

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

PROGRAMA PROFESIONAL DE DERECHO



LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERÚ: ¿PROBLEMA O SOLUCIÓN?

Tesis Presentada por el Bachiller en
Derecho:

Carlos Jorge Manuel

Villamarín Zúñiga

Para optar por el título profesional de
Abogado

AREQUIPA – PERÚ

2014



*“Iurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum
notitia, iusti atque iniusti scientia”*

*[La jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas
y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto]*

Ulpiano



A mis padres, porque su amor infinito y apoyo incondicional son la motivación para alcanzar mis sueños; por su incesante labor a mi lado durante todo este tiempo; por tener fe en mí y en este proyecto.

A mis abuelos y a mi familia, por haberme acompañado a lo largo de estos años, por su cariño sincero y sus consejos.

INTRODUCCIÓN

La infertilidad humana, antes vista como un obstáculo insalvable para procrear, fue la razón fundamental que motivó el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida (TRA), las cuales fueron evolucionando a través del tiempo, volviéndose más especializadas y complejas. En ese contexto, se originó una práctica que involucraba el empleo de las TRA, sólo que la destinataria no era la mujer recurrente, sino otra que hubiera accedido a que el embrión creado a partir de los gametos sexuales de otras personas sea implantado en su útero, asumiendo la obligación de gestarlo durante el periodo del embarazo y, después del alumbramiento, entregar al recién nacido a sus padres intencionales, quienes asumían el rol de padres legales, con todos los derechos y obligaciones que ello implica.

Por ello, la práctica de la maternidad subrogada concitó gran interés y, a su vez, generó controversia, pues desde entonces se cuestionan sus implicancias éticas, culturales, sociales, económicas y legales. En ese contexto, la dificultad para la determinación de la filiación del menor, la supuesta comercialización de niños, la instrumentalización y explotación económica de la mujer, el desconocimiento de la dignidad y los derechos de los niños y gestantes, aún son sólo algunos de los puntos álgidos respecto de la maternidad subrogada, generando así posturas claramente opuestas, las que prohíben su práctica en absoluto, y aquellas que permiten su realización, incluso si es onerosa; no obstante, también existen aquellas que han adoptado una postura ecléctica, consistente en regularla siempre que reúna algunas características, dentro de las cuales están su gratuidad y no exigibilidad.

Mientras, en nuestro ordenamiento jurídico no se ha desarrollado una posición al respecto, toda vez que la mayor aproximación a las técnicas de reproducción que se puede encontrar es la que aparece en el artículo 7° de la Ley General de la Salud. A ello debe agregarse que, según la OMS, la infertilidad es considerada como la quinta mayor discapacidad; entonces, tratándose de un problema de salud pública que involucra derechos fundamentales de las personas, como el derecho a la salud, a la

autodeterminación reproductiva, a la vida privada, entre otros; por lo que se requiere de una legislación



adecuada para que todas las personas que adolecen de infertilidad puedan acceder a las prestaciones que les permitan restituir la función generativa.

Finalmente, la urgencia y necesidad de regular los acuerdos de maternidad subrogada responde a una realidad en la cual los intereses de los menores quedan desprotegidos por la inacción del Estado, por ende, tienen que enfrentar diversas situaciones de incertidumbre legal en lo que respecta a sus derechos; de ahí que, la labor legislativa deba inspirarse en el principio del interés superior del niño, los valores constitucionales, y los derechos fundamentales que se encuentran en juego, para así poder darle solución a este problema.



RESUMEN

La presente investigación tuvo por finalidad determinar si los contratos de maternidad subrogada cuentan con amparo constitucional. Al respecto, se puede afirmar que la práctica de esta técnica de reproducción involucra el ejercicio y la defensa de distintos derechos fundamentales.

En ese contexto, los *padres intencionales* manifiestan su derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad en el ámbito de su vida privada a decidir recurrir a las TRA para tratar su infertilidad; de igual manera, la gestante ejerce su derecho a la autodeterminación reproductiva cuando accede llevar al embrión, creado por los gametos sexuales de otras personas, para entregarlo a aquellas después del alumbramiento. Por lo tanto, debe procurarse en todo momento la defensa de la dignidad de la persona, así como del interés superior del niño, principio cuyo cumplimiento no sólo le es exigible al Estado, sino a la sociedad y también a su familia.

Finalmente, la regulación de la maternidad subrogada en nuestro país debe estar orientada a permitir su realización, en la medida que reúna las características de gratuidad y no exigibilidad, pues de esta forma se logra el equilibrio entre el ejercicio de los derechos de los intervinientes, los padres y la gestante, y los del recién nacido; en ese sentido, deberá tenerse en cuenta que la formulación de una norma en sentido contrario conllevaría al desarrollo de mayores conflictos y representaría la negación del ejercicio de derechos fundamentales.

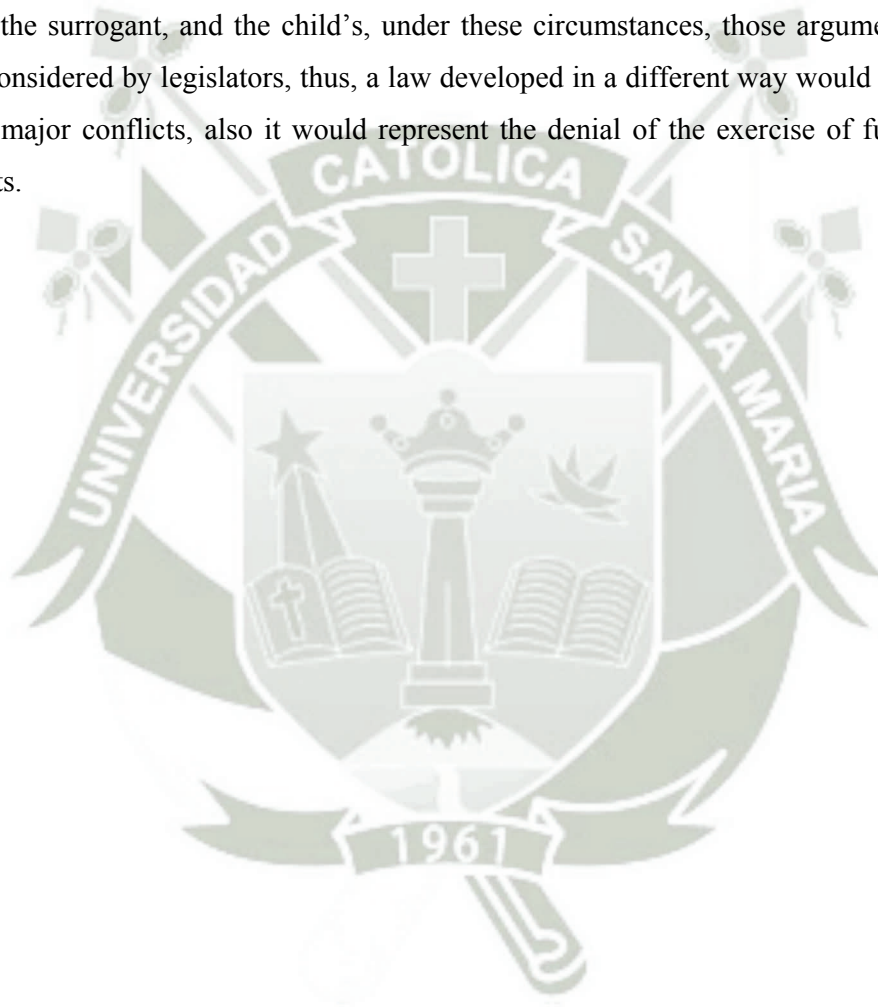
ABSTRACT

The purpose of this investigation was to determine whether the surrogacy arrangements are protected under constitutional law. In that regard, it can be argued that the practice of this reproductive method involves the exercise and defense of many human rights.

In this context, intended parents express their right to the free development of one's personality, within the scope of their private life, when they decide to undergo any ART (Assisted Reproductive Technology) to treat their infertility; also, the pregnant woman exercises her right to reproductive self-determination when consents to bear the embryo,

created by sexual gametes of other people, in order to deliver the baby to their parents after giving birth. In this sense, human dignity must be defended in every moment, as well as the best interests of the child, a principle which is forceable not only to States, but also to the society and the newborn's family.

Finally, the practice of surrogacy agreements should be allowed in our legal system only when they were non-profit and non-forceable arrangements; given that this is an effective way to reach balance among the interests of the parties, the intended parents and the surrogant, and the child's, under these circumstances, those arguments should be considered by legislators, thus, a law developed in a different way would bring more and major conflicts, also it would represent the denial of the exercise of fundamental rights.



Índice

INTRODUCCIÓN.....	4
RESUMEN	7
RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN	10
MARCO TEÓRICO	
CAPÍTULO I: INFERTILIDAD, TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y MATERNIDAD SUBROGADA	
1.1.- Infertilidad.....	23
1.2.- Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)	26
1.3.- Maternidad Subrogada	33
CAPÍTULO II: DERECHOS HUMANOS EN CONFLICTO	
2.1. La Dignidad Humana	42
2.2. Los Derechos Fundamentales	50
2.3. Derechos Económicos y Sociales.....	52
2.4. Derecho a la vida privada.....	54
2.5. Derecho a la salud	58
2.6. Derecho a la autodeterminación reproductiva.....	60
2.7. El Interés Superior del Niño	67
CAPÍTULO III: NORMATIVA NACIONAL Y EXTRANJERA	
3.1. Normativa Nacional.....	73
3.2. Normativa Extranjera	77
CONCLUSIONES	90
SUGERENCIAS.....	92
PROPUESTA	93
BIBLIOGRAFÍA.....	97
ANEXOS	103



La presente investigación tiene por finalidad establecer si los contratos de maternidad subrogada tienen amparo a nivel constitucional; para lo cual se ha tenido en consideración un marco general respecto de la definición, aspectos históricos y evolutivos de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales también se encuentra la maternidad subrogada, también denominada como gestación subrogada, útero subrogado, gestación por sustitución, vientre de alquiler, entre otros. Asimismo, se ha desarrollado una aproximación a conceptos sobre dignidad humana, los derechos fundamentales que, eventualmente estarían en conflicto, y el interés superior del niño.

En ese orden, tenemos que la infertilidad es la incapacidad de las personas en edad reproductiva para quedar o permanecer embarazadas, a pesar de haber estado expuestas al embarazo y ante la falta de empleo de anticonceptivos; de ahí que sea considerada como la quinta discapacidad más grave a nivel mundial. Esta categoría encuentra sustento en las diferentes cifras y estudios publicados por la OMS, respecto a estos estudios, es necesario aclarar que, si bien los números de casos de infertilidad a nivel global han disminuido, se advierte que la interpretación de tales resultados no es positiva, pues la muestra sólo tomó en consideración a las mujeres que estaban en edad fértil y que deseaban tener un hijo, pero en los últimos años se aprecia que menos mujeres desean tener hijos, lo cual aunado con el bajo índice de crecimiento demográfico, en realidad representan un escenario que debe generar mayor interés y preocupación sobre el tema, más aún si esta organización ha expresado que los estudios realizados solo se han centrado en la infertilidad femenina y no en la masculina, por lo que estos resultados solo reflejan parte de una realidad que, podría ser más grave que la situación actual. De ahí que las personas que adolecen de infertilidad han sido motivo de especial consideración y, por ende, su protección ha adquirido mayor relevancia, lo cual ha sido enmarcado dentro de la Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidad, que está orientada a garantizar la máxima eficacia de los derechos de estas personas, y a su vez, asegurarles el otorgamiento de prestaciones en materia de salud sexual y reproductiva.

En base a lo expuesto, se empezaron a desarrollar métodos que permitieran ayudar a las personas infértiles, siendo que el mayor avance logrado por la tecnología en el campo

de la medicina fue el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, que tienen por finalidad facilitar la función generativa en aquellos casos en que ésta era inexistente o deteriorada. Estas técnicas fueron evolucionando con el transcurso del tiempo, volviéndose más precisas, efectivas y complejas. Simultáneamente, se originó una figura denominada como maternidad subrogada o gestación por sustitución, en la cual una mujer aceptaba gestar al embrión obtenido de la fecundación de los gametos sexuales de una pareja, limitándose a cumplir tal función; comprometiéndose a entregarlo a la pareja al momento del nacimiento y renunciando expresamente a todos los derechos, deberes y responsabilidades sobre el menor. Esta nueva figura supone, hasta la actualidad, un gran reto para el derecho, en la medida que no existe a nivel internacional una postura uniforme. Consecuentemente, es potestad de cada Estado regularla sobre la base de los valores constitucionales, los derechos fundamentales, el orden público y, tomando en cuenta la realidad socio-cultural de nuestro entorno.

La controversia generada a partir de la práctica de la maternidad subrogada se origina con la aparición de distintos cuestionamientos respecto de su compatibilidad con la dignidad humana y con los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional, puesto que se aseveraba que esta figura implicaba el reconocimiento de la mujer como un instrumento o medio para alcanzar un fin, mas no como un fin en sí misma; de otro lado, se cuestionaba que el niño nacido como resultado de la maternidad subrogada sea tratado como un objeto comercializable, llegando a considerar a estos contratos como una simulación que buscaba encubrir al tráfico de menores. Asimismo, se busca encontrar el amparo constitucional de los contratos de maternidad subrogada, entendidos como la manifestación de los derechos a la vida privada, al libre desenvolvimiento de la personalidad, a la salud y a la autodeterminación reproductiva, sin perder de vista la primacía de los derechos del niño.

Por otro lado, tenemos que los contratos de maternidad subrogada hacen referencia a los acuerdos en virtud de los cuales una mujer accede a gestar el embrión obtenido como resultado de la fecundación de los gametos sexuales de otras personas, comprometiéndose a ceder la custodia del menor y a entregárselo a los padres que recurrían a la reproducción asistida, ahora llamados padres intencionales o

contractuales, al momento del nacimiento; en adición, la gestante renuncia expresamente a todos los derechos, deberes y responsabilidades que tiene sobre el menor a favor de los padres. Al respecto, cabe destacar que existen algunos aspectos que merecen especial atención:

- 1) Las partes intervinientes deberán perfeccionar el acuerdo a través de la manifestación de su consentimiento, que deberá constar por escrito.
- 2) Se trata de un contrato bilateral, en el cual concurre la voluntad de la mujer gestante y del o los padres contractuales; puesto que nada obsta para que una persona acceda a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, supliendo el material genético faltante con el que pueda conseguirse a través de un banco de óvulos o de esperma, o de ambos, lo cual ha sucedido anteriormente en otro contexto, en el caso de la Bebé M en Estados Unidos (en el cual una pareja infértil recurre a las TRA mediante la fecundación de un óvulo por un espermatozoide, ambos donados, y la posterior implantación del embrión en el útero de otro mujer; en este caso se llegó a considerar que la menor tenía cinco padres).
- 3) Deberá constar, de manera expresa, la irrevocabilidad del compromiso de los padres de acoger al menor nacido como resultado de la subrogación; en contraste, no podrá exigírsele a la gestante que ceda la custodia del menor una vez nacido, toda vez que a la luz de la ley, será considerada como la madre legal del niño.
- 4) El contrato deberá ser de carácter gratuito, por cuanto la onerosidad de los mismos significaría el reconocimiento de que la función generativa de la mujer es un objeto pasible de ser comercializado, lo cual conlleva a la instrumentalización de la mujer y, por consiguiente, el desconocimiento de su dignidad; en adición, este tipo de contratos deberá estar inspirado en el altruismo y la solidaridad.
- 5) Deberán consignarse clara y expresamente las obligaciones a que se someten ambas partes, dentro de las cuales son de mayor relevancia las referidas a los cuidados que deberá observar la gestante en aras de concluir el embarazo exitosamente.

No obstante, la controversia generada en torno a la ejecución de los contratos de maternidad subrogada radica en los conflictos que podrían derivarse del mismo, por cuanto siempre subyace a estos contratos la posibilidad que la gestante se niegue a entregar al menor, así como que los padres se nieguen a acoger en su seno familiar al recién nacido, es pues en base a estos supuestos que se evidencia la urgencia y necesidad de regulación sobre esta materia, por cuanto con ello no sólo propendería al desarrollo de un marco legal para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, sino que además constituiría un instrumento que garantice el ejercicio de derechos sexuales y reproductivos y que esté orientado a prevenir alguna eventual vulneración a la dignidad humana o a los derechos fundamentales.

En lo referido al análisis constitucional de estos contratos, tenemos que, se debe iniciar con el derecho-principio de dignidad humana, que debe ser entendido como un atributo inherente a todo ser humano, en virtud de su propia naturaleza, que representa al *minimum* inalienable de respeto que toda persona merece; asimismo, su interpretación implica que los humanos sean vistos como un fin en sí mismos, mas no como un medio para alcanzar otros fines; de ahí que la mujer que interviene como gestante en los contratos de maternidad subrogada no debe ser instrumentalizada, por cuanto ello supondría una vulneración a la dignidad que les es inherente; de ahí que la gestante deba ser considerada como un fin en sí misma, lo cual se materializa a través de la exteriorización de la libre voluntad de la mujer, formada a partir del ejercicio incondicionado de sus derechos, pero atendiendo a una finalidad inspirada por el principio de solidaridad.

Entonces, la dignidad, principio que irradia a todas las esferas del relacionamiento humano, puede invocarse en la protección de cada persona humana, también es sustento para los derechos de los padres recurrentes a la maternidad subrogada, en la medida que la infertilidad que uno o ambos adolezcan exige una especial consideración, de ahí que la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad contemple el deber de los Estados de procurarles el acceso a prestaciones que garanticen su derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sexual y reproductiva.

De igual manera, la Corte Internacional de Derechos Humanos ha reconocido que las personas ostentan el derecho a gozar de los beneficios de los avances tecnológicos y sus aplicaciones que, aunado con la protección otorgada por la Convención, habilita a sus titulares para poder acceder a las técnicas de reproducción asistida, además, supone el ejercicio del derecho a la autodeterminación reproductiva, por ende, abarca la decisión personalísima de ser o no padre, y de formar una familia; por lo tanto, no procederá ninguna medida orientada a restringir desproporcionada o innecesariamente de iure o de facto las decisiones reproductivas que corresponden a cada persona.

En ese sentido, siendo la dignidad, el valor supremo sobre el cual se articula el Estado, exige que estas materias sean debidamente reguladas, pues la situación de incertidumbre legal por la cual atraviesa actualmente acarrea mayor riesgo de vulneración para la propia dignidad y, en consecuencia, para los derechos fundamentales que de ella derivan. Sin embargo, la regulación sobre esta materia no puede caer en el extremo de ser absolutamente restrictiva o permisiva, por cuanto en ambos supuestos se estarían vulnerando derechos fundamentales

Un claro ejemplo de ello es el caso de la normativa española, pues en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, se señala expresamente que los contratos de maternidad subrogada son nulos, y atribuye la filiación a la mujer gestante en aplicación del principio *mater semper certa est*; lo cual devino eventualmente en el rechazo a la inscripción de menores nacidos por maternidad subrogada en el Registro Civil, lo cual constituyó una violación del derecho a la identidad de los menores, a criterio del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en la medida que su relación paterno-filial no alcanzó el reconocimiento legal deseado y que, a su vez, implicaba la generación de doble filiación para el niño, debido a que para el país donde se celebró y ejecutó el contrato de maternidad subrogada, los padres legales son aquellos que recurrieron a la aplicación de esta técnica, mientras que en España, el único vínculo indubitable correspondería a la gestante como la madre legal del menor, por lo tanto, el colegiado resolvió que los menores nacidos mediante estas técnicas debían ser inscritos en el Registro Civil español, por cuanto la protección especial que merecen, en virtud

del interés superior del niño, y de la garantía de su derecho a la identidad prevalecía sobre la facultad de los Estados de regular estas materias. Entonces, en esa realidad se puede apreciar una contradicción normativa, puesto que el fallo de este órgano no enerva las disposiciones que prohíben la maternidad subrogada, en tanto éstas siguen siendo válidas y efectivas en el territorio español, pero obliga a tal Estado a reconocer los contratos celebrados válidamente en el extranjero con la finalidad de evitar la desprotección de los menores.

De otra parte, una regulación excesivamente permisiva de la maternidad subrogada, es decir, en la cual se conceda amplia libertad a las partes para la autodeterminación del contenido del contrato, significaría asumir el riesgo de que la función generativa de la mujer sea comercializada, y es que, el carácter oneroso en los contratos de maternidad subrogada es considerado como un factor que contribuye a la explotación de la mujer, toda vez que algunos críticos de la subrogación alegan que el pago de una recompensa, contraprestación o indemnización a cambio de la gestación del embrión puede confundirse con el aprovechamiento económico de las personas que cuenten con recursos económicos suficientes sobre las mujeres que acceden a estas técnicas con la finalidad de beneficiarse patrimonialmente. En adición, debe observarse que la Corte Suprema manifestó que la actuación de la mujer guiada por los intereses económicos dista de la noción de paternidad responsable, y desconoce la dignidad del menor, por cuanto la gestante otorga mayor consideración a sus propios intereses por encima de los del menor; lo cual es contrario al principio del interés superior del niño.

Pero, sin importar el carácter gratuito u oneroso del contrato de maternidad subrogada, es posible que se acuerde el pago de una suma de dinero, la cual deberá ser destinada única y exclusivamente a cubrir los gastos derivados del embarazo, asimismo, deberá ser suficiente para tal fin. De ahí que pueda resultar problemática la determinación de un monto razonable, ya que bien podría fijarse una cantidad elevada que, en realidad, encubra el pago de una contraprestación por la gestación; ante esa posibilidad, sólo será el juez, quien pueda establecer si la suma pagada a la gestante corresponde a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, tomando en consideración los cuidados especiales que, además hayan previsto las partes en el referido contrato.

Asimismo, si la mujer gestante se encontrara en circunstancias que revisten peligro para su vida o integridad física, no podrá obligársele a culminar el embarazo, pues como ya ha establecido la Corte Interamericana, la defensa de la vida del embrión no es absoluta, por cuanto ante este conflicto la vida y la salud de la mujer prevalecerán sobre la del menor; en tales casos, los padres contractuales no podrán exigir responsabilidad alguna a la mujer gestante por la interrupción del embarazo, toda vez que la adopción de tales medidas no está sujeta a la libre voluntad de la mujer, sino a la defensa de bienes constitucionalmente protegidos.

Por otro lado, la salud como un derecho orientado a la conservación y restablecimiento del funcionamiento armónico del organismo, tanto en lo físico como en lo psicológico, también abarca lo relacionado a la salud sexual y reproductiva. El Tribunal Constitucional ha señalado que éste es un derecho prestacional, por lo tanto, enmarcado dentro de los derechos de segunda generación, los cuales denomina como progresivos, en tanto el Estado tiene por obligación garantizar el acceso a las condiciones mínimas de salud; de ahí que las técnicas de reproducción asistida, constituyan una prestación orientada a la satisfacción de las exigencias del derecho a la salud; en ese sentido, éstas persiguen la restitución de una función generativa deteriorada o inexistente.

En ese orden de ideas, cabe resaltar que el mismo colegiado ha señalado que, los derechos fundamentales no pueden ser disminuidos o suprimidos, puesto que ello significaría una vulneración directa a las disposiciones constitucionales; consecuentemente, el derecho a la salud, y el acceso a las técnicas de reproducción asistida, corresponde a un derecho fundamental, cuyo contenido no puede desconocerse, en consecuencia sólo resultaría constitucionalmente válido establecer limitaciones o restricciones a este derecho, en tanto éstas suponen la regulación del ejercicio de un derecho, determinadas en función a exigencias de razonabilidad y proporcionalidad.

A su vez, con relación a la vida privada, se ha determinado que su conceptualización no es susceptible de definiciones exhaustivas, en tanto comprende una amplia gama aspectos que permiten el desarrollo de la personalidad en el ámbito personal, cuya

protección comprende aquellas decisiones sobre la vida sexual, así como las relativas a tener o no hijos biológicos. En este contexto, las parejas infértiles están facultadas para fomentar libremente su personalidad en su esfera personal, la cual se encuentra fuera del alcance de intromisiones por parte de terceros, y hasta del propio Estado. En consecuencia, siguiendo el criterio de la Corte Interamericana, la decisión de tener hijos biológicos debe interpretarse como una facultad que pertenece a la esfera más íntima de la vida privada de una persona, por cuanto importa la manifestación de voluntad que corresponde a la autonomía e identidad de una persona, tanto en su dimensión individual como en su dimensión de pareja.

Bajo esa lógica, toda actuación del Estado que suponga la desprotección del derecho a la vida privada significará una violación al mismo, más aún si este aspecto involucra la facultad de la persona de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona, siendo más que evidente que la decisión de ser madre o padre, en el sentido genético o biológico, forma parte de un sentido más amplio de libertad enmarcado dentro del libre desenvolvimiento de la personalidad.

Entonces, el derecho a la vida privada corresponde a la combinación de diferentes aspectos de la vida privada que, interrelacionados entre sí, sustentan el reconocimiento del derecho a fundar una familia, así como los derechos sexuales y reproductivos de la persona; los mismos que se manifiestan en nuestra realidad a través de la autonomía reproductiva y que se materializan mediante el acceso a los servicios de salud reproductiva.

