemos podido identificar a: el Instituto de Ginecología y Fertilidad de la Clínica Miraflores, el Instituto de Medicina Reproductiva de la Clínica Ricardo Palma, el Centro Especializado de Reproducción Asistida Niu Vida, el Instituto de Fertilización Repro Fert, el Instituto de Fertilidad, el Centro de Fertilidad y Reproducción Asistida CEFRA, la Clínica de Fertilidad ProCrear, la Clínica de Fertilidad Inmater, la Clínica Concebir (que cuenta con varias sedes a nivel nacional, incluido en Arequipa), entre muchas otras. En nuestra ciudad también es posible encontrar, además: el Centro de Fertilidad, Ginecología y Obstetricia de la Clínica Melo (en Umacollo); el Centro Especializado de Fertilidad y Ginecología CEFERGIN (en Yanahuara); el Centro Ginecológico y de Reproducción CEGIRE (en Yanahuara), etc. Siendo así, ¿todas estas clínicas trabajan acaso al margen de la ley? Por supuesto que no, la amplia demanda de mujeres y parejas que buscan tratamientos de fertilidad para superar sus problemas de esterilidad ha hecho que aumente la oferta con la existencia de estas clínicas que lo que hacen muchas veces es seguir sus propios protocolos médicos y legales basándose en lo deficiente y contradictoria que es la escasa legislación peruana. Otra contradicción evidente tiene que ver precisamente con el hecho de que el mencionado artículo 7 de la Ley General de Salud al señalar que la condición de madre genética debe recaer en la madre gestante y que los padres biológicos deben dar su consentimiento lo que en realidad está diciendo es que los únicos óvulos y espermatozoides que se usarán son precisamente el de la madre y el padre, respectivamente; con esto esta ley hace completamente innecesario el sistema de donación de óvulos y de semen que ninguna otra legislación ha prohibido y que podríamos decir que está amparada en los actos de disposición del propio cuerpo, regulado en el artículo 6 del Código Civil peruano, imponiendo que “los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios” (Código Civil, 1984, Artículo 6). El mencionado artículo condiciona el hecho de que dichos actos no

menoscaben la integridad física del donante, no reduzca su tiempo de vida y que se realicen por estado de necesidad o motivos humanitarios, todas ellas condiciones perfectamente viables y concurrentes en el caso de la donación de óvulos y espermatozoides y también para las diversas técnicas de reproducción asistida respecto de las cuales, dicho sea de paso, no pedimos una apertura total y sin restricciones que convierta la “libertad de decidir” en libertinaje; sino que, como veremos, en su momento, deseamos que la ley se actualice o se promulgue una nueva ley y contemple a las TERA como posibilidades reales dentro del marco de cumplimiento de determinados requisitos como, precisamente, el estado de necesidad, la finalidad humanitaria, el respeto a determinados principios, etc.

Respecto a la validación nacional se tiene un problema que suma a la falta de regulación expresa pues, “existen países con barreras normativas laxas que posibilitan la inclusión de la maternidad subrogada, pero que restringe la celebración de este tipo de contratos con extranjeros o su reconocimiento en suelo nacional, como es el caso de Perú” (Varsi y Mardini, 2021, p.1).

8. El Derecho a Ser Madre en la Legislación Comparada

Hemos denominado como “derecho a ser madre” al uso de las técnicas de reproducción asistida que, como ahora sabemos, en el caso de la legislación nacional guarda notorias deficiencias no solo por su evidente anacronismo con una ley que data del siglo pasado sino porque impone severas restricciones en el uso de las TERA limitándolas al hecho de que sean los padres biológicos los que únicamente aporten los óvulos y espermatozoides para la fecundación con lo cual solo se daría solución a una cantidad limitada de casos de esterilidad masculina y femenina, sin contemplar que precisamente otro grueso de casos de infertilidad se encuentra en la baja o nula capacidad productiva y/o fecundativa de estos óvulos y espermatozoides, sin contar con la llamada “pérdida gestacional recurrente” en donde por problemas fisiológicos de la mujer esta no puede llevar a cabo un embarazo saludable aunado al riesgo de vida tanto de ella como del nuevo ser. En otras palabras, la ley peruana impide tajantemente y sin excepciones la donación de ovocitos y espermatozoides y la subrogación de la maternidad, situaciones que se presentan continuamente en la realidad y que la jurisprudencia nacional, como veremos posteriormente, ha resuelto siguiendo un camino diferente. En todo caso es momento de determinar qué dice el derecho comparado respecto de este asunto, y si es que acaso hay normativas más certeras (por lo menos en lo que

corresponde a realidades como la nuestra) o, por el contrario, ¿se tratará de un tema tan nuevo que el derecho hispanoamericano aún no ha alcanzado a regular con eficiencia? Antes de proceder debemos dar cuenta de una aclaración que parece dar respuesta a esta pregunta, teníamos pensado detallar lo que sucedía en cuanto a la regulación de las TERAS en la mayoría de países importantes y más conocidos de América Latina, aparte del Perú por supuesto, pero nos hemos encontrado que en varias naciones no existe ningún tipo de regulación especial o de mención en sus normas generales acerca de las técnicas de reproducción asistida y por tanto no pueden figurar en el siguiente análisis puesto que, como decimos, no hay nada digno de mencionar, es el caso de las legislaciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela, países en las que no nos quepa duda al igual que en el nuestro, y como ya quedó mencionado, la aplicación de las TERAS se efectúa en las clínicas de fertilidad siguiendo sus propios procedimientos, actos contractuales y formas de dejar el consentimiento. En todo caso, en los países estudiados a continuación hay también algunos con deficiencias y otros con sorpresivas regulaciones muy completas.

8.1. *El Derecho a Ser Madre en Argentina*

En Argentina, en junio del 2013, se promulgó la Ley 26862, Ley de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, que tiene 12 artículos, y su Reglamento se dio mediante Decreto 956/2013, publicado en julio del mismo año y tiene 10 artículos; pese a su brevedad estas normas (sobre todo la Ley) son suficientemente claras respecto de la regulación de las TERAS. Desde su definición, en el artículo 2 de la Ley 26862 (2013), ya puede notarse un enfoque más permisivo y menos restrictivo acerca de estos procedimientos; dicho artículo dice a la letra lo siguiente:

Definición. A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.

Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación. (Ley 26.862, 2013, Artículo 2)

La ley argentina es clara en admitir todas las modalidades de técnicas de reproducción asistida sin que exista ninguna restricción que la condicione al hecho de que la madre genética tenga que coincidir con la madre gestante o de alguna otra índole; como es de ver está comprendida expresamente la donación de gametos y de embriones, e incluso se advierte la posibilidad de que surjan nuevas técnicas debidas al avance de la ciencia las cuales serán admitidas si es que son autorizadas por la autoridad de aplicación que conforme al artículo 3 sería el Ministerio de Salud. Según el artículo 7 que habla de los beneficiarios se señala como una condición para acceder a las TERAS que la persona sea mayor de edad y que lo haya solicitado mediante consentimiento informado, descartándose cualquier otro requisito que no sea el del estado de necesidad. Otro aspecto muy resaltante de esta norma es que conforme a su artículo 8 “se efectúa el mandato para que todas las entidades de salud pública incorporen dentro de sus coberturas médicas: el diagnóstico, medicamentos y terapias, y los procedimientos y técnicas de reproducción medicamente asistida entre los cuales se hace referencia a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante” (Ley 26.862, 2013, Artículo 8). Esta última consideración, de que tanto la pareja conviviente como la matrimonial pueden acceder a las TERAS, es una precisión que se agradece y que por ejemplo no consta en la ley peruana. Ahora bien, si creemos que la norma argentina, con lo permisible y abierta que es, regula a favor la maternidad subrogada pues estaríamos en un error; extrañamente el renovado Código Civil y Comercial (2014), de la nación Argentina, estipula en su artículo 562 que “los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz ... con independencia de quién haya aportado los gametos” (Artículo 562), posición retrógrada e inexplicable que nos remonta a los tiempos en que se valoraba la presunción de la maternidad en función del parto y que contradice en alguna medida lo avanzado en cuanto a las TERAS en este país.

8.2. *El Derecho a Ser Madre en Chile*

En el vecino país de Chile no hay una legislación especial sobre las TERAS, pero su Código Civil (al igual que en el caso argentino) contempla algunas disposiciones sobre este punto; por ejemplo, el artículo 182 de dicho Código Civil (2000) señala lo siguiente:

Artículo 182. El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas.

No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta. (Código Civil, 2000, Artículo 182).

Este enunciado refleja la posibilidad latente y legal de que las parejas chilenas puedan someterse al tratamiento de su infertilidad mediante las técnicas de reproducción asistida y que la paternidad y maternidad adjudicadas por la ley a la pareja respecto del recién nacido bajo estas técnicas no pueda ser objeto de impugnación alguna. Empero el siguiente artículo, el 183 del mismo Código, confronta esta posición aparentemente permisiva señalando en las primeras líneas de su primer párrafo que “la maternidad queda determinada legalmente en razón del parto” (Código Civil, 2000, Artículo 182), posición que se repite y que valida un principio que a la luz de los tiempos actuales debería ser una excepción y no una regla. Al respecto, Costoya Arrigoni (2018) ha expresado unas palabras críticas acerca de su legislación que nosotros entendemos perfectamente:

A propósito de la discusión que hemos visto en la prensa en los últimos días sobre un caso de maternidad subrogada, hoy, después de 34 años desde que comenzamos esta discusión como país y que miles de niños chilenos han nacido gracias a estas técnicas de reproducción asistida, resulta incomprensible y cuestionable que el Congreso Nacional aún no haya logrado legislar al respecto, como sí ha sucedido en otros países. (p.1)

Por nuestra parte creemos que la situación en el Perú es aún más crítica ya que estamos más atrasados aún que la normativa chilena puesto que ni siquiera hemos podido incluir algunos parámetros acerca de las TERAS en nuestro Código Civil.

De forma concreta, la legislación chilena se muestra por detrás de los soportes normativos de Argentina, Uruguay o México, “que cuentan con cuerpos normativos específicos y especializados para los derechos filiativos familiares, tanto para materias de maternidad subrogada como para la creación de familias homoparentales” (Sánchez et al., 2018, p.1).

8.3. *El Derecho a Ser Madre en Colombia*

El 20 de febrero del 2019, el Poder Legislativo colombiano sancionó la Ley N° 1953, Ley que establece los lineamientos para el desarrollo de una política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento, la cual tiene 8 artículos y si bien no constituye propiamente una norma sobre las técnicas de reproducción asistida se adelanta a señalar que tiene como propósito (como su nombre lo indica) plantear algunos parámetros de lo que en un futuro inmediato será una norma sobre la materia. Antes debemos decir que el segundo párrafo del artículo 2 de esta Ley (2019) define con sencillez a las TERAS como “los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo”, concepto sencillo y que aparentemente no parece plantear alguna restricción definitiva al uso de las TERAS en Colombia. El artículo 4 de la Ley N° 1953 (2019) dio como plazo máximo de un año para que el Ministerio de Salud reglamente el acceso a las TERAS por parte de los ciudadanos convirtiéndolo también, como ya vimos en el caso argentino, en una política de salud pública y de obligación estatal:

Tratamiento de Fertilidad: Establecida la política pública de infertilidad en un término no superior a un año, el Ministerio de Salud y Protección Social reglamentará el acceso a los tratamientos de infertilidad mediante técnicas de reproducción humana asistida o Terapias de Reproducción Asistida conforme a los lineamientos técnicos para garantizar el derecho con recursos públicos, bajo el enfoque de derechos sexuales y derechos reproductivos contenidos en el modelo del Plan Decenal de Salud Pública, cumpliendo con los siguientes criterios:

1. Determinación de Requisitos. Requisitos como edad, condición de salud de la pareja infértil, números de ciclos de baja o alta complejidad que deban realizarse conforme a la pertinencia médica y condición de salud, capacidad económica de la pareja o nivel de Sisbén, frecuencia, tipo de infertilidad.
2. Definición de mecanismos de protección individual para garantizar las necesidades en salud y la finalidad del servicio, y definición de la infraestructura técnica requerida para la prestación del servicio.

3. Los demás que se consideren necesarios para la aplicación de la ley, en el marco del interés general y la política pública. (Ley N° 1953, 2019, Art. 4)

La Corte Constitucional, en la Sentencia SU-074 de fecha 20 de febrero de 2020, amplió el panorama respecto a los derechos reproductivos y el acceso a la financiación excepcional y parcial de tratamientos para la Fertilización In Vitro. Asimismo, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución 0228 de 2020 en la cual adopta la política pública de prevención y tratamiento de la infertilidad, contemplando los enfoques, principios, alcances, objetivos, componentes de acción, gestiones a implementar respecto a la infertilidad y el seguimiento, así como la vigilancia y control que se hará a dicha Resolución.

Sin embargo, a la fecha no se desarrolla lo establecido en el artículo 4 de la Ley 1953 en relación con la previsión de los requisitos, condiciones y mecanismos de protección respecto al acceso a las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), lo cual denota un contrasentido con los logros de la medicina y la ciencia biomédica que utilizan estas técnicas

Respecto a la manipulación embrionaria, “se ha creado todo un sistema procedimental para la fecundación in vitro en base a los convenios internacionales para garantizar interrupciones consientes y sin restricción de tiempo, siendo relevante la protección a la autonomía de la madre y a los embriones” (Bermeo y Corredor, 2022, p.1).

8.4. *El Derecho a Ser Madre en Uruguay*

En Uruguay, un país con tan solo tres millones y medio de habitantes, ya cuenta con una norma especializada sobre reproducción asistida y, como veremos a continuación, ni siquiera es una norma proyectiva como en el caso colombiano, sino que se trata de una ley consolidada que a nuestro juicio contempla la mayoría de pormenores que están relacionados con el uso de las TERAS. Nos estamos refiriendo a la Ley N° 19167, Ley de Regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, publicada el 29 de noviembre del 2013, con más de 30 artículos, y que desde su artículo 1 podemos notar el encuadre conceptual y la amplitud de las técnicas que están comprendidas dentro de la misma, citaremos solo el segundo y tercer párrafo de dicho artículo 1 de la Ley N° 19167 (2013) a continuación:

A tales efectos se entiende por técnicas de reproducción humana asistida el conjunto de tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación de gametos o

embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Quedan incluidas dentro de las técnicas de reproducción humana asistida la inducción de la ovulación, la inseminación artificial, la microinyección espermática (ICSI), el diagnóstico genético preimplantacional, la fecundación in vitro, la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de gametos y embriones, la donación de gametos y embriones y la gestación subrogada en la situación excepcional prevista en el artículo 25 de la presente ley. (Ley N° 19167, 2013, Artículo 1)

Queda así claro que la norma uruguaya no usa el nombre de las TERAS de manera genérica, sino que se da el trabajo de especificarlas una a una e incluso (en el tercer párrafo) señala la posibilidad de aplicar cualquier otra técnica no especificada siempre que sea aprobada por el Ministerio de Salud Pública. El artículo 2, señala también con precisión aceptable que el uso de las TERAS se aplicaría como “principal metodología terapéutica de la infertilidad” (Ley 19167, 2012, Artículo 2), indicando, de manera audaz, que su aplicación se daría no solo a las parejas infértiles sino también a las “mujeres con independencia de su estado civil”. Asimismo el artículo 3 menciona lo que al parecer será una constante de las leyes especializadas con las TERAS ya que esta norma uruguaya también asigna al Estado la obligación de incluir a las diferentes técnicas de reproducción asistida “dentro de las prestaciones del Sistema Nacional Integrado de Salud” (Ley 19167, 2012, Artículo 3), este quizás sea el motivo por el cual en el caso peruano una ley sobre esta materia tarda tanto en ser debatida seriamente y ser promulgada puesto que nuestro sistema de salud es tan deficiente que difícilmente podrá asumir el costo material de este tipo de servicios tan especializado; justamente en el caso uruguayo conforme el artículo 5 de la mencionada Ley N° 19167 (2013), “los procedimientos de baja complejidad serán asumidos por su Sistema de Salud y cuando se trate de las técnicas de alta complejidad serán subsidiadas total o parcialmente por un Fondo Nacional de Recursos” (Ley 19167, 2012, Artículo 5), la cual es por supuesto una solución ideal que coloca al derecho a la salud como un derecho no solo declarativo sino también de aplicación concreta y de interés directo por parte del Estado. En el artículo 7¹ de la Ley N° 19167 (2013), donde se establecen de manera más expresa y

ordenada los requisitos para poder acceder a las TERAS, “aunque el artículo en mención es extenso dichos requisitos pueden resumirse en: a) ser mayor de edad y menor de 60 años, b) que las técnicas tengan posibilidades razonables de éxito, c) que el personal médico deje constancia escrita de todo el diagnóstico y tratamiento en los casos de alta complejidad, d) consentimiento escrito de la pareja o de la mujer de ser el caso y e) ratificación escrita de la pareja en el momento de la inseminación o implantación” (Ley 19167, 2012, Artículo 7). Si bien cada uno de estos requisitos está más desarrollado en la norma, no entraña ninguna dificultad ni plantean condiciones excesivamente rigurosas; el modelo que presentan es claro en exigir la mayoría de edad, el estado de necesidad, y el consentimiento escrito de los solicitantes, aspectos claros y decisivos al momento de tomar una decisión respecto a aplicar alguna de las TERAS a alguna mujer o pareja. “El consentimiento escrito también está presente en los casos de la llamada inseminación *post mortem* que esta norma acoge sin mayores complicaciones” (Ley 19167, 2012, Artículo 9). Asimismo, el artículo 10 resalta un aspecto que justamente tocaremos en el siguiente capítulo y es el referido a los derechos del niño por nacer, esta norma ha escogido la orientación de respeto al principio de interés superior del niño y dispone en dicho artículo que el hijo o los hijos “nacidos mediante las técnicas de reproducción humana asistida tendrán derecho a conocer el procedimiento efectuado para su concepción” (Ley 19167, 2012, Artículo 10), aspecto que pone de relieve el derecho a la identidad y que no puede ser negado a las personas que han nacido mediante la aplicación de estas TERAS.

