

**Universidad Católica de Santa María**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas**  
**Escuela Profesional de Derecho**



**“RETOS Y DESAFÍOS EN LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD  
SUBROGADA EN EL PERÚ: ANÁLISIS JURÍDICO A LA LUZ DEL  
PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”**

Tesis presentada por la Bachiller:  
**Valencia Fernández, Ana Lucia**  
para optar el Título Profesional de  
**Abogada.**

**Asesor:**

**Mg. Fernández Huaranca Julio Martín**

**Arequipa - Perú**

**2019**

DICTAMEN DE MIEMBRO DE COMISIÓN EVALUADORA

DE : PATRICIO MARCELO FAJARDO PASSANO  
Dictaminador de Comisión Académica

PARA : GABRIEL TORREBLANCA LAZO  
Decano de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas

ASUNTO: Borrador de Tesis  
"Retos y Desafíos en la regulación de la maternidad subrogada en el Perú:  
Análisis Jurídico a la Luz del Principio de Interés Superior del Niño"

FECHA : 12 DE NOVIEMBRE DE 2019

---

Procedo a emitir dictamen final en referencia al Borrador de Tesis titulado: ""Retos y Desafíos en la regulación de la maternidad subrogada en el Perú: Análisis Jurídico a la Luz del Principio de Interés Superior del Niño", de la autoría de la bachiller en Derecho Srta. ANA LUCIA VALENCIA FERNÁNDEZ.

Al respecto, indico lo siguiente:

**PRIMERO:**

Se ha efectuado del Borrador de Tesis conforme al artículo 12 del Reglamento de Grados y Títulos de nuestra Facultad. En tal sentido, se ha observado la comprobación de la hipótesis planteada, toda vez que, de acuerdo al desarrollo de toda la investigación propuesta se determinó que la ausencia de un marco regulatorio de la maternidad subrogada en el Perú, genera situaciones de riesgo para las mujeres gestantes y para los niños por nacer, colocándolos en situaciones de vulnerabilidad donde es muy frecuente, de acuerdo a lo demostrado en la investigación, la vulneración de derechos fundamentales.

**SEGUNDO:**

Se ha logrado cumplir con los objetivos establecidos, en la medida que, de acuerdo a las conclusiones realizadas en el presente trabajo, se evidencia que estas responden a los mismos, añadiendo además las recomendaciones pertinentes para una mayor protección dentro del territorio peruano al derecho al medio ambiente como derecho humano, tomando en consideración nuestra realidad minera.

**TERCERO:**

En cuanto a los resultados de la investigación, (i) existe concordancia entre los objetivos planteados y las conclusiones arribadas, (ii) las conclusiones responden a la investigación realizada respecto a la vulneración del principio de interés superior del niño por la ausencia de un marco regulatorio de la maternidad subrogada.

Siendo ello así, y tomando en consideración lo anteriormente señalado, considero que el Borrador de Tesis se encuentra APTO para sustentación oral.

Atentamente:



---

Patricio Marcelo Fajardo Passano

DICTAMEN DE MIEMBRO DE COMISIÓN EVALUADORA

**DE:** Benjamin Carrasco del Carpio – Dictaminador

**A:** Dr. Gabriel Torreblanca Lazo – Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

**REFERENCIA:** Borrador de tesis, “Retos y desafíos en la regulación de la maternidad subrogada en el Perú: Análisis Jurídico a la luz del Principio de Interés Superior del Niño”

**FECHA:** 12 de noviembre de 2019

---

En relación al asunto de la Referencia emito dictamen sobre el borrador de tesis presentado, indicando:

1. La hipótesis: “Dado que la maternidad subrogada presupone la realización de un contrato previo al nacimiento de un niño para que sea separado de la madre gestante y entregado a los padres comitentes, así como el pago de una remuneración por el alquiler del vientre y aún cuando es altruista es necesaria una compensación que muy fácilmente puede encubrir una remuneración, es probable que está práctica incrementa la alarmante cifra de tráfico y venta de niños en el Perú y en el extranjero, asimismo, es probable también que se esté vulnerando el principio de interés superior del niño, el principio de no instrumentalización de la mujer y el derecho a la dignidad contenido en el artículo 1° de la Constitución Política del Perú” ha sido comprobada.
2. Los objetivos se han cumplido satisfactoriamente.
3. En lo que toca a los resultados del trabajo, estos guardan una adecuada concordancia con los objetivos.

Atentamente,



Benjamín Carrasco del Carpio  
Dictaminador

*“Para derrotar al mal en el mundo debemos  
superarlo primero en nosotros mismos.”*

***C.S. LEWIS***

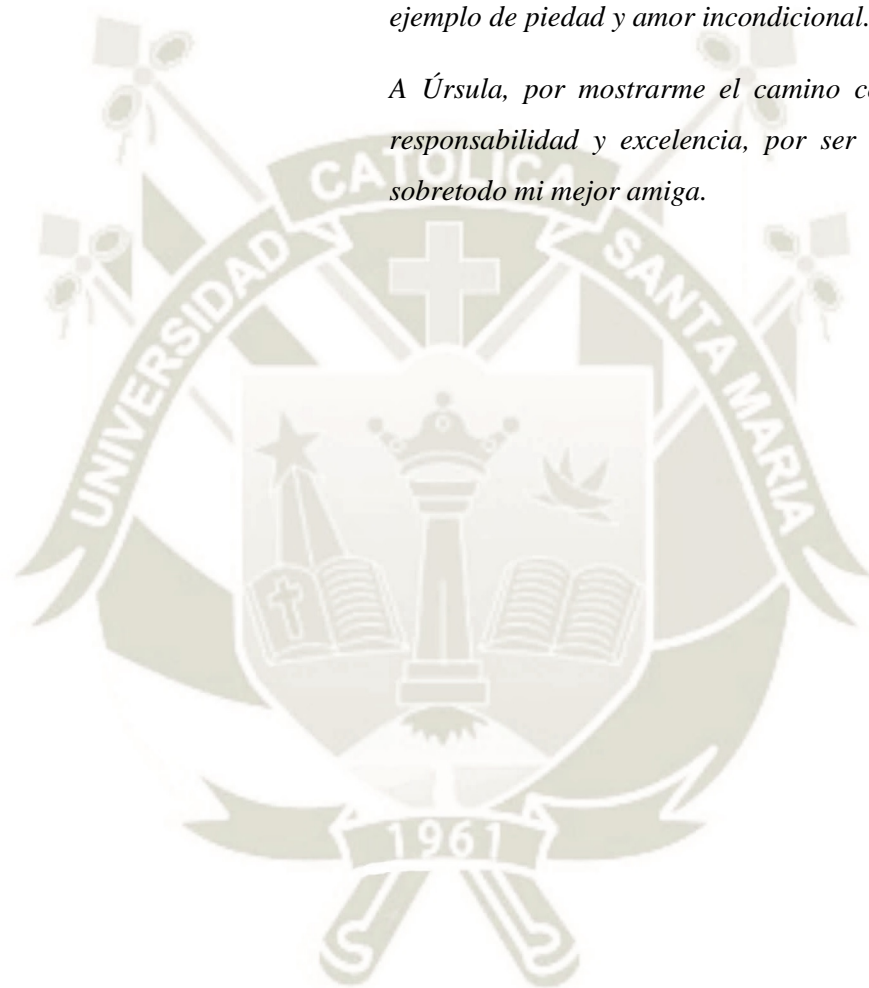


## Dedicatoria

*A mi padre por ser mi mayor referente en la búsqueda de la justicia, por su ejemplo de servicio hacia los demás y sacrificio durante toda mi vida.*

*A mi madre, el incansable pilar de mi vida que nunca se rindió y se convirtió en mi mayor motivación, por su ejemplo de piedad y amor incondicional.*

*A Úrsula, por mostrarme el camino con su ejemplo de responsabilidad y excelencia, por ser mi hermana pero sobretodo mi mejor amiga.*



## Resumen

La presente investigación tiene como finalidad proporcionar al lector un panorama completo sobre la maternidad subrogada y los principales problemas que ha presentado a partir de la experiencia internacional, a fin de que pueda identificar, de acuerdo a nuestra coyuntura nacional, los principales retos y desafíos para su regulación.

La investigación está dividida en cinco capítulos, de los cuales el primero establece las bases teóricas de esta práctica. El segundo capítulo presenta las principales cuestiones bioéticas entorno a la maternidad subrogada, así como la relación entre los principios de la bioética y los principios/derechos constitucionales.

El tercer capítulo, se subdivide en dos partes, la primera, analiza la vulneración de los derechos de la mujer y la segunda analiza la vulneración de los derechos de los niños nacidos por estos acuerdos. El cuarto capítulo, estudia la situación normativa de la maternidad subrogada en el Perú a través del análisis de la legislación vigente, iniciativas legislativas y los principales precedentes judiciales que han servido para establecer jurisprudencia que justifica su práctica. El capítulo cinco presenta un análisis pormenorizado de la experiencia legislativa internacional de esta práctica a partir de las exhaustivas investigaciones que han realizado otros países y los resultados obtenidos. También se han considerado los pronunciamientos de los principales organismos internacionales sobre la materia.

El trabajo finaliza con conclusiones que responden a los objetivos planteados en el proyecto de investigación, y se han elaborado recomendaciones que buscan conducir al lector, y por qué no al legislador, a la adopción de un criterio debidamente informado.

## Palabras Claves

Maternidad subrogada, dignidad, bioética, interés superior del niño, explotación reproductiva, tráfico de personas, venta de niños.

## **Abstract:**

The purpose of this thesis is to provide the reader a complete overview of all the aspects and implications of surrogacy. The thesis is divided into five chapters, the first of which is dedicated to laying the theoretical basis of surrogacy. The second chapter presents the main bioethical issues surrounding surrogacy and how they relate to constitutional principles. The third chapter is the focal point of the thesis, and it is subdivided into two parts: the first part analyses the violation of women's rights as a result of surrogacy. The second part is a focused analysis of the violations of children's rights who are born as a result of these agreements. The fourth chapter presents an updated view on the normative situation of surrogacy in Peru, through an analysis of current legislation, all the legislative initiatives and a look at the key judicial pronouncements about surrogacy. Finally, chapter five presents a detailed analysis of the international experience in regulating this practice. The countries used as benchmarks to conduct the research have been chosen based on the research they have already done on this issue.

The thesis concludes with responses to the objectives set out in the proposal of this project and recommendations that seek to lead the reader, and why not the legislator, to an adoption of a criterion duly informed.

## **Key words:**

Surrogacy, dignity, bioethics, Child's best interest Principle, reproductive exploitation, human trafficking.

## Introducción

Los avances científicos en medicina reproductiva son, sin duda, de gran ayuda para las personas que los necesitan; sin embargo, el abuso o mal uso de los mismos pueden causar graves perjuicios. Las técnicas de reproducción humana asistida, se practican sin ningún tipo de supervisión o control y ello ha suscitado importantes discusiones bioéticas debido a que como resultado de su práctica se crean nuevas vidas humanas. La maternidad subrogada, por ejemplo, es un contrato que, valiéndose de las técnicas de reproducción humana asistida, genera una nueva vida humana en el útero de una tercera mujer, la mayoría de veces en situación de pobreza, que a cambio de una compensación o de manera altruista entrega al niño después de su nacimiento. Estos contratos se dan en circunstancias abusivas para las mujeres que serán las madres gestantes y para los niños por nacer, ya que no existe ningún tipo de control o regulación que limite su actuación a fin de no vulnerar los derechos de las partes más vulnerables de estos contratos.

Conocida, generalmente, como una alternativa de solución a la infertilidad o incapacidad de gestación de la mujer, esta técnica ha revolucionado el concepto de procreación humana, y evidentemente las relaciones naturales de maternidad y filiación y se ha convertido en el primer paso para disociar la gestación de la maternidad. Si bien es cierto los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos protegen el derecho a “fundar una familia” o el “respeto de la vida privada y familiar”, el aclamado de “derecho a ser padres”, que algunas personas invocan, no ha sido reconocido en ningún instrumento internacional oficial sobre derechos humanos, precisamente porque un hijo no es un bien o un servicio que el Estado deba o pueda suministrar, un hijo es un ser humano titular de derechos. Por lo tanto, aceptar la postura que defiende la validez de la maternidad subrogada en mérito al supuesto “derecho a ser padres” supone una denegación fundamental de los derechos humanos del niño y de la mujer por un derecho que no existe.

En este sentido, surge la pregunta, ¿El deseo de una persona de ser padre/madre puede ser sobrepuesto al interés superior del niño? Que a su vez también cosifica e instrumentaliza a las mujeres en situación de vulnerabilidad que participan en el procedimiento de maternidad subrogada. Evidentemente, la respuesta es negativa; sin embargo, en Perú ni siquiera existe un marco regulatorio para la maternidad subrogada, por lo que día a día se realizan decenas de estos contratos donde evidentemente el deseo de ser padres o de tener un hijo tiene mayor valor que el interés superior del niño o la dignidad de las mujeres que participan en estos

contratos, por el solo hecho de que los padres de intención pueden pagar altas sumas de dinero por la vida de un recién nacido.

Una parte de la doctrina defiende que la maternidad subrogada es una variante de la adopción; sin embargo, esta postura es un reflejo del desesperado intento de validarla, puesto que en la adopción no se realiza un contrato previo al nacimiento del niño, incluso, en la adopción no se acuerda crear una vida para que otras personas asuman la paternidad o maternidad del niño por nacer y los adoptantes siempre son evaluados antes, durante y después del proceso de adopción por las autoridades correspondientes. Mientras que en el caso de la maternidad subrogada, el único requisito es tener poder adquisitivo para no ser evaluados bajo ningún criterio ni supervisados posteriormente y así convertirse en los “dueños” de un niño o niña concebida mediante esta técnica, que en muchas oportunidades es transportada al extranjero, con ningún tipo de garantía del avenir que le espera.

Así las cosas, en los últimos años, ha existido un intenso debate sobre la regulación de la maternidad subrogada a nivel internacional frente a la inacción de los gobiernos nacionales de adoptar una postura al respecto y también por la ineficacia de las regulaciones nacionales que prohíben la realización dentro del país pero que se ven obligadas a inscribir a los niños nacidos por acuerdos de maternidad subrogada realizados en el extranjero.

Como se señaló líneas arriba, en Perú no existe una regulación clara sobre la maternidad subrogada, lamentablemente, tampoco es un tema prioritario en la agenda legislativa del Congreso y aunque las consecuencias no son tan notorias todavía, nos estamos convirtiendo en uno de los principales destinos de turismo reproductivo de personas de diferentes partes del mundo que visitan el país motivados por la falta de regulación y los bajos costos en comparación a sus países de origen, para arrendar úteros y llevarse a los niños que nacen por esta práctica sin ninguna evaluación previa, supervisión posterior y mucho menos sin ninguna obligación de informar del paradero o futuro de los niños que se van con ellos y ello es totalmente alarmante en un país donde la cifra de víctimas de trata de personas ha incrementado notablemente durante los últimos años..

En ese sentido, el presente trabajo de investigación propone plantear las bases teóricas sobre las principales cuestiones de la maternidad subrogada, a partir de la experiencia internacional.

**TABLA DE CONTENIDOS**

<b>RESUMEN</b> .....	iv
<b>ABSTRACT</b> .....	v
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	vi
<b>TABLA DE CONTENIDO</b> .....	vii
<b>MARCO TEÓRICO</b> .....	1
<b>CAPÍTULO I:</b> .....	<b>1</b>
1. Maternidad Subrogada.....	1
1.1. Concepto de Maternidad Subrogada.....	1
1.2. Historia de la Maternidad Subrogada.....	1
1.2.1. Caso de Baby M y Los Stern's contra Mary Beth Whitehead .....	3
1.2.2. Caso de James Alan Austin y el bebé Jonathan.....	6
1.3. Clasificación de Maternidad Subrogada:.....	8
1.3.1. Clasificación de maternidad subrogada de acuerdo a su dimensión económica.....	8
1.3.1.1. Maternidad Subrogada Altruista.....	8
1.3.1.2. Maternidad Subrogada Comercial.....	11
1.3.2. Clasificación de la Maternidad Subrogada de acuerdo a su composición genética.....	11
1.3.2.1. Maternidad Subrogada Gestacional.....	11
1.3.2.2. Maternidad Subrogada Tradicional.....	12
1.4. Sujetos intervinientes en la Maternidad Subrogada.....	13
1.4.1. El niño o niña producto de la gestación.....	13
1.4.2. Madre gestante.....	13
1.4.3. Padres comitentes.....	14
1.4.4. Donadores de material genético.....	14
1.4.4.1. Donadora de óvulo.....	14
1.4.4.2. Donador de esperma.....	15
1.4.5. Intermediarios o Agencias.....	16
1.5. Proceso de Maternidad Subrogada.....	17
<b>CAPÍTULO II:</b> .....	<b>19</b>
2. Cuestiones Bioéticas de la Maternidad Subrogada.....	19
2.1. Debate Bioético de la maternidad subrogada.....	19
2.2. La relación de la Bioética con el Estado Constitucional de Derecho.....	22
2.2.1. Principio de No Instrumentalización.....	23

2.2.2. Principio de Autonomía (Principio de respeto por las personas):.....	24
2.2.3. Principio de Beneficencia y No maleficencia:.....	25
2.2.4. Principio de Justicia.....	26
2.3. Contenido implícito de los principios bioéticos en los derechos fundamentales:.....	27
<b>CAPÍTULO III:.....</b>	<b>32</b>
3. Vulneración de Derechos Fundamentales en la Maternidad Subrogada.....	32
3.1. Vulneración de los derechos de la mujer.....	32
3.1.1. Explotación reproductiva de la mujer en condiciones de vulnerabilidad.....	32
3.1.2. Trata de mujeres con fines de explotación reproductiva.....	36
3.1.3. Vulneración del derecho a la salud por deficiente Consentimiento Informado de las madres gestantes.....	41
3.1.4. Vulneración a la integridad física y psicológica de la mujer gestante.....	46
3.1.4.1. Consecuencias en la salud física de la mujer gestante.....	46
3.1.4.2. Consecuencias en la salud psicológica de la mujer gestante.....	50
3.2. Vulneración al Principio de Interés Superior del Niño.....	56
3.2.1. Vulneración del derecho a la integridad física del niño concebido por maternidad subrogada.....	56
3.2.1.1. Defectos Congénitos.....	56
3.2.1.2. Problemas Perinatales.....	58
3.2.1.3. Problemas Cardiovasculares.....	59
3.2.1.4. Problemas Metabólicos y Endocrinológicos.....	60
3.2.1.5. Enfermedades Neoplásicas.....	61
3.2.1.6. Diagnóstico genético preimplantacional.....	62
3.2.1.7. Bebés medicamentos.....	63
3.2.2. Vulneración de la integridad psicológica del niño concebido por maternidad Subrogada.....	65
3.2.2.1. Cosificación del niño por ser considerado objeto de un contrato.....	65
3.2.3. Vulneración del derecho a la identidad del niño.....	67
3.2.4. Problemas para la determinación de la filiación del niño.....	70
3.2.5. Tráfico de niños como resultado de la Maternidad Subrogada.....	74
3.2.6. El papel de las Agencias Intermediarias en los acuerdos de maternidad Subrogada.....	80
3.2.7. Inseguridad jurídica del destino y futuro de los niños concebidos por maternidad subrogada.....	83

3.2.7.1. El caso de “Baby Jonathan Austin”.....	90
3.2.8. Incumplimiento de contrato de subrogación ¿Qué sucede con el niño por nacer?.....	90
3.2.8.1. Caso de Baby Gammy – Talandia.....	93
3.2.8.2. Caso de Baby Amy – Reino Unido.....	94
3.2.9. Niños apátridas como consecuencia de la Maternidad Subrogada Internacional.....	96
3.3. Alternativas médicas a la maternidad subrogada.....	99
3.3.1. Microcirugía tubárica.....	100
3.3.2. Naprotecnología:.....	100
3.3.3. Multiperforación ovárica.....	102
3.3.4. Cirugía de varicocele en el hombre.....	103
3.3.5. Miomectomía.....	104
3.3.6. Polipectomía.....	104
3.3.7. Metroplastía.....	105
<b>CAPÍTULO IV:.....</b>	<b>106</b>
4. Análisis de la normatividad y jurisprudencia nacional en maternidad subrogada.....	106
4.1. Marco normativo actual de la maternidad subrogada en el Perú.....	106
4.1.1. Ley General de Salud N° 26842.....	106
4.1.2. Proyecto de Ley N°2839/2013-CR.....	109
4.1.3. Proyecto de Ley N° 3404/2018-CR.....	111
4.1.4. Anteproyecto de Ley que regula las TERHAS y la Gestación subrogada, elaborado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.....	115
4.1.5. Informe de Investigación N° 71/2014-2015.....	122
4.1.6. Jurisprudencia Nacional en materia de maternidad subrogada.....	124
4.1.6.1. Casación N° 5003-2007-LIMA.....	124
4.1.6.2. Sentencia recaída en el Expediente N° 183515-2006-00113.....	125
4.1.6.3. Casación N° 563-2011- LIMA.....	126
4.1.6.4. Sentencia recaída en el Expediente N° 06374-2016-LIMA.....	130
<b>CAPÍTULO V:.....</b>	<b>133</b>
5. Análisis de la normatividad internacional sobre la Maternidad Subrogada.....	133
5.1. Legislación Comparada en maternidad subrogada.....	133
5.1.1 Reino Unido .....	133
5.1.1.1. Surrogacy Arrangements Act, (1985).....	133

5.1.1.2. Human Fertilisation and Embryology Act, (2008).....	134
5.1.1.3. Informe Warnock.....	136
5.1.2. Suecia.....	139
5.1.2.1. Informe Wendel Rosberg – “Diferentes Caminos a la paternidad”.....	140
5.1.3. España.....	142
5.1.3.1. Informe de la Comisión Palacios.....	143
5.1.4. India.....	143
5.1.4.1. Informe de Centre for Social Research – “Surrogate Motherhood Ethical or Commercial”.....	144
5.1.5. Camboya.....	147
5.1.6. México.....	148
5.1.6.1. Estado de Tabasco.....	149
5.1.6.2. Estado de Sinaloa.....	150
5.2. Posición de Instancias Internacionales en Derechos Humanos.....	151
5.2.1. Corte IDH.....	151
5.2.1.1. Sentencia de Artavia Murillo y Otros (Fecundación In vitro) vs Costa Rica.....	151
i) Severidad de la interferencia ocurrida en la vida privada familiar.....	152
ii) Discriminación indirecta en relación con la condición de discapacidad.....	153
iii) Discriminación indirecta en relación con el género.....	154
iv) Discriminación indirecta en relación con la situación económica.....	154
5.2.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	155
5.2.2.1. Sentencia Paradiso y Campanelli contra Italia (Gran Sala 2017) .....	156
5.2.2.2. Votos concurrentes de Jueces De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek y Dedov.....	158
5.2.3. Organización de las Naciones Unidas.....	159
5.2.3.1. Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidas la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía infantil y demás material que muestre abusos sexuales de niños.....	159
5.2.3.2. Comité de los Derechos del Niño.....	161
5.2.4. Conferencia de la Haya del Derecho Internacional Privado.....	162
5.2.4.1. Proyecto de Convención Internacional de Derecho Privado sobre Adopción Internacional.....	162
5.2.5. Unión Europea.....	163

5.2.5.1. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.....	163
5.2.5.2. Informe Anual sobre Derechos Humanos y Democracia en el Mundo 2014.....	163
5.2.5.3. Consejo de Europa.....	164
5.2.5.3.1. Informe de Sutter.....	165
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>166</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>168</b>
<b>REFERENCIAS.....</b>	<b>170</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>177</b>



## Marco teórico

### Capítulo I: “Maternidad Subrogada”

#### 1.1. Concepto de maternidad subrogada

La asistencia científica para la generación de la vida humana se da, en mayor frecuencia, a través de los siguientes métodos: a) Inseminación artificial, b) Fecundación In Vitro, y c) Maternidad subrogada, los dos primeros métodos han causado polémica pero finalmente han sido aceptados por gran parte de la sociedad; sin embargo, es el tercero de ellos que ha despertado una discusión mundial dividiendo a la opinión en dos grupos, aquellos que decididamente están en contra y aquellos, que con algunas dudas, la apoyan. En esa línea de ideas y debido al objeto del presente trabajo de investigación, analizaremos todos los aspectos de la maternidad subrogada; sin perjuicio de establecer una base teórica en relación a los otros dos métodos, que son necesarios para entender el proceso de maternidad subrogada. Habiendo dicho lo anterior, corresponde dotar de contenido a este término, así pues considero muy apropiada la definición esbozada por la Corte Constitucional de Colombia (Acción de tutela - Sarai vs Juzgado Décimo de Familia de Cali, 2009), mediante la cual se define a la maternidad subrogada de la siguiente manera:

*“El alquiler de vientre o útero, conocido también como maternidad subrogada o maternidad de sustitución, 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. (...) 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” (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T968/09, 2009).*

#### 1.2. Historia de la Maternidad Subrogada

La maternidad subrogada ha existido desde tiempos remotos en la sociedad, basta recordar la historia de Abraham y Sara en el capítulo 16 del libro de Génesis

situado en el antiguo testamento de la Biblia, Génesis (16-1:16), para reconocer que ante la imposibilidad de las mujeres para concebir, incluso en esa época, recurrían a prácticas como la maternidad subrogada. Los hechos de Génesis 16 relatan las dificultades que tenían Sara y Abraham para poder tener un hijo, por lo que Sara le propone a su esposa que tenga relaciones sexuales con una esclava llamada Agar, para que a través de ella puedan cumplir su deseo de ser padres, Génesis (16-1:16). Resulta interesante este arcaico antecedente de la maternidad subrogada, puesto que aún en aquellas épocas se puede evidenciar la desigualdad de poder de las partes que conforman este contrato o acuerdo. Por un lado tenemos a la pareja de esposos Sara y Abraham quienes no podían tener hijos pero se encontraban en una buena posición socioeconómica de tal forma que tenían esclavos, y por otro lado tenemos a Agar, quien, precisamente, era una esclava de esta pareja y también la madre subrogada elegida para gestar y alumbrar a Ismael. Lamentablemente, este acuerdo de maternidad subrogada no tuvo un buen final, ya que cuando Sara y Abraham lograron concebir naturalmente a su hijo Isaac, desarrollaron un sentimiento de rechazo respecto a Ismael, que llegó hasta el punto de devolver el niño a la madre gestante y quitarles los privilegios que se les había otorgado como vivienda, comida, vestido, entre otras cosas.

Por otro lado, también existe evidencia en el Código de Hammurabi que data del año 1780 A.C. (Código de Hammurabi, 1780 A.C; Ley 144, 145, 146 y 147) sobre disposiciones referidas a supuestos de maternidad subrogada y una especie de regulación de la misma en la medida que establecía la permisión de que la mujer infértil o estéril recurra a alguna de sus esclavas con la finalidad de que la última tenga relaciones sexuales con su esposo para poder concebir un hijo que, de acuerdo a las reglas de propiedad de esos tiempos, iba a ser finalmente de los dueños de los esclavos (Hammurabi, 1780 A.C.).

Podemos concluir, entonces, a través de estos ejemplos, que la maternidad subrogada ha sido una práctica que ha estado presente desde los inicios de la civilización; no obstante, ello no significa que por ser reiterada en el tiempo deba ser permitida sin ningún cuestionamiento y normalizada hasta el punto de ser practicada sin ningún marco regulatorio; por el contrario significa que el legislador tiene el trabajo de investigar todas las implicancias positivas y negativas que esta causa, analizar su práctica en el territorio peruano y la

experiencia práctica en el tema para finalmente adoptar una posición, legislar al respecto y crear todas condiciones necesarias tendientes a cumplir el marco normativo que regule positiva o negativamente esta práctica.

Debido a la ausencia de regulación que existe alrededor del mundo en este tema en específico, no se tienen registros, ni existe una fuente fidedigna de donde se puedan obtener datos precisos sobre la casuística de maternidad subrogada o cuántos niños han nacido a partir de este método. Será la historia que nos hará conocer a fondo la naturaleza de esta práctica, así las cosas, no fue sino hasta el año de 1976, que se habló de la maternidad subrogada propiamente dicha, cuando el abogado Norteamericano Noel Keane, negoció y redactó el primer contrato de maternidad subrogada en el mundo, entre una madre sustituta tradicional y una pareja de esposos en Estados Unidos, (Gelder, 1997). En este contrato no existió contraprestación o compensación alguna para la madre sustituta que llevó a cabo el embarazo (Rayven, s.f.), fue a causa del éxito de ese contrato que Noel Keane creó el primer “Centro de Infertilidad de América” en Indianápolis, desde donde se gestionaron centenares de contratos de maternidad subrogada. Después que Noel Keane falleció, su hijo Christopher Keane señaló que existían más de 600 niños que nacieron como producto de contratos de maternidad subrogada, negociados por su padre desde el año de 1976, (The Washington Post, 1997).

A continuación, se detallan los hechos de dos de los primeros casos de maternidad subrogada que evidenciaron las consecuencias negativas de llevar a cabo esta práctica sin una regulación específica o un control adecuado sobre las personas que intervienen en la misma. Lamentablemente, en ambos casos los más perjudicados fueron la madre sustituta y el bebé que nació como resultado de este acuerdo o contrato:

#### 1.2.1. **Caso de Baby M & Los Stern’s contra Mary Beth Whitehead:**

En febrero de 1985, Noel Keane realizó las gestiones correspondientes para celebrar el primer contrato de maternidad subrogada entre la pareja de esposos William Stern, (W.S.) y Elizabeth Stern, (en adelante E.S.), quien padecía el riesgo de tener esclerosis múltiple, y la señora Mary Beth Whitehead, (en adelante M.B.W) que actuaría cómo la madre sustituta. El contrato estipulaba que se practicaría un procedimiento de inseminación artificial a la señora M.B.W., para que gesticule en su vientre

al niño hasta el término del embarazo y después sea entregado a los Stern, el contrato imponía la obligación a la señora M.B.W., de *“hacer lo que sea necesario para deslindarse de sus derechos maternos y que el señor Stern pueda adoptar al niño”* (Caso de Baby M., 1998). A pesar que en el contrato E.S., no figuraba como parte del mismo, se consignó, como una de las cláusulas contractuales, que en caso de que W.S., falleciera, E.S., tendría la custodia del niño por nacer. El pago que recibiría M.B.W., después del nacimiento del niño, ascendía a la suma de \$ 10,000.00 (diez mil dólares americanos con 00/100 dólares). Por un contrato separado W.S. pagó \$7,500.00 dólares americanos al Centro de Infertilidad de Nueva York (en adelante ICNY), que era una franquicia del Centro de Infertilidad de América que dirigía el abogado Noel Keane, Los Stern recurrieron a la maternidad subrogada para evitar las complicaciones de un embarazo normal y también señalaron, en los fácticos de su demanda, que consideraron la adopción pero debido la demora sustancial del proceso y la complejidad de los trámites buscaron una alternativa más fácil. Por su lado M.B.W., señaló que ella quería darle *“the gift of life”* (el regalo de la vida) (Caso de Baby M., 1998) a otra pareja y que además necesitaba los \$10,000.00 para ayudar a su familia. Después de varias negociaciones, el 6 de febrero de 1985, W.S. y M.B.W., firmaron el contrato de subrogación y después de muchos procedimientos de inseminación artificial, M.B.W., quedó embarazada y Baby M nació el 27 de marzo de 1986. Durante su estancia en el hospital y con la intención de ocultar el contrato de subrogación frente a los demás, los Whitehead (la madre sustituta y su esposo) fueron los orgullosos papás de una saludable niña a quien llamaron Sara Elizabeth Whitehead y Richard Whitehead fue registrado como el padre de la niña en su certificado de nacimiento. De acuerdo a los fácticos de la sentencia de la Corte de Nueva Jersey, que presentaré a continuación, *“la señora Whitehead, sintió un vínculo con la niña durante el momento de nacimiento e incluso durante el embarazo”* (Caso de Baby M., 1998). Algunos de los indicios del apego de M.B.W., con el bebé se evidenciaron cuando los Whitehead escogieron el nombre del bebé unilateralmente, dadas las circunstancias. Así las cosas, cuando llegó el

momento de entregar a la niña, M.B.W., demostró lo afectada que se encontraba, rompiendo en llanto y exclamando que *“la bebé se parecía a su otra hija y que estaba experimentando una gran dificultad con tomar esa decisión”* (Caso de Baby M., 1998). El 30 de marzo del mismo año, M.B.W., en un estado de depresión profunda y desconsolada, tuvo que entregar a su hija a sus nuevos padres, los Stern. Después de ello, M.B.W., afirmó que no pudo comer ni dormir o concentrarse en otra cosa que no sea la profunda necesidad de estar con su hija. Al día siguiente fue a la casa de los Stern y les comunicó lo mucho que estaba sufriendo a causa de esa decisión, la profundidad de su desesperación asustó a los Stern quienes pensando que M.B.W., podía cometer suicidio y confiando en que mantendría su palabra, le entregaron a la niña con la promesa de M.B.W., de que regresaría en una semana. No obstante, pasaron 4 meses para que la niña pueda regresar con los Stern ya que los Whitehead desaparecieron de Nueva Jersey y fueron localizados en Florida donde finalmente los Stern pudieron recuperar a la niña a la fuerza (Caso de Baby M., 1998). La lucha por Baby M comenzó cuando se hizo evidente que M.B.W., no iba a entregar a la niña a W.S. Debido a la negativa de la M.B.W., a renunciar al bebé, el W.S., presentó una demanda solicitando la ejecución del contrato de subrogación. Sustentó su demanda señalando que M.B.W., no solo se había negado a cumplir el contrato de subrogación, sino que había amenazado con huir de Nueva Jersey con la niña para evitar la posibilidad de que W.S., pueda obtener la custodia de la niña. Lamentablemente, fue lo que hizo. Después de que se emitió la orden para que renuncie a la custodia, la policía y el juez, en presencia de los Sterns, entraron a la casa de M.B.W. para ejecutar la orden pero su esposo huyó con la niña, que le fue entregada a través de una ventana. Mientras, los agentes estatales que iban para hacer cumplir la orden fueron distraídos por una disputa sobre el nombre actual de la niña. Huyeron a Florida, a la casa de los papas de M.B.W., y durante tres meses se escondieron en diferentes casas, hoteles y moteles para evitar la detención. De tiempo en tiempo, M.B.W., llamaba a W.S., quien grababa las conversaciones, para conversar sobre el problema y además

amenazaba a W.S. con matarse, con matar a la niña y con acusar a W.S., de cometer acoso sexual en contra su otra hija.

La Corte del Estado de Florida emitió una orden de registro a la casa de los padres de M.B.W., y encontraron a la niña quien fue custodiada por el Estado de Florida y posteriormente enviada de vuelta a Nueva Jersey donde el juicio duro 32 días en un periodo de 2 meses. El juez del proceso dirigió el proceso en torno al respeto del interés superior del niño, determinando que el contrato era válido y se le otorgó la custodia a W.S., con visitas limitadas de M.B.W., por ser madre biológica de la niña; sin embargo se le concedió el derecho de adoptar a la niña a E.S. Como era de esperarse M.B.W. apeló la decisión de la Corte bajo los siguientes argumentos: 1) Que el contrato de subrogación era invalido ya que entraba en conflicto con políticas públicas de Nueva Jersey que alentaba que las familias puedan otorgar a sus hijos el derecho de crecer con ambos padres biológicos, 2) Que este tipo de contratos priva a la madre de su derecho constitucional de acompañar y permanecer con su hija y, 3) Que no procedería la adopción ya que al haber realizado un pago, no es posible la adopción cuando media un pago previo (Caso de Baby M., 1998). Solicitó que la custodia se le otorgue a ella y a W.S., el derecho a visitas, todo ello basado en “*tender years doctrine*” (Caso de Baby M., 1998). Finalmente, la Suprema Corte de Nueva Jersey conoció el caso en apelación y determinó que las leyes de ese momento no permitían los contratos de subrogación pero que tampoco existía ninguna prohibición legal en contra de la subrogación cuando una mujer se ofrece voluntariamente sin ningún pago para actuar como madre sustituta, siempre y cuando se le otorgue el derecho de cambiar de opinión sobre conservar al niño por nacer y hacer valer sus derechos parentales.

#### 1.2.2. **Caso de James Alan Austin y el bebé Jonathan**

El segundo caso donde también participó Noel Keane como artifice y ejecutor de todo el acuerdo, es el conocido caso de James Alan Austin, (en adelante J.A.A.), de 26 años de edad, soltero, quien acudió al Centro de Infertilidad de América en abril de 1994 para contactar con una madre sustituta y firmar un contrato de subrogación por \$30,000.00 (treinta mil

dólares americanos con 00/100 dólares), la madre sustituta elegida fue Phyllis Ana Huddleston, (en adelante P.A.H.) de 29 años de edad, originaria de Lafayette, Ind., se sometió a un procedimiento de inseminación artificial con el espermatozoide de J.A.A., y quedó embarazada. Nueve meses después, el 8 de diciembre de 1994 nació Jonathan Alan, (en adelante J.A.) y de conformidad con lo acordado P.A.H., entregó el bebé a J.A.A. Hasta ese momento todo parecía ir de acuerdo a lo pactado; sin embargo, unas semanas después el Centro de Infertilidad de América, se contactó con P.A.H. a efecto de informarle que J.A., estaba en el hospital. Sin hesitarlo, P.A.H. voló desde Pensilvania para estar con J.A., y de acuerdo a su abogada “*para reclamar su custodia si sobrevivía*” (Lewin, 1995). Luego de las indagaciones del caso, se descubrió que J.A.A., luego de mudarse a un departamento en el segundo piso de un lujoso condominio, comenzó su nueva etapa como papá primerizo en aquel lugar; sin embargo, algunos días después se encontró, en la puerta de su departamento, una nota escrita a mano con el mensaje; “*Dios te bendiga, pequeño*”, al parecer el pequeño había sido abandonado mal herido, por lo que los vecinos llamaron a emergencias y el bebé fue hospitalizado por presentar fracturas en el cráneo y lesiones internas en la cabeza, Easton Pa. (8 de agosto de 1995), (Pa, 1995). Confrontado con la evidencia J.A.A., reconoció haber entrado en un estado de desesperación por el llanto del bebé por lo que a efecto de calmarlo lo golpeó con su puño y un perchero de plástico para detener su llanto, lo que lejos de calmarlo, lo mató. El bebé murió el 17 de enero de 1995, en el Hospital de Niños de Filadelfia después de que P.A.H., aceptara desconectar al bebé del respirador (Lewin, 1995).

Resultó polémico que a un hombre joven, soltero y fértil o sin ningún impedimento fisiológico conocido, se le concediera la oportunidad de ser padre por un método que tendría que ser el último recurso.

El abogado de J.A.A., culpó al Centro de Infertilidad de América por entregarle un bebé a su patrocinado sin haber tenido alguna preparación previa o herramientas necesarias para ser padre. Posterior a lo ocurrido, P.A.H., demandó a J.A.A. y al Centro de Infertilidad de América, pues según señaló, no le dieron toda la información relevante sobre la persona

que iba a recibir al bebé, ni tampoco realizaron ninguna pericia psicológica por lo que no pudo tomar una decisión totalmente informada (Pa, 1995).

Jhon Waldron, el propio abogado de J.A.A., sugirió en el marco del proceso penal en contra de su cliente que la maternidad subrogada debería ser tratada como la adopción con una investigación previa de antecedentes del sujeto que solicita el contrato, estudios de preparación y entrenamiento de paternidad para los padres comitentes, ya que estamos hablando de la actividad más importante y base de la sociedad que es formar una familia (Pa, 1995).

J.A.A., fue sentenciado a 25 años de prisión por homicidio en tercer grado (Pa, 1995).

### **1.3. Clasificación de Maternidad Subrogada:**

Existen diferentes clasificaciones de la maternidad subrogada, atendiendo al aspecto específico respecto al que se desea realizar la clasificación, para efectos del presente trabajo, considero pertinente analizar dos clasificaciones: a) .De acuerdo a su dimensión económica, y b) .De acuerdo a su combinación genética:

#### **1.3.1. Clasificación de maternidad subrogada de acuerdo a su dimensión económica**

##### **1.3.1.1. Maternidad Subrogada Altruista:**

De acuerdo a la Real Academia Española, altruismo es la “*diligencia en procurar el bien ajeno aún a costa propia*” (Real Academia Española, 2018), este ha sido el principal argumento para la legitimación social y jurídica de la maternidad subrogada. La maternidad subrogada altruista es aquel acuerdo a través del cual la madre sustituta acepta llevar a cabo la gestación mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no material genético con el compromiso de entregar al niño por nacer a los padres comitentes, este acuerdo se realiza no solo a título gratuito, sino sobre todo, guiada por una motivación únicamente altruista. En la mayoría de los casos el altruismo responde a la cercanía de la madre sustituta con los padres comitentes y al contacto de la primera con la realidad de los segundos. En teoría, esta modalidad de maternidad subrogada puede sonar muy idílica y hasta incluso una posible solución

al problema que presenta la maternidad subrogada comercial y la venta de niños a nivel mundial, ya que se podría alegar que al no ser a título oneroso no existiría una industria, propiamente dicha, que cause peligros para los niños por nacer; sin embargo no hay nada más alejado de la realidad que lo anterior, por las siguientes razones:

- Si el problema únicamente fuera la onerosidad de los contratos, pues todos los interesados podrían simular contratos a título gratuito con la finalidad de acceder a ella; sin embargo, el problema no solo radica en la onerosidad, aunque es un aspecto muy importante, radica, además, en las consecuencias que causa la realización de este acto al niño por nacer y a la madre sustituta, que serán analizados más adelante. Para Marta Albert, la gestación subrogada altruista es un mito con un importante componente ideológico, ya que tampoco en estos casos los derechos de las gestantes se garantizan adecuadamente (Albert, *La Explotación Reproductiva de Mujeres y el Mito de la Subrogación Altruista: Una Mirada Global al Fenómeno de la Gestación por Sustitución*, 2017). Si el altruismo responde a la bondad de la gestante en la medida que sufre voluntariamente y se pliega a los deseos ajenos de los padres comitentes, ¿no debería ser ella, también, parte del proceso de paternidad que se inicia durante la gestación?, como elegir el nombre del niño, entre otras cosas, es decir poder vivir un embarazo real y no solo actuar como una vasija, ya que al suprimir el dinero de por medio, la madre sustituta no debería ser considerada únicamente como una parte del contrato que debe limitarse a cumplir sus obligaciones contractuales. Convertir un contrato abusivo en un acto solidario, utilizando el altruismo, puede ser suficiente para borrar la sombra de cualquier acusación de explotación. Además una vez que el altruismo en la subrogación sea asumido como algo “normal”, automáticamente habremos normalizado la mercantilización de la gestación, pues el punto neurálgico del asunto no es la modalidad sino el carácter contractual o no de la gestación y de la cualidad de madre (Albert, 2018), así como los efectos que pueda causar.
- Es muy probable que al eliminar la retribución económica de este tipo de contratos, el número de mujeres dispuestas a gestar a un bebé,

disminuiría considerablemente, por lo que el carácter altruista no eliminaría la demanda del servicio gestacional instantáneamente, muy por el contrario, las personas que opten por esta opción buscarían eludir todas las garantías que se den en este tipo de contratos gratuitos para las madres gestantes, originando un mercado ilegal en el que surgiría una sutil forma de explotación de las mujeres que se ofrezcan a realizar este servicio ya que nunca podrían exigir el pago de los gastos del embarazo y siempre estarían a la voluntad del pago de los gastos del embarazo por los padres comitentes. Además ocasionaría la simulación de contratos gratuitos, cuando en realidad se traten de contratos onerosos donde si exista una remuneración que como ya mencionamos nunca podrá ser exigible por la madre sustituta debido a la simulación; o, también, acudirían a otros “mercados internacionales” para poder encontrar una mayor oferta disponible de madres sustitutas para llevar a cabo la gestación, lo que generaría una suerte de turismo reproductivo en países donde se permite o donde no exista regulación, como lo es el Perú.

- La experiencia legislativa de otros países que han permitido únicamente la maternidad subrogada altruista han incluido en sus textos legislativos, el pago por los gastos que irroguen el embarazo, al abrir esa pequeña puerta, que ha sido denominada como “compensación resarcitoria” han otorgado la herramienta necesaria para que los padres comitentes, a falta de madres sustitutas altruistas, burlen la prohibición del pago por la gestación y paguen grandes sumas por la supuesta compensación resarcitoria que en la realidad sería, el pago de una retribución que el legislador intentaba evitar, o también podrían dar regalos o bienes como parte del pago y nuevamente el legislador será burlado pues no podría evitar que los comitentes retribuyan a las gestantes cuando quieran y como quieran (Capella, 2017).
- Finalmente, sería poco probable que los padres comitentes puedan contactar voluntarias fácilmente para realizar este servicio de manera gratuita, ya que en su mayoría las únicas mujeres dispuestas a realizar esto son las familiares de los comitentes, por ello aunque no exista

pago por la gestación, sería muy probable que se creen agencias intermediarias que se encargarían de realizar el contacto o encontrar mujer dispuestas a pasar por el proceso únicamente por buena voluntad, lo cual evidentemente si irrogaría un costo, y por lo tanto, volveríamos al absurdo de una prohibición supuesta donde la gestación sigue siendo mercantilizada y hasta incentivaría la trata de mujeres y de niños y la explotación reproductiva haciéndolos pasar como acuerdo completamente altruistas.

### **1.3.1.2. Maternidad Subrogada Comercial**

La maternidad subrogada comercial es aquel negocio jurídico oneroso en virtud del cual una mujer accede a gestar para otra u otras personas un embrión humano hasta su nacimiento y a renunciar a sus derechos sobre la criatura a cambio de una retribución económica, entregándolo tras el parto a los comitentes que podrán determinar la filiación del niño a su favor, ya sea antes o después de su nacimiento (Albert, 2018). Cabe mencionar que esta clasificación de la maternidad subrogada, la madre gestante está prestando un servicio a cambio de una retribución por el servicio prestado, la naturaleza de esta clasificación es lucrativa puramente pues no existe ninguna motivación adicional para la mujer que gestará al niño por nacer más que la retribución que obtendrá al término del contrato. Esta modalidad, generalmente, es solo el objeto de una organización o engranaje que tiene por finalidad realizar dicho procedimiento y cuenta con una plana interdisciplinaria de profesionales que se encargan de los aspectos necesarios para celebrar los contratos. El presente trabajo de investigación tiene como finalidad demostrar los riesgos al momento de regular la maternidad subrogada por lo que a lo largo del mismo veremos los riesgos de regular en pos de la maternidad subrogada comercial en nuestro país.