De otro lado tenemos que, la autodeterminación reproductiva, entendida como la manifestación, en conjunto, del derecho a la vida privada y al libre desenvolvimiento de la personalidad, es considerado una proyección de la dignidad humana, en la medida que su ejercicio implica la capacidad de decidir libremente sobre su actuación general en la sociedad, y en el ámbito de aquellas decisiones sobre tópicos que corresponden a la esfera privada de cada persona. Ahora, el contenido protegido por el derecho a la autodeterminación reproductiva comprende algunos aspectos de la procreación tales como: cuándo, con quién y cómo lograr o impedir la reproducción; los mismos que

también han sido consagrados de manera implícita en la Convención Belem do Pará, por lo tanto, como un derecho fundamental reconocido no sólo en nuestro ordenamiento jurídico, sino además en instrumentos internacionales, constituye un límite para la actuación estatal.

Asimismo, en opinión de la Corte Interamericana, la vulneración de este derecho está representada por aquellas medidas que tienen por finalidad obstaculizar o dificultar el acceso a los medios con los cuales la mujer podría ejercer control sobre su fecundidad; a lo que se debe añadir lo manifestado por la Corte Constitucional Colombiana, la cual enfatiza que este tipo de decisiones incumben única y exclusivamente a la mujer, en tanto representan el desarrollo de su personalidad en el ámbito personal; por ello, la manifestación de su voluntad no deberá estar limitada, condicionada o coaccionada, por su cónyuge, compañero, o hasta por el mismo gobierno, a razón que este derecho es una proyección de la dignidad humana. Consecuentemente, el consentimiento expresado por la mujer para que el embrión sea implantado en su útero con la finalidad de gestarlo durante todo el periodo del embarazo representa el ejercicio de su derecho a tomar decisiones respecto de su propia sexualidad, que incluye lo relativo a su reproducción, por cuanto éstos constituyen elementos pertenecientes a un ámbito personalísimo, inalcanzable para toda injerencia por parte de terceros o del propio Estado.

Ahora bien, en lo que respecta al recién nacido como un sujeto de derechos involucrado en los contratos de maternidad subrogada, toda controversia que signifique una afectación a sus derechos deberá ser resuelta a la luz de la aplicación del interés superior del niño, en virtud del cual, los intereses de aquél prevalecen sobre los de sus padres, la sociedad, el Estado, y aún sobre la propia realidad genética; de ahí que, en algunos casos, los administradores de justicia prefieran que el menor quede bajo el cuidado de los padres que han demostrado tener un vínculo más afianzado con el niño y su calidad moral ha quedado acreditada, incluso cuando no ostentan la condición de padres genéticos.

Finalmente, en lo referido a los derechos, deberes, responsabilidades y obligaciones que corresponden a los padres sobre el menor, es necesario resaltar que son de carácter

irrenunciable, por lo que toda disposición contractual en tal sentido que formule la madre gestante no será jurídicamente válida; de ahí que no resulte posible exigir el cumplimiento de los contratos de maternidad subrogada, en lo que respecta a la entrega del menor a los padres intencionales; en consecuencia, no resulta coherente que, aún con posterioridad al alumbramiento, la gestante se encuentre obligada a renunciar a los derechos y deberes sobre el menor; toda vez que ello deberá entenderse, en sentido estricto como una renuncia, sino como el asentimiento que presta para que el niño sea adoptado por los padres intencionales. Asimismo, observando la primacía de los intereses del menor, se considera necesario reconocer legalmente como padres de aquél a quienes recurran a estas técnicas de reproducción asistida, denominados padres intencionales, toda vez que esta figura se origina como consecuencia de la exteriorización de su voluntad.





MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I
INFERTILIDAD, TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y
MATERNIDAD SUBROGADA

1.1.- Infertilidad

Cuando se trata de Infertilidad, estamos ante un término que engloba una problemática actual que posee varios significados, en primera instancia tenemos que la OMS la concibe clínicamente como “*una enfermedad del sistema reproductivo caracterizada por el fracaso en alcanzar un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales desprotegidas*”¹, pero a su vez, nos ofrece una amplia gama de definiciones, tales como:

- *“Infertilidad es la incapacidad de una pareja sexualmente activa que no emplea métodos anticonceptivos para lograr el embarazo en un año. El hombre puede ser evaluado por infertilidad o subfertilidad mediante una variedad de intervenciones clínicas, además de análisis de laboratorio de semen”*²
- **Definiciones Demográfica:**
 - *La incapacidad de las personas en edad reproductiva (15 – 49 años) para quedar o permanecer embarazada dentro de los 5 años de exposición al embarazo.*
 - *La incapacidad de quedar embarazada de un embrión vivo, dentro de cinco años de exposición basados en un estado de unión consistente, sin empleo de anticonceptivos ni en periodos de lactancia y manteniendo el deseo de tener un hijo.*
- **Definición Epidemiológica:**
 - *Mujeres en edad reproductiva (15 – 49 años) en riesgo de quedar embarazadas (no embarazadas, sexualmente activas, sin empleo de*

¹ F. Zegers-Hochschild et al., 2009, “*The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) Revised Glossary on ART Terminology, 2009*”. *Human Reproduction*, Vol. 24 No. 11, pág. 2683-2687. Página web consultada el 03 de abril del 2014, disponible

en:http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2.pdf
² Página web consultada el 03 de abril del 2014, disponible en: <http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/definitions/en/#>

anticonceptivos ni en periodo de lactancia) quienes reportan haber intentado sin éxito quedar embarazadas por dos o más años.

Como afirmase la propia Organización, y como se desprende de las definiciones aquí citadas, culturalmente la Infertilidad representa una carga para las mujeres, más que para los hombres, a pesar que en realidad no existe mayor información acerca de la infertilidad en el género masculino, pues los estudios que se han llevado a cabo se han centrado exclusivamente en la mujer.

En general, podemos afirmar que, alrededor del mundo existen 48.5 millones de parejas que no pueden tener un hijo, de las cuales 19.2 millones no pueden tener a su primer hijo y 29.3 millones no pueden tener otro hijo (sin tener en consideración el caso de China). De otro lado, 14.4 millones de esas parejas viven al sur de Asia y más de 10 millones en África Sub-Sahariana.

El número de las parejas que sufren de infertilidad se ha incrementado desde 1990, cuando 42 millones de parejas no podían tener un hijo. Aunque en la actualidad el número de parejas infértiles ha incrementado a nivel mundial y en la mayoría de regiones; cabe señalar que se aprecia una disminución en la región de altos ingresos (hemisferio norte), puesto que de 4.2 millones de casos en 1990 pasó a 3.6 millones en 2010, mientras que en las regiones de Europa Central y Oriental y, en la región de Asia Central se registraron 4.4 millones de casos en 1990 y, para el año 2010 solo se presentaron 3.8 millones. Sin embargo, no se aprecian cambios significativos en la prevalencia de infertilidad entre las mujeres que desean tener un hijo, dado que la disminución del ánimo de tenerlo aunada a la falta de crecimiento demográfico dan como resultado un decrecimiento en el número absoluto de parejas infértiles en esas regiones.³

³Mascarenhas, Maya N. et al., 2012, "National, Regional, and Global Trends in Infertility Prevalence Since 1990: A Systematic Analysis of 277 Health Surveys" (en línea), PLoSMed 9 (12): e1001356. Doi: 10.1371/journal.pmed.1001356. Página web consultada el 04 de abril del 2014, disponible en: <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/277surveys/en/>

Según la información publicada por la OMS, existen alrededor de 33 400 000 mujeres infértiles por causa de abortos sin supervisión médica y sepsis materna; de las cuales 32.5 millones radican en países con ingresos bajos o medios; siendo considerada la Infertilidad como la 5° discapacidad más seria en el mundo.⁴ Pero, cabe cuestionar si la Infertilidad representa un problema serio para nuestro país, debido a que las cifras, a pesar de ser alarmantes para los países en desarrollo, reflejan la realidad de una población aproximada de 5 460'000,000 de personas. A esa información, se debe adicionar que en el año 2010, las prevalencias estimadas más bajas ocurrieron en países de ingresos medianos en Latinoamérica (Perú, Bolivia, Ecuador y El Salvador; 0.8% - 1.0%)⁵; para ello podemos tomar como referencia el Reporte Comparativo DHS No. 9⁶ que muestra claramente en su Tabla 4, sobre Infertilidad Primaria (referida a la incapacidad de la mujer de llevar al niño, debido a una incapacidad para quedar embarazada o para gestar) que en el Perú el 5.8% de mujeres entre 25 y 49 años no han quedado embarazadas a pesar de haber estado expuestas al mismo; aunque el propio reporte establece como salvedad que la dificultad de cuantificar la infertilidad primaria radica en la incertidumbre sobre el uso de anticonceptivos en mujeres jóvenes; por lo tanto es necesario comparar esos datos con otros estudios para poder arribar a una cifra estimada, para ello, el mismo Reporte en la Tabla 5 se encarga de otro aspecto de la infertilidad primaria, el referido a mujeres sexualmente activas pero que no han podido quedar embarazadas o quedando embarazadas no pudieron gestar hasta el alumbramiento, siendo que en esta oportunidad, Perú tiene 7.4% de su población femenina, entre 25 y 49 años, bajo estas circunstancias.

En conclusión, entre ambos resultados se hace evidente que un número considerable de mujeres son afectadas por infertilidad, más allá de una cifra exacta, el aproximado que nos ofrece este estudio permite apreciar una realidad preocupante, a lo cual habría que adicionar el porcentaje de infertilidad masculina (porcentaje que aún resulta desconocido). Asimismo, este tópico toma mayor relevancia dado que las personas que

⁴ Página web consultada el 04 de abril del 2014, disponible en: http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/infertility_DIS_table.pdf

⁵ Mascarenhas, Maya N. et al., Op. Cit.

⁶ Shea o. Rutstein y Iqbal H. Shah, 2004, "Infecundity, Infertility, and Childlessness in Developing Countries", DHS Comparative Reports No. 9. Calverton, Maryland, EUA: ORC Macro y la Organización Mundial de la Salud. Página web consultada el 04 de abril del 2014, disponible en: <http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/DHS-CR9.pdf?ua=1>

sufren de infertilidad también son consideradas como sujetos de protección por la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad⁷ y, por lo tanto, deberían poder acceder al más alto nivel de salud, haciendo mención expresa al ámbito de la salud sexual y reproductiva; situación que no se refleja en el día a día, y que se reafirma con la falta de regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA).

Finalmente, de la información presentada se deduce que la infertilidad es un problema de salud pública que, según la tendencia, está en incremento constante; por lo tanto corresponde al Estado, en aras de cumplir las tareas a las que le obliga la Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidad, brindarles a éstas un acceso lo más amplio posible en todos los aspectos regulados por dicha norma, haciendo especial énfasis en el tópico de salud, que es el que afecta a las personas que sufren de infertilidad; pero dicho acceso implica a su vez el ejercicio y respeto por otros derechos fundamentales, por lo tanto, se vislumbran unas de las razones por las cuales es necesaria la formulación de una regulación sobre este tema.

1.2.- Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)

1.2.1.- Definición

Debido al mayor interés generado por el tema de la infertilidad, en el campo de la medicina se fueron desarrollando métodos con la finalidad de brindar una adecuada atención a las personas que adolecían de ella; siendo en este punto donde se originan las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA).

Cabe señalar que lo más adecuado es emplear el término “asistida” al referirnos a estas técnicas, por cuanto se trata de un conjunto de métodos conducentes a facilitar o substituir a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana, dicho de otra manera, son técnicas destinadas a ayudar a una función

⁷Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo. Suscrita el 30 de marzo del 2007, aprobada mediante Resolución Legislativa N° 29127 (publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 01 de Noviembre del 2007) y ratificada mediante Decreto Supremo N° 073-2007-RE (publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 31 de diciembre del 2007)

generativa deteriorada o inexistente. Pero no podrían denominárseles técnicas de reproducción “artificial”, en función a que estas no suplantán, mediante elementos artificiales o no biológicos, al organismo masculino o femenino en la función procreativa.⁸

Ahora bien, las Técnicas de Reproducción Asistida se refieren a “*todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo (...)*”⁹. No obstante, el empleo de las TRA procederá, siempre que existan posibilidades razonables de éxito y que ello no suponga un riesgo grave para la salud física o psíquica de la mujer o la posible descendencia; a estos efectos, la mujer deberá ser informada respecto del procedimiento, sus riesgos, condiciones, efectos y posibles consecuencias; quedando en libertad para decidir la suspensión de la misma en cualquier momento de su realización, en tanto esta sea comunicada antes de la transferencia embrionaria.¹⁰

1.2.2.- Evolución histórica de las Técnicas de Reproducción Asistida

El proceso de evolución de las TRA merece especial atención, toda vez que en los últimos años, su desarrollo ha sido muy vertiginoso. En una primera etapa tenemos el empleo de técnicas elementales. El primer registro se remonta a 1790, cuando el cirujano escocés John Hunter reporta el primer caso exitoso de inseminación artificial humana; casi un siglo después, en 1884, el médico estadounidense William Pancoast logra la primera inseminación de donante humano en la Universidad Médica Jefferson en Filadelfia, Estados Unidos.

⁸Santamaría Solís, Luis (2010) *Técnicas de Reproducción Asistida. Aspectos Bioéticos* (Virtual) Universidad Autónoma de Madrid, disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>

⁹Página web consultada el 06 de Abril del 2014, disponible en: http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1

¹⁰ Jiménez Muñoz, Francisco Javier (2012) *La reproducción asistida y su régimen jurídico* (virtual) Primera Edición, Editorial Reus, Madrid Pág. 24. Página web consultada el 06 de Abril del 2014, disponible en: <http://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=7XWKAgAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA9&dq=reproduccion+asistida&ots=XjooU2chZ3&sig=JGKb7rnGD3mM6tDhWUu8Ql2rz6g#v=onepage&q=reproduccion%20asistida&f=false>

Posteriormente, las TRA ingresan a la siguiente etapa, la cual se caracteriza por la manipulación de gametos sexuales y embarazos con resultados exitosos; así tenemos que, en 1944 se logra la primera fertilización in vitro de un óvulo humano por los médicos John Rock y Miriam Menkin.

Luego, en 1969 se reporta la primera fertilización in vitro exitosa de un ovocito, realizada por Robert Edwards y Patrick Steptoe; para que finalmente, en 1977 se logra el primer embarazo mediante fertilización in vitro, lamentablemente no se completó la gestación. Un año después toma lugar un hecho que marcaría un hito en la evolución de las TRA, el nacimiento de Louise Brown en Inglaterra, convirtiéndose así en el primer ser humano nacido como resultado del empleo de fertilización in vitro.

En este contexto, tenemos que en 1980 un abogado de Michigan, Noel Keane, redacta el primer contrato de subrogación en Estados Unidos, iniciando una nueva etapa en la evolución de las técnicas de reproducción asistida, puesto que da inicio a los contratos de maternidad subrogada. Paralelamente, en 1981, nace en Norfolk, Virginia, Elizabeth Jordan Carr, la primera bebé americana en ser concebida como resultado de una fertilización in vitro. A partir de este hecho exitoso, se empiezan a desarrollar nuevos métodos los cuales demuestran mayores avances en esta área, siendo así que en 1984, nace el primer bebé de un embrión congelado, en 1984, el cual fue desarrollado a partir de un óvulo donado; lo cual constituiría el inicio de la utilización de gametos sexuales de terceros, ajenos a la pareja que recurre a las TRA. En 1985, se registra el primer embarazo por gestación subrogada, el cual consistió en la obtención, fertilización, transferencia e implantación del óvulo de una mujer al útero de otra que desempeñaría el rol de gestante.

Teniendo en consideración los buenos resultados obtenidos de la aplicación de las TRA, empiezan a desarrollarse nuevas técnicas, para lo cual se tomaría como base el modelo de la Fecundación In vitro, resultando de ello el desarrollo de dos nuevas técnicas en 1986: la Transferencia Intratubárica de Gametos y la Transferencia Intratubárica de Cigotos, ambas aplicadas exitosamente. En ese mismo año, se inicia un proceso en la Corte de Estados Unidos, el caso de la Bebé M, uno de los litigios más reconocidos en

torno a la maternidad subrogada, debido a que implicaba la primera oportunidad que tendría la justicia norteamericana para pronunciarse respecto de la validez de estos contratos, así como del establecimiento de la filiación.

Debido a los mayores conflictos originados por la aplicación de TRA, especialmente por la maternidad subrogada, en el año 2001, el Ministro de Salud de la República Popular China publicó la prohibición de la misma, alegando como principal fundamento la complejidad en la determinación de los verdaderos padres de los niños nacidos por esta técnica, así como los constantes conflictos originados por la negativa de las gestantes a entregar a los neonatos a los padres “contractuales” o de estos padres a acoger al niño, cuando este nacía con alguna complicación o enfermedad.

En el año 2002 se legaliza la subrogación comercial en India, hecho que originaría un fenómeno sin precedentes, la aparición del turismo reproductivo en este país, debido a la gran cantidad de parejas foráneas que arriban en búsqueda de vientres de alquiler, por cuanto las clínicas especializadas en reproducción contaban con médicos calificados y los costos que implicaban la gestación subrogada eran considerablemente bajos. Por el otro lado, tenemos que en 2009, el gobierno chino restringe enfáticamente la práctica de subrogación, siendo que posteriormente, un número considerable de madres subrogadas reportan haber sufrido de abortos forzados.¹¹¹²

1.2.3.- Clasificación de las Técnicas de Reproducción Asistida

En lo que se refiere a TRA, encontramos dos clasificaciones principales:¹³

- ***En función a la procedencia de los gametos:***

¹¹Página web consultada el 05 de Abril del 2014, disponible en: <http://www.artparenting.org/about/>

¹² Merino Faith, 2010, “Adoption and Surrogate Pregnancy”, Infobase Publishing, e-ISBN: 978-1-4381-3059-0, pág. 305 y siguientes. Página web consultada el 05 de Abril del 2014, disponible en: <http://f3.tiera.ru/1/genesis/570-574/572000/167089ad442897511ad342bcf65e1eee>

¹³ Bernal Camargo, Diana Rocío (2009) *Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Maternidad Subrogada y Derecho de familia* (Virtual) Revista Republicana, ISSN: 1909-4450, N° 6. Página web consultada el 05 de Abril del 2014, disponible en: <http://revista.urepublicana.edu.co/wp-content/uploads/2012/06/1-TECNICAS-DE-DIANA.pdf>

- **Homóloga:** Se entiende esta técnica a aquella en la que tanto el espermatozoide como el óvulo proceden de la pareja que se somete a la técnica correspondiente.
- **Heteróloga;** Es aquella técnica en la cual, uno de los gametos, óvulo o espermatozoide, o ambos, proceden de donantes ajenos a la pareja.
- ***En función al lugar donde ocurre la fecundación***
 - **Técnicas intracorpóreas:** Abarcan todos aquellos métodos en los que, independientemente de las manipulaciones a las que puedan verse sometidos los gametos, el proceso de fecundación o fertilización del óvulo u ovocito por el espermatozoide se efectúa en el interior del aparato reproductor femenino. Esto implica que en este grupo de técnicas, el momento central de la procreación, el momento en el que se constituye una nueva persona humana, queda fuera del alcance de posibles intervenciones tecnológicas.

Dentro de esta tenemos a la inseminación artificial, la TRA por excelencia, que es definida como un procedimiento que se realiza en el cuerpo de la mujer en periodos previos a la ovulación, o en su defecto se emplea la llamada hiperestimulación ovárica, y en cualquiera de los dos casos la introducción del semen se realiza en forma mecánica y no mediante el acto conyugal natural, siendo necesaria la obtención previa del semen.

Esta técnica ha sido la base para el desarrollo de otras, siendo estas las principales:

- a) *Inseminación intrauterina directa*, en la que se utilizan espermatozoides “lavados” y la inseminación es en la cavidad uterina. La mujer es sometida a superovulación.

- b) *Inseminación intraperitoneal*, en la que igualmente existe superovulación y se inyecta un promedio de doscientos mil a seis millones de espermatozoides móviles a través de un fórnix vaginal posterior.
 - c) *Transferencia intratubárica de gametos (GIFT)*, es una técnica que exige que una de las trompas de Falopio esté en condiciones adecuadas; la técnica consiste en la transferencia de los gametos masculinos y femeninos a las fimbrias de las trompas de Falopio por medio de un catéter.
 - d) *Transferencia cervical-intratubárica de gametos*, la cual se diferencia de la anterior en que la transferencia a la trompa se realiza por vía cervical.
 - e) *Transferencia intratubárica de ovocitos*, es una técnica procedente en aquellos eventos en los que no existe comunicación entre los ovocitos y las trompas, por lo cual los ovocitos se obtienen por vía laparoscópica y se ubican en una cánula en la parte alta de la trompa, en donde puede ser fecundada por los espermatozoides en una relación normal.
 - f) *Transferencia uterina de gametos*, es una técnica que consiste en la transferencia de ovocitos y espermatozoides en el útero, en vez de a la trompa, para los casos en los que existe oclusión tubárica bilateral o daños irreversibles en las trompas.
- **Técnicas extracorpóreas:** Se entiende por TRA extracorpórea a todas aquellas modalidades de reproducción asistida en las que la fecundación se produce en el exterior del tracto reproductor femenino, es decir, todas aquellas en las que se efectúa la fertilización in vitro, esto implica que en todas ellas se da la posibilidad de una manipulación del comienzo de la existencia de una nueva persona humana o de sus primeras etapas de desarrollo. Dentro de estas técnicas tenemos dos divisiones:
- a) *Técnicas sin micromanipulación de gametos:*

FIVET: Fecundación in vitro con transferencia de embriones. Es una técnica base, por cuanto las demás han sido desarrolladas a partir de esta. Posibilita la manipulación del embrión previa a su implantación, tanto para fines diagnósticos, como eugenésicos, experimentales o terapéuticos.

b) *Técnicas con micromanipulación de gametos:*

SUZI: Inserción subzonal de espermatozoides. La técnica SUZI consiste en un desarrollo posterior de la FIVET y se realizan mediante la inserción mecánica del espermatozoide, su núcleo o de células espermáticas inmaduras en el espacio perivitelino o en el interior del ovocito, en ambas modalidades se precisa la manipulación de los gametos mediante pipetas y agujas de punta extremadamente fina, que se manejan mediante instrumentos que permiten desplazamientos del rango de micras de los utensilios que actúan sobre las células. Tanto en la SUZI como en la ICSI, se trata de facilitar al grado máximo la penetración de espermatozoides en el óvulo a fecundar. En SUZI se depositan los gametos masculinos en el espacio perivitelino, de modo que los espermatozoides anómalos que de otro modo no podrían atravesar la zona pelúcida y penetrar en el óvulo, salvan esa barrera y pueden completar por si mismos la fecundación.

ICSI: Inyección intracitoplásmica de espermatozoides. En esta técnica, la asistencia a la fecundación es mucho más completa, ya que se introducen directamente los espermatozoides en el interior del óvulo mediante una inyección intracitoplásmica, así espermios que por sus importantes deficiencias fisiológicas, no podrían ni siquiera iniciar la fertilización, son forzados a penetrar en el óvulo.

En las dos modalidades, el óvulo a fecundar es inmovilizado en el medio de cultivo en el que se encuentra flotando, mediante una suave aspiración con una micropipeta de punta roma para evitar la lesión de la célula, después, y bajo control microscópico, se inyecta un único espermatozoide contenido en una micropipeta capilar, que

es desplazada de modo que atravesase la zona pelúcida del ovocito y deposite debajo de la misma al espermatozoide en el caso de la SUZI, o, en la modalidad ICSI, la punta de la pipeta conteniendo al espermatozoide perfora la membrana citoplásmica del óvulo y deposita al gameto masculino en el interior de su citoplasma.

1.3.- Maternidad Subrogada

1.3.1. Definición

Para poder precisar con mayor detalle la definición de maternidad subrogada, primero es necesario establecer el significado de maternidad, para tal efecto la Real Academia de la Lengua Española define a la maternidad como “*el estado o cualidad de madre*”¹⁴, que a su vez se refiere a la mujer que da a luz a un hijo, así como a la relación existente entre ambos¹⁵; por lo que se entiende que madre es, además de la mujer que alumbró, la responsable de los hijos, de su cuidado y educación, etc. Desde la perspectiva jurídica, la maternidad está comprendida dentro de la institución jurídica de la filiación, en función a que es el vínculo que une a los descendientes con sus progenitores, en este caso a los hijos con su madre, sin importar el origen de la relación (biológica o adoptiva).¹⁶ Por otro lado, la Academia define subrogar como “*sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa*”¹⁷, de lo cual se desprende que la subrogación, para efectos de la presente investigación, se refiere al reemplazo de la mujer que desempeñará la función de gestación.

Tradicionalmente, la maternidad subrogada es una figura consistente en la intervención de otra persona en el proceso de procreación, siendo esta tercera persona la mujer que

¹⁴Página web consultada el 06 de Abril del 2014, disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=maternidad>

¹⁵Página web consultada el 06 de Abril del 2014, disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=madre>

¹⁶Arámbula Reyes, Alma (2008) *Maternidad Subrogada* (Virtual) Centro de Documentación, Información y Análisis. Dirección de Servicios de investigación y Análisis. Subdirección de Política Exterior – Cámara de Diputados – LX Legislatura México. Página web consultada el 20 de Octubre del 2014, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>

¹⁷Página web consultada el 06 de Abril del 2014, disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=subrogaci%C3%B3n>

desarrollará la función gestacional; quien, además, podrá aportar su material genético mediante la donación de óvulos. Al respecto, es importante señalar que la doctrina ha establecido distintas denominaciones para la tercera interviniente en la subrogación, dependiendo de los distintos supuestos tenemos que; primero, si la madre era fértil pero no podía gestar debido a deficiencias uterinas o físicas, a la mujer gestante se le denominará *madre portadora*, a razón que ella sólo coopera desempeñando esta función; pero la carga genética corresponde a los padres contractuales; distinto es el caso tratándose de una mujer que no pueda generar óvulos ni gestar, por lo que la mujer que intervenga debe aportar el óvulo, y desempeñar la función de gestación; por lo que adoptaría la denominación de *madre sustituta*.¹⁸

En la doctrina, la subrogación ha tomado distintas denominaciones, tales como: maternidad subrogada, gestación de sustitución, alquiler de útero, vientre de alquiler, entre otros; pero todas ellas se refieren al “(...) *acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste.*”¹⁹ De ahí que, las gestantes son mujeres fértiles que aceptar llevar a término un embarazo que se ha generado mediante el espermatozoides y el óvulo de los padres contractuales, con o sin contraprestación de por medio, para que, una vez producido el parto entregue al hijo a las personas que lo encargaron, las cuales asumieron el pago de la suma acordada o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto.