También es de destacar que esta norma uruguaya permite, en su artículo 12, “la donación de gametos de forma anónima y altruista, estableciendo claramente en su artículo 14 que esta donación no genera vínculo filiatorio alguno entre los donantes de gametos y el nacido, prohibiendo así la probable existencia de derechos y obligaciones entre estos” (Ley 19167, 2012, Artículo 12), lo cual es una precisión muy puntual que se agradece para evitar muchas confusiones y probables excesos. Como ya se había adelantado esta ley en señalarlo en el artículo 1, la subrogación de la maternidad sí está permitida por excepción en el sistema jurídico uruguayo puesto que su artículo 25 y en realidad todo el Capítulo IV de la referida Ley N° 19167 (2013) así lo avalan, como es de ver:

Artículo 25. (Nulidad). Serán absolutamente nulos los contratos a título oneroso o gratuito entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean estos propios

o de terceros para la gestación en el útero de otra mujer, obligando a esta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero.

Exceptuase de lo dispuesto precedentemente, únicamente la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y gestación del embrión propio.

Entiéndase por embrión propio aquel que es formado como mínimo por un gameto de la pareja o en el caso de la mujer sola por su óvulo.

La incapacidad referida deberá ser diagnosticada por el equipo tratante, el que deberá elevar un informe a la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida para su conocimiento, la que evaluará si se cumplen las condiciones establecidas en el inciso segundo de este artículo. (Ley N° 19167, 2013, Art. 25)

Antes de empezar su redacción señalando la nulidad de los contratos de maternidad subrogada, este artículo muy bien ha podido empezar diciendo que estos contratos serán permitidos por excepción cuando se presenten las condiciones necesarias para dicho procedimiento. Empero el artículo inicia señalando una prohibición y luego planteando la excepción, pese a que esta excepción es mucho más probable y lógica que ocurra en la realidad ya que las personas que tienen problemas de esterilidad grave van a acudir efectivamente a la gestación por sustitución. No obstante, lo importante es que con esta norma hay un camino abierto para todas las TERAS, para la donación de gametos y también para la maternidad subrogada, todas ellas siempre que se cumplan los requisitos de ley. Por ejemplo, en el caso de la subrogación materna la ley uruguaya exige que la mujer solicitante no pueda llevar un embarazo normal debido a alguna enfermedad genética o adquirida, y que la mujer que le sustituirá en el parto sea un familiar con segundo grado de consanguinidad. Así también es un requisito concreto el hecho de que el embrión que será llevado en el vientre de la mujer sustituta tenga por lo menos el ADN de uno de los padres o de la mujer sola, con esto se garantiza que el nacido tenga un vínculo biológico con la pareja o la mujer sola pese a que el niño haya sido gestado por una tercera persona, condición muy pertinente que nosotros precisamente habíamos pensado proponer para el caso de

nuestra legislación nacional. Estos son algunos aspectos resaltantes, y muy ejemplificantes, de esta norma que demuestran por todos sus ángulos lo que un buen texto legal puede hacer por los derechos de la población a la que se refiere, y demuestra lamentablemente que la ley peruana está definitivamente desfasada en el tiempo para un país que casi supera en diez veces la población de Uruguay.

8.5. *El Derecho a Ser Madre en España*

En un primer momento, España contemplaba a la reproducción asistida mediante la figura de gestación por sustitución, “la cual tenía la proscripción jurídica de la nulidad contractual de pleno derecho al considerársele un fin ilícito; se enmarcaba en esta figura al acuerdo donde la mujer gestante renuncia a la filiación materna a favor de la contratante o un tercero ya bien sea mediante una contraprestación o no” (Romeo, 2018, p.3).

España ha tenido nada menos que dos leyes especializadas sobre TERAS, la primera fue la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, la misma que fue derogada por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, actualmente vigente. Esta norma tiene 28 artículos, cada uno de ellos bastante extensos, y regulan como es obvio diversos aspectos sobre esta materia; las primeras líneas del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 14/2006 (2006) refieren que las técnicas de reproducción humana asistida son todas aquellas que cuenten con “acreditación científica y clínica” (Ley 14/2006, 2006, Artículo 2), entre las cuales dicha ley menciona (en su anexo) a la inseminación artificial, la fecundación in vitro, la inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones y la transferencia intratubárica de gametos; dejando constancia (en el numeral 2 de este mismo artículo) que cualquier otra nueva técnica no mencionada que pretenda utilizarse requerirá la autorización de la “autoridad sanitaria correspondiente”. Por otro lado, el artículo 3 de la Ley 14/2006 (2006) plantea seis requisitos que deben evaluarse para que se pueda aplicar las TERAS, las cuales de manera resumida son las siguientes:

- a) que estas técnicas tengan posibilidades razonables de éxito, b) que en el caso de las FIV solo se autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones, c) que la información dirigida a los solicitantes de las TERAS sea lo más completa posible, d) que el consentimiento informado quede suscrito en un formulario, e) que la mujer

puede suspender la aplicación de cualquier técnica aplicada hasta antes de la transferencia embrionaria; y, f) que todos los datos deben constar en historias clínicas individuales. (Ley 14/2006, 2006, Artículo 3)

Con estos requisitos se puede decir que aquí también hay un esfuerzo de la norma en regular condiciones permisibles y atendibles a efecto de que no sea muy difícil acceder a estos procedimientos clínicos. El largo artículo 5 de esta ley establece las características a llevar a cabo cuando se dé la donación de gametos y preembriones, señalando en uno de sus numerales que para ser donador es necesario tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar, además de que el contrato de donación no tendrá “carácter lucrativo o comercial”, lo cual evita las actitudes mercantilistas que pueden existir respecto de los componente originarios de la vida humana, como son los óvulos, espermatozoides y preembriones en este caso. El segundo párrafo del artículo 1 contiene una precisión importante al establecer que la mujer puede ser usuaria de las TERAS “con independencia de su estado civil y orientación sexual”, con lo cual hablamos de una apertura especial de la ley española puesto que se advierte con ello que no solo las mujeres casadas podrán acceder a las TERAS, sino también las mujeres solas y las lesbianas, aspecto polémico de esta norma respecto de la cual nosotros asumiremos posición en su momento. Pese a esta apertura mencionada de la ley española nuevamente es de extrañar aquí también que la maternidad subrogada esté en entredicho con un texto que figura en el artículo 10 de la Ley 14/2006 (2006) y que la prohíbe tajantemente:

Artículo 10. Gestación por sustitución.

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales. (Ley 14/2006, 2006, Art. 10)

Con eso, como decíamos, la maternidad subrogada está fuera del ordenamiento jurídico con

lo cual asumimos que su práctica puede estar ocurriendo de manera clandestina o sencillamente los españoles buscan otros países con regulaciones más permisivas aún para someterse a estas prácticas que den solución a su grave problema de esterilidad y gestación. Lo que resulta cuestionable de este texto es que, en nuestra opinión, hay un elemento discriminatorio puesto que como vemos en el numeral 3 se valida el derecho del padre biológico, que seguramente ha aportado su esperma, para que interponga la acción de reclamación de paternidad mientras que a la mujer que ha aportado su óvulo para la fecundación y que ha tenido que recurrir una persona ajena para que lleve la gestación se le prohíbe su derecho a ser declarada como madre diciendo que será nulo todo acuerdo de gestación por sustitución y, peor aún, que la filiación de los hijos nacidos mediante esta técnica *será determinada por el parto*, lo cual es un contrasentido evidente de esta norma puesto que por un lado admite las TERAS en sus distintas modalidades y, por otro, le da nueva vida a un viejo principio que ya resulta desfasado cuando hablamos de biología y genética y que refiere que la maternidad se deduce en razón del parto, principio superado por la ciencia y la modernidad. De todos modos, nos queda claro que, si el hombre tiene derecho a validar su paternidad biológica y reclamarla administrativa y judicialmente, la mujer con igual razón debería tener ese mismo derecho; aspecto que permanecerá en la polémica en el ordenamiento jurídico español mientras subsista dicha diferencia.

El debate que se ha suscitado en territorio español deviene por la aparente contradicción normativa con el aspecto fáctico; “como se ha mencionado, en España se prohíbe la gestación por sustitución en virtud de la Ley 14/2006 debido a que constituye aprovechamiento económico del cuerpo humano. Sin embargo, España se posiciona como uno de los destinos favoritos del turismo reproductivo debido a la calidad del tratamiento de fertilidad y la permisibilidad de su legislación, pues se contempla la posibilidad de retribuir económicamente a los donantes” (García, 2018, p.1).

9. Principios Bioéticos Aplicables en las Técnicas de Reproducción Asistida

Otro tópico importante que es necesario analizar al hablar de una regulación positiva de las técnicas de reproducción asistida en el Perú es el referido a los principios bioéticos que constituyen unas importantes directrices derivadas de la Bioética y destinadas a ser cumplidas por los profesionales y administradores de las Clínicas de Fertilidad en favor de los usuarios. Para contextualizar este aspecto debemos decir que la Bioética es una disciplina

reciente que se encarga de analizar los avances científicos relacionados con la Biotecnología y así proponer lineamientos que sirvan a los investigadores experimentales, a los médicos que aplican dichas prácticas y a las personas que las utilizan a fin de que en sus procedimientos exista un respeto a la dignidad humana y a los derechos humanos de los involucrados. En el libro “Cuestiones básicas de Bioética” Pardo Caballos (2010) nos dice que: “Entendemos por Bioética la parte de la ética que se dedica a estudiar las acciones técnicas del hombre en el contexto de la biomedicina, es decir, en el ejercicio de las profesiones sanitarias y de la biología. Estas actuaciones tienen en común que afectan al hombre y a otros seres vivos; de ahí el prefijo ‘bio’, de su nombre.” (p. 19). Si bien el concepto es sencillo no parece reflejar la importancia que tiene el Derecho en la valoración y utilidad que ahora le damos a esta nueva disciplina. Quizás por ello, en el Diccionario Latinoamericano de Bioética se habla de una Bioética Jurídica que, al decir de Tinant (2008): “es la rama de la bioética que se ocupa de la regulación jurídica y las proyecciones y aplicaciones jurídicas de la problemática bioética, constituyendo al mismo tiempo una reflexión crítica sobre las crecientes y fecundas relaciones entre la bioética y el derecho, a escalas nacional, regional e internacional” (p. 168). Precisamente, las reflexiones y, sobre todo, los principios derivados de la Bioética son los que nosotros queremos propugnar como parte de una normativa a favor de permitir el uso de las técnicas de reproducción asistida siempre que se sostengan dentro de esos criterios, por ende no hablamos de un uso de las TERAS abierto e indiscriminado que conlleve al peligro de cosificar como meros productos materiales a los hijos por nacer o a los embriones que surgen mediante estas técnicas, sino que proponemos un uso responsable y serio de estos procedimientos que están dirigidos a colmar el amoroso anhelo de la maternidad. Dentro de estos criterios específicos se encuentran los denominados “principios bioéticos” que son unas directrices que sirven para moderar el trabajo científico y reconducirlo por una senda de respeto permanente a la dignidad humana y a los derechos humanos que son universales, caso contrario la ciencia podría caer en excesos y errores que podrían hacer más mal que bien a las personas y a la singularidad humana lo cual no sería deseable. Dentro de estos principios se encuentran: el principio de autonomía, el principio de beneficencia y el principio de justicia; que si bien, hemos de precisar, son principios aplicables en toda la actividad científica relacionada con la biotecnología y la medicina, nosotros los detallaremos más concretamente en su relación con el uso de las TERAS.

9.1. *Principio de Autonomía*

Por el principio de autonomía se requiere que las personas que van a utilizar los procedimientos vinculados a las técnicas de reproducción asistida estén enteramente conscientes de la decisión que van a tomar y que ella se ejerza libremente sin presiones de ningún tipo ni de ninguna persona o institución. Una clínica de fertilidad puede estar muy interesada en aplicar sus procedimientos a una pareja puesto que esto representa un ingreso económico importante para su empresa, sin embargo, se encuentra obligada a respetar el principio de autonomía puesto que no puede ir más allá de la voluntad de los interesados ni afectar su decisión manipulando los datos o aumentando irrealmente las expectativas que se ofrecen a los interesados. Por eso el principio de autonomía tiene dos elementos que le son fundamentales: la información y el consentimiento; lo que se espera de las clínicas de fertilidad es que brinden información veraz, objetiva, científica pero accesible, de modo que las personas puedan arribar a decisiones basados en datos que sirvan para ese efecto con conocimiento de los aspectos positivos y negativos que pueden ocurrir, como dice Mazo Alvarez (2012), “la autonomía, como principio, implica entonces una gran responsabilidad. Primero, frente al saber: tomar una decisión exige conocer las opciones de una situación en un despliegue de causas y de consecuencias para cada una de las opciones” (p. 127). Por otro lado el consentimiento significa la voluntad afirmativa de las personas de disponer de su cuerpo para que sea objeto de procedimientos clínicos destinados en este caso al objetivo de la reproducción humana, si bien el consentimiento es uno solo y debe constar por escrito debe entenderse que en respeto del principio de autonomía este consentimiento puede ser retirado en cualquier momento de la intervención médica hasta antes de la fecundación, por ende el principio de autonomía constituye un respeto a la voluntad de las personas así sea su decisión afirmativa o negativa y se traduce objetivamente en el consentimiento informado previo y escrito.

9.2. *Principio de Beneficencia*

Por el principio de beneficencia las actuaciones y procedimientos médicos deben siempre tender al beneficio de los pacientes, en el caso de las técnicas de reproducción asistida se entiende que lo que se busca con ellas es el deseo de causar un bien, de cumplir un anhelo, de satisfacer las expectativas de las personas que acuden a los centros de fertilidad, por lo

tanto debe cuidarse a los solicitantes sobre los que se interviene de todo daño o menoscabo que podría causar a su salud e integridad física. Si lo que se busca es la fecundación que permita tener un hijo, la persona intervenida no puede resultar después con una mutilación, enfermedad o alteración grave que no tenía antes de ser intervenida; es por ello, que los interesados deben ser sometidos a exámenes médicos que determinen a ciencia cierta su estado de salud general a efecto de disminuir notablemente los riesgos a que diera lugar una intervención clínica de esa naturaleza. La beneficencia implica, ya lo sabemos, hacer el bien, otorgar bienestar, sin embargo, para que quede claro este bienestar debe ser entendido desde el punto de vista del paciente; si una persona que está dormida en una intervención médica y ocurre una alteración entonces los médicos intervinientes deben tomar rápidamente una decisión para garantizar y recuperar la salud de esta persona, sin pensar necesariamente en el resultado lucrativo de la misma. Por supuesto que cuando acontece alguna circunstancia azarosa dentro del lugar donde se realiza una cirugía, intervención o procedimiento médico la rapidez es fundamental para tomar una decisión y, por las circunstancias, puede existir muchos caminos que tomar, pues es entonces que en aplicación del principio de beneficencia lo que debe hacerse debe ser lo que sea mejor para la persona sometida a tratamiento. Mientras que la beneficencia implica hacer el bien, la no maleficencia significa no causar daño, si bien algunos consideran que la no maleficencia es un principio independiente nosotros consideramos que en realidad se trata del mismo principio de beneficencia pero con otras palabras, por otro lado este principio está ligado al principio de autonomía puesto que si bien buscar el bienestar de una persona puede tener muchas connotaciones hay que considerar prioritariamente lo que el paciente ha expresado verbalmente y por escrito acerca de lo que él considera su bienestar. Escobar y Aristizábal (2011) describen la especial relación entre estos principios del siguiente modo:

En ocasiones, la beneficencia se ve en competencia con el principio de respeto a autonomía y en otros se considera que el principio de beneficencia incorpora tener en cuenta las elecciones autónomas del paciente autónomo al considerar que la mejor forma de hacer el bien a los demás es permitirles realizar su propio proyecto de felicidad, es decir, promover su autonomía, de lo contrario, puede ser maleficencia. (p. 94)

Por supuesto que se trata de líneas morales de difícil identificación muchas veces, por eso

debe procurarse que el principio de autonomía, en lo que corresponde al consentimiento informado previo debe ser lo más amplio y sustentado posible de modo que las dudas sean minimizadas y se puedan seguir tanto los protocolos médicos como las instrucciones de los interesados durante toda la intervención clínica minimizando así los riesgos y, en caso de ocurrencia, sabiendo el camino que puede seguirse. Por esto el principio de beneficencia no puede ser solo declarativo u opcional, sino que debe estar enmarcado como una norma de observancia obligatoria a seguir por las Clínicas de Fertilidad en favor de sus usuarios.