### **1.3.2. Clasificación de la Maternidad Subrogada de acuerdo a su combinación genética:**

#### **1.3.2.1. Maternidad Subrogada Gestacional**

El embrión que fue concebido mediante fecundación in vitro pero procede de gametos ajenos a la madre gestante.

En esta primera modalidad, no hay ningún vínculo o relación, ya que el óvulo puede proceder de la madre comitente o en su defecto de una tercera mujer que lo haya donado o que lo haya vendido, el esperma, a su vez, puede proceder del comitente o de un tercero, de la misma manera que el óvulo (donado o vendido).

Siendo que el vientre de la madre gestante, únicamente, es el lugar donde se desarrollará el niño hasta su nacimiento, es necesario conocer cuáles podrían ser las posibles combinaciones genéticas del niño por nacer que está creciendo en el vientre de una mujer con la que no tiene ningún vínculo genético pero con la que si desarrollará un vínculo emocional a lo largo de los 9 meses de gestación.

Las combinaciones posibles en esta clasificación son cuatro:

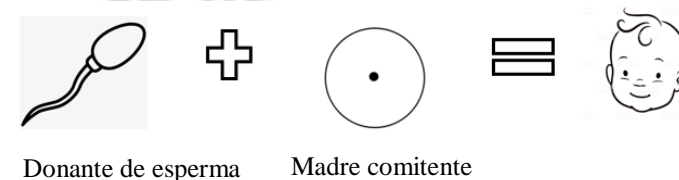
1)



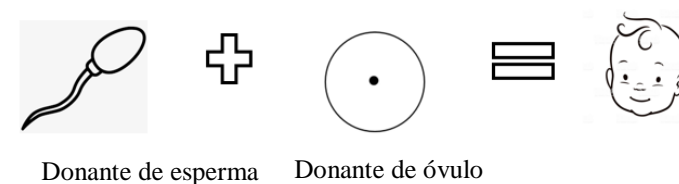
2)



3)



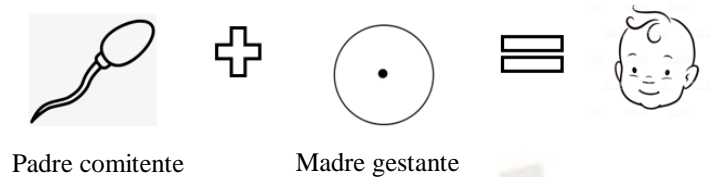
4)



### 1.3.2.2. Maternidad Subrogada Tradicional

En esta modalidad de maternidad subrogada el óvulo fecundado pertenece a la mujer gestante que cede su útero, añadiendo así dos nuevas posibilidades a las combinaciones genéticas:

1)



2)



Por lo que la mujer gestante, bajo esta modalidad, siempre será la madre biológica y gestante del niño por nacer.

#### 1.4. Sujetos intervinientes en la Maternidad Subrogada

##### 1.4.1. El niño o niña producto de la gestación

Será el producto de la gestación por sustitución que nacerá al término del embarazo como resultado de la técnica de reproducción asistida empleada con material genético resultante de alguna de las combinaciones genéticas explicadas en el punto anterior. Será este personaje, el que mayor impacto sufrirá a lo largo del proceso de maternidad subrogada, ya que crecerá en el vientre de una madre desarrollando ciertos vínculos innatos a la gestación y posteriormente, al momento del alumbramiento, será separado de la única persona con la que tuvo contacto directo durante la duración de la gestación para ser entregado a diferentes personas que serán sus nuevos padres con los que deberá construir nuevos lazos de paternidad.

##### 1.4.2. Madre gestante

Será la mujer que de manera altruista lucrativa, gestará al niño por nacer en su vientre durante la duración del embarazo. Ella a su vez podrá ser la madre biológica o únicamente el lugar donde se desarrollará el niño por nacer (véase punto 1.5 Capítulo I).

#### 1.4.3. **Padres comitentes**

En el esquema del contrato de maternidad subrogada, los comitentes son la parte menos vulnerables del mismo (Albert, 2017) h. Serán los futuros padres legales, y en algunos casos padres biológicos del niño por nacer, que por problemas de infertilidad, de salud en general, cuidado de estética, políticas de trabajo rígidas u otras razones deciden contratar a una madre gestante que mediante técnicas de reproducción asistida concebirá a un niño o niña que tendrá o no material genético de los comitentes. Generalmente son parejas o personas que tienen elevados recursos económicos y una buena situación socioeconómica.

#### 1.4.4. **Donadores de material genético**

##### 1.4.4.1. **Donadora de óvulo**

En los casos en los que se realice un contrato de maternidad subrogada gestacional (véase punto 1.5.1 – Capítulo I) en el que no se pueda utilizar los gametos femeninos de la madre comitente, será necesario una tercera persona, en este caso una mujer, que proporcione el óvulo que será fecundado con el espermatozoides del comitente o de un tercero, de acuerdo a la combinación genética seleccionada. Generalmente las donadoras de óvulos se encuentran registradas en una base de datos de las agencias intermediarias para que puedan ser contactadas cuando así lo requieran padres comitentes en potencia. Será la agencia la encargada de realizar todos los contactos e incluso en muchas oportunidades la propia agencia, en colaboración con un laboratorio, cuenta con reservas de óvulos congelados que son los sobrantes de procesos previos e incluso en muchos casos las donadoras no tienen conocimiento que extrajeron más óvulos de los necesarios y estos fueron conservados, lo cual es peligroso pues pueden crear vida sin que la propietaria del óvulo haya dado su consentimiento. En México, por el año 2016, se encontraban en pleno debate político sobre la regulación de la maternidad subrogada, en este contexto se realizaron distintas investigaciones, a continuación, leeremos el extracto del testimonio de una de las intermediarias que le explica a una potencial madre gestante sobre algunas de las condiciones del contrato:

*“Mujeres sanas y jóvenes de 18 a 30 años; se excluye del programa a mujeres que hayan estado presas o detenidas por más de 72 horas, aunque gocen de buena salud; se excluirá a mujeres que hayan trabajado como sexoservidoras; se excluirá a mujeres con evidencia de tatuajes, aunque gocen de buena salud; no se dará información de cuántos óvulos se extrajeron, ni si de ellos resultó o no embarazo, se deslinda de cualquier responsabilidad a la donante, no habrá ninguna relación”*  
(Olavarria, 2018)(resaltado es propio).

Como se puede evidenciar en el testimonio previo, existe el riesgo de que se “cree” más de un niño con los óvulos de la donante, de los cuales, la donante nunca tendrá conocimiento y en algunos casos tampoco el niño, así lo requiera cuando cumpla la mayoría de edad.

A pesar de que se considere que por ser donadoras y no madres gestantes, el riesgo en la salud es mínimo, me gustaría citar un extracto del mismo artículo de la Revista Antropológica Social del que se obtuvo el testimonio de la intermediaria:

*“(...) Un año después de que Valeria se sometiera a las inyecciones para estimulación ovárica, experimentó sangrado constante y fibromas mamarios.(...)”* (Olavarria, 2018).

#### **1.4.4.2. Donador de esperma**

Asimismo, en el marco de los contratos de maternidad subrogada los gametos masculinos pueden ser obtenidos del padre comitente o en su defecto pueden provenir de una tercera persona quien será el donante de esperma. Los donantes de esperma son hombres que donan su esperma a efecto de realizar la técnica de reproducción asistida elegida y poder concebir un nuevo ser. Resulta cuestionable como la literatura en técnicas de reproducción asistida, en su mayoría, utiliza la palabra “donador” para las personas que ceden sus gametos sexuales como óvulos o esperma a efecto de concebir una nueva vida para los padres comitentes, cuando en realidad, salvo excepciones, los óvulos y esperma son intercambiados a cambio de una retribución económica. Considero que, esta nomenclatura es utilizada para minimizar el carácter comercial de este procedimiento y palabras como esta, definitivamente, reducen el

impacto que tendrá en el receptor pues incluso la palabra donación puede ser confundida con un acto altruista. Así como las donadoras de óvulos, los donadores de espermatozoides también son captados por las agencias intermediarias y en muchas ocasiones el espermatozoides también es congelado y utilizado sin el consentimiento del propietario.

#### 1.4.5. **Intermediarios o “Agencias”**

Por agencias se entiende a aquellas organizaciones dedicadas a servir de enlace- generalmente vía internet- entre las potenciales madres gestantes o mal llamadas “vientres en alquiler” y los padres de intención para realizar el proceso de subrogación con el equipo interdisciplinario con el que trabajan, como médicos, abogados, entre otros. O en su defecto con las clínicas de fertilidad con las que trabajan (Olavarria, 2018).

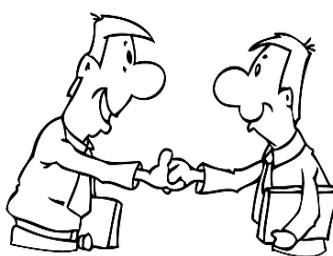
Las agencias intermediarias o mediadoras, son las responsables de la comercialización extrema de la maternidad subrogada. Estas organizaciones que pueden encontrar sus orígenes en el Centro de Infertilidad de América fundado por Noel Keane en 1980 aproximadamente, son la parte que mayor beneficio obtiene de estos contratos y a la que supone el menor o nulo perjuicio ya que lejos de perder algo ganan mucho a expensas de la explotación reproductiva de mujeres. Estas agencias son las encargadas de captar futuros clientes (padres comitentes en potencia) y también captan a las madres gestantes, que en su mayoría son mujeres en situación de vulnerabilidad por una extrema necesidad económica. En algunas ocasiones las clínicas de fertilidad ofrecen servicios de subrogación y todo el proceso que conlleva. Estas clínicas deben ser también consideradas como agencias, ya que a pesar de tener otras actividades causan los mismos efectos.

En aquellos países donde la maternidad subrogada es permitida, se constituyen agencias legales para la prestación de este servicio; sin embargo, en algunos países las agencias que ofrecen estos servicios son supervisadas estrictamente por un organismo estatal que fija parámetros limitantes en su actuación, ya que la experiencia de algunos países ha demostrado los abusos que pueden cometer estas agencias con las madres gestantes y los niños recién nacidos, como por ejemplo encubrir actividades de tráfico de niños, trata de personas como las granjas de

mujeres embarazadas puestas al descubierto en Asia, hace algunos años donde secuestraban a mujeres para explotarlas reproductivamente y posteriormente vender a los niños a padres comitentes.

### 1.5. Proceso de Maternidad Subrogada

En un proceso regular de maternidad subrogada deberían, al menos, existir ciertas etapas necesarias en el proceso. Lamentablemente cuando no existe ninguna regulación sobre la maternidad subrogada, es muy frecuente que se omitan garantías mínimas necesarias para la madre gestante y el niño por nacer.



Una vez elegido el país donde se llevará a cabo el proceso de subrogación, los padres comitentes elijen una agencia intermediaria que proporcione el servicio de maternidad subrogada. Durante esta primera etapa, se intercambia la información general de ambas partes. Si la etapa de acogida funciona, se fija una segunda reunión para discutir los aspectos contractuales.



Durante los próximos encuentros entre los padres comitentes y la agencia mediadora, se establecen algunos de los pedidos de los padres comitentes como las características físicas que solicitan, el sexo del niño por nacer, obligaciones para la madre gestante como la obligatoriedad de someterse a un aborto eugenésico, entre otras. Asimismo también se establecerá el costo total de todo el proceso de acuerdo con las especificaciones otorgadas, dicho de otra forma: un “presupuesto”.



Después de establecer las condiciones del contrato, la agencia busca a potenciales madres gestantes que, en el mejor de los casos, estén informadas de todas las condiciones del contrato; pero en otros casos, no tienen conocimiento sobre las condiciones a pactadas a las que deberán someterse. Generalmente realizan su búsqueda en zonas rurales donde su público objetivo son mujeres con problemas económicos y de estrato socioeconómico muy bajo.



Luego de encontrar a la candidata idónea para los comitentes, la agencia tendrá que realizar exámenes médicos para saber si es apta. Una vez que se tengan los resultados y la conformidad de la contratada se procede a la firma del contrato de subrogación por ambas partes. Depende de la agencia, pero generalmente una vez firmado el contrato se debe realizar la transacción. En las mejores condiciones, se le pagara el 30% del costo total a la gestante, repartido en diferentes pagos a lo largo del embarazo hasta el nacimiento del niño.



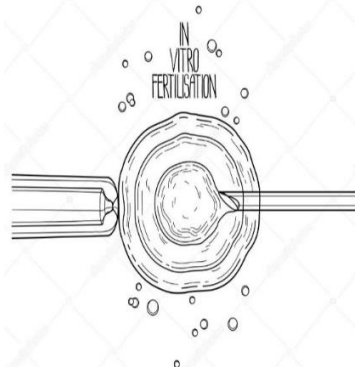
En el caso de requerir donantes, se realizarán procedimientos como estimulación ovárica para obtener los óvulos a ser utilizados, del mismo modo se realizar lo propio para obtener el esperma del donante. Posterior a ello y dependiendo del tipo de contrato de subrogación se realizará la TERHAS necesaria. Las opciones son las siguientes:

- Inseminación Artificial (Si es MST)
- Fecundación In Vitro (Sí es MSG)



1

En caso, se opte por un contrato de maternidad subrogada gestacional, el ciclo será el siguiente: Primero la madre gestante deberá preparar su útero para la implantación del embrión, con estrógeno y progesterona. Se sincronizan los ciclos menstruales de la madre gestante y los comitentes con hormonas, para que cuando se transfiera el embrión el endometrio este perfectamente preparado para recibirlo. Cuando los óvulos estén maduros para extraerlos y el revestimiento endometrial de la gestante sea adecuado, se aspiran los óvulos en un tubo de ensayo.



Si se opta por un contrato de maternidad subrogada tradicional, se hará mediante una IA. Para ello se realiza la estimulación ovárica, con inyecciones de hormonas gonadotropinas para tener el ciclo ovárico controlado y aumentar el éxito de que el esperma encuentre el óvulo. Con 3 días de abstinencia sexual previos, se extrae el esperma necesario. Llegado el día se le inyecta a la mujer gestante la hormona hCG para provocar ovulación.

<sup>1</sup> Portal web de San Diego Fertility Center, <https://www.sdfertility.com/es/maternidad-subrogada/la-maternidad-subrogada/>



El mismo día de la extracción de óvulos, el padre comitente ofrecerá una muestra de esperma fresco y estos serán llevados a la incubadora con los óvulos, mientras se le administrará progesterona a la futura gestante. Al día siguiente se determinará cuantos óvulos han fertilizado con éxito y si se han desarrollado embriones. Durante algunos días los embriones van a crecer en el laboratorio para eliminar los que no sean sanos. Únicamente conservan los que tengan mayor probabilidad de éxito. Luego de 5 días se transfieren dos o tres embriones al útero con ayuda de dos catéteres que inyectan los embriones en la cavidad uterina y de acuerdo al deseo de los comitentes se eliminan los no deseados.



Al término del embarazo y nacimiento del niño, la madre gestante deberá entregar al niño a los padres comitentes, de acuerdo a la regulación normativa del país que se realice, la agencia con los abogados que trabaje deberán preparar la documentación necesaria para inscribir al niño como hijo de los comitentes o en su defecto para realizar la adopción del niño por nacer. Se realizará también el último pago a la madre sustituta a la entrega del bebé y la madre sustituta regresará a sus labores y el bebé partirá con los comitentes con destino desconocido ya que una vez finalizado el contrato los padres comitentes no tienen la obligación de comunicar su paradero o el estado del bebé.

## Capítulo II: Cuestiones Bioéticas de la Maternidad Subrogada

### 2.1. Debate Bioético de la maternidad subrogada

Sería faltar a la verdad, afirmar que los desarrollos médicos y científicos no han mejorado la vida de muchas personas; sin embargo conjuntamente con este desarrollo ha nacido la preocupación de una parte de la comunidad científica por el mal empleo de la medicina y del conocimiento científico. Es evidente que el origen de estas preocupaciones tiene asidero en experiencias antiguas donde, lamentablemente, se utilizaban personas como sujetos de experimentación para probar “posibles nuevos avances”. Podemos remitirnos, por ejemplo, a los abusos cometidos en el marco de la Segunda Guerra Mundial, que dieron origen al Juicio de Núremberg donde se juzgó a 23 médicos de los cuales, 16 de ellos fueron declarados culpables y 7 fueron condenados a muerte (Gascón & De Lora, 2008). Esos médicos, bajo el “magisterio” de “Doctor Mengele” buscaban no solo

mejorar sino perfeccionar la generación de seres humanos eliminando, lo que ellos consideraban “taras” y “impurezas” (Gascón & De Lora, 2008). Surgió, entonces, una gran responsabilidad de las naciones de adoptar medidas que eviten la repetición de esos aberrantes sucesos, por ejemplo, se firmó la declaración de los derechos del hombre, que más adelante daría origen a la famosa “Sociedad de Naciones”, también en 1964 se promulgó la llamada “Declaración de Helsinki” en la que se establece la prohibición absoluta de la experimentación con seres humanos, sin que medie un debido consentimiento informado (Gascón & De Lora, 2008). Este conjunto de preocupaciones éticas en el desarrollo de la práctica de la biomedicina y la biotecnología, han sido recogidas en un campo que propone soluciones y ciertos límites, al que se le denomina “Bioética” que tuvo su origen o fue mencionada por primera vez en el título del libro de Van Rensealer Potter *“Bioethics: a Bridge to the Future”*, publicado en 1971 y que hoy es un referente en la materia.

Desde el año de 1976 hemos sido testigos de nuevos sucesos en las técnicas de reproducción asistida, como el primer contrato de maternidad subrogada, o el nacimiento del primer ser humano creado mediante fecundación in vitro Louise Brown en el año 1978; sin embargo, los ordenamientos jurídicos alrededor del mundo, no han podido adaptarse tan rápidamente a estos nuevos sucesos, puesto que los mismos son complejos y abren una puerta a la cosificación de la persona y a la comercialización de la de la vida humana. En el caso de la maternidad subrogada, lo señalado anteriormente provoca la atribución de valor de uso como “servicios” a la función gestante y de “mercancías” a ovocitos y espermatozoides, por parte de quienes los proporcionan.

El gran problema de la bioética con la maternidad subrogada radica en que, de acuerdo a lo señalado por Michael J. Sandel, en estos contratos no existe un consentimiento genuino por parte de quienes se ofrecen como madres sustitutas, esa desigualdad de base provoca que sean las mujeres más desventajadas quienes acaben prestando esos servicios, y lo hacen, en el fondo porque no tienen alternativa (Satz, 1992) porque tienen problemas económicos, deficiente educación, carga familiar, deudas, familiares enfermos que requieren tratamientos etc., pero siempre existe una razón detrás de la decisión de “alquilar sus vientres” y el pago inmediato al menos de la primera parte, soluciona rápidamente cualquiera de estos problemas. Bien señala Deonadan, que su

autonomía se expresa en un contexto de desesperación y vulnerabilidad por lo que realmente este consentimiento sería una explotación a su desesperación (Deonandan, 2015). Si nos encontráramos en una sociedad igualitaria donde la pobreza no existiera y la decisión de dar vida a un ser humano para entregarlo a unos terceros, probablemente no habría una parte que abusa de la situación de la otra parte, pues el fundamento de la decisión sería eminentemente altruista; sin embargo no es el caso. Esta práctica, además, tiene un efecto degradante sobre el acto y sobre quienes participan en el intercambio. El puro y noble acontecimiento de la maternidad y su fruto resultan mancillados al permitir que se conviertan en un objeto mercantil, donde los padres comitentes y la gestante son las partes del contrato, el embarazo es el objeto del contrato y el niño por nacer es el bien a entregar del contrato, sin contar la compraventa de material genético como los óvulos y espermatozoides que deja abierta la posibilidad a la creación de más de un ser humano que jamás conocerá su verdadera identidad genética.

Hay restricciones legítimas al despliegue de la autonomía individual cuando con ellas se impide la renuncia a la titularidad de un derecho, aunque la renuncia al ejercicio puntual del derecho es siempre posible, ello es el carácter inalienable de los derechos humanos y en ese sentido, aunque pueda sacrificar mi libertad personal para someterme a un horario de trabajo, no puedo contratar con alguien para convertirme en su esclavo si ello implica que únicamente recuperaré mi libertad cuando el amo me otorgue ese privilegio. Sucede lo mismo con el argumento de aquellos que están a favor de la maternidad subrogada y sostienen que el cuerpo es de la mujer gestante y tendría que ser ella quien pueda tomar las decisiones que impliquen al mismo, siguiendo esa lógica, surge entonces la interrogante: ¿no debería ser legal también, la venta de órganos? O, por otro lado, ¿el suicidio asistido? Dar carácter de ilícito a aquellas situaciones supone, sin duda, un sacrificio al valor de la autonomía de la voluntad, pero considero que dicho sacrificio compensa el daño potencial de una decisión irreversible de la que el sujeto pueda arrepentirse en el futuro.

Por último, y con temor a adentrarme demasiado en este punto, puesto que será extensamente estudiado en el Capítulo 4, ¿Es correcto crear un ser humano, que en algunos casos no tendrá ninguna conexión genética con los padres comitentes, sin tener la garantía de su futuro bienestar?, Imaginen si los padres comitentes pertenecen a una organización criminal en otro país y en efecto

utilizan esta práctica para vender bebés u órganos o para trabajos forzados o servidumbres, incluso sin necesidad de ser tan pesimistas, podrían simplemente abandonarlo. ¿Es correcto utilizar la biomedicina y biotecnología para crear estas situaciones de riesgo, en las que ni siquiera ponderemos el interés superior del niño?

## **2.2. La relación de la Bioética con el Estado Constitucional de Derecho**

Es inevitable el reconocimiento de la irrupción de la ciencia y la tecnología en la cultura actual y con ellas, todos los cambios que están generando en la sociedad y en la época en los que se suscitan. Evidentemente, el legislador del siglo pasado no contempló estas “innovaciones” al momento de legislar aspectos relacionados, por lo que estos cambios representan un reto para el legislador actual, a fin de que analice todas las implicancias de estas nuevas tecnologías y posibles vulneraciones a los derechos de cada uno de los intervinientes, para que pueda crear un marco regulatorio que contemple todas las posibilidades de riesgos. Existen muchas legislaciones que intentan adaptarse a esta nueva era, con modificaciones legislativas o creaciones de nuevos códigos que pretenden velar por el respeto hacia la persona; lo cual en ocasiones constituye únicamente un documento muerto que no tiene mayor relevancia porque no tiene una base constitucional y llegan a ser, en algunos casos, inconstitucionales. Por ello, considero que sin la necesidad recurrir a reformas constitucionales, se pueden realizar reformas legislativas en esta materia inspiradas en principios de la Bioética que encuentren respaldo constitucional a través de su relación y similitud con los principios constitucionales.

La Bioética que si bien en un primer momento se preocupó básicamente por la relación médico-paciente, amplió su panorama de reflexión hacía nuevos temas, pero siempre velando por la protección del valor fundamental al cual aspiran todas las sociedades: la “Dignidad Humana” (Rojas, 2006).

Así pues, el Derecho y la Bioética tienen mucho en común, sus objetivos son los mismos ya que ambos tienen al hombre como centro de todas sus preocupaciones y reflexiones. Mientras que la Bioética estudia los valores con los que se pueden juzgar los cambios que se producen en la sociedad por la aplicación de las biotecnologías, el Derecho toma los resultados de esta valoración y protege de la mejor manera posible los valores que la misma

sociedad ha señalado como sus cimientos fundamentales (Rojas, 2006). Sin embargo, esta función protectora del Derecho, no es tan eficaz como debería, debido al poco dinamismo que posee y a la falta de herramientas para realizar el análisis a los requerimientos de una sociedad en constante evolución.

En este sentido, a fin de otorgarle al legislador herramientas que le permitan ser más ágil a la hora de legislar o interpretar una circunstancia determinada, es necesario que se utilicen los Principios Jurídicos implícita y explícitamente constitucionales (Gascón & De Lora, 2008). En los primeros, es decir los implícitos, se utilizarán los Principios Bioéticos como valores por fuera de la Constitución que son de gran relevancia jurídica ya que en su mayoría los Principios Bioéticos se encuentran inmersos en algún Principio Constitucional. Para ello es necesario hacer un recuento de los Principios Bioéticos a fin de determinar cómo se encuentran directamente relacionados con los Principios Constitucionales. En ese sentido, no fue sino hasta la elaboración del Informe Belmont (Kassem & Silverman, 2019), que se postularon tres principios fundamentales de la Bioética:

#### 2.2.1. Principio de No Instrumentalización

Este principio expresa la obligación de tratar a las personas como fines en sí mismos y no como simples medios; es decir, que prohíbe todos aquellos actos sobre una persona que no supongan un beneficio para ella. Es en definitiva, una concreción del principio de dignidad de las personas y traduce la primacía del ser humano frente a cualquier tipo de interés social o económico. Por su parte la Declaración de Helsinki, que será desarrollada más adelante, lo consagra explícitamente en su artículo 8º, *“en investigación médica en seres humanos, la preocupación por el bienestar de los seres humanos debe tener siempre primacía sobre los intereses de la ciencia y de la sociedad”* (Asociación Médica Mundial, 2019). De la misma manera, a manera de referencia, lo hace el Convenio de Bioética del Consejo de Europa, en su artículo 2º, al afirmar que *“el interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer frente al exclusivo interés de la sociedad o de la ciencia”* (Consejo de Europa, 2019).

En el caso concreto, la maternidad subrogada supone siempre un beneficio para los padres comitentes quienes en una posición de ventaja frente a la

madre gestante pagan por utilizar el sistema reproductivo de una mujer a fin de obtener un hijo. No existe otra práctica por la que se utilice más a una persona como medio que la maternidad subrogada puesto que la mujer es identificada como una incubadora humana que crea seres humanos para satisfacer los deseos de otras personas. Aun cuando existe de por medio una compensación económica, la compensación económica nunca será suficiente para cubrir todas las consecuencias y efectos de la maternidad subrogada en ningún caso, además que el acuerdo siempre se da en situaciones de desigualdad, por lo que la retribución económica no puede ser una excusa para validar esta práctica.

### 2.2.2. Principio de Autonomía (Principio de respeto por las personas):

De acuerdo a la definición del libro *“Bioética: Principios, Desafíos y Debates”* (Gascón & De Lora, 2008), el término autonomía hace referencia al carácter auto legislador de las personas. Establece, en atención a lo anterior, el deber de respetar la autodeterminación del individuo y supone reconocer su derecho como persona a decidir sobre los asuntos que le conciernen, en este caso sobre su vida y salud, **siempre y cuando se encuentre en la capacidad de ello.** Sin embargo debido a la delicada naturaleza de este principio, es fundamental que el paciente tenga pleno conocimiento de todas las implicancias que suponen la utilización del o de los procedimientos médicos a los que se someterá al paciente, la información otorgada por los doctores debe ser veraz, entendible y completa (Gascón & De Lora, 2008). Evidentemente la exigencia de este principio implica que él o la paciente pueda tener independencia total sobre las acciones a realizar en su propio cuerpo; sin embargo, este principio trae consigo un problema, el cual radica en determinar el alcance de la autonomía del paciente, es decir, ¿debería este principio cubrir las decisiones que suponen un perjuicio a la salud del paciente? Recurriendo a un absurdo, pero muy frecuente cuestionamiento, ¿se debería permitir la extracción de un órgano a solicitud del paciente? El mismo que podría ser utilizado para venta u otros fines. La respuesta a esta pregunta es obvia, porque no habría que pensar dos veces antes de oponerse a cualquier acto que pueda dañar la salud

de una persona, en el caso de la maternidad subrogada, como veremos a lo largo del presente trabajo, crea diversos riesgos para la salud de la mujer gestante como del niño por nacer, por lo que debería considerarse el análisis respecto a la aplicación de este principio en estos casos.

### 2.2.3. Principio de Beneficencia y No maleficencia:

De acuerdo a la definición esbozada en el libro de “*Bioética: Principios, Desafíos y Debates*” (Gascón & De Lora, 2008), el principio de beneficencia traduce el deber de hacer o promover el bien y de planear las mejores alternativas posibles, tanto en la práctica clínica como en la investigación. Exige ayudar activamente a los demás. Mientras que el principio de no maleficencia corresponde al hipocrático *primum non noere* (ante todo no dañar) e impone el respeto por la integridad física y psicológica de las personas (Gascón & De Lora, 2008). Es posible afirmar que los avances en la biomedicina no deberían ser utilizados si causan perjuicios al ser humano o si lo utilizan como medio para lograr un fin. Ambos principios forman más bien *un continuum*, por ello resulta interesante la gradación de obligaciones de la “no maleficencia - beneficencia” fijada por William Frankena (Frankena, 1973):

- 1) No infligir mal o daño al paciente
- 2) Prevenir el daño
- 3) Eliminar el daño
- 4) Promover el bien

Sería interesante analizar la maternidad subrogada a la luz de estas obligaciones que establecen como primer filtro no infligir mal o daño al paciente que sería la madre gestante. Lamentablemente el riesgo de distintos daños físicos y psicológicos en la mujer por el embarazo de un bebé que después será separado de la misma, existe y es real por lo que no podría asegurarse totalmente que la maternidad subrogada supere este primer filtro. En segundo lugar la prevención del daño consistiría en no exponer al organismo y cuerpo de la mujer a tamaños riesgos a cambio de una cantidad de dinero y ningún médico o personal de la salud debería contribuir con esta práctica, si es consciente de todos los efectos que puede causar. Se crean vidas para “promover el bien” de los padres

comitentes, al satisfacer su deseo de tener un hijo, a costa los daños psicológicos que se ocasionan a las mujeres gestantes y a los niños por nacer, daños que incluso afectan a los niños nacidos por este método, puesto que al crear vidas indiscriminadamente y entregarlas a extraños sin ningún tipo de regulación ni evaluación previa ni posterior, exponemos a estos niños a que puedan ser víctimas de trata de personas, explotación, entre otros riesgos. En general, se ha dejado de lado la unidad de la persona y como he señalado, no se tiene la certeza que esta práctica pueda superar siquiera alguna de las obligaciones que integran los principios bajo análisis, en ese sentido, no debería practicarse y mucho menos sin un marco normativo que permita, al menos, garantizar los derechos de las mujeres que se someten a estos procedimientos

#### 2.2.4. **Principio de Justicia:**

Este principio expresa el deber de imparcialidad en la distribución de los riesgos y los beneficios en la asignación de recursos y servicios biomédicos. No significa que se debe tratar a todos por igual, puesto que las circunstancias clínicas y sociales son diversas, muy por el contrario, expresa el deber de ayudar en especial a la parte más vulnerable o que tenga mayor necesidad. Este principio no solo obliga a los profesionales de la salud, sino que además impone una obligación al Estado, para que a través de su función fiscalizadora pueda proteger a aquella población vulnerable que pueda ser utilizada en cualquier tratamiento médico abusando de su vulnerabilidad, mediante la creación de un ordenamiento jurídico que proteja a las partes más vulnerables y evite cualquier tipo de abuso. En esta línea de ideas, la maternidad subrogada, ya sea realizada por inseminación artificial o por fecundación in vitro, es realizada en detrimento de una las partes que siempre es la madre gestante. No se respeta el principio de Justicia en el ámbito biomédico cuando no se realiza un análisis previo de la distribución de riesgos y consecuencias entre las partes intervinientes en el tratamiento y cuando en el caso de existir un perjuicio este no sea debidamente justificado. En la subrogación tenemos por un lado una parte que obtiene lo que quiere, un hijo y que únicamente tendrá que entregar dinero a cambio, pero en la otra parte tenemos a una mujer en circunstancias de vulnerabilidad por

extremas necesidades económicas, desigualdad social, analfabetismo, falta de conocimiento de las condiciones del contrato y sus consecuencias, entre otras, que gestará a un bebé para luego entregarlo a terceras personas que se desentenderán de lo que le pueda pasar a la madre gestante después de haber recibido al niño, dejándola como un objeto luego de ser usado con el desgaste físico que supone el embarazo, el trauma psicológico que puede causar desprenderse del niño y muchas otras consecuencias que solo podrán ser visibles a medida que pasen los años y estas se manifiesten, por lo que cabe preguntarse, ¿El monto pagado por la primera parte (padres comitentes) es realmente proporcional a los riesgos y consecuencias que deberá sufrir la segunda parte (madre gestante y familia)? Lamentablemente la mayoría de mujeres que acceden a ser madres gestantes se encuentran en situaciones de económicas muy precarias por lo que los padres comitentes o las agencias que realizan el contrato abusan de estas circunstancias para pagarles un monto irrisorio; aún si se diera en circunstancias equitativas, surge la siguiente pregunta: ¿Se puede fijar un precio por la vida de un ser humano?

Hasta este punto hemos realizado un recuento de los principios Bioéticos relacionados al tema de investigación y que tienen respaldo constitucional, a continuación, determinaremos los principios constitucionales con los que encuentran respaldo los principios bioéticos anteriormente explicados.

### **2.3. Contenido implícito de los principios bioéticos en los derechos fundamentales:**

Eduardo Luis Tinant señala que el objetivo de la bioética es armonizar el uso de las ciencias biomédicas con los derechos humanos, los mismos que, reconocidos en la Constitución de cada país, se convierten en derechos fundamentales (Tinant, 2012). Sin embargo, los principios bioéticos por sí solos no alcanzan para asegurar el respeto de la persona y la vigencia irrestricta de los derechos fundamentales, pues no son exigibles individualmente o de manera abstracta, sino que es necesario establecer una relación entre los principios bioéticos y los derechos fundamentales para poder exigir su respeto. Así las cosas, es necesario que el marco normativo que regule la maternidad subrogada tenga en cuenta los

principios bioéticos que encuentran su respaldo en principios y derechos constitucionales.

A mayor interactividad entre los principios bioéticos y los derechos fundamentales, el derecho será más dinámico y tendrá un rol más activo, no para detener el desarrollo de las nuevas tecnologías biomédicas, sino para orientarlo, regularlo y controlarlo, para garantizar los derechos fundamentales de las personas que utilicen estas nuevas tecnologías. En algunos casos, será necesario prohibir determinadas prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, libertades fundamentales y derechos fundamentales.

Así las cosas, corresponde establecer la correlación o el contenido implícito de los principios bioéticos en los derechos fundamentales. El jurista Cesar Landa Arroyo señala que *“la dignidad humana es un principio rector de la política constitucional, en la medida que dirige y orienta positiva y negativamente la acción legislativa, jurisprudencial y gubernamental del Estado”* (Landa, 2000). En este sentido, cuando existe una disposición legislativa, judicial o administrativa contraria al mandato de respetar la dignidad humana, el maestro Landa señala que también debe ser considerada como una infracción constitucional en la medida que vacía de contenido sustantivo al quehacer del Estado, que no solo supone la defensa del hombre, sino que además el desarrollo de la persona humana (Landa, 2000).

La dignidad humana constituye un principio fundamental del ordenamiento constitucional peruano que puede inferirse de las referencias de los artículos 1° y 3° de la Constitución. En efecto, el artículo 1° establece lo siguiente: *“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”* (Constitución Política del Perú, 1993). Por su parte el artículo 3° lo menciona como principio del que pueden derivarse derechos fundamentales innominados. En esta inteligencia, podemos afirmar que si el fin supremo de la sociedad y del Estado es el respeto de la dignidad por la persona humana, cualquier práctica que pretenda utilizar a la persona como medio y no como fin vulnera este derecho establecido en la Constitución Peruana. Por lo tanto, garantizar el respeto de la dignidad humana contiene implícitamente el deber de respeto al *Principio Bioético de No Instrumentalización*, que

justamente, como hemos visto líneas arriba, busca que la persona sea tratada como fin en sí misma y no como un simple medio.

Por su parte el Artículo 2° de la Constitución Política del Perú, establece en su inciso 1 *“Toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.”* (Constitución Política del Perú, 1993); el cual, considero, contiene una relación directa con el Principio de Beneficencia y No Maleficencia, puesto que de acuerdo a la gradación de obligaciones establecida por la doctrina, el deber de *“no hacer o infligir daño”* y *“prevenir el daño”* al paciente se encuentran como las dos primeras obligaciones de este principio, y como última obligación la de *“hacer el bien”*. En este orden de ideas en el esquema de maternidad subrogada si partimos de la relación de desigualdad entre las partes y el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la madre gestante, podemos decir que se procura el bien únicamente para la pareja de padres comitentes y ellos ni siquiera son los pacientes. Lamentablemente no se utiliza la gradación de obligaciones de este principio para la verdadera paciente que es la madre gestante pues es quien recibirá el tratamiento, y por lo tanto no se procura el bien para ella pues se le somete a tremendo desgaste físico y emocional al someterla a un parto por una retribución económica que realmente no equivale ni en un mínimo porcentaje de todos los males que puede enfrentar en el futuro la madre gestante. Lo ideal sería que este procedimiento pase por el filtro de las obligaciones de este principio, es decir que primeramente se determine si esta práctica constituye un daño, ya sea actual o a futuro para la madre gestante, si es que se considera que esta práctica no genera ningún daño, entonces tendría que pasar el segundo filtro que es prevenir el daño, en ese sentido, la evaluación psicológica será fundamental en este punto puesto que se deberá determinar, de acuerdo con su patrón de conducta, si la mujer podrá tener algún trastorno en el futuro por el acto de entregar a su hijo a terceras personas, y finalmente se podrá pasar al último filtro que es el de procurar hacer el bien que en el escenario de un contrato de maternidad subrogada únicamente significaría que la madre gestante obtenga un beneficio que efectivamente sea equivalente o mayor a todos los sufrimientos y perjuicios que puede sufrir, sin embargo la experiencia nos dice que no existe una cantidad suficiente que pueda compensar todo lo que ha

pasado y lo que le falta por afrontar a la madre gestante. Debo aclarar que únicamente se está realizando el análisis del filtro de obligaciones respecto a la madre gestante puesto que respecto a la otra parte que es afectada por este tratamiento, es decir el niño por nacer, es otra historia mucho más compleja. En este sentido, podemos concluir que el derecho a la integridad moral, psíquica y física, libre desarrollo y bienestar contiene implícitamente el Principio Bioético de Beneficencia y No Maleficencia.

Respecto al derecho de igualdad ante la ley podemos distinguir en él, dos tipos de igualdad, la igualdad formal y la igualdad sustancial (Eguiguren, 1997), respecto a la última, lo que pretende es ser un mandato encaminado a establecer la obligación de que la ley tienda a crear igualdad de condiciones y oportunidad de para las personas y la primera propone concretizar lo propuesto por la igualdad sustancial mediante la adopción de medidas positivas o afirmativas que conduzcan a la creación de una real igualdad de oportunidades. Es una autentica obligación de hacer y de actuar a fin de obtener determinados resultados sociales (Eguiguren, 1997). Un claro ejemplo de ello es la redacción del tercer párrafo del Artículo 13 de la Constitución de Colombia de 1991 que señala lo siguiente: “(...) *El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan*” (Constitución-Colombiana, 1991), en el texto constitucional peruano no existe tal obligación; sin embargo ha sido el máximo intérprete de la constitución en dilucidar esta obligación a través de reiterada jurisprudencia. Esta protección especial a aquellos que se encuentran en situación de vulnerabilidad se relaciona directamente con el Principio Bioético de Justicia ya que este determina que no se debe tratar a todos por igual ya que las circunstancias sociales y económicas son diferentes, sino por el contrario que se equiparen las balanzas y se otorgue una especial proporción para las personas que requieren de mayor protección. Asimismo como ya hemos visto líneas arriba, este principio pretende distribuir de manera equitativa los riesgos y beneficios de los tratamientos médicos a suministrar. Así las cosas, debemos analizar si en un supuesto escenario de un contrato de maternidad subrogada se están distribuyendo de manera equitativa los riesgos y beneficios entre la partes intervinientes. La respuesta es no, debido a que la maternidad subrogada implica

mayores riesgos y costos personales frente a los beneficios que obtiene la madre gestante y los padres comitentes. Por lo tanto al no existir una regulación de la maternidad subrogada en el Perú que pueda garantizar el derecho a la igualdad y el principio de justicia, este derecho está siendo vulnerado.

Finalmente, corresponde analizar la correlación del Principio bioético de Autonomía con un principio y derecho constitucional. Ahora bien, respecto a este considero que existe una doble relación con el derecho a la libertad personal establecido en el inciso 24 del artículo 2 de nuestra Constitución (Constitución Política del Perú, 1993), ya que ambos procuran nada menos que respetar la libre elección de la persona que se someterá a un tratamiento médico y con el derecho a la libertad de información establecido en el inciso 4° del artículo 2° de nuestra Constitución Política. Lo primero debido a que es evidente que el ejercicio de la autonomía no es otra cosa que una garantía del derecho a la libertad; sin embargo ¿ejercemos plenamente el derecho a la libertad cuando tomamos decisiones sin total conocimiento sobre lo que esta decisión implica?, No lo hacemos, pues para que exista el pleno ejercicio del derecho a libertad deberíamos ser conscientes de todas las implicancias de dicha decisión, esto es saber cuáles serán las consecuencias inmediatas y también a largo plazo. Asimismo implica tener la certeza sobre la consecuencia de nuestros actos y a cuantas personas puede afectar. En esta línea de ideas, la práctica de maternidad subrogada no ofrece estas condiciones para que se ejerza correctamente el derecho a la libertad o para que se vea respetado el principio de autonomía, ya que partiendo nuevamente de la relación de desigualdad que existe entre las partes aquella menos favorecida, la madre gestante, es en muchas ocasiones una persona analfabeta, proveniente de zonas rurales sin acceso a la educación, o simplemente no tiene un real conocimiento de todas las implicancias que esta práctica supone, expresa su autonomía en un contexto de desesperación y vulnerabilidad, es decir, el beneficio que persigue el principio de autonomía se convertiría en un perjuicio que sería la explotación de su desesperación, circunstancias que no permiten que sea totalmente consciente o autónoma a la hora de tomar la decisión de hacerlo. Si a ello le sumamos que las clínicas o agencias encargadas de realizar el procedimiento no ponen a su disposición toda la información necesaria que se requiere para firmar el consentimiento informado nos encontramos evidentemente frente a una posición desinformada

que no tomará una decisión basada en información real y por lo tanto no ejercerá plenamente el derecho a la libertad o respetara el principio de autonomía.

Sin lugar a dudas, al ser el respeto de la dignidad humana la piedra angular de nuestra Constitución Política, todos los principios bioéticos mencionados encuentran una relación directa con ella justamente porque el fin supremo de estos principios es siempre: el respeto de la dignidad de la persona humana.

Por último, es necesario observar que la relación de los principios señalados por sí mismos aún no proporcionan una solución real para los problemas bioéticos, únicamente nos indica que para resolver estos problemas debemos encontrar un sustento constitucional y así puedan ser tomados en consideración. Para obtener soluciones reales a la problemática de la maternidad subrogada es necesario el establecimiento de “reglas”, normas inspirados en estos principios que nos orienten frente a un problema determinado. Estas normas han de obtenerse a partir de la correlación de estos principios. Porque los principios no tienen un supuesto de aplicación como lo tienen las reglas, no ordenan o prohíben o permiten que se haga algo concreto solo indican a quien tiene que decidir que debe tender a conseguir tal objetivo o a realizar tal exigencia de justicia. Por ello, en el caso concreto de la problemática de la maternidad subrogada y su falta de regulación, se deben crear normas que inspiradas en estos principios bioéticos y con respaldo constitucional establezcan una posición definitiva para su práctica ya que la inobservancia de los mismos también genera la vulneración derechos fundamentales.

### **Capítulo III: Vulneración de derechos fundamentales en la Maternidad Subrogada**

#### **3.1. Vulneración de los derechos de la mujer**

##### **3.1.1. Explotación de la mujer en condiciones de vulnerabilidad**

De acuerdo a la definición de la Real Academia Española, la explotación es el acto de *“utilizar abusivamente en provecho propio el trabajo o las cualidades de otra persona”* (Real Academia Española, 2019). Otras definiciones añaden el siguiente elemento *“a cambio de una compensación abusiva”* pues no refleja el costo real del trabajo al que se somete a la otra parte. En la maternidad subrogada hablamos de explotación puesto que se utiliza el cuerpo de una mujer como un medio o dicho más coloquialmente como una “máquina de bebés” para poder

satisfacer el deseo de terceras personas de tener hijos. Es cierto que en algunos casos existe el pago de una retribución por el acto de gestación; sin embargo, este pago no refleja el costo real y desgaste que implica un embarazo con meses previos de preparación hormonal, nueve meses de gestación y toda una vida de consecuencias.

Para empezar, debo aclarar que no apruebo que la creación de una vida humana tenga un costo pues comercializa este acto natural convirtiéndolo en una creación del hombre que también puede ser deshecha, no obstante, si tendríamos que determinar una cantidad de dinero como retribución, pues indudablemente tendríamos que tomar en cuenta aspectos como una suerte de “depreciación” o dicho de una manera más apropiada, el desgaste físico del cuerpo de la mujer por el embarazo, las posibles secuelas físicas que dejará el embarazo, el número de embarazo de la mujer gestante, las posibles consecuencias psicológicas en la mujer gestante, el lucro cesante de la mujer gestante durante el tiempo de embarazo, el impacto psicológico en su familia, las consecuencias futuras de los procedimientos médicos que se realizarán a fin de implantar el embrión en el útero de la madre gestante, los efectos de los procedimientos hormonales previos para preparar el cuerpo de la mujer y el impacto posterior en su salud, la donación de material genético, si es el caso, los riesgos en los que podrían incurrir a causa del embarazo, entre otros. Sin embargo, actualmente la retribución económica que se ofrece no considera ninguna de las variables antes señaladas ni tampoco es calculada bajo ningún parámetro, muy por el contrario el monto que se le pagará a la madre gestante es fijado unilateralmente por la agencia intermediaria o la pareja comitente y a la futura madre gestante solo le queda aceptar la cifra pero nunca se le da la oportunidad de negociar la cantidad. Constituye un abuso en la medida que para una mujer en condiciones de vulnerabilidad y necesidad económica, a la que se le ofrece una, relativamente alta, cantidad de dinero que puede ser entregada inmediatamente y que considera como su única oportunidad de mejorar económicamente, resultaría una suerte de engaño en la que aprovechando su especial situación de vulnerabilidad y abusando de la situación de poder que tiene la otra parte, la mujer se ve

obligada a aceptar esta propuesta sin poder negociar al respecto, al no tener ninguna otra opción que pueda solucionar sus problemas tan rápidamente como esta.