En ese sentido, tenemos que la maternidad subrogada puede presentarse mediante distintas modalidades.²⁰

¹⁸ Rodríguez-Yong, Camilo A. y Martínez-Muñoz, Karol Ximena (2012) *El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense* (Virtual) Revista de Derecho Valdivia, Vol. XXV, N° 2. Página web consultada el 10 de Abril del 2014, disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v25n2/art03.pdf>

¹⁹ Rodríguez López, Dina (2005) *Nuevas Técnicas de Reproducción Humana. El útero como objeto de contrato* (virtual), Revista de Derecho Privado, año IV, número 11, págs. 109 – 110. Página web consultada el 10 de Abril del 2014, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr5.pdf>

²⁰Id.

- 1) *Subrogación total*: Aquella en la cual la mujer contratada accede a ser inseminada, aportando sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto entregue el hijo al padre biológico, lo cual implica la renuncia a todos sus derechos generados por la maternidad; asimismo, admite la adopción del menor por parte de la pareja del padre biológico. En ese sentido, esta modalidad acoge la hipótesis correspondiente a la inseminación artificial heteróloga, en tanto la gestante no ostenta sólo la calidad de madre genética, sino además la de madre obstétrica; en este supuesto no existe sustitución de vientre, más bien una maternidad compartida.
- 2) *Subrogación parcial*: Aquella en la cual la mujer contratada desempeña exclusivamente la función gestacional, en virtud de la cual porta en su vientre a un embrión fecundado in vitro, proveniente de la unión del espermatozoide y el óvulo de la pareja contratante.
- 3) *Subrogación comercial*: Aquella en la que una mujer acepta embarazarse por otra, a cambio del pago de una cantidad cierta y determinada, bajo los términos de la prestación de servicios; a lo cual se añade el pago de los gastos derivados de la gestación.
- 4) *Subrogación altruista*: Aquella en la que una mujer acepta gestar al hijo por cuenta de otra, de manera gratuita; en la cual, comúnmente, existen lazos de amistad o parentesco entre la gestante y uno de los padres.

1.3.2. Los “contratos” de maternidad subrogada

Como se había señalado anteriormente, el primer caso de maternidad subrogada fue reportado en 1976 por Noel Keane, abogado que creó la Surrogate Family Service Inc, en Dearborn, Michigan, Estados Unidos, con la finalidad de ayudar a parejas con dificultades para concebir, para lo cual facilitaba el acceso a madres sustitutas y realizaba los arreglos necesarios.

A partir de ese momento es que se originaron los *contratos de maternidad subrogada*, entendidos como aquellos acuerdos de voluntades que regulan la “*prestación de servicios de gestación o gestacional; que tendrá por objeto la realización de conductas*

*de hacer y dar por parte de la mujer gestante; entre las primeras, se encuentran las de ser fecundada con el material genético de las personas que solicitaron el empleo de las técnicas de reproducción asistida. Una vez sucedido lo anterior, el llevar a buen término la gestación y al final de la misma, el entregar a los progenitores el producto del alumbramiento, y por parte de estos últimos, la contraprestación consistirá en el pago de gastos originados tanto con motivo de la gestación, como del alumbramiento y de todos aquellos que se originen con motivo del estado de salud de la mujer gestante, luego del alumbramiento”.*²¹

De igual manera, en la doctrina podemos encontrar las siguientes definiciones:

*“Acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer – la cual puede ser sólo gestante y/o biológica -, sujeta a un acuerdo, contrato, pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer u hombre que figurará como madre o padre de éste”.*²²

*“Acuerdo por el que una mujer, la madre subrogada, “madre de alquiler” o “madre portadora”, acepta someterse a las técnicas de reproducción asistida (TRA) para llevar a cabo la gestación a favor de un individuo o pareja comitente, también llamados “padres intencionales”, a quienes se compromete a entregar el niño o niños que puedan nacer”.*²³

Entonces, se puede apreciar que las definiciones de contrato de maternidad subrogada están referidas a los acuerdos, convenios, pactos, o en términos generales, a la

²¹ Contreras López, Raquel Sandra (2013) *La legislación mexicana civil y la maternidad sustituta*, Revista Cirujano General, Facultad de Derecho y de la División de Postgrado de la Universidad Nacional Autónoma de México, vol. 35, Supl. 2. Página web consultada el 20 de Setiembre del 2014, disponible en: <http://www.medigraphic.com/pdfs/cirgen/cg-2013/cgs132m.pdf>

²² González Martín, Nuria (2012) *Maternidad Subrogada y Adopción Internacional* (Virtual), Universidad Nacional Autónoma de México, págs. 171-172. Página web consultada el 20 de Setiembre del 2014, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3155/11.pdf>

²³ Farnós Amorós, Esther (2010) *Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California* (Virtual) InDret Revista para el Análisis del Derecho. Página web consultada el 11 de Setiembre del 2014, disponible en: www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/225321/306632

convergencia de voluntades en el sentido de que una mujer acceda a que el embrión creado a partir de los gametos sexuales de otras personas sea implantado en su útero, para que ella desarrolle la función gestacional durante el periodo del embarazo y, una vez culminado, entregue al niño a los recurrentes, quienes serán reconocidos como los padres intencionales, cediéndoles todos los derechos, responsabilidades, deberes y obligaciones respecto del menor, lo que significa que asumirán el rol de padres legales del menor.

Ahora bien, en la Conferencia Internacional de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (2014) se establecieron algunos criterios que son comunes a la mayoría de ordenamientos jurídicos que regulan la maternidad subrogada, entre los cuales tenemos:²⁴

- 1) Los padres contractuales deberán cumplir con determinados criterios para alcanzar la pre aprobación de los contratos de maternidad subrogada, o para el lograr el reconocimiento legal de la paternidad *post facto*.
- 2) Asimismo, es posible que los Estados exijan el cumplimiento de algunos requisitos de salud física y mental a los padres contractuales.
- 3) Las restricciones de edad y determinadas condiciones psico-sociales serán requeridas a las mujeres que aspiren convertirse en madres subrogadas.
- 4) La gratuidad debe ser una característica esencial de estos contratos, lo cual no impide que se acuerde el pago de una compensación por gastos razonables.

1.3.3. Controversia respecto de los contratos de maternidad subrogada

Pero, más allá de la posible regulación de la maternidad subrogada a través de estos contratos, existen algunas posibles complicaciones. En primer lugar, los padres que recurren a la mujer portadora pueden desconocer su responsabilidad para con ella en cualquier momento durante el embarazo, como en el caso de Jaycee Louise Buzzanca,

²⁴ La Conferencia Internacional de la Haya en Derecho Internacional Privado (2014) *A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements*, Documento Preliminar No. 3 C, pág. 18. Página web consultada el 11 de Setiembre del 2014, disponible en: http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd03c_en.pdf

que fue concebida en un útero subrogado con gametos de donantes anónimos porque sus padres eran estériles. Durante el proceso la pareja se separó y Jaycee nació en 1995, en Estados Unidos, cuando sus padres no vivían juntos. Jaycee fue declarada huérfana por un juez, a pesar de que en alguna forma, había tenido cinco padres: los padres que contrataron el procedimiento, los donantes y la mujer que la había llevado en su vientre durante nueve meses.²⁵ Luego, la Corte revocó la apelada y resolvió que los padres legales de Jaycee Louise Buzzanca eran John y Luanne Buzzanca.²⁶

De igual manera, existen casos en los que el incumplimiento se produce por parte de la gestante, cuando se niega a entregar al bebé después del nacimiento, siendo el caso emblemático de este supuesto el de la bebé M, en el cual Mary Beth Whitehead aceptó llevar al bebé de los esposos William y Elizabeth Stern, pero apenas nació la niña se negó a entregárselas; ello conllevó a que la familia Stern demande a la señora Whitehead con la finalidad que sea la corte quien resuelva el conflicto a la luz del contrato firmado por las partes. Este momento resulta esencial para la figura de la maternidad subrogada, al menos en ese contexto geográfico, puesto que durante el juicio la Corte reafirma la validez del contrato de subrogación, otorgándole la custodia exclusiva sobre la bebé M a la familia Stern y, consecuentemente, negándole los derechos que como madre se irrogaba a la señora Whitehead. Sin embargo, esta última apela tal decisión y se eleva a la Corte Suprema de Nueva Jersey, la cual revocó la decisión y reconoció a Whitehead como la madre de la bebé M, no obstante decidió mantener la custodia primaria de la infante con la familia Stern.²⁷

Por otro lado, en el caso de contratos de maternidad subrogada con carácter oneroso, se vislumbra una posible comercialización de esta práctica, lo cual le añade un ingrediente negativo, moralmente desfavorable a la gestación sustituta. *“La Organización Panamericana de la Salud (OPS) afirma que la ‘mujer actúa como madre subrogada apremiada por la dificultad de su situación económica y la de su familia, no establece*

²⁵ Arteta Acosta, Cindy (2011) *Maternidad Subrogada – Surrogate Motherhood* (Virtual) Revista de Ciencias Biomédicas, Vol. 2, N° 1. Página web consultada el 11 de Setiembre del 2014, disponible en: http://www.revista.spotmediav.com/pdf/2-1/12_MATERNIDAD_SUBROGADA.pdf

²⁶ Página web consultada el 12 de Setiembre del 2014, disponible en: <http://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1462278.html>

²⁷ Página web consultada el 12 de Setiembre del 2014, disponible en: <http://caselaw.findlaw.com/nj-superior-court/1340989.html>

*una relación contractual entre iguales. Por el contrario, forma parte de una relación donde su participación es virtualmente eliminada, su consentimiento libre e informado, obviado y su púnico atributo valorado es su capacidad de servir de máquina de procrear, gestar y dar a luz. Así, este tipo de situaciones contiene todos los elementos que configuran una clara explotación de la mujer como ser humano y como madre’”.*²⁸



²⁸ Arteta Acosta, Cindy, Op. Cit.

CAPÍTULO II:
DERECHOS HUMANOS EN CONFLICTO



2.1. La Dignidad Humana

La conceptualización de dignidad humana es una labor de difícil realización, más aún si en la actualidad aún existen discusiones en la doctrina que impiden arribar a un consenso al respecto. Pero cabe destacar que, tales cuestiones no son de fecha reciente, sino que se han presentado con anterioridad; a saber, uno de los más remotos antecedentes se encuentra dentro de la Comisión redactora de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuando expresa:

“La pregunta acerca de si los derechos humanos deberían estar fundamentados en lo considerado como ‘natural’ o esencial a los seres humanos estuvo en el corazón del debate sobre el primer documento internacional de derechos humanos: la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH). La tensión entre, por una parte el deseo por una teoría realmente universal y, por otra, el temor por basarse en conceptos metafísicos puede verse en estos debates”.²⁹

Las dudas allí plasmadas serían profundizadas posteriormente, puesto que en la doctrina se empezaron a desarrollar distintas posturas, es pues en este ámbito que resulta necesario hacer mención sobre tres aspectos relativos a la dignidad. En primer lugar, la discusión se centra sobre el carácter natural o consensual de la dignidad, de ahí que en opinión de Soulen y Woodead, la dignidad debe considerarse como el elemento definitorio de la idea de naturaleza humana; sin perjuicio de los elementos accidentales tales como el lugar de nacimiento, género, etc.; pues ellos consideran que la dignidad es una atributo otorgado a cada individuo perteneciente a la especie humana por la propia naturaleza (nótese la fuerte influencia *iusnaturalista* en esta postura) Como respuesta a este planteamiento se generaron diversas opiniones, entre las cuales se cuestionaba principalmente el fuerte contenido metafísico de aquella postura, dado que se otorgaba una mayor consideración a tal componente, lo cual podía ser entendido como problemático, en función a que para entender el sentido natural de la dignidad era necesario apelar a una única idea de naturaleza humana; ello resulta siendo altamente

²⁹Parekh, Serena (2007) *Resisting ‘Dull and Torpid’ Assent: Returning to the Debate over the Foundations of Human Rights*. Human Rights Quarterly, Cincinnati, v. 29, p. 763-764.

improbable, dado que en el contexto social actual existen múltiples visiones respecto de la naturaleza humana, lo cual obstaculiza establecer una noción general o, al menos uniformizar algunas precisiones (Helendon); en contraste tenemos a otra postura que se opone a la primera, en tanto asevera que la dignidad, como un atributo de los seres humanos, no corresponde a un origen natural, sino que es una ficción moral, política y especialmente jurídica reconocida a todos los miembros de la especie humana. Por lo que su reconocimiento representa el intento de garantizar la armonía y la convivencia humana pacífica, entendida como característica esencial de los estados constitucionales respetuosos de derechos y libertades, ya que es la finalidad que persiguen alcanzar. (Hoerster)³⁰

En segundo lugar, tenemos que la discusión alude al carácter abstracto o concreto de la dignidad; siendo éste el aspecto que denota una considerable contribución de la filosofía práctica kantiana, la cual que desarrolla a través de su máxima moral un imperativo general, el cual consiste en que cada ser humano es un fin en sí mismo y, asimismo, proscribire toda posible instrumentalización del mismo; es pues, en opinión de Kant que todo ser humano está dotado de una dignidad universal. Pero, a pesar de la solidez de tal argumento, podía apreciarse su alto nivel de abstracción, el cual resultaba evidente al momento de materializar esta noción, ya que allí se apreciaba el grado de dificultad que ello suponía, en otras palabras, la dificultad que revestía la concretización de este concepto en aspectos más prácticos de la vida era la mayor prueba que su funcionalidad se reducía a un ámbito meramente racional, por consiguiente carente de todo contenido pragmático. (Peces-Barba)³¹

Por último, en tercer lugar el debate se desarrolló en torno a la determinación del carácter universal o particular de la dignidad humana, ya que para aquellos que defienden la primera, la dignidad humana es una sola, por ende aplicable a todo individuo de la especie humana por igual (Pico DellaMirandola), es en este punto donde

³⁰ Bohórquez Monsalve, Viviana y Aguirre Román, Javier (2009) *Las tensiones de la dignidad humana: Conceptualización y aplicación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Virtual) Sur: Revista internacional de Derechos Humanos, Vol. 6, Nro. 11. Página web consultada el 14 de Setiembre del 2014, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24903.pdf>

³¹ Id.

se evidencia la relación de esta postura con la noción del carácter abstracto de la dignidad. En contraste a esta postura, tenemos que otra parte de la doctrina manifiesta que la dignidad corresponde a un carácter particular, en virtud del cual se considera que la universalidad de la misma es un concepto que deviene en inviable, en la medida que ella, entendida como idea relacionada al buen vivir, responde a distintas realidades y culturas; es así que resulta posible encontrar tantas nociones de dignidad como contextos socio-culturales a nivel mundial, por lo que dependerá de los factores que intervengan en las distintas realidades para determinar si se concederá a todo individuo una misma protección o si la protección de algunos grupos será de mayor prioridad.³²

De otro lado, tenemos que a nivel internacional se han desarrollado distintos instrumentos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos que, si bien no desarrolla con amplitud el concepto de dignidad, señala en su preámbulo que la libertad, la justicia y la paz tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca al hombre; asimismo, reconoce en su primer artículo que todos los seres humanos nacen iguales en dignidad; de ahí que se evidencie que las disposiciones contenidas en este documento han sido formuladas en base a la noción de dignidad como un atributo natural y universal, en tanto es reconocido a todo ser humano en virtud de su propia naturaleza, y es reconocido para todos en los mismos términos. En adición, cabe señalar que esta conceptualización de dignidad permite apreciar los atisbos de abstracción que caracterizan la filosofía práctica kantiana.

A su vez, la Convención Americana de Derechos Humanos ha reconocido que los derechos esenciales del hombre tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón que justifica su protección internacional. Además, en su artículo 5° dispone que toda persona debe ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Ahora, si bien este instrumento permite apreciar rasgos similares al referido en el párrafo precedente, es oportuno señalar que en este se hace manifiesto el intento de integrar el concepto de dignidad, desde su perspectiva natural y consensual, por cuanto, no obstante reconoce que la dignidad se sustenta en la esencia humana, también declara que ello es razón suficiente para otorgarle una protección internacional;

³² Id.

de ahí que pueda inferirse que la protección de la dignidad también demanda en cierta medida un reconocimiento normativo que implique la obligación de los Estados de garantizar su protección.

En el mismo sentido, la Convención de Belem do Pará establece en el literal e) del artículo 4° que toda mujer tiene derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona; y como consecuencia esta disposición resulta siendo el sustento del desarrollo de todo el instrumento. Con relación a esta convención, es oportuno destacar que concretiza la noción particular de dignidad humana, por cuanto le reconoce una especial consideración a la protección de la mujer, ello sin desmerecer el respeto de la dignidad de todos los individuos; es pues aquí donde se evidencia que es posible que los Estados, en función a los diversos factores socio-culturales presentes en sus respectivos contextos, enfatizan la protección de ciertos grupos sociales que requieren una mayor atención.

Por otro lado, encontramos un análisis más profuso sobre el tema desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su vasta jurisprudencia, en la cual se aprecia el criterio adoptado para resolver sobre los distintos casos sometidos a su conocimiento, a tales efectos tenemos que la Corte recoge la noción abstracta de dignidad humana que inspira a los diversos instrumentos internacionales, pero además pondera la materialización de tal argumento en cada caso, es decir, la Corte persigue una integración de ambos conceptos con la finalidad de optimizar el contenido protegido por el principio-derecho de dignidad humana, ya que la solidez del argumento kantiano aunada a la contundencia de la apreciación de tales argumentos en aspectos más prácticos de la vida no solo resulta en la consolidación de un debate doctrinal, sino que importa la estructuración de un fundamento que permita garantizar el respeto y protección de la dignidad humana.

Bajo esa lógica, la Corte manifestó en el caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala que, así como había especificado con anterioridad, toda persona privada de su libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal; por lo que, mantener a una persona detenida en condiciones de hacinamiento, falta de

ventilación y luz natural, sin cama para su reposo, con pobres condiciones de higiene, en aislamiento e incomunicación, o con restricciones indebidas al régimen de visitas, constituye una violación manifiesta de su integridad personal.³³

En el caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala, la Corte expresó que los hechos acaecidos constituían una severa violación a la dignidad humana, pues durante el conflicto armado, miembros de las fuerzas de seguridad del Estado perpetraron violaciones sexuales masivas o indiscriminadas y públicas, para lo cual seleccionaron exclusivamente a mujeres mayas; hechos que en ocasiones eran acompañados con la muerte de mujeres embarazadas y la inducción de abortos; es pues, a todas luces, una práctica dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual, más aún por el significado simbólico de tales actos, ya que las mujeres mayas tienen a su cargo la reproducción sexual del grupo y personifican los valores que deben ser reproducidos en la comunidad.³⁴

Asimismo, en el caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, la Corte expuso, en referencia al principio del interés superior del niño, que el objetivo general de su protección radica en sí mismo, reconociéndolo como un fin legítimo e imperioso. Es así que, reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y de los niños está fundado en la dignidad misma del ser humano y en las características propias de aquellos, aunado con la necesidad de propiciar el desarrollo de los niños permitiéndoles el pleno aprovechamiento de sus potencialidades.³⁵

De igual manera, el Comité de Derechos Humanos tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto en el caso de Anthony McLeod v. Jamaica, en el cual indicó:

³³ CIDH: Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Fundamento 95. Página web consultada el 15 de Setiembre del 2014, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_133_esp.pdf

³⁴ CIDH: Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala, Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Fundamento 59. Página web consultada el 13 de Setiembre del 2014, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_250_esp.pdf

³⁵ CIDH: Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Fundamento 108. Página web consultada el 15 de Setiembre del 2014, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

“(...) el autor ha hecho denuncias concretas sobre las condiciones deplorables en que está preso. Afirma que está recluido en una celda de dos metros cuadrados 23 horas al día, que está aislado de los demás presos casi todo el día; que pasa casi todas sus horas de vigilia en una oscuridad forzosa; que tiene poco en qué ocuparse, y que no se le permite trabajar ni estudiar (...) Consecuentemente, el Comité considera que el mantener preso al autor en esas condiciones viola su derecho a ser tratado humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano reconocido en el párrafo 1 del artículo 10 del Pacto.”³⁶

A mayor abundamiento, el voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade en el caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú³⁷ expone argumentos de la filosofía kantiana; al respecto cabe destacar el reconocimiento de la dignidad intrínseca a la persona humana, la cual exige respeto por uno mismo y en las relaciones de uno con todos los demás seres humanos; en ese sentido establece que cada persona, en consideración de su libertad y capacidad autorreguladora, deben ser vistos como un fin en sí mismos, proscribiendo de antemano ser tratado como un medio para los fines de otros. De ahí que, el razonamiento kantiano recoge y maximiza el principio de la dignidad inherente a cada ser humano, el cual ha sido adoptado también por los distintos instrumentos internacionales analizados líneas arriba; logrando así su materialización en el corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Asimismo, en el desarrollo del mismo voto, el magistrado señala cuatro aspectos trascendentes:

“En primer lugar, el imperativo kantiano está presente, cuando se trata de defender y preservar la dignidad de la persona humana, la dignidad de su

³⁶ Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas respecto del caso Anthony McLeod v. Jamaica, Comunicación No. 734/1997, U.N. Doc. CCPR/C/62/D/734/1997 (1998), Fundamento 6.4. Página web consultada el 16 de Setiembre del 2014, disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/session62/view734.htm>

³⁷ Voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade en CIDH: Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Página web consultada el 17 de Setiembre del 2014, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

propia humanidad. En segundo lugar, incide él en todas las esferas del relacionamiento humano, tanto en las relaciones de uno con agentes del poder público o estatal, como con otros seres humanos, con particulares. En tercer lugar, puede ser invocado en la protección de cada persona humana aisladamente, así como de grupos de personas amenazadas o lesionadas. Y, en cuarto lugar, puede ser invocado en la salvaguardia de distintos derechos humanos a ser protegidos.”

En tanto, el ordenamiento jurídico peruano ha consagrado la dignidad humana a nivel constitucional; estando considerado su respeto como un fin supremo del Estado, es allí pues de donde se desprende la fuerte influencia del pensamiento de Kant en nuestra Carta Magna, y es que en ella encontramos la manifestación de la noción de persona y dignidad como un fin en sí mismos; por lo tanto toda disposición y actuación constitucional de cualquier agente de nuestra sociedad, entiéndase por ello al propio Estado, funcionarios y servidores públicos, particulares, etc., deberá considerar a la dignidad humana como parámetro axiológico y jurídico; además, en su aspecto de principio fundamental, la dignidad humana irradia a todo el ordenamiento jurídico, constituyendo el fundamento esencial y límite de los alcances de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos, de igual manera, sirve como lineamiento para interpretar y establecer el contenido protegido por los derechos fundamentales. En ese sentido, la dignidad humana es un dinamismo de los derechos fundamentales, por lo que se proyecta como un parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, sin embargo no puede considerársele exclusivamente desde una óptica negativa, más aún si se le considera *prima facie* como sustento de los derechos de la persona y promotor de su libre desarrollo.³⁸

Por otro lado, el Tribunal Constitucional peruano no ha sido ajeno al referirse a la dignidad humana, puesto que ha desarrollado su jurisprudencia en la misma línea que los instrumentos internacionales de derechos humanos. Así, el colegiado se ha pronunciado en el sentido que:

³⁸ Sentencia recaída sobre el Expediente 10087-2005-AA/TC, Fundamento 5. Página web consultada el 17 de Setiembre del 2014, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10087-2005-AA.html>

“La dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales. El principio genérico de respeto a la dignidad de la persona por el sólo hecho de ser tal, contenido en la Carta Fundamental, es la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho”³⁹.

De igual manera, el pronunciamiento recaído sobre el expediente N° 010-2002-AI/TC resulta de especial importancia, por cuanto en él se afirma que la personalidad del individuo no puede ser desconocida, lo cual se hace extensivo a su dignidad; por ello debe entenderse como un *mínimum* inalienable que debe respetarse.⁴⁰

Asimismo, el tribunal señala que la dignidad del ser humano representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y que, además, constituye el fundamento esencial de todos los derechos; de allí se desprende la posición preferente de la dignidad en nuestro ordenamiento jurídico, en función a que se le atribuye un doble carácter:⁴¹

“Primero, en tanto principio, (...) como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extensible a los particulares.

Segundo, en tanto derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico (...).”

³⁹ Sentencia recaída sobre el Expediente 00010-2002-AI/TC, Fundamento 217. Página web consultada el 17 de Setiembre del 2014, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>

⁴⁰ *Ibíd.* Fundamento 218.