9.3. *Principio de Justicia*

Mientras que el principio de autonomía está claramente vinculado a la voluntad y decisión del usuario y el principio de beneficencia consiste en una exhortación dirigida a los médicos, el principio de justicia involucra más a la sociedad y al Estado puesto que se trata de garantizar un trato justo e igualitario a todos los usuarios de las técnicas de reproducción humana asistida y que las innovaciones en dicha materia lleguen a todos por igual. Por supuesto, mediante el uso de este principio no se trata de que todos los usuarios de las TERAS reciban el mismo y único tratamiento sino de lo que se trata es que la igualdad se manifieste por lo menos en los siguientes ámbitos: en el libre acceso a las Clínicas de Fertilidad debidamente certificadas y que cumplan con los protocolos necesarios para garantizar la seguridad y la salud física de los usuarios de dichos servicios, y que las personas puedan ser atendidas sin exclusiones basadas en raza, género, religión, ideología, o cualquier otra. Sin embargo, la provisión de este tipo especial de servicios no puede partir del propio ciudadano sino de la existencia de políticas públicas promovidas desde el Estado, por eso decimos que estos principios (desde el de autonomía y beneficencia, incluido el de justicia) no puede quedar al libre arbitrio y al cumplimiento opcional de los entes involucrados sino que tienen que estar plasmados en la ley como exigencias mínimas en un uso bioético de las TERAS; Aramani (2007) se pronuncia en este mismo sentido al señalar que, “la relación médico-paciente, que precedentemente era regulada con base en principios de autonomía y de beneficencia, ahora es regulada también por el principio de justicia, que guía al Estado en la asignación de sus recursos, en cuanto que el Estado tiene como fin la realización del bien común y no sólo el del individuo” (p. 450). No hay mejor modo de propender al bien común que garantizando la obligatoriedad de estos principios y observando su cumplimiento por parte de los operadores médicos en beneficio de una colectividad que si bien posee algunas

limitaciones especiales (generalmente ligadas a su capacidad reproductiva) son parte integrante de nuestra sociedad y por tanto el Estado debe garantizar su trato igualitario y protección.

10. Elementos de una Regulación Positiva del Derecho a Ser Madre en el Perú

En la legislación nacional nos encontramos con una falta de regulación normativa y especializada; “es innegable que la maternidad subrogada conlleva fuertes implicancias jurídicas y aún más mientras no se legisle. Para este fin, es imperativo fijar los conceptos de filiación en torno a los cánones del derecho de familia y las renovaciones sociales” (Simental y Ortega, 2022, p.29).

Estando debidamente convencidos de que el derecho a ser madre es un derecho viable en el Perú y que su regulación positiva vendría a superar las notorias deficiencias observadas en nuestra legislación, sobre todo en las prohibiciones innecesarias y las ambigüedades derivadas del escaso artículo 7 de la Ley General de Salud, y teniendo en cuenta que una regulación permisiva en el uso de las TERAS (pero con algunas restricciones) no resulta vulneratoria de los derechos de los niños por nacer ni tampoco del derecho a la identidad genética de las personas que han nacido bajo dichos procedimientos, nos es necesario ahora plantear algunos elementos definitorios que deberán estar incluidos en dicha regulación. Dicho de otro modo, la regulación positiva del uso de las TERAS no puede implicar un libertinaje en su permisividad, sino que es necesario que queden claras algunas condiciones específicas que sirvan para extender los alcances, pero también para establecer los límites en la utilización de las técnicas de reproducción asistida.

CAPÍTULO II: MARCO METODOLÓGICO

1. Método de Investigación

En palabras de Fernández (2020), “la propuesta metodológica debe ser idónea para reconocer el contexto de la situación problemática que se pretende investigar, en suma, con sus particularidades, a fin de arrojar líneas de resolución que puedan responder a las interrogantes que han formulado el problema de investigación”.

Partiendo por dicha premisa, al contar con una aproximación teórica contundente, se recurrió, respecto del marco teórico, a un método histórico-comparativo, considerando el avance de la maternidad subrogada en la legislación comparada y en los presupuestos que estructuran el libro de personas, para contrastar dichos postulados con el método inductivo-deductivo, a fin de valorar cada teoría que se obtuvo de la revisión literaria. Dicha estructura, justifica que, para el capítulo de resultados, se haya procedido con el método funcional, con el objetivo de ver la utilidad práctica de las limitaciones sobre reproducción asistida, en conjunto con el método sistemático, con el propósito de valorar la armonía de las técnicas de reproducción asistida con el derecho positivo.

2. Técnica de Interpretación Jurídica

Al centrarse la investigación en la revisión de los pronunciamientos judiciales, con la determinación concreta o abstracta del denominado “Derecho a ser Madre”, se requiere analizar los criterios jurisprudenciales que han delimitado, y dota de contenido, a dicho derecho.

Bajo dicho enfoque, se seleccionó como técnicas de interpretación jurídica a la interpretación exegética o literal, la sistemática y la teleológica. La interpretación **exegética**, según Schoschana (1948), “se equipará al plain meaning o al significado claro o evidente que se desprende de la sola lectura, dicha técnica, aplicada a los fundamentos jurisdiccionales”, en consonancia con las demás técnicas de interpretación, permitieron establecer una serie de parámetros normativos que justifica el enfoque brindado al derecho a ser madre. Por su lado, con la interpretación **teleológica**, según Tuzet (2020), se persigue “desentrañar los objetivos y la finalidad perseguida por una norma jurídica”; en el caso de los pronunciamientos judiciales, se contrastará con el margen de regulación y los objetivos constitucionales que

persigue la administración de justicia respecto al derecho de ser madre. Finalmente, con la interpretación sistemática, se persigue interpretar el sentido de la decisión, pero sin que dicha interpretación rompa la armonía normativa; para el presente caso, se busca que justificar la línea jurisprudencial, dándole consonancia con los valores constitucionales que inspiran el ordenamiento jurídico en su conjunto.

3. Variables e Indicadores

Planteado el enunciado de investigación, mismo que obra en el respectivo plan de tesis, como “El derecho a ser madre: alcances y limitaciones de las técnicas de reproducción asistida en el Perú, 2023”, se extrajo el siguiente cuadro de operacionalización de variables, con el respectivo acápite de indicadores, sub indicadores, técnicas e instrumentos planteados, apareciendo con detalle en el párrafo subsiguiente.

Tabla 2

Cuadro de Operacionalización de Variables

TIPO	VARIABLE	INDICADORES	SUBINDICADORES	TÉCNICAS	INSTRUMENTOS
DEPENDIENTE	EL DERECHO A SER MADRE	DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS	- Derecho a la Autonomía Sexual. - Derecho a la Equidad Sexual. - Derecho a decidir. - Derecho a la planificación libre y responsable. - Derecho a la información científica.	Obs. Documental	Ficha Bibliográfica Ficha Resumen Ficha de Obs. Estructurada

LA MATERNIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA JURIDICO	- Tipología de la maternidad.	Obs. Documental	Ficha Bibliográfica Ficha Resumen
	- Subrogación de la maternidad.	Obs. Documental	Ficha Bibliográfica Ficha Resumen
EL DERECHO A SER MADRE	- Naturaleza jurídica del derecho a la maternidad.	Obs. Documental	Ficha Bibliográfica Ficha Resumen
	- Derecho a ser madre de la mujer estéril y de la mujer soltera.	Obs. Documental	Ficha Bibliográfica Ficha Resumen
	- El derecho a ser madre en la legislación nacional.	Obs. Documental	Ficha Bibliográfica Ficha Resumen

INDEPENDIENTE	TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL PERÚ	ALCANCES DE LAS TERAS EN EL PERÚ	- El derecho a ser madre en la legislación comparada.	Obs. Documental	Ficha Bibliográfica Ficha Resumen
			- Principales Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS).	Obs. Documental	Ficha Bibliográfica Ficha Resumen
		LIMITACIONES DE LAS TERAS EN EL PERÚ	- Derecho a la identidad e intimidad genética.	Obs. Documental	Ficha Bibliográfica Ficha Resumen
			- Regulación deficiente de las TERAS.	Obs. Documental	Ficha Bibliográfica Ficha Resumen Ficha de Obs. Estructurada

- Propuesta de una
regulación positiva de las
TERAS en el Perú.

Obs. Documer

Ficha Bibliográfica
Ficha Resumen

Elaboración: Propia

4. Técnicas de Investigación

Mediante las técnicas de investigación, se enfocan los mecanismos para interpretar los principales hallazgos, “estableciendo una serie de pautas que, bajo las reglas generales de una investigación cualitativa, garantizan la obtención de información relevante para los objetivos trazados” (Hernández, 2018). Siendo el Derecho a ser Madre una construcción que ostenta todo su contenido en el desarrollo jurisprudencial, dicha finalidad se circunscribe al sustento de los principales fundamentos jurisprudenciales.

Al haberse delimitado la extensión del tema de investigación, esta se enmarcó en las reglas de una investigación de tipo mixta, precisando el tipo **exploratorio**, **descriptivo** y **explicativo**, los cuales se vieron implicados en la estructura teórica y en los resultados extraídos. El tipo **exploratorio** se justifica en el diseño que sigue la aproximación teórica, tanto respecto a la base de investigación previa y la desarrollada, usando para tal fin la revisión teórica de publicaciones, otorgándole especial atención a la revisión de publicaciones con base de datos Scopus. Así también, se seleccionó el tipo **descriptivo** por la relación existente entre el desarrollo teórico y los resultados obtenidos a fin de caracterizar el fenómeno jurídico del Derecho a ser Madre. Finalmente, la investigación es de tipo **explicativo** en tanto a la construcción del capítulo de resultados, donde se contrasta los pronunciamientos judiciales a fin de corresponder los objetivos trazados y la hipótesis fijada, denotando la relación existente entre el derecho a ser madre y las limitaciones a las técnicas de reproducción asistida. Por lo que, en consideración con lo expuesto, se justificó la utilización de los tipos de investigación descriptiva, exploratoria y explicativa.

Por otro lado, en lo respectivo al **nivel de investigación**, considerando el enunciado propuesto y el Reglamento de la Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de Santa María, el nivel de investigación usado es el causal, conllevado la existencia de dos variables o dimensiones, dependiente e independiente. Gracias a dicho nivel, se logró ejecutar el planteamiento dirigido al análisis de sentencias referidas al derecho a ser Madre en la jurisdicción nacional.

Al considerar que la investigación realizada cuenta con una predominancia del método cualitativo, dentro de las técnicas diseñadas para dicha metodología, se escogió, como

técnica, a la observación documental, eligiendo a las fuentes primarias y secundarias con las variables propuestas. De igual manera, se focalizó la revisión documental en libros actualizados, revisiones sistemáticas de fuentes indexaciones y recurrir a las demás publicaciones en bases de datos actualizados.

Así también, en lo referido a los resultados y discusión, se siguió con la aplicación de la observación documental, pero mediante una apreciación más precisa en la extracción de información, razón que motivo el uso de fichas de observación estructurada, buscando la clasificación, determinación y sistematización de los pronunciamientos jurisdiccionales en lo referido a los procesos que, a causa de su naturaleza, cimientan las bases del Derecho a ser Madre. Bajo esta óptica, la lectura íntegra y el contraste teórico de los pronunciamientos, nutren de contenido las dimensiones de cada variable.

Luego, se procedió con el levantamiento de información relevante para el respectivo contraste en el capítulo de resultados, señalando que el enfoque aplicado para la investigación se direccionó a las sentencias emitidas en materia civil, llegando alguna de estas a sede casatoria, las cuales son de acceso libre mediante la consulta general en el Sistema Peruano de Información Jurídica, denotando un enfoque **cualitativo puro**, al no centrarse en la cuantificación de las sentencias para revelar una tendencia jurisprudencial.

Seguidamente, en lo que atañe al **alcance** de la investigación, se ha concentrado en la observación de sentencias emitidas por la judicatura, donde se hayan determinado las principales dimensiones del Derecho a ser Madre; bajo dicha construcción, la investigación se enmarca en lo jurídico social, donde se busca identificar las implicancias y las construcciones jurisprudenciales que dotan de contenido al Derecho a ser Madre y la entrada de las técnicas de reproducción asistidas en la regulación normativa.

Dicha identificación se correlaciona con los objetivos planteados, a efecto de conducir un correcto levantamiento de información en base a: determinar las principales Técnicas de Reproducción Humana Asistida y precisar cómo se presenta su regulación legal en el Perú, fundamentar cómo se presenta la subrogación de la maternidad y establecer cuál es su tratamiento jurídico, explicar y fundamentar cuáles son los principales derechos sexuales y reproductivos que tiene la mujer en el Perú, analizar la naturaleza jurídica y el sustento constitucional del derecho a ser madre en el Perú y proponer los aspectos básicos de una

regulación positiva de las Técnicas de Reproducción Asistida en nuestro país que nos lleven a afirmar que existe un derecho a ser madre. A continuación, se construyó la hipótesis como una respuesta tentativa a la realidad problemática descrita, precisando que dado que, las mujeres poseen derechos sexuales y reproductivos que tienen sustento en los Derechos Humanos, entre ellos el derecho a la maternidad; y, que las modernas Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TERAS) es probable que sea imperativo contar con una regulación en el derecho positivo.

Finalmente, el diseño a aplicar es uno de naturaleza no experimental, guardando relación en que no existió manipulación de las variables, sino que se abordaron sus implicancias propias para establecer el grado de correlación que las vincula, manifestado dicho aspecto en las conclusiones arribadas. De igual forma, el diseño fue del tipo longitudinal, al evaluarse las diversas sentencias expedidas por la judicatura en su conjunto.

5. Instrumentos de la Investigación

Considerando la técnica a usar, la cual es la observación documental, los instrumentos de la investigación consistieron en: ficha resumen, ficha textual, ficha bibliográfica y la ficha de observación estructurada. Las tres iniciales se usaron para el recojo de información relevante para la construcción de los elementos teóricos, extraídos de la revisión de las fuentes de información primaria y secundaria. Por otro lado, la ficha de observación estructurada, al constituir el elemento central para la generación de las conclusiones, se requiere, a diferencia de las tres primeras fichas, su validación por medio del juicio de dos expertos. A fin de ilustrar, los instrumentos aplicados son los siguientes:

FICHA BIBLIOGRÁFICA

NOMBRE DE AUTOR:

TÍTULO DEL LIBRO:

EDITORIAL, LUGAR Y AÑO:

NOMBRE DE LA BIBLIOTECA :

CÓDIGO:

FICHA TEXTUAL

TÍTULO DEL TEMA:

CITA:

NOMBRE DE AUTOR:

TÍTULO DEL LIBRO:

PP

FICHA DE RESUMEN

TÍTULO DEL TEMA:

RESUMEN:

NOMBRE DE AUTOR:

TÍTULO DEL LIBRO:

PP

CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN

Juzgado

Instancia

Expediente

Materia

Sentido del Fallo

Número de Fundamento

Fundamento:

6. Criterios de Validación de Instrumentos

Respecto a los instrumentos aplicados, se debe precisar que, los mismos, fueron validados en su respectiva oportunidad por parte de especialistas en metodología de investigación científica en Derecho, los cuales ostentan el grado de Doctor. Los criterios usados fueron:

objetividad, claridad, actualidad, organización, suficiencia, intencionalidad, consistencia, pertinencia, metodología y coherencia.

El puntaje arribado para la validación fue del 84% de congruencia y fiabilidad con el problema de investigación, objetivos e hipótesis.