Aunque el embarazo es naturalmente una etapa sublime para las mujeres, este trae consecuencias consigo, consecuencias que en algunos casos únicamente son visibles años después. Sin embargo, en un contrato de maternidad subrogada no se toman en cuenta ninguna de estas variables, únicamente se fijan sumas que al momento de la negociación parecen ser suficientes puesto que son cantidades de dinero considerablemente altas entregadas en efectivo pero que en realidad son cifras abusivas en comparación del costo real en el que se consideran todas las variables antes señaladas. Generalmente las mujeres que son parte de estos contratos de maternidad subrogada, son mujeres de escasos recursos, en situación de vulnerabilidad que necesitan dinero en “grandes cantidades” inmediatamente, por lo que acceden, casi por desesperación a esta práctica, son las agencias de maternidad subrogada que se encargan de buscar perfiles similares de mujeres en estas condiciones a las que les sea difícil negarse ante tal propuesta, pero ¿por qué recurren a contextos de marginalidad con brechas de educación y desigualdad de la ciudad para buscar potenciales madres gestantes? o ¿por qué no realizan una convocatoria pública para que sea de pleno conocimiento y cualquier mujer de cualquier estrato social pueda optar por ser una madre gestante? La respuesta es muy sencilla: porque una mujer que no se encuentra en situación de vulnerabilidad es o al menos se espera que sea consciente de todas las implicancias de un embarazo y la creación de un ser humano que muchas veces tendrá su material genético, para que posteriormente sea entregado a terceras personas. Aun si alguna mujer que no se encuentre en condiciones de vulnerabilidad y que tenga una “igualdad de posición de poder” que los padres comitentes y la agencia de subrogación, opta por participar en este contrato, solicitaría una cantidad mayor a la que normalmente ofrecen por este acto puesto que es consciente o al menos ha pensado en las consecuencias que esto causaría en su vida. Justamente por ello, el “mercado de la maternidad subrogada” intenta presentar esta práctica a la comunidad nacional e internacional,

como un *“acto de bondad que no solo ayuda a los padres comitentes a cumplir su sueño sino que constituye el inicio de una nueva vida para la madre gestante por la compensación económica recibida”* (GIRE, 2017). Lamentablemente la realidad no puede estar más alejada del escenario propuesto ya que si analizamos la definición de explotación señalada al inicio de este título podemos verificar que esta práctica cumple con todos los elementos.

En primer lugar se utiliza el trabajo de otra persona (la capacidad reproductiva de la madre gestante) de una manera abusiva (puesto que la compensación económica que se paga por esto es irrisoria frente al costo real que causa la maternidad subrogada en la madre gestante) en provecho propio (generalmente cuando el contrato se realiza a través de una agencia o clínica, el provecho es para el dueño de la agencia pues realiza estas actividades con el ánimo de lucrar a costa de esta tercera persona y cuando es un contrato que se realiza directamente, el provecho sería evidentemente para los padres comitentes). Por ejemplo, de acuerdo a la información suministrada por el *“Vademécum Anti trata Perú 2015-2017”* (Capital Humano y Social Alternativo, 2017) solo en Arequipa existe un porcentaje de 14,6% de mujeres analfabetas, lo que nos permite evidenciar que existe un riesgo real para estas mujeres en situaciones de vulnerabilidad que en abuso de sus falencias como lo es el analfabetismo, se conviertan en madres gestantes sin saber cuáles son las implicancias reales de esta práctica, obteniendo una compensación abusiva, pero que es encubierta con un contrato o acuerdo con una aparente voluntad manifiesta de las partes.

La maternidad subrogada no solo es una forma de esclavitud moderna que explota la capacidad reproductiva de la mujer, sino que además representa la cosificación de la mujer y el repliegue de los derechos por los que durante décadas, las mujeres han luchado. La lucha por los derechos sexuales a los cuáles hacen referencia algunos grupos feministas no pueden verse más agraviados por este tipo de prácticas que se unen a la lista de despreciables prácticas que implican el control sexual de las mujeres abusando de su vulnerabilidad, asimismo, estos grupos han luchado por el derecho a decidir de las mujeres en materia de

derechos sexuales y reproductivos; sin embargo la maternidad por sustitución niega a las madres gestantes el derecho a decidir durante el proceso de embarazo y en la posterior toma de decisiones relativas a la crianza, cuidado y educación del niño por nacer.

Adicional a ello, el derecho de elección defendido por estos grupos, estará supeditado a las cláusulas contractuales que en aras de garantizar el cumplimiento de contrato, establecerá medidas punitivas a fin de que la mujer no pueda tomar ninguna decisión sobre su cuerpo durante hasta el término del contrato, aun si esto implica poner en riesgo su propia vida.

Desafortunadamente, el Estado permite este tipo de prácticas al no tener ningún tipo de regulación sobre la maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico y facilita el enmascarar esta práctica como algo normal que al no encontrarse prohibido o regulado, aparentemente, no causaría ningún perjuicio pues no contraviene ninguna norma.

### 3.1.2. Trata de mujeres con fines de explotación reproductiva

El Protocolo de Palermo establece en su Artículo 3 lo siguiente:

*“Por "trata de personas" se entenderá la **captación**, el **transporte**, el **traslado**, la **acogida** o la **recepción de personas**, recurriendo (...), **al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación**. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u **otras formas de explotación sexual**, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o **las prácticas análogas a la esclavitud**, la **servidumbre** o la **extracción de órganos**” (ONU, 2003)(negrita y subrayado es propio).*

La trata de personas es una triste realidad en nuestro país que lamentablemente incrementa sus cifras alarmantemente. Aunque en muchas ocasiones los casos de trata de personas no son denunciados como tal ya que las víctimas son captadas con engaños por lo que los familiares consideran que se trata únicamente de una desaparición ya que se fueron por “voluntad propia”. Esta cifra negra del delito no permite que puedan realizarse las investigaciones correspondientes o crear un

patrón que permita determinar cuáles son las principales causas o que por lo menos establezcan las directrices de actuación frente a un caso de trata de personas.

Estamos acostumbrados a escenarios dramáticos cuando hablamos de trata de personas; sin embargo, cuando analicemos la definición de trata de personas citada al inicio de este título podremos verificar que en efecto no es así, nos encontramos en tiempos donde la esclavitud moderna se presenta de diferentes maneras y que en muchas ocasiones puede ser confundida como un trabajo normal dadas las circunstancias de déficit de empleo en las que se encuentran las sociedades actualmente.

Así las cosas, para que configure un delito de trata de personas son necesarios los siguiente tres elementos copulativos: a) acción (captación, etc.), que en el caso de la maternidad subrogada serían todos los actos de aquellas agencias intermediarias orientados a captar a mujeres en situación de vulnerabilidad ofreciéndoles un “trabajo” que les hará ganar mucho dinero, b) medios (abuso de poder, etc.), evidentemente existe una situación de desigualdad de poder y información entre las agencias y las madres gestantes que en su mayoría pertenecen a zonas marginales o son analfabetas y no tienen conocimiento de todo lo que implica un contrato de esa naturaleza, y por último, c) los fines (explotación) que en este caso será la explotación de la capacidad reproductiva de las mujeres.

Es muy importante precisar que no es necesario que una sola persona cumpla con los tres elementos para que cometa el delito, es decir pueden ser diferentes personas las que realicen cada uno de los actos para que cometan el delito por individualidad de acciones con un mismo fin, la trata de personas. Como lo mencionamos líneas arriba, puede ser parte de esto desde la persona que captó a una mujer para que sea una madre gestante hasta el doctor que realizó la fecundación in vitro o inseminación artificial pues acogió y de hecho realizó la acción clave para que se cometa la ilicitud.

Tampoco es necesario el desplazamiento transfronterizo, puesto que puede ocurrir dentro de un país, con esto también podemos afirmar que no es necesario mantener en estricta privación de libertad a las víctimas de trata de persona, basta que exista una explotación basada en un abuso

de poder o de una situación de vulnerabilidad del que se obtenga un beneficio o provecho a expensas de estas mujeres para que esta se puede configurar.

El argumento de la libertad de decisión y el respeto del principio bioético de autonomía no encontraría sustento, ya que no existe la trata consentida. El derecho internacional de los derechos humanos siempre ha entendido que la inalienabilidad intrínseca de la libertad personal hace que el consentimiento no sea una consideración pertinente en estas situaciones, por lo que de acuerdo a lo señalado por los autores del Protocolo de Palermo sí se acredita la utilización, concretamente en el caso de la maternidad subrogada, del abuso de poder o de las circunstancias de vulnerabilidad, el consentimiento no se tendrá en cuenta y no podrá utilizarse como defensa (UNODC, 2017).

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, ha reafirmado en su Folleto Informativo N°36 (UNODC, 2014), que en el contexto de la trata de personas ciertos grupos necesitan protección adicional o especial, ya sea porque han sido víctimas de discriminación o porque los miembros del grupo comparten vulnerabilidad particulares. Específicamente existen algunos grupos de interés para los tratantes como las mujeres y las niñas, por su género debido a que pueden ser colocadas en situaciones de explotación, justamente por su género.

Lamentablemente en la maternidad subrogada el género es básicamente, un requisito en el contrato debido a que únicamente las mujeres pueden ser madres gestantes o sustitutas, por lo que se requiere tener una amplia disponibilidad de candidatas para que se conviertan en “incubadoras humanas” desafortunadamente al no existir ningún tipo de marco jurídico respecto a la maternidad subrogada en el Perú no podemos decir que está prohibido o que existen determinadas condiciones para realizarla que podrían evitar la trata de personas, por el contrario, el Estado al no adoptar ninguna posición oficial, solo abre una puerta para que grandes clínicas o agencias de maternidad subrogada operen libremente abusando de su posición de poder y captando a mujeres que se encuentran en situaciones vulnerables o con serios problemas económicos para que accedan a ser madres gestantes, las mismas que sin tener otra alternativa

tiene que aceptar el trato. Siendo más realistas, existe también el riesgo que no siempre se presenten intermediarios como estas agencias que propongan un contrato para la realización de esta práctica, sino que estas mismas o las clínicas son fachadas de redes de trata de mujeres, quienes debido a la coacción o amenazas que los tratantes puedan infringir sobre ellas, señalen que han aceptado las condiciones del contrato de forma voluntaria, cuando en realidad se encuentran privadas de libertad en alguna propiedad de la agencia durante los nueve meses que dura el contrato. Este tipo de conductas no solo parecen escenas extraídas de películas de terror, sino que son una realidad. Lamentablemente la experiencia de otros países e incluso la de nuestro propio país nos han mostrado como es posible encontrar en los titulares de los diarios de circulación, noticias que indiquen que la policía encontró una casa llena de mujeres entre los 20 y 30 años embarazadas quienes permanecen en esos lugares contra su voluntad. Uno podría pensar que es muy fácil determinar si una mujer ha otorgado realmente su consentimiento para la realización del contrato de maternidad subrogada debido a que se supone que la madre gestante tiene “constante contacto” con los padres comitentes; sin embargo ello no puede estar más alejado de la realidad, ya que la mayoría de veces son las agencias quienes se encargan de ser el punto de contacto entre la madre gestante y los padres comitentes e incluso en muchas ocasiones, las primeras tienen prohibido contactar a los segundos o viceversa si no se realiza con la presencia o en las instalaciones de las supuestas agencias.

Estas redes secuestran a mujeres con la finalidad de que puedan ser incubadoras humanas repetidas veces y con la finalidad de cumplir con el contrato, en algunos casos, tienen un periodo de descanso para la madre gestante de 8 meses entre cada embarazo, de tal forma que su cuerpo pueda recuperarse y volver a gestar a un bebé.

Los secuestros pueden ser incluso de acuerdo a determinado perfil físico que estén buscando los padres comitentes, sí es que se utilizara el material genético de la futura gestante. Resulta increíble pero pueden llegar a ofrecer catálogos de mujeres, para que, como si fueran un objeto,

los padres comitentes escojan a las mujeres con las características que quieren que sus hijos compartan.

Evidentemente si hablamos de padres comitentes del extranjero no objetarán este tipo de actos que evidencian la cosificación de la mujer, pues o asumirán que es una práctica común en el país o simplemente se convertirán en cómplices de estos delitos por no denunciarlos y se quedarán en “sus propios asuntos”.

Como vemos, es una gran ventana a la trata de personas, más aun si tomamos en cuenta que no existe ninguna posición oficial del Estado respecto a la maternidad subrogada, que nos permitiría adoptar medidas para prevenir y combatir la trata de personas para estos fines.

El Estado será responsable por aquellos actos u omisiones propias que incumplan las obligaciones que les impone el Protocolo de Palermo, y además no podrá eludir su responsabilidad por los actos de particulares, por ejemplo en el caso de trata de personas, cuando se haya demostrado su capacidad para influir en un resultado diferente y más positivo (UNODC, 2014). En el caso concreto, el Estado si tiene la capacidad para influir en el resultado y que este sea positivo, simplemente regulando esta práctica, supervisando los acuerdos o contratos para reducir el índice de casos de trata de personas. El Estado tiene y ha tenido desde hace muchos años la oportunidad de regular esta práctica que le permita de manera integral determinar las medidas orientadas a eliminar todos los riesgos que ella implica, como lo es la trata de mujeres o al menos a tener una serie de condiciones para su realización que permitirían tomar otro tipo de medidas para controlarlo; sin embargo, parece no ser una de las prioridades del Congreso, ya que como lo veremos más adelante, existen proyectos de ley, que sin pronunciarme sobre su viabilidad o pertinencia, se encuentran retenidos en alguna comisión o simplemente no tienen la atención que requieren.

Una obligación del Estado en relación a la erradicación a la trata de personas es adoptar todas las medidas razonables y necesarias para eliminar cualquier potencial riesgo que origine este fenómeno, por lo tanto si tenemos pleno conocimiento, por la experiencia de diferentes países como México, India, Tailandia, entre otros, que la maternidad

subrogada es un mercado que crea turismo reproductivo en los pocos países donde aún no existe una regulación explícita sobre la maternidad subrogada, en su mayoría tercermundistas, e incrementa la demanda de madres gestantes que origina que las mismas sean captadas mediante redes de trata de mujeres, ¿no sería necesario, dadas las circunstancias económicas y sociales de nuestro país, que se legisle sobre la maternidad subrogada de manera urgente? A fin de reducir los potenciales riesgos de casos de trata de personas con esos fines.

En efecto, una de las formas de prevenir la trata de personas es reduciendo la vulnerabilidad a la misma. En el Perú la pobreza es la causante, muchas veces, de llevar a algunas personas a correr riesgos y a tomar decisiones sobre su vida y su futuro de una manera distinta a como habrían obrado si tuvieran satisfechas sus necesidades básicas, la desigualdad, por su parte, es otro factor que contribuye a esa vulnerabilidad.

### 3.1.3. **Vulneración al derecho a la salud y la información por el supuesto “Consentimiento Informado” de las madres gestantes**

El Consentimiento Informado, (en adelante CI), es un procedimiento médico formal, que se instituyó en base a una doctrina surgida en la segunda mitad del Siglo XX, cuando se empezaron a hacer públicos los casos de abusos y malas prácticas médicas. A pesar de que tiene sus raíces legales en el Código de Núremberg en 1947 no fue sino hasta 1964 que se formuló la Declaración de Helsinki, cuando se convirtió en un documento obligatorio. El CI tiene como objetivo respetar el principio bioético de autonomía del paciente y preservar y garantizar el derecho a la libertad personal. En palabras del Dr. Oscar Vera Carrasco *“El CI es la aceptación de una intervención médica por un paciente, en forma libre, voluntaria y consciente, después de que el médico le ha informado de la naturaleza de la intervención con sus riesgos y beneficios respectivos”* (Vera, 2006).

Los pacientes deben reunir cuatro condiciones para que sus decisiones sean racionales y autónomas:

1. *“Disponer de una información suficiente*
2. *Comprender la información adecuadamente*

3. *Encontrarse libre para decidir de acuerdo con sus propios valores*
4. *Ser capaz para tomar la decisión en cuestión”*  
(Vera, 2006)

Es pertinente analizar los puntos 1 y 3 antes señalados. En este sentido cuando hablamos de información suficiente, nos referimos a aquella información necesaria para tomar la decisión en cuestión ya que el objetivo de la información es procurar que el paciente tenga una visión realista sobre todas las implicancias de su propio estado y por ende pueda tomar una decisión plenamente consciente. Para poder suministrar esta información a los pacientes es necesario que los médicos tratantes tengan conocimiento sobre los efectos que podrían causar el tratamiento a aplicar. En el caso de la maternidad subrogada, existe ya una vasta experiencia en el tema ya que esta práctica se viene realizando desde el siglo pasado, entonces para que la información que se otorgará a los pacientes cumpla con ser “suficiente y necesaria”, esta deberá contemplar todas las posibles consecuencias de la maternidad subrogada, datos que pueden ser obtenidos de acuerdo a las experiencias pasadas. Pero no basta con realizar una recopilación de datos únicamente de las experiencias del lugar donde se realizará sino de todas las experiencias que se han podido presentar a lo largo de la historia de la maternidad subrogada. Evidentemente este tipo de obligaciones no tendrían que ser impuestas a una determinada clínica de maternidad subrogada o agencia, pues podría perderse la imparcialidad y además que no es una labor que les corresponda, muy por el contrario esta labor de investigación tendría que partir del Estado, quien para fijar una postura frente al fenómeno de la maternidad subrogada tendría que empezar realizando la investigación correspondiente a las causas, consecuencias y efectos de la maternidad subrogada para que en base a ello pueda tomar una postura y de ser positiva y se permita su realización, así al menos una de las falencias de esta práctica será eliminada ya que las potenciales madres finalmente tendrán un conocimiento real sobre todas las implicancias a corto y largo plazo si acceden ser madres sustitutas.

A continuación, se presenta una lista del contenido mínimo de la información que considero necesaria para un correcto CI para los casos de maternidad subrogada:

- Descripción de las medidas de preparación u acondicionamiento del cuerpo para recibir la fecundación in vitro o la inseminación artificial y las posibles consecuencias que estas puedan tener.
- Descripción de la intervención o tratamiento que se realizará, y los órganos o partes del cuerpo comprometidas.
- Riesgos y molestias del tratamiento durante su ejecución.
- Consecuencias físicas y psicológicas a las que se enfrentará la madre gestante una vez finalizado el embarazo.
- Curso espontáneo que tendría el post embarazo luego de la separación del bebé de la paciente y las consecuencias que podría enfrentar.

En el supuesto que la posición del Estado sea la de permitir la maternidad subrogada en el Perú y en aras de garantizar el derecho a la información de la potencial madre gestante, considero prudente, ya que se trata de la creación de una nueva vida humana, que adicionalmente al consentimiento informado que únicamente contiene todas las implicancias médicas, se incluya un documento, diferente al contrato, donde específicamente se consagren todas las consecuencias jurídicas, físicas, psicológicas, sociales, entre otras a las que se enfrentarán estas mujeres en todos los posibles escenarios si manifiestan el deseo de conservar al niño por nacer al finalizar el embarazo, si desean mantener algún tipo de contacto en el futuro con el niño por nacer, entre otras opciones.

La necesidad de reforzar la figura del consentimiento informado particularmente en este tipo de procedimientos, se debe al impacto que la maternidad subrogada tiene sobre la madre pero también el niño por nacer. Respecto a la tercera condición: *“encontrarse libre para decidir de acuerdo a sus propios valores”* quiere decir que para que la decisión de la mujer sea autónoma y racional podemos evidenciar que nuevamente

nos encontramos frente a la interrogante ¿es totalmente libre la mujer que en desigualdad de posiciones de poder e ignorando la totalidad de consecuencias de la maternidad subrogada toma la decisión de realizarlo? Claramente no lo es. Para que se reúna esta condición, el CI debería ser otorgado libremente con el presupuesto de que exista igualdad de poder en la posición de todos aquellos que resultaran beneficiados o afectados por este tratamiento y sin ninguna vulnerabilidad o problema que puedan desfavorecer a la mujer gestante que provoque que pueda tomar esta decisión como resultado de ella. Por ejemplo si la mujer obtendrá una compensación económica que le permitirá comprar una casa, ni los médicos o la agencia de maternidad subrogada podrá solicitar el consentimiento de su paciente planteándole la disyuntiva de firmar o no ser capaz de utilizar el dinero de la compensación para comprar la casa que necesita para su familia.

Existen algunas limitantes a la voluntariedad que podrían viciar la decisión “libre” de la paciente, estos vicios de la voluntariedad de las personas son tres: la persuasión, la manipulación y la coacción. De estas tres, la manipulación es una de las formas que se utiliza de manera más concurrente para que el CI sea firmado por las pacientes. En el marco de la maternidad subrogada, generalmente, los médicos que realizan la fertilización in vitro o la inseminación artificial son parte de la organización creada con fines de lucro para crear vidas que posteriormente serán entregadas a terceros. Estas organizaciones pueden ser agencias o clínicas, que obtienen cuantiosas ganancias por cada uno de los procedimientos que realicen. Es por ello que en algunas desafortunadas ocasiones el personal de salud induce a la paciente mediante el uso de argumentos “razonables” y hasta incluso filantrópicos cuando encuentra que alguna paciente tiene dudas al respecto para la aceptación de la fertilización in vitro o de la inseminación artificial. Pero estos argumentos son razonables porque generalmente se manipula la información, se falsean datos, se desfiguran y hasta en algunos casos se ocultan la verdadera información. También existe la manipulación emocional en la que se traslada el dolor de no poder tener hijos de los padres comitentes a la futura madre gestante y por la cual la mujer siente

un profundo deber y compromiso de ayudar a esta pareja independientemente de la compensación económica. Es necesario mencionar que para ejercer manipulación no es necesario llegar a la amenaza ni a la restricción. Cualquier tipo de manipulación, desvirtúa la voluntariedad de la decisión.

Un estudio realizado en Nueva Delhi, India durante los meses de Diciembre de 2011 a Diciembre de 2012, señaló que ninguna de las madres gestantes podían responder cuando se le preguntaban aspectos sobre la fertilización in vitro realizada o sobre la inseminación artificial realizada, preguntas como cuántos embriones fueron transferidos a su útero, o las posibles complicaciones fetales o cuáles serían las posibles complicaciones físicas para ellas originadas por un aborto espontáneo (Tanderup, Reddy, Patel, & Nielsen, 2015). Incluso, cuando se entrevistó al médico encargado de realizar las técnicas de reproducción asistida sobre la información otorgada sobre la cantidad de transferencia de embriones que se realiza o la eliminación de los que “ya no serán necesarios” este contestó:

*“No, nosotros nunca les preguntamos y mucho menos les informamos sobre cuántos embriones van a ser transferidos. Ellas son iletradas, chicas sin educación... Pero si les decimos que vamos a realizar una transferencia de embriones a sus vientres y ellas se ponen muy felices cuando tienen mellizos o gemelos porque van a tener más dinero”* (Tanderup, Reddy, Patel, & Nielsen, 2015)(traducción propia).

La cantidad de embriones transferidos resulta importante, debido a que existen estándares internacionales que determinan que la cantidad máxima de embriones a transferir para, reducir riesgos en la salud de la madre gestante, son tres; sin embargo, la realidad es diferente ya que la logística de estos procedimientos es costosa, se procura que la primera transferencia de embriones, sea exitosa definitiva y para garantizar esto se transfieren hasta cinco embriones que representa un gran riesgo para la salud de la madre gestante. Peor aún, en algunos casos estas decisiones dependen de los padres comitentes.

Otro aspecto cuestionable del consentimiento informado en la Maternidad Subrogada, es la eliminación o reducción fetal, este punto debe estar claramente explicado y detallado en el consentimiento informado, así como todas las implicancias del mismo.

La eliminación o reducción fetal se da como consecuencia de una exitosa transferencia de múltiples embriones; sin embargo, cuando los padres comitentes manifiestan su deseo de continuar el proceso pero solo con un embrión, se sugiere la eliminación de los demás embriones, esta decisión, sus implicancias y consecuencias debería ser puesta en conocimiento y autorizada por la mujer gestante ya que ella será la directa afectada, sin embargo, los médicos en conjunto con los padres comitentes son los encargados, generalmente de tomar esta decisión (Tanderup, Reddy, Patel, & Nielsen, 2015).

También es necesario extender el consentimiento informado a las fases previas a la implantación del embrión, como por ejemplo, la hiperestimulación ovárica, procedimiento que induce una ovulación múltiple mediante medicaciones hormonales (Institut Marqués, 2019), y los riesgos de salud derivados de esta práctica.

#### 3.1.4. **Vulneración a la integridad física y psicológica de la mujer gestante**

##### **3.1.4.1. Consecuencias en la salud física de la mujer gestante**

Aunque las mujeres están preparadas físicamente para gestar un bebé, esto no debe ser óbice para que sus cuerpos puedan ser utilizados como maquinas. El origen de una nueva vida y su desarrollo en el vientre de una mujer conllevan una serie de cambios en el cuerpo donde está ocurriendo este proceso. En general el embarazo siempre va acompañado de cambios fisiológicos importantes que tendrán diferente impacto de acuerdo a las circunstancias médicas específicas de cada paciente. Durante la gestación se podrán presentar con mayor frecuencia los siguientes cambios fisiológicos que son los que se presentan “en cualquier situación normal de embarazo”: respecto al sistema cardiovascular, el incremento del volumen plasmático, la frecuencia cardíaca y del gasto cardíaco (Domenech & Gatzoulios , 2006) hasta en un 50% en comparación con la mujer no gestante (Purizaca, 2010), el riesgo es mayor si se trata de una paciente con alguna cardiopatía

congénita o arritmia cardíaca (Domenech & Gatzoulios , 2006). Asimismo, el embarazo tiene implicancias farmacológicas ya que incrementan el volumen de distribución de medicamentos, de sobremanera los hidrosolubles (Tejada, Cohen, Font, Bermudez, & Schuitemaker, 2007) y también conduce a la disminución del hematocrito y de la concentración de la hemoglobina. La ganancia de peso en un promedio de 12.5 kg (Purizaca, 2010) por cada embarazo, es otra consecuencia directa de la gestación, la ganancia excesiva de peso está asociada a complicaciones como hipertensión arterial y riesgo de diabetes gestacional (Purizaca, 2010). Respecto a las modificaciones en el aparato urinario, se presenta con frecuencia un aumento en la longitud del riñón, de aproximadamente 1 a 1.5cm, en comparación con el riñón de la mujer no gestante debido a que se produce dilatación de la pelvis renal, cálices y los uréteres lo que provoca el aumento del espacio muerto urinario. Frecuentemente, la consecuencia de esto es la hidronefrosis que es la inflamación de uno o ambos riñones debido a que la orina no puede drenar del riñón y como consecuencia se acumula en él y a su vez predisponen al cuerpo a sufrir infecciones urinarias. Además, durante el embarazo se pierden aminoácidos y vitaminas hidrosolubles por la orina, en mayor cantidad que en las mujeres no gestantes (Purizaca, 2010) lo que puede generar enfermedades renales en el futuro. Respecto a las modificaciones en el tracto gastrointestinal, el estómago se modifica por la cercanía con el útero ocupado y el aumento de progesterona que disminuye los movimientos gástricos e intestinales tan necesarios para un normal funcionamiento, esto produce retraso en el vaciamiento gástrico y una mayor absorción del intestino de toxinas debido a la lentitud del tránsito intestinal (Purizaca, 2010). Respecto a las modificaciones en el sistema respiratorio, generalmente se producen modificaciones en las capacidades, volúmenes y ventilaciones pulmonares, esto puede causar disminución de la resistencia pulmonar hasta en 50%, mayor absorción de medicamentos y riesgo de epistaxis (Williamson, 2006) (Cunningham, y otros, 2005) (Tejada, Cohen, Font, Bermudez, & Schuitemaker, 2007), asimismo se modifican las medidas de la caja torácica debido al elevación del diafragma sufrido por el

espacio que ocupa el útero que alberga al bebé. Respecto a los cambios en la piel es una de las consecuencias que más aquejan a las mujeres gestantes, debido a que las hormonas del embarazo frecuentemente manifiestan sus cambios con mayor frecuencia a través de la piel. Con frecuencia se presentan las siguientes modificaciones, prurito localizado o generalizado y se acentúa conforme avanza la gestación (Cárdenas, Parra, & Riveros J, 2002) (Vaughanm & Black, 1999). Alteraciones pigmentarias como el cloasma, conjunto de manchas amarillentas, o melasma, grandes manchas causadas por hiperpigmentación. Y finalmente las tan conocidas estrías causadas por la distensión de la piel.

Adicionalmente a las complicaciones y modificaciones naturales que se presentan en el embarazo y que han sido mencionadas anteriormente, tenemos que advertir que la maternidad subrogada presenta complicaciones propias e independientes de su generación. Estas complicaciones son independientes a las primeras y lamentablemente aumentan el riesgo de la salud de la mujer, sus orígenes se dan en la técnica elegida para llevar a cabo la gestación. Como hemos visto previamente, pueden ser dos las técnicas de reproducción humana asistida utilizadas para estos fines, estoy hablando de la fertilización in vitro y de la inseminación artificial.

En ambos casos será necesario suministrar medicación para estimular la ovulación, la seguridad de esta medicación y su relación con el cáncer ha sido cuestionada por diversos estudios durante los últimos años (Ayhan, y otros, 2004) a pesar que no existen estudios epidemiológicos que lo demuestren, es innegable afirmar para la comunidad científica que los niveles tan altos de estrógeno pueden causar un mayor riesgo de cáncer de endometrio, niveles de estrógeno que son suministrados a las futuras madres gestantes para prepararlas para el embarazo o para obtener material genético.

La aspiración folicular, que es la extracción de los ovocitos de los folículos, presenta sus propios riesgos, la aguja de aspiración puede producir lesiones en los órganos pélvicos provocando serias complicaciones, como por ejemplo, hemorragia, lesiones de estructuras pélvicas, infección pélvica (Bennett, Waterstone, Cheng, & Parsons ,

1993), torsión de un anexo (Govaerts, Devreker, Delbaere, Revelard, & Englert, 1998), ruptura de quistes endometriósicos (Dicker, y otros, 1993) y hasta osteomielitis vertebral (Almog, y otros, 2000).

Otro de los estragos físicos del uso de técnicas de reproducción humana asistida para efectos de llevar a cabo la maternidad subrogada es el Síndrome de Hiperestimulación Ovárica, mencionado párrafos arriba, es una respuesta exagerada del ovario a los tratamientos de estimulación ovárica. Su gravedad puede variar, siendo leve cuando solo existe un aumento de tamaño ovárico o grave cuando existe un compromiso hemodinámico severo (Azcona, Campo, & Zabaleta, 2009). Todas las mujeres que se someten a una TERHAS tienen riesgo de sufrir este síndrome; sin embargo, depende mucho también los factores personales de cada paciente. Si bien es cierto es tipo de síndrome es aliviado en la mayoría de sus veces, si no existe un control continuo y detallado podría derivar en graves consecuencias físicas.

La transferencia de embriones también ocasiona un riesgo en la salud de las mujeres, aunque no existen lineamientos para establecer cuantos embriones se pueden transferir al útero de la madre gestante, en algunos países como Estados Unidos, el límite usual es de dos embriones por transferencia; sin embargo, al no existir un límite claro, existen otros países como Perú, India, Tailandia y México donde se transfieren hasta cuatro embriones al útero de la madre gestante para asegurar el éxito de alguno de ellos o incluso poder lograr la creación de dos bebés mediante un solo procedimiento.

El riesgo de la transferencia de embriones radica en dos vértices, el primero en la generación de embarazos múltiples ocasionados por la excesiva transferencia de embriones, ya que los embarazos múltiples presentan un 20% de riesgo adicional en comparación a los embarazos que no son múltiples. Las complicaciones más importantes relacionadas con los embarazos múltiples son las siguientes: preeclampsia, la diabetes gestacional, el parto pretérmino y la placenta previa. El segundo riesgo originado en la transferencia de embriones es la reducción embrionaria que es la interrupción selectiva del desarrollo de uno o varios fetos durante el embarazo. Esta técnica ha sido desarrollada en mayor medida

con el auge de las técnicas de reproducción humana asistida. Y esto es debido a que, como ya ha sido mencionada líneas arriba, los médicos que realizan estos procedimientos para asegurar el éxito de la técnica implantan entre dos y cinco embriones en la madre gestante sabiendo que cuenta con herramientas como la reducción embrionaria que le permitirá eliminar a los embriones que considere necesario y conservar los que necesita a fin de complacer a la o las persona(s) que asumirán la paternidad. El riesgo de esta técnica es que puede causar una infección ovular, partos pre términos, y evidentemente en el marco de la maternidad subrogada traumas psicológicos para aquellas madres gestante que se encuentran en contra del aborto y que, en algunos casos, no tenían conocimiento sobre esta decisión que en la mayoría de casos es tomada por terceros, ya sea el médico tratante o los padres comitentes.

Finalmente, una de las situaciones comunes en el caso de maternidad subrogada y recientemente demostradas por primera vez es el microquimerismo fetal, que es la invasión de células fetales en diversos órganos de la gestante: pulmones, riñón, corazón, hígado y cerebro (Rijnink, y otros, 2015), como conclusión de la investigación que descubrió la evidencia del microquimerismo, citada en el presente trabajo, se estableció que aún se estaban realizando las investigaciones correspondientes que determinen el grado de participación que estas células invasoras puedan tener en el desarrollo de determinadas enfermedades en las madres. El riesgo es mayor cuando hablamos de maternidad subrogada con material genético ajeno pues el riesgo de una posible invasión de células con diferente material genético se multiplica por dos.

#### **3.1.4.2. Consecuencias en la salud psicológica de la mujer gestante**

El embarazo es un cambio en la vida de la mujer que no solo tiene consecuencias físicas sino también psicológicas, porque durante nueve meses dos vidas estarán unidas compartiendo básicamente todo y recibiendo todos los estímulos que provengan del exterior del vientre. Este periodo es crítico en la salud mental de la mujer ya que tendrá que enfrentar un evento completamente nuevo para su cuerpo y adaptarse a los cambios que éste conlleve, esto puede provocar alguna manifestación

aguda, con disminución de las funciones yoicas, restricción temporal de la conciencia, reactiva y funcional, que actué sobre el yo, sin impactar en la estructura de la personalidad, que se considera como una inhibición o malestar psicológico (Gómez, Aldana, Carreño, & Sánchez, 2006). Sí existe influencia de presión social, este malestar puede manifestarse a través de ansiedad transitoria durante el embarazo, angustia por perder el bebé, sentimientos de inseguridad, dependencia e introversión (Gómez, Aldana, Carreño, & Sánchez, 2006).

Estas son algunas de las consecuencias psicológicas que sufre cualquier mujer embarazada, ahora imaginemos por un momento el escenario que se presenta en la maternidad subrogada. La madre gestante no solo atraviesa por las afectaciones antes señaladas y otras por su propia condición, sino que además deberá enfrentarse al hecho de entregar al niño o niña a terceras personas tan pronto como nazca y de acuerdo a las condiciones establecidas en el contrato.

Ahora bien, ¿Cuáles son las consecuencias de la separación del recién nacido de la madre gestante? El vínculo materno filial tiene su origen en la concepción, este vínculo une a la madre con el niño por el solo hecho de nacer de modo que las acciones de la madre tienen una directa influencia sobre su hijo y viceversa. Como hemos señalado, el vínculo tiene su origen en la concepción y genera lazos excepcionales desde ese momento, sin embargo no es sino hasta el quinto mes que la comunicación entre la madre y el niño por nacer se fortalece mediante los movimientos que la madre empieza a percibir (Bartolini, Pérez, & Rodríguez, 2014). La comunicación es de ambas partes durante el embarazo, ya que no solo la madre percibe los movimientos del niño por nacer sino que también el niño percibe las sensaciones de la madre, como la ansiedad, angustia, depresión, alegría y a su vez responde a ellas acelerando sus signos vitales (Bartolini, Pérez, & Rodríguez, 2014), por ejemplo.

El correlato neural de la emoción es el mecanismo psicológico en el que se desarrollan las emociones y pueden ser detectadas a través de técnicas de neuroimagen funcional, mediante la activación y desactivación de áreas cerebrales cuando la madre escucha o siente al niño en su vientre.

Los autores Bartolini, Pérez y Rodríguez, del texto “Maternidad Subrogada: Explotación de mujeres con fines reproductivos” citan a Zeki de la siguiente manera:

*“La relación de la madre con su hijo, dentro de los comportamientos sociales y emocionales, tienen un lugar específico de acción: el cerebro social, que une las estructuras de los hemisferios cerebrales. Esta unión posibilita la acción cerebral vinculada con los estímulos elementales en las relaciones sociales. Es decir, la experiencia que vive la madre con su hijo genera un tipo de actividad específica en el cerebro social por parte de la madre. La técnica de neuroimagen tiene como evidencia que la madre, al ver una foto de su hijo de pocos meses, hace que se enciendan áreas del sistema cognitivo-afectivo relacionadas con la recompensa, apagándose las relacionadas con los juicios negativos (Bartolini, Pérez , & Rodríguez , 2014)”*.

Importante es mencionar que la activación de estas áreas cerebrales forman parte del desarrollo cognitivo del niño por nacer y que están relacionados con su estabilidad emocional, por lo que su deficiencia o incorrecta activación podrían provocar desequilibrios en la salud del niño. Estos complejos procesos bioquímicos, físicos y emocionales, establecen una relación de identidad entre el niño y la madre gestante que contribuyen a la construcción del vínculo materno-filial. Evidentemente, al ser procesos tan complejos y naturales no pueden establecerse cláusulas contractuales que prohíban a la madre gestante de formar dicho vínculo, pues como ya lo mencioné es un proceso natural, instintivo, que no depende de ninguna de las partes o del material genético que porte el niño por nacer, sino únicamente del sentido de pertenencia entre bebé y la madre gestante, desde la concepción hasta el parto.

La doctora Maria Berrospe ha señalado en una entrevista que la separación del bebé del cuerpo de su madre, provoca en el primero una desregulación que desembocará en “*cambios epigenéticos que afectarán su desarrollo neurológico*” (Berrospe, 2015), los efectos de esto no solo se verán a corto plazo, sino que adicionalmente se manifestaran a largo plazo en la etapa adulta a través de episodios de estrés o ansiedad, este y

otros efectos pueden ser contrarrestados si se sigue correctamente la doctrina *Zero Speration* (Bergman, 2014), que promueve la no separación del recién nacido con su madre gestante durante los primeros meses de vida.

El año pasado, The Centre for Family Research University of Cambridge UK, uno de los centros que más investigaciones ha realizado respecto a los efectos de la maternidad subrogada, publicó un estudio titulado “*The psychological well-being and prenatal bonding of gestational surrogates*” (Lamba, Jadva, Kadam, & Golombok, 2018) “El bienestar y el vínculo prenatal de las madres subrogadas”, la investigación se realizó en 50 madres gestantes subrogadas y 69 madres no subrogadas, a pesar de la mayoría de madres no subrogadas, los resultados fueron sorprendentes pero a la vez únicamente confirman lo que por años se temió, las consecuencias psicológicas en las madres subrogadas, y digo sorprendentes ya que algunos de los autores de esta investigación realizaron investigaciones previas donde afirmaban que los porcentajes de depresión post parto o secuelas o afectaciones psicológicas a las madres gestantes eran casi imperceptibles. Sin embargo, los resultados de la investigación señalada y también la más reciente sobre el tema, contradicen, en algún extremo, previas investigaciones. Esta investigación fue seriamente considerada por el gobierno de India debido que la maternidad subrogada se ha convertido, en ese país, en un gran mercado que incrementó la tasa de tráfico de mujeres, en este sentido fue y es clave para los encargados de legislar esta materia tengan la información real sobre las consecuencias de estos actos. Pues bien, sin más preámbulo, los resultados demostraron lo siguiente:

- **Depresión y ansiedad:** Existen niveles más altos de depresión en las madres subrogadas en comparación a un grupo de madres no subrogadas. Estos niveles de depresión más altos, no solo se evidenciaron en la mayoría de las entrevistadas durante el embarazo sino también después del nacimiento. Se mostraron niveles de depresión severa más altos en las madres subrogadas (Lamba, Jadva, Kadam, & Golombok, 2018). El principal motivo de la depresión fue la inseguridad del futuro del niño o niña.

- **Vínculos maternos con el feto:** Los resultados evidenciaron que las madres gestantes se sienten “obligadas” a no formar vínculos maternos con el bebé por nacer, lo que provoca un sentimiento de frustración en ellas. Esta obligación se fortalece con las terapias psicológicas a las que la mayoría asistió durante el embarazo para no formar vínculos con el bebé. Los resultados también muestran que las madres subrogadas tienen un especial cuidado con los bebés por nacer que el otro grupo de madres no subrogadas (Lamba, Jadvá, Kadam, & Golombok, 2018).
- **Consecuencias psicológicas durante el embarazo:** Todas las madres subrogadas escondieron su participación en el contrato de maternidad subrogado frente a terceras personas, debido a la vergüenza y estigma que pueda generar, algunas, en el afán de ocultar esta situación, se mudaban a las famosas “granjas de bebés” para pasar los 9 meses del embarazo escondidas, pero, en algunos casos, esto generó posteriores problemas con sus familias. Es necesario mencionar que de los resultados de la investigación existen mujeres que señalaron que no sintieron el apoyo suficiente durante el embarazo y otras que consideraban que el pago por la gestación y sus implicancias, era insuficiente (Lamba, Jadvá, Kadam, & Golombok, 2018).
- **Consecuencias psicológicas después del nacimiento:** Todas las madres subrogadas manifestaron el deseo de conocer a los padres comitentes y a al bebé; sin embargo y lamentablemente, esto no fue así en todos los casos debido a las diferentes cláusulas contractuales a las que se habían sometido. El 64% de las madres subrogadas, es decir dos tercios, no vieron al bebé después del nacimiento ni tampoco conocimiento a los padres comitentes después del nacimiento, ellas mismas afirmaron sentir incertidumbre acerca del futuro del bebé y de si se les permitiría o no conocer a los padres comitentes. Aquellas que tuvieron la posibilidad de conocer a los padres comitentes indicaron que fue un encuentro únicamente de 5 a 20 minutos y que siempre fue supervisada por un miembro de la clínica o agencia de subrogación (Lamba, Jadvá, Kadam, & Golombok, 2018), la normalización y

aceptación de esta práctica de no tener contacto y que de tenerlo sea supervisado por una persona, podría generar la sospecha que nos encontremos frente a casos de trata de personas ya que las madres gestantes nunca expresarían su voluntariedad con los padres comitentes ni tampoco les podrían solicitar ayuda debido a la constante vigilancia que ejercen sobre ellas.

- **Factores asociados con el bienestar de las madres subrogadas:** Se encontró que un menor apoyo percibido durante el embarazo o el sentimiento de vergüenza por ser parte de este contrato y consecuentemente esconderse de las sociedad, predice significativamente una mayor depresión en las madres subrogadas después del nacimiento del bebé (Lamba, Jadva, Kadam, & Golombok, 2018).
- **Compensación económica:** Por último uno de los resultados más interesantes, es que las madres subrogadas indicaron que ningún pago o compensación económica facilitó su bienestar psicológico o durante o después del embarazo (Lamba, Jadva, Kadam, & Golombok, 2018).

Los investigadores entienden que una de las partes más vulnerables de este contrato además del niño por nacer es la mujer y considera que aún si la maternidad subrogada se permite únicamente con un fin altruista y entre familiares cercanos, la realidad podría conllevar a que estos lazos personales y afectivos se conviertan en una obligación para las mujeres con familiares que deseen tener un hijo, ya que al no existir otra posibilidad de acuerdo a la ley, deberán ser ellas las que lleven a cabo la gestación. La regulación de la maternidad subrogada en India ha sido criticada durante muchos años pues al no tener ninguna prohibición o regulación expresa, como sucede con Perú, se ha convertido en uno de los principales destinos de turismo reproductivo.

Finalmente, una de las recomendaciones que propone esta investigación es que se regule correctamente las intervenciones de las agencias y clínicas que intervengan en estas prácticas, ya que muchas veces son ellas las responsables de los daños psicológicos que sufren las madres gestantes, de la misma forma sugieren que es necesario establecer

el nivel de participación de la madre gestante después del nacimiento del niño, el mismo que debe ser establecido por la madre gestante ya que esto obedece al bienestar de la madre gestante y el niño debido a los cambios fisiológicos y psicológicos que el embarazo provoca. También recomiendan que se realice un examen psicológico más detallado de las potenciales madres gestantes antes de firmar el contrato puesto que al no realizar estas evaluaciones previas se corre el riesgo de afectar seriamente la salud psicológica, por ejemplo, de una mujer que padezca depresión y el impacto de la separación del niño después del nacimiento podría generar graves consecuencias psicológicas pero también físicas (Lamba, Jadva, Kadam, & Golombok, 2018).

### **3.2. Vulneración al Principio de Interés Superior del Niño**

#### **3.2.1. Vulneración al derecho a la integridad física del niño concebido por maternidad subrogada**

Se han realizado investigaciones que han determinado las consecuencias que pueden causar las técnicas de reproducción humana asistida en la salud de los niños por nacer, esto ha generado un debate en la comunidad científica precisamente por la salud de los niños por nacer lo que originó que se realicen más investigaciones en los niños concebidos por estas técnicas. La maternidad subrogada no puede ser lograda si no se utiliza alguna de las técnicas de reproducción humana asistida, ya que como hemos visto en capítulos precedentes, esta se puede realizar únicamente mediante el uso de estas técnicas, es por ello y en virtud de determinar cómo puede afectar esta práctica a la salud de los niños por nacer, que debemos conocer los principales estudios científicos publicados al respecto.