⁴¹ Sentencia recaída sobre el Expediente 02273-2005-HC/TC, Fundamento 7 y siguientes. Página web consultada el 17 de Setiembre del 2014, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html>

En conclusión, la dignidad humana está consagrada constitucionalmente como piedra angular de nuestro ordenamiento jurídico. A razón de ello se le atribuye la noción de mínimo margen de respeto a la persona humana, considerándosele a su vez como la razón que sustenta el desenvolvimiento humano en su propia vida, y como fundamento suficiente para reconocerle derechos; es pues, un atributo que se origina en la naturaleza humana, que corresponde a todo individuo de esta especie por el solo hecho de serlo; a tales efectos, y en concordancia con lo expresado en la Declaración Universal de Derechos del Hombre, todos nacemos iguales en dignidad; pero más allá de estos fundamentos ontológicos con un alto nivel de abstracción, se le reconocen efectos prácticos, puesto que la dignidad humana no puede ni debe ser únicamente reconocida a nivel normativo, sino que debe ser materializada en aspectos concretos de la vida diaria, debe dotársele de contenido pragmático para maximizar y potenciar su esfera de protección, permitiendo que toda persona no solo vea plasmados en distintos instrumentos jurídicos la conceptualización de ella misma como fin del Estado y de la sociedad, sino que debe permitirse un cierto grado de verificación de sus efectos en la realidad, venciendo así el paradigma construido alrededor de su carácter abstracto. Pero, a pesar de que la dignidad como principio-derecho corresponde a todos los seres humanos, nada impide que los Estados pongan mayor énfasis en determinados sectores que, de acuerdo al contexto nacional e internacional, merezcan una mayor protección en función al especial interés generado a su alrededor, evidentemente sin dejar de lado a todos aquellos no incluidos en grupos, por ello es que existen instrumentos que reconocen y amparan exclusivamente a mujeres y niños (la Convención de Belem do Pará y la Convención de los Derechos de los Niños y Adolescentes) En suma, la protección más eficaz de la persona humana sólo se materializará si los alcances y límites de los derechos son establecidos como una auténtica proyección de la dignidad humana y los valores constitucionales.

2.2. Los Derechos Fundamentales

Como se había precisado con anterioridad, la dignidad humana, entendida como atributo natural y exclusivo de los seres humanos, constituye el marco de respeto y protección mínimos que merece toda persona, de allí que desde su perspectiva positiva, la dignidad

humana sirva como sustento de otros derechos que, en realidad, se traducen como manifestaciones de la propia dignidad.

Entonces, podemos entender por derechos fundamentales a *“los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.”*⁴²

Cabe precisar que, como objetivo de autonomía moral, los derechos fundamentales sirven para *“designar los derechos humanos positivizados a nivel interno, en tanto que la fórmula derechos humanos es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales”*⁴³.

Ahora bien, como expresión de la dignidad humana, los derechos fundamentales se ubican en una posición privilegiada en nuestro ordenamiento jurídico, caracterizada por su centralidad, y es que ello implica que el Estado sea capaz de prever y determinar mecanismos jurídicos apropiados que sean capaces de garantizar su eficacia real; más aún si la vulneración de estos derechos conlleva a la afectación de distintos valores constituciones que ostentan la misma protección. En ese sentido, el Tribunal Constitucional refiere que similar caso es el de los denominados derechos sociales, en tanto estos no deben ser concebidos como derechos programáticos, debido a que ello conllevaría que el Estado no se encuentre obligado a garantizar su plena eficacia, mientras que al considerarlos como derechos progresivos, comporta la obligación del

⁴² Peces-Barba, Gregorio (1999) *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, pág. 37.

⁴³ Pérez Luño, Antonio (1991) *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*, 4ta. ed. Madrid: Tecnos, pág. 31.

Estado de otorgar, en la medida de las posibilidades jurídicas y fácticas, las condiciones mínimas para el goce de los derechos sociales en general.⁴⁴

En ese orden de ideas, para poder realizar una interpretación correcta de estos derechos es necesario identificar los supuestos ideológicos y valorativos que sostienen el sistema constitucional, para así vincular el sentido de cada dispositivo con el contenido fundamental de la Carta Magna. Siguiendo ese criterio, entendemos que los derechos fundamentales, así como otros principios constitucionales ejercen una función de límites materiales, en tanto el artículo 32° de la Constitución establece que no se pueden suprimir o disminuir; lo cual obedece a “(...) *una tendencia evolutiva orientada a fortalecer, ampliar y mejorar la esfera de autodeterminación y desarrollo en sociedad del individuo.*” En consecuencia, toda modificación al contenido de estos derechos, sólo podrá ser en el sentido de mejorar su estado actual.⁴⁵

A tales efectos, en la Sentencia del Expediente N° 014-2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que, “(...) *una cosa, en efecto, es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional, y otra, muy distinta, disminuirlo o suprimirlo. La limitación de un derecho no comporta su disminución o supresión, sino sólo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio (...)*”.

2.3. Derechos Económicos y Sociales

Nuestra norma fundamental también ha reconocido a los llamados derechos de segunda generación o derechos sociales; son aquellos referidos a facultades tuitivas desarrolladas en favor de diversos grupos humanos que presentan características diferenciadas con relación a otros, en virtud de factores culturales, económico-sociales, entre otros; es

⁴⁴ Sentencia recaída sobre el Expediente 10087-2005-AA/TC, Fundamento 6. Página web consultada el 17 de Setiembre del 2014, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10087-2005-AA.html>

⁴⁵ Sentencia recaída sobre los Expedientes (acumulados) 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005-PI/TC, 007-2004-PI/TC y 009-2005-PI/TC. Página web consultada el 15 de Setiembre del 2014, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.html>

pues, en nuestra consideración, una proyección del principio de dignidad humana, que no busca otra finalidad sino que la de brindar las mismas posibilidades a todo ser humano en un contexto de igualdad.

En opinión de Marcial Rubio, *“son reglas dictadas por el Estado para asegurar ciertas condiciones de relación de los seres humanos de una sociedad entre sí, y prestaciones que el Estado regula y en algunos casos debe prestar directamente a las personas, generalmente cuando están en incapacidad de proveer para ellos por sí mismas”*.⁴⁶

Al respecto, cabe cuestionar si estos derechos, haciendo énfasis en aquellos derechos prestacionales como el derecho a la salud, son normas programáticas de *eficacia mediata* (lo que no implicaría mayor obligación del Estado para garantizar su realización); es entonces que, a consideración del Tribunal Constitucional, la exigencia para la satisfacción de estos derechos se basa en su estrecha vinculación con los derechos civiles y políticos, por cuanto los primeros son pilares de las nociones de libertad e igualdad social, por lo que los derechos económicos y sociales no pueden interpretarse de manera independiente y separada de los derechos de primera generación, sino que obedecen a una interdependencia, en función a que los primeros deben entenderse como una extensión de estos últimos.

En tal sentido, resulta completamente acertado lo manifestado por German Bidart, quien afirma que *“los derechos sociales no son distintos de los derechos individuales, sino que consisten en una ampliación del alcance de estos”*.⁴⁷

Desde esta perspectiva, se debe entender que los derechos sociales poseen un contenido esencial, que se sustenta en el principio de solidaridad y respeto a la dignidad humana; de allí que su reconocimiento conlleve a obligar al Estado a adoptar una posición abstencionista en relación de la autonomía del individuo, la misma que está delimitada por los derechos fundamentales, en adición, el Estado debe otorgar las garantías

⁴⁶Rubio Correa, Marcial (1999) *Estudio de la Constitución Política de 1993*, tomo 2, Lima, Fondo editorial de la PUCP, pág. 9.

⁴⁷Bidart Campos, Germán (1991) *Teoría general de los derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, pág. 335.

mínimas para que cada individuo pueda lograr el desarrollo de su personalidad y la libre elección de sus planes de vida.⁴⁸

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que lo dispuesto en la undécima disposición final y transitoria de la Carta Magna de 1993, que expresa “*Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente*”, no podrá ser considerado como un argumento con fuerza suficiente frente a la amenaza o vulneración de derechos, es decir, que el Estado no podrá escudarse detrás de esta disposición para evitar adoptar medidas que permitan el acceso gradual a determinadas prestaciones; más aún si sin la necesidad de demandar mayores recursos pueden destinarse los existentes para la atención de situaciones prioritarias, en función a la mayor gravedad o emergencia de las distintas situaciones. Por tanto, los derechos económicos, sociales y culturales no pueden ser solamente reconocidos a nivel normativo, sino que necesitan materializarse a través de acciones del Estado que permitan su realización progresiva.⁴⁹

2.4. Derecho a la vida privada

Como lo señalara el Tribunal Constitucional en el desarrollo de su jurisprudencia, no existe uniformidad conceptual respecto a la vida privada en un contexto nacional e internacional, por cuanto “*en la Constitución, como derecho-regla base se ha prescrito en el artículo 2°, inciso 7, que toda persona tiene derecho a la intimidad personal y familiar. (...) [Mientras que, en] la Declaración Universal de Derechos Humanos [apreciamos que] el artículo 12° sostiene que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, (...) [En sentido similar, encontramos al] artículo 17° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 11° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (sobre todo incisos 2 y 3). Menos amplio es el reconocimiento mostrado en el artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que se*

⁴⁸ Sentencia recaída sobre el Expediente 02945-2003-AA/TC. Página web consultada el 16 de Setiembre del 2014, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02945-2003-AA.html>

⁴⁹ Sentencia recaída sobre el Expediente 02945-2003-AA/TC. Página web consultada el 16 de Setiembre del 2014, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02945-2003-AA.html>

restringe a señalar que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su vida privada y familiar.”

Se hace evidente pues, como se desprende de los distintos instrumentos internacionales; la conceptualización de la vida privada es altamente compleja, pues comprende una amplia gama de aspectos que se desarrollan y mantienen en la esfera de cada individuo; por consiguiente, la delimitación del bien jurídico tutelado por este derecho es de difícil comprensión; en base a ello es que resulta apropiado interpretarlo en un sentido positivo; de esta manera tenemos que, puede entenderse como la facultad de todo ser humano desarrollar y fomentar libremente su personalidad en el ámbito personal.

Siguiendo esa línea se aprecia que, en la sentencia del Expediente N.º 0072-2004-AA/TC se señala que la vida privada implica necesariamente la posibilidad de excluir a los demás en la medida que protege un ámbito estrictamente personal, y que, como tal, resulta indispensable para la realización del ser humano, a través del libre desarrollo de su personalidad, de conformidad con el artículo 2º inciso 1 de la Constitución. De esta manera, no sólo se hace hincapié en un ámbito negativo de su configuración, sino también en el positivo.⁵⁰

En la jurisprudencia de la CIDH apreciamos, en primer lugar que, como se desprende del artículo 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la protección de la vida privada de injerencias arbitrarias o abusivas, por lo que se reconoce expresamente la existencia de un ámbito personal que está fuera de alcance de intromisiones por parte de extraños.⁵¹

Posteriormente, la propia Corte refiere que *“el concepto de vida privada es un término amplio no susceptible de definiciones exhaustivas, pero que comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones*

⁵⁰ Sentencia recaída sobre el Expediente 0072-2004-AA/TC, Fundamento 15. Página web consultada el 18 de Setiembre del 2014, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00072-2004-AA.html>

⁵¹ CIDH: Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia, Sentencia de 1 de julio de 2006, Fundamento 193. Página web consultada el 17 de Setiembre del 2014, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf

con otros seres humanos.”⁵² Asimismo, en el caso de Fernández Ortega y otros, la Corte precisó que los valores y aspectos esenciales de la vida privada comprenden al derecho de tomar libremente las decisiones más personales e íntimas y sobre las funciones corporales básicas.

En adición, tenemos que en la sentencia del caso Artavia Murillo vs. Costa Rica; la Corte hizo referencia a los alegatos de la Comisión que, manifestó que la *“decisión (...) de tener hijos biológicos (...) pertenece a la esfera más íntima de [la] vida privada y familiar[, y ...] la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja.”* En tal sentido, la Corte consideró que *“[e]l artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar (...);”* de igual manera, haciendo uso de la interpretación en forma amplia del artículo 7 del instrumento referido, se concluye que en él está incluido un concepto de libertad en sentido extenso, entendido como la capacidad de hacer todo aquello que no está prohibido por la ley; de allí que *“constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones (...) [Lo que implica] la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia (...).”*

En adición, la amplitud de la protección de la vida privada es tal que incluye aspectos relacionados con la dignidad del individuo, dentro del cual encontramos la capacidad para desarrollar la propia personalidad. Entonces, entendiendo la efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada como esencial para poder ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida la persona; además significa una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad; de allí que la Corte *“ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres (...) [Por consiguiente] la Corte considera*

⁵² CIDH: Caso Fernández Ortega y otros Vs. México, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Fundamento 129. Página web consultada el 19 de Setiembre del 2014, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf

que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye (...) la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.”

A mayor abundamiento, la Corte concluyó que, tal extremo involucra “*una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas*”; consecuentemente, el derecho a la vida privada se manifiesta a través de distintos aspectos, tales como: i) la autonomía reproductiva, ii) el acceso a servicios de salud reproductiva.⁵³

De otro lado, tenemos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha tenido oportunidad para pronunciarse respecto al derecho a la vida privada; en ese sentido se aprecia que, compartiendo criterio con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considera que la vida privada es un término amplio no susceptible de definición exhaustiva, pero señala que, “*elements such as gender identification, name, sexual orientation and sexual life are important elements of the personal sphere protected by Article 8. (...) There is, therefore, a zone of interaction of a person with others, even in a public context, which may fall within the scope of “private life” (see P.G. and J.H. v. the United Kingdom, no. 44787/98, § 56, ECHR 2001-IX, with further references). [elementos tales como identidad de género, nombre, orientación sexual y vida sexual son elementos importantes de la esfera personal protegidos por el Artículo 8. (...) Hay, por lo tanto, una zona de interacción de la persona con otras, incluso en un contexto social, en cual está dentro del ámbito de la ‘vida privada’]*”.⁵⁴

Ahora bien, el Tribunal Europeo también consideró que el derecho a la autodeterminación, concebido dentro del contenido del artículo 8 de la Convención, involucra la noción de autonomía personal como un principio importante que subyace a

⁵³ CIDH: Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Fundamentos 137, 142 y 143. Página web consultada el 17 de Setiembre del 2014, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

⁵⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Sentencia recaída sobre el Expediente del caso Peck Vs. El Reino Unido, no. 44647/98, 28 de enero de 2003, Fundamento 57. Página web consultada el 17 de Setiembre del 2014, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60898>

la interpretación de sus garantías.⁵⁵ Bajo esa lógica, el mismo Tribunal manifestó que el derecho a la autonomía personal y al desarrollo personal están íntimamente relacionados con la vida privada; por ende se encuentran involucradas la integridad física y psicológica de la persona, así como la decisión de tener o no un hijo, o de ser un padre genético.⁵⁶

2.5. Derecho a la salud

En principio, como se desprende del texto constitucional, el derecho a la salud no se encuentra reconocido dentro del capítulo de derechos fundamentales sino dentro de los derechos económicos y sociales; sin embargo, el máximo intérprete de la Carta Magna ha manifestado que este derecho está intrínsecamente vinculado con el derecho a la vida, a la integridad y el principio de dignidad; entonces, encuentra su sustento como derecho fundamental por ser una manifestación de la dignidad humana, más aún si estando a lo normado por el artículo I del Título Preliminar de la Ley General de Salud N.º 26842 que define a la salud como la: "*condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo*".⁵⁷ En este extremo, nuestro Tribunal Constitucional comparte el criterio de la Corte Constitucional colombiana (STC N.º T- 499) cuando asevera que el derecho a la salud adquiere el reconocimiento de su carácter de derecho fundamental cuando, siendo vulnerado el derecho a la salud se comprometen a otros derechos fundamentales, citando para tales efectos al derecho a la vida, la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad.⁵⁸

⁵⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Sentencia recaída sobre el Expediente del caso Pretty Vs. El Reino Unido, 29 de abril de 2002, Fundamento 61. Página web consultada el 18 de Setiembre del 2014, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60448>

⁵⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Sentencia recaída sobre el Expediente del caso A, B y C Vs. Irlanda, no. 25578/05, 16 de diciembre de 2010, Fundamento 212. Página web consultada el 18 de Setiembre del 2014, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102332>

⁵⁷ Sentencia recaída sobre el Expediente 05408-2007-PHC/TC, Fundamento 6. Página web consultada el 20 de Setiembre del 2014, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/05408-2007-HC.html>

⁵⁸ Sentencia recaída sobre el Expediente 02945-2003-AA/TC, Fundamento 6. Página web consultada el 21 de Setiembre del 2014, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02945-2003-AA.html>

Es pues, a criterio del colegiado que, el contenido esencial de este derecho radica en la conservación del estado de salud en sus dos facetas, tanto en su goce como en su ejercicio.⁵⁹ Por lo que, su implementación merece especial consideración; en función a que el Estado debe neutralizar todas las situaciones discriminatorias y violatorias de la dignidad del hombre, para así definir un contexto en el cual las condiciones materiales mínimas de existencia motiven la intervención del Estado y la sociedad de manera conjunta con la finalidad de garantizar el pleno acceso a las prestaciones que permitan efectivizar el ejercicio de distintos derechos; de allí pues que se entienda la razón de poder exigir al Estado la adopción de medidas adecuadas para el logro de los fines sociales.

Ahora bien, el derecho a la salud está referido a la facultad inherente de todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, en los ámbitos físico, psíquico y social, así como las acciones relativas a la prevención y restitución del equilibrio orgánico funcional para el logro de un estado de plenitud y de que todas las personas disfruten del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Adicionalmente, el derecho a la salud tiene una faceta prestacional, en mérito de la cual constituye un servicio público de tipo asistencial, por lo que toda persona podrá acceder a las prestaciones que requiera para determinada condición, para ello, el Estado deberá garantizar que tales prestaciones sean eficaces, regulares, continuas, oportunas, de calidad, universales e integrales.⁶⁰

⁵⁹ Sentencia recaída sobre el Expediente 05003-2009-HC/TC, Fundamento 5. Página web consultada el 21 de Setiembre del 2014, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05003-2009-HC.html>

⁶⁰ Sentencia recaída sobre el Expediente 02480-2008-AA/TC, Fundamento 8. Página web consultada el 21 de Setiembre del 2014, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02480-2008-AA.html>

Como se ha señalado anteriormente, los derechos económicos y sociales, dentro de los cuales se halla el derecho a la salud, deben considerarse como proyecciones al principio-derecho de dignidad humana, en tanto suponen una extensión de los propios derechos fundamentales. En ese orden de ideas, es oportuno precisar que, el derecho a la salud la salud ostenta una relación innegable con el derecho a la vida, por cuanto una grave afectación del primero puede suponer una seria vulneración a este último, por tanto, el derecho a la salud es la facultad de todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional y de restablecerse cuando se presente alguna perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser; entiéndase por ello acciones de conservación y restablecimiento.

2.6. Derecho a la autodeterminación reproductiva

El derecho a la autodeterminación reproductiva tiene sustento en base a dos vertientes, por un lado está su amparo bajo el derecho a la vida privada, en virtud del cual toda persona tiene la facultad de tomar decisiones sobre su sexualidad y reproducción; de otro lado se entiende como una manifestación del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad; de ahí que en uno de los fundamentos de su voto, el Magistrado del Tribunal Constitucional Mesía Ramírez indicara que *“el derecho a la autodeterminación reproductiva es un derecho implícito contenido en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad”*⁶¹, en función a que aquí se encuentran comprendidas las decisiones que solo atañen a la persona.

En este punto es oportuno precisar que, el propio Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad *“un derecho fundamental innominado o implícito que se deriva o funda en el principio fundamental de dignidad de la persona[, siendo que (...)] como ser moral con capacidad de autodeterminación,*

⁶¹ Fundamento de voto del Magistrado Mesía Ramírez en la Sentencia recaída sobre el Expediente N° 7435-2006-PC/TC. Página web consultada el 23 de Setiembre del 2014, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/07435-2006-AC.html>. Asimismo, ha sido recogido en la Sentencia recaída sobre el Expediente N° 02005-2009-PA/TC, fundamento 6, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.html>

implica que deba estarle también garantizado la libre manifestación de tal capacidad a través de su libre actuación general en la sociedad.”⁶².

En ese orden de ideas, y a la luz de las nociones de dignidad y libertad de toda persona, queda entendido que el contenido de este derecho conlleva a decidir: 1) cuándo procrear; 2) con quién procrear y reproducirse; y, 3) cómo lograrlo o impedirlo. Criterio compartido por el Tribunal Constitucional, quien además reiteró el sustento de este derecho se encuentra en la “[d]ignidad y libertad concretizadas a partir de la necesidad de poder optar libremente y sin ninguna interferencia en el acto de trascender a través de las generaciones. Libertad para poder decidir cómo ser racional, con responsabilidad (...)”.⁶³

En similar sentido, se desprende del artículo 16° de la Convención de Belem do Pará, que a toda persona le asiste el derecho de determinar libre y responsablemente el número de hijos que desea tener, así como el intervalo entre el nacimiento de los mismos. En consecuencia, como expresión del principio-derecho de dignidad humana, constituye un límite a la actuación del Estado.⁶⁴ Al respecto, la Corte Interamericana ha manifestado que este derecho se ve afectado ante las medidas orientadas a obstaculizar o dificultar el acceso a los medios con los cuales una mujer podría ejercer control sobre su fecundidad, lo cual se traduce en la responsabilidad del Estado de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr, además, una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal.⁶⁵

De allí que, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales haya expresado que *“la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en*

⁶² Sentencia recaída sobre el Expediente N° 00007-2006-AI/TC, Fundamento 47. Página web consultada el 25 de Setiembre del 2014, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2006-AI.html>

⁶³ Sentencia recaída sobre el Expediente 02005-2009-AA/TC, Fundamento 6. Página web consultada el 25 de Setiembre del 2014, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.html>

⁶⁴ Fundamento del Voto del Magistrado Mesía Ramírez, en la Sentencia recaída sobre el Expediente 07435-2006-AC/TC. Párrafo 4 y ss. Página web consultada el 25 de Setiembre del 2014, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/07435-2006-AC.html>

⁶⁵ CIDH: Caso Artavia Murillo y otros. Op. Cit. Fundamento 148.

qué momento, y tienen el derecho a estar informados y tener acceso a todos los métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud.”⁶⁶

En adición a lo antes expuesto, encontramos que en el ámbito internacional se han desarrollado distintos documentos que resultan trascendentes para este tópico, así tenemos al Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, que se llevó a cabo en El Cairo (1994), en él se consignó una recomendación específica a la comunidad internacional, en virtud de la cual se exigen metas cualitativas y cuantitativas respecto al acceso universal a servicios de salud reproductiva, en particular de planificación de la familia y de salud sexual, entre otras, la que fuera consagrada en su Principio 8. En mayor extensión, dentro de su literal **B. Población, crecimiento económico sostenido y pobreza**, indica que los Estados deberán dar mayor prioridad a las inversiones en aprovechamiento de los recursos humanos, de conformidad con las políticas nacionales, con programas orientados a aumentar los servicios de planificación de la familia y salud sexual. A su vez, en el literal **C. Responsabilidades y participación del hombre**, señala como objetivo que se debe promover la igualdad de sexos en todas las esferas, más aún cuando se trate de las decisiones que conlleven por parte de hombres y mujeres a responsabilizarse de su comportamiento sexual y reproductivo, exigiendo así que asuman su función social y familiar.

En el mismo instrumento, se aprecia una definición clara de salud reproductiva, entendida como *“un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué*

⁶⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación No. 14 (2000) *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párrafo 14, nota al pie de página 12. Página web consultada el 26 de Setiembre del 2014, disponible en: <http://www.cetim.ch/es/documents/codesc-2000-4-esp.pdf>

frecuencia.” (Capítulo VII. Derechos Reproductivos y Salud Reproductiva, numeral 7.2) Es pues que, a tenor de tal documento, se reconoce que los derechos reproductivos representan a un conjunto de derechos humanos que se encuentran plasmados en instrumentos internacionales, y que tiene como sustento el derecho 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; no obstante hace una interesante precisión cuando menciona que, “[l]a salud reproductiva está fuera del alcance de muchas personas de todo el mundo a causa de factores como: los conocimientos insuficientes sobre la sexualidad humana y la información y los servicios insuficientes sobre la sexualidad humana y la información y los servicios insuficientes o de mala calidad en materia de salud reproductiva; (...) las actitudes negativas hacia las mujeres respecto de su vida sexual y reproductiva.”⁶⁷ Este reconocimiento encuentra consonancia, y sus argumentos son reiterados y reforzados a través de la Declaración y Programa de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing (1995), en el cual el tópico la violencia contra la mujer toma mayor relevancia.⁶⁸

De ahí que, tales declaraciones hayan sido empleadas como fundamento para distintos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que como parte de su desarrollo jurisprudencial expresó que la concretización del derecho a la vida privada y la libertad reproductiva amparaban la potestad de toda persona de acceder a la tecnología médica necesaria ejercer tales derechos; por lo que ello configura el contenido de otro derecho que, ya había sido materia de reconocimiento a nivel internacional, el derecho al goce de los beneficios del progreso científico (artículo XIII de la Declaración Americana y artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador). En consecuencia, la Corte concluye señalando que el “(...) derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más

⁶⁷ Organización de las Naciones Unidas. *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*, El Cairo, 5 al 13 de septiembre de 1994. Disponible en 26 de Setiembre del 2014, disponible en: https://www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2004/icpd_spa.pdf

⁶⁸ Organización de las Naciones Unidas. *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*, Beijing, 4 al 15 de setiembre de 1995. Página web consultada el 27 de Setiembre del 2014, disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>

*alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona”.*⁶⁹ A mayor abundamiento, la Corte resolvió en el caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica, sobre la prohibición absoluta al acceso a TRA que, la mayor protección del derecho a la vida, haciéndolo prevalecer de manera absoluta frente al derecho a la autodeterminación reproductiva (materializado a través del acceso a la fecundación in vitro) resulta en una restricción desproporcionada de este último; por lo que en aplicación del principio de interpretación más favorable, el derecho a la vida no puede ser protegido de manera tal que signifique la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en las Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.⁷⁰

A su vez, la autodeterminación reproductiva ha sido materia de pronunciamiento de la Corte Constitucional colombiana que lo interpreta como la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia. Siendo este el sustento necesario para reconocer, en especial a las mujeres, el derecho a estar libres de todo tipo de interferencias en la toma de decisiones reproductivas, incluida la violencia física y psicológica, la coacción y la discriminación, a razón que las decisiones reproductivas que tome no pueden ser motivo para que sufra de tratos desiguales. En ese sentido la Corte manifiesta que, a modo de ejemplificación, constituyen violaciones del derecho a la autodeterminación reproductiva aquellos actos de embarazos, esterilizaciones, abortos o métodos anticonceptivos forzados o cuando se solicitan pruebas de esterilización o de embarazo para acceder o permanecer en un empleo.⁷¹ Siguiendo ese criterio, este órgano hace especial énfasis al reconocer que este tipo de decisiones corresponden a la esfera personal de la mujer; más aún cuando se

⁶⁹ CIDH: Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Fundamento 150. Página web consultada el 29 de Setiembre del 2014, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

⁷⁰ *Ibíd.* Fundamento 259.