7. Universo y Muestra

Antes de abordar el universo y la muestra, se adiciona que, respecto a la ubicación espacial, se consignó de forma genérica “Perú”, esto ha causa que se están revisando la totalidad de pronunciamientos jurisdiccionales que se ha emitido en territorio nacional, teniendo como eje que el conflicto se haya enmarcado dentro de los parámetros del Derecho a ser Madre y las técnicas de reproducción asistida.

Con el fin de delimitar el universo y muestra, y con el objetivo de aprovechar la carencia de pronunciamientos reiterativos, se han analizado la totalidad de procesos judiciales que han contribuido a delimitar los alcances del Derecho a ser Madre, en el marco de las técnicas de reproducción asistida, dando un total de 3 casos acontecidos hasta el año 2023.

Por lo que, la unidad de estudio abarcado fue:

- Las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales, donde se hayan delimitado los alcances del Derecho a ser Madre, en el marco de las técnicas de reproducción asistida.

8. Sistema de Citación

Conforme a los prescrito por el Reglamento de grado y títulos de la Escuela de Post Grado de la Universidad Católica de Santa maría, el formato a utilizado es el APA 7ma edición.

9. Confidencialidad

Dada la Ley de Protección de Datos Personales, Ley 29733, y su Reglamento contenido en el D.S. 003-2013-JUS, se mantiene en reserva los datos de las partes y de los magistrados intervinientes en el capítulo de resultados.

10. Conflicto de Intereses

La autora declara que no tiene conflicto de intereses con la presente investigación.

CAPÍTULO III: RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En el primer capítulo se logró determinar con claridad el estado actual de nuestra legislación acerca de las TERAS, haciéndose evidente que tenemos una normativa muy deficiente donde el muy singular y comentado artículo 7 de la Ley General de Salud resulta muy limitado para regular todas las variantes humanas y jurídicas derivadas del uso de estas nuevas tecnologías científicas. Si bien dicho artículo por un lado promueve el uso de algunas aplicaciones específicas de las TERAS y prohíbe otras, la ambigüedad derivada de su texto es aún bastante amplia; veremos a continuación como la jurisprudencia nacional ha venido resolviendo, pese a estas deficiencias, los casos relacionados con esta problemática, más aún, si como hemos advertido el referido artículo 7 exige que el uso de las TERAS sea realizado en los casos en que la madre y genética y la madre gestante recaigan en la misma persona, lo cual en la práctica constituiría una prohibición y limitación considerable respecto del uso de estas innovadoras técnicas.

1. Procesos Jurisdiccionales Vinculados al Uso de TERAS

Tabla 3

Identificación de Procesos Vinculados al Uso de TERAS y a la Maternidad Subrogada

Nº PROCESO	INSTANCIA	MATERIA	SENTIDO DEL FALLO
Casación 4323- 2010-Lima	Extraordinaria	Nulidad de Acto Jurídico	Fundada
Casación 563- 2011-Lima	Extraordinaria	Adopción por Excepción	Infundada
Exp.06374-2016- 0-1801-JR-CI-05	Apelación	Amparo	Fundada

En forma inicial, se consideró la identificación de los procesos que, en su formulación o contenido, trataron el debate sobre el uso de las TERAS, en el contexto del vientre de alquiler; se les clasificó en base a su código de expediente o casación, el grado o instancia en la cual se expidió la resolución definitiva, la materia en debate y la decisión final. En el caso de los dos primeros procesos se observó que se tramitaron como recursos extraordinarios, mientras el último de estos solo llegó al proceso constitucional mediante el recurso de apelación. De igual manera, las materias en debate fueron la nulidad del acto jurídico, la adopción por excepción y el amparo. Seguidamente, en el primer proceso se amparó la demanda, de igual forma como sucedió en el proceso de amparo, mientras que en el segundo se declaró infundado.

Ante una primera impresión, que en uno de estos procesos se haya declarado infundada la pretensión, se podría colegir que existe un pronunciamiento que se muestra reacio a reconocer la legalidad de las técnicas de reproducción asistidas, en especial las vinculadas a la maternidad subrogada. No obstante, como se determinó en el análisis proceso por proceso, en todas ellas se ha considerado dicho aspecto, realizando una valoración profunda. Así también, del contenido expuesto, se extrae que las materias donde se ha debatido la validez del llamado vientre de alquiler son relacionadas a la familia, siendo la primera de ellas la nulidad de la partida de nacimiento, la segunda un proceso de adopción y la tercera un amparo frente a la denegatoria de modificar el nombre de los padres del registro RENIEC de la menor.

Bajo dichos parámetros, se encontró que la maternidad subrogada, entre un margen temporal oscilante entre 2011 y 2023, solo se ha manifestado en tres casos en particular, presentándose en pretensiones de nulidad de acto jurídico, adopción y acción de amparo.

Tabla 4

Aceptación Jurisprudencial Respecto a la Maternidad Subrogada

Nº PROCESO	ALEGACIÓN DE	ADMISIÓN DEL ALEGATO
	MATERNIDAD SUBROGADA	

	SI	NO	SI	NO
Casación 4323- 2010-Lima	X		X	
Casación 563- 2011-Lima	X		X	
Exp.06374-2016- 0-1801-JR-CI-05	X		X	

Fundamentar cómo se presenta la subrogación de la maternidad y establecer cuál es su tratamiento jurídico.

Respecto a la verificación de la presencia de la maternidad subrogada, se han organizado los criterios mediante la identificación del proceso, la corroboración del uso de alegatos que pretendan defender el uso de la maternidad subrogada y la aceptación del órgano jurisdiccional al momento de tomarla en cuenta. En base a dichas directrices, en todos los casos se ha planteado válidamente el alegato de la maternidad subrogada, así como también se ha aceptado de forma unánime dicha fundamentación.

Aunque parezca contradictorio, en esos tres pronunciamientos, se ha verificado una línea reiterativa; misma que justificó y validó la tesis de la legalidad de la maternidad subrogada, generando precedentes que ahora delimitan una nueva dimensión del derecho a ser madre. Aspecto que contribuyó a plantear los postulados de la presente investigación.

Entonces, se identificó claramente que la maternidad subrogada, se presenta como un alegato de defensa válido que, en suma, con el sustento doctrinario y el apartado jurisprudencial, es tomado en cuenta por los magistrados a la hora de valorar diversos asuntos contenciosos

sobre la filiación o paternidad del menor, teniendo un tratamiento jurídico favorable para el menor, al proteger el vínculo familiar creado.

Tabla 5

Identificación de la TERA Utilizada

PROCESO	TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA UTILIADA
Casación 4323-2010-Lima	Ovodonación
Casación 563-2011-Lima	Inseminación artificial (Ventre de Alquiler)
Exp.06374-2016-0-1801-JR-CI-05	Ventre Subrogado Heterónimo

En forma conjunta, al haberse efectuado los análisis precedentes, se procedió a clasificar los en base a la técnica de reproducción asistida utilizada en cada caso. Para la Casación N° 4323-2010-Lima, el debate giró en torno al uso de la TERA de Ovodonación, contrastándola con el vientre de alquiler. La Casación N° 563-2011-Lima sobre la inseminación artificial realizada bajo los términos del vientre de alquiler. Finalmente, en el Expediente N° 6374-2016-0-1801-JR-CI-05, el asunto controvertido osciló en torno al vientre Subrogado Heterónimo.

Estos tres pronunciamientos evidenciaron, por un lado, que la utilización de TERAS, aunque sea mínima, si ocurre de forma ocasional en la realidad y que, al inmiscuir derechos fundamentales, requiere una regulación positiva. Así también, entre la inmensa cantidad de técnicas de reproducción asistidas, se distinguieron de sobremanera el uso del vientre de alquiler.

Al identificar estas técnicas, se determinó que las principales técnicas de reproducción asistida consisten en las vinculadas al vientre de alquiler, resaltando la inseminación artificial y el vientre subrogado heterónimo.

2. Interpretación General de Cada Proceso Sobre Uso de TERAS

Tabla 6

Justificación de la Decisión Adoptada en la Casación 4323-2010-Lima

FECHA DE EXPEDICIÓN	11/08/2011
DE SENTENCIA	
N° DE FUNDAMENTO	Séptimo
RATIO DECIDENDI	Que, debemos observar que la inseminación artificial permite la posibilidad de la maternidad subrogada o vientre en alquiler, lo cual no es nuestro caso y que además no se encuentra reconocida legalmente en nuestro país, sin embargo, los hechos acaecidos tienen sustento en la técnica de reproducción asistida, denominada ovodonación en virtud de la cual la mujer puede gestar, pero es incapaz de ovular, por lo que se requiere de una donante para que le ceda el óvulo necesitado, al respecto se debe señalar que si bien dicho procedimiento no se encuentra legislado, sin embargo en virtud al axioma jurídico de que “todo lo que no está prohibido está permitido”, reconocido por el Tribunal Constitucional: “En el ámbito del derecho constitucional opera el apotegma jurídico que dice que “sólo le está permitido al Estado aquello que expresamente le ha sido conferido” ello a diferencia de lo dispuesto para la ciudadanía, la que se rige por el principio de que “aquello que no está prohibido, está permitido” por consiguiente el aludido procedimiento de “ovodonación” <u>no es ilícito ni constituye delito, constituyendo más bien un vacío</u>

normativo y jurisprudencial.

PRINCIPIOS INVOCADOS

Interés Superior del Niño

En lo concerniente al análisis de la Casación 4323-2010-Lima, se efectuó el recojo de información considerando la fecha de expedición, la identificación de fundamento definitivo para fundar la decisión y los principios invocados. Para dicho caso, se verificó que la expedición de la sentencia fue el 11/08/2011, el fundamento decisorio fue el séptimo, el cual versó sobre la licitud de las TERAS y, finalmente, se citó, como eje central de interpretación, al principio del Interés superior del niño.

Respecto a la interpretación, se observa que, al revisar la fundamentación textual, se expresa el clásico axioma jurídico de “todo lo que no está prohibido está permitido” haciendo alusión a que, en cumplimiento estricto de la normativa vinculada a la reproducción asistida, la ovodonación no es ilícita, sino que, a raíz de su falta de regulación taxativa, se posiciona en una zona gris, debiendo reconocer su legalidad al no está prohibida de forma expresa y más aún cuando a raíz de esta técnica, se ha generado una familia estable, protegiendo el principio del interés superior del niño.

Lo expuesto revela que, la subrogación de la maternidad, para el caso particular de la ovodonación, debe ser admitida y permitida, al amparo del axioma jurídico citado, inclusive denotando que no constituye un hecho ilegal; por tanto, su tratamiento jurídico, a falta de prohibición expresa, debe generar efectos jurídicos plenos de filiación, reconociendo la legalidad de la TERA en cuestión.

Tabla 7

Justificación de la Decisión Adoptada en la Casación 563-2011-Lima

FECHA DE EXPEDICIÓN

06/12/2011

DE SENTENCIA

N° DE FUNDAMENTO

Duodécimo

RATIO DECIDENDI

Que, en suma, la materia de litis ha sido correctamente resuelta no habiéndose infringido norma alguna, pues debe primar el Interés Superior de la Niña, quien se encuentra viviendo con los pre adoptantes desde que contaba con nueve días de nacida, habiéndose acreditado con los informes psicológicos y sociales que la menor se encuentra viviendo en un adecuado ambiente familiar recibiendo el amor de madre de la demandante, quien pese a no tener vínculos consanguíneos con la misma le prodiga todo lo necesario para su desarrollo integral, y el amor de padre por parte del demandante quien sí es padre biológico de la menor, por lo que la carencia moral de los demandantes que alega la recurrente, no es tal justificándose el accionar de los mismos por los imperiosos deseos de ser padres, conducta que no puede ser reprochada dada la conducta que han demostrado al interior del proceso y fuera de éste con la menor; aunado a ello que la carencia moral que alegan no ha sido advertida por el equipo multidisciplinario ni la Asistente Social del Poder Judicial, quienes a fojas mil veintinueve y quinientos setenta y siete respectivamente han emitido informes favorables a la demandante; por lo que dicho argumento también carece de sustento. Teniéndose además, que los demandados han demostrado el poco valor que le dan a la vida y la deplorable manipulación que han intentado hacer con la vida de un ser indefenso que merece toda la protección de sus progenitores y la Ley; debiéndose resaltar además que ha quedado evidenciado el beneficio económico de los demandados con la aceptación de los

mismos, pues en ningún momento han negado haber recibido dinero por parte de los demandados, y si bien ha precisado que entregarían a la menor para luego viajar a Italia con su familia y que recibieron dinero por ayuda económica, ante las circunstancias de los hechos dichas alegaciones carecen de coherencia y sustento. Por otro lado, estando a que **la menor se encuentra viviendo con los demandantes desde que contaba con nueve días de vida en un ambiente adecuado recibiendo cuidados y amor por parte de éstos, debe primar que los identifica como sus padres y arrancarla de su seno familiar a su corta edad resultaría gravemente perjudicial para su vida,** además de la descalificación de los padres para ejercer su patria potestad sobre la misma, siendo además la adopción una medida de protección a la luz de los hechos detallados; por lo que en atención al Interés Superior del Niño y el Adolescente consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos de las que somos Estado parte; debe declararse infundado el recurso (*Casación 563-2011-Lima, fecha 06/12/2011, Poder Judicial, 2011*)

PRINCIPIOS INVOCADOS

Interés Superior del Niño

En lo concerniente al análisis de la Casación 563-2011-Lima, se efectuó el recojo de información considerando la fecha de expedición, la identificación de fundamento definitivo para fundar la decisión y los principios invocados. Para dicho caso, se verificó que la expedición de la sentencia fue el 06/12/2011, el fundamento decisorio fue el duodécimo, el cual versó sobre que, a la par de que se haya optado por el vientre de alquiler, prima el

vínculo familiar generado, al haber existido entrega de la menor desde la madre de alquiler a la madre contratante, no siendo posible desvincularla de la relación de familiaridad, al intervenir principios como el Interés superior del niño.

Respecto a la interpretación, se observa que, al revisar la fundamentación textual, se expresa que no se toca directamente la licitud o ilicitud del vientre de alquiler, sino que se recurre a una interpretación principialista, dando prioridad al vínculo familiar creado por la madre contratante y la menor, vulnerando su identidad y los cimientos de familiaridad creados.

Lo expuesto revela que, la subrogación de la maternidad, para el caso particular de la inseminación artificial, debe ser amparada, en la medida que se haya generado un lazo de familiaridad real entre la menor y la madre contratante. Sin embargo, se mantiene en una zona de penumbra respecto a la permisibilidad de la inseminación artificial y el vientre de alquiler.

Tabla 8

Justificación de la Decisión Adoptada en el Exp.06374-2016-0-1801-JR-CI-05

FECHA DE EXPEDICIÓN	21/02/2017
DE SENTENCIA	
N° DE FUNDAMENTO	Duodécimo
RATIO DECIDENDI	Se debe tener en cuenta que la Sra. Ballesteros desde un inicio tuvo voluntad pro-creacional para tener hijos, a diferencia de la madre biológica que desde un inicio –y hasta ahora- tuvo una voluntad de entregar a los menores a la Sra. Ballesteros. <u>También se aprecia en autos, que actualmente la Sra. Ballesteros tiene a los menores bajo su guarda y que, de hecho, ejerce los cuidados y atributos propios de una auténtica madre (lo que no</u>

ocurre con la Sra. Rojas), le otorga una mejor posición para ser considerada como madre de los menores.