##### **3.2.1.1. Defectos Congénitos**

Los defectos congénitos son anomalías que se producen en el desarrollo estructural de algún órgano o sistema del cuerpo humano, durante el crecimiento o desarrollo de la vida intrauterina. De acuerdo a las investigaciones realizadas, existe un riesgo en la población general, del 3% al 4% (Alcazar, 2018) de que esto ocurra. Estos defectos pueden ser clasificados en mayores y menores, de acuerdo al grado de limitación que

presentan para el desarrollo normal y el tipo del defecto. Así pues, la mayoría de estudios han realizado las investigaciones respecto a los defectos congénitos mayores desarrollados por niños creados por técnicas de reproducción asistida, en este sentido se ha demostrado que el riesgo se incrementa en niños desarrollados por estas técnicas que frente a aquellos concebidos de manera natural. Los estudios de meta-análisis considerados por el Dr. Juan Luis Alcázar, quien realizó la presente investigación, corresponden a los años 2004 y 2018 que incluyen un total de 57 estudios publicados entre 1989 y 2017 (Rimm, Katayama, Díaz, Katayama, 2004; Hansen, Bower, Milne, de Klerk, Kurinczuk, 2005; McDonald, Murphy, Beyene, Ohlsson, 2005; Pandey, Shetty, Hamilton, Bhattacharya, Maheshwari, 2012; Wen et al., 2012; Hansen, Bower, 2014 Qin et al., 2015; Hoorsan et al. 2017; Giorgione et al., 2018; Chen., et al., 2018) (Alcazar, 2018).

Entre los resultados más importantes tenemos los siguientes datos:

- De 58,827 niños concebidos mediante TRA y 3,201,721 niños concebidos de manera natural, se observó un incremento de 1.29 veces de posibilidad de padecer una anomalía congénita entre los niños concebidos por TRHA y los de concepción natural (Alcazar, 2018).
- De 28,638 niños concebidos mediante TRHA, el riesgo de padecer defectos congénitos incrementa de un 30% a 40% (Alcazar, 2018).
- De 4,031 niños concebidos mediante TRHA y 4441 niños concebidos de manera natural, se observan que las anomalías congénitas se dan 1.41 veces más en los niños concebidos mediante TRHA que en niños concebidos de manera natural (Alcazar, 2018).
- De 315,402 niños concebidos por TRHA y 5,154,779 niños concebidos de manera natural el riesgo de padecer defectos congénitos se incrementa fundamentalmente para anomalías del sistema nervioso central (1.36 veces), cardíacas (1.46 veces), urogenitales (1.58 veces) y del sistema músculo-esquelético (1.35 veces) (Alcazar, 2018).
- De manera específica en relación a las anomalías cardíacas Tararbit y cols., han reportado que la anomalía cardíaca que tiene un riesgo

especialmente alto es la Tetralogía de Fallot ya que es casi dos veces más frecuente en niños concebidos mediante TRHA (Alcazar, 2018). Estos resultados, apenas son algunas muestras del universo de resultados considerados en la investigación realizada por el Dr. Juan Luis Alcázar, por lo que sí se desea ahondar en el conocimiento de mayores estadísticas o resultados, recomiendo la lectura de dicha investigación (Alcazar, 2018); no obstante, esta muestra ya nos permite afirmar que el riesgo de padecer un defecto congénito es considerablemente mayor en niños concebidos mediante TERHAS. De acuerdo al Dr. Alcázar, este riesgo oscila entre un 30% y un 70% de mayores probabilidades de padecer este tipo de problemas (Alcazar, 2018).

### **3.2.1.2. Problemas perinatales**

Los problemas perinatales son aquellos que se producen durante el embarazo, el parto o en el post parto inmediato. Los principales problemas perinatales y más frecuentes, que afectan a los niños concebidos por TERHAS, de acuerdo a diversas investigaciones son: parto pretérmino, bajo peso en recién nacidos, feto pequeño o demasiado grande para edad gestacional, retraso de crecimiento intrauterino y muerte perinatal (Alcazar, 2018).

Para efectos del presente trabajo se utilizaron algunos de los resultados obtenidos de la comparación de resultados de investigaciones previas realizada por el Dr. Juan Luis Alcazar, así pues, tenemos que:

- El riesgo de parto pre término aumenta en un 100% en niños concebidos por TRHA, el riesgo de parto antes de la semana 32 de gestación aumenta en 227% (Alcazar, 2018).
- El riesgo de nacimiento de niños de bajo peso aumenta en un 70% pero el riesgo de nacimiento de niños con muy bajo peso aumenta en 200% (Alcazar, 2018).
- El riesgo de un feto pequeño para la edad gestacional que le corresponde aumenta en 40%. Adicional a ello se observó que la mayoría de ingresos en Unidad de Cuidados Intensivos neonatal son de bebés concebidos por TRHA (Alcazar, 2018).
- En otros estudios se observaron que la mortalidad perinatal en niños concebidos por TRHA es del 2% en comparación al riesgo de

mortalidad perinatal de 0.6% en niños concebidos de manera natural (Alcazar, 2018).

- Los partos pre término ocurrieron en un porcentaje de 11.5% en niños concebidos por TRHA frente al porcentaje de partos pre término de 5.3% en los niños concebidos naturalmente (Alcazar, 2018).
- Se ha observado también, que el riesgo de problemas perinatales es mucho mayor cuando se transfieren los embriones creados por fertilización in vitro al útero de la madre gestante, cuando se encuentran en fase blastocisto que cuando se transfieren en fase de mórula. El Dr. Juan Luis Alcázar citó a autores como Ginstrom Ernstad y Cols, que señalaron en sus investigaciones que existe un incremento de la mortalidad perinatal cuando se transfieren embriones en fase de blastocisto frente a los embriones transferidos en fase de mórula (Alcazar, 2018).
- Finalmente, el Dr. Juan Luis Alcázar indica que en un meta-análisis muy reciente, se confirma que el uso de embriones frescos creados por FIV para la transferencia hacia el útero de la madre gestante aumenta significativamente el riesgo de feto grande para su edad gestacional y de una posible obesidad al nacimiento del niño (Alcazar, 2018).

Así las cosas podemos verificar que el uso de TERHAS como la fecundación in vitro o la inseminación artificial está asociado con problemas perinatales, de parto y post parto inmediato que consecuentemente causará mayores riesgos para la salud del niño por nacer.

### **3.2.1.3. Problemas cardiovasculares**

En el año 2008, Manon Ceelen, Mirjam M. van Weissenbrunch, entre otros publicaron la investigación titulada “*Growth and development of children born after in vitro fertilization*” (Ceelen, Van-Weissenbrunch, Vermeiden, Van-Leeuwen, & Delemarre-van, 2008) “*Crecimiento y desarrollo de niños concebidos por fertilización in vitro*”, a través de esta investigación estos investigadores analizan los impactos en la salud de los niños nacidos entre los 8 y 18 años que fueron concebidos por

FIV, uno de los aspectos a analizar fue la salud cardiovascular de estos niños. La muestra fue de 225 niños concebidos por FIV y fue comparada con 225 niños concebidos de manera natural. Los resultados nos indican lo siguiente:

- Se observó una mayor presión arterial, tanto sistólica como diastólica en los niños concebidos por FIV frente a los niños concebidos naturalmente. Cabe mencionar que factores como el peso, tamaño corporal de los niños u otros factores fueron descartados como posible respuesta a esta anomalía que prevalece en el grupo de niños concebidos por FIV (Ceelen, Van-Weissenbrunch, Vermeiden, Van-Leeuwen, & Delemarre-van, 2008).
- Por otro lado, un meta-análisis reciente que observo estudios realizados entre los años 2007 y 2015, han observado que los niños concebidos mediante FIV tienden a presentar cifras de mayor tensión arterial sistólica y diastólica, así como a desarrollar una peor función cardíaca y un mayor engrosamiento de la capa íntima de la arteria carótida y aorta abdominal en comparación a los niños concebidos de manera natural. Estos resultados pueden advertir que los niños concebidos por FIV tienen una mayor predisposición a presentar problemas cardiovasculares en la edad adulta, de manera especial hipertensión arterial (Ceelen, Van-Weissenbrunch, Vermeiden, Van-Leeuwen, & Delemarre-van, 2008).

#### **3.2.1.4. Problemas metabólicos y endocrinológicos**

La investigación mencionada en punto previo al presente, también se hallaron en los niños concebidos por FIV niveles de insulina en ayuna más altos que en los niños concebidos de manera natural, ello puede generar una mayor predisposición a desarrollar diabetes mellitus (Ceelen, Van-Weissenbrunch, Vermeiden, Van-Leeuwen, & Delemarre-van, 2008).

Asimismo, se ha observado, en las niñas concebidas por FIV, que durante la pubertad tienen una edad ósea más avanzada unos mayores niveles de andrógenos y de hormona luteinizante, lo que permite especular que las niñas concebidas por FIV presentan una mayor predisposición a desarrollar síndrome de ovario poliquístico.

Otras investigaciones han reportado una mayor frecuencia de alteraciones de la función tiroidea, causando principalmente hipotiroidismo (Ceelen, Van-Weissenbrunch, Vermeiden, Van-Leeuwen, & Delemarre-van, 2008).

### **3.2.1.5. Enfermedades neoplásicas**

Una de las primeras investigaciones realizadas sobre este punto específico fue en el 2005, en ella se realizaron 11 estudios y se concluyó que no había un incremento de riesgo de desarrollar cáncer en niños concebidos por FIV; sin embargo, este estudio fue descartado por la comunidad científica por no ser exhaustivo y presentar deficiencias metodológicas (Ceelen, Van-Weissenbrunch, Vermeiden, Van-Leeuwen, & Delemarre-van, 2008).

No fue hasta el año 2013, que se realizó el estudio de cohorte más largo publicado hasta el año 2018. Este estudio fue realizado con una muestra de 106,013 niños nacidos entre 1992 y 2008 y algunos de los resultados más importantes son los siguientes:

- Se reportó un incremento de riesgo de padecer hepatoblastomas, (que es un tumor en el hígado o también conocido como un cáncer al hígado en niños), en niños concebidos por FIV, frente a niños concebidos de manera natural.
- Se reportó, también, un incremento de desarrollar rabdomiosarcomas (que es un tumor canceroso que se origina en los tejidos blandos del cuerpo, como músculos, tendones etc.) en niños concebidos por FIV.

Por otro lado, durante el 2018, también se publicó una investigación basada en un meta-análisis que incluye 25 estudios, mediante el cual se concluye que se presente un incremento de padecer cánceres hematológicos como leucemia y tumores del sistema nervioso central como neuroblastoma en niños concebidos por FIV (Ceelen, Van-Weissenbrunch, Vermeiden, Van-Leeuwen, & Delemarre-van, 2008).

Existen más investigaciones con conclusiones similares; para el presente trabajo únicamente se han utilizado una parte de ellas; sin embargo es posible afirmar que hay datos suficientes para pensar que los niños concebidos por FIV tienen un riesgo incrementado de desarrollar ciertas enfermedades neoplásicas como las descritas anteriormente (Ceelen, Van-Weissenbrunch, Vermeiden, Van-Leeuwen, & Delemarre-van, 2008).

### 3.2.1.6. Diagnóstico genético preimplantacional

El mercado de la maternidad subrogado, ha “establecido” precios sumamente elevados para poder llevar a cabo el acuerdo o contrato, por lo que es necesario asegurar a los padres comitentes que el “producto”, es decir el bebé por nacer, será perfecto. Es justamente este objetivo, lo que lleva a que este proceso sea sumamente discriminador, desde la selección de mujeres que serán las madres gestantes hasta la selección de embriones “perfectos y sin defectos cromosómicos” a transferir al útero de la madre gestante.

Para poder asegurar que el bebé que nacerá como producto del contrato de maternidad subrogada, será “sano” con posibilidades de vida extrauterina, sin riesgos de sufrir ningún trastorno cromosómicos, enfermedades monogénica, entre otras. Para esto existen diferentes herramientas que la ciencia ha desarrollado, estas estrategias de selección embrionaria son por ejemplo, el análisis del clivaje y el grado de fragmentación (Sepulveda & Portello, 2012) la multinucleación, la observación del primer clivaje y algunas sumamente invasivas y con objetivos de eliminación de embriones con defectos como el diagnóstico genético preimplantacional (en adelante PGD por sus siglas en inglés) (Sepulveda & Portello, 2012).

El PGD es un procedimiento para analizar la estructura genética de los embriones concebidos a través de la FIV. El objetivo del análisis de la estructura genética de los embriones no solo es determinar cuáles de ellos tienen mayores posibilidades de éxito en la implantación en el útero, sino que además tienen como objetivo determinar si existen alteraciones cromosómicas que puedan crear algún tipo de enfermedad, condición o síndrome. En efecto, un estudio donde se analizaron 6000 embriones por PGD determinó que más del 50% de los embriones eran cromosómicamente anormales (Munné, y otros, 2007), lo que no solo pone en evidencia los riesgos en alteraciones cromosómicas en niños concebidos por FIV sino que además evidencia que esta práctica estimula la eliminación de embriones en función a su “calidad genética”.

De acuerdo a Sepúlveda y Portello, a fin de realizar el PGD, es necesario:

*“(...) extraer una célula mediante una biopsia realizada por micromanipulación. Luego, esta célula es procesada y sometida a estudio genético, mediante hibridización fluorescente in situ. La biopsia se realiza en día 3 de desarrollo, cuando el embrión tiene entre 6 y 8 células.(...).*

**No obstante, el potencial de implantación puede verse afectado al retirar más de una célula del embrión”**

(Sepulveda & Portello, 2012)(subrayado y negrita es propio).

De acuerdo a la investigación realizada por Sepúlveda y Portello, en el año 2012 en el Perú se realizaban 400 ciclos por año, es decir se realizaban 400 PGD al año, podemos deducir fácilmente que el número ha incrementado conforme han pasado los años, por lo que sería sumamente interesante determinar cuál es la cantidad actualizada de PGD realizados al año (Sepulveda & Portello, 2012).

Recientemente se ha venido utilizando al PGD para la determinación del antígeno leucocitario humano de embriones que sirve para establecer una posible progenie de donantes para el tratamiento con células progenitoras hematopoyéticas, de hermanos con necesidad de trasplante de células progenitoras (García, y otros, 2016), es decir para la creación de los llamados bebés medicamentos.

### **3.2.1.7. “Bebés medicamentos”**

No podemos negar que la ciencia ha servido para mejorar la calidad de vida de las personas que lo han necesitado, justamente por motivos como este, los límites establecidos nunca han sido claros, hasta el punto de considerar que cualquier conducta puede ser justificable si su fin así lo justifica. Immanuel Kant afirmaba que el hombre es un fin en sí mismo, no un medio para usos de otros; por lo que su propia vida debería ser ese fin en sí mismo y no por el contrario ser utilizada como un medio para el beneficio de otras personas. Lo contrario sucede con los bebés medicamentos, estos niños son utilizados como medios para el beneficio de los demás, incluso desde antes de su concepción, en algunos casos, su

creación está planificada con esa única finalidad: servir de medio para ayudar a otra persona. Estos niños son concebidos con el único objetivo de convertirse en donantes compatibles con algún familiar que requiera el material genético, tejidos y hasta incluso órganos al familiar, por ejemplo para que se le realice un trasplante medular a un hermano que sufra de una enfermedad congénita inmunitaria.

Evidentemente, la única forma de controlar que el niño donador será realmente compatible con su hermano, es realizando la concepción mediante FIV para que a partir de la creación de varios embriones se pueda realizar el DGP y se seleccione al embrión con las características precisas que servirá para el fin propuesto: ser un donante compatible y lograr la curación del otro hijo enfermo.

El éxito de este procedimiento radica en que se seleccione al embrión correcto con las características deseadas, por ello se extraen varios óvulos de la madre que son fecundados en el laboratorio y analizados cuidadosamente a fin de seleccionar el correcto y los demás, que deben ser muchos, son desechados o congelados.

Es muy frecuente que se contraten madre subrogadas para que gesten al bebé ya que la madre genética estará en la mayor medida con el hijo enfermo y no podrá llevar a cabo el embarazo, y desafortunadamente también porque en algunos casos estos bebés son creados únicamente con la finalidad de salvar a otra persona, a toda costa incluso hasta su propia vida, por lo que podría darse el caso que desde antes de nacer esos niños ya tengan una sentencia de muerte, y ya sea por no tener ningún lazo afectivo con el niño por nacer u otras razones, las madres prefieren que otra mujer lleve a cabo la gestación.

Esto no solo pone en riesgo a la madre gestante, que como ya hemos visto, muchas veces es víctima de la explotación de su vulnerabilidad, sino que además muchas veces bajo el recurrente argumento filantrópico de ayudar a otra pareja a tener un hijo, es engañada sobre el paradero del niño que gestó durante 9 meses y que de saber la verdad podría generar graves consecuencias psicológicas que hasta podrían ser físicas. También deshumaniza al niño por nacer, el mismo que deberá lidiar con la idea que desde el inicio de su vida, su propósito en la misma fue ser un

instrumento para conseguir algo y no fue un fin en sí mismo (García, y otros, 2016). La vida del niño es cosificada al extremo de ser considerado como un medicamento.

La pregunta que surge con toda lógica, es ¿Qué sucede con el interés superior del niño? El interés superior del niño no compele a tomar la decisión que vaya a ser la más beneficiosa y menos gravosa para un niño, pero en estos casos el interés superior de niño no ha sido respetado desde el momento de su concepción ya que será utilizado como un medio y esto tendrá varias repercusiones en su salud física pero también mental, surgen las siguientes preguntas, ¿Pensará que el único motivo de su concepción fue salvar a alguien más y no su propia vida? ¿Tendrá repercusiones en su autoestima? ¿Sufrirá déficit afectivo? Por otro lado, situándonos en el escenario en el que el trasplante de células no sea exitoso, ¿Qué pasará con el niño concebido únicamente para ello?, ¿Los padres comitentes culparán inconscientemente al niño donante por la no mejoría del hijo enfermo?.

Una alternativa a esta práctica sería el fomento de la existencia de bancos de sangre, de cordón umbilical, células madres, tanto de ámbito público como privado, pero que únicamente provengan de bebés que han nacido en el marco de situación normal e independiente de ser concebidos con ese propósito, puesto que de ser mal manejado o costado, podría ser un fuente para la creación lucrativa de bebés únicamente con esa finalidad. Sólo cuando se disponga una cantidad variada y suficiente de muestras en estos bancos, será posible que en el futuro pueda recurrirse a estos bancos en búsqueda de donantes compatibles sin la necesidad de crear una nueva vida con ese único propósito y del descarte y eliminación de embriones (García, y otros, 2016).

### 3.2.2. **Vulneración a la integridad psicológica del niño concebido por maternidad subrogada**

#### 3.2.2.1. **Cosificación del bebé por ser considerado objeto de un contrato**

El objeto del contrato de maternidad subrogada es la gestación por una madre gestante y el posterior nacimiento de un niño que pueda contener

o no el material genético de los padres comitentes, para que pueda ser entregado a estos últimos.

Cuando la gestación o el parto presenten complicaciones que no permitan que el niño nazca, técnicamente podrían acusar a la madre gestante por incumplimiento del contrato, ya que no se cumplió con el objeto del mismo que sería entregar al niño a los padres comitentes. Una parte de la doctrina considera que el objeto del contrato de maternidad subrogada es la gestación en si misma; sin embargo considero que ello es un error, puesto que de realizarse una interpretación literal se podría concluir que los padres comitentes le pagarían a la madre solo por la gestación sin obtener ningún tipo de beneficio. Cuando en realidad, la verdadera intención de este tipo de contratos es el intercambio de dinero por el niño producto de esa gestación, en otras palabras la gestación únicamente ha sido un medio para lograr el verdadero fin del contrato que es el niño por nacer. A efectos de que esto pueda llevarse a cabo, los contratos de maternidad subrogada deben considerar ello a la hora de redactarse, por lo que la entrega del niño a los padres comitentes tendría que ser parte del objeto, al menos para que pueda ser exigible posteriormente.

Así las cosas, puede parecer exagerado que en el párrafo precedente se utilice la palabra de “producto u objeto” para identificar al niño por nacer, pero lamentablemente al colocarlo como el objeto de un contrato o al menos como una de las condiciones, hemos deshumanizado el carácter de ser humano del niño convirtiéndolo en una cosa, que como en cualquier otro contrato, podrá ser objeto de reclamos si es que esté no cumple con las expectativas de los “consumidores” es decir los padres comitentes.

La cosificación del niño empieza desde el momento en que se firma un contrato para su concepción, continua cuando se establecen condiciones para llevar a cabo el contrato, cuando establecemos un precio por el intercambio del niño, cuando “reclamamos” si el niño tienen alguna enfermedad o trastorno genético o simplemente no cumple con alguna expectativa de los padres comitentes. Se cosifica al niño cuando lo

sometemos a un “control de calidad” mediante el DGP y lo eliminamos si es que tiene alguna “falla genética”.

La paternidad y maternidad no debería responder a las características fisiológicas o psíquicas de un niño o al simple deseo de satisfacer estas expectativas o metas personales, la maternidad y paternidad debería responder a la virtud y responsabilidad de dirigir o encaminar el desarrollo de una vida humana, que independientemente de cualquier circunstancia, tiene el mismo valor que cualquier otra.

Existen varias posturas que defienden que la maternidad subrogada no cosifica al niño por nacer porque justamente le ofrece una vida, que no habría sido posible de no ser por la maternidad subrogada, unos padres que tienen el deseo de tener un hijo y por lo tanto asumen la responsabilidad de ser padres; sin embargo no podemos pretender excusarnos en la función protectora de interés superior del niño, por el contrario el interés superior del niño nos compele a cumplir con la función preventiva, es decir a adoptar medidas que puedan asegurar el bienestar del niño, en ese sentido, no podremos asegurar, hasta que tengamos resultados de investigaciones concluyentes, el bienestar del niño pero si podemos asegurar que la falta de una regulación de la maternidad subrogada expone a diversos peligros al niño por nacer, pues existe una inseguridad sobre el futuro del menor sobre todo cuando los padres comitentes son extranjeros, pues no existe ningún tipo de supervisión ni control previo o posterior del bienestar e integridad del niño o niña. Inclusive, es posible afirmar que la falta de un marco regulatorio sobre la maternidad subrogada, es una forma de cosificación al niño por nacer ya que no se le otorga la importancia necesaria para garantizar su vida e integridad y por lo tanto esta omisión obliga a que sea tratado como un contrato.

### 3.2.3. **Vulneración al derecho a la identidad del niño por nacer**

Cuando hablamos de la maternidad subrogada tradicional, entendemos que los gametos utilizados para la concepción del niño nacer provienen, en parte, de la madre gestante para que puedan ser fecundados con los gametos masculinos que serán del padre comitente o de un donante, en este entender es un hecho que los niños que nacen como producto de

un contrato de maternidad subrogada de tipo tradicional tienen carga genética que no corresponderá a la madre comitente, sino a la madre gestante. Incluso en casos de maternidad subrogada gestacional, es decir cuando el niño por nacer no tienen ninguna vinculación genética con la madre gestante, no existe la seguridad de que la madre comitente fue quien aportó los gametos femeninos para la creación de esa vida. Esta modalidad permite que terceras personas, es decir donantes aporten el material genético femenino, por lo que el niño por nacer tendría 3 madres, la madre gestante, la madre biológica y la madre comitente. Esta frecuente situación nos enfrenta a una realidad que no ha sido debidamente regulada por el derecho y por el contrario ha sido completamente marginada, y que a su vez puede propiciar la vulneración del derecho a la identidad, en este caso, a la identidad genética, el mismo que puede ser exigido por el niño producto de la gestación.

Conocer los orígenes genéticos de una persona es parte de la formación de la personalidad de la misma, además permite la garantía del respeto a la dignidad de la persona puesto que tiene pleno conocimiento y acceso a la información relacionada a sus orígenes; en efecto es necesario garantizar que la persona tenga acceso a la información que le permita formar su propia identidad.

Sin embargo, cuando hablamos de niños y niñas, este deber se intensifica puesto que sus derechos en general son especialmente complejos, debido a que debe regirse por principios propios, especiales y diferentes a los del derecho en general, por ejemplo, el interés superior del niño, el principio de autonomía progresiva, derecho de prioridad, entre otros. Esta distinción, que otorga una mayor relevancia a la protección de los derechos de los niños y niñas, se debe a la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los niños y niñas y que debe encontrar protección en un marco jurídico diseñado para suplir esas desigualdades. Es por ello que el derecho a la identidad, desde la perspectiva de los derechos de los niños y niñas, debe ser tratado cautelosamente (Gonzalez, 2010).

El derecho a la identidad, cuando involucra niños y niñas, ha sido ampliamente interpretado y generalmente englobado en el derecho a la

personalidad jurídica que tiene vinculación con otros derechos como el derecho al nombre, los derechos relacionados con la filiación, el derecho a la nacionalidad, el derecho al vínculo con los padres etc. Así lo ha entendido y plasmado la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1990, donde justamente en el artículo 7, se establece el derecho que tienen los niños a tener un nombre y conocer a sus padres y no hace ninguna diferencia entre padres genéticos o padres comitentes, por lo que debemos entender que este artículo es aplicable para ambos padres. Por su parte el artículo 8 obliga a los Estados a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluyen la nacionalidad el nombre y las relaciones familiares, sin injerencias ilícitas. En ese sentido, si los Estados no tienen un marco jurídico que permita que los niños que así lo deseen, puedan mantener una relación con sus padres genéticos o su madre gestante, pues incurrirán en una vulneración a este artículo de la Convención. Asimismo una injerencia ilícita, podría entenderse a aquella que debido a su estatus no permita que este derecho sea garantizado en el Estado, por el ejemplo, la promulgación de una Ley que establezca el anonimato para los donantes de gametos masculinos o femeninos sin ningún aparente test de proporcionalidad que justifique el porqué de la mayor ponderación del derecho a la intimidad sobre el derecho a la identidad de los niños y niñas, es definitivamente una injerencia ilícita, ya que al tener rango de Ley es muy probable que conlleve consigo una consecuencia frente a su incumplimiento.

A pesar de los esfuerzos realizados para establecer una relación entre el derecho a la identidad en general con la identidad genética, es necesario que los tratados internacionales se actualicen de acuerdo a la rapidez con la que lo hace la tecnología y se reconozca el derecho a conocer el origen genético como tal, no solo como un presupuesto de garantía para la formación de la personalidad y el respeto de la dignidad, sino también porque su relación con el derecho a la salud es innegable (Gonzalez, 2010). Conocer nuestros orígenes genéticos y todo lo que ello implica nos permite prevenir o predecir muchas cosas como enfermedades pero

también cualquier alteración genética en niños cuando ambos padres están relacionados genéticamente. En algunos casos, hasta la falta de honestidad de padres que no comparten el mismo material genético con sus hijos, por el miedo al rechazo, puede ocasionar enfermedades que pudieron ser evitadas y puede ser vital para preservar la salud de un niño o niña (Gonzalez, 2010).

Lamentablemente la maternidad subrogada desdobra la maternidad en diferentes clases de maternidad, por ejemplo tenemos a la madre genética, que aportó el material genético para la procreación, tenemos a la madre gestante o uterina quien es la que gesta al niño por nacer durante 9 meses o el término del embarazo y además permite su nacimiento pero también es aquella con quien se forma el primer vínculo del niño por nacer, tenemos a la madre legal o comitente, quien es la persona que “encargo” al bebé y es reconocida como la madre ante la Ley, y por último tenemos a la madre social que es quien asumirá la crianza del niño o niña a lo largo de su vida (Gonzalez, 2010).

Así pues, nos encontramos en un escenario complejo que involucra hasta ocho personas que pueden reclamar la maternidad o paternidad del niño y que, contrario sensu, el niño también debería tener el derecho de conocer a cada uno de ellos. Esto no con el ánimo de reclamar algún derecho vinculado al derecho de filiación, sino simplemente porque, como dije líneas arriba, conocer los orígenes no solo genéticos sino también uterinos, por ejemplo, permite que la dignidad de un ser humano, sea realmente garantizada.

#### 3.2.4. **Problemas para la determinación de la filiación del niño**

La tendencia actual para la determinación del nexo filial es la prevalencia de la voluntad, una voluntad procreación al que ha relegado el vínculo biogenético, que como resultado ha creado la paternidad socio afectiva (Varsi-Rospigliosi, 2011); sin embargo, si no establecemos parámetros a esa voluntad de tener hijos y al deseo de ser padres, podríamos exponer a niños y niñas a diversos riesgos que, evidentemente, no resguardarían el interés superior del niño.

La falta de una regulación específica sobre la maternidad subrogada nos enfrenta a problemas muy graves como por ejemplo ¿cómo se

determinará la filiación de un niño o niña cuando nazca? Si en un país no existe un marco jurídico sobre la maternidad subrogada, y tampoco existe una prohibición de la misma nada puede impedir que se realice, pero la falta de supervisión no solo expone a que madres gestantes sean ingresadas a hospitales con identidades ajenas con la finalidad de que la madre comitente ser registrada como la madre del niño que nació, sino que además establece un riesgo para el niño a que su filiación este asociada a identidades falsas de miembros de organizaciones que se dedican al tráfico de bebés o de órganos, o también a vulnerar su derecho a la personalidad jurídica.

Lo que sucede en la mayoría de los países tercermundistas en los que la maternidad subrogada no tiene regulación es que tampoco está permitido que un niño que nazca de una determinada mujer en un hospital o clínica sea registrado a nombre de otra mujer, bajo el argumento de la existencia de un acuerdo previo derivado de un contrato de maternidad subrogada, este vacío legal obliga a los padres comitentes a buscar otro camino mediante el cual puedan ser reconocidos como los padres del niño o niña, como por ejemplo a realizarse un examen de ADN a fin de determinar si el niño por nacer tiene la carga genética de alguno de los padres comitentes y así poder reclamar la paternidad, o que el niño sea puesto bajo tutela del estado y se le someta a un proceso de adopción en el que los padres tendrán que esperar no solo días o meses sino, incluso, años a efectos de poder tener la tutela del niño o niña.

Este tipo de situaciones ha ocurrido en nuestro país en reiteradas oportunidades, no hace más de un año, una pareja Chilena acudió a una famosa Clínica de fertilidad en Lima para cumplir con su sueño de ser padres. Contrataron a una madre subrogada quien gestó a dos niños por nueve meses y cuando nacieron los niños, los padres comitentes vinieron a Perú para “recogerlos”, si, lamentablemente son tratados como mercancía, ingresando al país un día después del nacimiento de los niños lo que originó que al momento de dejar el país sean capturados por las autoridades de migraciones y la Policía Nacional del Perú por presuntamente ser acusados de trata de personas ya que se disponían a salir del país con dos niños, que aparentemente eran sus hijos recién

nacidos, pero que su nacimiento fue registrado antes de su ingreso al país y dos partidas de nacimiento que acreditaban, a pesar de esta incongruencia, que ellos eran los padres, causando ciertas dudas sobre su autenticidad.

Este tipo de situaciones no es ajena a las miles que ya han sucedido en el Perú, en efecto, en el próximo capítulo analizaremos los principales pronunciamientos judiciales al respecto. Porque, aunque no tengamos ningún marco jurídico que regule esta situación, de algo podemos estar seguros y es que, la inexistencia de regulación no inhibe a algunas parejas comitentes de llevar a Cortes Peruanas casos como este, donde se disputan la tutela con otra pareja, en su mayoría la madre gestante y su pareja o los donantes, que también consideran que son los padres del niño por nacer.

Tampoco existe una vía legalmente establecida para la determinación de filiación de los niños nacidos por esta práctica, ello conlleva a que las agencias o clínicas encargadas del contrato, en acuerdo con los padres comitentes, busquen vías alternas que les permitan registrar al niño recién nacido como sus hijos. Las cláusulas más comunes en los contratos de maternidad subrogada establecen que las madres gestantes deben entregar el niño a los padres comitentes inmediatamente después del nacimiento de este, en parte también se realiza de esta manera para que la madre gestante no tenga la oportunidad de conocer al niño o niña y fortalecer el vínculo creado durante el embarazo que le dificulte entregar al niño, pero ¿la filiación puede ser objeto de un contrato? Aunque esto debería ser un tema zanjado que evidencie que la filiación no puede ser parte de un contrato, la maternidad subrogada abre las puertas a que se cuestione ello, y que esta sea obtenida, en algunos casos, no como resultado de los vínculos biogenéticos sino como resultado del poder económico.

Ya que la filiación no es el objeto de un contrato sino es el resultado de vínculo biogenéticos o de un proceso de adopción legalmente establecido, no existe un procedimiento que permita la “regularización” de estas incongruencias entre la voluntad (voluntad de padres comitentes de ser padres) y lo formal (registros de hospitales o partidas de

nacimiento), frente a ello surge la pregunta, ¿Qué sucede cuando las agencias encargadas o los padres comitentes se enfrentan a la negativa del Registro Nacional de Identidad de registrar como padres de un niño a una pareja completamente distinta a los que aparecen en los registros del hospital?.

Esto ya ha sido advertido por padres o por agencias que se dedican a ello, por lo que generalmente toman estas vías de “subsanción”: a) En algunos países, se han reportado casos en los que la madre sustituta que acude al hospital o a la clínica para el nacimiento del niño o niña, es ingresada con la identidad de la madre comitente, es decir hay una suplantación de identidad, esto se realiza para que al momento de registrar los datos de la paciente que está en trabajo de parto y de la madre del niño, no exista ninguna diferencia, sino por el contrario que ambas sean la misma persona. b) Otra de las prácticas, menos comunes por el peligro al que se enfrentan, es que se falsifiquen los documentos otorgados por el hospital o clínica que son necesarios para realizar la inscripción en el Registro Nacional de Identidad, esto, evidentemente, constituye un ilícito jurídico que de descubrirse no solo constituiría un ilícito penal, sino que podríamos hablar de un probable concurso de delitos, c) Finalmente otra de las vías alternas que existen es la colusión con algún agente estatal que mediante un soborno permita el registro de terceras personas como padres legales en vez de los señalados por el registro del hospital, evidentemente esto genera no solo un peligro para los padres sino también para el servidor público. Es el camino más frecuente en casos de subrogación donde intervienen personas extranjeras ya que exista una mínima probabilidad que en algún momento al realizarse una confrontación de documentos se percaten de estas diferencias o que los mismos o el niño nacido tenga acceso nuevamente a esos documentos. En cualquiera de los casos entre el nacimiento del niño y la determinación de filiación del mismo, los padres comitentes ya tendrán bajo su supervisión al niño o niña, pero durante ese lapso de tiempo ellos no son, por lo menos legalmente, los padres del niño o niña, y el asunto se agrava cuando la madre gestante opta por recuperar al niño o niña o no cooperar con cualquier trámite de adopción

o similar para que los padres comitentes obtengan la tutela, generalmente estos procesos judiciales iniciados por cualquiera de las partes tienen como resultado una sentencia en la que en atención al principio del interés superior del niño, la tutela del niño debe ser otorgada a los padres con los que está viviendo actualmente, o sea los padres comitentes. Esta postura no solo nacional sino internacional, ha convalidado el actuar negligente de padres, que guiados por un deseo de ser padre a toda costa o persona, realicen contratos de subrogación a pesar de no estar regulado e incluso algunas veces prohibido, porque al final del día, ese es el mensaje que nos dan, no importa si realizas una práctica prohibida o sin regulación pero éticamente negativa, porque por el interés superior del niño es mejor otorgar la tutela a aquella persona que transgredió la norma, la ética y moral para satisfacer su deseo. Esto nos debería obligar a plantearnos la siguiente pregunta: ¿Se ha ponderado realmente el interés superior del niño sobre otros derechos o circunstancias al determinar que el niño nacido por maternidad subrogada se quede con los padres comitentes que vivieron con el niño algunos meses, antes de que se determinen a los padres biológicos?. Antes de responder hay que hacer una precisión al respecto, en el caso de la maternidad subrogada gestacional, la mayoría de fallos judiciales responden a la identidad genética entre los padres comitentes y el niño, pero en la maternidad subrogada tradicional, se pondera esta voluntad procreacional de la que hablamos al principio de este punto sobre la identidad genética del niño, por lo tanto considero que no se ha ponderado el interés superior del niño en estos casos, pues no se pueden crear lazos familiares en base a ilícitos jurídicos.

### 3.2.5. Tráfico de niños como resultado de la Maternidad Subrogada

*“21 mujeres vietnamitas secuestradas bajo el engaño de una oferta de trabajo, para utilizarlas como madres gestantes a las que se les implantaban embriones en Vietnam por una Red que se dedica a la venta de bebés”* Así rezaban los titulares de los periódicos en España y alrededor del mundo, en el año 2011, cuando se descubrió una Red de traficantes de bebés en Vietnam que secuestraban o engañaban a

adolescentes para implantarles embriones de otras parejas y sean madres gestantes.

*“A primeros de junio de 2012, la policía nigeriana rescató de una casa a 32 niñas embarazadas, de entre 15 y 17 años de edad. Algunas de ellas declararon que les habían ofrecido aproximadamente 192 dólares por vender a sus bebés, el precio final dependía del sexo de los bebés”* (Muñante, 2018) Según señalan algunos portales de noticias (Smith, 2011) (Europa Press, 2011), las adolescentes estaban recluidas en una casa en la ciudad de Aba en el sur de Nigeria dirigido y supervisado por el médico Hycinth Ori kara, quien realizaba y dirigía los procedimientos médicos de FIV e implantación de embriones y lucraba con los mismos pues eran vendidos a los padres comitentes por el monto de 110 o 133 euros según fuese niño o niña, cuando nacían. Según los mismos portales de noticias, algunos de estos niños habrían sido comprados por padres comitentes o personas interesadas para realizar rituales (Muñante, 2018) (Hazte Oír, 201). Entre los años 2008 y 2014, 20 “fábricas de bebés”, como son llamadas, han sido descubiertas por agentes estatales del orden de Nigeria y más de 290 mujeres embarazadas o que acababan de dar a luz fueron encontradas en esas fábricas (Ayodeji, Olukemi, Olaleye , Brown, & Odimegwu, 2015).

*“Hoy quisiera llamar su atención sobre un ejemplo de ese tipo de trabajo (lucha contra los delitos relacionados con la trata de personas - ed.), el problema del uso ilícito para la maternidad subrogada de las mujeres de familias ucranianas de bajos ingresos. El problema se debe al hecho de que después de la adopción por las autoridades de la India de una decisión que prohíbe la maternidad subrogada comercial, el centro de esas actividades se centró, en particular, en Ucrania. Y ahora somos uno de los mayores operadores de este negocio poco regulado en Ucrania”* (UKRINFORM, 2018) Fueron las palabras del Fiscal General de Ucrania, Yuriy Lutsenko en una reunión informativa en Kyiv, publicadas en el portal digital oficial en español de las noticias de Ucrania. Lamentablemente cuando un país como India, que era uno de los principales destinos de maternidad subrogada, prohíbe o regula la misma, generalmente estas actividades se trasladan a otro destino en el

que exista una falta de regulación o prohibición al respecto y donde exista un gran índice de pobreza y falta de trabajo, como fue Ucrania (UKRIFORM, 2018).

En México, existen dos Estados en los que la maternidad subrogada está permitida, estoy hablando del Estado de Tabasco y de Sinaloa. A pesar de las distintas restricciones que presentan actualmente cada Estado por su parte, hace algunos años en ambos Estados la maternidad subrogada estaba permitida para personas extranjeras. Anualmente llegaban miles de extranjeros para contratar los servicios de agencias que se encargaban de los acuerdos de maternidad subrogado, situación que llamó la atención de las autoridades tabasqueñas que consideraron las desmedidas cifras de turistas que llegaban solos y se iban con niños recién nacidos razón que motivaron investigaciones, y de acuerdo a lo señalado por una autoridad del Estado Tabasqueño (AztecaNoticias, 2016) estas situaciones generaban dudas razonables sobre la posibilidad de encontrarse frente a casos de tráfico de personas encubiertos por acuerdos de maternidad subrogada, por lo que debido a ello el marco normativo sobre este tema fue modificado y se limitó la posibilidad de acceder a esta técnica únicamente a personas mexicanas y parejas heterosexuales. A nivel nacional, Tabasco ocupa la sexta posición en la incidencia de trata de personas, de acuerdo a lo señalado por la organización Observatorio Ciudadano (Camacho, 2018). La directora de este colectivo en materia de seguridad, señaló que está por arriba de la media nacional que es de 0.12 por ciento por cada 100 mil habitantes. También señaló que la totalidad de casos investigados corresponde a la desaparición y secuestro de mujeres que, en su mayoría son utilizadas para la explotación sexual, lo que podría generar que además de ser explotadas sexualmente sean explotadas reproductivamente.

Sin ir tan lejos, en nuestro país hemos sido testigos de cómo se han detenido a personas extranjeras en reiteradas ocasiones debido a irregularidades con los documentos de identificación y el establecimiento de filiación de los niños que los acompañan al salir del país. Como ya lo he explicado en apartados precedentes, la pareja Chilena es el caso más reciente de ser acusados de ser traficantes de personas, aunque después

de una serie de trámites judiciales como la prueba de ADN, han podido retornar a su país; sin embargo considero que el factor de sentimentalismo referente a la infertilidad y hacia a aquellos que la sufren y la victimización realizada por la sociedad, influyó de alguna manera en la resolución del caso; sin embargo quedaron abiertas algunas interrogantes, como por ejemplo sí los bebés no tenían la carga genética de ambos padres, ¿Se realizó el trámite regular de adopción que debe efectuarse por parte de aquel que no sea el padre biológico?, ¿Nos estamos convirtiendo en el nuevo destino de maternidad subrogada de América, frente a las regulaciones restrictivas en la materia, de países como México?.

Como he repetido a lo largo de la presente investigación, la maternidad subrogada, permite la creación indiscriminada y sin control de indeterminadas vidas, como sucedió en Japón en el año 2016, cuando un multimillonario japonés de 24 años fue detenido por realizar acuerdos de maternidad subrogadas con 16 madres gestantes en Tailandia, su meta era tener entre 300 y 1000 hijos (Armanian, 2018). Esta excesiva cantidad de niños “encargados” genera una sospecha sobre cuál será el destino de esos niños, que si bien es cierto pueden ser criados por un multimillonario pero también pueden ser vendidos en el mercado negro de tráfico de personas y órganos en Asia a cantidades desproporcionales.

El tráfico de personas es un delito tipificado y penalizado internacionalmente mediante el Protocolo de Palermo, documento suscrito y ratificado por Perú. Es factible la elaboración de un perfil de potenciales víctimas de trata de personas tomando en cuenta la preponderancia de algunos factores geográficos y socio económicos que se han observado en víctimas previas, pero a pesar de ello, la trata de personas es un delito que puede ser fácilmente encubierto y cualquier persona puede convertirse en víctima e incluso no ser consciente de ello.

Los tratantes de personas actúan, siempre, en el marco de una organización que se encarga de realizar cada uno de los pasos a efecto de llevar a cabo el delito. Es muy frecuente el engaño, y justamente por eso como mencioné líneas arriba, las víctimas pueden no darse cuenta que están siendo víctimas de tráfico de personas. Ahora bien, con respecto al

tráfico de niños producto de la maternidad subrogada es necesario primero establecer el escenario desde el que se perpetrarán los hechos.

Los verbos rectores en la definición de trata de personas de acuerdo al Protocolo de Palermo (ONU, 2003) son:

- Captación
- Transporte
- Traslado
- Acogida
- Recepción

En este sentido, debemos recordar que la maternidad subrogada comercial es un contrato mediante el cual una mujer se ofrece a gestar a un bebé durante el término del embarazo para después entregarlo a terceras personas que pueden tener vinculación genética o no con el mismo, y recibir dinero, que en la mayoría de oportunidades se cancela de manera total al nacimiento del niño o niña, condicionado al nacimiento del niño gestado.

En el caso de la maternidad subrogada tradicional, se requieren mujeres que estén dispuestas a intercambiar a sus hijos por una suma de dinero y hasta, incluso, puedan hacerlo en reiteradas oportunidades. Pues bien, ahora será necesario recordar todo lo desarrollado en puntos anteriores, recordemos que son mujeres que generalmente se encuentran en una situación de vulnerabilidad y que pertenecen al porcentaje de mujeres que no pueden acceder a mejores oportunidades ni a salarios dignos que les permitan mantener a sus familias o enfrentar cualquier emergencia que se presente, por lo tanto estas mujeres son interceptadas por una persona, que será un intermediario que puede proponer directamente la posibilidad de incluirla en el acuerdo de subrogación o que utilizando promesas de trabajos o engaños capte a una mujer para convertirla en madre gestante. Posterior a ello la mujer llevará a cabo el proceso de maternidad subrogada y una vez que el niño nazca, empezará lo que llamaremos “tráfico de bebés a la carta”, pues esto puede ocurrir previa evaluación de la demanda de preferencias del mercado negro de venta de bebés. Entonces los intermediarios que se encargaron de captar a la madre gestante, también habrán obtenido la captación de los bebés

creados por lo que el siguiente paso será realizar los trámites correspondientes para que puedan ser entregados a los padres comitentes, evidentemente ello requerirá que los recién nacidos sean transportados o trasladados hacia el lugar de encuentro con los padres comitentes. Una vez que los recién nacidos se encuentren con las personas que pagaron el dinero requerido para poder tenerlos bajo su custodia, podemos decir que habrán sido acogidos o recepcionados por estas terceras personas o padres comitentes, que a partir de ese momento se convertirán en los responsables de los niños y niñas entregados.