⁷¹ Corte Constitucional de Colombia: Sentencia recaída sobre el Expediente T-732/09, Fundamento 8. Página web consultada el 30 de Setiembre del 2014, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-732-09.htm>

trata de tener hijos, ya que no debe estar limitada, condicionada, coaccionada por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno; asimismo consigna que cuando se trata del goce de este derecho por las mujeres, se configura una vulneración al establecer que el marido deberá prestar su autorización para decidir sobre la esterilización de la mujer, o cuando se prevén requisitos generales para tales procedimientos que no obedezcan a argumentos razonables y objetivos.⁷²

En adición a lo anteriormente expuesto, la Corte Constitucional colombiana consideró que, el derecho a la autodeterminación reproductiva involucraba, a modo declarativo más no limitativo:

“(i) Educación e información sobre toda gama de métodos anticonceptivos, acceso a los mismos y posibilidad de elegir aquél de su preferencia, prestación que está reconocida en los artículos 10 y 12 de la Convención de Belem do Pará y en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña.

(ii) Interrupción voluntaria del embarazo de forma segura en aquellos casos en que es legal, sin la exigencia de requisitos inexistentes.

(iii) Medidas que garanticen una maternidad libre de riesgos en los periodos de gestación, parto y lactancia y que brinden las máximas posibilidades de tener hijos sanos. Al respecto, (...) el artículo 12 de la CEDAW impone a los Estados la obligación de asegurar ‘a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia’. Así mismo, el artículo 24 de la Convención de los Derechos del Niño los obliga a proporcionar ‘atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres’.

⁷² Id.

(iv) Por último, la prevención y tratamiento las enfermedades del aparato reproductor femenino y masculino.”⁷³

A lo cual, el propio Colegiado adiciona: *(i) la libertad sexual y (ii) el acceso a los servicios de salud sexual.*

Por su lado, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la autodeterminación reproductiva pertenece al haz de libertades protegidas a través del derecho a la vida privada, toda vez que su esencia se encuentra reconocida en el libre desarrollo de la personalidad, así pues en el caso *Evans Vs. Reino Unido*, la Corte se pronunció manifestando que el respeto a la dignidad humana y a la libre voluntad, además del deseo de garantizar un balance justo entre las partes para acceder a un tratamiento de reproducción asistida, subyacen a la decisión legislativa de promulgar normas permitiendo que, sin excepción los donantes de gametos para propósitos de aplicación de TRA sean conscientes y autoricen el uso que se le dará a su material genético, lo cual deberá plasmarse en un consentimiento escrito.⁷⁴

De otro lado, el propio Tribunal refirió que la decisión de acceder a las TRA, como la inseminación artificial, corresponden a la esfera de la vida privada del individuo, dentro de la cual está la noción del derecho de respetar la decisión de convertirse en padres genéticos. De allí que más allá de la obligación negativa del Estado de interferir arbitrariamente en la esfera personal de cada individuo, están otras obligaciones positivas que resultan inherentes al efectivo respeto a la vida privada y a la vida familiar; estas consisten en la adopción de medidas designadas para asegurar dicho respeto, incluso en la esfera de las relaciones entre individuos.⁷⁵

⁷³ *Ibíd.* Fundamentos 9 y 10.

⁷⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Sentencia recaída sobre el Expediente del Caso de *Evans Vs. El Reino Unido*, Solicitud no. 6339/05, 10 de abril de 2007. Página web consultada el 30 de Setiembre del 2014, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-80046>

⁷⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Sentencia recaída sobre el Expediente del Caso *Dickson Vs. El Reino Unido*, no. 44362/04, 4 de diciembre de 2007, Fundamento 27. Página web consultada el 30 de Setiembre del 2014, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-83788>

2.7. El Interés Superior del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada en nuestro país mediante Resolución Legislativa N° 25278, de fecha 3 de agosto de 1990, y cuya entrada en vigencia es a partir del 4 de octubre de 1990) consagra lo siguiente:

“Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

(...)

Artículo 27

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. (...)”

A su vez, tenemos que en la Opinión Consultiva OC-17/2002 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se señaló:

“2. Que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y

el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.”⁷⁶

Es pues, a partir de este instrumento que se positiviza el concepto de Interés Superior del Niño, el cual constituye un contenido constitucional implícito de nuestra norma fundamental, que en su artículo 4° señala que los niños y adolescentes merecen una especial protección por parte de la comunidad y de Estado.

Entonces, siendo que los tratados celebrados por el Estado forman parte del derecho nacional, así como las disposiciones contenidas en la referida Convención deben ser tomadas en consideración para la interpretación de derechos y libertades, de conformidad con el artículo 55° de la Constitución y la Cuarta Disposición Final y Transitoria del mismo cuerpo normativo; los alcances de este instrumento resultan de carácter vinculantes para nuestro ordenamiento jurídico.

Es pues, en base a lo expuesto que, el Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado respecto al Interés Superior del Niño, estableciendo que:

“(…) en todo proceso judicial en el que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los órganos jurisdiccionales debe procurar una atención especial y prioritaria en su tramitación. En efecto, como uno de los contenidos constitucionalmente protegidos del artículo 4° de la Constitución que establece que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (…)”, se encuentra la preservación del interés superior del niño y del adolescente como una obligación ineludible de la comunidad y principalmente del Estado. Desarrollado tal contenido, el Código de los Niños y Adolescentes ha precisado en el artículo IX que “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que

⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Numeral 2 de la Opinión propiamente dicha. Página web consultada el 01 de Octubre del 2014, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

*adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”.*⁷⁷

De allí que sea posible entender que al tratarse de niños o adolescentes, los órganos jurisdiccionales no pueden ni deben considerarlos simplemente como una parte más en el proceso, sino que son una parte que reviste características singulares y particulares respecto de las demás, consecuentemente, deberá prestarle una atención prioritaria, a razón que a nivel constitucional se le concede precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales que no involucran una vulneración a derechos fundamentales.⁷⁸

En relación al lugar que ocupa la defensa de los niños y adolescentes en nuestro ordenamiento jurídico, el propio Tribunal ha referido que esta reviste una mayor importancia para el Estado, dentro del orden de prelación y jerarquías dentro de la Constitución; sin perjuicio de ello, el colegiado manifiesta que ello no implica descuidar otras áreas que requieran atención por parte del Estado, sino que la especial protección del menor deberá interpretarse en consonancia con los demás bienes jurídicos y valores consagrados en la Carta Magna, en la medida que la optimización y adecuada protección de uno favorece, a la larga, a la eficacia y vigencia del otro, es decir, gozan de interdependencia.⁷⁹

De esta manera, se colige que la protección del Interés Superior del Niño constituye un principio de orden constitucional, en mérito del cual los derechos fundamentales de los niños y adolescentes, así como el debido respeto a su dignidad, no solo tienen fuerza

⁷⁷ Sentencia recaída sobre el Expediente 03744-2007-PHC/TC, Fundamento 5. Página web consultada el 01 de Octubre del 2014, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03744-2007-HC.html>

⁷⁸ *Ibíd.* Fundamento 8.

⁷⁹ Sentencia recaída sobre el Expediente 00298-1996-AA/TC, Fundamento 11. Página web consultada el 04 de Octubre del 2014, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1998/00298-1996-AA.html>

normativa superior, sino que deberá reconocérsele como un principio de ineludible materialización por parte del Estado, la sociedad y la propia familia.⁸⁰

Asimismo, la especial protección que se otorga a los niños y adolescentes no es solo de carácter vinculante para las entidades públicas, sino que su ámbito se expande a las entidades privadas, así como a la comunidad toda; por lo que en su conjunto son responsables del debido respeto a la dignidad de los menores y de garantizar la máxima y plena eficacia de sus derechos; y ello se fundamenta en que la niñez es un grupo de atención prioritaria para el Estado y la comunidad.⁸¹

Mientras, la Corte Constitucional Colombiana ha dispuesto que “(...) *el interés de los niños “debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo”; no obstante, (...) ello no implica que al momento de determinar cuál es la opción más favorable para los niños, las niñas y los adolescentes en particular, no se puedan tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con ellos, en especial los de sus padres. Por el contrario, el interés superior (...) [del niño] prevalece sobre los intereses de los demás, pero no es de ninguna manera excluyente ni absoluto frente a ellos.*”⁸²

Entonces, se puede concluir que el interés superior del niño constituye un principio comprensivo y multifactorial, por cuanto abarca una serie de criterios orientados a garantizar el pleno desarrollo y total autorrealización del niño en su entorno, en la medida que no solo busca el reconocimiento de tales como sujetos de derechos y la

⁸⁰ Sentencia recaída sobre el Expediente 02132-2008-PA/TC, Fundamentos 10 y 11. Página web consultada el 02 de Octubre del 2014, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02132-2008-AA.html>

⁸¹ Sentencia recaída sobre el Expediente 02079-2009-PHC/TC, Fundamentos 10 y 11. Página web consultada el 05 de Octubre del 2014, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02079-2009-HC.html>

⁸² Corte Constitucional Colombiana: Sentencia recaída sobre el Expediente T-260/12, Fundamento 3. Página web consultada el 03 de Octubre del 2014, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-260-12.htm>

máxima protección de su dignidad, sino que además vela porque ellos puedan desarrollar todas sus potencialidades en un ambiente propicio para tal fin.⁸³



⁸³ Aguilar Cavallo, Gonzalo (2008) *El principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (virtual)* Estudios Constitucionales, año 6, N° 1, pág. 223 – 247, ISSN 0718-0195, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Página web consultada el 04 de Octubre del 2014, disponible en: http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/Elprincipio11.pdf

CAPÍTULO III:
NORMATIVA NACIONAL Y EXTRANJERA

3.1. Normativa Nacional

En el ordenamiento jurídico peruano no existe una regulación específica sobre las Técnicas de Reproducción Asistida, por ende tampoco respecto de la maternidad subrogada. Sin embargo, se puede apreciar que en el artículo 7° de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, existe una aproximación a estos temas, por cuanto su texto señala:

“Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para a 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.”

Es pues, del texto de esta norma que se desprende el reconocimiento al derecho de toda persona de acceder a las técnicas de reproducción asistida, lo cual significó un avance en temas de salud sexual y reproductiva. Pero en esta norma también se aprecia una aproximación al supuesto de maternidad subrogada, toda vez que se señala que en la aplicación de estas técnicas, la condición de madre genética y madre gestante deberá consolidarse en una sola persona; sin embargo ello no puede entenderse como una prohibición explícita a la subrogación, en la medida que en términos de un acuerdo de maternidad subrogada, la mujer que interviene puede donar su óvulo, el mismo que será fecundado para luego ser implantado en su útero, y posteriormente entregar al recién nacido a la pareja que accedió a este tratamiento, en ese caso se evidencia el cumplimiento de las exigencias previstas en la norma pero no por ello se ha desvirtuado la figura de la subrogación.

En ese contexto, la ausencia de normativa especial sobre maternidad subrogada y, en general, sobre técnicas de reproducción asistida no fue óbice para que los órganos de justicia puedan aplicar el derecho, situación que enfrentó la Sala Civil Permanente de la

Corte Suprema de Justicia de la República mediante la Casación N° 563-2011 LIMA⁸⁴, en la cual el colegiado tuvo la oportunidad de pronunciarse, por primera vez, sobre la maternidad subrogada.

En ese orden, es oportuno analizar lo acaecido en el caso referido, atendiendo a la importancia de la materia controvertida; así tenemos que el proceso, en primera instancia, inició con la interposición de una demanda por los esposos Giovanni Sansone y Dina Felicitas Palomino Quicaño, quienes solicitaban la adopción por excepción de la menor Vittoria Palomino Castro, nacida el 26 de diciembre de 2006; a tales efectos señalaron como demandados a los padres de la niña, Paúl Frank Palomino Cordero (quien a su vez es sobrino de la codemandante) e Isabel Zenaida Castro Muñoz, por lo que se configuraba el supuesto normativo a que se contrae el literal b) del artículo 128° del Código de los Niños y Adolescentes.

Cabe resaltar que, en un primer momentos los demandados habían prestado su asentimiento para la adopción de su menor hija, pero dentro del proceso la codemandada presentó distintos escritos en los cuales manifestaba el desistimiento sobre todos los actos procesales conducentes a la adopción de la niña; el órgano jurisdiccional declaró inadmisibles tales pedidos, requiriendo que los mismos sean subsanados mediante la precisión del acto o actos de los cuales se estaría desistiendo, circunstancia que no fue atendida oportunamente. En adición, la codemandada señaló que no debía resolverse esta solicitud en términos favorables a los demandantes, debido a que el codemandante era también el padre biológico de la menor; es a partir de esa declaración que se revela que el presente caso versaba, en realidad, sobre maternidad subrogada; y es que como consecuencia de tales afirmaciones se realiza una prueba de ADN a los señores Giovanni Sansone y Paúl Frank Palomino Cordero, con la que se determinó que el primero era el padre biológico de la niña, mientras que el segundo no ostentaba vinculación genética con la menor; no obstante, el juzgado consideró que dicha circunstancia no enervaba los efectos de la partida de nacimiento, por cuanto de

⁸⁴ Sentencia expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en Casación N° 563-2011 LIMA, de fecha 6 de diciembre de 2011. Página web consultada el 03 de Abril del 2014, disponible en: <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/51526100409cf9728469d53e05a158dc/CAS%2B563-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=51526100409cf9728469d53e05a158dc>

conformidad con el artículo 58° de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Ley N° 26497, *“las constancias de inscripción emitidas por el Registro Nacional de Identificación y estado civil, serán consideradas instrumentos públicos y probarán fehacientemente los hechos a que se refieran, salvo que se declare judicialmente su nulidad (...)”*.

Adicionalmente, el juzgado tuvo en consideración que la niña había vivido junto a los demandantes desde el 2 de enero de 2007, a los pocos días de nacida, pues es en esta fecha en que los demandados la entregan provisionalmente a los demandantes; entonces, en del principio del interés superior del niño y, en virtud de los informes psicológicos presentados que acreditan la solvencia moral de los demandantes, se decide que la menor continúe bajo la protección de estos últimos.

En segunda instancia, la Sala Superior confirmó la sentencia que declaró fundada la demanda, mediante sentencia de fecha treinta de noviembre del año dos mil diez, para lo cual fundamenta su decisión en términos similares a la anterior, pero añade como fundamento relevante que, la conducta de los demandados resulta contraria a una eventual declaratoria de permanencia de la menor con ellos, en la medida que estos la entregaron mediante un acta con firmas legalizadas notarialmente en la cual renunciaban y se desistían por completo de las responsabilidades que como madre y padre tenían con su hija; asimismo advierte en autos que la codemandada habría referido que prestó su consentimiento para la inseminación artificial con la intención de mejorar su situación económica para viajar a Italia con su familia, lo que dista de la lógica de una maternidad responsable respecto del hijo que iba a engendrar, revelando de esta manera que los demandados no tenían la voluntad de concebir a un ser humano con fines de maternidad o paternidad, sino por motivos meramente económicos; por lo tanto el Colegiado se *“aparta del previsión legal contenida en el artículo 378 inciso 5) del Código Civil referente al asentimiento de los padres para la adopción, privilegiándose el derecho fundamental de la niña a permanecer con la familia que le ha brindado protección, atención y cariño frente al derecho de la patria potestad de un*

padre y una madre que desde su concepción y posterior nacimiento actuaron desvalorizando la condición humana de la niña.”⁸⁵

Finalmente, con ocasión del Recurso de Casación interpuesto por la parte demandada, la Sala Civil enfatiza que debe brindársele especial atención al hecho que los demandados han actuado desconociendo la dignidad inherente de la menor, por cuanto no significó para ellos más que un medio para acceder a beneficios económicos. Asimismo, resaltan que durante el proceso estos no han negado haber recibido contraprestación por la gestación, más bien se aprecia que empleaban la condición de gestante de la codemandada como argumento para conseguir mayores incentivos patrimoniales, lo cual se puede traducir como actos de extorsión a los demandantes para no atentar en contra del embarazo de la codemandada. Por otro lado, en concordancia con los informes psicológicos practicados, se concluye que arrancar a la menor del 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”⁸⁶*; por consiguiente la Sala decidió confirmar las sentencias expedidas por las instancias precedentes.

Respecto a la solución del presente caso, es oportuno resaltar que las distintas instancias han evitado pronunciarse sobre la validez de los contratos de maternidad subrogada; pero de otro lado, sí han desmerecido la actuación de los demandados no solo por haber procedido motivados por razones económicas, sino que además por haber impuesto sus intereses por encima de los de la menor, vulnerando así la dignidad inherente a su persona; y finalmente, que en estos casos deberá prevalecer el interés superior del niño, circunstancia que deberá desprenderse de la decisión adoptada por el órgano jurisdiccional.

⁸⁵ *Ibíd.* Considerando Tercero.

⁸⁶ *Ibíd.* Considerando Duodécimo.

3.2. Normativa Extranjera

3.2.1. Colombia

El ordenamiento jurídico colombiano presenta similitudes con el nuestro, más aun tratándose de materias como las técnicas de reproducción asistida y maternidad subrogada, por cuanto ninguno de nuestros ordenamientos posee una regulación especial para tales tópicos; sin embargo la Corte Constitucional Colombiana ha tenido oportunidad de resolver un caso de esta naturaleza, el cual resolvió mediante la expedición de la Sentencia T-968/09 del 18 de diciembre de 2009.⁸⁷

En primer lugar, la Corte ha entendido que, el vientre de alquiler o, también llamado maternidad subrogada, ha sido definido por la doctrina como *“el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste.”*⁸⁸ A lo cual adiciona que, *“En este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos. Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto.”*

En base a ello afirma que, en Colombia este medio de reproducción asistida no está regulado pero tampoco está prohibido expresamente. Sin embargo, reconoce que, al menos doctrinariamente, la maternidad subrogada o sustituta estaría legitimada jurídicamente, en mérito a que su texto constitucional consagra ampliamente que no existe diferencia entre los hijos nacidos naturalmente o con asistencia científica; por lo que debe entenderse como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas. Es por ello que merece especial consideración, y urge el desarrollo de una regulación adecuada para esta materia, con la finalidad de evitar una

⁸⁷ Corte Constitucional de Colombia: Sentencia T-968/09 expedida por la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, de fecha 18 de diciembre de 2009. Página web consultada el 09 de Octubre del 2014, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>

⁸⁸ *Ibíd.* Fundamento Jurídico N° 8.

posible explotación económica de una parte sobre la otra, la desprotección del recién nacido, entre otros.

Ahora bien, el presente caso llega a la Corte Constitucional después de haber sido evaluado en cuatro sentencias expedidas por el Juez de primera instancia de Cali. Y es que este caso se inicia con un contrato verbal de gestación subrogada, en virtud del cual una pareja de esposos que residían en Estados Unidos recurren a una mujer colombiana para que lleve a cabo la gestación de su hijo. Inicialmente, se intentó aplicar la fecundación in vitro empleando los gametos sexuales de la pareja de esposos, lo cual tuvo un resultado infructuoso; luego se intentó aplicar la misma técnica con el esperma del esposo y el óvulo de una donante, pero la consecuencia fue la misma; es así que, posteriormente, se solicita a la futura gestante que, además, aporte su material genético (es decir, que acepte donar sus óvulos para ser fecundados por el esperma del esposo), solicitud a la que ella accede, siendo así que se logra la fecundación e implantación de dos embriones de forma correcta. Al finalizar el embarazo surgen los problemas que dan lugar a la controversia, debido a que la madre gestante se niega a entregar a los recién nacidos a sus padres, lo cual provoca que el padre biológico recurra a la vía judicial mediante la interposición de diversas acciones, dentro de las cuales tenemos las solicitudes de pérdida de custodia y cuidado personal, pérdida de patria potestad de la madre por exponer a los niños a condiciones de riesgo (puesto que la madre gestante era una mujer de escasos recursos económicos y vivía en una locación geográfica próxima a establecimientos industriales con altos niveles de polución) y la referida al permiso judicial para que los menores radicaran permanentemente en Estados Unidos, al lado de sus padres.

En opinión del Juez Décimo de Familia de Cali, la ineptitud moral, afectiva y económica de la madre, representa el mayor obstáculo para la prevalencia del interés superior de los menores y el derecho que les asiste a no ser separados de su madre y vivir bajo su protección, y cuidado. Por otra parte, de lo manifestado por el juez se desprende que consideró que la madre tenía un menor derecho sobre sus hijos que el padre; debido a que en un primer momento, accedió a gestar en su vientre un hijo de otro matrimonio a cambio de una compensación económica que le permitiera dar un

mejor nivel de vida a su familia, incluida su hija, circunstancia que no inhabilita *per se* a la madre para defender los derechos de sus hijos. Entonces, tal situación no debe interpretarse únicamente en detrimento de la figura materna, en tanto el padre también intervino en el contrato de maternidad subrogada, siendo él quien no solo financió todo el procedimiento y gastos durante el embarazo hasta el nacimiento de los menores, sino que además él tomó la iniciativa de recurrir a una mujer sin solvencia económica para que los ayude a concebir a sus hijos, condición económica que después sería alegada por el padre para que el juez declare la custodia de los menores a su favor.

Además, el colegiado sostiene que el juez de primera instancia desconoció los alcances y contenido del estudio socio-familiar presentado por la trabajadora social adscrita a su despacho; por cuanto en este documento se dejó expresa constancia que debían prevalecer los intereses de los menores por encima de los de sus padres, por lo cual no debe entenderse como argumento válido para la separación de los menores de su madre que el padre manifieste: tener bajo su cuidado a los menores y que, un eventual contacto con su madre puede generar un virtual daño sobre su personalidad. Por tanto, la Corte no encontró pruebas en el expediente que acrediten la existencia de una razón suficiente para separar a los niños del entorno familiar materno, más aún si la madre gestante ha desplegado una serie de esfuerzos, a pesar de su situación económica, para ofrecerles un ambiente más saludable a sus hijos.

Consecuentemente, el colegiado resolvió, en concordancia con la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y del fallo de la Sala de Familia del Tribunal Superior, dejar sin efecto la sentencia expedida por el Juez del Décimo Juzgado Civil de Cali, que los menores permanezcan junto a su madre, en tanto se decidan definitivamente los procesos de pérdida de custodia y cuidado personal, y de pérdida de patria potestad tramitados ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Vijes y el Juzgado Décimo de Familia de Cali, respectivamente.

3.2.2. España

El ordenamiento jurídico español, a diferencia de los anteriores, sí cuenta con legislación especial sobre técnicas de reproducción humana asistida; siendo uno de los puntos más álgidos de su regulación es el referido a la maternidad subrogada. Es pues, la Ley 14/2006, 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que prevé en el artículo 10⁸⁹ la prohibición de los contratos de maternidad subrogada, sancionando los mismos con nulidad de pleno derecho, para lo cual no hace distinción respecto a los aspectos económicos del contrato, es decir, que sea gratuito u oneroso. Adicionalmente, cabe mencionar que como se desprende de esta norma, uno de los fundamentos más sólidos para regular la prohibición de la maternidad subrogada fue la práctica de esta técnica supondría una grave vulneración de la dignidad humana del menor y de la mujer.

En otro ámbito, se observa que el código penal español ha desarrollado en su artículo 221⁹⁰, una figura que abarca los alcances de los contratos de maternidad subrogada, en tanto se tipifica como delito el hecho de entregar un hijo a otra persona con la que no tiene vínculo de filiación con la finalidad de simular los fines perseguidos por la adopción, pero obviando seguir el trámite legal correspondiente; además exige la concurrencia del factor patrimonial, en tanto es necesario que medie el pago de una

⁸⁹**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.*

⁹⁰**Artículo 221.**

1. *Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años.*
(...)

contraprestación económica por la entrega del menor para la configuración de este tipo penal.

Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación de estas normas a la realidad, tenemos que se suscitó una controversia en torno a la inscripción de menores nacidos por contratos de maternidad subrogada en el Registro Civil Español. En primer lugar, el conflicto se inicia con la decisión de la Dirección General de los Registros y Notariado expresada en la Resolución N° 1 de fecha 18 de febrero de 2009, mediante la cual resuelve un caso consistente en la denegatoria de inscripción de dos menores hijos de un matrimonio homosexual entre ciudadanos españoles. Y es que los menores nacieron en San Diego, California, en virtud de un contrato de maternidad subrogada, pero para el pleno establecimiento de su filiación sus padres recurrieron a las autoridades estadounidenses, quienes resolvieron a favor de sus padres y privando de todo derecho sobre los menores de la mujer gestante.

Luego, los padres recurren al Consulado español solicitando la inscripción de los menores en mérito de las certificaciones expedidas por la autoridad estadounidense, siendo oportuno señalar que en tales documentos no se hacía mención alguna sobre contrato de maternidad subrogada; sin embargo tal solicitud es rechazada por el Encargado del Registro Civil Consular, quien invocó el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción asistida, que no solo establece la prohibición de la gestación por sustitución, sino que determina que la filiación materna corresponde a la mujer que alumbró al menor.

Ante esta negativa, la pareja de esposos recurre ante la Dirección General para impugnar el referido pronunciamiento. Este órgano procede a realiza un análisis respecto a las normas que resultan aplicables para la solución de esta controversia; así pues señala que el presente caso trata de la inscripción del nacimiento de menores mediante la presentación de certificación registral extranjera, en la que además consta la filiación de los recién nacidos, por lo tanto corresponde la aplicación de normas específicas sobre inscripción en el Registro Civil de documentos expedidos en el extranjero, mas no resulta procedente emplear las normas de conflicto españolas. Por

consiguiente, la Dirección General considera que debe procederse con un análisis de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España y no de determinación de normas de derecho sustantivo aplicables, entonces no puede invocarse la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida como argumento para rechazar la solicitud de inscripción, en la medida que ello configuraría un análisis sobre cuestiones de fondo de las decisiones extranjeras.

En ese orden de ideas, la Dirección General subraya que debe realizarse un control de legalidad sobre dicha decisión, el cual no debe entenderse como la exigencia a la autoridad extranjera en el sentido que haya resuelto el caso del mismo modo que lo habría hecho una autoridad registral española, debido a que ello significaría desconocer los sistemas de derecho internacional privado de cada país, asimismo, vulneraría gravemente la seguridad jurídica, puesto que las decisiones adoptadas válidamente en otros Estados, eventualmente, se considerarán inexistentes o inválidas para las autoridades españolas; generando de esta manera un grave perjuicio a la tutela judicial efectiva, en función a que las soluciones jurídicas alcanzadas en otros Estados no serán seguras, estables ni continuas.

En suma, el control de legalidad a que hace referencia la Dirección General no es otro que la verificación de la autenticidad del documento presentado mediante el cumplimiento de exigencias legales como que el documento sea público (de conformidad con las leyes sobre la materia del país donde se otorgó dicho documento), que cuente con la legalización respectiva o la apostilla, de tratarse de documentos redactados en idioma extranjero, que cuenten con la traducción respectiva, provenir de autoridad competente, entre otros. Por lo que se entiende que, si un documento cumple con las exigencias legales podrán presumirse válidos. Sin perjuicio de lo expuesto, también indica que la decisión debe ajustarse al orden público internacional español, en virtud de lo cual no deberá lesionar principios jurídicos básicos del Derecho español que garantizan la cohesión de intereses generales de la sociedad.

En consecuencia, la Dirección General reconoce que en el presente proceso, la decisión que adopte afectará inevitablemente a menores, por lo que debe aplicarse el principio

del interés superior del niño; ello aunado con que la denegatoria de la inscripción constituiría una vulneración a sus derechos, en especial al derecho a una "identidad única", en mérito de la cual los menores tienen derecho a que se les reconozca solo una filiación por encima de las fronteras estatales.

A su vez, la Dirección General estima que esta situación no puede ser considerada como un fraude a la ley, a razón que los recurrentes no han utilizado una norma de conflicto con la finalidad de eludir una ley de carácter imperativo, ya que la decisión emitida por la autoridad estadounidense no ostenta la calidad de cosa juzgada, menos que el estado de filiación en ella reconocido pretenda ser oponible erga omnes. En adición, debe observarse que la denegatoria de inscripción de los menores significaría admitir una situación de incertidumbre respecto de la filiación de los menores, y con ello que los menores ostenten una doble identidad, la reconocida por Estados Unidos y la determinada por España. En base a tales argumentos, resuelve el pedido admitiendo a trámite la solicitud y ordenando el acceso de tales actos al Registro Civil.

Ahora bien, en segundo lugar tenemos que, si bien esta decisión corresponde a un órgano administrativo, reviste gran relevancia por cuanto sirve como precedente para las futuras inscripciones de menores nacidos por maternidad subrogada; no obstante, tal situación no se mantiene en el tiempo, debido a que el Ministerio Fiscal impugnó tal resolución, logrando en primera instancia que el órgano jurisdiccional dicte sentencia estimando su pedido, por consiguiente dejando sin efecto y cancelando la inscripción del nacimiento a que se refiere la resolución antes mencionada. Los solicitantes apelaron la decisión, pero la Audiencia Provincial desestimó su recurso, por lo que proceden a interponer un recurso de casación, que fue resuelto por la **Sala Civil del Tribunal Supremo mediante la Sentencia N° 835/2013** de fecha 6 de febrero de 2014.

Los solicitantes exponen en sus argumentos que la privación de filiación a los menores representa una vulneración manifiesta al interés superior del niño, puesto que ello representaría la desprotección de los menores y el desconocimiento de su derecho a una única filiación, puesto que hasta el momento tendrían una filiación reconocida por Estados Unidos y otra por España.

La Sala considera, bajo el mismo criterio que la Dirección General, que no es de aplicación la técnica del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento, debido a la existencia de una decisión de autoridad extranjera; por lo que solo procede el control de legalidad sobre la misma; no obstante, la Sala disiente de aquel en el sentido que, considera que esta evaluación no recae exclusivamente sobre aspectos de forma, sino que se extiende a cuestiones de fondo; de allí que manifiesta que cuando se habla de un control de legalidad, se está haciendo referencia a una conformidad del contenido con la ley española, lo cual si bien no puede entenderse como una observancia estricta a su legislación, debe interpretarse como la sujeción y el respeto a normas, principios y valores que conforman el orden público internacional de tal país.

En base a ello, el colegiado expresa que la maternidad subrogada es una figura que vulnera la dignidad de la mujer gestante y del niño, en tanto supone la comercialización de la gestación y posibilita la explotación económica de la mujer. Es por ello que, la protección de la dignidad humana de la mujer y el niño, en el presente caso, es parte integrante del orden público internacional español; consecuentemente, deberá aplicarse un examen sobre las cuestiones de fondo de las decisiones extranjeras.

Entonces, la decisión de la autoridad estadounidense de atribuir la condición de padres a los esposos que contrataron la gestación por sustitución con una mujer que alumbró al menor en el estado de California, resulta incompatible con el orden público internacional español, por ser contraria a las normas relativas a relaciones familiares. En lo que corresponde a la afectación del interés superior del niño esgrimido por los solicitantes, es oportuno resaltar que la Sala desmerece tanto el argumento de los solicitantes como los fundamentos de la Dirección General respecto a la materialización de dicho principio (ya que estos señalaron que el interés de los menores exige que estos se queden al cuidado de los sujetos que brindaron su consentimiento para ser padres, en tanto ello constituye un ambiente de bienestar que asegura al niño la protección y cuidado que son necesarios para su bienestar), por cuanto considera que aceptar tales términos implicaría el reconocimiento de que la ley de reproducción humana asistida vulnera es citado principio y, a su vez, este pronunciamiento constituiría un precedente

para la determinación de filiación a favor de personas de buena situación económica en agravio de sus contrapartes. Mientras que, en lo referido al estado de desprotección de los menores, la Sala acepta que la decisión que adopte puede causar inconvenientes a los menores en la medida que se verán afectados por la misma, pero señala que ello no es óbice para aceptar las consecuencias del contrato de gestación por sustitución suscrito por los recurrentes. Además, expresa que la cuestión controvertida es aquella referida a su filiación, mas no a su integración familiar, por cuanto la decisión que recaiga sobre este proceso no conlleva a la modificación de las relaciones familiares "de facto" con los recurrentes. Teniendo en consideración tales argumentos, la Sala desestimó el recurso de casación y ordenó al Ministerio Fiscal a proceder con las acciones conducentes a la correcta filiación de los menores.

Ahora, si bien la Sala Suprema en lo Civil puso fin a la controversia suscitada entre los solicitantes, la Dirección General de Registros y Notariado, y el Ministerio Fiscal; posteriormente, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos resolvió dos casos relevantes en materia de maternidad subrogada, el de **Mennesson vs. Francia**⁹¹ (no. 65192/11) y el de **Labasse Vs. Francia**⁹² (no. 65941/11). El primer caso involucra a los esposos Dominique y Sylvie Mennesson, ambos de nacionalidad francesa, y a Valentina Mennesson y Fiorella Mennesson, gemelas de nacionalidad norteamericana nacidas en el año 2000, pero actualmente ellos viven en Francia. Mientras que en el segundo caso involucra a los esposos Francis y Monique Labasse, de nacionalidad francesa, y Juliette Labasse, de nacionalidad norteamericana, nacido en 2001, quienes también viven en Francia. En ambos casos, las señoras Mennesson y Labasse eran infértiles, motivo por el cual, junto a sus esposos, recurrieron a la técnica de maternidad subrogada en territorio estadounidense. Para realizar tal procedimiento se fecundaron óvulos empleando el espermatozoides de los señores Mennesson y Labasse, y así resultaron en embriones que fueron implantados en el útero de otra mujer. Luego del periodo de gestación, nacieron los gemelos Mennesson y Juliette Labasse, y a efectos de atribuir la

⁹¹ Tribunal Europeo de los Derechos Humanos: Caso Mennesson Vs. Francia (n° 65192/11) de fecha 26 de setiembre de 2014. Página web consultada el 11 de Octubre del 2014, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145179>

⁹² Tribunal Europeo de los Derechos Humanos: Caso Labasse Vs. Francia (65941/11) de fecha 26 de setiembre de 2014. Página web consultada el 11 de Octubre del 2014, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145180>

filiación a las parejas correspondiente acudieron a los tribunales, tanto de California como de Minnesota, los cuales resolvieron identificando los vínculos legales entre los menores y sus padres contractuales.

Una vez obtenida la decisión judicial, ambas parejas regresaron a Francia, y solicitaron la inscripción de los certificados de nacimiento al Registro Civil. Las autoridades francesas, sospechando del encubrimiento de los contratos de maternidad subrogada, denegaron tales solicitudes. Como consecuencia de ello, en el caso Mennesson, la pareja logró la inscripción de los menores en mérito a una decisión fiscal, quien subsecuentemente inició un procedimiento para anular dicha inscripción; mientras tanto, en el caso Labasse, la pareja no apeló la denegatoria, pero buscaron el reconocimiento legal de la relación sobre la base del goce de un estado de facto, para lo cual obtuvieron un acta notarial que certificaba la existencia de la relación paterno-filial de hecho, pero el Fiscal rechazó el ingreso a este registro. Por tanto, en ambos casos los pedidos de inscripción en el Registro Civil fueron denegados, lo cual motivó que ambas parejas acudan a la Corte de Casación, órgano que resolvió el caso el 06 de abril de 2011. El colegiado expresó que la inscripción de tales títulos representaría conceder efectos a un contrato de maternidad subrogada que, en el marco regulado por el Código Civil francés, era nulo e inválido; además que las circunstancias evidenciadas en ambos casos no significaban, de alguna manera, violación al contenido del artículo 8° de la Convención Europea.

Ante estos hechos, ambas parejas recurrieron al Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, alegando violación del artículo 8° de la Convención Europea, que consagra el derecho al respeto de la vida privada y familiar. Ahora bien, en lo referido a la vida privada y familiar, la Corte considera que está más que acreditado el cuidado de los gemelos por parte de sus padres desde su nacimiento, a lo que se añade el hecho que los cuatro hayan vivido juntos desde entonces, por tanto es indiscutible la configuración de la noción de vida familiar. Asimismo, resalta que el derecho a la identidad es parte integrante del derecho a la vida privada, dentro del cual se encuentra el vínculo directo existente entre la esfera personal de los recién nacidos por maternidad subrogada y la determinación legal de su paternidad.

De otro lado, la Corte advirtió que la interferencia impuesta al derecho de los solicitantes, a la vida privada y familiar, por parte de las autoridades francesas resultó siendo perjudicial para el reconocimiento de las relaciones paterno-filiales en concordancia con la ley, y de acuerdo a la Convención. Sin perjuicio de lo expuesto, el propio colegiado manifestó dicha interferencia había sido fundamentada en la persecución de los fines legítimos establecidos en el artículo 8° de la citada Convención, dentro de los cuales se precisan la protección a la salud y protección a los derechos y libertades de otros, lo cual se evidencia, en el presente caso, de las actuaciones de las autoridades francesas al rechazar las solicitudes de inscripción, además se aprecia que la prohibición establecida en la legislación francesa se formula como respuesta de una política estatal que busca desmotivar a sus nacionales de recurrir a estos tratamientos tanto dentro de su jurisdicción como en el extranjero, prohibición que tendría por finalidad proteger a los niños y a la mujer gestante.

A su vez, la Corte consideró necesario examinar si la referida interferencia era necesaria en una sociedad democrática, a tales efectos reconoció que los Estados gozaban de un amplio margen de apreciación para la regulación de situaciones jurídicas, más aun tratándose de materias que revisten cuestiones éticas difíciles de dilucidar y que no encuentran consenso entre los Estados. No obstante, el margen de apreciación del que gozan los Estados para normar las relaciones de paternidad es estrecho, en tanto involucra aspectos claves en la identidad de los individuos. En adición, el Tribunal determinó que respecto a la existencia de un balance justo entre el conflicto de intereses del Estado y de los individuos directamente afectados, especialmente cuando estén involucrados los menores, deberá prevalecer el interés superior del niño.

A mayor abundamiento sobre la vida familiar de los solicitantes, la Corte observó que la afectación de dicho derecho fue provocada por la falta del reconocimiento legal de las relaciones paterno-filiales por parte de las autoridades francesas; sin perjuicio de lo expuesto, el colegiado advirtió que, en el caso *Menesson*, los solicitantes no habían argumentado en algún momento que los obstáculos que enfrentaron habían sido insuperables, tampoco aportaron prueba alguna que acreditara que fueron privados del

goce del derecho al respeto de su vida familiar en Francia; más aún si los gemelos junto a sus padres pudieron asentarse en este territorio poco después del nacimiento de aquellos, lo cual los coloca en una situación similar a la de otras familias, por lo que nada sugiere que ellos estuvieran en riesgo de ser separados por las autoridades debido a su situación ante la ley.

De otro lado, se tiene que la Corte indicó que los gemelos se encontraban en un estado de incertidumbre legal, por cuanto habían sido identificados en otro país como hijos de los esposos Mennesson, circunstancia que era de conocimiento de las autoridades francesas, pero a pesar de ello la solicitud de inscripción de tal acto en el Registro Civil fue denegada. Esta contradicción, a criterio del Tribunal, tuvo un efecto perjudicial sobre la identidad de los menores, puesto que más allá de la denegatoria sustentada en el acuerdo de maternidad subrogada, se les estaba negando ser reconocidos por su propio padre biológico que ostentaba la nacionalidad francesa; de ahí que el colegiado sostenga que la actuación de estas autoridades significó una grave privación de un componente fundamental en la identidad de los menores, que abarca desde la relación de los niños con su padre hasta los derechos hereditarios derivados de esta, ya que sólo podrían heredar a su padre mediante legados, lo cual implica por sí un detrimento en sus derechos.

En conclusión, la Corte afirmó que el rechazo de la solicitud de inscripción de los gemelos no solo generaba efectos negativos para las parejas que accedían a estos tratamientos, sino que se extendían a los menores, en función a que vulneraba directamente su derecho al respeto a la vida privada, a razón que este implicaba la facultad de poder consolidar su identidad, incluyendo su origen; por ello la denegatoria expresada por el Registro Civil francés desconoció el sentido orientador del principio del interés superior del niño. De ahí que el análisis de los hechos tomó una dimensión especial al considerar que uno de los padres “contractuales” era, también, el padre biológico del menor; y dada la importancia del origen biológico como un componente de la identidad de cada individuo, no podría afirmarse que en el mejor interés del menor se le privaría de un vínculo legal de esta naturaleza, más aun cuando la realidad biológica de ese vínculo fue claramente establecida a través de la decisión de los

tribunales extranjeros y el niño y su padre solo buscaban su pleno reconocimiento; consecuentemente, no solo fue desconocido el vínculo entre los gemelos y su padre biológico cuando la solicitud de inscripción de sus certificados de nacimiento fue rechazada, sino que también el reconocimiento de ese vínculo en términos de una declaración de paternidad o adopción, o en la base del goce de un estado de hecho, los cuales quedaron excluidos de los términos establecidos en el fallo de la Corte de Casación bajo análisis. Por lo tanto, en base a los argumentos esgrimidos anteriormente, la Corte declaró que el estado francés había sobrepasado el margen de apreciación permisible, por cuanto la denegatoria del reconocimiento y establecimiento de la relación legal de los niños con su padre biológico, constituyó una violación manifiesta al respeto a la vida privada de estos últimos, a lo cual debe añadirse que, en este tipo de casos, en los que la decisión pueda afectar de cualquier manera a los menores, deberá observarse la prevalencia de los derechos e intereses de estos, aún por encima de la potestad de los estados para regular sobre maternidad subrogada.⁹³



⁹³ Tribunal Europeo de los Derechos Humanos: Nota informativa del Fallo de la Corte N° 175, del 26 de junio de 2014, Caso *Menesson vs. Francia*. Página web consultada el 11 de Octubre del 2014, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=002-9781>

CONCLUSIONES

PRIMERA:

La regulación sobre técnicas de reproducción asistida, específicamente en lo que se refiere a la maternidad subrogada, es casi nula en nuestro ordenamiento jurídico; por cuanto la única disposición normativa al respecto es la prevista en el artículo 7° de la Ley N° 26842 - Ley General de Salud, a pesar que esta materia está orientada al tratamiento de la infertilidad, que es considerada la quinta mayor discapacidad, e involucra el ejercicio de distintos derechos fundamentales, argumentos que sustentan su necesidad de ser regulada.

SEGUNDA:

La naturaleza de los contratos de maternidad subrogada corresponde al ámbito civil, en tanto las prestaciones que regula versan sobre conductas que ambas partes deben realizar, siendo que una de ellas, conformada por el o los padres intencionales, asume la obligación de proporcionar a la otra, la gestante, los suficientes recursos económicos para cubrir los gastos derivados del embarazo; en consecuencia, esta última se compromete a llevar a cabo la gestación y, a su término, a entregar al recién nacido a sus padres intencionales; por lo que su intervención se resume únicamente en desarrollar la función gestacional.

TERCERA:

Las técnicas de reproducción asistida no han sido materia de regulación especial en el ordenamiento jurídico peruano; mientras que, en la legislación española se advierte la existencia de la Ley 14/2006, que desarrolla ampliamente distintos aspectos relacionados a las técnicas de reproducción asistida, dentro de los que incluye a la maternidad subrogada, siendo que para este caso sanciona todo contrato de esta

naturaleza con la nulidad absoluta; no obstante, admite la inscripción de menores nacidos como resultado de contratos de subrogación; por tanto, podría afirmarse que, implícitamente, reconoce la filiación a favor de los padres contractuales.

CUARTA:

El derecho a ser padre, entendido como la facultad de toda persona para decidir lo relativo a la formación de una familia y a ser o no padre biológico, involucra la determinación de la propia persona sobre futuros eventos en su vida; asimismo, la autodeterminación reproductiva está relacionada con la libertad de toda persona para decidir sobre aspectos vinculados a la procreación, en la medida que permite establecer cómo, cuándo y con quién desea reproducirse una persona; en suma, ambos derechos responden a una sola razón, la libertad que toda persona debe tener para fomentar su personalidad en el ámbito personal, el cual está protegido bajo, el más genérico, derecho a la vida privada.

QUINTA:

La libertad de las partes para determinar el contenido de los contratos de maternidad subrogada, ante la ausencia de una regulación específica al respecto, implica un mayor riesgo para la vulneración de derechos fundamentales; en la medida que, no existirá obstáculo que impida la configuración de supuestos que puedan devenir en la explotación económica o comercial de la función generativa de la mujer, o que signifiquen la imposición de cláusulas abusivas que desconozcan la dignidad no sólo de la gestante, sino del menor nacido como resultado de la subrogación; es por ello que la regulación en sobre maternidad subrogada debe ser entendida como urgente y necesaria, y, además, debe estar orientada a garantizar la plena eficacia de los derechos fundamentales involucrados, así como el debido respeto a la dignidad humana.

SUGERENCIAS

PRIMERA:

La maternidad subrogada, dentro de la amplia gama de técnicas de reproducción asistida, ha sido una de las que más interés ha concentrado; pues su práctica involucra distintas implicancias éticas, legales, económicas, sociales y culturales; por lo tanto, resulta necesario que nuestro ordenamiento jurídico desarrolle una norma adecuada.

SEGUNDA:

La regulación restrictiva sobre los acuerdos de maternidad subrogada, como sucede en el caso de España, tiene un efecto más perjudicial que beneficioso, toda vez que en la actualidad se evidencia una situación ambivalente: la prohibición de la maternidad subrogada se limita únicamente a la práctica de esta técnica dentro del territorio español, pero no es oponible ante los contratos de esta naturaleza válidamente celebrados en el extranjero, puesto que permite la inscripción de niños nacidos en el extranjero, y reconoce la filiación a favor de sus padres intencionales; ello como consecuencia de los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos Labasse y Mennesson contra Francia; entonces, se aprecia que más allá de la potestad reguladora del Estado, deben observarse los derechos fundamentales de la persona y, más aún, el principio del interés superior del niño.

TERCERA:

Los contratos de maternidad subrogada, en caso se permitan en nuestro ordenamiento jurídico, deben reunir cuanto menos dos características: la gratuidad y la no

exigibilidad; por cuanto se entiende que estos acuerdos deben estar inspirados en la solidaridad y el altruismo, de igual manera, a pesar que la gestante declare desde un inicio que su intervención se limita a desarrollar una etapa de la procreación, no puede desconocerse que a la luz de la ley, será reconocida como la madre del menor; por lo que en tales casos, deberá ser el juez quien resuelva, evidentemente, sin perder de vista los intereses del menor.

PROPUESTA

ÚNICA.

Como consecuencia de la presente investigación, se ha evidenciado que los contratos de maternidad subrogada requieren de una regulación adecuada; por lo tanto, se propone el siguiente Proyecto de Ley:

PROYECTO DE LEY SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La infertilidad es aquella condición médica por la cual una mujer no logra quedar embarazada o culminar dicha etapa de forma exitosa, a pesar de haber estado expuesta a él y de no haber empleado métodos anticonceptivos. Esta afección ha tomado mayor relevancia con el transcurso del tiempo, a lo cual debe añadirse el incremento de casos a nivel mundial; siendo por tales circunstancias considerada como la quinta mayor discapacidad y, consecuentemente, incorporada dentro del ámbito de protección de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En ese contexto, la maternidad subrogada se ideó como una modalidad distinta a las TRA convencionales, en la medida que la destinataria no es la mujer que adolece de infertilidad, sino una tercera persona que interviene en el proceso de procreación. Por ello, este método ocasionó diversas reacciones, las cuales se concretizaron mediante

distintas normas que la regulan, de lo cual pueden definirse claramente tres posturas: la restrictiva, la permisiva y la ecléctica.

En base a ello, es necesario precisar que la regulación restrictiva de la maternidad subrogada tiene como consecuencia la generación de una situación ambivalente, por cuanto la prohibición de esta técnica sólo resultará exigible dentro del territorio de determinado Estado, mientras que, en lo que se refiera al reconocimiento de menores nacidos por maternidad subrogada en el extranjero, el mismo Estado deberá permitir su acceso al registro civil respectivo, lo que significa el reconocimiento implícito de esta técnica (véase Caso Labasse y Mennesson contra Francia, Tribunal Europeo de los Derechos Humanos).

Consecuentemente, con el propósito de evitar la configuración de tales supuestos, que resultan más perjudiciales para los menores, es que se debe plantear una solución que importe el equilibrio entre los intereses del menor, de la gestante, de los padres intencionales y del Estado; siendo lo más propicio para alcanzar tales fines la admisión de la práctica de la maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico, con determinadas restricciones, las cuales deberán estar amparadas en la defensa de la dignidad de la mujer y del recién nacido.

FÓRMULA LEGAL

Artículo 1. Objeto de la ley.

La presente ley tiene por finalidad regular los contratos de maternidad subrogada como un medio de reproducción asistida.

Artículo 2. Definiciones

Mujer gestante: Mujer que presta su consentimiento para que un embrión, creado a partir de la unión de gametos sexuales de otras personas, sea implantado en su útero, con la finalidad de desarrollar exclusivamente la función gestacional.

Padres intencionales: Persona o personas que, con la voluntad de procrear, recurren a la maternidad subrogada, aportando o no material genético para la creación del embrión.

Función gestacional: Función desarrollada por la mujer gestante consistente en llevar y sustentar en su seno el embrión o feto hasta el momento del parto.

Artículo 3. De los contratos de la maternidad subrogada.

Son aquellos acuerdos en virtud de los cuales una mujer, denominada gestante, accede a que un embrión sea implantado en su útero, con la voluntad de desarrollar la función gestacional para que, una vez producido el alumbramiento, entregue al recién nacido a sus padres intencionales, debiendo éstos proporcionarle a la gestante los suficientes recursos económicos para cubrir los gastos derivados del embarazo.