Y es que este Juzgado no solo debe tener en cuenta los derechos de los adultos que intervienen en esta causa (esposos que querían ser padres y no podían y esposos que podían ser padres y ayudaron a los primeros) sino también el interés superior de los menores. Al respecto, el autor Alex Plácido señala que el interés superior del niño: “... es el conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del niño y que, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción para la debida protección de sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, de prevalencia de lo espiritual sobre lo material (una vez asegurados ciertos mínimos) y de lo futuro sobre lo inmediato (sin descuidar un mínimo de equilibrio afectivo), atendiendo en lo posible a sus gustos, sentimientos y preferencias, etc., que también influyen en los medios elegibles” De acuerdo con lo anterior, en este caso no existe conflicto o dudas sobre la posición que ocupan la Sra. Ballesteros y su esposo frente a los menores, por lo que lo mejor para ellos es que su situación familiar no se vea alterada, criterio que, por lo demás, es el acorde con el sistema convencional de derechos humanos al que nos referimos antes. En ese orden, corresponde un inmediato mandato para que se tutele el derecho a la identidad de los menores, derecho previsto en el inciso 1 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú. Sobre esta disposición de derecho fundamental, el Tribunal Constitucional ha sostenido en forma reiterada que este derecho “(...) ocupa un lugar esencial entre los atributos esenciales de la persona. Como tal representa el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es,

encontrándose constituido por diversos elementos tanto de carácter objetivo como también de carácter subjetivo. Entre los primeros cabe mencionar los nombres, los seudónimos, los registros, la herencia genética, las características corporales, etc., mientras que entre los segundos se encuentran la ideología, la identidad cultural, los valores, la reputación, etc.” (STC 2223- 2005-HC, STC 05829-2009-AA/TC y STC 4509-2011-AA). Ahora bien, con relación al nombre indica el Tribunal que este cumple una función elemental pues a través del mismo “(...) la persona no solo puede conocer su origen, sino saber quién o quiénes son sus progenitores, así como conservar sus apellidos. El nombre adquiere así una trascendencia vital en tanto, una vez establecido, la persona puede quedar plenamente individualizada en el universo de sus relaciones jurídicas y, desde luego, tener los derechos y las obligaciones que de acuerdo a su edad o condición le va señalando el ordenamiento jurídico” (STC 4509-2011-AA), en el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que “El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia” (Sentencia del caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, nota 204, párrafo 184). Por tanto, junto con el derecho a la salud reproductiva, libre desarrollo de la personalidad y a fundar una familia de los padres Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, corresponde también que se otorgue tutela al derecho al nombre de sus hijos de iniciales L. N.R. y C. D. N. R., debiendo el RENIEC reponer las cosas al estado anterior a los agravios generados en su contra, anulando las partidas que emitió y emitiendo nuevas partidas de nacimiento donde conste como sus apellidos

paternos y maternos los de los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros, así como que ellos son sus padres. (*Exp.06374-2016-0-1801-JR-CI-05, 21/02/2017, Poder Judicial, 2017*)

PRINCIPIOS INVOCADOS:

Interés Superior del Niño

Unidad Familiar

En lo concerniente al análisis de la Exp.06374-2016-0-1801-JR-CI-05, se efectuó el recojo de información considerando la fecha de expedición, la identificación de fundamento definitivo para fundar la decisión y los principios invocados. Para dicho caso, se verifico que la expedición de la sentencia fue el 21/02/2017, el fundamento decisorio fue el duodécimo, el cual versó sobre la creación de un lazo de familia entre la madre contratante y la menor, generando auténticas funciones maternas, a diferencia de la madre biológica, interviniendo principios tales como el Interés superior del niño y la Unidad familiar.

Respecto a la interpretación, se observa que, al revisar la fundamentación textual, se expresa que, independientemente del hecho de concurrir un supuesto de vientre de alquiler, lo que prima es el derecho a la identidad, el interés superior del niño y la unidad familiar creada; no siendo válido ignorar la vinculación familiar que se ha generado en el menor, y más aún cuando la madre biológica no se ha interesado en otorgarle a la menor los cuidados que se esperan de una madre.

Lo expuesto revela que, la subrogación de la maternidad, para el caso particular del vientre subrogado heterónomo, debe ser amparada, en la medida que se haya generado un lazo de familiaridad real entre la menor y la madre contratante. Sin embargo, se mantiene en una zona de penumbra respecto a la permisibilidad del vientre de alquiler.

3. Consideraciones Finales Respecto a las Sentencias Analizadas

3.1. *Consideraciones Finales Sobre Casación 4323-2010-Lima*

Mediante esta sentencia final tenemos que la jurisdicción nacional ha determinado que los contratos realizados entre la clínica de fertilidad y las partes son válidos y por consecuencia queda firme la paternidad del varón y la maternidad de la mujer sobre la niña concebida mediante el uso de las TERAS, esto significa que la ovodonación resulta en una técnica viable pero no porque la ley lo diga claramente sino precisamente porque existe una importante omisión al respecto y la jurisprudencia ha decidido llenar ese vacío legal. Ahora bien, en este caso, no debemos olvidar que el varón es aportante directo del gameto masculino mientras que la mujer no aporta el gameto femenino puesto que el óvulo es donado, con esto no se cumpliría la condición puesta de manifiesto en el artículo 7 de la Ley General de Salud que limita el uso de las TERAS a la condición de que la madre genética sea también la madre gestante, pese a ello el fallo casacional admite la ovodonación como una técnica válida y adjudica la paternidad a la pareja que recurrió a dicho procedimiento aun cuando la mujer solo fue gestante y no aportante del material genético. Mosquera Vásquez (2012) que también ha estudiado esta casación, ha dicho sobre ella que:

Debió efectuarse un análisis más profundo respecto a la interpretación del artículo 7 de la Ley General de Salud, en este sentido, desarrollar lo concerniente a los vientres de alquiler y su regulación a nivel internacional, lo mismo con la ovodonación, a fin no solamente de resolver la controversia sino además de ilustrar sobre el tema pues al no existir ley sobre la materia, necesariamente se recurrirá a esta Casación para resolver cualquier proceso similar donde el uso de las técnicas de procreación asistida esté en discusión. (p. 70)

Efectivamente esta resolución ha podido dar mayores alcances interpretativos del referido artículo 7, más aún si dicho fallo podría servir para resolver otros casos similares, aspecto con el que estamos de acuerdo no obstante sabemos que existen otras resoluciones sobre esta problemática que es necesario también conocer y que aquí seguiremos analizando.

3.2. *Consideraciones Finales Sobre Casación 563-2011-Lima*

Pese a estar de acuerdo con este fallo casatorio nos damos cuenta que a lo largo de toda la línea argumental de la Sala esta decide no discutir acerca de la legalidad o no del “alquiler de vientre” o sobre el uso de las TERAS sino que hace un énfasis notable en la necesidad de asegurar a un niño nacido bajo estos procedimientos la existencia de bienes morales y materiales que garantice su supervivencia y adecuado desarrollo, dándole valor así al imperioso deseo de una mujer por tener un hijo y que pese a que por su condición física estéril no puede ni aportar el óvulo ni gestar, el raciocinio judicial le concede la maternidad del niño deseado debido a sus méritos y, por supuesto, a que los procedimientos médicos han sido seguidos con la legalidad y el consentimiento de todas las partes involucradas. Mosquera Vásquez (2012) al comentar sobre esta sentencia, señala que el fallo le parece justo y que *“es evidente que lo resuelto por el juez de la causa era lo mejor para la criatura, no habiéndose vulnerado norma alguna al momento que se emitió la sentencia de vista...”* (p. 66), sin embargo nosotros mantenemos la crítica antes efectuada de que fallos como estos pueden ser más ilustrativos en cuanto a la polémica materia que están resolviendo y convertirse en casos emblemáticos que puedan marcar un mejor derrotero para situaciones similares.

3.3. *Consideraciones Finales Sobre Exp.06374-2016-0-1801-JR-CI-05*

Aun cuando esta resolución judicial se afirma también en la Casación 563-2011-Lima ya comentada, nos parece que esta sentencia es más frontal y completa asumiendo una posición clara sobre la permisibilidad de las TERAS no solo amparándose en su falta de regulación sino sobre todo sustentándose en los derechos fundamentales de las personas y, sobre todo, de las mujeres tal y como nosotros lo hemos hecho a lo largo de nuestra investigación. Aún más esta sentencia incide en otros derechos importantes como el de fundar una familia que a su vez se asienta en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la protección de la familia y, por supuesto, el principio de interés superior del niño, todos ellos involucrados en la familia como núcleo central de la sociedad así sea que sus hijos han sido concebidos de manera natural o a través de procedimientos médicos complejos pero necesarios en el caso de las parejas infértiles que obstinan en tener un hijo.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Se determinó que las principales técnicas de reproducción humana asistida, fuente de controversias en la jurisprudencia nacional, son las vinculadas al vientre de alquiler, remarcando la inseminación artificial y el vientre subrogado heterónomo. Así también, se identificó a la ovodonación como una técnica de reproducción asistida con mayor permisibilidad que las demás. Así también, su regulación normativa se presente de forma difusa pues, aunque tengan reconocimiento normativo, algunas de estas, como el caso de la maternidad subrogada, se posiciona en una zona normativa gris.

SEGUNDA: Se logró fundamentar que la maternidad subrogada se presenta, en lo respectivo al ejercicio jurisdiccional, en diversos procesos como la nulidad del acto jurídico, adopción y amparo. De igual forma, se estableció qué tratamiento jurídico es favorable ya que, al alegar el vínculo de parentesco en virtud de la maternidad subrogada, dicha defensa es aceptada en la totalidad de los casos, pero solo cuando se ha creado una relación de familiaridad creada y establecida a lo largo del tiempo. La postura acotada se justifica en la constante identificada como axioma del derecho; misma que es admitida por la Administración de Justicia sobre la regulación de las TERAS y que prescribe que “aquello que no está prohibido está permitido”.

TERCERA: Se han explicado los principales derechos sexuales y reproductivos que tienen las mujeres en el Perú, resaltando como derechos sexuales los siguientes: derecho a fortalecer la autonomía y la autoestima en el ejercicio de la sexualidad, derecho a explorar y a disfrutar de una vida sexual placentera, derecho a elegir las parejas sexuales, derecho a vivir la sexualidad sin ningún tipo de violencia, derecho a tener relaciones sexuales consensuadas, derecho a decidir libre y autónomamente cuándo y con quién se inicia la vida sexual, derecho a decidir sobre la unión con otras personas, derecho a vivir y expresar libremente la orientación sexual e identidad de género, derecho a la protección y prevención de infecciones de transmisión sexual o embarazos no deseados, derecho a recibir información y al acceso a servicios de salud de calidad sobre todas las dimensiones de la sexualidad, sin ningún tipo de

discriminación. Por su lado, los derechos reproductivos son los siguientes: derecho a tomar decisiones sobre la reproducción sin sufrir discriminación, coerción, ni violencia, derecho a decidir libremente si se desea o no tener hijas o hijos, derecho a decidir sobre el número de hijas o hijos que se desean y el espacio de tiempo entre un embarazo y otro, derecho a decidir sobre el tipo de familia que se quiere formar, derecho a ejercer la maternidad con un trato equitativo en la familia, espacios de educación y trabajo, derecho a una educación integral para la sexualidad a lo largo de la vida, derecho a acceder a métodos de anticoncepción modernos, incluida la anticoncepción de emergencia, derecho al acceso a los servicios integrales de salud y atención médica para garantizar la maternidad segura, derecho a acceder a los beneficios de los avances científicos en la salud sexual y reproductiva. Cabe precisar que, todos los derechos enunciados, poseen su respectiva fundamentación en diversos instrumentos internacionales, entre los que destaca La Convención Sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

CUARTA: Se analizó la naturaleza jurídica del derecho a ser madre, definiéndolo como uno de carácter programático e íntegramente entrelazado con los derechos constitucionales nominados. Dicho sustento constitucional es apreciado claramente de la revisión textual de la constitución. Por ejemplo, con el artículo 6 de la Constitución de 1993 se establece el derecho de las personas a decidir, lo que incluye las decisiones sobre su propio cuerpo y su capacidad reproductiva; asimismo los derechos sexuales son aquellos que están relacionados con el libre desenvolvimiento de nuestra sexualidad en condiciones de igualdad, el respeto hacia el cuerpo, la orientación de género y la libre elección de la pareja, entre otros, mientras que en los derechos reproductivos se encuentran los derechos relacionados con la libre elección sobre tener hijos o no, decidir cuantos hijos tener, la periodificación entre ellos, el derechos a obtener información veraz y transparente sobre los métodos de planificación y las técnicas de reproducción asistida, así como el acceso a los servicios de salud. Del mismo modo, para el caso de la mujer estéril, pese a sus limitaciones físicas de diversa índole en cuanto a su

capacidad reproductiva, es un ser humano que posee dignidad y derechos. El derecho a ser madre de las mujeres estériles se sustenta en el derecho a decidir y en la existencia de derechos sexuales y reproductivos, y en el hecho de que las técnicas de reproducción asistida no ocasionan ningún daño a las personas y que se aplican de manera progresiva tratando de imitar la procreación natural.

QUINTA: Se propusieron los aspectos básicos de una regulación positiva de las Técnicas de Reproducción Asistida, la cual entra en consonancia con el Derechos a ser Madre. Esta regulación partió del estudio del artículo 7 de la Ley General de Salud, siendo la única norma que se refiere de manera parcial, pero seriamente deficiente respecto a las técnicas de reproducción asistida en el Perú, indicando que está permitido su uso, pero al mismo tiempo las restringe puesto que dicho artículo señala que el uso de las TERAS solo podrá producirse cuando la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona, condición que es arbitraria e injusta puesto que impide la subrogación de la maternidad y la donación de ovocitos que podrían suponer para las mujeres estériles las únicas acciones eficaces para lograr tener hijos. En el derecho comparado existe diversidad de posiciones respecto al uso de las TERAS, empezando por muchos países que no tienen regulación específica, luego otros que tienen normativas permisivas sin mayores restricciones mientras que en otros países hay regulaciones restrictivas y también deficientes.

RECOMENDACIONES

En este contexto somos de la opinión que una regulación afirmativa de las técnicas de reproducción asistida en el Perú que permitan dar sustento al derecho a ser madre deben tener las siguientes condiciones específicas; debe existir justificación médica debidamente comprobada, la donación de gametos masculino o femenino debe ser gratuita, la finalidad lucrativa debe estar limitada a garantizar el éxito de la reproducción y la salud del niño por nacer, consentimiento informado previo, escrito y revocable hasta antes de la fecundación; todo ello debe estar en consonancia con el respeto a los principios bioéticos y las TERAS solo pueden ser disponibles para parejas heterosexuales, aspectos que se detallan de la siguiente forma:

PRIMERA: Respecto a la justificación médica debidamente comprobada, aunque puede parecer obvia y quizás innecesaria la introducción de este elemento como requisito fundamental para el acceso a las TERAS, debe quedar establecido de manera expresa por dos motivos fundamentales: en primer lugar, queda claro que para acceder a las TERAS se deben haber agotado antes ciertos procedimientos básicos que pueden elevar los niveles de éxito para la procreación por la vía natural (por ejemplo la estimulación ovárica) y, por ende, de no resultar viables estos acercamientos médicos deberá contar clínicamente la condición de esterilidad, incapacidad gestativa, falta de producción ovárica o espermática, etc., mediante certificado médico debidamente reconocido por un centro médico o especialistas en la materia; la razón de ser meticulosos en esta exigencia se debe en garantizar el derecho a ser madre a las personas que en realidad lo necesiten y que evidentemente puedan justificar esa necesidad. En segundo lugar, con esta exigencia estamos entablando al mismo tiempo una decisiva y útil prohibición que consiste en que quedan vedadas las prácticas de las TERAS para todas aquellas personas que sin contar con una limitación comprobada y certificada de su capacidad reproductiva quieran acceder a ellas basados en otros motivos, menos esclarecidos y más difusos, como puede ser: un miedo superficial al parto o el temor a que su cuerpo no sea el mismo después del alumbramiento, etc., situaciones que no son compatibles con un verdadera anhelo de lograr la maternidad.

SEGUNDA: Respecto a la donación de gametos en forma gratuita; los gametos (masculino y femenino) o células sexuales reproductoras son donados de forma gratuita a los Bancos de Semen y/o de Óvulos previa evaluación médica del donador para garantizar su condición de buena salud, de allí los óvulos o espermatozoides son derivados para su uso por las Clínicas de Fertilidad. Este sistema de gratuidad creemos que debe mantenerse y exigirse como requisito fundamental para que no exista un comercio de óvulos o de espermatozoides que vaya a mercantilizar su uso y pervertir las nobles finalidades que tienen las TERAS, así también con esta gratuidad y libre accesibilidad a los óvulos y espermatozoides donados evitamos un probable uso eugenésico que implique “comprar” gametos con determinadas características genéticas a elección del comprador, como puede ser: el color de ojos, el color de la piel, el color del cabello, la estatura, etc., circunstancias que podrían resultar en discriminatorias y contrarias al principio bioético de justicia.