Como hemos visto, cada una de las personas que ha intervenido en este proceso ha realizado por lo menos una de las acciones descritas por el Protocolo de Palermo, pero, ¿Por qué si esto es una realidad, es una práctica aceptada y hasta incluso apoyada por una mayoría a nivel mundial? Pues esto ocurre porque solo asociamos la comisión de un delito o un acto malo cuando vemos un panorama lleno de personas que únicamente se beneficia del acto, pero la maternidad subrogada no es así ya que existe una parte, que son los padres comitentes, que se han ganado la compasión y empatía de esta parte de personas, que utilizando su incapacidad de tener hijos han logrado que la maternidad subrogada se asocie como ese único camino y esperanza para estas personas, cuando la realidad nos dice que en los últimos años la maternidad subrogada está siendo utilizada por mujeres que tienen capacidad plena de gestar un niño pero que simplemente no lo hacen y prefieren contratar a alguien en su lugar. Asimismo la cantidad de organizaciones civiles que se ha encargado de apoyar esta práctica y de normalizar el intercambio de un bebé por dinero, pueden, en algunas ocasiones, estar vinculadas a estas grandes clínicas o agencias que se encargan de los acuerdos de maternidad subrogada y que obtienen los beneficios directos de estos acuerdos, ya que la maternidad subrogada genera miles de millones de dólares al año. Es debido a ello que es muy difícil asociar el actuar de estas personas, en algunos casos inescrupuloso, a una acto delictivo, por lo general se asocia su actuación con el ánimo de ayudar a otros a realizar sus sueños.

Pero el tráfico de niños no termina con la venta y entrega del recién nacido a terceras personas, ya que existe una segunda parte en la que estos niños, objetos de comercio, pueden volver a ser víctimas de tráfico de personas. Cuando los padres son extranjeros o incluso hasta personas naturales del país, abandonan el país con los supuestos hijos pueden ser miembros de redes internacionales de tráfico de personas que venderán al recién nacido por precios inimaginables, de acuerdo a la economía del país en el que se encuentren y de la condición de aquellos que recepcionen al recién nacido. En otros casos más desafortunados, como estos niños son creados, en su mayoría, con modificaciones genéticas, es probable que puedan traficar sus órganos y que para esto hasta puedan quitarles la vida. No se descarta también que puedan comprar a niños para formar esclavos o para que realicen trabajos forzados y actúen como un medio de ingreso vitalicio para los tratantes.

Una de los principales peligros de la maternidad subrogada es el paradero futuro y falta de bienestar de los niños creados a partir de esta técnica, pues no se puede, ni siquiera, tener una idea del número de niños nacidos por esta práctica porque no tenemos ninguna regulación al respecto, y si a ello le sumamos que una vez concretado el acuerdo de maternidad subrogada el paradero del niño será totalmente incierto, podemos concluir que estos factores contribuyen a un encubrimiento al tráfico de personas.

La importancia de la regulación de la maternidad subrogada o de su prohibición absoluta no solo va a reducir los casos en los que mujeres puedan ser traficadas para ser explotadas reproductivamente, sino que también prevendrá que sean los niños recién nacidos las víctimas de tráfico de personas en, hasta, repetidas oportunidades.

### 3.2.6. **El papel de las Agencias Intermediarias en los acuerdos de maternidad subrogada**

Encontrar anuncios de maternidad subrogada en internet, era muy poco probable hace algunos años, pero actualmente se pueden encontrar catálogos que permiten a los padres comitentes extranjeros escoger a la madre gestante que gaste al niño por el que pagaran. El internet ha desarrollado las relaciones entre agencias intermediarias y padres

comitentes de una manera acelerada. Pero cuando la maternidad surgió era necesario contratar a una agencia para poder contactar con una madre gestante. Generalmente las agencias intermediarias son las organizaciones que se dedican a esto de una manera profesional, están conformadas por diferentes profesionales desde los reclutadores de mujeres hasta médicos y abogados que se encargaran de realizar los procedimientos médicos y de manejar los asuntos legales respectivamente. Así como puede facilitar las cosas tremendamente a los padres comitentes hasta el punto de realizar todos los trámites para el contrato de maternidad subrogada desde la comodidad de su sofá en otro país, también puede ser aquella parte dominante y abusiva de una relación de maternidad subrogada, ya que al tener el poder de conectar a los padres comitentes con las futuras madres gestantes, son ellos los que controlan la información respecto al acuerdo, como por ejemplo el pago total por el acuerdo, las condiciones de los padres comitentes, cuales es la historia o por lo menos las referencias de los padres comitentes. Es por ello que su participación muchas veces es crucial en estos acuerdos, puesto que pueden abusar de su poder al retener dinero destinado a la gestante, enviado por los padres comitentes, o ofrecerle menos de lo que le fue señalado a los comitentes. También son ellos los que, en un escenario donde la maternidad subrogada sea legal, deberían realizar las investigaciones respectivas sobre los antecedentes de los padres comitentes y las evaluaciones correspondientes a efectos de determinar si pueden ser considerados como personas emocionalmente estables para hacerse cargo sobre la vida de un recién nacido. El gran error de las agencias intermediarias es que tienen los esfuerzos puestos en generar más ingresos y lo último que piensan es en el bienestar de los niños que están “gestionando”, y eso se debe a que no existe una regulación normativa en la que el Estado regule esta gran responsabilidad o al menos establezca criterios mínimos de seguridad para que una agencia de maternidad subrogada exista y sea legalmente establecida. Por el contrario, actualmente, al no existir una regulación al respecto, cualquier persona puede crear una agencia de maternidad subrogada, incluso una red de trata de personas puede crear como fachada una agencia para la

captación de potenciales víctimas y para la creación de vidas humanas que también pueden ser traficadas en el futuro.

Las agencias intermediarias o clínicas, en algunos casos, se jactan de ofrecer asesoría jurídica y médica para la madre gestante, pero es evidente que esta será parcializada puesto que es la propia agencia beneficiada por esos procedimientos quien paga a estos profesionales, ahí radica la importancia de una regulación en este tema.

Aunque mi postura inicial es la de prohibir la maternidad subrogada, no puedo negar que es una realidad y está permitida en muchos países de manera altruista por lo que las propuestas para esos países, debe orientarse a una correcta regulación y supervisión de las agencias intermediarias para reducir el riesgo de ser víctima de una red de trata de personas, así como realizar la verificación de antecedentes de los postulantes a padres comitentes para determinar si son aptos de tener un bebé a su cargo, como una suerte de autoridad administrativa que se encargue de la adopción, y en el caso de la maternidad subrogada comercial estas agencias privadas deberían ser supervisadas por el Estado para que realicen su trabajo de la manera debida. Así mismo, una correcta regulación podría evitar los riesgos innecesarios que existen actualmente por esas clínicas que, a pesar de promocionarse como profesionales de este tipo de técnicas, no tienen experiencia alguna y por el contrario pueden estar arriesgando la vida de cientos de mujeres que acceden a esos lugares. También podrían encargarse de la supervisión posterior, por un tiempo, del bienestar del bebé entregado a los padres comitentes, así como fue titular de la verificación de requisitos para ser aceptadas como padres comitentes.

Son indudables los beneficios que traen consigo la regulación de la existencia de agencias y la necesidad de establecer estándares en aquellos países donde está permitida la maternidad subrogada para reducir la existencia de aquellas clínicas o agencias que operan con mínimos recursos o que no tengan la capacidad de cumplir con los deberes que el Estado delegara a los privados antes de que creen vidas indiscriminadamente.

### 3.2.7. Inseguridad jurídica del destino y futuro de los niños concebidos por maternidad subrogada

A fines del Siglo XIX surgió una corriente sumamente paternalista y, hasta podríamos decir abusiva respecto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la Doctrina de la Situación Irregular. Esta doctrina surge frente a los repentinos, y cada vez más, abandonos y maltratos de niños, a quienes después del evento traumático, no se les permitía integrarse a la sociedad de la manera en la que se supone debían, sino por el contrario, se consideraba que podían alterar el desarrollo de la sociedad. Por ello, esta doctrina presumía que todo niño o niña y adolescente que se encontraba en peligro, físico o psicológico por efectos del abandono, era responsabilidad del Estado a través de un sistema que consistía en una drástica separación de su centro de desarrollo humano hasta el punto de aislarlo en centros cerrados, lo que producía un efecto contraproducente que era el de trasladar la responsabilidad al niño o niña. Esto se debía a que bajo esta doctrina se consideraba que los niños, niñas y adolescentes eran incapaces y por lo tanto susceptibles de ser intervenidos sin parámetros. Aunque esta visión de represión y autoritarismo que fundaba la doctrina de situación irregular, no era la apropiada, la intención, aunque mal ejecutada, era salvar a esos niños y de alguna manera reinsertarlos en la sociedad.

Con la llegada de la Convención sobre los Derechos del Niño, (en adelante CDN), y el intenso trabajo realizado por la comunidad internacional dedicada a la protección de los derechos del niño, se cambió radicalmente la visión paternalista y autoritaria que adoptaban las legislaciones respecto a los derechos de los niños y adolescentes.

En efecto, la CDN cambió el paradigma a un sistema de derechos fundado en la igualdad y justicia social para las personas pero reconociendo a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de especial protección. Así pues nace la Doctrina de Protección Integral con base en derechos como los señalados pero también en principios particulares como la no discriminación, prioridad absoluta, interés superior del niños, entre otros.

Esta doctrina, a diferencia de la anterior, partía del reconocimiento de los niños como sujetos de derechos tan iguales como los adultos, pero con un especial tratamiento debido a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran por factores fisiológicos, psicológicos propios de su edad. Justamente a partir de esta nueva base, la Doctrina de Protección Integral (Chaves & Fortunato , 2018) ofrecía a los Estados un plan de acción diferente al que venían ejecutando y del que lamentablemente aún se ven vestigios en las legislaciones latinoamericanas, es decir eliminaba el paternalismo y autoritarismo que inspiraba la creación de políticas que únicamente aislaban al niño, niña o adolescente para poder crear un conjunto de acciones, políticas, planes y programas que con la participación activa del niño, niña o adolescente protegido y hasta incluso trabaja con su familia cuando las circunstancias así lo permiten.

El Informe Defensorial N° 153 (Defensoría del Pueblo del Perú, 2011) emitido por la Defensoría del Pueblo, propuso la siguiente definición de abandono esbozada acorde a la Doctrina de Protección Integral:

*“El descuido, desatención o desamparo, negligente o no, del niño, niña o adolescente por parte de las personas responsables de su cuidado (madre, padre, tutores, etc.), que tiene como presupuesto indispensable la consiguiente carencia de soporte familiar, sumada a la existencia de situaciones que afectan gravemente, en cada caso concreto, al desarrollo integral de un niño, niña o adolescente y que, a partir de esta situación de desprotección, no permiten el goce y disfrute de sus derechos fundamentales”*  
(Defensoría del Pueblo del Perú, 2011).

Esta noción de abandono nos conduce a la comprensión del mismo como una situación que vulnera derechos de los niños pero que además los pone en riesgo e inminente desprotección, que pueden ser originadas por diversas circunstancias. Además, esta definición no restringe la interpretación del abandono, únicamente al acto de dejar sola a una persona, sino que permite que se interprete también como las situaciones propiciadas por sus padres o tutores que pueden poner en riesgo la vida e integridad de los niños.

Así las cosas, al adoptar esta amplia noción de abandono, la primera tarea del Estado, como aquel ente encargado de respetar, proteger y garantizar los derechos de los niños, es la de adoptar medidas de

protección para situaciones en las que se evidencien peligros o vulneraciones a derechos.

En estos casos, lo que se busca es que, en principio, se adopten todas las medidas necesarias y posibles a fin de cesar con las vulneraciones a derechos y solo, de ser necesario, se declare la ruptura definitiva del vínculo con los padres y/o madres. En este último caso, será el Estado quien tendrá que asumir la responsabilidad de la tutela o patria potestad de los niños en situaciones de riesgo o desprotección, a través de las diversas instituciones que se han implementado para salvaguardar y proteger la vida e integridad de niños en estas situaciones.

Asimismo, deberá adoptar medidas que permitan que el niño pueda continuar desarrollándose de manera plena, es decir desarrolle sus capacidades cognitivas, afectivas, sociales entre otras.

La función del Estado no debe tener un enfoque paternalista al punto de no permitir que el niño pueda ser acogido por otra familia que cumpla con las condiciones requeridas para asumir dicha responsabilidad. Por el contrario, la función del Estado en estos casos será la de garantizar y proteger los derechos del niño antes, durante y después de la transición hacia otra familia. Generalmente en el marco de procesos de adopción, el Estado actúa como el ente supervisor durante todo el procedimiento, es decir desde la elección de los posibles adoptantes hasta de que dicha transición se realice de una manera que no afecte, de sobremanera o cause algún trauma en el niño, ya que lo que se protege en este tipo de situaciones es el interés superior del niño.

A ello obedecen los requisitos tan exigentes de los procedimientos administrativos de adopción, que se encuentran perfectamente justificados en la doctrina de protección integral, ya que su objetivo principal es darle al niño, niña o adolescente una familia en la cual se respeten sus derechos y garantice su desarrollo integral (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2017).

El Estado Peruano, en su portal electrónico de la Dirección General de Adopciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, señala lo siguiente:

*“No se trata entonces de darle un hijo a una familia. No es un derecho de los adultos de conseguir que se les confíe un niño porque lo desean. Se trata de que cada niño, niña o adolescente ejerza plenamente su derecho a vivir en familia”* (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2017).

Así pues, el Estado, al asumir la tutela del niño, deberá valorar la idoneidad de cada aspirante para adoptar a un niño, niña o adolescente. Solo a manera de ejemplificar este proceso de verificación de idoneidad, tomaremos como referencia las etapas del procedimiento de adopción nacional de conformidad a la legislación peruana:

Etapas en la Adopción Nacional			
Etapa 1: Evaluación	Etapa 2: Designación	Etapa 3: Integración familiar	Etapa 4: Post Adopción
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Registro de datos personales</li> <li>• Visualización de videos informativos</li> <li>• Preguntas frecuentes sobre la adopción</li> <li>• Autoevaluación</li> <li>• Inscripción a taller de preparación</li> <li>• Participación en un taller de preparación</li> <li>• Presentación de expediente con todos los documentos solicitados</li> <li>• Evaluación integral para la valoración de idoneidad                             <ul style="list-style-type: none"> <li>• Evaluación Legal</li> <li>• Evaluación psicológica</li> <li>• Evaluación Social</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Un equipo de distintos profesionales de la DGA elabora las propuestas de familias del Registro Nacional de Adoptantes que se encuentran en lista de espera para un niño.</li> <li>• Las propuestas de niño con duplas, ternas o designaciones directas de familias se realizan primando el Interés Superior del Niño.</li> <li>• Se tiene en cuenta las necesidades y características de los NNA; así como las expectativas e idoneidad de las familias. (Dirección General de Adopciones, 2017).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Evaluación de la presentación y empatía entre la familia y el niño.</li> <li>• Si el resultado es favorable, se otorga un plazo de 10 días de convivencia, acogimiento pre adoptivo.</li> <li>• De tener una buena integración entre la familia y el niño corresponde aprobar la adopción mediante Adopción Directoral.</li> <li>• Recién, a partir de la emisión de dicha resolución los aspirantes se convierten en padre y/o madre del niño (Dirección General de Adopciones, 2017).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Después de publicada la resolución, la familia recibirá visitar durante todos los semestres por parte de psicólogos de la DGA.</li> <li>• Con el objetivo principal de velar por el bienestar del niño y su evolución futura en el seno de la familia adoptiva.</li> <li>• Se brinda un acompañamiento post adoptivo para poder establecer y favorecer una convivencia saludable en la nueva familia (Dirección General de Adopciones, 2017).</li> </ul>

Como vemos a través del ejemplo anterior, el Estado no solo se encarga de verificar la idoneidad de las familias que acogerán y posteriormente adoptaran a los niños, niñas y adolescentes, sino que además existe una supervisión durante y una vez finalizado el proceso de adopción, a fin de comprobar el estado del mismo y bienestar del niño, niña o adolescente respecto a la nueva familia. Reiterando nuevamente que esto ocurre porque el Estado tiene la importante misión y deber de proteger y garantizar los derechos de los niños que se encuentren en situaciones de riesgo o desprotegidos.

Ahora bien, habiendo establecido que el deber del Estado de velar por los niños y niñas en situaciones que amenacen sus derechos o que generen potenciales riesgos puede llegar hasta disponer la ruptura del vínculo con el padre y/o madre, corresponde determinar cuál es la implicancia de ello en la presente investigación.

En el caso concreto de la maternidad subrogada, los niños que nacen a través de esta práctica han sido concebidos y planeados con el único objetivo de satisfacer el deseo de una persona o pareja de ser padres y tener bajo su responsabilidad el cuidado de un recién nacido, ya que generalmente los niños son entregados a horas de haber nacido. Entonces, partiendo de ese argumento, considero que existen múltiples dudas razonables respecto a la idoneidad de dos personas que sobreponen su deseo de ser padres al interés superior del niño, concretamente, a los efectos que este tipo de prácticas puedan causar en el crecimiento y desarrollo de los niños. Algunos simpatizantes de esta práctica señalan que la misma cumple con velar el interés superior del niño, ya que el bebé siendo creado para vivir con una familia que así lo desea y ha sido planeado y que no obedece, únicamente, a la satisfacción de un deseo personal de ser padre o madre, entonces, surge la siguiente interrogante, si la causa radica en velar por el interés superior del niño ¿Por qué no adoptar a un niño que ya nació, que necesita una familia y que no tendrá que ser intercambiado por dinero?. No existe un argumento que pueda superar la desproporcionalidad de crear nuevas vidas a cambio de dinero, cuando existen millones de niños abandonados esperando por una familia.

Frente a todos los riesgos que existen, no solo para los niños pero también para las madres gestantes que son parte de acuerdos de subrogación, y adicional a ello, en algunos casos, las propias madres biológicas son capaces de entregar a los recién nacidos a una tercera persona sin certeza de su futuro, por cierta cantidad de dinero, debería ser suficiente para acreditar el riesgo al que se encuentran expuestos estos niños para que el Estado Peruano asuma su responsabilidad protectora y el rol de tutor de estos niños antes de ser entregados a terceras personas, sin ninguna restricción o supervisión.

La maternidad subrogada ha sido considerada como una técnica de reproducción asistida durante años, por lo que se cree que la única diferencia que existe es el útero que gesta al bebé durante el embarazo pero que el material genético es de la pareja o personas que recibirán al niño por lo que no es necesario iniciar un proceso de adopción. Otro de los argumentos respecto a ello es que la idoneidad de la paternidad o maternidad no sería cuestionada, sí los niños o niñas habrían sido gestados por la mujer que asumirá el rol de madre legal y que por lo tanto este deber de protección puede confundirse con discriminación. Pero el vínculo y responsabilidad maternal o paternal empieza desde el momento en el que sacrificas tus propios deseos para sobreponer el bienestar de los niños y niñas, algo que una persona que, prácticamente, compró a un bebé no puede decir, ya el deseo de ser padre genético a toda costa superó el deseo de bienestar de niños abandonados que están a la espera de padres. Además esta práctica ha permitido que se tapen otros casos en los que no necesariamente se vincula genéticamente a los padres comitentes con los hijos, estoy hablando de la maternidad subrogada tradicional, ya que recordando el concepto de la misma, la madre gestante también es madre genética e incluso puede darse el caso que el padre genético sea un donante. Regresando a lo anterior, en un acuerdo de maternidad subrogada gestacional, ambos padres genéticos pueden ser completamente diferentes a los padres comitentes y en efecto no existiría ningún vínculo genético entre el bebé y los padres comitentes; sin embargo, cuando las personas se refieren a la maternidad subrogada no tienen conocimiento de la posibilidad de estas combinaciones y del peligro de crear un bebé de acuerdo a requerimientos especiales de dos personas completamente ajenas genéticamente al mismo, sin la supervisión de alguien que actué como garante y protector de niño que será entregado.

La práctica de estos acuerdos de maternidad subrogada son un abuso del derecho o más bien, en el caso peruano, de las lagunas legales ya que, por lo general, las parejas comitentes, con el fin de evitar todas las etapas de la adopción que pueden durar hasta años, prefieren pagar altas cantidades de dinero por satisfacer su deseo de ser padres en tal solo

unos meses. Son estas razones que pueden acreditar el peligro o desprotección en el que se encuentran los niños por nacer, que deben obligar al Estado a asumir su papel de protector y garante de los derechos del niño para que intervenga con la facultad de tomar las medidas necesarias por el bienestar del mismo, hasta el punto de poder declarar la ruptura definitiva con los padres (de cualquier tipo: genético, madre gestante, legal, social etc.).

Sin embargo, actualmente en Perú no existe ninguna regulación sobre maternidad subrogada, más que un, indebidamente interpretado, artículo en la Ley General de Salud, por otra parte tampoco existen prohibiciones al respecto y de acuerdo al principio de legalidad y tipicidad, todo lo que no está prohibido está permitido.

El principal peligro de esta falta de omisión del Congreso y del Poder Ejecutivo frente a la inacción del Congreso, respecto a esta problemática es que se está eximiendo a personas con poder económico de atravesar el proceso de adopción ya que en vez de ello pueden realizar un contrato de subrogación y comprar a niños, con los que en algunos casos no tienen ninguna vinculación genética para registrarlos como sus hijos, lo que pone en riesgo al niño o niña puesto que quedan bajo la tutela de personas que no han superado evaluaciones de idoneidad pre y post, supervisiones, capacitaciones y visitas que determina, cuando menos, que tengan una estabilidad emocional y psicológica. Tampoco se puede determinar cómo se desarrolla el proceso de adaptación entre el niño y la familia, ni siquiera se puede realizar una evaluación inicial en los primeros días de la convivencia. Por lo tanto, de optar por una regulación que permita la maternidad subrogada, sería necesario tomar en cuenta que no siempre existe identidad genética entre el niño y los padres comitentes y que no siempre, lo único que se “alquila” es el útero, sino también genomas masculinos y femeninos por consiguiente estaríamos hablando de niños abandonados o “cedidos” por sus padres, siendo el Estado quien debe asumir la tutela de los mismos y, como en el proceso de adopción, asegurarse que los terceros que están dispuestos a adoptarlo cuentan con los requisitos necesarios para ello y también asegurar,

mediante la supervisión posterior, la certeza del futuro del niño nacido por maternidad subrogada.

### **3.2.7.1. El caso de “Baby Jonathan Austin” (ver punto 1.2.2)**

### **3.2.8. Incumplimiento de contrato de subrogación por malformaciones físicas, discapacidades físicas psicológicas, abandono de niños, inadecuación de los padres comitentes entre otras razones. ¿Qué sucede con el niño por nacer?**

Desde el análisis de la ineficacia contractual, han surgido soluciones para poner fin a aquellos contratos que presenten falencias que no permitan que este sea llevado a cabo cumpliendo con todas las obligaciones convenidas, en ese sentido tenemos que cuando un contrato válido no se concreta, debido a alguna causal sobreviniente a su celebración, se puede resolver. En la maternidad subrogada, los contratos son llamados “acuerdos”, como si de alguna manera este término humanice la práctica. Y también ocurre esto, debido a que la vida de una persona no puede ser el objeto de un contrato, pues sino estaríamos hablando de venta de niños. Astutamente, los involucrados en esta industria, han presentado a la venta de niños que es lo que realmente es, como un simple contrato de prestación de servicios de gestación, evidentemente, con la obligación de entregar el niño producto de la concepción.

En esa línea de ideas, cuando el objeto de un contrato no cumple con las condiciones convenidas, los contratantes pueden resolver el contrato. En la mayoría de los casos, los contratistas se verán en serias dificultades por los gastos irrogados o algunas otras circunstancias; sin embargo, esto podrá ser superado y la mayoría de veces el contratista tiene un fondo para cubrir este tipo de situaciones. Pero cuando esto sucede en el marco de un contrato de maternidad subrogada, el escenario es completamente distinto, ¿Qué pasa si el niño que nace presenta alguna discapacidad?, ¿Los padres comitentes podrían apelar a la resolución de contrato en consecuencia exigir, ya sea, la falta de pago o rechazar recibir al niño con discapacidad? Aunque, lo anterior parezca una comparación tan burda y extremadamente deshumanizada, más aún si partimos de la idea que la principal razón de acudir a la maternidad subrogada es el incontenible

deseo de ser padres, no debería ser esto ningún problema ya que el amor paternal no discrimina, lamentablemente esto ocurre y seguirá ocurriendo mientras se permita la cosificación de los niños al reducirlos a un objeto que puede ser creado e intercambiado por dinero, es decir convertirlos en el producto de un contrato, el cual puede ser resuelto si el niño no cumple con las expectativas de los padres comitentes.

Hemos visto en el punto 3.2.1.6 del presente trabajo de investigación la posibilidad que existe de realizar un diagnóstico genético preimplantacional que permite detectar las alteraciones cromosómicas y genéticas en el embrión, es decir si este presenta alguna discapacidad, antes de que sea transferido al útero de la madre. Esta práctica se realiza con el solo objetivo de eliminar cualquier posibilidad de que el embrión que será implantado en la madre subrogada presente alguna discapacidad, pero existe también un diagnóstico genético prenatal que se realiza cuando el embrión ya está implantado en el útero de la madre gestante. Este diagnóstico consiste en la detección de anomalías genéticas o cromosómicas durante el embarazo que permite determinar si el niño por nacer presenta alguna discapacidad. Un diagnóstico positivo de discapacidad puede ser para algunos padres un difícil dilema moral, pero cuando este diagnóstico se realiza en el contexto de la maternidad subrogada es aún más difícil puesto que, para aquellas personas a favor del aborto eugenésico que no es el caso de la autora, surge la duda sobre quien será la persona encargada de tomar la decisión sobre continuar con el embarazo o no.

Normalmente, para los colectivos de mujeres que luchan por el derecho a decidir, tendría que ser la mujer quien ejerza el derecho a la elección, pues, siguiendo su lógica, es su cuerpo y por lo tanto sus decisiones; sin embargo en la maternidad subrogada no sucede ello, las madres gestantes están sometidas a un contrato que deben cumplir de lo contrario significaría un perjuicio económico para ellas o incluso tener que asumir la responsabilidad del niño por nacer no deseado por los padres comitentes. Entonces los que tomarían la decisión sobre la continuación del embarazo serían los padres comitentes, en este escenario, cabe

preguntarse ¿qué pasaría si la madre gestante esté en desacuerdo con el aborto por convicciones personales? ¿Podríamos oponer el derecho de objeción de conciencia en el marco contractual sin tener que asumir la responsabilidad del niño por nacer? Es un escenario muy confuso que crea inseguridad para las mujeres, quienes no tienen idea que estas situaciones puedan ocurrir cuando obligadas por sus necesidades económicas firman estos contratos que únicamente abusan de sus derechos.

Otra situación es la de la maternidad subrogada altruista, en la que en teoría, el acuerdo obedece al altruismo de la madre y por tanto no está sujeta a ningún contrato u obligación con los padres comitentes, por lo que normalmente debería ser la mujer quien tome la decisión y los padres comitentes tendrían que sujetarse a su decisión pero al no ser un acuerdo en el que se establecen obligaciones mutuas, el peligro está en el los comitentes tampoco tienen una obligación de adoptar al niño si ya no lo desean.

Lamentablemente al aceptar, permitir o simplemente no regular esta práctica estamos consintiendo la creación de niños que antes de tener la seguridad de filiación deben pasar por un “control de calidad” de aquellos que serán sus padres, ya que deben responder a estándares establecidos por los contratantes y por consiguiente su derecho a la filiación estará condicionado a que cumplan estos estándares. A pesar que la discapacidad no debería ser un factor que determine el valor de una persona, la maternidad subrogada propicia estos tratamientos discriminatorios que no hacen más que dañar a los niños quienes no solo enfrentaran el dolor de saber que sus madres los intercambiaron por dinero, sino que además podrían sufrir, también, el rechazo de no cumplir con las expectativas de los padres comitentes, cuando en realidad lo que deberíamos rechazar es la conducta de estos padres que ponen estándares de calidad a sus propios hijos.

Aquellos que no conocen su historia están condenados a repetirlo, reza un famoso refrán y en la historia de la maternidad subrogada ya se han reportado este tipo de casos que, aunque sucedan en otros países, evidencian algunos de los peligros que la maternidad subrogada supone.

A efectos de no afectar la extensión del presente trabajo, se presentaron únicamente dos casos ejemplos, el primero ocurrió en Tailandia y el segundo en Reino Unido:

### **3.2.8.1. Caso de Baby Gammy – Tailandia (BBC NEWS, 2014)**

David y Wendy Farnell vivían en Australia y habían intentado tener hijos por muchos años, sin éxito alguno, es por eso que decidieron acudir a la maternidad subrogada, la cual es ilegal en Australia, pero sabían que en países como Tailandia no existía ninguna regulación al respecto, por lo que decidieron acudir a una agencia Tailandesa para iniciar el proceso.

Pattaramon Chanbua es una joven tailandesa de 21 años, en ese entonces, madre de dos niños y quien ahogada por las deudas aceptó la propuesta de ser una madre subrogada y firmó el contrato de maternidad subrogada sin tener ningún tipo de asesoría legal o contractual sobre los términos contractuales u obligaciones a las que se sometía. Así pues, el 23 de mayo de 2013 le implantaron dos embriones los mismos que habían sido creados a través de fecundación in vitro y tenían los genomas masculinos de David Farnell pero no tenían ningún vínculo genético con Wendy Farnell.

El 23 de octubre de 2013, el doctor de Pattaramon, descubrió que el niño por nacer tenía síndrome de Down, después de comunicárselo a los Farnell, la agencia le solicitó a Pattaramon que aborte ya que ese era el deseo de los Farnell; sin embargo cuando Pattaramon se negó en base a sus convicciones religiosas, la pareja australiana señaló que no solo desconocerían al niño sino que también le cobrarían una penalidad por el incumplimiento parcial del contrato (BBC NEWS, 2014).

De acuerdo a los fundamentos de hecho consignados en la decisión judicial emitida por un juez de Australia, los Farnell solicitaron la devolución del dinero que pagaron por el contrato de maternidad subrogada en una oportunidad (Campbell, 2016).

El 23 de diciembre de 2013, nació una niña llamada Pipah y un niño llamado Gammy, los Farnell viajaron hasta Tailandia y, de acuerdo al semanario 60 minutes, lo primero que preguntaron fue sobre la notoriedad del síndrome de Down de Gammy. Por si fuera poco, los Farnell solicitaron una prueba de ADN para comprobar si Gammy

contenía los cromosomas de David Farnell a fin de no tener que asumir la paternidad del bebé. De acuerdo a la decisión judicial sobre la tutela de Baby Gammy, si los Farnell asumían la tutela de Gammy iban a dejarlo en una institución de personas con discapacidad psicosocial, en atención a ello, Patternon, a pesar de las múltiples deudas y limitaciones que tenía decidió adoptar a Gammy en aras de protegerlo de la institucionalización de estos lugares de personas con discapacidad.

Tiempo después, cuando la historia se hizo más conocida, los padres comitentes argumentaron que fue Patternon la que no quiso entregar a Gammy, como si ella lo hubiera secuestrado, incluso este caso llegó hasta tribunales australianos, donde se disputó la tutela de Pipah, ya que Patternon consideraba que los padres comitentes no debían conservar la tutela de Pipah por el abandono de su hermano y para que Pipah no crezca con la idea que fue la culpable del abandono del pequeño Gammy. Aunque el juicio fue demasiado parcializado, en mi opinión, debido a que evidentemente al ser un caso con gran apoyo hacia Gammy contra una pareja australiana en un tribunal australiano, era muy poco probable que la justicia australiana permita que esto se convierta en una generalización para todos los australianos y la discriminación que pueden demostrar (Campbell, 2016).

Algunas fuentes de investigación señalaron que debido a la publicidad del caso, en Australia descubrieron que David Farnell había sido denunciado por delitos de pedofilia hasta en dos oportunidades y por actos contra el pudor hacia una mujer también, lógicamente esto despertó nuevamente el debate sobre la necesidad de la evaluación de aquellos solicitantes de maternidad subrogada, ya que como en este caso, no solo se corre el riesgo que el niño por nacer sea entregado a una persona que lo despreciará sino que también podría ser entregado a peligrosos delincuentes que ya tienen un historial de pedofilia como en este caso.

#### **3.2.8.2. Caso de Baby Amy – Reino Unido (Perry, 2014)**

Jenny y Mark son una pareja de nacionalidad Británica que estaba involucrada con una organización que proporcionaba los servicios de maternidad subrogada a parejas que deseaban tener hijos. Luego de haber recibido diferentes propuestas, ellos se sintieron identificados con una

pareja que les fue presentada mediante un correo electrónico. Después de únicamente una reunión, Jenny y Mark firmaron un “surrogacy agreement” con la pareja en que se obligaban a entregar al niño nacido producto de la gestación a cambio de 12.000 libras. Como veremos más adelante, Reino Unido es un país donde la maternidad subrogada comercial no está permitida, únicamente se pueden llevar a cabo acuerdo de maternidad subrogada de manera altruista, ello con el fin de reducir las oportunidades de explotación reproductiva de la mujer y del posible tráfico de personas, además su marco regulatorio contiene varias disposiciones que limitan cualquier tipo de laguna o vacío que pueda propiciar que se lleven a cabo acuerdos de maternidad subrogada comercial. En ese sentido, el pago de las 12 000 mil libras que iban a recibir Jenny y Mark no correspondía a una retribución, sino por el contrario era el pago de los gastos que podía generar el proceso de gestación para la pareja. Evidentemente, al no ser un contrato donde hay una contraprestación y obligaciones establecidas, la pareja comitente, tampoco tenía ninguna obligación con Jenny y Mark, más que retribuir con respeto la buena voluntad que ellos habían tenido (Perry, 2014).

Así pues, dos embriones fueron implantados en el vientre de Jenny y unas semanas después de recibir la noticia que estaba embarazada, descubrió que ella estaba gestando a dos mellizos, inmediatamente sumamente contenta, Jenny comunico a la pareja comitente que iban a tener mellizos, una niña y un niño (Perry, 2014).

Todo iba bien, hasta seis semanas antes de su fecha de parto, en la que en una de los controles de Jenny el doctor le comunico que necesitaba una cesaría de emergencia, por lo que así se realizó y cuando Jenny despertó de la anestesia, se enteró que la pequeña niña presentaba complicaciones y Jenny se culpaba por ello, según ha indicado en diferentes entrevistas (Perry, 2014).

Después de permanecer un mes en el hospital con los mellizos alimentándolos, el pequeño niño, hermano de Amy, fue dado de alto y se fue con los padres comitentes que pagaban a Jenny pero Amy se quedó en el hospital a fin de poder ser observada y evaluada. Fue ahí, cuando le diagnosticaron Distrofia Miotónica Congénita, que es una rara condición

muscular que afecta a los bebés, en la que necesitan ayuda para poder respirar debido a que sus músculos son muy flácidos. Afligidos por la situación Jenny y Mark le comunicaron a la pareja comitente sobre la condición que afectaba a la pequeña Amy y la madre comitente respondió textualmente, con los siguientes términos:

*“Ella será un maldito repollo, ¿Quién querría adoptarla? Nadie quiere adoptar a un niño con discapacidad”* (Sales & Hamilton, 2014)

Después de los duros adjetivos que utilizó la madre comitente Jenny y Mark decidieron que adoptarían a Amy. Iniciaron un proceso judicial pidiendo la tutela de Amy y después de un largo proceso el Juez del proceso resolvió en atención al principio de Interés Superior del Niño que Jenny y Mark podían adoptar a Amy (Sales & Hamilton, 2014).

### 3.2.9. Niños apátridas como consecuencia de la Maternidad Subrogada Internacional

Los riesgos de la maternidad subrogada han sido advertidos y detectados por diversos países que se han visto obligados a la regulación o prohibición total de la misma en su territorio. En algunos países, existe una sólida investigación de respaldo como es el caso de Suiza y en otros el respaldo es la propia experiencia de abuso y explotación que esta práctica generó en su territorio como es el caso de India y México. Lamentablemente, no existe un consenso uniforme sobre la regulación de la maternidad subrogada, por una parte la mayoría de países europeos la prohíbe, en América algunos países como México o Estados Unidos (determinados Estados) la permiten y con limitaciones y desafortunadamente la mayor parte de países de Latinoamérica no tiene una regulación clara al respecto como el caso de Perú.

Debido a que algunos países que han advertido los serios problemas que ocasiona la maternidad subrogada están prohibiendo esta práctica en su territorio, los ciudadanos de estos países que quieren utilizar estos métodos tienen que recurrir a países, en su mayoría tercermundistas, donde no existe regulación o al menos no clara, sobre esta práctica, dando lugar a lo que se conoce como “Turismo reproductivo” para poder realizar los acuerdos o contratos de maternidad subrogada. En algunos

casos no solo por la falta de prohibición o regulación sino también porque al ser, en su mayoría, países tercermundistas, los precios por los acuerdos o contratos de maternidad subrogada son considerablemente menores, como por ejemplo el caso de México donde las autoridades del Estado de Tabasco advirtieron el incremento de miles de extranjeros durante el año 2015 a este Estado, los mismos que ingresaban solos pero abandonaban el país con uno o dos niños. Esta situación propició la prohibición de esta práctica para extranjeros y la limitó únicamente para ciudadanos mexicanos.

Esto no ha pasado desapercibido por los países que prohíben la práctica, por el contrario en algunos casos como Italia y Francia han considerado este fenómeno al momento de legislar y en aras de no contribuir con la explotación de mujeres en otros países, más aún en aquellos países pobres donde la explotación podría ser peor, han prohibido la inscripción en los registros civiles de niños nacidos en otros países mediante contratos de maternidad subrogada. Esto ha ocurrido en países como Francia e Italia, generando jurisprudencia relevante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso del segundo que será tema de análisis en el siguiente capítulo.

A pesar de que la intención de estos países de prohibir el registro de niños nacidos por contratos de subrogación en el extranjero sea positiva y busque reducir el foco de explotación reproductiva que supone esta práctica en los países tercermundistas, esta situación es también sumamente riesgosa para los niños que de una u otra forma ya han nacido y son sujetos de derecho. La solución comúnmente buscada ha sido a través del derecho internacional privado, (en adelante DIP), que representa un conjunto de normas que se destina a dar respuesta a los supuestos de hechos generados entre particulares, personas físicas o jurídicas en el marco de una jurisdicción nacional pero con la intervención de varios ordenamientos jurídicos de diferentes Estados.

El DIP busca regular las relaciones entabladas entre privados en las que necesariamente tendrán que intervenir normas internacionales, por ejemplo, en el caso de la maternidad subrogada y la filiación internacional como resultado de las relaciones contractuales entabladas

entre los padres comitentes que recurren a otros países para contratar a madres subrogadas y el reconocimiento del país de origen de los primeros de los efectos de los contratos de maternidad subrogada y la subsecuente inscripción en los registros civiles de estos países.

En efecto, la filiación internacional que se genera en estos casos, es una cuestión principal en el DIP que en la tiene una tendencia hacia la unidad de régimen, de tratamiento, pues lo contrario significaría un trato discriminatorio; sin embargo, el verdadero reto del DIP es la regulación de la filiación internacional en los casos de maternidad subrogada que tantos problemas está presentando (Scotti, 2015).

Para poder entender lo que está sucediendo, primero debemos tener en cuenta que los países tienen un amplio margen de apreciación referente a la filiación por lo tanto tienen la potestad de tener un marco normativo que reconozca los efectos extraterritoriales de la filiación, es decir reconocer la declaración de filiación realizada en el extranjero o también pueden reconocer únicamente los efectos territoriales de la filiación, es decir reconocer la declaración de filiación realizada en su propio territorio.

La Conferencia de la Haya ha reconocido a la maternidad subrogada como un negocio que se realiza a escala internacional e incluso está trabajando desde hace un par de años en un proyecto de convención internacional, que será comentado en el próximo capítulo, que proponga un marco regulatorio para regular la maternidad subrogada y el reconocimiento de la filiación extraterritorial.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos que se realicen por normalizar esta práctica, es cada vez más evidente que el objeto de estos contratos es el comercio de niños o niñas utilizando el cuerpo humano o alguna de sus partes de forma lucrativa buscando obtener una ganancia económica y también es cada vez más evidente que se cometiéndolo “fraude a la ley” pues cada vez más personas recurren a otros países debido a las prohibiciones expresas de sus países y pretenden utilizar a los niños nacidos en el extranjero para que por el principio de interés superior del niño sean registrados como sus hijos a pesar de estar prohibido en su legislación.

Así las cosas, el legislador deberá tener en cuenta estos problemas al momento de legislar en caso permita la maternidad subrogada en el Perú y deberá contemplar la creación de salvaguardas que puedan prever y evitar los riesgos para los niños que nazcan como resultado de esta práctica. Estas salvaguardas deberán considerar los problemas relacionados a la nacionalidad, filiación y de orden migratorio pero también cualquier otro escenario que pueda causar un perjuicio en la vida del niño o niña o que pueda amenazar su personalidad jurídica.

### **3.3. Alternativas médicas a la maternidad subrogada**

Existen diversos tratamientos alternativos que pueden tratar la infertilidad y permitir que se logre la concepción sin la necesidad de recurrir al uso de la maternidad subrogada.

Lamentablemente, como en todo mercado que genera altas ganancias, las agencias o clínicas de infertilidad que promueven la maternidad subrogada no facilitan la información de las alternativas de tratamientos de infertilidad o simplemente la ocultan, debido a que la maternidad subrogada siempre va significar mayores ganancias para estas clínicas, menores costos ya que no se trata de un solo pago y no de constantes pagos por tratamientos periódicos que tampoco aseguran en un 100% el resultado como si lo hace la maternidad subrogada.

Estamos en una época en la que la paciencia no es precisamente el valor humano más practicado por lo que la maternidad subrogada aparece como la solución más rápida para la infertilidad aún sin haber probado algún otro método antes. La verdad es que la poca difusión de las alternativas medicas creadas para el tratamiento de infertilidad sumada a la impaciencia, han convertido a esta práctica en una vía alterna al embarazo para las parejas que tienen la capacidad económica de afrontar el proceso, sin tener en cuenta todos los perjuicios que puede causar. Por otro lado, debería ser la comunidad médica quien tenga ese deber ético de poner en conocimiento todas las alternativas de tratamiento de infertilidad de las personas que lo requieran antes de presentar la maternidad subrogada, la difusión, implementación y subsidios para poder acceder a estos tratamientos es un trabajo en cooperación de la sociedad civil y el Estado. Habiendo dicho esto y en atención a que uno de los principales objetivos del

presente trabajo es demostrar los riesgos e implicancias de una regulación positiva de la maternidad subrogada, sería irresponsable señalar el riesgo sin una posible solución o alternativa para reducirlo, en este caso para tratar o reducir la infertilidad, por ello es que a continuación presentaré una serie de tratamientos médicos que no son debidamente difundidos y que han tenido resultados positivos en muchas oportunidades.

### 3.3.1. **Microcirugía tubárica**

Las enfermedades pélvicas inflamatorias, la famosa apendicitis, la endometriosis y la cirugía pélvica resultan en oclusión tubarica distal que provoca la infertilidad en las mujeres pues existe una obstrucción en su sistema reproductivo que causa una pobre captación del óvulo que no permite la fecundación.

El objetivo de la cirugía en los casos de infertilidad tubárica es restaurar la anatomía de las trompas de falopio y del lumen de las mismas, de tal forma que la fertilización y el transporte del cigoto a la cavidad uterina ocurran sin problema (Saavedra, 2002).

### 3.3.2. **Naprotecnología:**

La naprotecnología surgió como una alternativa natural frente a las técnicas de reproducción asistida que implican la manipulación de embriones. Esta nueva alternativa busca las causas de la infertilidad para poder tratar cada una de ellas independientemente y potencia la capacidad natural de procreación de la pareja que busca tener un bebé. También es comúnmente llamada como la Tecnología de Procreación natural y fue desarrollada hace tres décadas en Estados Unidos por el médico especialista en ginecología Thomas Hilgers.

De acuerdo a María Victoria Mena, ginecóloga española habilitada para desarrollar este tratamiento, los fundamentos esenciales de la naprotecnología son cuatro (Maria Victoria Mena, 2017):

- A. El correcto diagnóstico y tratamiento médico o quirúrgico de las enfermedades y condiciones que afectan a la fertilidad para que la concepción ocurra de un modo completamente natural;
- B. El respeto a la naturaleza del ciclo fértil de la mujer y del acto conyugal,

- C. El respeto a la dignidad de las personas y del matrimonio
- D. El respecto de la educación y participación de los pacientes en el conocimiento y cuidado de su propia fertilidad mediante el método Creighton (Maria Victoria Mena, 2017).

Este método es un sistema de monitoreo de la salud ginecológica femenina a través del registro de una serie de biomarcadores a lo largo del ciclo de fertilidad de la mujer, como la duración y las características del moco cervical de la mujer, la longitud del ciclo menstrual, el dolor menstrual, el dolor abdominal, el tipo de menstruación, entre otros aspectos que permiten conocer las fechas más probables de fertilidad e infertilidad. Básicamente, este método sugiere que para realizar una correcta evaluación sobre las causas de infertilidad en la mujer, es necesario prestar atención a toda la información que se puede obtener del ciclo menstrual de la mujer para que a partir de los registros obtenidos conjuntamente con análisis de sangre y otras pruebas, se detecten las causas específicas que estarían provocando la infertilidad en la mujer para que se planteen los tratamientos necesarios para restaurar la normalidad del ciclo fértil femenino.

Por ejemplo, en el caso que una pareja presente problemas para poder concebir, primero se realiza una serie de exámenes y observación al ciclo fértil de la mujer, una vez que la causa haya sido descubierta y sea, en este caso, la carencia de progesterona en la mujer que es la hormona que prepara el útero para alojar el óvulo fecundado, este método permitirá que se establezca el día exacto en el que la mujer debe tomar un suplemento de progesterona para favorecer la concepción. Asimismo, se debe resaltar que el uso de este método es muy beneficioso ya que se pueden advertir otros diagnósticos como la enfermedad celíaca, una enfermedad autoinmune o intolerancia alimentaria que contribuyen a la infertilidad, por lo que también será necesario un tratamiento de esta enfermedad para el restablecimiento de la fertilidad. Siendo de esta forma, un método integral que no solo se enfoca en el sistema reproductivo de la mujer sino que realiza una evaluación integral de la salud de la

mujer, a fin de corregir aquellos aspectos que puedan contribuir con la infertilidad.

El uso de suplementos hormonales, cambio de hábitos y otros procedimientos no invasivos o artificiales, pueden superar la etapa de infertilidad que atraviesa la pareja. El problema de las técnicas de reproducción asistida artificiales, que se emplean en la maternidad subrogada, es que las personas que las ofrecen, en algunas ocasiones, no realizan los exámenes necesarios para poder determinar la causa específica de la infertilidad o esterilidad y proponen las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada, no solo porque genera mayores ganancias sino porque además es un camino más corto y sencillo.