Artículo 4. De la gratuidad de los contratos.

Los contratos de maternidad subrogada son de carácter gratuito, por lo que toda cláusula referida al pago de una contraprestación a la gestante será nula.

Las sumas de dinero que entreguen los padres intencionales a la gestante, con ocasión del pago de los gastos derivados del embarazo, no serán considerados como contraprestación, a efectos de lo señalado en el párrafo anterior.

Artículo 5. De la no exigibilidad de los contratos

Las disposiciones contenidas en los contratos de maternidad subrogada no son exigibles para ninguna de las partes que intervengan en él.

Artículo 6. De la filiación del menor

La filiación de los hijos nacidos como resultado de un contrato de maternidad subrogada será determinada por el parto.

Artículo 7. Del reconocimiento de los padres intencionales

Los padres intencionales tienen derecho a que se reconozcan legalmente sus relaciones paterno-filiales con el recién nacido, para lo cual deberá recurrir al juez competente en vía de adopción.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS

ÚNICA. Modificación de la Ley General de Salud.

Modificase el artículo 7° de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, en los siguientes términos:

*“Artículo 7. Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, **incluida la maternidad subrogada**. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos, **en el caso de maternidad subrogada, también se requerirá el de la mujer gestante**.*

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.”

EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA

La propuesta legislativa busca dotar al ordenamiento jurídico peruano de un instrumento eficaz y eficiente para la regulación de los contratos de maternidad subrogada, para lo cual también se prevé la modificación del artículo 7° de la Ley N° 26842, Ley General de Salud.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

El presente proyecto tiene por finalidad establecer un marco jurídico aplicable a los contratos de maternidad subrogada, así como a las relaciones que de éstos se deriven.

La norma propuesta adopta una postura intermedia, entre la completa admisión y la prohibición absoluta de los contratos de maternidad subrogada, en función a que pretende establecer, cuanto menos, el cumplimiento de dos requisitos para su procedencia: la gratuidad y la no exigibilidad.

En ese sentido, deberá tenerse en consideración que la regulación de la maternidad subrogada no sólo busca la protección de los derechos de las mujeres que desempeñan la función gestacional, así como de los padres intencionales que recurren a esta práctica debido a su infertilidad; sino que está orientada, además, a velar por los derechos e

intereses de los menores, toda vez que las consecuencias que se deriven del contrato de maternidad subrogada afectarán distintas esferas de su vida.

En adición, debe precisarse que, el presente proyecto no genera gastos al presupuesto público.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y textos virtuales

- Aguilar Cavallo, Gonzalo (2008) *El principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (virtual) Estudios Constitucionales, año 6, N° 1, pág. 223 – 247, ISSN 0718-0195, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.
- Arámbula Reyes, Alma (2008) *Maternidad Subrogada* (Virtual) Centro de Documentación, Información y Análisis. Dirección de Servicios de investigación y Análisis. Subdirección de Política Exterior – Cámara de Diputados – LX Legislatura. México.
- Arteta Acosta, Cindy (2011) *Maternidad Subrogada – Surrogate Motherhood* (Virtual) Revista de Ciencias Biomédicas, Vol. 2, N° 1.
- Bernal Camargo, Diana Rocío (2009) *Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Maternidad Subrogada y Derecho de familia* (Virtual) Revista Republicana, ISSN: 1909-4450, N° 6.
- Bidart Campos, Germán (1991) *Teoría general de los derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea.
- Bohórquez Monsalve, Viviana y Aguirre Román, Javier (2009) *Las tensiones de la dignidad humana: Conceptualización y aplicación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Virtual) Sur: Revista internacional de Derechos Humanos, Vol. 6, Nro. 11.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación No. 14 (2000) El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (Artículo 12 del

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.

- Contreras López, Raquel Sandra (2013) La legislación mexicana civil y la maternidad sustituta, Revista Cirujano General, Facultad de Derecho y de la División de Postgrado de la Universidad Nacional Autónoma de México, vol. 35, Supl. 2.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas respecto del caso Anthony McLeod v. Jamaica, Comunicación No. 734/1997, U.N. Doc. CCPR/C/62/D/734/1997 (1998).
- F. Zegers-Hochschild et al. (2009) *The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) Revised Glossary on ART Terminology, 2009*. Human Reproduction, Vol. 24 No. 11.
- Farnós Amorós, Esther (2010) Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California (Virtual) InDret Revista para el Análisis del Derecho.
- Gonzáles Martín, Nuria (2012) Maternidad Subrogada y Adopción Internacional (Virtual), Universidad Nacional Autónoma de México.
- Jiménez Muñoz, Francisco Javier (2012) *La reproducción asistida y su régimen jurídico* (virtual) Primera Edición, Editorial Reus, Madrid.
- Mascharenas, Maya N. et al. (2012) *National, Regional, and Global Trends in Infertility Prevalence Since 1990: A Systematic Analysis of 277 Health Surveys*, PLoS Med 9 (12): e1001356. Doi: 10.1371/journal.pmed.1001356.
- Merino Faith (2010) *Adoption and Surrogate Pregnancy*, Infobase Publishing, e-ISBN: 978-1-4381-3059-0.
- Organización de las Naciones Unidas. Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 5 al 13 de septiembre de 1994.
- Organización de las Naciones Unidas. Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 4 al 15 de setiembre de 1995.

- Parekh, Serena (2007) *Resisting 'Dull and Torpid' Assent: Returning to the Debate Over the Foundations of Human Rights*. Human Rights Quarterly, Cincinnati, v. 29.
- Peces-Barba, Gregorio (1999) *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado.
- Pérez Luño, Antonio (1991) *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*, 4ta. ed. Madrid: Tecnos.
- Rodríguez López, Dina (2005) Nuevas Técnicas de Reproducción Humana. El útero como objeto de contrato (virtual), Revista de Derecho Privado, año IV, número 11.
- Rodríguez-Yong, Camilo A. y Martínez-Muñoz, Karol Ximena (2012) *El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense* (Virtual) Revista de Derecho Valdivia, Vol. XXV, N° 2.
- Rubio Correa, Marcial (1999) *Estudio de la Constitución Política de 1993*, tomo 2, Lima, Fondo editorial de la PUCP.
- Santamaría Solís, Luis (2010) *Técnicas de Reproducción Asistida. Aspectos Bioéticos* (Virtual) Universidad Autónoma de Madrid.
- Shea o. Rutstein y Iqbal H. Shah (2004) *Infecundity, Infertility, and Childlessness in Developing Countries*, DHS Comparative Reports No. 9. Calverton, Maryland, EUA: ORC Macro y la Organización Mundial de la Salud.

Páginas web

- <http://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1462278.html>
- <http://caselaw.findlaw.com/nj-superior-court/1340989.html>
- <http://www.artparenting.org/about/>
- http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1
- <http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/definitions/en/#>
- http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/infertility_DIS_table.pdf

Casos de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú

- Sentencia expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en Casación N° 563-2011 LIMA, de fecha 6 de diciembre de 2011.

Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012.
- Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012.
- Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia, Sentencia de 1 de julio de 2006.
- Caso Fernández Ortega y otros Vs. México, Sentencia de 30 de agosto de 2010.
- Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala, Sentencia de 4 de septiembre de 2012.
- Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala, Sentencia de 15 de septiembre de 2005.
- Voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade en Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006.

Casos del Tribunal Constitucional Peruano

- Fundamento de voto del Magistrado Mesía Ramírez en la Sentencia recaída sobre el Expediente N° 7435-2006-PC/TC.
- Fundamento del Voto del Magistrado Mesía Ramírez, en la Sentencia recaída sobre el Expediente 07435-2006-AC/TC.
- Sentencia recaída sobre el Expediente 00007-2006-AI/TC.
- Sentencia recaída sobre el Expediente 00010-2002-AI/TC.
- Sentencia recaída sobre el Expediente 00298-1996-AA/TC.
- Sentencia recaída sobre el Expediente 0072-2004-AA/TC.
- Sentencia recaída sobre el Expediente 02005-2009-AA/TC.
- Sentencia recaída sobre el Expediente 02005-2009-PA/TC.
- Sentencia recaída sobre el Expediente 02079-2009-PHC/TC.
- Sentencia recaída sobre el Expediente 02132-2008-PA/TC.
- Sentencia recaída sobre el Expediente 02273-2005-HC/TC.

- Sentencia recaída sobre el Expediente 02480-2008-AA/TC.
- Sentencia recaída sobre el Expediente 02945-2003-AA/TC.
- Sentencia recaída sobre el Expediente 03744-2007-PHC/TC.
- Sentencia recaída sobre el Expediente 05003-2009-HC/TC.
- Sentencia recaída sobre el Expediente 05408-2007-PHC/TC.
- Sentencia recaída sobre el Expediente 10087-2005-AA/TC.

Casos del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos

- Nota informativa del Fallo de la Corte N° 175, del 26 de junio de 2014, Caso *Mennesson vs. Francia*.
- Sentencia recaída sobre el Expediente del caso *A, B y C Vs. Irlanda*, no. 25578/05, 16 de diciembre de 2010.
- Sentencia recaída sobre el Expediente del Caso de *Evans Vs. El Reino Unido*, Solicitud no. 6339/05, 10 de abril de 2007.
- Sentencia recaída sobre el Expediente del Caso *Dickson Vs. El Reino Unido*, no. 44362/04, 4 de diciembre de 2007.
- Sentencia recaída sobre el Expediente del Caso *Labasse Vs. Francia*, no. 65941/11, 26 de setiembre de 2014.
- Sentencia recaída sobre el Expediente del Caso *Mennesson Vs. Francia*, no. 65192/11, 26 de setiembre de 2014.
- Sentencia recaída sobre el Expediente del caso *Peck Vs. El Reino Unido*, no. 44647/98, 28 de enero de 2003.
- Sentencia recaída sobre el Expediente del caso *Pretty Vs. El Reino Unido*, 29 de abril de 2002.

Casos de la Corte Constitucional Colombiana

- Sentencia recaída sobre el Expediente T-260/12.
- Sentencia recaída sobre el Expediente T-732/09.
- Sentencia recaída sobre el Expediente T-968/09.





PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

PREÁMBULO:

La Constitución consagra que la defensa de la persona y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; en consecuencia, debe entenderse que toda persona es sujeto de protección por nuestro ordenamiento jurídico, la cual inicia en su concepción y se extiende durante toda su vida; pero, adelantándose a ello, tenemos que la concepción es una consecuencia de la procreación, entendida como el acto en el cual se unen las células sexuales que permiten el inicio y desarrollo de la vida humana. Este proceso biológico reviste gran importancia para el ámbito jurídico, tal es el caso que, desde la época de Roma se reconocieron dos presunciones a su favor que se mantienen vigentes hasta nuestros días, *pater is* y *mater semper certa est*.

Por otro lado, si bien la procreación responde a una función humana, debemos tener en consideración que, no por ello todos los seres humanos pueden procrear; por cuanto existen casos donde una persona presenta dificultades o imposibilidad para llevar a cabo tal fin. Hace unas décadas, sólo existían dos opciones para personas que enfrentaran estas circunstancias, la adopción o la negación a tener prole; por tal motivo, la ciencia desarrolló, aproximadamente, en la década de los setenta, un procedimiento que representaba la solución a tal circunstancia, la cual fue denominada Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), a través de las cuales las personas, que se encontraban en los supuestos anteriormente señalados, podían acceder a su sueño de ser padres, gracias al empleo de la ciencia en beneficio de los humanos.

Como consecuencia del éxito de las TRA, se fueron desarrollando una serie de métodos, cuya aplicación dependía del caso para el cual eran empleadas; siendo una de las más resaltantes la maternidad subrogada, a razón que su puesta en práctica implicaba una variación completa del esquema de procreación, ya que en ella no sólo interviene la pareja de futuros padres, sino también una mujer extraña a esa relación que tendrá la importante labor de la gestación del embrión para luego entregar al nacido a sus padres genéticos, lo cual generó todo tipo de reacciones en la sociedad.

Es por ello que, resulta necesario esclarecer el escenario jurídico al cual se debe enfrentar, especialmente, esta técnica de reproducción asistida; más aún si en nuestro ordenamiento legal no existe mayor regulación respecto a las TRA y, a nivel internacional no puede encontrarse una posición uniforme al respecto.

I. **ENUNCIADO:**

“¿Problema o solución? La respuesta a la Maternidad Subrogada en el Perú”

II. **DEFINICIÓN Y DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA:**

La Técnicas de Reproducción Asistida no conllevan, exclusivamente, la aplicación de conocimientos médicos, sino también de orden legal; a razón que su práctica implica, necesariamente, la configuración de supuestos que son relevantes para el Derecho, por ello la ausencia de regulación jurídica respecto de ellas genera gran incertidumbre, a lo cual debemos sumar la falta de uniformidad en la jurisprudencia a nivel internacional y la constante discusión existente en la doctrina.

La problemática relacionada a las TRA nace como una consecuencia lógica a los temas sensibles que son tocados por la aplicación de éstas. Específicamente, cuando hablamos de Maternidad Subrogada podemos apreciar que no consiste solamente en un tratamiento de infertilidad, sino también en un tema de vínculos genéticos, legales y, más importantes aún, paterno-filiales.

Entonces, existe un tema en discusión ¿La maternidad subrogada tiene amparo constitucional? La respuesta a esta interrogante requiere de un análisis a diversos tópicos, tales como el contenido del derecho a ser padres, la autodeterminación reproductiva, el respeto a la dignidad humana, la cesión del menor a sus padres genéticos, entre otros que, en suma, deben permitirnos arribar a una conclusión.

Por consiguiente, hasta ahora sólo podemos afirmar que la práctica de TRA es una realidad en nuestro país y en el mundo, a su vez, la maternidad subrogada no es ajena a ello; por tal razón y, en aras de otorgar protección a los menores nacidos bajo el empleo de estos métodos, así como a quienes se someten a dichos tratamientos, es que se hace necesario estudiar desde una perspectiva jurídica este problema.

III. **MARCO CONCEPTUAL:**

Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)

- 1.- Todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación, tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo.¹
- 2.- Tratamiento terapéutico para enfrentar y solucionar el problema de la infertilidad.²
- 3.- Procedimiento caracterizado porque la fecundación se hace de manera extracorpórea (in vitro) y posteriormente se lleva a cabo la transferencia del embrión al útero de la mujer.³

Manipulación Genética

- 1.- Es aquel procedimiento que intenta modificar o alterar el patrimonio genético de un ser viviente, sea en su integridad como en sus sustancias o componentes.⁴
- 2.- La manipulación genética consiste en cualquier tipo de intervención en el patrimonio genético de un individuo.⁵
- 3.- Modificación de caracteres naturales del patrimonio genético y, por tanto, de creación de nuevos genotipos, a través del conjunto de las técnicas de transferencia de un específico segmento de ADN que contenga una particular información genética.⁶

Maternidad Subrogada

¹ F. Zegers-Hochschild, et. Alt. (2010) GLOSARIO DE TERMINOLOGÍA EN TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (TRA) Organización Mundial de la Salud. Traducido y publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción asistida (página web consultada el 07/06/2013) [disponible en: www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf]

² Turner Saelzer, Susan, et. Alt. (2000) TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA: UNA PERSPECTIVA DESDE LOS INTERESES DEL HIJO, Revista de Derecho Valdivia, Vol. 11, ISSN 0718-0950 (página web consultada el 07/06/2013) [disponible en: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502000000100002&lng=es&nrm=0iso]

³ Bernal Camargo, Diana Rocío (2009) TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, MATERNIDAD SUBROGADA Y DERECHO DE FAMILIA, Revista Republicana, N° 6, ISSN 1909-4450 (página web consultada el 07/06/2013) [disponible en: revista.urepublicana.edu.co/wp_content/uploads/2012/06/1-TECNICAS-DE-DIANA.pdf]

⁴ Varsi Rospigliosi, Enrique (2001) DERECHO GENÉTICO, Editorial Grijley, Cuarta Edición, Lima – Perú.

⁵ Naranjo Ramirez, Gloria Patricia (2006) IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LA INVESTIGACIÓN EN GENÉTICA HUMANA, Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Vol. 36, N° 105, Medellín – Colombia, ISSN 0120-3886 (página web consultada el 07/06/2013) [disponible en: www.upb.edu.co/pes/portal/docs/PAGE/GP_NOTICIAS/PG_NOTI_ARCHIVOS/genetica.pdf]

⁶ Barreiro, Agustín Jorge (1999) LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA EN SENTIDO ESTRICTO, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 52, Fasc/Mes 1-3, ISSN 0210-3001 (página web consultada el 08/06/2013) [disponible en: dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=298221]

- 1.- Acuerdo por medio del cual una mujer acepta quedar embarazada mediante un procedimiento de inseminación artificial, para que luego, una vez que se produzca el nacimiento del bebé, lo entregue al donante del espermatozoides y su esposa, renunciando para ello a los derechos que la ley le confiera sobre el recién nacido y en contraprestación, por regla general, el pago de una compensación, generalmente consistente en una suma de dinero.⁷
- 2.- Práctica mediante la cual una mujer gesta a un niño mediando un pacto o compromiso, por el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra persona que asumirá la paternidad o maternidad del mismo.⁸
- 3.- La sustitución del estado o calidad de madre, dándosele aquí a madre la connotación de mujer de quien procede el óvulo o mujer gestante.⁹

IV. MARCO TEÓRICO:

A nivel nacional, encontramos que se han desarrollado los siguientes trabajos de investigación, primeramente, Ricardo Rene Montoya Bornas, en el año 2005 presenta la tesis “Consecuencias jurídicas de las técnicas de reproducción humana asistida en la ciudad de Arequipa a la luz de la legislación actual en el Perú, 2004”, concluyendo que el vacío legal existente en nuestro país se debe a la fuerte influencia de argumentos religiosos y moralistas que impiden el desarrollo de una normatividad basada en argumentos científicos y éticos; de igual manera resalta que el niño nacido por la aplicación de cualquier TRA debe gozar de los mismos derechos que aquellos que nacen por vía natural, así como su filiación deberá corresponder a los padres genéticos, a razón que su patrimonio genético proviene de ellos. Por otro lado, Fernando Javier Deza Medina, en el año 2006 desarrolla la tesis “Alcances Éticos Jurídicos De La Crioconservación De Embriones Producto De Las Técnicas De Reproducción Humana Asistida (TERAS)”, en la cual aborda conclusiones como que en nuestro país, pese a que se vienen aplicando TERAS, no existe la mínima regulación respecto de la crioconservación de embriones, por lo tanto estaría dejándose desprotegido el derecho a la vida y a la dignidad del existe la probabilidad

⁷ Rodríguez-Yong, Camilo A. y Martínez Muñoz, Karol Ximena (2012) EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA: LA EXPERIENCIA ESTADOUNIDENSE, Revista de Derecho Valdivia, Vol. XXV, N° 2, ISSN 0718-0950 (página web consultada el 08/06/2013) [disponible en: scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-095020120002000038&script=sci_arttext]

⁸ Souto Galvan, Beatriz (2006) DILEMAS ÉTICOS SOBRE LA REPRODUCCIÓN HUMANA: LA GESTACIÓN DE SUSTITUCIÓN, Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante, N° 8, Diciembre – 2006, ISSN 1696-8166 (página web consultada 08/06/2013) [disponible en: dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2392445]

⁹ Bernal Camargo, Diana Rocío, op. Cit.

de producir embriones supernumerarios para fines de investigación y manipulación que no siempre devengan en beneficio de los mismos. Finalmente, Consuelo Cecilia Aquize Diaz, en el año 2007, presenta la tesis “Consecuencias jurídicas sociales y éticas de la fecundación asistida en el Perú, 2004”, en la cual nos afirma que la legislación peruana actual sólo trata el tema de TERAS muy superficialmente, puesto que sólo indica como único requisito para acceder a ellas que recaigan en una misma persona las condiciones de madre genética y madre gestante; por otro lado, pone en evidencia que, debido a que el Código Civil sigue la Teoría de la Anidación, se reputa sujeto de derechos al embrión desde el momento en que se aloja en el útero materno, mas no desde la fecundación, en consecuencia, estaría desprotegiéndose completamente a los embriones producto de fecundación extrauterina; de igual manera, realiza una crítica al Código Civil y a la Ley General de Salud, a razón que esta última permite que la mujer casada pueda acceder a estas técnicas sin exigir el consentimiento del marido, y consecuentemente, por la presunción de pater is, se presume que el hijo matrimonial es del esposo; finalmente demuestra su preocupación por la inexistencia de regulación respecto de la fecundación post mortem, haciendo hincapié en las dificultades que esto podría configurar en campos como el derecho sucesorio.

A nivel internacional, tenemos que en Chile, Aldo Massoni Morales, en el año 2004, realizó la investigación titulada “El derecho de identidad de las personas concebidas mediante técnicas de reproducción asistida”, donde analiza la procedencia de una acción para conocer el origen biológico por parte de personas nacidas mediante la aplicación de TERAS. Por su parte, Carolina Paz Loyola Hidalgo y Giannina Marcela Venipu Vidal, en el año 2011, desarrollan la tesis “Fertilización humana asistida: análisis desde la perspectiva de los derechos humanos involucrados”, en la cual analizan cómo se ven afectados los derechos a la vida, a la igualdad, a la identidad, sexuales y reproductivos y del niño por la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida. En el ámbito español, tenemos que María Itziar Alkorta Idiakez, en el año 2001 presenta el trabajo de investigación “El tratamiento jurídico de la reproducción asistida: técnicas, finalidades y usuarios” donde aborda conclusiones respecto a qué TERAS podrían ser aplicadas, cuál debería ser el destino de su aplicación, así como quiénes podrían verse beneficiados por las mismas; asimismo resalta la finalidad de las TERAS por combatir la infertilidad, así como para evitar la transmisión de enfermedades hereditarias al nacido. Por otro lado, tenemos a M. Cruz Díaz de Terán Velasco, que en el año 2002 presenta la tesis “Derecho y nueva

eugenesia: un estudio desde la Ley 35/88 de Técnicas de Reproducción Asistida”, donde concluye que el diagnóstico preimplantario, es considerado un medio de eugenesia, teniendo en consideración que ejemplifica una idea errónea de prevención y diagnóstico, a razón que propone la eliminación del enfermo para evitar la enfermedad, lo cual no es considerado como un remedio eficaz, asimismo, señala que supone una violación al derecho a la no discriminación, puesto que el embrión in vitro es seleccionado previamente para determinar su aptitud para ser implantado, lo cual no se aprecia en la naturaleza del embrión in vivo.

V. **METODOLOGÍA:**

1) **Objetivos.-**

• **Objetivo General**

- *Determinar si la maternidad subrogada tiene amparo a nivel constitucional.*

• **Objetivos Específicos**

- *Identificar la regulación existente respecto de las TRA en el Perú.*
- *Establecer la naturaleza y alcances de los acuerdos de maternidad subrogada.*
- *Contrastar las disposiciones normativas de Perú y España en lo referido a las TRA.*
- *Precisar el contenido y alcances del derecho a ser padres y a la autodeterminación reproductiva.*
- *Determinar la necesidad de regulación de las TRA, en especial de la maternidad subrogada, en el derecho peruano.*

2) **Justificación.-**

Primeramente, la ausencia de normatividad respecto a las TRA en nuestro país genera que su aplicación sea totalmente libre, lo cual no es objetable, siempre que no vulnere los derechos de la persona u otros bienes jurídicamente protegidos por el ordenamiento legal, pero ello no puede traducirse en inexistencia de conflictos, en otras palabras, la libertad para acceder a tales tratamientos no conlleva que todos los intervinientes no enfrenten problemas relacionados a su aplicación, más

aún si estas técnicas constituyen una fuente generadora de supuestos que requieren de urgente atención jurídica.

En efecto, dentro de las TRA, encontramos que la maternidad subrogada (mediante la cual los padres genéticos encargan la gestación del embrión a una tercera persona, en este caso, necesariamente mujer, debido a su potencialidad de desarrollar en su vientre al nasciturus, para que, posteriormente, una vez que alumbre al bebé, éste sea entregado a sus padres genéticos) es un proceso que, por simple que parezca, resulta controversial, por cuanto ha dividido a la doctrina en dos posturas, la primera se opone a su aplicación alegando su similitud con el tráfico y la trata de menores, además de la explotación económica de la mujer, lo cual arriba en un conflicto entre la aplicación de esta TRA y la dignidad humana; la segunda admite esta práctica justificándola con el ejercicio de las mujeres de su derecho a la autodeterminación reproductiva, a lo cual añaden que no puede llamarse contraprestación a cualquier suma de dinero que reciban, sino indemnización por el gasto producido por la gestación y por el riesgo derivado de la misma; de igual manera, analizan la figura desde la óptica de los actos de disposición del cuerpo por un fin altruista, en el cual no puede mediar un fin económico; sino el espíritu de ayudar a otros a ser padres.

Pero, más allá de la discusión sobre la validez de estos acuerdos, es necesario realizar una investigación sobre otras figuras jurídicas que aparecen con ocasión de la aplicación de la maternidad subrogada, tales como la cesión de los derechos que, como madre gestante, le corresponden sobre el nacido a favor de los padres genéticos; cabe discutir sobre el derecho del niño a conocer su origen genético; además de la situación que se genera cuando la madre gestante rehúsa entregar al menor a sus padres; de otro lado, es oportuno mencionar que los padres recurren a las TRA para cumplir un deseo o anhelo que conforma su proyecto personal; que, en esencia, se interpreta como el ejercicio a su derecho a la libre determinación de la personalidad, por lo tanto es necesario establecer si ello puede llegar a contravenir, eventualmente, a la propia dignidad humana.