TERCERA: Respecto a la limitación de la finalidad lucrativa, se plantea regular el aspecto económico en las relaciones contractuales derivadas del uso de las técnicas de reproducción asistida es sumamente complejo por dos motivos fundamentales: por un lado, si se regula a favor de una libertad económica sin restricciones se corre el riesgo latente de que el objeto de la transacción (por ejemplo, el vientre de alquiler) caiga en un mercantilismo que no solo haga subir de precio dicha práctica y que su acceso esté destinado exclusivamente a parejas pudientes sino que desvirtúe la necesidad y el anhelo de las parejas infértiles y que el acceso a las TERAS se convierta así en un mercantilismo elitista que resultaría violatorio del principio bioético de justicia. Por otro lado, prohibir completamente las transacciones de tipo económico es una medida irreal ya que las parejas y su eventual cliente (la mujer que alquila su vientre) seguirán transando de manera clandestina puesto que dar a luz un bebé tampoco es que surja de la nada, sino que se requieren considerables atenciones en cuanto a alimentación especial, salud y evaluaciones médicas, y otros que significan gastos dinerarios, los cuales debieran ser asumidos por la pareja contratante que, al fin y al cabo, es la directamente involucrada en el bienestar del niño por nacer. Ante ello, nosotros creemos que existe un punto medio que puede

implementarse como política regulatoria de la parte económica en los acuerdos de maternidad subrogada y que consiste en limitar la entrega de dinero a los aspectos sustanciales y necesarios del proceso del embarazo y por tanto prohibir los que se refieran al lucro o ganancia entre las personas involucradas, por supuesto que la remuneración de los profesionales y los centros de fertilidad ha de mantenerse y regularse según las leyes del mercado, lo que aquí tratamos de evitar con esta medida es el que la subrogación de la maternidad sea vista como un mero intercambio comercial que puede masificarse para ganar más dinero y no como una situación excepcional que debe mantenerse siempre dentro de ciertos límites.

CUARTA: Respecto al consentimiento informado previo, debe considerarse que, el consentimiento informado empieza a verse como un requisito fundamental al momento de afirmar varias acciones relativas a la salud humana, en este caso creemos que debe constar expresamente en una posible norma regulatoria de las TERAS la necesidad de la obligatoriedad de que el consentimiento que exprese la pareja usuaria debe quedar por escrito, asimismo la información que se les brinde debe ser dada con anticipación de modo que se trate de una decisión basada en hechos y en datos verídicos. Asimismo, en atención al principio bioético de autonomía, si una persona decide someterse a un tratamiento basado en las TERAS y en medio del tratamiento decide retractarse debe valorarse y accederse a su voluntad puesto que no se puede obligar a una persona a seguir con los procedimientos faltantes si es que ya no lo desea, por lo tanto, creemos que el consentimiento puede ser revocable en cualquier etapa de la aplicación de las TERAS, por lo menos, hasta un momento antes de la fecundación.

QUINTA: Como ya habíamos señalado, somos de la opinión que los principios bioéticos no solo deben quedar como directrices ideales en el uso de las técnicas de reproducción asistida, sino que deben constituir lineamientos obligatorios y tener postulados expresos para su cumplimiento además de sanciones estrictas en caso de su incumplimiento. En la presente delimitación de requisitos que configurarían una adecuada regulación legal de las TERAS ha quedado

comprobado que varias de estas condiciones subsisten muy bien cuando están acompañadas de estas directrices bioéticas, y por ende se hace necesario asegurar que los principios de autonomía, beneficencia y justicia se encuentren garantizados con su formulación expresa.

SEXTA: Otro aspecto completamente polémico acerca de las TERAS es el referido a quiénes pueden hacer uso de ellas, el debate oscila entre aquellos que señalan que estos procedimientos deben estar abiertos y ser accesibles a todo tipo de personas y parejas, nos referimos a parejas homosexuales o a mujeres u hombres solos, mientras que otro sector indica que dichas técnicas deben estar restringidas para ser usadas solo por parejas heterosexuales; este es el momento para asumir una posición al respecto. Nosotros estamos en desacuerdo con la opción que señala que el uso de las TERAS no debe tener restricción alguna en cuanto al tipo de relación formal que tengan los usuarios, nuestro argumento es como sigue: si bien las parejas “gays” (lesbianas u homosexuales) y las personas solas (hombres y mujeres) tienen garantizados sus derechos como personas en el Perú hay que entender que las parejas “gays” no conforman jurídicamente hablando una relación formal de atributos iguales a los de una familia; en nuestro país, como sabemos, las parejas “gays” no pueden casarse ni tan siquiera pueden constituir una unión civil y por ello la relación con una probable filiación de contenido jurídico se hace muy improbable, recordemos por ejemplo que en el estado actual de nuestra legislación las parejas “gays” no pueden adoptar a niños. En cuanto a los hombres y mujeres solos resulta obvio que no existe una pareja que pueda significar el comienzo de una familia, por lo tanto, debe mantenerse la restricción también para ellos; si bien existen madres solteras y padres solteros, se trata de situaciones excepcionales que no son deseables y que el Estado haría mal en permitir que los niños por nacer mediante las TERAS nazcan premeditadamente sin un padre o sin una madre, lo cual afectaría el principio de interés superior del niño. Es por esto que nosotros nos inclinamos a señalar que debe restringirse el uso de las técnicas de reproducción asistida únicamente a las parejas matrimoniales (o las de convivencia debidamente acreditada) puesto que en el seno de una familia heterosexual es donde un niño que ha nacido bajo dichos procedimientos va a

poder desarrollarse plenamente, recordemos que mediante el uso de las TERAS no estamos creando niños especiales o de una raza diferente, son seres humanos como nosotros, con la misma dignidad y derechos; lo único que hace la reproducción asistida es tratar de imitar con la menor intervención posible a la reproducción natural usando técnicas e instrumentos de laboratorio, simplemente es eso, por ende el niño que ha nacido mediante las TERAS requerirá (como cualquier otro niño) de un padre y una madre que le aseguren su supervivencia y desarrollo normal. Si un hombre y una mujer quieren un hijo pueden lograrlo mediante la vía natural o, en caso de impedimento, por algún método asistido conforme lo ha de permitir el Derecho moderno siempre y cuando se cumplan algunas condiciones como las que aquí se han mencionado; lo que no puede hacer el Derecho es permitir que nazcan niños dentro de familias disfuncionales o sin padre o madre puesto que ello significa un riesgo para su desarrollo natural, que las leyes deben evitar.

REFERENCIAS

- Ales Uría, M. (2020). La dignidad humana y el derecho de disposición sobre el propio cuerpo. Reflexiones a partir del rechazo de tratamientos médicos y los acuerdos de maternidad subrogada. *Díkaion*, 29(1), 39-65. <https://doi.org/10.5294/dika.2020.29.1.2>
- Álvarez Jara, C. (2019). La fecundación in vitro, régimen jurídico en la legislación paraguaya y determinación de la filiación. *Revista Científica Estudios E Investigaciones*, 8 (1), 153-154. <https://doi.org/10.26885/rcei.foro.2019.153>
- Aramani, Michele (2007). *Introducción a la Bioética*. Editorial San Pablo.
- Arango de Montis, I. (2008). *Sexualidad Humana*. Editorial El Manual Moderno.
- Argüello Pazmiño, S. (2019). De la politización a los regímenes de ciudadanía. Ajustes analíticos para estudiar las disputas por los derechos sexuales. *Estudios sociológicos*, 37(110), 489-504. <https://doi.org/10.24201/es.2019v37n110.1790>
- Barroso Figueroa, J. (1996). *Maternidad, paternidad y genética (un problema de libertad)*. En: *Estudios Jurídicos que en Homenaje a Antonio de Ibarrola Aznar presenta el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*. Filiberto Cárdenas Uribe Editor y Distribuidor y Facultad de Derecho de la UNAM.
- Bermeo Antury, E., y Corredor Torres, J. (2022). El embrión humano fecundado in vivo vs. el embrión humano fecundado in vitro: un análisis de los derechos, de estas dos formas de concepción de vida, en el derecho comparado y Colombia. *Revista de Derecho*, (57), 105-132. <https://doi.org/10.14482/dere.57.184.001>
- Bernales Ballesteros, E. (1999). *La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Quinta edición*. Constitución y Sociedad y Editora Rao.
- Castellanos Claramunt, J. (2020). Análisis de la maternidad subrogada como nueva tecnología en el ámbito biomédico y jurídico-filosófico: avance técnico, retroceso humano. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 17(1), 62-80.

<https://doi.org/10.4995/reinad.2019.11933>

- Cárdenas Krenz, R. (2015). El derecho a la identidad biológica de las personas nacidas mediante reproducción asistida en la doctrina, jurisprudencia y legislación peruana. En: *Persona y Familia. Revista del Instituto de la Familia*. 4(1), 47-65.
- Cárdenas Quirós, C. (1998). Fecundación extracorpórea, protección jurídica del embrión y reforma del Código Civil del Perú. *Revista Ius Et Veritas*. 17(1), 196-204.
- Carreño Meléndez, J., Bum Grynberg, B., Sánchez Bravo, C., Henales Almaraz, M. (2008). Salud Psicológica en la Mujer Estéril. *Revista Perinatología y Reproducción Humana*, 22(1). 290-302.
- Casación 4323-2010-Lima (11 de agosto del 2011). Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
- Casación 563-2011-Lima (06 de diciembre del 2011). Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
- Cívico Vallejos, Y., Hernández Dacruz, B. y Cívico Vallejos, S. (2022). Selección de embriones en los tratamientos de fecundación in vitro. *Clínica e Investigación en Ginecología y Obstetricia*, 49(1). <https://doi.org/10.1016/j.gine.2021.100709>
- Código Civil [CC]. Decreto Legislativo 295 de 1984. 24 de julio de 1984 (Perú).
- Código Civil [CC]. Ley N° 19.741. 16 de mayo del 2000 (Chile).
- Código Civil y Comercial [CCC]. Ley 26.994 de 2014. 02 de octubre del 2014 (Argentina).
- Constitución Política de Perú [Const]. Art. 4. 27 de noviembre de 1993 (Perú).
- Constitución Política de Perú [Const]. Art. 6. 27 de noviembre de 1993 (Perú).
- Constitución Política de Perú [Const]. Art. 7-A. 27 de noviembre de 1993 (Perú).
- Constitución Política de Perú [Const]. Art. 23. 27 de noviembre de 1993 (Perú).
- Convención Sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. 18

de diciembre de 1979.

Costoya Arrigoni, A. *Reproducción Asistida en Chile*. En: Página Web de *Economía y Negocios Online*, edición del 20 de setiembre del 2018. Disponible en internet (actualizado al 10 de enero del 2023): <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=506216>

Escobar Triana, Jaime; y, Aristizábal Tobler, Chantal (2011). *Los Principios en la Bioética: Fuentes, propuestas y prácticas múltiples*. En: *Revista Colombiana de Bioética*. Volumen 6. Universidad El Bosque, Bogotá, pp.76-109.

Expediente 06374-2016-0-1801-JR-CI-05 (21 de febrero del 2017). Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Fernández Flecha, M. (2020). *Guía de Investigación en Derecho*. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sociedad Española de Fertilidad. (2011). *Fertilidad y Reproducción Asistida*.

Galiano Maritan, G., Morffi Collado, C. y León Fadruga, D. (2020). El derecho del no nacido frente a la eugenesia mediante la selección de embriones en la fecundación in vitro. *Revista Universidad De Guayaquil*, 130(1), 28–38. <https://doi.org/10.53591/rug.v130i1.1365>

García San José, D. (2018). La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados Parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del TEDH en relación con la gestación por sustitución. *Revista española de derecho constitucional*, 113 (1), 103-130. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.113.04>

Garzón Jiménez, Roberto (2007). *Reproducción Asistida*. En: *Revista Mexicana de Derecho*. Número 9. Colegio de Notarios del Distrito Federal, pp. 97-116.

Hernández Sampieri, R. (2018). *Metodología de la Investigación: Las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. MCGRAW-HILL

Hidalgo Bravo, Irene; *et. al.* (2017). *Un estudio exploratorio sobre las vivencias de mujeres con problemas de esterilidad*. Alicante, Área de Innovación y Desarrollo S.L.

Imaz, E. (2016). Igualmente, madres: Sentidos atribuidos a lo biológico, lo jurídico y lo cotidiano en las maternidades lesbianas. *Quaderns-e de l'Institut Català d'Antropologia*, 21(2), 39-41. ISSN 169-8298

Kurczyn Villalobos, Patricia (2004). *Acoso sexual y discriminación por maternidad en el trabajo*. México, Universidad Nacional Autónoma de México.

Ley 14/2006 de 2006. Técnicas de Reproducción Humana Asistida. 26 de mayo del 2006. D.O. No. 9292.

Ley N° 1953 de 2019. Ley que establece los lineamientos para el desarrollo de una política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento. 20 de febrero del 2019. D.O. No. 1953.

Ley N° 19167 de 2013. Ley de Regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. 22 de noviembre del 2013. D.O. No. 28.854.

Ley 26842 de 1997. Ley General de Salud. 15 de julio de 1997. D.O. No. 341120-1.

Ley 29896 de 2012. Ley que establece la implementación de lactarios en las instituciones del sector público y del sector privado promoviendo la lactancia materna. 22 de junio de 2012. D.O. No. 811431-1.

Ley 26.862 de 2013. Ley de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción médicamente asistida. 25 de junio del 2013. D.O. No. 123456789

Ley 28983 de 2007. Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres. 16 de marzo del 2007. D.O. No. 37668-1.

Lillo Crespo, Manuel (2018). *Evolución del fenómeno de la maternidad en las instituciones sanitarias desde la perspectiva de género*. En: Téllez Infantes, Anastasia (Coordinadora). *Despejando la senda de la igualdad*. Alicante, Universidad Miguel

Hernández de Elche.

- Llaguno Concha, A. (2015). Factores socioepidemiológicos y clínicos presentes en mujeres atendidas en consulta de infertilidad. *Revista Cubana de Obstetricia y Ginecología*. 1(4). <http://www.revginecobstetricia.sld.cu/index.php/gin/article/view/6/6>
- Maoño, C. y Vazquez, N. (2000). *Derechos Sexuales y Reproductivos*. En: *Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo*. Página web del Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional. Disponible en internet (actualizado al 10 de enero del 2023): <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/66>
- Marrades Puig, A. (2002). *Luces y sombras del derecho a la maternidad: análisis jurídico de su reconocimiento*. Universidad de Valencia.
- Mazo Álvarez, H. (2012). La autonomía: principio ético contemporáneo. *Revista Colombiana de Ciencias Sociales*. 3(1), 115-132.
- Meléndez López, L. (2016). Hablemos de embarazos forzados y violencia sexual. *Derecho & Sociedad*, (47), 243-257. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/18888>
- Mosquera Vásquez, C. (2012). El primer caso de “vientre de alquiler” en la Corte Suprema. *Revista Dialogo con la Jurisprudencia*. 1(167), 55-63.
- Mosquera Vásquez, C. (2012). El primer caso de ovodonación en la Corte Suprema. *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*. 166(1), pp. 67-70.
- Olaya Godoy, M. (2014). *Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario*. Librería Editorial Dykinson.
- Pardo Caballos, A. (2010). *Cuestiones Básicas de Bioética*. Ediciones Rialp.
- Peláez Narváez, A. (2009). *Maternidad y Discapacidad*. Barclays Fundación y Ediciones Cinca.
- Pérez de la Merced, H. (2018). La intimidad es política. Una mirada a los derechos sexuales

- y reproductivos de las mujeres con diversidad funcional. *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, (7), 37–44. <https://doi.org/10.15366/jfgws2018.7.004>
- Quijano Caballero, O. (2016). La salud: derecho constitucional de carácter programático y operativo. *Revista Derecho y Sociedad*. 47(1), 306-319.
- Reguera Andrés, M. (2016). *El derecho a la salud reproductiva: Configuración en el marco jurídico nacional e internacional*. Editorial de la Universidad de Cantabria.
- Rivas A., Lores F. y Jociles M. (2019). El anonimato y el altruismo en la donación de gametos: la producción de biocapital en la industria reproductiva. *Política y Sociedad*, 56(3), 623-644. <https://doi.org/10.5209/poso.60564>
- Romeo Casabona, C. (2019). Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿Aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución?. *Folia Humanística*, 1(8), 1–23. <https://doi.org/10.30860/0034>
- Romero Rubio, C. (2019). Maternidad subrogada: lagunas en el ordenamiento jurídico colombiano. ¿Con qué elementos cuenta el juez para adoptar su decisión? *Iusta*, 1(50), 175-189. <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2019.0050.07>
- Rubio Correa, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993-Tomo 1 y 2*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ruiz Balda, J. (1998). *Aspectos científicos de la fecundación in vitro*. En: Gafo, Javier (Editor). *Procreación Humana Asistida: Aspectos Técnicos, Éticos y Legales*. Universidad Pontificia Comillas.
- Rupay Allcca, L. (2019). La maternidad subrogada gestacional altruista en el Perú: problemática y desafíos actuales. *Derecho & Sociedad*, (51), 103-117. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/20862>
- Sánchez Díaz, S., Podestá González, S. y Garrido, P. (2018). Ser madre fuera de la heteronormatividad: Trayectorias vitales y desafíos de familias homoparentales chilenas. *Psicoperspectivas*, 17(1), 52-63. <https://dx.doi.org/10.5027/psicoperspectivas-vol17-issue1-fulltext-1202>