La nanotecnología considera a la infertilidad como un síntoma y no como una enfermedad en sí misma, el enfoque es distinto al de las técnicas de reproducción asistida en la medida que, en la primera la finalidad es lograr el embarazo con métodos artificiales a cualquier costo, incluso si esto supone el uso de un útero subrogado, mientras que la nanotecnología busca qué es lo que ocurre para dar una respuesta y restablecer la capacidad de procreación natural, naturalmente, puede tomar un poco más de tiempo en algunos casos debido al restablecimiento de los daños causados en el cuerpo por algún mal hábito o práctica, sin embargo es una alternativa que supone menos riesgos, menos costos en algunos casos, pero sobretodo no afecta a terceras personas como la madre gestante en la maternidad subrogada y mucho menos al niño por nacer (Observatorio de Bioética, 2017).

### 3.3.3. **Multiperforación ovárica**

La multiperforación ovárica o también conocida como la perforación ovárica laparoscópica es un tratamiento quirúrgico que puede desencadenar la ovulación en mujeres que tienen el síndrome de ovarios poliquístico, que en algunos casos causa la infertilidad. Para este tratamiento es necesario el uso de electrocauterización o un láser para destruir partes de los ovarios. Aunque no es comúnmente practicada,

puede ser una excelente alternativa para mujeres que sufran este síndrome y que después de haber bajado de peso o haber utilizado medicamentos para la fecundidad no logran un embarazo (Fritz & Speroff, 2011).

Se debe tener en cuenta que la multiperforación ovárica se realiza por medio de una o más incisiones pequeñas por laparoscopia con anestesia general. Dado a que las incisiones son tan pequeñas, la laparoscopia es en general reconocida como cirugía mínimamente invasiva.

Se han reportado alrededor de una cifra de 50% de resultados positivos de embarazo después de la multiperforación ovárica (Fritz & Speroff, 2011), y en otros estudios se ha reportado una tasa de embarazo del 30% al 49% a 6 meses tras la realización de la multiperforación ovárica (Alcazar, 2018).

#### 3.3.4. **Cirugía de varicocele en el hombre**

El varicocele es el padecimiento de muchos hombres que consiste en la dilatación patológica de las venas del escroto, es decir cuando las venas que rodean a los testículos se inflaman provocando varices en el escroto, lo que produce aumento de volumen de esa zona, sensación de peso y dolor. Entre las complicaciones del varicocele, podemos encontrar a la infertilidad o problemas para concebir debido a que puede aumentar la temperatura que requiere el testículo para producir espermatozoides. En ese sentido, al ser una de las causas de la infertilidad masculina, existen diversas opciones para su tratamiento a fin de lograr la fecundación del óvulo y del espermatozoides (Mayo Clinic, 2018).

Para su tratamiento, puede llegar a ser necesaria una intervención quirúrgica, mediante la cual se sella la vena afectada para que la sangre que se acumule circule por las otras venas que funcionan normalmente. Es una operación ambulatoria que puede ser realizada interviniendo la zona directamente o por vía laparoscópica. Esta cirugía no solo mejorará las condiciones físicas del hombre para poder lograr la fecundación, sino que además ayudará con cualquier dolencia que pueda aquejarlo mejorando su salud y bienestar físico.

Algunos estudios han señalado que cuando esta es la causa de esterilidad, la cirugía del varicocele puede incrementar las tasas de embarazo en un 34% (Alcazar, 2018).

### 3.3.5. **Miomectomía**

La miomectomía es una intervención quirúrgica que tiene como finalidad extirpar fibromas que son considerados como tumores no cancerosos que aparecen en el útero generalmente durante los años fértiles, aunque pueden aparecer en cualquier edad (Mayo Clinic, 2017).

No se debe confundir con la histerectomía pues no se extirpa todo el útero sino solo los fibromas y el útero queda intacto.

Los fibromas pueden interferir con la fertilidad de la mujer por lo que el retiro de ellos del útero puede restablecer la fertilidad de una mujer en su totalidad. A pesar de los riesgos que pueden derivarse de este procedimiento, cabe advertir que no solo mejora las probabilidades de quedar embarazada sino que reduce las posibilidades que estos fibromas puedan convertirse en una situación perjudicial para la salud de la mujer en el futuro. Asimismo para poder intentar un embarazo no son necesarios más que tres meses después de la intervención para que el útero tenga un tiempo de curación suficiente.

### 3.3.6. **Polipectomía**

Los pólipos endometriales causan infertilidad debido a que generan una falla en la implantación del embrión lo que provoca un aborto espontáneo. Estos pólipos son zonas de crecimiento excesivo del endometrio que típicamente son una mezcla de tejido fibroso denso, vasos sanguíneos de gruesas paredes y espacios glandulares de diferentes formas y tamaños, cubiertas por un epitelio superficial.

Algunas de las consecuencias de la falta de tratamiento de los pólipos endometriales es que generan un sitio anormal para la implantación del embrión. Interrumpen el transporte de los espermatozoides, inician una respuesta inflamatoria a nivel endometrial, ocasionan sangrados irregulares y alteran la receptividad endometrial, de acuerdo a lo señalado en el portal de la Clínica de Fertilidad Concebir (Mestanza, 2013).

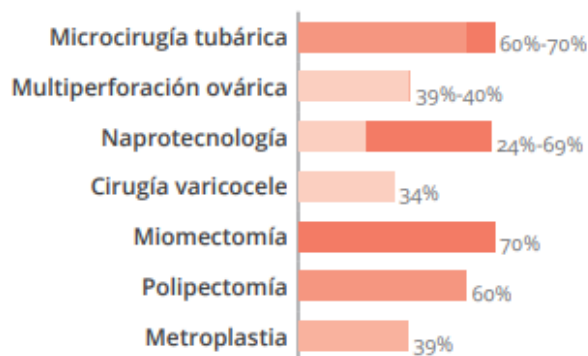
Lo recomendable es que los pólipos sean extirpados mediante una intervención que es bastante accesible para todas las mujeres, asimismo de acuerdo a los porcentajes publicados por la clínica Concebir, la tasas de embarazo después de la extirpación de pólipos pueden aumentar de un 25% hasta un 51% por lo que representa una buena oportunidad de lograr un embarazo sin la necesidad de recurrir a técnicas de reproducción asistida (Mestanza, 2013).

### 3.3.7. Metroplastía

Hay malformaciones congénitas en el útero que no permiten que una mujer pueda llevar a cabo el embarazo, estas malformaciones se presentan en forma de tabiques o septos, es decir útero tabicado. La metroplastía consiste en la extirpación quirúrgica de este tabique para mejorar los resultados del embarazo en las mujeres con aborto espontáneo. Existen publicaciones científicas que reportan tasas elevadas de éxito de embarazo, después de haber realizado la metroplastía. Estudiosos como Genner, realizaron un estudio en un grupo de mujeres que registraron un 96% de pérdida en mujeres sin corrección quirúrgica, lo cual disminuyo notablemente a un 8% después de haber realizado la cirugía de metroplastía (Alfaro, Lopez, Gonzalez, & Navarro, 2003).

A continuación se presenta un gráfico que representa las tasas de éxito de cada uno de los tratamientos antes señalados, a efecto de comprobar el incremento de fertilidad que proponen:

*Tasas de embarazo en alternativas a la TRA*



## Capítulo IV: Análisis de la normatividad nacional y jurisprudencia de la maternidad subrogada

### 4.1. Marco normativo actual de la maternidad subrogada en el Perú

En el Perú, actualmente, no existe un marco normativo específico que regule la maternidad subrogada, a pesar de los diferentes casos que se han presentado en los cuales mujeres peruanas han sido las madres gestantes; sin embargo parece no ser un tema de importancia legislativa o de investigación para el Congreso Peruano. A pesar de que existe un vacío normativo respecto a este fenómeno, a continuación analizaremos los principales cuerpos normativos que han sido y son utilizados para la práctica la maternidad subrogada, los frustrados intentos por legislar esta práctica y la viabilidad e idoneidad de esos proyectos de ley, para finalmente dar aproximaciones de lo que podría ser la posición no oficial que ha adoptado nuestro país respecto a la maternidad subrogada.

#### 4.1.1. Ley General de Salud N° 26842 (Congreso, 1997)

La Ley General de Salud, fue publicada el 20 de julio 1997 durante el segundo gobierno de Alberto Fujimori Fujimori, contiene 6 Títulos, 10 Capítulos, 137 artículos y 6 disposiciones transitorias. Los Títulos de la Ley están referidos a todos los derechos que tienen las personas que nacen del derecho a la salud, asimismo, también a todos los deberes y responsabilidades de las personas que deseen acceder a este derecho y de aquellos en posición de brindar el acceso y garantizar este derecho. Sin embargo en ningún de ellos se encuentra un desarrollo, como debería de ser, sobre las técnicas de reproducción humana asistida y mucho menos sobre la maternidad subrogada, el artículo que de manera general podría ser el único parámetro en nuestra legislación es el Artículo 7, que literalmente señala lo siguiente:

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

*Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.” (Congreso, 1997)*

Como vemos, este artículo solo menciona aspectos sobre la biomedicina que necesariamente deberían estar desarrollados en una ley independiente a la Ley General de Salud. Del análisis del artículo podemos obtener estos datos:

1. No se puede restringir a ninguna persona el uso de tratamientos de infertilidad o técnicas de reproducción asistida.
2. Se reconoce como derecho el acceso al tratamiento de infertilidad y a las técnicas de reproducción humana asistida
3. Si bien es cierto reconoce el derecho de las personas de acceder a tratamiento de infertilidad y de poder procrear mediante TERHAS, no reconoce el derecho a ser padres, ergo no reconoce un derecho a tener un hijo, como alguna vez fue afirmado.
4. Establece una condición para el ejercicio del derecho a procrear mediante TERHAS, que señala que se podrá hacer uso de las TERHAS siempre y cuando la madre genética, es decir la portadora y propietaria de los gametos femeninos del embrión sea también la madre gestante, es decir aquella que llevará el embarazo a cabo. Considero que la única interpretación que puede tener esta condición es la misma que se entiende de su lectura, es decir que el niño por nacer debe tener un vínculo genético con la mujer embarazada, de lo contrario estaría contraviniendo la única condición establecida para el acceso a las TERHAS.
5. Establece la obligatoriedad del consentimiento previo, informado y por escrito, únicamente, de los padres biológicos, resulta interesante este aspecto, ya que de acuerdo a la anterior condición podríamos asumir que no se permite la donación de gametos femeninos para la creación in vitro de un embrión para ser implantado en el útero de una tercera mujer, en ese sentido, el consentimiento previo y escrito en el caso de mujeres se requeriría únicamente para realizar la fecundación in vitro de un embrión que posteriormente se deberá implantar solamente a ella. De otra parte, en el caso de los hombres, este requisito cobra vida, pues no hay una

condición específica para el uso de los gametos masculinos por lo tanto, siempre se requerirá el consentimiento del padre.

6. Finalmente, establece una limitación respecto a la fecundación de óvulos humanos, restringiéndola únicamente para fines de procreación y prohibiendo todos los usos que tengan otros fines. Señala específicamente, que la clonación humana como fin de fecundación de óvulos humanos está prohibida.

En conclusión, podemos afirmar que el Artículo 7° es la única referencia que tenemos respecto a las TERHAS y a la maternidad subrogada; sin embargo es irresponsable abrir las puertas y permitir el acceso a las TERHAS sin un marco regulatorio que se encargue de regular o contemplen todos los escenarios que se pueden dar por la utilización de las mismas y establecer consecuencias por el uso inadecuado de las mismas. Existen aspectos dejados de lado que revisten gran importancia debido a sus efectos y consecuencias, como por ejemplo:

- No existe una regulación específica sobre el tratamiento de los embriones creados a partir de las TERHAS, que limite o establezca el número máximo de embriones que puedan ser creados mediante fecundación in vitro, número específico de embriones que puedan ser transferidos al útero de una mujer que se realice una fecundación in vitro. Tampoco se establece una prohibición para la práctica de eliminación de embriones en caso exista un embarazo múltiple a raíz de la transferencia de dos o más embriones creados mediante fecundación in vitro por parte del personal médico encargado del procedimiento o su identidad con el aborto.
- No se pronuncia respecto a las modificaciones genéticas de las que puede ser sujeto el embrión o la conocida selección de sexo que se efectúa.
- Tampoco se pronuncia respecto a la selección embrionaria con por razones eugenésicas y sus consecuencias.
- No establece ninguna posición respecto a la crio conservación de embriones, ni respecto al tiempo que puedan conservarse.

- No regula la actividad de los denominados bancos de embriones o de gametos femeninos y masculinos.
- No se pronuncia específicamente sobre la maternidad subrogada, no regula la donación de gametos sexuales para su realización, ni tampoco le agrega un marco de supervisión o similar que pueda establecer límites o salvaguardas de los niños por nacer y a la vez garantizar los derechos de las madres gestantes. Básicamente en Perú el único pronunciamiento oficial sobre maternidad subrogada es la interpretación realizada por la Corte Suprema. Sin embargo aun así esta práctica es llevada a cabo sin ningún tipo de control, en ocasiones explotando a mujeres en situación de vulnerabilidad y sin ningún tipo de control o supervisión sobre el futuro de los niños que nacerán como producto de la misma, publicitada sin ningún parámetro y las consecuencias también se han hecho visibles pero nada de esto ha sido suficiente razón para que el Congreso disponga la investigación del fenómeno para posteriormente proponer un marco regulatorio, la práctica de la maternidad subrogada sin regulación equivale a la venta de niños.

#### 4.1.2. **Proyecto de Ley N°2839/2013-CR (Zeballos, 2013)**

Esta propuesta legislativa fue presentada el 30 de octubre de 2013, como iniciativa del, en ese entonces Congresista Vicente Antonio Zeballos Salinas del Grupo Parlamentario Solidaridad Nacional. Su propuesta no estaba centrada en la regulación específica de la maternidad subrogada, sino únicamente en la modificación del mencionado artículo 7 de la Ley General de Salud.

En su exposición de motivos, el proyecto de ley parece haber nacido como un preocupado esfuerzo por la complejidad y riesgos de la práctica de maternidad subrogada. Sin embargo de las razones que motivan este proyecto tenemos que este proyecto pretende permitir ampliamente la maternidad subrogada:

- Consideran que el uso de esta práctica no perjudica a terceros, puesto que lejos de velar por la seguridad jurídica del niño por nacer, señala que será el principal beneficiado ya que gracias a esta práctica nacerá y recibirá amor en su nueva familia, asumiendo claro está, que

basta con la intención de querer ser padres para tener la certeza que le darán amor y cariño a este niño o niña, sin la necesidad de pedir alguna otra garantía que permita al menos, tener el indicio de su futuro bienestar (Zeballos, 2013).

- Señala que existen estudios que demuestran que los niños y las familias que tienen hijos bajo esta modalidad no tienen complicaciones ni problemas psicológicos. Sustentan esta afirmación con una investigación que data del año 2008, pero debo mencionar que existen investigaciones de años posteriores que en efecto demuestran lo contrario, además la referida investigación, fue realizada por una profesional en la Antropología de California, donde la maternidad subrogada es ampliamente permitida; y se basa en las construcciones sociales sobre la maternidad subrogada, pero no tiene ningún fundamento médicos, psicológicos científicos o jurídicos (Zeballos, 2013).
- Establece como objetivo del proyecto de ley regular una nueva modalidad de maternidad subrogada como “la maternidad sustituta parcial altruista” (Zeballos, 2013).
- Básicamente, la reforma legislativa que este proyecto plantea es que se elimine el último párrafo del Artículo 7° y se incorpore el siguiente párrafo:

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

- Nuevamente, nos encontramos frente a una regulación abstracta que no establece ni términos de acción ni limitaciones frente a esta práctica, por el contrario únicamente define, de manera entreverada, esta supuesta nueva modalidad de maternidad subrogada parcial altruista (Zeballos, 2013).

- La definición inicial que realiza este párrafo acerca de los gametos utilizados para la concepción no encuentra sentido hasta que se menciona “*la concepción de su propio hijo*” que podría entenderse como la utilización de gametos que pertenecen a los padres de intención ergo no pueden ser obtenidos mediante una donación o compra de gametos (Zeballos, 2013).
- Impone, también una obligación implícita para las mujeres de aceptar ser madres gestantes de manera altruista. La redacción de una norma puede establecer obligaciones no deseadas por el legislador, ahí radica la importancia de la redacción y el sentido que le queramos dar. En este párrafo podríamos asumir que el legislador imponía esa obligación pues no establece la permisibilidad de la maternidad subrogada altruista sino solo impone la obligación a las mujeres de aceptar de manera altruista la gestación del nuevo ser (Zeballos, 2013).
- Finalmente, creo que es necesario rescatar que uno de los motivos de la exposición de motivos de este proyecto se situaba en los escenarios que podían darse en caso el acuerdo de maternidad subrogada no tenga los resultados convenidos o esperados; sin embargo, no considero que las modificaciones planteadas por este proyecto hayan podido superar esos problemas ya que el carácter altruista de la maternidad subrogada no protege o cambia en nada la desprotección en la que estará el niño por nacer si los padres de intención cambian de opinión, la mujer por la explotación a la que se le podría someter, la falta de seguridad o certeza sobre el futuro del niño por nacer, entre otras consecuencias negativas o riesgos a los que la maternidad subrogada expone tanto al niño como a la madre gestante.

#### 4.1.3. Proyecto de Ley N° 3404/2018-CR (Espinoza, 2018)

El proyecto de Ley N° 3404/2018-CR fue presentado el 18 de setiembre de 2018, como iniciativa de la Congresista Estelita Sonia Bustos Espinoza. Antes de analizar los principales aspectos de este proyecto de ley me llama la atención el título del mismo: “*Proyecto de Ley que regula los requisitos y procedimientos de la maternidad solidaria mediante el uso de técnicas de reproducción asistida como derecho*”

**humano a ser madre**” (énfasis agregado), en efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y otras organizaciones internacionales, han reconocido que no existe el derecho humano a ser padres, por lo que este proyecto de ley estaría reconociendo un derecho humano que no ha sido ni siquiera reconocido internacionalmente. Lamentablemente, aunque esta denominación suene filantrópica y que apela a la justicia, no podemos otorgar la calidad de derecho humano y lo que ello conlleva a todo lo que así consideremos, pues esto supone una gran responsabilidad para el Estado, como la realización de todos aquellos actos que contribuyan con respeto del mismo pero también el deber de garantizar el cumplimiento del mismo, entre otros aspectos. Por ello, es necesario hacer énfasis en el uso correcto de la terminología utilizada para el tratamiento de este problema, ya que de ello dependerá el enfoque se le dé y la responsabilidad estatal respecto a su cumplimiento (Espinoza, 2018).

Respecto a los aspectos más importantes de este proyecto podemos advertir los siguientes:

- Aclara la condición de la identidad de la madre genética con la madre gestante, señalando que puede recaer en la misma persona o en una tercera persona (Espinoza, 2018).
- Establece la necesidad de un diagnóstico previo de infertilidad debidamente certificado e informe suscrito por el médico especialista tratante para poder realizar la maternidad subrogada (Espinoza, 2018).
- Impone el deber de cumplimiento de protocolos de salud a todas clínicas y centros de salud donde se realicen los procedimientos a fin de llevar a cabo la maternidad subrogada (Espinoza, 2018).
- Establece que el carácter solidario y reservado del tratamiento y resalta que deberá ser siempre sin fines de lucro, para evitar la comercialización de los embriones y gametos ya criopreservados (Espinoza, 2018).
- Establece la necesidad de que al menos uno de los padres de intención deberá tener vinculación genética con el embrión; sin embargo después permite una excepción para los casos en los que ambos padres sean

infértiles. Señala que ello se realiza para que la mujer gestante no sea considerada como progenitora, sin embargo no establece la prohibición de que la propia mujer gestante sea una de las donantes del genoma femenino (Espinoza, 2018).

- Establece requisitos legales para las madres gestantes y los padres comitentes o de intención. Los mismos que limitan la práctica de la maternidad subrogada solo para peruanos y peruanas o residentes legales, quedando excluidos los extranjeros no residentes, y para personas mayores de 24 en ambos casos y en el caso de los padres comitentes solo hasta los 47 años. Para la madre gestante se le requiere haber sido madre previamente de al menos un hijo y lo que resulta sumamente discriminador es que específicamente requiere que el hijo nacido sea “sano” y además se le requiere no estar registrada en el Sistema de focalización de hogares como persona en situación de estado de vulnerabilidad. Finalmente para los padres comitentes se limita solo a aquellas parejas casadas o unidas por hecho y en el caso de la madre gestante (Espinoza, 2018).

- Deja la puerta abierta para que los padres de intención paguen todos los gastos que la maternidad subrogada irroga antes, durante y después de ello sin ninguna supervisión o aprobación lo que, como hemos visto, permite que los acuerdos altruistas encubran contratos comerciales (Espinoza, 2018).

- Permite la nulidad del acuerdo de maternidad subrogada si se descubre que la madre gestante se encontraba en estado de vulnerabilidad económica y/o de necesidad, sin embargo, no establece los efectos de la nulidad del acuerdo o más concretamente el futuro del niño o niña nacida como consecuencia de esta práctica (Espinoza, 2018).

- Finalmente, se establece que el acceso a las TERHAS será de manera progresiva de acuerdo al presupuesto del Estado, y en las líneas finales de dicho artículo, se precisa que *“se priorizará a los sectores de mayor vulnerabilidad económica como política pública a fin de salvaguardar el acceso al derecho fundamental de ser padres”*. Por lo tanto se tiene que establecer la obligatoriedad del Estado de garantizar

este “derecho” pero no establece ningún tipo de salvaguarda para los niños que nazcan como resultado de este método y sean entregados a padres no vinculados genéticamente.

Nuevamente nos encontramos frente a un proyecto de ley que únicamente pretende cubrir superficialmente este fenómeno pero deja en el aire muchos aspectos muy importantes, como la regulación efectiva del carácter altruista para evitar la simulación de acuerdos de maternidad subrogada cuando en realidad es un contrato comercial. Asimismo, al permitir que se realice el procedimiento de implantación de embrión con material genético ajeno al de los padres de intención se debería precisar que estamos frente a un caso de adopción y por lo tanto es el Estado quien primeramente asume la tutela y tiene el deber de velar por el bienestar futuro del niño; sin embargo no ejerce ningún tipo de verificación o control posterior al nacimiento. Tampoco establece la necesidad de alguna evaluación psicológica o económica de los padres de intención que serán los encargados del niño por nacer, esto podría generar una desprotección para el niño ya que no existe ningún tipo de registro que determine el paradero del niño y se creen niños que serán entregados a personas que solo por cumplir algunos requisitos de trámite, se convertirán en los responsables de la vida de un niño. Además el único requisito para acreditar la infertilidad es un certificado del médico tratante especializado de la pareja sin necesidad que sea miembro de alguna junta médica nacional o de alguna comisión específicamente creada para ello. Esto podría ocasionar que estos certificados sean expedidos por cualquier médico privado o hasta incluso sean falsificados. Considero que de aprobar este proyecto las solicitudes de adopción por el conducto regular reducirían notablemente ya que al ser tan fácil y de forma gratuita acceder a la práctica de la maternidad subrogada cualquier pareja preferirá esta opción antes que iniciar los largos y burocráticos trámites de adopción, lo cual resultaría muy lamentable.

Finalmente, debo precisar que hay muchos aspectos confundidos en este proyecto, por ejemplo, el actual artículo 7 de la Ley General de Salud regula de forma general a las TERHAS pero la modificación propuesta

resulta en un artículo que aparenta regular únicamente la maternidad subrogada y de pasada menciona las TERHAS y además vuelve a regular la maternidad subrogada mediante el Artículo 7-A del que se propone la adición. Entonces tenemos que la regulación de las TERHAS quedaría en el aire. Adicional a ello, se advierte que el proyecto de Ley modifica el Artículo 7 de la Ley General de Salud pero a la vez y en el mismo proyecto crea un mini marco regulatoria de la maternidad subrogada, lo que debería haber sido incluido en el reglamento de la Ley General de Salud o en todo caso se debió crear un proyecto que específicamente regule la maternidad subrogada. Este innecesario fraccionamiento en la regulación, es decir tener una parte de la regulación en la Ley General de Salud, otra parte en la que sería la Ley que modifica el Artículo y también otros aspectos en el reglamento de la Ley, es todo lo contrario al principio de técnica legislativa de “unidad de materia”.

#### **4.1.4. Anteproyecto de Ley que regula las TERHAS y la Gestación subrogada, elaborado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018)**

El Ministerio de Justicia y Derechos humanos, (en adelante MINJUSDH), elaboró y publicó mediante su página web y la Resolución Ministerial N° 0416-2018-JUSel anteproyecto que modifica el Artículo 7 de la Ley General de Salud elaborado por la Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria del MINJUSDH.

Ahora bien, pasaremos a analizar, en principio, las razones que motivan su creación y posteriormente las modificaciones e innovaciones del mismo:

Sobre la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley:

- De la exposición de motivos podemos advertir que el MIJUNSDH basa las modificaciones propuestas básicamente en dos derechos: el derecho a la vida privada, en el extremo de respetar la vida privada de cada ciudadano y su deseo de recurrir a las TERHAS y así poder ser padres y del derecho a la salud al permitir que las personas con infertilidad puedan superar este obstáculo y así garantizar el estado de bienestar físico y psíquico del ser humano al poder ser padres; sin

embargo no reconoce el supuesto derecho humano a ser padres (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018).

- Por otra parte resaltan el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (en adelante CORTE IDH), en el caso Artavia Murillo vs Costa Rica, en el que la Corte IDH estableció que el derecho a la vida privada y a la libertad reproductiva se garantizaban mediante el acceso a la tecnología médica, caso que será analizado más adelante en el presente trabajo.
- Utilizó ejemplos de regulación de la maternidad subrogada en países latinoamericanos como Uruguay, donde se permite la maternidad subrogada altruista a fin de no comercializar esta práctica. Citó, también, a las regulaciones de Canadá y Reino Unido, donde de la misma manera solo se permite la maternidad subrogada altruista. También mencionó a la no tan reciente modificación en el Estado de Tabasco de los Estados Unidos Mexicanos que estableció algunas limitaciones a esta práctica; sin embargo, para la regulación de un tema como este es necesario, no solo tomar los aspectos positivos de la regulación comparada sino también estudiar los motivos que causaron esas modificaciones, que en ese caso fue el posicionamiento como el principal destino de turismo reproductivo frente a las prohibiciones establecidas en países de Europa y Asia y el riesgo en la certeza del futuro de los niños nacidos por esta práctica.
- La exposición de motivos dedica gran parte a explicar la situación de la infertilidad en los hombres y mujeres en el Perú, las variaciones de las tasas de fecundidad a través de los años, pero, así como es necesario destacar el derecho de acceso a las TERHAS para esta parte de la población infértil, también debería ser necesario analizar los derechos del niño que nacerá producto de estas prácticas en todos sus escenarios y para ello es necesaria una investigación a fin de tener información fidedigna. Lamentablemente a lo largo de la exposición de las 13 páginas de la exposición de motivos, ni una sola contiene un análisis sobre los derechos del niño por nacer o sobre otros aspectos que también pueden afectarlo, como la necesidad de regulación de aquellas agencias que

realicen los contratos de maternidad subrogada o las consecuencias en caso se distorsione el sentido de la norma (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018).

- Aunque no establece el contenido que deberá tener el consentimiento previo e informado que firman todas aquellas personas que intervienen en este proceso, debo reconocer que al menos se enfatiza en la necesidad de garantizar el derecho de acceso a la información sobre las probables consecuencias y todo lo referido a las TERHAS y a la maternidad subrogada. Por otra parte también establece la posibilidad de poder revocar este consentimiento en diferentes etapas como hasta la etapa previa a la transferencia embrionaria en el caso de la madre gestante.

#### **Sobre las innovaciones en el Proyecto de Ley N° 3404/2018-CR**

- La primera modificación que se advierte en el proyecto de ley es en el segundo párrafo del Artículo 7° mediante el cual agrega el consentimiento informado, previo y expreso de la madre gestante como uno de los supuestos para el acceso de esta práctica. Nuevamente repetimos que no establece cuales son los criterios de ese consentimiento, así como puede ser una mera formalidad donde solo se le informe sobre las características del procedimiento, lo ideal sería que ese consentimiento contemple al menos como mínimo de requerimientos, los aspectos desarrollados en el punto 3.1.3. Asimismo, como señalé en el anterior apartado, en el tercer párrafo se establece la posibilidad de revocar el consentimiento y también se establecen las oportunidades para la revocatoria. Finalmente respecto a esta primera parte, puedo advertir que conserva la prohibición de la fecundación con fines distintos a la procreación y la clonación de seres humanos, sin establecer los supuestos que podrían darse, me parece una prohibición muy general, que precisamente por ello puede ser distorsionada.
- La primera innovación es la incorporación del Artículo 7-A que establece que las instituciones prestadoras de servicios de salud, (en adelante IPRESS); deben contar con la autorización del Ministerio de Salud, al respecto surgen algunas dudas, sobre si el Estado asumirá el

costo total de las TERHAS o si solo podrán acceder a este servicio aquellas personas que cuenten con un seguro, de acuerdo a la lectura de la exposición de motivos podría concluir que es el Estado quien cubriría estos gastos y tendría que ser de acceso universal para todos aquellos que lo requieran. Ese es un aspecto importante que debe ser tomado en cuenta al momento de que este proyecto sea discutido (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018).

- La segunda innovación es la incorporación del Artículo 7 – B que establece como requisito previo al procedimiento, una evaluación de la condición médica de los progenitores y de la madre gestante, la misma que deberá ser realizada por la junta médica de la IPRESS, de la mano a este nuevo Artículo se incorpora el Artículo 7 – C que establece el requisito de un Informe Técnico favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Medicamente Asistida. En el primer caso y de acuerdo a la exposición de motivos, la evaluación médica servirá para certificar la imposibilidad de concebir naturalmente, asimismo certificará que la pareja solicitante ha recurrido a todos los medios naturales y tratamientos posibles sin obtener ningún resultado por lo que la maternidad subrogada es su último recurso. En el segundo caso y de conformidad con la exposición de motivos, esta Comisión que se deber crear en caso se aprobara dicho proyecto, no solo valorará la evaluación médica de la junta médica, sino que adicionalmente evaluará otros aspectos, que no han sido precisados, pero que se puede inferir serian de índole diferente a la médica ya que se indicó que estaría compuesta por una comisión multisectorial. Este aspecto, aunque poco desarrollado, me parece un buen filtro para determinar que personas pueden acceder a estos procedimientos y convertirse en padres, garantizando de alguna forma el bienestar del niño por nacer, ya que al menos existirá una evaluación previa. Ahora, también es necesario mencionar que esto también permitirá que se formen expedientes por cada pareja que decida aplicar como candidatos, lo que permitirá crear un registro de todos los niños que nazcan por estos métodos y así tenerlos ubicados. Sin embargo, sería pertinente que esta Comisión tenga una cooperación internacional con las autoridades encargadas de los procesos de

adopciones de cada país a efectos de realizar un control posterior sobre el bienestar de los niños nacidos por estas técnicas, que se encuentren en el extranjero (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018).

- La cuarta innovación es la incorporación del Artículo 7-D, que establece que la cesión de gametos será de forma altruista, expresa, informada, voluntaria y confidencial respecto de la identidad de los cedentes, salvo excepciones previstas en el reglamento. Aunque no es el propósito de esta investigación referirme a la vulneración del derecho a la identidad ante la negativa de suministrar información de los gametos al propio sujeto portador de esos gametos donados, considero que este debería ser un aspecto por analizar a mayor profundidad, y específicamente en el caso de la maternidad subrogada, si es necesario que los niños y niñas nacidas por esta práctica tengan el derecho a conocer la identidad de la persona que lo o la gestó, no solo por los vínculos naturalmente establecidos durante esta etapa sino también por fenómenos como el microquimerismo que pueden causar consecuencias en el cuerpo de ambas personas, gestante y niño, de acuerdo a lo desarrollado en los puntos 3.1.4.1 y 3.2.3., del presente trabajo de investigación (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018).

- Respecto a la maternidad subrogada específicamente, se incorporó el Artículo 7 – E, del cual es necesario resaltar lo siguiente:

- En principio limita el acceso para personas casadas, o convivientes progenitores, ergo, solo las parejas conformadas por hombre y mujer podrían realizar un acuerdo de maternidad subrogada con una mujer, dado que en Perú, únicamente, se reconoce el matrimonio y la unión de hecho, entre un hombre y una mujer. Asimismo, en el caso de extranjeros que deseen acceder a estas técnicas en Perú, se deberá entender que a efectos de ser considerados como matrimonio o convivientes tendrían que registrar su partida de matrimonio en el Registro Nacional de Identificación de Estado Civil o en el caso de residentes, solicitar el reconocimiento de la unión de hecho notarial o judicialmente. Por otro lado, esta modificación establece la prohibición de que una persona soltera no puede realizar el acuerdo de

maternidad subrogada, siendo siempre necesario estar casado o con convivencia reconocida.

○ El segundo límite es la necesidad de la existencia de una condición médica que le impida llevar a cabo la gestación. Respecto a ello, considero necesario que se establezcan cuáles son las condiciones médicas a las que hace referencia y si estas son únicamente físicas o si también están consideradas las condiciones médicas psicológicas.

○ Establece el carácter altruista de la maternidad subrogada, este es uno de los aspectos más importantes de este proyecto y también un gran avance que, aunque, no debería ser el fin último al menos es el primer paso, que reconoce que la maternidad subrogada comercial es la comercialización de la maternidad y que su práctica permite muchos abusos. En la misma línea argumentativa, el Artículo 7°- G establece que ninguna de las TERHAS supone incentivo económico o comercial que puedan derivarse de la maternidad subrogada. No obstante, señala también que los comitentes asumen solidariamente los gastos derivados por los procedimientos de maternidad subrogada. Asimismo, también señala que debe ser confidencial para terceras personas, pero los sujetos del contrato serían únicamente los padres de intención y la mujer gestante, cabe preguntarse ¿sí el niño o niña por nacer sería considerado como una parte ajena al contrato a la que se le aplicaría la confidencialidad del acuerdo? La última parte de este artículo menciona que la identidad de la madre gestante es confidencial, utilizando nuevamente el término “para terceros”, pero hace referencias a excepciones que serán previstas en el reglamento, las mismas que determinarían si el derecho del niño o niña a la identidad en el extremo de conocer a su madre gestante podrá ser garantizado.

○ Otro de los aspectos importantes de esta modificación es la prohibición de que la madre gestante sea a la vez la madre genética, es decir en ningún caso, la madre gestante podrá ser la cedente de los óvulos fecundados, por lo que la maternidad subrogada siempre será

gestacional.

- También se establece la obligación de que al menos, alguno de los dos padres comitentes, a los que denomina “progenitores”, tengan vínculos genéticos con el embrión, en este sentido es necesario que alguno de ellos haya aportado el material genético del embrión, de lo contrario no podrán acceder al procedimiento.
- Respecto a la filiación como efecto del uso de las TERHAS y de la maternidad subrogada, el Artículo 7-F proscribe cualquier vínculo filial entre el concebido y la madre gestante, asimismo, señala que la filiación no podrá ser impugnada por las causales establecidas en los artículos 363°, presunción de paternidad, 366°, la improcedencia de la acción contestatoria ni 371°, impugnación de la maternidad por parto supuesto o suplantación del hijo.
- Finalmente de las disposiciones complementarias finales, se desprende 1) Que el reglamento estipulará sanciones administrativas para los profesionales sanitarios, personal administrativo y las IPRESS por infringir las disposiciones de la futura ley. 2) Que se creará el Registro Nacional de Cedentes de Gametos, Gestantes por Subrogación y de IPRESS autorizadas y 3) Que se creará la Comisión Nacional de Reproducción Humana Medicamente Asistida.
- Aunque hay que saludar la capacidad de respuesta del MINJUSDH frente al problema de la maternidad subrogada en el país puesto en evidencia por el caso de la pareja chilena en el año 2018, es necesario precisar que algunos aspectos han sido dejados de lado. Por ejemplo los mecanismos de control del carácter altruista, ya que la experiencia nos ha enseñado que el carácter altruista ha sido adoptado en algunos marcos normativos debido a que aunado a él se establecieron limitaciones que evitaban que contratos comerciales de maternidad subrogada fueran simulados como acuerdos altruistas de maternidad subrogada, por ejemplo, se requería que la madre gestante sea familiar en 2do y 4to grado de la pareja que requería el procedimiento, o también que las madres gestantes solo podían actuar como madres gestantes en una sola oportunidad a lo largo de su vida, otra de las limitaciones consistía en la supervisión de su poder adquisitivo y bancario durante y después del

acuerdo de maternidad subrogada para verificar si no se trata de un acuerdo altruista simulado que en realidad encubre un contrato comercial.

- Otro de los aspectos dejados de lado es el control posterior al nacimiento de los padres comitentes y los niños a fin de garantizar la seguridad jurídica de los últimos que nacerán como resultado de esta práctica, o el tipo de control posterior al nacimiento en casos de padres comitentes extranjeros que se llevaran al niño o niña. La falta de una supervisión posterior es inquietante pues nuevamente dejamos el bienestar del niño a la capacidad de los padres de intención, a pesar de la implementación del control previo mediante la Comisión, es necesario un acompañamiento posterior como en el caso de las adopciones, aún si uno de los padres tiene vinculación genética con el embrión, debemos recordar que se crea una nueva vida, de la que el Estado asumirá la tutela por lo menos hasta que los padres de intención realicen los trámites correspondientes para convertirse en los padres legales.

#### 4.1.5. **Informe de Investigación N° 71/2014-2015: (Congreso de la República, 2014)**

Lamentablemente en nuestro país no existe una gran capacidad de investigación que permita respaldar iniciativas legislativas en casos como la maternidad subrogada, por eso es necesaria una cultura de investigación que promueva las iniciativas legislativas con un respaldo científico y no solo por el parecer de nuestros legisladores. Así las cosas, el 29 de setiembre del año 2014 se publicó el Informe de Investigación N° 71/2014-2015, realizado por el especialista parlamentario Himilce Estrada Mora. Este podría ser considerado como una de las casi pocas investigaciones oficiales realizada por el Estado Peruano sobre la Maternidad Subrogada.

Esta investigación se realizó en el año 2014, es decir 5 años atrás por lo que sus datos son desactualizados, sin contar que es un documento muy básico ya que de manera muy sucinta presenta tres partes: marco conceptual, legislación comparada y la experiencia peruana. Esto evidencia que es inconcebible que se pretenda regular un tema tan complejo sin tener investigaciones de campo sobre los efectos o

consecuencias que la maternidad subrogada causa en las mujeres pero también en los niños que nacerán, ya que cualquier posición que se adopte debería tener una base científica y antropológica.

Regular una práctica sin conocer a fondo todos sus escenarios es como establecer las reglas de un juego que no conocemos en lo más mínimo y que si es jugado de una manera malintencionada puede ser muy perjudicial. Países como Suecia, España o Italia, han otorgado un presupuesto especial y han designado comisionados parlamentarios ad hoc para investigar sobre la maternidad subrogada antes de asumir cualquier posición respecto a la misma, gracias a ello, estos países han tomado decisiones debidamente informadas que, considero, evitan la explotación reproductiva y aseguran el bienestar de los niños.

Dicho lo anterior, muy brevemente, mencionaré los datos más relevantes que esta investigación nos proporciona:

- Reconoce que la voluntad del legislador estaba orientada a la prohibición de la maternidad subrogada pero que a pesar de ello en ese momento (y también actualmente) la maternidad subrogada es una práctica real en el Perú que ha sido puesta en evidencia por fuentes periodísticas, como por ejemplo el reportaje difundido por un canal español durante el año 2006 sobre: *"(...) una red de profesionales médicos y personas encargadas de contactar vía internet a parejas interesadas en concebir un hijo mediante una mujer portadora. «Organización que se anuncia en internet contacta a extranjeros para ofrecer a jóvenes peruanas como incubadoras vivientes». Se trataba de una red que operaba en nuestro país y ofrecía el servicio de maternidad subrogada o como lo denomina el reportaje de "vientres de alquiler" (...)»* (Congreso de la República, 2014). Señala que esto se debe a la ausencia de regulación expresa al respecto,
- Menciona al Proyecto de Ley N° 2839/2013-CR que también ha sido analizado en este capítulo y señala que hasta el momento de la publicación del referido informe, el proyecto seguía a la espera de debate y dictamen en la Comisión de Salud y Población.

Sin mayor aporte, el informe de investigación termina señalando algunas conclusiones respecto a la maternidad subrogada, de las cuales la última señala lo siguiente:

*“En el Perú no existe un marco normativo explícito que regule la maternidad subrogada, ni para declararla nula, ni para admitirla. Sin embargo, esta es una práctica real que ha sido expuesta principalmente a través de fuentes periodísticas que develan la forma clandestina e ilegal con la que actúan algunas personas y clínicas involucradas. Esta situación evidencia, no solo el tratamiento irregular de la maternidad subrogada en el Perú, sino esencialmente, el vacío legal que impide su control y dificulta la resolución de controversias derivadas de esta práctica, razón por la cual resulta necesario y relevante adoptar medidas que de forma explícita ordenen esta realidad” (Congreso de la República, 2014). (énfasis agregado)*

#### 4.1.6. Jurisprudencia Nacional en materia de maternidad subrogada

##### 4.1.6.1. Casación N° 5003-2007 - LIMA (Corte Suprema de Justicia de la República, 2008):

Este caso, se dio en el marco de una sociedad que aún no reconocía a la maternidad subrogada como tal, ni la abordaba directamente.

El caso, una impugnación de maternidad, llega a la Corte vía recurso de casación, tras ser declarado improcedente en primera instancia y confirmada por segunda instancia. La accionante presentó la demanda de impugnación de maternidad en representación de su hijo, señalando que el reconocimiento de maternidad de una niña que es la hermana de su hijo, fue efectuado por una tercera mujer que no era la madre biológica ya que su embarazo fue el resultado de una inseminación artificial<sup>2</sup> utilizando un óvulo donado de una donante anónima y el material genético del esposo de la accionante sin el consentimiento de este, a pesar de que esta técnica no está permitida en nuestro país. Aunque la recurrente tampoco es la madre biológica sino la donante anónima, la recurrente señala que su hijo tiene particular interés ya que es el hermano de la niña por parte de su padre y que debido a eso alega la vulneración a su derecho a la identidad. El cuestionamiento de primera y segunda instancia está relacionado con la legitimidad para obrar del demandante y su representante; en atención a ello la Corte dirime específicamente sobre el tema de interés legítimo por

---

<sup>2</sup> De acuerdo a lo señalado en la Casación N° 5003-2007 LIMA; sin embargo otras fuentes señalan que fue un proceso de fecundación in vitro:

[http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/906/Quien\\_lamo\\_cig\\_Silverino.pdf?sequence=1](http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/906/Quien_lamo_cig_Silverino.pdf?sequence=1)

parte del demandante representado por su mamá, señalando que la acreditación del vínculo filiatorio es elemento suficiente *“así como la obligación que existe a nivel de hermanos en la protección recíproca de sus intereses por lo que la demanda debe ser admitida a trámite”* (Corte Suprema de Justicia de la Republica, 2008).

Aunque la resolución únicamente consta de 3 hojas, el impacto de esta jurisprudencia ha sido de gran magnitud puesto que a diferencia de los casos que veremos más adelante, no se trata de un caso de a favor de la maternidad subrogada sino de un caso en el que la Corte pondera la maternidad natural sobre la voluntad procreacional ya que a pesar de que la madre gestante aceptó no ser la madre genética expresó su deseo de ser madre, la Corte decidió en sentido contrario. Otro aspecto importante es sobre quien asumiría la maternidad de la niña, aspecto que la Corte debió analizar en aras de proteger el interés superior de la niña ya que si bien es cierto la mujer que la gesto no era su madre genética, si ella no asumía la maternidad, no habría una posible madre gestante puesto que la donante de los óvulos fue anónima. También permitió evidenciar la existencia de casos en los que se usan las TERHAS contrariamente a lo que la Ley señala pues hay madres gestantes que no necesariamente son madres genéticas. Asimismo, es necesario precisar que en el caso bajo comentario se ponderó el interés superior del niño que interpuso la demanda; pero no se consideró el interés superior de la niña de la que se impugna la maternidad, máxime si tenemos en cuenta que corría el riesgo de quedarse sin mamá.

#### **4.1.6.2. Sentencia recaída en el Expediente N° 183515-2006-00113**

**(Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia, 2009):**

Esta sentencia de primera instancia podría ser considerada como el primer caso en el que se aborda la maternidad subrogada como tal a nivel judicial. La sentencia resuelve un caso de un matrimonio donde la mujer no podía concebir sin poner en riesgo su vida e integridad física, por lo tanto la pareja decide solicitar a la madre de la esposa, es decir la suegra del esposo, que mediante una procedimiento de fecundación in vitro se le implante el embrión que tendría el material genético de ambos esposos, ante este requerimiento la suegra acepta y cuando el bebé nace es

registrado como hijo de la suegra y su esposo, razón por la cual los padres biológicos inician un proceso de impugnación de maternidad que prosperó gracias a la prueba de ADN que se ordenó en el marco del proceso. No obstante en el desarrollo del mismo, la jueza tomo conocimiento sobre la existencia de otros embriones existentes que habían sido fecundados conjuntamente con el embrión que se le implanto a la mamá de la demandante, por lo que el o la magistrado(a) adoptando la teoría que postula que la vida comienza desde la fecundación y con la intención de proteger el derecho a la vida de los embriones, establece un plazo de dos años para que hagan efectivo el derecho a la vida de los embriones congelados gestándolos por si o mediante subrogación de vientre siempre y cuando sea sin fines de lucro, o en su defecto el Ministerio Público iniciará un proceso de abandono de embriones y dispondrá su adopción (Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia, 2009).