La producción a nivel doctrinario permite esbozar las posturas adoptadas por distintos ordenamientos jurídicos, así como la producción jurisprudencial, a pesar de ser reducida, permite dilucidar los criterios que han tomado en cuenta los órganos jurisdiccionales; por consiguiente, en base a ello puede realizarse una investigación que permita resolver las interrogantes planteadas.

3) **Técnicas e Instrumentos**

- Observación Documental
 - Ficha de Registro
 - Ficha de Resumen

4) **Unidades de Estudio**

Doctrina

- Barreiro, Agustín Jorge (1999) LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA EN SENTIDO ESTRICTO, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 52, Fasc/Mes 1-3, ISSN 0210-3001
- Bernal Camargo, Diana Rocío (2009) TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, MATERNIDAD SUBROGADA Y DERECHO DE FAMILIA, Revista Republicana, N° 6, ISSN 1909-4450
- Naranjo Ramirez, Gloria Patricia (2006) IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LA INVESTIGACIÓN EN GENÉTICA HUMANA, Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Vol. 36, N° 105, Medellín – Colombia, ISSN 0120-3886
- Rodríguez-Yong, Camilo A. y Martínez Muñoz, Karol Ximena (2012) EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA: LA EXPERIENCIA ESTADOUNIDENSE, Revista de Derecho Valdivia, Vol. XXV, N° 2, ISSN 0718-0950
- Souto Galvan, Beatriz (2006) DILEMAS ÉTICOS SOBRE LA REPRODUCCIÓN HUMANA: LA GESTACIÓN DE SUSTITUCIÓN, Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante, N° 8, Diciembre – 2006, ISSN 1696-8166
- Turner Saelzer, Susan, et. Alt. (2000) TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA: UNA PERSPECTIVA DESDE LOS INTERESES DEL HIJO, Revista de Derecho Valdivia, Vol. 11, ISSN 0718-0950
- Varsi Rospigliosi, Enrique (2001) DERECHO GENÉTICO, Editorial Grijley, Cuarta Edición, Lima – Perú.

VI. **BIBLIOGRAFÍA:**

- **Libros**
 - Varsi Rospigliosi, Enrique (2001) DERECHO GENÉTICO, Editorial Grijley, Cuarta Edición, Lima – Perú.

- **Hemerografía**
 - Montoya Bornas, Ricardo Rene (2005) Tesis para obtener el grado de Abogado, CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA EN LA CIUDAD DE AREQUIPA A LA LUZ DE LA LEGISLACION ACTUAL EN EL PERU, 2004; Universidad Católica de Santa María, Arequipa – Perú.
 - Deza Medina, Fernando Javier (2006) Tesis para obtener el grado de Abogado, ALCANCES ETICOS JURIDICOS DE LA CRIOCONSERVACION DE EMBRIONES PRODUCTO DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA (TERAS), Universidad Católica de Santa María, Arequipa – Perú.
 - Aquize Diaz, Consuelo Cecilia (2007) Tesis para obtener el grado de Abogado, CONSECUENCIAS JURIDICAS SOCIALES Y ETICAS DE LA FECUNDACION ASISTIDA EN EL PERU, 2004, Universidad Católica de Santa María, Arequipa – Perú.
 - Massoni Morales, Aldo (2004) Tesis, EL DERECHO DE IDENTIDAD DE LAS PERSONAS CONCEBIDAS MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, Universidad de Chile [disponible en: http://www.tesis.uchile.cl/tesis/2004/massoni_a/html/index-frames.html]
 - Loyola Hidalgo, Carolina Paz y Venipu Vidal, Giannina Marcela (2011) Tesis, FERTILIZACIÓN HUMANA ASISTIDA: ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS INVOLUCRADOS, Universidad de Chile [disponible en: <http://tesis.uchile.cl/handle/2250/110995>]

- **Internet**
 - Barreiro, Agustín Jorge (1999) LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA EN SENTIDO ESTRICTO, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 52, Fasc/Mes 1-3, ISSN 0210-3001 (página web consultada el 08/06/2013) [disponible en: dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=298221]
 - Bernal Camargo, Diana Rocío (2009) TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, MATERNIDAD SUBROGADA Y DERECHO DE FAMILIA, Revista Republicana, N° 6, ISSN 1909-4450 (página web consultada el 07/06/2013) [disponible en: revista.urepublicana.edu.co/wp_content/uploads/2012/06/1-TECNICAS-DE-DIANA.pdf]
 - F. Zegers-Hochschild, et. Alt. (2010) GLOSARIO DE TERMINOLOGÍA EN TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (TRA) Organización Mundial de la Salud. Traducido y publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción asistida (página web consultada el 07/06/2013)

- [disponible en:
www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf]
- Naranjo Ramirez, Gloria Patricia (2006) IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LA INVESTIGACIÓN EN GENÉTICA HUMANA, Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Vol. 36, N° 105, Medellín – Colombia, ISSN 0120-3886 (página web consultada el 07/06/2013) [disponible en: www.upb.edu.co/pes/portal/docs/PAGE/GP_NOTICIAS/PG_NOTI_ARCHIVOS/genetica.pdf]
 - Rodríguez-Yong, Camilo A. y Martínez Muñoz, Karol Ximena (2012) EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA: LA EXPERIENCIA ESTADOUNIDENSE, Revista de Derecho Valdivia, Vol. XXV, N° 2, ISSN 0718-0950 (página web consultada el 08/06/2013) [disponible en: scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-095020120002000038&script=sci_arttext]
 - Souto Galvan, Beatriz (2006) DILEMAS ÉTICOS SOBRE LA REPRODUCCIÓN HUMANA: LA GESTACIÓN DE SUSTITUCIÓN, Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante, N° 8, Diciembre – 2006, ISSN 1696-8166 (página web consultada el 08/06/2013) [disponible en: dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2392445]
 - Turner Saelzer, Susan, et. Alt. (2000) TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA: UNA PERSPECTIVA DESDE LOS INTERESES DEL HIJO, Revista de Derecho Valdivia, Vol. 11, ISSN 0718-0950 (página web consultada el 07/06/2013) [disponible en: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-0950200000100002&lng=es&nrm=0iso]



SENTENCIA
CAS. Nº 563-2011
LIMA

Lima, seis de diciembre de dos mil once.-

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

1. MATERIA DEL RECURSO:

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

2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

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

3. CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que, la adopción es aquella institución por la cual el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea, siendo requisito que el adoptante goce de solvencia moral, que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar, que concurra el asentimiento de su cónyuge, que

SENTENCIA
CAS. Nº 563-2011
LIMA

asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela; y encontrándonos ante un proceso de adopción por excepción se requiere adicionalmente que el adoptante posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción, conforme a lo establecido en el inciso “b” del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes, sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente (como si ocurre en los otros casos regulados en el mismo Código).-----

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

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

SENTENCIA
CAS. Nº 563-2011
LIMA

Palomino Quicaño, hermano de la co demandante Dina Felicita Palomino Quicaño, por lo que invocan el supuesto normativo a que se contrae el inciso “b)” del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes. Agregan, que a la niña la tienen en su poder desde el dos de enero de dos mil siete, fecha en que los padres biológicos la entregaron provisionalmente. **ii)** los demandados **contestan** la demanda a fojas ciento veintidós y ciento treinta y dos, precisando que se allanan y reconocen la demanda en lo términos que allí constan; **iii)** tramitado el proceso conforme a su naturaleza, el juez expidió **sentencia** declarando fundada la demanda, sustentada en los siguientes argumentos: **a)** con el acta de nacimiento de fojas veintiuno se encontraba acreditado el nacimiento de la niña Vittoria Palomino Castro, siendo su madre biológica dona Isabel Zenaida Castro Munoz, figurando como padre biológico don Paúl Frank Palomino Cordero, habiendo sido reconocida por ambos emplazados, motivo por el cual dicha partida es medio probatorio de la filiación conforme al artículo 387 del Código Civil; **b)** que, si bien es cierto, de los resultados de la prueba de ADN de fojas mil treinta seis se desprende que el demandado Paúl Frank Palomino Cordero no es padre biológico de la menor, sino el propio demandante Giovanni Sansone, lo es también que el acta de nacimiento de la menor que obra a fojas veintiuno, constituye documento público que mantiene su eficacia jurídica al no haberse presentado en autos sentencia judicial firme que declare su nulidad, en virtud de lo dispuesto por el artículo 58 de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – Ley 26497, que establece que *“las constancias de inscripción emitidas por el Registro Nacional de Identificación y estado civil, serán consideradas instrumentos públicos y probarán fehacientemente los hechos a que se refieran, salvo que se declare judicialmente su nulidad de dicho documento”*; **c)** que, mediante escritos de fojas doscientos veintiuno, doscientos cincuenta y cuatro, doscientos setenta y uno y trescientos catorce la codemandada Isabel Zenaida Castro Muñoz se desiste del proceso de adopción, sin embargo éste se tuvo por no presentado pues luego que fue requerida por el Juzgado a fin que precise el acto procesal materia de desistimiento, realizó subsanación

SENTENCIA
CAS. Nº 563-2011
LIMA

defectuosa, resolución que no fue impugnada oportunamente; **e)** no obstante ante la duda del asentimiento o no de la madre biológica, se tuvo en cuenta el principio del Interés Superior del Niño y el respeto de sus derechos, por tanto, al encontrarse en oposición el derecho de la madre de prestar su asentimiento en un proceso de adopción y el derecho de la niña a tener una familia, y, por ende, continuar siendo parte de la que conforma desde su nacimiento con los demandantes, consideró que debía preferirse el derecho de esta última a tener una familia, cuya salud física, solvencia moral de los pre adoptantes, estaba acreditada; **iv)** la Sala Superior **confirmó la sentencia** que declaró fundada la demanda, mediante sentencia de fecha treinta de noviembre del año dos mil diez, sustentándola en los siguientes argumentos: **a)** que, los demandados Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz figuran formal y legalmente como progenitores de la niña Vittoria Palomino Castro y ellos voluntariamente la entregaron a los pre-adoptantes a los días de nacida, renunciando y desentendiéndose de este modo y por completo de las responsabilidades que como madre y padre tenían con su hija; **b)** ha quedado demostrado con los informes sociales y psicológicos que la niña se encuentra plenamente identificada con el entorno familiar constituido por los pre -adoptantes, al vivir con ellos desde los primeros días de su existencia; **c)** que, si bien mediante la prueba de ADN se ha establecido que el progenitor de la niña es el demandante Giovanni Sansone, confluyendo en su persona una doble calidad como padre biológico y como pre -adoptante, no es menos cierto que por esta vía o por acción posterior el reconocimiento de su situación legal de padre será resuelta a su favor, por lo que no existe razón alguna para mantener en la incertidumbre la existencia de dicha relación paterno filial, y, por ende, impedir que la niña goce de la filiación paterna a que tiene derecho y cuya naturaleza u origen no podrá ser mencionada en documento alguno; **d)** se señala que la madre biológica en total acuerdo con su conviviente, procreó a la niña, aceptando ser inseminada artificialmente por persona distinta a su pareja por el vínculo que existía y con la intención de mejorar su situación para viajar a Italia con su familia, lo que dista de la lógica de una maternidad

SENTENCIA
CAS. Nº 563-2011
LIMA

responsable respecto del hijo que iba a engendrar, lo que revela en los demandados su intencionalidad en la concepción de un ser humano con fines distintos a la maternidad o paternidad, razón por la cual el Colegiado se aparta de la previsión legal contenida en el artículo 378 inciso 5) del Código Civil referente al asentimiento de los padres para la adopción, privilegiándose el derecho fundamental de la niña a permanecer con la familia que le ha brindado protección, atención y cariño frente al derecho de la patria potestad de un padre y una madre que desde su concepción y posterior nacimiento actuaron desvalorizando la condición humana de la niña.-----

CUARTO.- Que, la recurrente en su agravio denuncia: **i) la infracción normativa sustantiva del artículo 115 del Código de los Niños y Adolescentes**¹; precisando que no procede la adopción, ya que el padre biológico de la menor, Giovanni Sansone, sabe que solicitó la reproducción asistida en la Clínica Miraflores, que la niña Vittoria Palomino Castro es su hija biológica y legal, por tanto no procede esta figura de la adopción entre padres biológicos; **ii) la infracción normativa sustantiva del artículo 128 inciso b del Código de los Niños y Adolescentes**²; sosteniendo que se afirma que la accionante, es tía del padre demandado, y por ende, también pariente de la niña a ser adoptada, sin embargo la presunta tía demandante Dina Felicitas Palomino Quicaño, no guarda ningún parentesco consanguíneo o de afinidad con Vittoria Palomino Castro, al no ser Paúl Frank Palomino Cordero su verdadero padre, esto es, no ser su padre biológico; por lo que, al no tener Dina Felicitas Palomino Quicaño,

¹ **Artículo 115.- Concepto.-**

La Adopción es una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

² **Artículo 128.- Excepciones.-**

En vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción ante el Juez especializado, inclusive sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente, los peticionarios siguientes:

(...) b) El que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción; y
(...)

SENTENCIA
CAS. Nº 563-2011
LIMA

ningún parentesco con la menor, no puede darse la demanda de adopción por excepción; **iii) la infracción normativa sustantiva del artículo 378 inciso 1) y 5) del Código Civil**³; arguye que para que proceda la adopción se requiere que los adoptantes gocen de solvencia moral y que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad; sin embargo los pre- adoptantes no gozan de solvencia moral para adoptar a su menor hija, pues a lo largo del proceso han mentido no solo al juzgador sino a los recurrentes, a fin de engañarlos y quedarse con su hija. Hechos que no han sido tomados en cuenta al momento de sentenciar; **y iv) la infracción normativa sustantiva del artículo 381 del Código Civil**⁴; sustentan que si no fuera porque los recurrentes en las audiencias de autos, manifestaron que Giovanni Sansone era el padre biológico de la menor Vittoria Palomino Castro, nunca se hubiera sabido la verdad, por tanto, siempre se han conducido con la verdad al contrario de los demandantes quienes los engañaron y estafaron a los jueces a fin de tener un derecho que no les corresponde.-----

QUINTO.- Que, al respecto se debe precisar previamente que, encontrándonos ante un proceso en el que se encuentran involucrados derechos fundamentales de una niña, corresponde aplicar el derecho bajo estricta sujeción del Interés Superior del Niño y el Adolescente, consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, según el cual *“En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.”*,

³ **Artículo 378.- Para la adopción se requiere:**

1.- Que el adoptante goce de solvencia moral.

(...)

5.- Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela.

(...)

⁴ **Artículo 381.-** La adopción no puede hacerse bajo modalidad alguna.

SENTENCIA
CAS. Nº 563-2011
LIMA

principio que guarda relación con la Constitución Política del Perú que asumiendo el principio protector del niño y del adolescente ha señalado en su artículo 4 que *la comunidad y el estado protegen especialmente al niño y al adolescente*; asimismo se encuentra consagrado en la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos de las que somos Estado parte; y cuenta con legislación supranacional que regula los derechos del niño en el mismo sentido otorgándole un tratamiento especial, las que también constituyen fuente de regulación en el tratamiento de protección a los niños y adolescentes; tales como la *Declaración Universal de Derechos Humanos* que en su artículo 25 reconoce el principio de protección especial al señalar que la infancia tiene derecho a cuidados especiales; asimismo la *Declaración Americana sobre Derechos Humanos* que ha reconocido en su artículo 19 que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, la sociedad y el Estado.--

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

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

SENTENCIA
CAS. Nº 563-2011
LIMA

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

OCTAVO.- Que, bajo estas premisas y atendiendo el Interés Superior del Niño y Adolescente se encuentra acreditado que: **i)** los demandantes y los demandados, acordaron que Isabel Zenaida Castro Muñoz y Giovanni Sansone se sometían a un proceso de fecundación asistida a fin de procrear a la menor Vittoria Palomino Castro, para que luego ésta sea entregada a los demandantes, lo que se concretó; **ii)** la menor Vittoria Palomino Castro nació el veintiséis de diciembre de dos mil seis según consta en el acta de nacimiento de fojas veintiuno, donde los demandados Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz constan como padres y declarantes; **iii)** la menor Vittoria Palomino Castro fue entregada por sus padres a los pre adoptantes demandantes el cuatro de enero del año dos mil siete, cuando contaba con nueve días de vida, según consta en el acta de entrega de fojas veintidós, **iv)** la menor se encuentra bajo el cuidado de los demandantes desde el cuatro de enero de dos mil siete ininterrumpidamente; **v)** los demandados luego de haber entregado a su menor hija, manifiestan su disconformidad con el proceso de adopción iniciado, por lo que no se cumpliría con el requisito estipulado por el inciso 5) del artículo 378 del Código Civil; **vi)** el demandante Giovanni

SENTENCIA
CAS. N° 563-2011
LIMA

Sansone, según la prueba de ADN de fojas mil treinta y seis, es el padre biológico de la niña Vittoria Palomino Castro; **vii)** al no ser padre de la menor, el demandado don Paúl Frank Palomino Cordero, no existiría vínculo de parentesco consanguíneo entre la niña y la demandante Dina Felicitas Palomino Quicaño; **viii)** los demandados no cuentan con informes del equipo multidisciplinario que le sean favorables, por el contrario, tenemos que: **a)** el informe social N° 016-2008-EM-SS-AT que en sus conclusiones señala: *“los demandados integran un hogar convivencial, procrearon tres hijos, una hija cursa la educación primaria, un hijo la educación inicial y la última hija es la menor pre adoptada. Los Sres. Palomino Castro entregaron de propia voluntad a los demandantes a fin de asumir su crianza, al parecer por no contar con los recursos económicos suficientes”;* **b)** el informe psicológico N° 1567-2008-MCF-PSI practicado a la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz que en sus resultados – último párrafo – señala: *“se aprecia que la señora accedió a dar a su hija en adopción motivada en la situación crítica en que estaba atravesando, reconoce que en determinados momentos siente remordimiento porque su hija mayor se afectó por entregar a su bebe en adopción. Asimismo se aprecia que la relación afectiva que le une a su menor hija no es sólida, dado que no tiene recuerdos compartidos con ella para que la añore; por eso cuando habla de brindar a sus hijos lo mejor, sólo se refiere a sus dos hijos mayores; y c)* El contenido del Informe Psicológico N° 1568-2008-MCF-EM-PSI practicado al demandado Paúl Frank Palomino Cordero que en sus resultados – en el último párrafo – señala *“se aprecia que el señor se encuentra resignado a ceder a su hija en adopción, porque considera que no tiene otra alternativa, se reconforta al saber que la persona que la criará es su tía; vi)* Los demandantes cuentan con informes psicológico y social favorables, los mismos que fueron realizados con visitas inopinadas, según consta a fojas mil veintinueve y quinientos setenta cinco respectivamente.-----

NOVENO.- Que, corresponde analizar las infracciones denunciadas, así tenemos que la **primera y segunda causal** denunciadas carecen de sustento, dado que si bien es cierto, la adopción entre padres e hijos no corresponde, en

SENTENCIA
CAS. Nº 563-2011
LIMA

el caso de autos se debe considerar que si bien existe una prueba de ADN que acredita que el demandante Giovanni Sansone es padre biológico de la menor, es de tener en cuenta que la prueba legal de paternidad es el acta de nacimiento, en la cual el demandado Paúl Frank Palomino Cordero declara a la menor como su hija, por lo que el acta de nacimiento constituye documento público que mantiene su eficacia jurídica al no haberse presentado en autos sentencia judicial firme que declare su nulidad; no correspondiendo a este proceso de adopción determinar la paternidad de la menor. En consecuencia la menor legalmente es hija Paúl Frank Palomino Cordero y en consecuencia sí resulta ser sobrina de la demandante Dina Felicita Palomino Quicaño, reiterándose debiéndose precisar que nos es materia de pronunciamiento la paternidad de la menor.-----

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

SENTENCIA
CAS. Nº 563-2011
LIMA

económico lo que dista totalmente de los sentimientos de padres que aluden tener.-----

UNDÉCIMO.- Que, aunado a lo antes precisado se debe considerar el deplorable accionar de los demandados, pues luego de haber suscrito la demandada de adopción conjuntamente con los demandantes, precisando *“DEMANDADOS: Solo por razones formales deben ser considerados como demandados los padres biológicos Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz...”* adjuntando, entre otros documentos, el acta de entrega provisional de menor con firma legalizada ante Notario (ver folios veintidós) donde consta que los demandados entregan a la menor a los demandantes precisándose *“con el fin que a partir de la fecha la señora Dina Felicitas Palomino Quicaño y su esposo Giovanni Sansone se constituyan en los padres adoptivos de la menor Vittoria Palomino Castro”*; y luego de haber reiterado su consentimiento de dar en adopción a su menor hija, en la audiencia única de fecha veintidós de agosto del año dos mil siete (ver folios ciento cuarenta y siete) la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz, mediante escrito de fecha diecinueve de junio de dos mil ocho (ver folios doscientos veintiuno) reiterado a fojas doscientos cincuenta y cuatro, trescientos cuarenta y nueve y quinientos sesenta y dos respectivamente, precisa que hasta antes de mostrar su desacuerdo con el presente proceso, tuvo en todo momento la voluntad de dar a su hija Vittoria en adopción al ser este el "acuerdo" asumido con los accionantes; refiriendo: "(...) todos los actores en la acción de adopción habíamos efectuado hechos fraudulentos con el fin de obtener provecho en perjuicio de mi menor hija..." (fojas doscientos cincuenta y cinco), "me desisto de todos los actos procesales en los que en forma personal he manifestado mi voluntad de dar en adopción a mi menor hija Vittoria Palomino Castro a favor de los esposos Giovanni Sansone y Dina Felicitas Palomino Quincano (...) en contubernio con ellos cometí una serie de actos ilegales, sorprendiendo al Juzgado en agravio de mi menor hija" (fojas trescientos cuarenta y nueve); " (...) he manifestado, manifiesto y reitero que la presente acción de adopción-caso de excepción (...) es una acción fraudulenta,

SENTENCIA
CAS. Nº 563-2011
LIMA

originada desde antes de la misma, en un contrato verbal e irregular y manipulado por los demandantes (...) con el fin de procrear mediante inseminación asistida en mi vientre un hijo con el semen de don Giovanni Sansone (...)" (fojas quinientos sesenta y dos). Aunado a ello se tiene de las copias certificadas del proceso penal Nº 42961-2009 que obra de fojas mil setecientos cincuenta y dos a fojas mil ochocientos ochenta y ocho, se advierte **que paralelamente al proceso que nos ocupa, el veintiocho de setiembre del año dos mil nueve**, el Ministerio Público formalizó denuncia penal contra los demandados, por los delitos de Extorsión y Alteración del Estado Civil de un menor, habiéndose iniciado proceso penal mediante auto de apertura de instrucción de fecha veintiuno de octubre del dos mil nueve (ver folios mil setecientos noventa y tres), proceso en el que el hecho incriminado consiste en que, los demandados habrían planeado desde un inicio ofrecer su “vientre en alquiler” y practicarse una inseminación artificial con el semen del esposo de la denunciante Dina Felicitas Palomino Quicaño y a partir de ello habrían extorsionado a los ahora demandantes con cuantiosas sumas de dinero a fin de que la Demandada Isabel Zenaida no aborte el producto, extorsión que incluso se habría prolongado después del nacimiento de la menor que responde al nombre de Vittoria con la amenaza de frustrar la demanda de adopción que interpuso la parte agraviada (los demandantes) teniéndose que los denunciados habría recibido un total de diecinueve mil ochocientos dólares americanos; asimismo se advierte de dichas copias, que con fecha quince de abril de dos mil diez se realizó la diligencia de confrontación entre Isabel Zenaida Castro Muñoz y Dina Felicitas Palomino Quicaño de la cual trasciende que la segunda de las nombradas, entregó diversas sumas de dinero a la primera, manifestando cada una diferentes montos y motivos respecto de dichas entregas. Así, mientras la preadoptante señaló que lo hizo por cuanto la demandada la amenazó con abortar, esta última indica que recibió el dinero como ayuda económica. Igualmente, al ser preguntada Isabel Castro sobre los motivos de la inseminación, respondió: *“debo manifestar que fueron por dos*

SENTENCIA
CAS. Nº 563-2011
LIMA

*motivos, uno por el vínculo familiar que existía, así también acepté con la intención de **mejorar mi situación y viajar a Italia con mi familia**”.*-----

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

SENTENCIA
CAS. Nº 563-2011
LIMA

identifica como sus padres y arrancarla de su seno familiar a su corta edad resultaría gravemente perjudicial para su vida, además de la descalificación de los padres para ejercer su patria potestad sobre la misma, siendo además la adopción una medida de protección a la luz de los hechos detallados; por lo que en atención al Interés Superior del Niño y el Adolescente consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos de las que somos Estado parte; debe declararse infundado el recurso.-----

4.- DECISIÓN:

Por tales consideraciones expuestas y estando a la facultad conferida por artículo 397 del Código Procesal Civil; declararon:

a) INFUNDADO el recurso de casación de fojas mil novecientos noventa y siete, interpuesto por Isabel Zenaida Castro Muñoz; en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas mil ochocientos noventa dos su fecha treinta de noviembre del dos mil diez que declara fundada la demanda.

b) DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone con Isabel Zenaida Castro Muñoz y otro, sobre adopción de menor; intervino como ponente, el Juez Supremo señor Ponce De Mier.-

SS.

DE VALDIVIA CANO

HUAMANI LLAMAS

PONCE DE MIER

VINATEA MEDINA

CASTAÑEDA SERRANO

mar/igp