- Sánchez Martínez, O. (2017). Las certezas del interés superior del menor en el contexto de los derechos de la infancia. *Anuario de la Facultad de Derecho Universidad de Alcalá*, 10(1), 43-73. <https://doi.org/10.2307/j.ctvq4bzjd.4>
- Schoschana Zusman, T. (1948). *La interpretación de la Ley- Teoría y Métodos*. Pontifica Universidad Católica del Perú.
- Simental Franco, V. y Ortega Laurel, C. (2022). La maternidad subrogada. Anomías y antinomias en la legislación mexicana. *Revista Díke*, 1(31). <http://dx.doi.org/10.32399/rdk.0.31.1865>
- Siverino Bavio, P. (2012). *Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú*. En: *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, 58(3), 213-220.
- Soriano Moreno, S. (2016). *Fundamento constitucional del derecho a la maternidad o paternidad*. En: Peralta Carrasco, Manuel (Director). *Derecho de Familia: nuevos retos y realidades. estudios jurídicos de aproximación del derecho latinoamericano y europeo*. Editorial Dykinson.
- Stassen Berger, K. (2009). *Psicología del desarrollo: adultez y vejez*. Editorial Médica Panamericana.
- Taboada, L. (1986). *La maternidad tecnológica: de la inseminación artificial a la fertilización in vitro*. Barcelona, Editorial Icaria.
- Tame Ayub, N. (2016). *Infertilidad: una guía de acompañamiento durante la búsqueda de un nuevo ser*. México D.F., House Grupo Editorial.
- Tinant, E. (2008). *Bioética Jurídica. Diccionario Latinoamericano de Bioética*. UNESCO.
- Tuzet, G. (2020). Analogía e interpretación teleológica. Un caso aragonés: ¿palas eólicas como ramas?. *Isonomía*, 53(1), 108-126. ISSN 1405-0218
- Valero Heredia, A. (2019). La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales. *Teoría y Realidad Constitucional*, 43(1), 421-440. ISSN 1139-5583

Varsi Rospigliosi, E., y Mardini Burgos, J. (2021). Los contratos de maternidad subrogada desde una perspectiva del Análisis Económico del Derecho. *Revista de Bioética y Derecho*, (53), 159-180. <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2021.53.32618>

ANEXOS

ANEXO 1

PLAN DE TESIS

Universidad Católica de Santa María

Escuela de Postgrado

**Maestría en Derecho Procesal y Administración de
Justicia**



**EL DERECHO A SER MADRE: ALCANCES Y
LIMITACIONES DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN
ASISTIDA EN EL PERÚ, 2023**

Tesis presentada por la Bachiller:
Villasante Itusaca, Margot Marina

Para optar el Grado Académico de:
**Maestra en Derecho Procesal y
Administración de Justicia.**

**Arequipa - Perú
2024**

CONTENIDO

Preámbulo

I. PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1. Problema de Investigación
 - 1.1. Enunciado del Problema
 - 1.2. Descripción del Problema
 - 1.1.1. Área del Conocimiento
 - 1.1.2. Análisis de variables
 - 1.1.3. Interrogantes Básicas
 - 1.1.4. Tipo y Nivel de Investigación
 - 1.3. Justificación
2. Marco Conceptual
3. Antecedentes Investigativos
4. Objetivos
5. Hipótesis

II. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1. Técnicas e Instrumentos
2. Campo de Verificación
 - 2.1. Ubicación espacial
 - 2.2. Ubicación temporal
 - 2.3. Unidades de estudio
3. Estrategias de recolección de datos
4. Cronograma de trabajo
5. Referencia

PREÁMBULO

En el artículo 6 de la Constitución peruana de 1993, relativo a la Política Nacional de Población, se señala que el Estado “reconoce el derecho de las familias y las personas a decidir”. Teniendo en cuenta el contexto previo a la promulgación de dicha Carta y a su interpretación literal podemos entender que el derecho a decidir estaba relacionado con el momento en que la familia y las personas deciden tener a sus hijos y, también, con la cantidad de los mismos. Empero, hoy en día, ya en pleno Siglo XXI, parece que este artículo de nuestra Carta Magna requiere de una urgente re-interpretación. En efecto, el avance de la biotecnología, llamada también ingeniería genética, y que ha implicado algunas transformaciones en el mundo del Derecho (como por ejemplo en el examen de ADN que es determinante de la paternidad y prueba plena en casos criminales), ha permitido que muchas mujeres y familias que tenían como anhelo el tener hijos y que no podían ser madres debido a problemas de fecundación o de gestación, puedan ser sometidas a diversos y distintos procedimientos a fin de superar la deficiencia física y lograr el objetivo soñado. En efecto, a través de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TERAS) una pareja cuyos integrantes tienen problemas de esterilidad (uno o ambos), o una persona que no tiene inconvenientes sobre su capacidad fértil pero que no tiene pareja, pueden acudir a una clínica especializada y en base a la aplicación de estas técnicas lograr la fecundación y la gestación del ansiado hijo. Empero, pese a la viabilidad de estas técnicas científicas, la parte jurídica no resulta tan sencilla. Esto se debe a que las referencias que existen en nuestra legislación sobre las TERAS (por ejemplo, en la Ley 26842, Ley General de Salud) son claramente insuficientes. En contra de la libre determinación de las mujeres para decidir sobre su maternidad y aplicar los nuevos procedimientos se alza no solo el vacío legal sino también la incompreensión de un sector social que no admite las innovaciones de la modernidad y no

cree que el derecho a ser madre tenga sustento jurídico. En este marco nos proponemos estudiar esta problemática ligada al uso de las Técnicas de Reproducción Asistida en el Perú, de modo que podamos determinar el fundamento jurídico existente respecto del derecho a la maternidad y proponer las bases regulatorias que puedan superar el vacío que, al parecer, la práctica clínica no está tomando en cuenta y, por ende, se deben estar suscitando severos inconvenientes que el Derecho debe buscar evitar en su condición de guardián del orden social.

I - PLANTEAMIENTO TEÓRICO.

1.- PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.

1.1.- Enunciado del Problema.

REGULACIÓN LEGAL ESPECÍFICA SOBRE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SU INCIDENCIA EN TORNO A LA SUBROGACIÓN DE LA MATERNIDAD EN EL PERÚ, 2023.

1.2.- Descripción del problema.

En nuestra realidad social se presentan muchos casos en donde uno de los miembros de una pareja, o ambos, sufren de alguna disfunción orgánica que les impide tener hijos; esta disfunción (total o parcial) en sus capacidades reproductivas puede ser contrarrestada a través del uso de unos innovadores procedimientos médicos conocidos como Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TERAS) y que agrupan un variado conjunto de intervenciones médicas en las cuales se práctica por ejemplo: la fecundación intrauterina o extrauterina, la donación e implante de óvulos, la donación de material seminal masculino para inseminación artificial, la subrogación de la maternidad a través del vientre de alquiler, entre muchas otras técnicas. El problema se origina cuando algunos de estos casos generan controversias entre las partes involucradas y al tratar de acudir a la ley (en este caso la Ley General de Salud en su artículo 7, que data de julio del 1997) para buscar un camino de solución a los eventuales problemas, nos encontramos con que la escasa legislación al respecto es muy deficiente y en vez de indicar un camino satisfactorio para dar fin

a un conflicto más bien lo coadyuva por su ambigüedad y sus anacronismos. Esta problemática se hace harto más evidente en los casos de disociación de la maternidad (vientre de alquiler) en donde una mujer aporta su material genético (óvulo) para ser fecundado en laboratorio, pero al estar incapacitada fisiológicamente de llevar a cabo la gestación la subroga a otra mujer para que gesté a su hijo, presentándose en algunos casos que la mujer gestante no quiere entregar al niño luego del alumbramiento pese a que no guarda con este ningún tipo de filiación. Es claro que las mujeres tienen derechos sexuales y reproductivos que están garantizados por las diferentes convenciones de Derechos Humanos, sin embargo no se trata tampoco de que ante el vacío legal existente el uso de las TERAS sea lo más amplio y permisible posible; más bien, debe hallarse una ponderación satisfactoria entre el derecho de las mujeres a decidir sobre su reproducción y, también, el derecho de los hijos por venir; de este modo podemos asegurar que los avances de la ciencia por muy sorprendentes que sean no colisionen con la esencia y contenido de los Derechos Humanos.

1.2.1.- Área del conocimiento.

El problema de investigación se encuentra ubicado en:

- a) Campo : Derecho.
- b) Área : Derecho Constitucional.
- c) Línea : Derechos sexuales y reproductivos.

1.2.2.- Análisis de las variables.

TIPO	VARIABLE	INDICADORES	SUBINDICADORES
			- Derecho a la Autonomía Sexual - Derecho a la Equidad Sexual

DEPENDIENTE	EL DERECHO A SER MADRE	DERECHOS SEXUALES REPRODUCTIVOS	- Derecho a decidir. - Derecho a la planificación libre y responsable. - Derecho a la información científica.
		LA MATERNIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO	- Tipología de la maternidad.
			- Subrogación de la maternidad
		EL DERECHO A SER MADRE	- Naturaleza jurídica del derecho a la maternidad.
			- Derecho a ser madre de la mujer estéril y de la mujer soltera.
			- El derecho a ser madre en la legislación nacional.
			- El derecho a ser madre en la legislación comparada.
INDEPENDIENTE	TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL PERÚ	ALCANCES DE LAS TERAS EN EL PERÚ	- Principales Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS).
			- Derecho a la identidad e intimidad genética.
		LIMITACIONES DE LAS TERAS EN EL PERÚ	- Regulación deficiente de las TERAS.
			- Propuesta de una regulación positiva de las TERAS en el Perú.

1.2.3.- Interrogantes básicas.

- ¿Cuáles son las principales Técnicas de Reproducción Humana Asistida y cómo se presenta su regulación legal en el Perú?
- ¿Cómo se presenta la subrogación de la maternidad y cuál es su tratamiento jurídico?

- c) ¿Cuáles son los principales derechos sexuales y reproductivos que tiene la mujer en el Perú?
- d) ¿Cuál es la naturaleza jurídica y el sustento constitucional del derecho a ser madre en el Perú?
- e) ¿Cuáles son los aspectos básicos de una regulación positiva de las Técnicas de Reproducción Asistida en nuestro país que nos lleven a afirmar que existe un derecho a ser madre?

1.2.4.- Tipo y nivel de investigación:

La investigación será:

- a) Por su finalidad : Aplicada.
- b) Por el tiempo que comprende : Vertical.
- c) Por el nivel de profundización : Explicativa.
- d) Por el ámbito : Documental.

1.3.- Justificación.

El tema de investigación propuesto es **actual** debido a que hoy en día, como en ninguna otra época, puede usarse el progreso científico y médico para que las mujeres puedan superar sus dificultades físicas en cuanto a la fecundación o la gestación de un hijo, y siendo sometidas a diversos tratamientos clínicos seguros y fiables logren concebir y dar a luz; esta novedad científica, de impacto social por sus aplicaciones, implica un profundo desafío para el Derecho en la actualidad. En este sentido la **relevancia jurídica** de nuestro estudio consiste en que efectivamente este tema merece ser abordado por el Derecho, esto por una doble razón: en primer lugar porque

en la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS) se encuentran implicados no solo los derechos relacionados con las personas adultas que buscan ser beneficiadas con dichos procedimientos, sino también se encuentran en cuestión los derechos de los que están por venir; en segundo lugar, porque resulta evidente que existe una falta de regulación especial en la materia lo cual puede significar un riesgo justamente para los derechos humanos de los involucrados en estas prácticas. La **utilidad social** está dada porque al conocer que en la actualidad hay varias clínicas de fertilidad en nuestro país significa que hay una práctica y una recurrencia por parte de las mujeres y las familias que buscan la anhelada maternidad a través de estas técnicas, es por ello que el Derecho no puede permanecer indiferente ante estos procedimientos y debe proceder a su regulación. La **relevancia académica** consiste en que resulta claro que este tema requiere un enfoque multidisciplinario y por tanto debemos asistarnos de algunos conceptos fundamentales de la Biología y la Genética, pero también de los interesantes y necesarios principios que aporta la Bioética y, por supuesto, de los Derechos Humanos; en este sentido nos proponemos iniciar un debate académico alturado que nos dirija a conclusiones y propuestas satisfactorias en esta problemática.

2.- MARCO CONCEPTUAL.

2.1.- SUBROGACIÓN DE LA MATERNIDAD.

“Se le da el nombre de maternidad subrogada al acto de reproducción que se realiza cuando el nacimiento de un hijo se presenta como consecuencia de la participación de una mujer que lleva a término el embarazo bajo las condiciones de un pacto y que se compromete a entregar al nacido a aquellos que han solicitado sus servicios y.

que para tales efectos serán reconocidos como la madre, el padre o los padres y que tendrán el ejercicio de todos los derechos establecidos por el derecho de familia y patria potestad sobre el menor. La maternidad subrogada plantea entonces la posibilidad de que una mujer que no está en posibilidades de tener y llevar a término un embarazo pueda tener descendencia.” (PÉREZ CONTRERAS, 2012, p. 129)

2.2.- CONCEPTO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SU TIPOLOGÍA.

“Entiendo por reproducción asistida la técnica que intenta la fecundación y el nacimiento de una nueva persona, al sustituir algún proceso natural que lo impida. Para lograr la reproducción asistida se utilizan métodos o procedimientos a veces muy costosos.

Las técnicas de reproducción asistida pueden dividirse en dos:

- 1) in situ.*
- 2) in vitro.*

Las primeras a su vez se pueden dividir en dos tipos de técnicas que realizan dicha actividad, a decir:

- 1) La reproducción asistida por inseminación.*
- 2) La reproducción asistida por transferencia intratubárica de gametos.*

La inseminación consiste en la introducción del semen al organismo femenino a través del trayecto fisiológico. Esta a su vez puede ser:

- 1) Homóloga, entendida como aquella donde el que aporta el semen es el que será padre del niño, a esta también se le denomina como Inseminación Artificial por el Marido (IAM).*
- 2) La inseminación artificial heteróloga o también denominada Inseminación Artificial con Donante (IAD) cuando el padre del niño es conocido o desconocido, y no es el que será padre del menor por nacer.*

La reproducción intratubárica consiste en obtener varios óvulos de la mujer y una muestra de semen. Ambos en un catéter se unen con mira a que posteriormente sean insertados en las trompas de Falopio. Es importante destacar que estos procesos de fecundación son llevados de manera interna en el cuerpo de la mujer.

En el caso de los procedimientos in vitro el proceso es llevado de manera externa,

... ” (OCHOA HOFMANN, 2012, p.86-87)

2.3.- REGULACIÓN DEFICIENTE EN EL PERÚ SOBRE EL VIENTRE DE ALQUILER.

“Cuando no se encuentra un dispositivo legal expreso y las demás normas jurídicas no dan una respuesta concreta frente a un caso concreto, el operador jurídico debe cumplir con su obligación de administrar justicia. Como ejemplo se puede proponer el caso del denominado vientre de alquiler, en el cual una pareja contrata a una mujer para que se le implante un embrión (procreado con los gametos de dicha pareja), lo gestee durante los nueve meses propios de su crecimiento y, una vez que lo dé a luz, lo entregue a los contratantes. ¿Qué pasaría si ella no lo entrega? No pretendo poner en discusión la validez del contrato, por cuanto este sería nulo por contravenir el orden público y las buenas costumbres (artículo quinto del Título Preliminar del Código Civil) sino la maternidad de la criatura. Nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con una norma expresa que solucione este conflicto: el juez, basándose en el argumento de la completitud de la disciplina jurídica, deberá fallar, apoyándose en la legislación comparada, quizá como la española, que establece que el parto determina la maternidad.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el argumento de la completitud de la disciplina jurídica puede resultar peligroso, por cuanto el operador jurídico, al encontrarse frente a una insuficiencia normativa, podría optar por distintos criterios basándose en su propia carga ideológica, y eso haría que nos encontremos frente a un sistema jurídico impredecible o frente a una suerte de «lotería forense».” (Espinoza, 2005, p. 202)

2.4.- DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LA MUJER.

“[...] los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número

de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad [...]. (Recinos, 2015, p 15-16)

Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual.” (Recinos, 2015, p 15-16)

2.5.- MATERNIDAD Y DERECHO.

“Por otra parte, la labor que tiene el derecho en la deconstrucción del concepto de maternidad, puede ser muy valiosa. Si tomamos como punto de referencia que el derecho no es estático ya que las relaciones que regula tampoco lo son y están en constante movimiento, una reconfiguración del derecho puede provocar que lo que se considera como un atributo “natural” de las mujeres sea repensado a partir de la dominación masculina histórica sobre los cuerpos femeninos. (...)