Si bien esta sentencia podría ocasionar el rechazo de algunos debido a la injerencia en la planificación familiar de cada familia, aspecto que se encuentra protegido por el derecho a la vida privada familiar, es necesario resaltar la consecuencia de ideas que persigue la magistrada en la sentencia, ya que si bien es cierto ampara la demanda en aras de garantizar la filiación y el derecho a la identidad del niño nacido, también se preocupa por velar por la vida de esos embriones creados, que de acuerdo a la teoría que se acogió en esta sentencia tienen vida desde la fecundación, en ese sentido sería contradictorio garantizar los derechos del niño ya nacido pero no de los niños o niñas por nacer que se encuentran en etapa embrionaria.

#### **4.1.6.3. Casación N° 563-2011 LIMA (Corte Suprema de Justicia de la República, 2011):**

Este caso, es probablemente el caso más emblemático de maternidad subrogada en Perú ya que mediante esta casación la Corte Suprema de Perú, estableció un precedente a favor de la maternidad subrogada.

Se trata de un matrimonio que, previo acuerdo, contrató a una mujer para la gestación de un bebé que posteriormente sería entregado a los padres comitentes. La pareja de esposos realizó el pago de \$ 18,900.00 (dólares

americanos) por la gestación y adicionalmente por la donación de sus gametos femeninos. En ese sentido, se entiende que la madre gestante o de alquiler era también la madre genética y respecto a los gametos masculinos, se debe precisar que se utilizaron los gametos del padre comitente, por lo tanto, biológicamente la niña era hija de la madre de alquiler y del padre comitente. Cuando la niña nació fue inscrita como hija de la madre gestante y de su conviviente, por lo que el padre comitente no figuraba como padre formal o legal. Pero el padre comitente no solo era el padre biológico de la niña sino que también, debido al parentesco que tenía con la madre gestante, era el tío abuelo de la menor por afinidad (Corte Suprema de Justicia de la República, 2011).

A pesar de que la niña no figuraba como hija de los padres comitentes, a los nueve días de nacida fue entregada a los mismos. Ellos iniciaron un proceso de adopción por excepción para poder constituir su filiación legalmente; sin embargo, en el transcurso del proceso, la madre gestante y su pareja se arrepintieron de finalizar el proceso y desistieron de continuar con el proceso de adopción (Corte Suprema de Justicia de la República, 2011).

Aunque, el desistimiento fue formulado, la demanda de adopción por excepción fue declarada fundada en primera y segunda instancia, por lo que la madre gestante y su pareja interpusieron recurso de casación, denunciando las siguientes infracciones: 1) Que el proceso de adopción no procede entre padres biológicos y en dicho proceso una de las partes era el padre comitente y padre biológico de la niña, en ese sentido la demanda no debería haber procedido. 2) Que la madre comitente, quien era la tía consanguínea de la pareja de la madre gestante, no guardaba ningún parentesco consanguíneo o de afinidad con la niña ya que el esposo de la madre gestante y también familiar de la madre comitente no era el padre biológico de la niña y que por lo tanto el proceso de adopción no debía prosperar. 3) Que para que la adopción proceda se requería que los adoptantes gocen de solvencia moral y que los padres del adoptado asientan con la adopción; sin embargo que en ese caso los adoptantes no gozaban de solvencia moral pues durante todo el proceso han mentado al juzgador y a los demandados a fin de engañarlos y

quedarse con la niña. 4) Que los padres legalmente reconocidos si tienen esa solvencia moral ya que durante todo el proceso no han dicho más que la verdad, contrario a los demandantes (Corte Suprema de Justicia de la República, 2011).

La Corte Suprema determinó lo siguiente:

- Que en atención al principio de interés superior del niño, en cualquier caso se debe tomar la decisión que vele por la vigencia de los derechos de la niña y la preferencia de sus intereses sobre cualquier otro interés o derecho. En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el del niño. Por lo tanto, teniendo en cuenta que en ese caso específicamente concurrían las siguientes circunstancias: 1) Padres que premeditadamente han acordado procrear un ser humano con la finalidad de entregarlo a otras personas con el fin de mejorar su situación económica lo que demuestra que su interés siempre ha sido económico, 2) Que la niña fue entregada a los padres adoptantes cuando tenía solo 9 días de vida por lo que actualmente se encuentra bajo el cuidado de los mismos, 3) Que los demandados contaban con informes desfavorables del equipo multidisciplinario que señalaban integraban un hogar convivencial con tres hijos de los cuales la más pequeña de ellas fue entregada a los demandantes como una pre adopción por no contar con los recursos económicos suficientes para su crianza, que el informe psicológico señala que la madre demandada accedió a dar en adopción a su hija guiada por la situación crítica que estaba atravesando y que no tiene ningún recuerdo compartido con la niña ya que la entregó muy joven a los adoptantes por lo tanto únicamente estaría protegiendo a sus hijos mayores, que el informe psicológico practicado a su pareja evidencia que se encuentra resignado a la situación y que le tranquiliza que la niña será criada por su tía, mientras que los demandantes si contaban con informes psicológicos favorables, 4) Que los demandados eran parte de una investigación del Ministerio Público por los delitos de extorsión y alteración del Estado Civil de un menor ya que habrían extorsionado a los padres comitentes con cuantiosas sumas de dinero a fin de no abortar

al bebé en reiteradas oportunidades durante el embarazo (Corte Suprema de Justicia de la República, 2011).

- Que en ese caso, el conflicto de derechos radicaba por una parte en el derecho de los padres a ejercer su patria potestad y por la otra en el derecho de la niña de tener una familia idónea que le proporcione todo lo necesario para su desarrollo integral y no altere su desarrollo integral. Por lo tanto, teniendo en cuenta todos los aspectos anteriormente detallados y que los demandados demostraron el poco valor que le dan a la vida y la deplorable manipulación que han intentado ejercer con la vida de un ser indefenso, y que arrancarla de su seno familiar a su corta edad resultaría gravemente perjudicial, declararon infundado el recurso de casación.

Lamentablemente esta sentencia ha sido un precedente que se está aplicando de manera incorrecta. Si bien es cierto, la Corte Suprema de Justicia ha velado por el Interés Superior de la Niña ponderándolo sobre otros derechos, considero que la intención de la Corte no era instaurar una salida para la eficacia de los contratos de maternidad subrogada, sino atender una situación donde se estaban vulnerando los derechos de la niña y existía un riesgo inminente de su bienestar físico y psicológico. Además había circunstancias como la investigación penal por el delito de extorsión de la madre gestante, que evidentemente agravaban la situación (Corte Suprema de Justicia de la República, 2011).

Ahora bien, esto no quiere decir que la Corte Suprema haya tomado esta decisión debido a que reconoce la validez de los contratos de maternidad subrogada en Perú y mucho menos que haya realizado una interpretación del Artículo 7 de la Ley General de Salud, sino que la decisión obedece únicamente a las circunstancias específicas del caso que evidenciaban que la madre gestante y genética no era la persona más indicada para tener la tutela y que por lo tanto la adopción debía proceder por el bien de la niña, puesto que caso contrario iba a quedar desamparada. Así las cosas, considero que a fin de no tener que poner en riesgo el interés superior de los niños en futuras ocasiones, es necesario que se eviten este tipo de situaciones y la única forma de hacerlo es a través de la prohibición o regulación minuciosa de esta práctica. En este sentido,

a pesar del sentido del fallo, habría sido conveniente que en esta sentencia se sienten las bases para evitar que se vuelvan a propiciar estos casos o que personas malintencionadas que pretendan presentar casos similares no lo hagan o no se convierta en un precedente para la regularización de los contratos de maternidad subrogada.

#### **4.1.6.4. Sentencia recaída en el Expediente N° 06374-2016 (Expediente N° 06374-2016, 2017):**

Este caso establece un precedente para el registro civil de los niños nacidos mediante maternidad subrogada, aunque es una sentencia en primera instancia, ha sido utilizada como referente para las discusiones sobre esta materia.

Lo resuelto en el caso versa sobre un matrimonio que realizó un contrato de maternidad subrogada en el año 2015 con una madre gestante a la que se le implantaron dos embriones con la carga genética del padre comitente. La madre gestante alumbró a los niños en noviembre del mismo año y fueron registrados como sus hijos pero como padre legal figuraba el esposo de la gestante, por lo que iniciaron un procedimiento de rectificación de acta de nacimiento donde los padres comitentes solicitaron que se rectifique la acta de nacimiento y se les registre como padres de los niños; sin embargo, la RENIEC declaró improcedente la solicitud (Expediente N° 06374-2016, 2017).

El Quinto Juzgado especializado en lo Constitucional de Lima analizó el derecho a la salud reproductiva concluyendo que las personas que tengan problemas en ella, tienen derecho a tomar el tratamiento médico adecuado para su padecimiento y a tomar otras acciones informadas y libres vinculadas a ese ámbito de su salud y que ello se encontraba protegido por el derecho a la intimidad o vida privada. Y que por lo tanto si una persona ha acudido a las TERHAS para alcanzar la situación de madre, sería un contrasentido que luego de alcanzar el resultado favorable, se desconozca la condición de madre de la mujer o de la pareja que acudió a dicho método. Asimismo, también señaló que respecto a la disposición del Artículo 7° de la Ley General de Salud que señala que debe haber identidad entre la madre genética y la madre gestante, no puede realizarse una interpretación a contrario sensu del Artículo 7° para

concluir que proscribiera el uso de TERHAS para otras situaciones, por el contrario, señala que lo único que puede afirmarse es que ese artículo no regula más supuestos que la madre gestante comparta carga genética con su bebé, de lo contrario sería una técnica interpretativa inviable (Expediente N° 06374-2016, 2017).

También señalo que no existe una clara y expresa prohibición de celebrar contratos o acuerdos de maternidad subrogada en ninguna Ley Peruana por lo tanto debe entenderse que es perfectamente válido ya que se trata del ejercicio legítimo de los derechos a la salud reproductiva y otros vinculados.

Con el argumento con el que encuentro mayor afinidad es el desarrollado en el punto decimo de los considerandos que reconoce si bien es cierto que las TERHAS no están prohibidas, su empleo debe estar delimitado solo cuando tuviera como destino la formación de una familia, pues lo contrario sería abrir una peligrosa puerta a la reproducción de seres humanos para múltiples propósitos, lo que implicaría hacer del hombre un instrumento al servicio de fines ajenos a su propia humanidad (Expediente N° 06374-2016, 2017).

Finalmente, el A quo, señala que RENIEC estaría atentando contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la vida privada al denegar la modificación del acta de nacimiento, en la medida que estaría obstruyendo y cuestionando la manera en que se constituye esta estructura familiar contraviniendo lo señalado por el Tribunal Constitucional respecto a las familias ensambladas, razones por las que decidió declarar fundada la demanda de amparo.

Ahora bien, si bien es cierto en esta sentencia podemos apreciar que el A quo aborda directamente la maternidad subrogada y la validez de los contratos, aunque disiento con la interpretación adoptada del Artículo 7° de la Ley General de Salud debido a que me parece sumamente forzada, aporta argumentos jurídicos (ya que no nacen de la doctrina sino de jurisprudencia) a la discusión de la permisibilidad de la maternidad subrogada en el país, de los que me gustaría resaltar los siguientes:

- En principio, el juzgador empieza pronunciándose sobre la tutela al derecho a la salud reproductiva señalando que es una injerencia pretender

negar el acceso a una TERHAS; para ello debemos suponer que la maternidad subrogada ha sido reconocida por el o la juzgador (a) como una técnica de reproducción humana asistida, a pesar de que una parte de la comunidad jurídica internacional no la reconoce de esa manera por el contrario señala que es un abuso de las TERHAS e insiste en su prohibición. Para asumir tal posición es necesario que primero se determine si la maternidad subrogada es una TERHAS o es una consecuencia negativa del mal uso de las mismas.

- Asimismo, citó la Sentencia del Caso de las Niñas Yean y Bosico de la Corte IDH con la finalidad de señalar que el apellido, nombre y nacionalidad son componentes necesarios para garantizar el derecho a la identidad, pero para aseverar algo semejante es necesario que al menos exista identidad o similitud en las plataformas fácticas en ambos casos, de lo contrario estaríamos sacando de contexto las conclusiones de la Corte IDH, puesto que los hechos y vulneraciones de derechos humanos se dio en circunstancias completamente diferentes por lo que equiparar sus efectos no sería justo. Además se debería considerar que en el caso de niños que nacen como resultado de contratos de maternidad subrogada tienen vínculos de identidad hasta con seis personas, por lo que, en principio si hablamos de garantizar el derecho a la identidad, debería ser obligatorio que de permitirse estos actos también se permita que el niño o niña tenga conocimiento de cada una de las personas con las que está vinculado(a).
- Finalmente me gustaría resaltar nuevamente que el hecho de que se haya determinado que los niños nacidos como resultado de esta práctica deben o pueden permanecer con los padres comitentes no responde a que el operador de justicia está convalidando este vacío normativo, sino que en atención al principio del interés superior del niño el operador de justicia debe optar por la decisión que asegure que el niño tendrá un hogar y familia en condiciones favorables para su desarrollo. No obstante, la jurisprudencia debe servir también para establecer pautas generales que eviten los mismos problemas de cara al futuro y en el caso de la maternidad subrogada se tendría que investigar, primero, cuáles

son los efectos de la misma en los niños, niñas y madres gestantes para poder adoptar un criterio responsable, y después utilizar esta información para próximos casos que puedan presentarse.

## Capítulo V: Análisis de la normatividad internacional sobre la Maternidad

### Subrogada

#### 5.1. Legislación Comparada en maternidad subrogada

##### 5.1.1. Reino Unido

El 04 de enero de 1985, se registraba, al menos oficialmente, el segundo nacimiento (Alghrani & Danielle, 2017) de una niña concebida en un “vientre de alquiler”. La madre gestante fue Kim Cotton quien además donó los gametos femeninos para ser inseminada con el esperma de un hombre que tenía esposa pero no era fértil. Kim entregó a la bebé en el mismo hospital de Londres donde nació, casi inmediatamente después de que naciera. Todo esto fue en mérito de un acuerdo blindado de maternidad subrogada, por el que Kim recibió 6500 libras y también se obligó a renunciar a iniciar cualquier contacto posterior con la bebé y la familia beneficiaria. Ella fue la protagonista del famoso caso Baby Cotton que originó un impacto social en el país tan grande que generó la regulación de la maternidad subrogada y la prohibición de su práctica con fines comerciales o lucrativos (Tubella, 2019).

A continuación realizaré una breve reseña de la evolución normativa en maternidad subrogada en Reino Unido:

##### 5.1.1.1. Surrogacy Arrangements Act, (1985) (Legislation UK, 1985)

Publicada el 16 de julio de 1985 tenía como finalidad regular las actividades conducentes a concretar acuerdos de maternidad subrogada. Desde su primera disposición se aclara que la maternidad subrogada siempre será considerada como un acuerdo altruista y nunca como un contrato comercial. Estas son algunas de sus principales disposiciones:

- No deben existir intermediarios entre los participantes de los acuerdos de subrogación (Legislation UK, 1985).
- La responsabilidad parental del niño por nacer será **de otra** u otras personas, por lo que podríamos entender que está permitido para personas solteras (Legislation UK, 1985).

- Debe ser un acuerdo que no convierta el cuerpo de la mujer en una materia prima u objeto que pueda ser comercializado, por lo que no solo no se puede recibir ningún pago sino tampoco ningún bien o beneficio que pueda ser equivalente a dinero (Legislation UK, 1985).
- Ningún acuerdo de subrogación podrá ser ejecutable por ninguno de los participantes sin excepción (Legislation UK, 1985).
- En cualquier territorio de Reino Unido está prohibido: iniciar, ser parte de, ofrecer, aceptar u obtener o brindar información para negociaciones sobre acuerdos comerciales de maternidad subrogada, caso contrario sería culpable de una ofensa, lo que nosotros llamaríamos delito. De la misma manera lo cometería aquella persona que entregue dinero, cualquier bien o beneficio así como el que lo recibe o lo conduce hacia la persona destinataria (Legislation UK, 1985).
- Se sanciona la publicidad conducente a ofertar, negociar o facilitar el contacto con mujeres para acuerdos de maternidad subrogada, asimismo se sancionan los avisos o publicidad de personas que busquen mujeres para acuerdos de maternidad subrogada (Legislation UK, 1985).
- Por otra parte, también se sancionará a los propietarios editores o publicistas del periódico que contengan publicidad sobre maternidad subrogada. Y en caso el anuncio esté disponible en un medio digital, se sancionará a todo aquel que lo transmita o contribuya con su transmisión.

#### **5.1.1.2. Human Fertilisation and Embryology Act, (2008) (Legislation UK, 2008):**

La Ley de Fertilización Humana y Embriología de Reino Unido, es una de las normas más completas sobre reproducción humana asistida y el estatuto jurídico del embrión, que existe. Es impresionante como esta ley que data, en su primera versión, del año de 1990 (Alghrani & Danielle, 2017) ha abarcado los aspectos más importantes sobre las TERHAS a fin de crear un marco regulatorio protector que evite la explotación reproductiva y que prevenga la cosificación de los embriones creados por las TERHAS.

Además, también se ha ocupado de las personas naturales o jurídicas encargadas de realizar las TERHAS, así como de las condiciones mínimas que se requieren para poder tratar con gametos femeninos y

masculinos, embriones y también el uso y registro de la información que se origine a partir de la práctica de estas técnicas.

Se ha ido modificando a lo largo de los años, y sin duda ha mejorado con cada modificación, puesto que actualmente regula, también, algunos aspectos de la maternidad subrogada y la transición que atraviesan las madres gestantes y los niños.

Aunque considero que sería muy enriquecedor el análisis pormenorizado de esta ley, la misma es muy extensa, está dividida en 3 partes y cuenta con 69 artículos que en su mayoría contienen 3 o más acápite, por lo que, de manera muy sucinta, precisaré las disposiciones de interés para el presente trabajo de investigación:

- Las órdenes parentales son decisiones de los tribunales en razón a solicitudes de padres comitentes para que niños nacidos mediante maternidad subrogada puedan ser reconocidos legalmente como hijos de los padres comitentes. Para poder obtener estas órdenes son necesarios ciertos requisitos:
  - El niño debe haber sido gestado por una mujer que no sea la que lo solicite, y que el embarazo debe haber sido provocado por inseminación artificial o fecundación in vitro utilizando, al menos uno de los gametos de los comitentes (Legislation UK, 2008).
  - Los padres comitentes deben ser mayores de edad, esposo y esposa, compañeros civiles (lo que podría ser la unión de hecho en Perú) o dos personas que vivan como pareja pero que no tengan prohibiciones de parentesco para relacionarse (Legislation UK, 2008).
  - El niño o niña nacida como resultado del acuerdo de maternidad subrogada deberá permanecer durante 6 semanas con la madre gestante (Legislation UK, 2008).
  - La solicitud de los padres comitentes de la orden parental solo puede realizarse en el periodo de 6 meses desde el nacimiento del niño. Durante el periodo de evaluación, el niño deberá permanecer con los padres comitentes y estos deben tener domicilio conocido en Reino Unido (Legislation UK, 2008).

- La Corte deberá verificar que la mujer gestante y los padres genéticos en caso sean distintos a los comitentes, aceptan la orden parental y que tengan total entendimiento sobre la decisión que están tomando y sus implicancias, así como que sea una decisión libre. **Será ineficaz la manifestación de voluntad de la mujer que no permanezca como por lo menos 6 semanas con el niño o niña** (Legislation UK, 2008).
- Finalmente establece en su artículo 33 que la madre siempre será la persona que está gestando o ha gestado al niño como resultado de implantarle un embrión o de ser inseminada artificialmente. Ninguna otra mujer deberá ser tratada como madre. Justamente por esta razón es que regulan tan minuciosamente las ordenes parentales pues será a partir de estas que la paternidad será otorgada a los padres comitentes.

#### **5.1.1.3. Informe Warnock (Warnock, Report of the Committee of Enquiry into the Education of Handicapped Children and Young People, 1978)**

El informe Warnock fue publicado en Julio de 1984 por el Comité de Investigación sobre Fertilización y Embriología Humana de Reino Unido, que fue instaurado como respuesta al rápido desarrollo que estaban teniendo las TERHAS en Reino Unido. En el año 1982, el gobierno de Reino Unido preocupado por las implicancias que esto podía tener, nombró a la filósofa Mary Warnock para presidir el Comité e iniciar las investigaciones. Luego de dos años de investigación el equipo multidisciplinario finalmente dio a conocer los resultados de la investigación así como las recomendaciones que consideraron pertinentes. El principal objetivo del Comité fue establecer principios para la regulación de la FIV y el tratamiento de los embriones creados por TERHAS. Así las cosas, los parámetros establecidos más tarde, servirían para el nacimiento de la “*Human Fertilisation and Embryology Act 2008*” pero también han sido un instrumento de referencia en la regulación legislativa sobre la investigación embrionaria en diferentes escenarios internacionales (Warnock, Report of the Committee of Enquiry into the Education of Handicapped Children and Young People, 1978).

El Informe Warnock fue reconocido mundialmente, por haber sugerido que se debía permitir la investigación, experimentación entre otras, embriones resultantes de una FIV hasta el día catorce de vida del embrión (Warnock, Report of the Committee of Enquiry into the Education of Handicapped Children and Young People, 1978), en la medida que consideraban que el embrión hasta antes de los 14 días era considerado como un “pre embrión” y que aparentemente recién adquiriría la calidad de embrión a partir del día catorce de vida; sin embargo años después fue la propia Mary Warnock quien señaló en su libro “*A Question of Life. The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology*” que la vida embrionaria empieza con la fertilización (Warnock, 1985), es decir desde que se realiza la FIV.

Por otro lado, el Informe Warnock, no presentó una posición definitiva respecto a la permisibilidad de la maternidad subrogada, no obstante, al ser un documento oficial de tamaño envergadura, todas las recomendaciones efectuadas fueron tomadas en cuenta en 1985 cuando se expidió la Surrogacy Arrangements Act, (1985) y hasta el día de hoy no podemos negar su influencia en la regulación mundial sobre estas prácticas. Por ello, a continuación, presentaré las recomendaciones más importantes establecidas en este informe, respecto a la permisibilidad de la maternidad subrogada:

- Recomendaron que la mujer gestante que alumbró al bebé, en el marco de un acuerdo de subrogación, sea considerada como la madre para todos los efectos legales desde la concepción y recién después de un proceso de adopción se reconozca a otra mujer como la madre legal. Considero que con ello se buscaba equipararla a un tipo especial de adopción a través de las órdenes parentales y así se pueda aplicar un mayor control sobre los padres comitentes así como establecer la necesidad de la conformidad de la madre gestante (Warnock, 1978).
- En el punto 8.10 del Informe se señala que el hecho de utilizar a una tercera persona para el acto de procreación es un ataque al valor de la relación matrimonial. Además es inconsistente con la dignidad

humana, que una mujer utilice su útero para obtener ganancias financieras, convirtiéndola en una incubadora para el hijo de una tercera persona. También consideran inadmisibles utilizar una función vital corporal propia del cuerpo de la mujer, como lo es gestar un bebé, con el solo propósito de entregarlo a la pareja comitente a cambio de una cantidad de dinero (Warnock, 1978).

- Asimismo, indicaron que la relación entre la madre y el bebé se distorsiona con la subrogación, y que esto causa un daño potencial en el niño quien, independientemente de sus conexiones genéticas, requiere un fuerte e incondicional vínculo con la persona que lo gestó ya que esto puede influir en su futuro (Warnock, 1978). Además que es una práctica degradante para la dignidad del niño pues para todos los efectos prácticos habrá sido intercambiado por dinero, reduciéndolo a ser objeto de un contrato de compra-venta (Warnock, 1978).
- Recomiendan que la maternidad subrogada debería ser utilizada como último recurso, dado que existen riesgos asociados al embarazo a los que no se debería someter a ninguna mujer a cambio de dinero, máxime si se utiliza su condición de vulnerabilidad para que acceda a firmar el acuerdo (Warnock, 1978).
- Recomiendan que en los casos en los que la madre gestante desista del proceso luego de haber alumbrado al niño, no se le exija su cumplimiento legalmente, sino que tendría que depender enteramente de la voluntad de la mujer gestante (Warnock, 1978). El contrato comercial de maternidad subrogada debería ser ilegal para que no puedan ser ejecutados en los tribunales.
- Reconocieron que no deberían cerrarse las puertas completamente a esta posibilidad; sin embargo manifestaron que es preocupante la forma en que se puede ofrecer y manejar, por lo que de permitirse la práctica altruista tendría que ser minuciosamente regulada, considerando todos los escenarios y la posibilidad de establecer sanciones penales por la contravención de normas. Todo ello bajo el control de una autoridad específicamente nombrada para efectos de los acuerdos de subrogación.

- Cabe mencionar que tienen un capítulo específico sobre licencias para el funcionamiento de agencias o centros donde se lleven a cabo las TERHAS y que establecen todos los aspectos que deben ser regulados en relación a su funcionamiento como el hecho de que el acceso a la agencia solo podrá realizarse por referencia de un ginecólogo oficial o en su defecto se sancione penalmente a las personas que realicen cualquier acto conducente a la realización de un acuerdo de maternidad subrogada sin contar con la licencia necesaria (Warnock, 1978).
- Señalaron que si bien es cierto, la maternidad subrogada puede ayudar a personas infértiles, también se presenta el riesgo que sea mal utilizada por personas que no tengan ninguna complicación física pero que no quieran o no estén dispuestas a sufrir las consecuencias físicas y mentales y las implicancias de un embarazo. Por lo tanto, advierte, que de permitirse sería necesario poner una limitación respecto a este aspecto (Warnock, 1978).
- Recomendaron la intervención del derecho penal para el control de la maternidad subrogada, ya que la creación de una autoridad administrativa que se encargue de la expedición de licencias y supervisión de lugares que presten este servicio, no es suficiente para el control total. Asimismo, recomendaron que el tipo penal que se creé sea suficientemente amplio para que pueda tipificar como delito todas las conductas que colaboren con esta práctica (Warnock, 1978).
- Recomendaron que se flexibilice la normatividad del proceso de adopción para que las personas que desean ser padres puedan tener la oportunidad de serlo a través de un proceso supervisado por el Estado, que vela por el interés superior del niño y no promueve la cosificación de la persona (Warnock, 1978).

#### 5.1.2. Suecia

Antes del año 2016, en Suecia, no existía un marco normativo sobre la maternidad subrogada, es debido a esta omisión legal y gracias a los esfuerzos del gobierno sueco para responder a los cuestionamientos en cuanto a la infertilidad y la maternidad subrogada como alternativa, que en el año 2013 se decidió realizar una investigación profunda sobre todas

las implicancias de la misma. En este sentido, se encomendó la misión de liderar al equipo que realizaría la investigación a la magistrada Eva Wendel Rosberg, quien después de tres años de investigación con un equipo multidisciplinario, presentó ante el Ministro de Justicia de Suecia, Morgan Johansson los resultados de la investigación iniciada en el año 2013, al cual tituló “Diferentes caminos a la paternidad” (Rosberg, 2016) y su conclusión general fue que se debería prohibir la maternidad subrogada comercial y altruista porque no solo cosifica a la mujer sino que también, en caso se apele al humanismo, es muy difícil garantizar el carácter altruista y que no hay ninguna explotación de por medio.

El Think Tank mexicano Early Institute, uno de las principales organizaciones que defiende los derechos de los niños en México, analizó el informe en su totalidad y presentó algunas de sus principales conclusiones que apreciaremos a continuación:

#### **5.1.2.1. “Diferentes caminos a la paternidad” – Informe Wendel Rosberg**

- Es internacionalmente reconocido por países, organismos internacionales y específicamente Suecia, que el cuerpo humano y sus partes no pueden ser utilizados para obtener beneficios económicos, por lo que sería inconsistente introducir regulaciones que permiten la subrogación comercial (Rosberg, 2016).
- Sería sumamente contradictorio conciliar una normatividad que permita la subrogación comercial con la evolución legislativa de la Unión Europea y de sus Estados miembros, en la medida que ningún país miembro la permite explícitamente, por el contrario la mayoría tiene prohibiciones expresas y condenan su práctica al considerarla una violación a los derechos de las mujeres y el bienestar infantil (Rosberg, 2016).
- Permitir la subrogación comercial y prohibir la trata de personas en una misma legislación provocan una discordancia que podría provocar que la prohibición de trata de personas no sea efectiva o no pueda ser debidamente controlada (Rosberg, 2016).

- En la opinión de los especialistas que realizan la investigación, hay un riesgo evidente de que algunas mujeres puedan ser sometidas a la presión de ser madres de alquiler si se permite el procedimiento en el sistema de salud Sueco, aun si no es comercial, ya que en el caso que se limite la práctica altruista únicamente para familiares, las mujeres podrían sentir la presión tacita para ayudar a un pariente cercano (Rosberg, 2016).
- La maternidad subrogada altruista tampoco es una opción válida para los especialistas ya que señalan que incluso después de una cuidadosa evaluación y con los requisitos establecidos no es posible asegurar que el consentimiento de la madre gestante no ha sido el resultado de la presión emocional o motivos económicos encubiertos (Rosberg, 2016).
- Debería respetarse la regla establecida por el principio de *mater certa est*, por lo tanto, la madre gestante debería ser considerada automáticamente como la madre del niño por nacer. En este sentido, se debería respetar la posibilidad de que la madre sustituta cambie de opinión una vez que el niño ha nacido. Cualquier regulación que permita la práctica debería ser consistente con esta regla del derecho (Rosberg, 2016).
- Uno de los principales motivos para prohibir la práctica, de acuerdo a este informe, es la protección de la mujer: *“La razón más importante por la que no deberíamos permitir la subrogación en Suecia es el riesgo que las mujeres enfrentan de tener la presión de convertirse en madres de alquiler. Es un gran compromiso e implica los riesgos tiene el quedar embarazada y dar a luz”* (Rosberg, 2016).
- Respecto al interés superior de los niños, la investigación señala que no es posible obtener una conclusión definitiva sobre la compatibilidad del procedimiento con el interés superior del niño y por lo tanto, en atención, al principio de precaución y protección a los derechos de la infancia, la práctica no debería ser permitida (Rosberg, 2016).

- Finalmente otra de las conclusiones señala que permitir la maternidad subrogada en Suecia es como permitir el abuso a la mujer

### 5.1.3. España

Actualmente en España, se encuentra vigente la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida – Ley N° 14/2006 de 26 de mayo de 2006, que en su Artículo 10 establece que serán nulos de pleno derecho los contratos o acuerdos de gestación subrogada, sean comerciales o altruistas, en los que una mujer renuncie a la filiación materna a favor de un contratante o de un tercero. Establece además, que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto; sin embargo deja a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico y, cabe resaltar que, no se prohíbe expresamente el registro de niños nacidos por este método en otros países en atención al principio de interés superior del niño.

Al respecto debo precisar, que la prohibición de la maternidad subrogada en esta ley es muy general, por lo tanto no cubre ninguna de las acciones orientadas a sacar provecho de la ambigüedad de la norma, como si se realiza en Reino Unido, por ejemplo. En ese sentido, es muy frecuente la publicidad sobre maternidad subrogada, a pesar de estar prohibida, evidentemente en calidad de intermediarios la realizan empresas que formalmente tienen otro rubro, y en su gran mayoría no se arriesgan a realizar los procedimientos o firma de contrato en territorio español, pero son puntos de acceso para que el servicio pueda ser proporcionado en otro país donde sí se encuentra permitido o no está regulado. Lo peligroso de esto es que pueden registrarse empresas con actividades de consultoría cuando en realidad lo que realizan son los trámites previos de los contratos de subrogación, situaciones que podrían evitarse con la reivindicación de la Orden de 2010 por la que el Colegio de Registradores y Notarios pueden inscribir a los bebés que llegan a España y que nacieron por un contrato de maternidad subrogada (Franco, 2019). Evidencia de esto ha sido publicado en uno de los diarios más famosos de España, como lo es el Diario EL PAÍS, que publicó una nota indicando que algunas agencias como Gestavida (Franco, 2019), Infertilitty (Franco, 2019), Go4baby (Franco, 2019), han indicado como

actividades principales: la gestión de administración, consultoría en temas de infertilidad y hasta en algunos casos el servicio de fotocopias, pero extrañamente han declarado altas sumas de dinero por sus ingresos, de acuerdo a la nota periodística del diario El País.

La vigente regulación siguió la línea de investigación desarrollada en el Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humana, que a continuación presento, que se oponía rotundamente a la práctica de la maternidad subrogada debido a las investigaciones que sustentan dicho informe.

#### **5.1.3.1. Informe de Comisión Palacios**

El pleno del Congreso de los Diputados de España, en su sesión del 10 de abril de 1986, aprobó el Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humana y en consecuencia ordenó la publicación de las recomendaciones efectuadas en el informe. Respecto al tema que nos atañe, estas son las principales recomendaciones:

- *“Prohibirse la gestación de sustitución en cualquier circunstancia”* ( Congreso de los Diputados, 1986),
- *“Deberán ser objeto de sanción penal o del tipo que procediera, las personas que participen en un contrato de gestación por sustitución, aunque no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que las propicien y los equipos médicos que las realicen”* ( Congreso de los Diputados, 1986).
- *“Deberán ser objeto de sanción los centros sanitarios o servicios en los que se realizaran las técnicas para la gestación de sustitución”* ( Congreso de los Diputados, 1986).

#### **5.1.4. India**

El 19 de diciembre de 2018, la Cámara Baja del Parlamento Indio aprobó la Ley que prohíbe la maternidad subrogada con fines comerciales. Este cambio normativo responde a la sobredemanda de madres subrogadas para contratos de subrogación de parte de padres comitentes extranjeros, en su mayoría, ciudadanos extranjeros que frente a las prohibiciones y restricciones establecidas en la mayoría de países de Europa, convirtieron

a India en el nuevo paraíso de la maternidad subrogada; sin embargo, esto fue advertido por sus autoridades y gracias a la Surrogacy Bill 2016, se establecieron una serie de límites para acceder a esta práctica, por ejemplo: solo se permite el acceso a personas casadas, evidentemente el matrimonio tendría que ser entre hombre y mujer de acuerdo con las leyes Indias, deben tener la nacionalidad India y deben registrar al menos 5 años de casados. Por otro lado, se estableció la prohibición de recibir cualquier tipo de compensación o beneficio para las madres gestantes (Asia News.IT, 2018). El derecho penal también se involucró en la nueva regulación de esta práctica, ya que se establecieron sanciones penales de hasta 10 años de prisión y multas que llegan a un millón de rupias.

De acuerdo a los principales tabloides de este país, los módicos costos de los contratos de subrogación habrían oscilado entre 18,000.00 hasta 30,000.00 dólares, lo que representa un tercio del precio que se paga en los Estados Unidos, lo que lleva a suponer que adicionalmente a los padres comitentes provenientes de países europeos, también habrían existido padres comitentes estadounidenses interesados en estas prácticas (Asia News.IT, 2018).

El secretario del Departamento de Investigación Médica del Ministerio de Salud y Bienestar Familiar, señaló que esta nueva legislación buscaría aumentar el número de adopciones en este país, ya que según los datos de “*Central Adoption Resource Authority*”, entidad que regula las adopciones en la India, solo 3276 niños y niñas abandonadas habrían sido adoptados durando abril de 2017 y marzo de 2018 (Asia News.IT, 2018).

#### **5.1.4.1. “Surrogate Motherhood Ethical or Commercial” (Center for Social Research, 2010)- Center for Social Research**

El Centro de Investigación en Temas Sociales, (en adelante, CITS) situado en Nueva Delhi India, desde el año 1983 aboga por los derechos de las mujeres. Motivados por la deficiente regulación en la maternidad subrogada y frente al peligro inminente de una regulación infructuosa por la falta de investigación en la materia, es que se realizó y publicó esta investigación y sus resultados.

La investigación se realizó en algunas regiones de India, en una muestra amplia de madres subrogadas y es bastante completa pues presenta en primer lugar el análisis de la situación actual en India, las posibles consecuencias y/o afectaciones en la mujer y en el niño por nacer de manera separada y además, las experiencias de otros países con esta práctica, finalmente están las conclusiones y recomendaciones.

A continuación, veremos algunas de las conclusiones de este trabajo, que se ajustan mucho a la realidad de muchos países donde no existe una regulación clara sobre la maternidad subrogada, como Perú:

- El niño por nacer puede estar expuesto a un potencial daño si los padres no son personas buenas, ya que como no se realiza ningún tipo de control previo sobre los padres comitentes, cualquier persona puede convertirse en padre comitente de un niño con el que no tiene ninguna vinculación genética hasta un integrante de una banda que se dedica al tráfico de niños y que probablemente, piensa hacer eso con el niño (Center for Social Research, 2010).
- El deseo de tener un hijo y la capacidad de gastar sumas irrazonables de dinero para costear el proceso no son garantías de una adecuada paternidad (Center for Social Research, 2010).
- Si el niño no cumple con los requerimientos del padre, este podría rechazarlo desde el momento de su nacimiento hasta después de algunos años de vida. Si bien es cierto que lo mismo podría pasar con padres adoptivos o reproducción natural, la diferencia radica en que en el primer caso, el Estado sería el directo responsable por permitirlo por su omisión de supervisar esta práctica y permitir que se cometan estos actos en su territorio (Center for Social Research, 2010).
- Las madres subrogada provienen en su mayoría de familias muy pobres que tienen un ingreso promedio de 1000 a 2000 rupias que equivalen entre S/ 47.00 y S/ 94.00 soles, por lo que la maternidad subrogada representa un gran ingreso, aun si el pago que recibirán es abusivo por todo lo implica (Center for Social Research, 2010).
- La mayoría de madres subrogadas en India deben tener una carga familiar previa para demostrar su capacidad reproductiva pero esto

también supone la necesidad de dinero para sostener a su familia. La mayoría son analfabetas o tienen únicamente educación primaria, son empleadas domésticas o ayudantes de limpieza, también hay un gran porcentaje que se dedica a la construcción civil, esto quiere decir que las mujeres que se someten a este contrato son económicamente vulnerables y tienen tal necesidad económica que en algunos casos la única salida que ven es la de la subrogación. Por otro lado el Consejo Indio de Investigación Médica del Ministerio de Salud y Bienestar Familiar del Gobierno de India, sugirió en uno de sus informes que como máximo solo se deberían realizar 3 intentos de implantación del embrión creado por FIV en la madre gestante; sin embargo se detectó que muy frecuentemente se realizaban más intentos de implantación de embriones del límite recomendado a fin de que queden embarazadas, pero como las madres gestantes eran mujeres pobres que necesitaban el dinero de manera inmediata, y que además en su mayoría no tenían conocimiento del procedimiento al que se sometían, no tenían conocimiento de estos abusos (Center for Social Research, 2010).

- La mayoría de veces el dinero obtenido por las madres subrogadas de India es utilizado para pagar servicios básicos como educación, alimentación, salud y vivienda, lo que nos permite concluir que la necesidad de ese dinero es prácticamente para sobrevivir (Center for Social Research, 2010).
- La mayoría de veces luego de la entrega de los niños a los padres comitentes se ha reportado que las madres subrogadas han sido rechazadas por su propia familia y círculo social. Y que por lo tanto prefieren quedarse en refugios durante el periodo de la gestación debido a los estigmas sociales a que se enfrentan (Center for Social Research, 2010).
- Se descubrió que casi en ningún caso, las madres gestantes conservan una copia del contrato o acuerdo de maternidad subrogada (Center for Social Research, 2010).
- Si los padres comitentes desean terminar el embarazo debido a malformaciones o preferencias en sexo, en la mayoría de casos el aborto

se lleva a cabo sin tener en cuenta la opinión de la madre gestante, solo se reportó un 2.9% de madres gestantes de una región, a las que les permitieron dar su opinión (Center for Social Research, 2010).

- La mayoría de los padres comitentes tienen educación superior hasta Grados de Maestros o Doctores, tienen trabajos muy bien remunerados, permanentes y además provienen del estrato alto de la sociedad (Center for Social Research, 2010).
- La mayoría de contratos de subrogación no contenía ninguna disposición relativa a la salud y bienestar de las madres gestantes, solo era considerada cuando la salud del feto también estaba comprometida (Center for Social Research, 2010).
- No existía una regla proporcional por la que se decidía el pago de las madres gestantes, las clínicas realizaban los tratos directos con los padres comitentes y arbitrariamente las clínicas decidían cuando les iban a pagar por la gestación. Se descubrió que, usualmente, las madres gestantes recibían el pago del 1% o 2% del monto total que recibían las clínicas como pago de parte de los padres comitentes (Center for Social Research, 2010).

#### 5.1.5. **Camboya**

En el año 2015, el Gobierno de Camboya aprobó una orden o también conocida como Phnom Penh, que establecía la prohibición total provisional de la maternidad subrogada hasta que el Gobierno no apruebe una Ley que regule esta práctica ya sea que se permita comercial o altruistamente o que por el contrario se prohíba totalmente en el territorio. Esta medida fue tomada en respuesta a la creciente práctica de los contratos de maternidad subrogada de los cuales no existían información sobre el paradero de los niños o evaluaciones sobre el bienestar posterior al nacimiento del niño o de la idoneidad de los padres comitentes. Por el contrario, Camboya como India y Tailandia se convirtió en uno de los destinos para la realización de estos contratos después de la prohibición de algunos países europeos. Así las cosas, el Gobierno de Camboya consciente del peligro al que exponía a las mujeres que podrían ser explotadas y además a los niños por nacer, decidió prohibir

provisionalmente esta práctica para poder regularla luego de investigar y obtener resultados a partir de los cuales se creará un marco regulatorio. Debido a que la práctica se encontraba prohibida, cualquier acto conducente a concretar un contrato de maternidad subrogada suponía la comisión del delito de trata de personas, lo que ocasiono que en los años posteriores, la policía capture a mujeres que se encontraban embarazadas aparentemente por un contrato de subrogación, y sean procesadas por este delito. Las mujeres arrestadas fueron liberadas posteriormente, únicamente con la condición de que queden con la custodia y tutela de los niños nacidos en mérito al contrato de maternidad subrogada que iban a ser entregados a los padres comitentes. Lamentablemente, la solución adoptada en este caso tampoco es la mejor opción puesto que en estos casos no se está velando por el interés superior del niño al obligar a mujeres, que en su mayoría no tienen los recursos suficientes, a asumir la crianza de esos niños. Habría sido necesaria que en estos casos, el Estado actué de una manera más diligente y facilite la adopción a los padres comitentes en atención al principio de interés superior del niño, pero evidentemente pasando por una evaluación previa a los comitentes y con una supervisión posterior del bienestar de los niños e ir implementando la prohibición paulatinamente hasta que la práctica haya sido erradicada en el territorio.

#### 5.1.6. México

México es uno de los pocos países latinoamericanos que tiene regulada la práctica de maternidad subrogada en algunos de sus Estados, aunque solo dos Estados permiten y regulan expresamente la maternidad subrogada, ello no ha sido suficiente ni mucho menos una garantía que evite la explotación reproductiva de mujeres, por el contrario, la permisión tan amplia que existían en estos Estados han evidenciado abusos que han obligado una modificación legislativa como el caso del Estado de Tabasco. Es un gran ejemplo de porque la regulación de la maternidad subrogada no puede ser tomada a la ligera, sino que requiere una evaluación e investigación previa no solo teórica sino también práctica que permita advertir las principales circunstancias, riesgos y consecuencias de esta práctica.

#### 5.1.6.1. Estado de Tabasco

En Tabasco, la primera puerta que se abrió permitiendo la maternidad subrogada, se encontraba en el artículo 92 del Código Civil de Tabasco, que reconocía la participación de una madre sustituta o subrogada, y que establecía, también, la presunción del reconocimiento de la maternidad de la madre contratante y la posibilidad de que el esposo de la madre gestante desconozca al niño para que pueda reconocerse la paternidad del padre comitente.

El 13 de enero de 2016 el Código Civil Tabasqueño fue modificado debido a la recomendación del Comité de los Derechos del Niño que señalaba que su regulación vigente no ofrecía suficientes garantías para evitar que se recurra a ella como medio para vender niños (Comité de los Derechos del Niño, 2015) y también por una serie de irregularidades que evidenciaban los peligros de la regulación tan laxa sobre maternidad subrogada en Tabasco ya que en solo unos años Tabasco se convirtió en uno de los principales destinos de turismo reproductivo adonde llegaban miles de ciudadanos de diferentes partes del mundo para contratar a madres subrogadas y desaparecían con niños de apenas días de vida.

Debido a que no existía una clara regulación respecto a las condiciones de estos contratos era muy frecuente la falta de protección a las madres gestantes quienes eran engañadas y explotadas. Así las cosas la reforma incluyó mediante el Artículo 380° bis 2 nuevos y específicos requisitos para esta práctica. Uno de ellos era por ejemplo, que la pareja comitente tenía que ser mexicana, quedando excluidos todos los ciudadanos extranjeros que convirtieron a Tabasco en el Estado donde tener un bebé era tan fácil como comprar un café. Otro de ellos establecía que el pago que se realizaría sería únicamente por los gastos médicos ocasionados por el embarazo, convirtiendo su carácter comercial a altruista; no obstante esta limitación dejaba de lado otros gastos ocasionados por el embarazo, como el vestido, alimentación, lucro cesante, entre otras cosas que afectarían la economía de la madre gestante, quien no preveía esos gastos. A pesar del intento de solucionar los problemas derivados de la anterior normativa con los nuevos requisitos para acceder a esta práctica, se dejó en el limbo legal a los niños, encargados por padres comitentes

extranjeros, que habían sido concebidos antes de la modificación, pues no existieron medidas de transición para los niños que se encontraban en pleno proceso de gestación. Esta, es una consecuencia de la corrección de una normativa que irresponsablemente permite este procedimiento pero que no fija ningún tipo de parámetro para su práctica lo que causa una desprotección total de las mujeres que serán las madres gestantes en la medida que las expone a una explotación reproductiva, trata de personas y abuso de esta laguna legal respecto a las condiciones contractuales en algunos casos.

#### **5.1.6.2. Estado de Sinaloa**

Por otro lado, el Estado de Sinaloa, también, reconoce la maternidad subrogada en su Código Familiar, señalando que la reproducción humana asistida está constituida por métodos de fertilización que permiten la procreación fuera del proceso natural de la pareja infértil o estéril, lo que incluye a la maternidad subrogada.