El derecho puede ser un aliado valioso (o por el contrario un enemigo temible) en la reconfiguración de los roles y estereotipos de género.” (González, 2013, p. 165-166)

2.6.- DERECHO A LA MATERNIDAD.

“Aunque el derecho a la maternidad no esté positivizado, es susceptible de serlo, porque, tratándose de una pretensión justificada moralmente, y con apariencia de derecho fundamental en potencia, tiene un contenido igualitario, y así puede

atribuirse a todos como titulares en iguales condiciones, y en principio, es posible en términos económicos cubrir su protección (...).

En efecto, lo verdaderamente importante es su protección, y en ella es en lo que debemos centrar nuestra máxima atención y ese es el compromiso que exigimos a los poderes públicos: el reconocimiento efectivo del derecho a ser madre y la protección eficaz de esa condición.” (Marrades, 2002, p-157)

2.7.- NUEVA TIPOLOGÍA DE LA MATERNIDAD.

“La reproducción asistida no es un tema nuevo: a partir del nacimiento de Louise Brown en 1978 en el Reino Unido, la ciencia y la tradición milenaria dieron un giro de 180°, ya que términos indiscutibles como los de paternidad y maternidad cambiarían. ¿Quién diría que se podría fecundar un óvulo en un laboratorio, a la vista del hombre, y después transferirlo al cuerpo humano, quizá al útero de una mujer distinta de la que provenía aquel óvulo, o con el espermatozoides de un hombre que no fuera su esposo? Así, empezaríamos a utilizar términos como madre legal, madre biológica y madre subrogada.

Por esta razón, la década de los ochenta fue la época de los informes: el Informe sobre el Análisis Ético y Legal, en 1982, sueco; el Informe Warnock, de 1982, del Reino Unido; el Informe Benda, de 1985, alemán; y el Informe Palacios, de 1986, español; entre otros.

Estos informes dieron como resultado leyes que regularían la utilización de las técnicas de reproducción asistida.” (Dobernig, 2004, p.11-12)

2.8.- DERECHO A LA IDENTIDAD.

“En los procedimientos de fecundación asistida con intervención de un tercero, suele ser un principio fundamental el anonimato del dador. Frente a ello, postulamos que toda persona tiene derecho a conocer su origen biológico, al amparo del derecho a la salud, el derecho a la identidad, el derecho a saber, el principio de no discriminación, el derecho a la verdad, el principio del interés superior del niño, el derecho al acceso a los datos personales, el derecho a la información y el derecho a la dignidad. (...) (Cárdenas, 2015, p. 48-61)

La filiación no puede reducirse al mero dato genético, como factor para determinar la paternidad, teniendo en cuenta que el ser humano es un ser cultural y social. La identidad de una persona implica no solo una verdad biológica, sino también una verdad sociológica, cultural y social; debe tenerse también en cuenta el tema de la posesión de estado.” (Cárdenas, 2015, p. 48-61)

3.- ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS.

En nuestra búsqueda indagativa sobre investigaciones de tesis en las Escuelas de Postgrado de nuestra ciudad no hemos encontrado fuentes directas que se refieran al derecho a la maternidad tal y como nosotros lo hemos descrito en el presente planteamiento metodológico; empero ya hay estudios a nivel local y nacional que se refieren a algunos aspectos específicos acerca de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida que es necesario tener como referencia, entre ellos tenemos:

REYES LOAYZA, Katia Scarlett. **PROBLEMÁTICA DE LA FILIACIÓN EN LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, AREQUIPA - 2017.** Tesis presentada para obtener el grado de Magister en la Maestría en Derecho de Familia, de la Escuela de Postgrado de la Universidad Católica Santa María, Arequipa, 2017. En esta investigación se aportan interesantes conceptos acerca de la Reproducción Humana Asistida y de los principios que deben tenerse en cuenta cuando se recurren a dichas prácticas, asimismo se hace un breve repaso a la escasa legislación peruana al respecto; empero el estudio hace énfasis en la filiación y en los derechos del niño a conocer la identidad de sus padres biológicos. La primera de las conclusiones de la autora de este trabajo establece que existe una *“problemática latente para la determinación de la filiación en menores nacidos por técnicas de reproducción asistida”*, esto sucede a nuestro juicio porque la deficiente legislación y el uso social encubierto de las TERAS impide otorgar una protección más integral a los derechos de los niños nacidos mediante estas técnicas. Otra conclusión importante resalta que

las conocidas presunciones *pater is* y *mater semper certa est* han quedado obsoletas ante la presencia de las TERAS en nuestro país. La diferencia fundamental entre este estudio y el que nosotros aquí proponemos radica en que el trabajo referido se enmarca dentro de los derechos del niño, mientras que nosotros nos centramos en los derechos sexuales y reproductivos de la mujer sin que por ello colisione o vulnere los derechos del por nacer, sino que ambos conjuntos de derechos puedan estar debidamente garantizados y luego protegidos.

BURSTEIN AUGUSTO, Miguel Gerardo. **LOS DERECHOS DEL EMBRIÓN IN VITRO FRENTE A LA PATERNIDAD. ILEGITIMIDAD DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EXTRAUTERINAS.** Tesis presentada para optar por el Grado de Magíster en la Maestría de Derecho Civil de la Escuela de Postgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013. En este estudio inicialmente se hace una revisión del derecho comparado en cuanto a legislación y tratados internacionales referentes a diversos aspectos relacionados con el genoma humano y la bioética, luego se describen las principales técnicas de reproducción humana asistida presentándose las diferentes posiciones que se plantean al respecto, entre los que la avalan y los que la condenan. La principal pregunta del autor se deja sentir en el Capítulo V en donde medita si deben primar los derechos del embrión o los derechos de la paternidad, siendo una de las conclusiones de este estudio la que refiere que en una ponderación ante dicha probable colisión debe ampararse los derechos del embrión por ser superiores a los derechos de los demás involucrados. Otra de las conclusiones críticas de este estudio es que nuestro país “no cuenta con “una legislación acorde” con el fenómeno de las Técnicas de Reproducción Asistida Extrauterinas, aspecto con el que nos encontramos en desacuerdo; sin embargo claramente este trabajo está dirigido a señalar una “ilegitimidad” en el uso de estas técnicas lo cual lo distingue de nuestra investigación en el sentido de que nosotros, por el contrario, fundamentamos más bien su legitimidad dentro del cumplimiento previo de ciertos requisitos y principios.

VELÁSQUEZ VARGAS, Marlene Susana. **NECESIDAD DE INCLUIR EL DELITO DE CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL**

CÓDIGO PENAL PERUANO. Tesis presentada para optar por el Grado de Magíster en la Maestría de Derecho Procesal Penal de la Escuela de Postgrado de la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez, Arequipa, 2015. Esta investigación asume una postura completamente diferente a los planteamientos antes referidos en el sentido de proponer la penalización de la maternidad subrogada (es decir, del llamado vientre de alquiler), en esta orientación radical con la que difícilmente podemos estar de acuerdo se expone el principio de interés superior del niño que, al decir de la autora, estaría por encima del derecho a la reproducción humana. Si bien la conclusión y recomendación principal señala que debe penalizarse esta práctica, no se especifica a quien debe sancionarse: si a la mujer que presta el vientre o a la mujer que anhela el hijo; en todo caso si bien los argumentos de la penalización son débiles y muy inconsistentes, hay que tomar en cuenta los aportes respecto a la protección del niño y del concebido en lo que corresponda. Destaca también otra de las conclusiones que señala que la falta de legislación sobre las TERAS genera su uso clandestino y su impunidad, se refiere por supuesto la autora al criterio señalado en este trabajo de penalizar la subrogación de la maternidad lo cual constituye un extremo que nosotros no queremos seguir porque más bien en nuestro estudio proponemos su regulación positiva siempre que se cumplan determinadas condiciones materiales y jurídicas.

4.- OBJETIVOS.

- 4.1. Determinar las principales Técnicas de Reproducción Humana Asistida y precisar cómo se presenta su regulación legal en el Perú.
- 4.2. Fundamentar cómo se presenta la subrogación de la maternidad y establecer cuál es su tratamiento jurídico.
- 4.3. Explicar y fundamentar cuáles son los principales derechos sexuales y reproductivos que tiene la mujer en el Perú.
- 4.4. Analizar la naturaleza jurídica y el sustento constitucional del derecho a ser madre en el Perú.

4.5. Proponer los aspectos básicos de una regulación positiva de las Técnicas de Reproducción Asistida en nuestro país que nos lleven a afirmar que existe un derecho a ser madre.

5.- HIPÓTESIS.

DADO QUE:

- 1) Las mujeres poseen derechos sexuales y reproductivos que tienen sustento en los Derechos Humanos, entre ellos el derecho a la maternidad; y,
- 2) que las modernas Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TERAS) ayudan a superar los problemas de fertilidad o de gestación; y,
- 3) que al respecto la Ley 26842, Ley General de Salud, contiene una regulación insuficiente y anacrónica en el Perú.

ES PROBABLE QUE:

Ante la deficiente regulación legal específica sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TERAS) sea necesario y urgente plantear una nueva regulación más completa y eficiente permitiendo la subrogación de la maternidad siempre que se cumplan determinados criterios específicos como: el estado de necesidad debidamente comprobado (esterilidad o imposibilidad de gestar certificada médicamente), consentimiento informado previo escrito, que la mujer gestante (subrogante) no sea la que aporte el óvulo para la fecundación, donación de células reproductivas (óvulos o espermatozoides) con finalidad no lucrativa, entre otros, de modo que estén garantizados los derechos sexuales y reproductivos de la mujer y las personas involucradas, pero también con respeto al principio de interés superior del niño de los que están por venir.

II PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

CUADRO DE SISTEMATIZACIÓN DE TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

VARIABLE	INDICADORES	SUBINDICADORES	TÉCNICAS	INTRUMENTOS
EL DERECHO A SER MADRE (Variable Dependiente)	DERECHOS SEXUALES REPRODUCTIVOS	- Derecho a la Autonomía Sexual. - Derecho a la Equidad Sexual. - Derecho a decidir. - Derecho a la planificación libre y responsable. - Derecho a la información científica.	OBSERVACIÓN DOCUMENTAL	- Fichas Bibliográficas. - Fichas Hemerográficas.
	LA MATERNIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO	- Tipología de la maternidad. - Subrogación de la maternidad.		
	EL DERECHO A SER MADRE	- Naturaleza jurídica del derecho a la maternidad		
		- Derecho a ser madre de la mujer estéril y de la mujer soltera.		
		- El derecho a ser madre en la legislación nacional.		
		- El derecho a ser madre en la legislación comparada.		
	ALCANCES DE LAS TERAS EN EL PERÚ	- Principales Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS).		
TÉCNICAS REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL		- Derecho a la identidad e intimidad genética.		

PERÚ (Variable Independiente)		- Aspectos básicos de una regulación de las TERAS.		
	LIMITACIONES DE LAS TERAS EN EL PERÚ	- Regulación deficiente TERAS.		
		- Propuesta de una regulación positiva de las TERAS en el Perú.		

Modelo de Instrumento 1 : Ficha Bibliográfica

<u>FICHA BIBLIOGRÁFICA</u>	
Autor:	
Título:	
Editorial:	
Ciudad:	Año:

Modelo de Instrumento 2 : Ficha Hemerográfica

<u>FICHA HEMEROGRÁFICA</u>	
Autor:	
Título:	
Revista:	
Editorial:	
Ciudad:	Año:

1.- TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.

Para el desarrollo de nuestra investigación utilizaremos la técnica de la observación documental, con lo que inicialmente procederemos a llenar fichas bibliográficas y hemerográficas acerca de material documental que sea directa o indirectamente relevante para el estudio, así también llevaremos un registro de fuentes provenientes de internet que sean fiables y contengan rigor científico y académico. Al mismo tiempo deberemos hacer acopio de la legislación nacional y comparada que tenga que ver con temas de biotecnología, técnicas de reproducción asistida (TERAS) y subrogación de la maternidad, las que deberemos tener debidamente sistematizadas teniendo en cuenta su procedencia y vigencia.

2.- CAMPO DE VERIFICACIÓN.

2.1. Ubicación espacial.

Perú.

2.2. Ubicación temporal.

2023.

2.3. Unidades de estudio.

En la presente investigación las unidades de estudio estarán conformadas por las ideas, conceptos, teorías, doctrina, principios y reglas relativas a la temática de estudio y su problemática, y que se deriven de la bibliografía, hemerografía e informatografía pertinente, y también de la legislación nacional y comparada y de la jurisprudencia.

3.- ESTRATEGIAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

La estrategia que desarrollaremos en la presente investigación se dará en la forma que indicamos a continuación: en primer lugar, ordenaremos toda la información proveniente de nuestras unidades de estudio, luego procederemos a una lectura analítica de nuestras fuentes bibliográficas, hemerográficas, digitales y legales para después proceder a una redacción crítica siempre teniendo en cuenta el cumplimiento de los indicadores y objetivos propuestos. Al final, redactaremos las propuestas de solución que planteamos ante la referida problemática y, también, las necesarias conclusiones; con lo que presentando el informe definitivo solicitaremos fecha para su sustentación.

4.- CRONOGRAMA DE TRABAJO.

2023	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO
ETAPAS	1 2 3 4	1 2 3 4	1 2 3 4	1 2 3 4	1 2 3 4	1 2 3 4
Plan de Tesis.	X					
Aprobación del Plan de Tesis.	X					
Recolección de Datos.	X X	X X X X				
Sistematización de Datos.		X X	X X X X			
Análisis de Datos.				X X X X		
Informe Final.					X X X X	X X
Sustentación Pública.						X X

5.- REFERENCIA.

CÁRDENAS KRENZ, Ronald. **EL DERECHO A LA IDENTIDAD BIOLÓGICA DE LAS PERSONAS NACIDAS MEDIANTE REPRODUCCION ASISTIDA EN LA DOCTRINA, JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION PERUANA.** En. **PERSONA Y FAMILIA, Revista del Instituto de la Familia.** Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Lima, 2015, p. 48-61-

CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. **ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y LA FECUNDACIÓN EXTRAUTERINA.** En: TRAZEGNIES GRANDA, Fernando; y, RODRIGUEZ ITURRI, Roger; y, CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos; y, GARIBALDI, José Alberto (Editores). **LA FAMILIA EN EL DERECHO PERUANO, LIBRO HOMENAJE AL DR. HECTOR CORNEJO CHAVEZ.** Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990.

DOBERNIG GAGO, Mariana. **EL DERECHO COMPARADO EN LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA.** En: GARCÍA TINAJERO, Rafael (Coordinador). **REPRODUCCIÓN ASISTIDA. ELEMENTOS PARA EL DEBATE LEGISLATIVO.** Centro de Producción Editorial de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, México D.F., 2004, p. 11-12.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. **LOS PRINCIPIOS CONTENIDOS EN EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984: ANÁLISIS DOCTRINARIO, LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL.** Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, p. 202.

GONZÁLEZ BARREDA, María del Pilar. **LA DECISIÓN DE SER MADRE: UN DERECHO DE TODA MUJER.** En: **CRÍTICA JURÍDICA, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho.** Número 36. Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, México D.F., 2013, p. 165-166.

JIMÉNEZ DOMÍNGUEZ, Diógenes. **LEGALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN DE ALQUILER DE VIENTRE CON SUBROGACIÓN MATERNA EN EL PERÚ.** En: **IN CRESCENDO, DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA, Revista científica de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote.** Volumen 1, Número 2. Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote, Chimbote, 2010,

MARRADES PUIG, Ana I. **LUCES Y SOMBRAS DEL DERECHO A LA MATERNIDAD: ANÁLISIS JURÍDICO DE SU RECONOCIMIENTO.** Univesitat de Valencia, Valencia-España, 2002, p. 157.

OCHOA HOFMANN, Alfonso. **EL DERECHO A TENER HIJOS, CONSIDERACIONES ÉTICAS Y MORALES.** En: BRENA SESMA, Ingrid (Coordinadora). **REPRODUCCIÓN ASISTIDA.** Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2012, p. 86-87.

PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat. **EL DEBATE.** En: BRENA SESMA, Ingrid (Coordinadora). **REPRODUCCIÓN ASISTIDA.** Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2012, p. 129.

RECINOS, Julie Diane. **LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS: ESTÁNDARES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.** Primera reimpresión. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México D.F., 2015, p. 15-16.

SIVERINO BAVIO, Paula. **DERECHOS HUMANOS Y TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL PERÚ: RELEVO JURISPRUDENCIAL Y PAUTAS PARA EL ANÁLISIS.** En: **LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN LA MIRA.** Estudios para la Defensa de los Derechos de la Mujer-DEMUS, Lima, 2014.