Específicamente el Artículo 283 define a la maternidad subrogada y también establece ciertos requisitos como que la madre gestante deberá tener entre 25 y 35 años, al menos un hijo consanguíneo vivo sano, una buena salud psicosomática y haber prestado su consentimiento voluntario. Una de las disposiciones legales en torno a este tema, que me parece muy interesante pero poco probable de ejecutar, es la que establece el derecho de la madre gestante de demandar a los padres comitentes por los gastos médicos que se generen de cualquier enfermedad derivada del embarazo. Lamentablemente, podría llegar a ser muy difícil determinar que el origen de la enfermedad que pueda padecer la madre gestante proviene del embarazo, y aun si existiera un dictamen médico que así lo indicara, es muy probable que la otra parte lo cuestione y pida nuevos informes, dilatando el proceso.

### **5.2. Posición de Instancias Internacionales en Derechos Humanos**

#### **5.2.1. Corte IDH**

##### **5.2.1.1. Sentencia Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs Costa Rica (Caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica, 2012)**

En esta sentencia, la Corte IDH señala, en la parte de los hechos del caso, que el útero subrogado es una técnica o procedimientos de reproducción asistida (Corte IDH, 2012). Resulta bastante curiosa la denominación de útero subrogado que utiliza la Corte dejando de lado términos como “maternidad subrogada” o la “gestación subrogada”.

Lo resuelto por la Corte IDH versaba sobre la prohibición de la Fecundación In Vitro establecida por el Gobierno de Costa Rica, debido a que, de acuerdo a los fundamentos de la Sala Constitucional, las condiciones en las que se aplicaban las referidas TERHAS en ese momento llevaban a concluir que existía un gran riesgo del derecho a la vida de las personas concebidas mediante dicha técnica debido a que se consideraba que era muy incierta y peligrosa (Corte IDH 2012).

La Corte IDH estableció lo siguiente:

- La maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres.
- La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y como decide proyectarse hacia los demás y es una condición indispensable para el derecho al libre desarrollo de la personalidad. La decisión de ser madre o no pertenece a la vida privada e incluye la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.
- El derecho a la vida privada y a la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.
- El derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva se deriva del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia.
- La Corte IDH señaló que para efecto de la protección del derecho consagrado en el Artículo N° 4 numeral 1, es necesario que se haya producido la concepción que es un proceso compuesto por la fecundación seguido de la implantación, ya que caso contrario si se garantizara este derecho desde la fecundación sería infructuoso en la medida que es necesaria la implantación para el desarrollo del embrión, ya que el cigoto por sí solo no puede sobrevivir extrauterinamente.

- Para analizar si la restricción al derecho en Costa Rica fue arbitraria o abusiva la Corte IDH utilizó un esquema mediante el cual demostraron que el sacrificio de derechos fue desproporcional en relación a las ventajas que se aludían con la protección del embrión. Este esquema estuvo compuesto de los siguientes indicadores: i) la severidad de la interferencia ocurrida en los derechos a la vida privada y familiar, ii) la discapacidad, iii) el género y iv) la situación socioeconómica, v) los supuestos logros alcanzados en la persecución de la finalidad buscada con la interferencia.

En ese sentido, a efectos de analizar si una eventual prohibición o restricción de la maternidad subrogada supone un sacrificio desmedido de derechos frente a la protección de la mujer y el niño que sería lo que se perseguiría con la prohibición, aplicaré los indicadores utilizados por la Corte IDH:

**i) Severidad de la interferencia ocurrida en los derechos a la vida privada y familiar (Corte IDH, 2012):**

En caso que se opte por una regulación que prohíba la maternidad subrogada en el Perú, tendríamos que analizar si dicha disposición es arbitraria o no. Si bien es cierto que la Corte ha señalado que la prohibición de la FIV en Costa Rica constituía una injerencia arbitraria porque no permitió que las parejas tomen esta decisión por sí mismas, en el caso de la maternidad subrogada ya no solo hablamos del uso de la FIV que en realidad solo afectaría a la mujer que se sometería al tratamiento, también hablamos de utilizar a otra mujer y de llevar el proceso de gestación en un lugar ajeno al útero de la madre de intención y de un niño que nacerá para ser entregado a terceras personas. Existe un elemento adicional que legitimaría esta injerencia y es que se está utilizando y cosificando el cuerpo de una mujer para poder cumplir el deseo de otras personas. El nuevo elemento, que no solo cosifica el cuerpo humano y comercializa la función reproductiva cuando permite el intercambio económico, desvirtúa el razonamiento de la Corte, ya que existe una tercera persona de la que se podría abusar debido a sus necesidades económicas, sin contar la incertidumbre del futuro del niño por nacer. Por lo tanto, considero que una injerencia motivada por el

riesgo al que se encuentran expuestas mujeres en condición de vulnerabilidad y su capacidad reproductiva no es arbitraria o abusiva, sino por el contrario es totalmente legítima, ya que no solo protegería a la mujer gestante sino que también al niño por nacer.

**ii) Discriminación indirecta en relación con la condición de discapacidad**(Corte IDH, 2012)

La Corte IDH analizó si la prohibición de la práctica de FIV generó un impacto desproporcionado o discriminación indirecta en la relación con la condición de discapacidad de las personas infértiles de Costa Rica. Ahora, es necesario precisar que la Corte consideró que estas personas reunían la condición de discapacidad debido a que presentaban una deficiencia física y se enfrentaban a una barrera generada por la decisión de la Sala Constitucional que prohibía la FIV. Restringir el acceso a la maternidad subrogada, no configura una barrera para lograr la capacidad reproductiva de las personas, puesto que no se están prohibiendo técnicas como la FIV que realmente permiten la fecundación en sí misma, por lo tanto los únicos casos en los que podríamos considerar que existe una discapacidad serían los casos de ausencia de útero donde la única solución sería un útero subrogado pero esta práctica se encuentre prohibida o restringida, sin embargo, a efecto de eliminar esta barrera para que la discapacidad desaparezca tendríamos que considerar cuan proporcional sería esta medida en relación con el riesgo de cosificar y vulnerar la dignidad humana de las mujeres que serán las madres gestantes, máxime si tenemos en cuenta que existen otras medidas como la adopción que tiene el mismo efecto. Además, teniendo en cuenta que en el caso de la maternidad subrogada se involucra a una tercera persona, que generalmente es una mujer en situación de vulnerabilidad. Particularmente no considero que esta medida incurra en un supuesto de discriminación indirecta, sino por el contrario se aplicaría la regla de diferente trato para diferentes situaciones, como lo son las mujeres en estado de vulnerabilidad y los niños que nacen de esa práctica, puesto que sus circunstancias son completamente diferentes a las normales y en atención a ello es que la restricción o prohibición existe.

**iii)Discriminación indirecta en relación con el género**(Corte IDH, 2012)

Respecto a este punto la Corte IDH recalcó que la infertilidad genera más estereotipos entorno a las mujeres que a los hombres ya que socialmente la condición de la mujer se identifica con su fecundidad y como la base de la estructura familiar. Por lo tanto el impacto que causa es mayor en la mujer, aún si las causas de la infertilidad no están relacionadas con ella. Debido a que la prohibición de la FIV en Costa Rica obedecía al bienestar del niño por nacer, la Corte IDH acogió el argumento de la CEDAW que señala que cuando una decisión de aplazar una intervención quirúrgica debido al embarazo está influenciada por el estereotipo de que la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre este acto era discriminatorio. En el presente caso una eventual regulación prohibitiva o restrictiva sobre la práctica de la maternidad subrogada no podría ser considerada como discriminación indirecta en relación con el género, básicamente porque históricamente la maternidad subrogada ha demostrado ser una práctica que vulnera los derechos de las mujeres que “alquilan” sus úteros para gestar un bebé para terceras personas, por lo que cualquier marco regulatorio que prohíba o restrinja esta práctica estaría buscando proteger precisamente a las mujeres en condición de vulnerabilidad de esta ecuación, por lo tanto no sería una medida discriminatoria.

**iv)Discriminación indirecta en relación con la situación económica**(Corte IDH, 2012)

En relación a este apartado, la Corte IDH, no estableció ningún criterio propio, solo citó las declaraciones de parte de los demandantes, quienes señalaron que la decisión del Tribunal Costarricense obligaba a las personas que querían utilizar la FIV a realizar el procedimiento en otros países que si lo permitieran y que esa situación excluía de facto a aquellas personas que no contaban con los recursos necesarios para poder viajar a otros países, de lo que se podría inferir que la Corte habría considerado que existía un supuesto de discriminación indirecta en relación a las personas que no podían costear un procedimiento de FIV en el extranjero y todos los gastos que esto implica. Sin embargo

en el caso concreto de la maternidad subrogada, una eventual prohibición de su práctica o una regulación restrictiva de la misma no supondría un supuesto de discriminación indirecta en relación con la situación económica debido a que, nuevamente, esta restricción obedecería a la protección del interés superior de los niños y niñas sin vínculo genético nacidos como resultado de un acuerdo de maternidad subrogada, y a la protección de las mujeres que se convierten en madres subrogadas. Además no se debe dejar de mencionar que los acuerdos o contratos de maternidad subrogada generalmente y en su mayoría son altamente costosos, lo que evidencia que existe un gran poder adquisitivo de los padres comitentes a diferencia de las madres gestantes que en su mayoría son mujeres en situaciones de vulnerabilidad económica que debido a la necesidad urgente de dinero se someten a los términos abusivos de estos acuerdos. Por lo que incluso, me atrevería a afirmar que una regulación positiva de esta práctica ampararía los “derechos” de los padres comitentes, esto se daría a costa de la desprotección de las mujeres en situaciones de vulnerabilidad causadas por la desigualdad estructural que presenta el mismo Estado. Por lo tanto, la prohibición no podría considerarse como un acto de discriminación indirecta a la situación económica ya que existe un motivo legítimo por el que se prohibiría la práctica.

## 5.2.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

### 5.2.2.1. Sentencia Paradiso y Campanelli contra Italia (Gran Sala 2017) (Caso de Paradiso y Campanelli vs Italy, 2012)

Los hechos del caso comentado se suscitaron entre los años 2010 y 2011 cuando un matrimonio italiano decidió recurrir a la maternidad subrogada luego de varios intentos fallidos de tratamientos de FIV. Debido a que en Italia la práctica se encontraba prohibida, la pareja decidió realizar el acuerdo en Rusia, específicamente a través de una clínica en Moscú. En mayo del 2010 después de un tratamiento exitosos de FIV, donde se habría utilizado el espermatozoides del padre comitente, se implantaron los embriones en el útero de la madre gestante, quien en febrero de 2011 alumbró a un bebé. La madre gestante dio su consentimiento para que el bebé sea registrado como hijo de los padres comitentes, de acuerdo a la normatividad Rusa.

Dicho certificado de nacimiento, que mencionaba el acuerdo de maternidad subrogada, fue apostillado y presentado ante las autoridades italianas para el registro de nacimiento del niño en Italia; sin embargo los padres fueron acusados por la alteración civil del niño y por infringir la ley de adopción. El mismo día el Ministerio Público solicitó el inicio de un proceso de adopción con fundamento en que el niño debía ser considerado en estado de abandono. Posteriormente, en agosto de 2011, el tribunal italiano solicitó una prueba de ADN para acreditar el vínculo genético que aseguraban existía; sin embargo, el resultado de la prueba fue negativo y por lo tanto no existía ningún vínculo genético entre el niño y los padres comitentes, en consecuencia el Tribunal Italiano, decidió separar al niño y prohibir el contacto entre ellos.

En abril de 2013, el Tribunal Italiano rechazó definitivamente, el registro del certificado de nacimiento ruso y ordenó la emisión de un nuevo certificado de nacimiento en el que se indicara que el niño era hijo de padres desconocidos y se le otorgara un nuevo nombre. Los padres comitentes se opusieron y solicitaron la adopción, la misma que les fue denegada, por lo que acudieron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) (Caso de Paradiso y Campanelli vs Italy, 2012).

A través de la sentencia emitida por la Sección 2° del TEDH, se condenó a Italia por considerar que las actuaciones descritas atentaban contra el artículo 8 del Convenio de Roma; no obstante, el Gobierno italiano solicitó la revisión de la sentencia por la Gran Sala del TEDH, quien revocó el fallo a través de la sentencia de fecha 24 de enero de 2017 señalando que no ha existido una vulneración al derecho al respeto a la vida privada y familiar, por las siguientes consideraciones:

- No hubo violación del derecho al respeto de la vida familiar ya que, en rigor, no puede considerarse en dicho caso que existiese una verdadera vida familiar entre los comitentes y el niños, en la medida que no existe un vínculo biológico entre el niño y los demandantes y debido a que el tiempo de duración de la convivencia de 6 meses era un plazo insuficiente para generar una relación afectiva que pudiera suponer una vida familiar.

- Aunque las medidas denunciadas si inciden sobre el derecho a la vida privada de los demandante, esta incidencia no constituye una injerencia ilegítima, sino por el contrario obedece a una finalidad legítima que es velar por el interés superior del menor y reafirmar la exclusiva competencia del Estado para reconocer la existencia de relaciones paterno filiales, exclusivamente, en el caso de relación biológica o de adopción legal, que tiene por objeto proteger a los niños y niñas.
- Los tribunales italianos han realizado una justa ponderación entre los diferentes intereses en juegos, que entra dentro del margen de apreciación de cada Estado.
- **El Convenio Europeo de Derechos Humanos, no reconoce un derecho a convertirse en padre/madre por lo tanto los intereses públicos tienen primacía sobre el deseo a ser padres. De lo contrario, permitir que el niño se quede con los demandantes a través de un proceso de adopción como vía de regularización, sería equivalente a legalizar la situación creada por ellos en violación de las normas importantes de la ley Italiana.**

#### 5.2.2.2. Votos concurrentes de Jueces De Gaetano, Pinto de Alburquerque, Wojtyczek y Dedov:

A pesar de que el voto de estos jueces fue concurrente, los magistrados disientían con el razonamiento en el que se basa la sentencia.

Consideraban que la fórmula propuesta fue muy vaga y amplia ya que los lazos interpersonales no suponen una vida familiar, en la medida que pueden existir lazos interpersonales estrechos fuera de la vida familiar. Por cual, sugieren que se realice una interpretación sistemática de diferentes tratados de derechos humanos para definir la vida privada y vida familiar. En ese sentido, señalan que la vida familiar abarca los lazos entre cónyuges y entre padres e hijos. Particularmente señalan, que el matrimonio conlleva una protección legal de su vida familiar. La convención ofrece una fuerte protección a la familia fundada por medio del matrimonio.

Los magistrados consideran que **no es posible establecer la existencia de la vida familiar sin examinar la manera en que se han establecido los**

**vínculos interpersonales**, ya que **la ley no puede ofrecer protección a hechos consumados en violación de reglas legales o principios morales fundamentales**. En el caso concreto, los vínculos se establecieron en violación de la ley italiana y a la ley internacional de adopción, y sin tener en cuenta que el niño también formó vínculos con la madre subrogada durante la gestación y algunos días más después del parto. Por lo tanto, los posibles efectos en el niño por la inevitable separación de las personas que lo habrían cuidado un tiempo, deben atribuirse a los propios solicitantes. No es aceptable apelar a los efectos perjudiciales que afectarían al niño para quedarse con él, cuando es a raíz de las propias acciones ilegales de los demandantes que el niño está en esa situación. Es decir no se pueden usar esas acciones ilegales como un escudo contra la interferencia del Estado.

Finalmente, acogen la posición que el Comité de los Derechos del niño, cuando señala que la subrogación sin regulación equivale a la venta del niño y además indican que consideran que la subrogación remunerada ya sea regulada o no equivale a una situación cubierta por el artículo 1 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño y por lo tanto, es ilegal según el derecho internacional y remunerada o no es incompatible con la dignidad humana ya que constituye un trato degradante, no solo para el niño sino también para la madre sustituta puesto que no son tratados como un fin en sí mismo sino como medios para satisfacer los deseos de otras personas.

### 5.2.3. **Organización de las Naciones Unidas**

Actualmente, la maternidad subrogada y los peligros que suponen para los niños nacidos mediante esta práctica, se ha convertido en un tema de análisis para la Organización de las Naciones Unidas, quien a través del Consejo de Derechos Humanos han puesto en marcha una serie de investigaciones que han concluido en informes realizados por Relatores Especiales. En ese sentido, en el 37º periodo de sesiones del 26 de febrero a 23 de marzo de 2018 se dio a conocer el Informe A/HRC/37/60 en el que se realiza un estudio temático sobre la maternidad subrogada y la venta de niños, del mismo se podría inferir que la posición adoptada por la organización de mayor incidencia en las naciones, es en oposición a la

práctica de la maternidad subrogada en cualquiera de sus modalidades, ello debido a que de las conclusiones del informe que a continuación se citarán, de las que también se puede inferir que la maternidad subrogada no respeta los parámetros establecidos por principio de interés superior del niño.

Pero la ONU no solo ha adoptado una postura respecto a la maternidad subrogada, sino que además actualmente se encuentra ultimando detalles de su próximo informe temático, que será presentado a la Asamblea General en octubre de 2019. Este nuevo informe propondrá la implementación de “Salvaguardias” para la protección de los derechos del niño en el contexto de los acuerdos de maternidad subrogada, informe que, sin dudas, planteará un nuevo, pero necesario, paradigma en la maternidad subrogada.

**5.2.3.1. Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía infantil y demás material que muestre abusos sexuales de niños (ONU, 2016):**

Señalaron que en ausencia de legislación específica en materia de maternidad subrogada a menudo se suscriben contratos de maternidad subrogada utilizando leyes que regulan asuntos relativos a la paternidad, la retirada de la patria potestad y la adopción.

La ausencia de leyes claras y exhaustivas en el ámbito de la maternidad subrogada puede propiciar el surgimiento de una variedad comercial no regulada y también crean las condiciones perfectas para prácticas de explotación concomitantes.

Los padres comitentes provenientes de países que prohíben la maternidad subrogada acuden a países donde si está permitida esta práctica. Esos viajes eluden las leyes prohibicionistas y plantean dilemas a las jurisdicciones en cuestión y a las autoridades se ven siempre obligadas a validar esas conductas ilegales solo por el hecho de haberse realizado fuera del territorio y en atención al bienestar del niño.

La preocupación por las madres gestantes, es especialmente por quienes ejercen su capacidad de actuar en contextos de especial vulnerabilidad a

la explotación como consecuencia de la pobreza, la falta de educación y diversas formas de discriminación.

Existe una demanda de una legislación aplicable frente a la creciente demanda de niños y la oferta de un mercado de esta industria poderosa que se dedica a la maternidad subrogada, ello lleva a que surja el riesgo de que la legislación que se apruebe vaya en menoscabo de los derechos humanos fundamentales.

La maternidad subrogada comercial supone un cuestionamiento a la prohibición internacional de venta de niños ya que la relativizan. Además de permitirse estarían legitimizando prácticas que en otras jurisdicciones son ilegales.

Asimismo, emitió las siguientes recomendaciones:

- Se debería conceder la condición de madre a la madre gestante en el momento del parto, asimismo, no deberá estar sujeta a ninguna obligación contractual o jurídica al momento del parto.
- Si la madre gestante opta por conservar la patria potestad y la responsabilidad paterna, podrá compartir la patria potestad y la responsabilidad paterna con otras partes, sin embargo no se le deberá obligar a renunciar a su condición de madre gestante, debe ser voluntario.
- Los Estados que permitan la práctica deberán implementar exámenes adecuados de la idoneidad de los aspirantes a progenitor y protección de los derechos de identidad y de acceso a los orígenes personales, antes y después del parto del niño concebido de esta manera.
- Los Estados no deben adoptar regulaciones en materia de maternidad subrogada que impliquen el cumplimiento obligatorio o automático de dichos contratos o acuerdos, de lo contrario se convertirían en cómplices de prácticas que constituyen venta de niños.
- En caso de la maternidad subrogada altruista, los Estados deberán regular debida y minuciosamente esta práctica, exigiendo que todos los reembolsos y pagos a las madres gestantes sean razonables, estén detallados y sean sometidos al examen y aprobados por los tribunales u otras autoridades competentes.

- Los Estados que permitan esta práctica para extranjeros, deberán respetar las prohibiciones internacionales sobre maternidad subrogada del país de origen del solicitante y donde pretende residir o registrar al recién nacido, en otras palabras, solo podrán realizar esta práctica los extranjeros que provengan de países que no la prohíben.
- Que los Estados que no tienen una posición clara o definitiva sobre la maternidad subrogada, la prohíban hasta se implanten sistemas debidamente regulados para asegurar la prohibición efectiva de la venta de niños.
- Crear organismos gubernamentales o tribunales que se encarguen exclusivamente del examen de idoneidad de los aspirantes a progenitores así como de las condiciones del acuerdo o del contrato.

#### **5.2.3.2. Comité de los Derechos del Niño:**

Aunque no existe un estudio u observación general en relación a la maternidad subrogada en específico, el Comité de los Derechos del Niño, ha expresado su preocupación frente a la inexistencia de un procedimiento adecuado para seleccionar a los futuros padres de los niños nacidos de madres de alquiler en el extranjero a fin de impedir la venta encubierta de niños y/o posibles abusos sexuales. Consecuentemente ha emitido la recomendación a los Estados de aplicar políticas más estrictas para asegurar la protección de los niños nacidos a través de arreglos de subrogación internacional (Comité de los Derechos del Niño, 2015).

Por otra parte, en las observaciones finales referentes al informe presentado por los Estados Unidos de América, el Comité señaló que la falta de una regulación específica sobre la maternidad subrogada equivale a la venta de niños (Comité de los Derechos del Niño, 2013).

Asimismo, en una de las observaciones realizadas a los informes presentados por Estados Unidos de América, país donde la maternidad subrogada se encuentra permitida en algunos Estados, el Comité expresó su preocupación porque la indebida utilización comercial de la subrogación puede dar lugar a la venta de niños, además resaltó el peligro que se está creando porque se están estableciendo cuestiones de filiación exclusivamente sobre una base contractual antes de la concepción o del parto (Comité de los Derechos del Niño, 2017).

#### 5.2.4. Conferencia de la Haya del Derecho Internacional Privado

La Conferencia de la Haya del Derecho Internacional Privado, es un organismo intergubernamental de carácter mundial. Esta organización se encarga de armonizar toda la normatividad referente a derecho internacional privado y elaborar instrumentos jurídicos multilaterales que responden a necesidades mundiales sobre los conflictos que pueden suscitar por la variedad de normas. De acuerdo a su página web, su objetivo es uno solo y consiste en trabajar en pos de la unificación progresiva de las diversas normas de todos sus países miembros en numerosos ámbitos diferentes como la protección del niño y de la familia, del procedimiento civil y del derecho comercial. Está financiada por sus Estados miembros

##### 5.2.4.1. Proyecto de Convención Internacional de Derecho Privado sobre Adopción Internacional

Frente al escenario internacional donde cientos de parejas cruzan fronteras para contratar “vientres de alquiler” para tener hijos, aumenta el riesgo de que los efectos jurídicos de estos contratos no sean reconocidos en los países de origen de los padres comitentes.

En el año 2015, el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de la Haya, decidió que se convocara a un Grupo de Expertos para explorar la viabilidad de la creación de una Convención Internacional que regule la adopción internacional y dentro de ello los contratos de maternidad subrogada. El Grupo de Expertos se reúne periódicamente para la discusión de los resultados de las investigaciones que realizan acerca del tema. Pero lo que sí se puede anticipar es que aceptan el carácter comercial de la maternidad subrogada y pretenden normalizarla o introducirla a la normatividad internación como un tipo de adopción internacional.

#### 5.2.5. Unión Europea

##### 5.2.5.1. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

El artículo 3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el derecho a la Integridad de la Persona y en su numeral segundo exige el respeto de ciertos presupuestos de parte de la medicina y la biología, uno de ellos establece la prohibición de que el cuerpo humano o

partes del mismo en cuanto tales se conviertan o sean utilizados como objeto de lucro. Es evidente que la maternidad subrogada implica el uso de una parte del cuerpo humano de la mujer, como lo es su sistema reproductivo para producir una gestación, en algunos casos se convierte en una actividad lucrativa en la medida que una mujer recibe dinero por llevar a cabo una gestación y por la entrega del niño posteriormente. Cuando la madre gestante utiliza su capacidad reproductiva para poder obtener un beneficio económico acordado, ello entra en directa colisión con lo establecido en este documento.

A pesar de que este documento no tiene ninguna influencia o sea de aplicación en el continente americano, puede ser utilizado como un parámetro de interpretación o una fuente de derecho a efecto de crear una disposición similar. Corresponde a la OEA, que a nivel regional, realice las investigaciones y gestiones necesarias para establecer una postura en atención a esta situación.

#### **5.2.5.2. Informe Anual sobre Derechos Humanos y Democracia en el Mundo (2014)**

El 30 de noviembre de 2015, el Parlamento Europeo emitió el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto. Este informe contiene los principales escenarios de vulneración de derechos humanos y afectaciones a la democracia a nivel regional pero con incidencia mundial. Dentro de los principales riesgos, se identificó el peligro de vulneración a los derechos de la mujer, específicamente, el Parlamento reconoció el peligro intrínseco que representa la maternidad subrogada para las mujeres y niños que intervienen; respecto a la maternidad subrogada, la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género, condenó su práctica, señalando que esta es contraria a la dignidad humana de la mujer, en la medida que, señala, que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia primera.

Recomienda la prohibición absoluta de esta práctica, ya que también supone la explotación de las funciones reproductiva de la mujer, en particular de las mujeres en situación de vulnerabilidad en los países en

desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos.

### **5.2.5.3. Consejo de Europa**

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha sido escenario en dos ocasiones de discusiones a favor de la aprobación de un marco regulatorio de maternidad subrogada. En ambas ocasiones, la defensa de la maternidad subrogada de modalidad “altruista”, ha sido promovida por la parlamentaria socialista belga Petra De Sutter.

El primer intento fue a finales de 2015 durante la reunión del Comité de Asuntos Sociales, Salud y Desarrollo Sostenible y se decidió aplazar la decisión en atención a que la complejidad del asunto y la necesidad de una investigación previa que permita conocer ampliamente sobre los efectos y consecuencias de la maternidad subrogada, era necesaria.

El segundo intento se dio en el mes de setiembre del año 2016 cuando la Dra. Petra de Sutter presentó nuevamente el informe con algunas modificaciones al Comité antes señalado, sin embargo, nuevamente fue rechazo por la Asamblea; no obstante, simultáneamente la parlamentaria presentó el informe al Consejo de Ministros; sin embargo en octubre del mismo año, después de una votación, la recomendación fue rechazada definitivamente.

#### **5.2.5.3.1. Informe De Sutter**

El informe presentado por Petra De Sutter representa, , uno de los reportes o informes fundamentales para defender la MS. Sin embargo no podemos dejar de advertir que, de acuerdo a lo señalado en diversas fuentes electrónicas, no existía una imparcialidad total cuando se realizó el informe, en la medida que la Doctora De Sutter fue relacionada con clínicas en India fuertemente conectadas con la práctica de maternidad subrogada. El informe en sí mismo, no ofrece ningún argumento nuevo de carácter científico o filosófico, es una compilación de posiciones presentadas en otros trabajos o de jurisprudencia. Utilizaron mucho las sentencias, emitidas por el TEDH que versaban sobre el tema, como el caso Mennesson o Labasse contra Francia, incluso

apelaron a la primera sentencia emitida en el caso de Paradiso y Campanelli. De las conclusiones del informe, se desprende cierta renuencia a la maternidad subrogada no regulada para finalmente señalar que el escenario sería completamente diferente de encontrarse regulada positivamente pues reduciría los peligros a los que expone a sus participantes.

### **Conclusiones:**

**Primera.-** Se ha demostrado que la maternidad subrogada es un fenómeno complejo, que busca satisfacer el deseo de tener hijos y ser padres; sin embargo se ha perdido de vista el gran impacto negativo que esta práctica puede generar en la integridad personal, salud, desarrollo, identidad e interés superior del niño concebido bajo esta práctica, más aun cuando se realiza sin un marco regulatorio, ya que propicia situaciones de abuso y de riesgo a para las partes más vulnerables del contrato. Las consecuencias por la falta de un marco regulatorio de la maternidad subrogada siempre son negativas, como se ha demostrado a lo largo de toda la investigación.

**Segunda.-** No existe un derecho humano, reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o en algún otro tratado o convención sobre Derechos Humanos ratificado por Perú, a ser padre, tampoco existe evidencia jurisprudencial que sustente el supuesto derecho a ser padres. Si bien es cierto se ha reconocido el derecho a la vida privada familiar y dentro del mismo se puede identificar al derecho de acceder a técnicas de reproducción humana asistida para poder formar una familia, este derecho de ninguna

manera puede garantizar como resultado el nacimiento de un niño o niña, ya que estas nuevas vidas son sujetos de derechos y por lo tanto requieren de una especial protección. De lo contrario, es decir, de reconocer el deseo de ser padres como derecho fundamental no solo se estaría cosificando a las madres gestantes reduciendo su capacidad reproductiva o sus cuerpos a objetos con fines lucrativos, sino que también se atentaría contra el principio de interés superior del niño por nacer en la medida que se estaría sobreponiendo el deseo de estas personas al bienestar del niño o niña por nacer.

**Tercera.-** La maternidad subrogada resquebraja los cimientos de la bioética, específicamente del principio de no instrumentalización ya que supone el despoje de los derechos de todas las personas involucradas en este acuerdo, salvo los padres de intención, ya que todos son utilizados como medios para perseguir un solo fin; el sueño de los padres comitentes de convertirse en padres. Incluso el niño o niña por nacer es utilizado como un medio para que los padres de intención cumplan su deseo, ya que como se ha demostrado en el capítulo dos, tener un hijo no es una necesidad para el bienestar de las personas, más bien representa la satisfacción de una meta personal, anhelo o deseo de alcanzar una nueva etapa, en este sentido, el bebé por nacer siempre es visto como un medio que permitirá que los padres de intención puedan cumplir con ese deseo, anhelo, o meta.

**Cuarta.-** La falta de supervisión del Estado sobre los acuerdos y la práctica de la maternidad subrogada representa una vulneración al principio de interés superior del niño,. Se debe recordar que cuando no existe ninguna vinculación genética con los padres de intención estos deberían ser sometidos a un proceso de adopción al no tener ninguna relación, siendo pasibles de pasar por todos los filtros que tiene la adopción. Estas son apenas algunas de las garantías que se deberían establecer a fin de garantizar el interés superior del niño, evidentemente de lo contrario, es decir la falta de supervisión o regulación de estos acuerdos solo abre las puertas al tráfico de niños

**Quinto.-** A lo largo de la investigación se pudo identificar que la falta de regulación de la maternidad subrogada también afecta los derechos de las madres gestantes, ya que generalmente las madres gestantes son mujeres en grave situación de vulnerabilidad que, en medio de situaciones de pobreza, desesperación, enfermedades o cualquier situación de necesidad económica, acepten estos contratos. Asimismo a partir de la experiencia internacional, se ha demostrado que las mujeres contratadas para realizar la gestación no intervienen en la negociación de los términos de contrato, sino por el contrario solo firman

los contratos. Por otro lado, también se ha demostrado que las mujeres no tienen un conocimiento objetivo sobre la totalidad de consecuencias reales e implicancias de la maternidad subrogada, por lo que su consentimiento informado para estos procedimientos estaría viciado por no contener información veraz y completa.

**Sexta.-** La maternidad subrogada, practicada bajo ningún marco regulatorio, equivale a venta de niños, de acuerdo a lo señalado por el Comité de los Derechos del Niño. En Perú no existe un marco jurídico que regule la maternidad subrogada, pero aun así se practica, por lo que Perú podría ser responsable por la teoría de actos de terceros, por la venta de niños en su territorio. Asimismo, se ha demostrado a través de la experiencia internacional que las agencias o clínicas encargadas de realizar los contratos, pueden ser fachadas de redes de tráfico de personas, pues retienen a mujeres contra su voluntad y las obligan a llevar a cabo el proceso de gestación, como las deplorables granjas de vientres de alquiler descubiertas en Nigeria.

### **Recomendaciones**

**Primera.-** Es necesario que el Estado Peruano realice acciones inmediatas para la creación de un marco regulatorio de la maternidad subrogada, sin embargo, previo a ello, es indispensable que se realice una investigación pormenorizada sobre la práctica de la maternidad subrogada en nuestro país y las consecuencias que ha causado, asimismo se deberán considerar los casos específicos que han existido, así como el contexto nacional en el que nos encontramos. Todo ello a efecto de crear un marco normativo acorde a la realidad en la que vivimos. A partir de los resultados de la investigación realizada, considero que deben utilizarse como referencia los siguientes pasos para la regulación:

- ✓ Establecer si se permitirá la maternidad subrogada en el Perú, en caso la respuesta sea afirmativa se deberá establecer si se permitirá de manera comercial o de manera altruista.
- ✓ En caso de que se opte por la modalidad comercial se deberán establecer cláusulas contractuales que deberán ser aprobadas por la autoridad estatal encargada de

supervisar estos contratos a efecto de que no contengan cláusulas abusivas que puedan afectar los derechos de las mujeres que participaran.

- ✓ Se deberá establecer un monto mínimo que podrá ser superado en caso se acuerde entre las partes, para el pago de compensación a las madres gestantes, evidentemente para la fijación de este monto se deberán tomar en cuenta todas las implicancias y consecuencias de la maternidad subrogada, advertidas en el presente trabajo. De esta forma, al menos existirá una garantía que las mujeres que participen de esta práctica recibirán una retribución, de alguna manera, proporcional a la gestación y sus implicancias.
- ✓ Se deberá crear una autoridad administrativa que se encargue de la supervisión de estos contratos, que esté integrada por 5 personas y un equipo multidisciplinario.
- ✓ Se deberán establecer claramente el tipo de maternidad subrogada que se permitirá, ya sea tradicional o gestacional, asimismo, en todos los casos se deberá establecer una serie de requisitos y evaluaciones que deberán ser aplicadas a los padres de intención o comitentes a fin de determinar su idoneidad para asumir la tutela de un niño o niña, así como su estabilidad emocional. El proceso de la maternidad subrogada deberá ser supervisada por la autoridad administrativa, desde el inicio del mismo explicando las razones por las que acuden a dicho proceso. Sería recomendable que se restrinja la práctica únicamente para las mujeres que por motivos de salud no pueden lograr la concepción y también para las personas solteras.
- ✓ Se deberá determinar si en los acuerdos o contratos de maternidad subrogada pueden participar personas extranjeras, lo recomendable, debido a lo sucedido en países como India, México y algunos países del Occidente que se convierten en principales destinos de turismo reproductivo por sus precios bajos y la permisibilidad de realizar estos acuerdos o contratos. Asimismo, en caso se permita la participación de extranjeros en el proceso, los requisitos de evaluación previa y supervisión posterior deberán ser más cautelosos y se deberán realizar en coordinación con las autoridades encargadas de dirigir los procesos de adopción del país de residencia de dichas personas.
- ✓ En caso se opte por la prohibición de la maternidad subrogada, se deberá contemplar la posibilidad del registro de niños nacidos por estas prácticas realizadas en el extranjero a efecto de determinar si dichas inscripciones procederán o no.

**Segundo.-** Es necesario que se adopten medidas temporales como la prohibición de la maternidad subrogada temporal hasta la adopción de una posición sobre esta práctica y la creación de un marco normativo que la regule, todo ello debido a la omisión legislativa al respecto y para evitar que continúen surgiendo contratos de maternidad de subrogada que como hemos visto se dan en situaciones de desigualdad de poder, abusando de la vulnerabilidad de las mujeres y que no garantizan el bienestar del niño por nacer.

**Tercero.-** Sin perjuicio de todo lo anterior, y de manera personal considero que debe optarse por la prohibición de la maternidad subrogada para disminuir riesgos y evitar propiciar situaciones de riesgo para las mujeres y niños por nacer, incluso, considero que debería reforzarse la legislación referente a tráfico de mujeres y venta de niños, a efecto de incluir cualquier acto, que se de en el marco de un contrato de maternidad subrogada, que pueda contribuir con el tráfico de mujeres o venta de niños.

**Cuarto.-** Es necesario mejorar las condiciones y duración de los procesos de adopción para que todas las personas puedan acceder a ellos, asimismo, se deben re plantear los requisitos y condiciones de los procesos de adopción, de tal forma que sean proporcionales a todas las circunstancias de las personas que accedan a ellas.

## REFERENCIAS

- Congreso de los Diputados. (21 de abril de 1986). Boletín Oficial de las Cortes Generales. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. España.
- Acción de tutela - Sarai vs Juzgado Décimo de Familia de Cali, Sentencia T 968/09 (Corte Constitucional de Colombia 18 de Diciembre de 2009).
- Albert, M. (2017). La Explotación Reproductiva de Mujeres y el Mito de la Subrogación Altruista: Una Mirada Global al Fenómeno de la Gestación por Sustitución. *Cuadernos de Bioética XXVIII*2017/2, 177-197.
- Albert, M. (2018). La maternidad altruista y la maternidad subrogada. *La Maternidad subrogada: Qué y cuáles son sus consecuencias*, 115-145.
- Alcazar, J. (Febrero de 2018). *Riesgos para la salud en los niños concebidos mediante técnicas de reproducción asistida*. Obtenido de Early Institute: [https://earlyinstitute.org/wp-content/uploads/2019/02/riesgos\\_salud\\_ninos\\_concebidos\\_tra.pdf](https://earlyinstitute.org/wp-content/uploads/2019/02/riesgos_salud_ninos_concebidos_tra.pdf)
- Alfaro, J., Lopez, E., Gonzalez, J., & Navarro, C. (2003). Metroplastía de Strassman para la corrección del útero didelfo: Reporte de un caso y revisión de la literatura. *An Med Asoc Med Hosp*, 48-52.
- Alghrani, A., & Danielle, G. (2017). The regulation of surrogacy in the United Kingdom: The case for reform. *Child and Family Law Quartelrly* .

- Almog, B., Rimon , E., Yovel , I., Bar Am , A., Amit , A., & Azem , F. (2000). Vertebral Osteomyelitis: a rare complications os transvaginal ultrasound-guided oocyte retrieval. *Fertil Steril*, 1250-1252.
- Armanian, N. (19 de Septiembre de 2018). 16 Claves sobre "madres alquiladas en las granjas de los fetos vendidos". *Público*, págs. <https://blogs.publico.es/puntoyseguido/5194/16-notas-sobre-madres-alquiladas-en-las-granjas-de-los-fetos-vendidos/>.
- Asia News.IT. (20 de 12 de 2018). India, la Lok Sabha aprueba la ley contra la maternidad subrogada. *AsiaNews.it*.
- Asociación Médica Mundial. (15 de Mayo de 2019). *WMA ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL*. Obtenido de WMA ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL: <https://www.wma.net/es/policias-post/declaracion-de-helsinki-de-la-amm-principios-eticos-para-las-investigaciones-medicas-en-seres-humanos/>
- Ayhan, A., Salman, M., Celik, H., Dursun, P., Ozyuncu, O., & Gultekin, M. (2004). Association between fertility drugs and gynecologic cancers, breast cancer, and childhood cancers. *Acta Obstet Gynecol Scand*, 1104-1111.
- Ayodeji, O., Olukemi, O., Olaleye , O., Brown, B., & Odimegwu, C. (2015). Baby factories taint surrogacy in Nigeria. *Reproductive Biomedicina* , 1- 45.
- Azcona, B., Campo, G., & Zabaleta, J. (2009). Síndrome de hiperestimulación ovárica. *Sis San Navarra*, 19-27.
- AztecaNoticias (Dirección). (2016). *Señalan tráfico de bebés en Tabasco por maternidad subrogada* [Película]. Obtenido de Youtube.
- B., M. R. (2006). Los Principios Bioéticos en los Principios Constitucionales. *Opinión Jurídica*, 65-75.
- Bartolini, M., Pérez , C., & Rodríguez , A. (2014). Maternidad Subrogada: Explotación de mujeres con fines reproductivos . *Maternidad Subrogada: Explotación de mujeres con fines reproductivos* , 45.
- BBC NEWS. (02 de Agosto de 2014). Pareja Australiana abandona bebé con síndrome de Down de madre subrogada. *BBC*.
- Bennett, S., Waterstone, J., Cheng, W., & Parsons , J. (1993). Complications of transvaginal ltrasound-directed follicle aspiratio: a review of 2670 consecutive procedures. . *J Assisted Reproduction Genetic*, 72-77.
- Bergman, N. (2014). The neuroscience of birth and the case for zero separation. *Curations*.
- Berrospe, D. M. (2015 de Marzo de 2015). La Separación del Bebé de su madre trae consecuencias fisiológicas y neuronales irreparables. (D. Critico, Entrevistador)
- Camacho, R. (30 de Julio de 2018). *Tabasco 6to Lugar Nacional en Trata de Personas, según Observatorio Ciudadano*. Obtenido de XEVT: <https://www.xevt.com/verpagina.php?id=54559>
- Campbell, J. (20 de Junio de 2016). *Wolters Luwer*. Obtenido de The Baby Gammy Case: [wolterskluwercentral.com.au/legal/family-law/baby-gammy-case/](http://wolterskluwercentral.com.au/legal/family-law/baby-gammy-case/)
- Capella, V. B. (2017). Tomarse en serio la Maternidad Subrogada Altruista. *Cuadernos de Bioética XXVIII 2017/2*, 229-243.

- Capital Humano y Social Alternativo. (2017). *Vademécum Antitrata. Indicadores socioeconomicos de las regiones. Información para la prevención*. Lima: CHS Alternativo.
- Cárdenas, F., Parra, E., & Riveros J. (2002). Embarazo y Piel. *Revista Boliviana Dermatologica* , 49-52.
- Caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica (Corte IDH 28 de Noviembre de 2012).
- Caso de Baby M., 537 A.2D 1227 (Corte Suprema de Nueva Jersey 3 de Febrero de 1998).
- Caso de Paradiso y Campanelli vs Italy, 25358/12 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 24 de enero de 2012).
- Ceelen, M., Van-Weissenbrunch, M., Vermeiden, J., Van-Leeuwen, F., & Delemarre-van. (2008). Growth And Development of Children born after in vitro fertilization. *Fertility and Sterility*, 1662-1673.
- Center for Social Research. (2010). *Surrogate Motherhood - Ethical or Commercial*. Delhi.
- Chaves, E., & Fortunato , L. (2018). La Doctrina de Protección Integral y el Sistema de Garantía de Derechos de Niños y Adolescentes. *Avances en Psicología Latinoamericana* , 477- 491.
- Comité de los Derechos del Niño. (2013). *Observaciones sobre el segundo informe de los EEUU relativo a la venta de niños, la prostitución y la utilización de niños en la pornografía*.
- Comité de los Derechos del Niño. (2015). *Observaciones finales sobre el Informe presentado por Israel relativo a la venta de niños, prostitucion infantil y la utilización de niños en la pornografía* .
- Comité de los Derechos del Niño. (3 de julio de 2015). Observaciones finales sobre los informes periodicos cuarto y quinto combinados de México. México.
- Comité de los Derechos del Niño. (2017). *Observaciones Finales sobre los Informes periodicos tercero y cuarto de EEUU relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización*
- Congreso. (15 de Julio de 1997). Ley General de Salud. *Ley General de Salud*. Lima, Lima, Perú.
- Congreso de la República. (2014). *Informe de Investigación N° 71/2014-2015*. Lima.
- Consejo de Europa. (19 de Mayo de 2019). *Convenio de Derechos Humanos y Biomédicina*. Obtenido de Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-20638>
- Constitución Política del Perú. (1993). *Constitución Política Del Perú*. Obtenido de LANDA ARROYO, Cesar “Dignidad de la persona humana”, Revista IUS ET VERITAS 21, pág 17.
- Constitución-Colombiana. (1991). *Corte Constitucional de Colombia*. Obtenido de Corte Constitucional de Colombia: [corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf](http://corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf)
- Corte Suprema de Justicia de la Republica, Casación 5003-2007-LIMA (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica 06 de Mayo de 2008).
- Corte Suprema de Justicia de la República, Casación N° 563-2011 (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República seis de diciembre de 2011).
- Cunningham, F., Leveno, K., Bloom, S., Hauth, J., Gilstrap, L., & Wenstrom, K. (2005). *Fisiología materna*. Buenos Aires: Mac Graw Hill.

- Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia, Expediente N° 183515-2006-00113 (Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia seis de enero de 2009).
- Defensoría del Pueblo del Perú. (2011). *Informe Defensorial N° 153*. Lima: Mario Razzeto.
- Deonandan, R. (2015). Recent trend in reproductive tourism and international surrogacy: ethical considerations and challenges for policy. *Risk Management and Healthcare Policy*, 111-119.
- Dicker, D., Ashkenazi, D., Feldberg, D., Levy, T., Dekel, A., & Ben-Rafael, Z. (1993). Severe abdominal complications after transvaginal ultrasonographically guided retrieval of oocytes in vitro fertilization and embryo transfer. *Fertil Steril*, 1313-1315.
- Dirección General de Adopciones. (2017). *Etapas del Proceso de Adopción*. Obtenido de Etapas del Proceso de Adopción: [mimp.gob.pe/homemimp/direcciones/dga/proceso.php](http://mimp.gob.pe/homemimp/direcciones/dga/proceso.php)
- Domenech, A., & Gatzoulis, M. (2006). Embarazo y cardiopatía. *Revista Española de Cardiología*, 971-984.
- Eguiguren, F. (1997). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. *IUS ET VERITAS*, 63-72.
- Espinoza, E. (18 de septiembre de 2018). Proyecto de Ley N° 3404/2018-CR. *Proyecto de Ley N° 3404/2018-CR*. Lima, Lima, Perú.
- Europa Press. (02 de Junio de 2011). Policía Nigeriana rescata a 32 adolescentes embarazadas en una clínica supuestamente dedicada al tráfico de bebés. *Europa Press*. Obtenido de Policía N.
- Expediente N° 06374-2016, N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05 (Quinto Juzgado Constitucional de Lima 21 de Febrero de 2017).
- Franco, L. (16 de Agosto de 2019). Las agencias de vientres de alquiler se camuflan. *El país*.
- Frankena, W. (1973). *Ethics*. Nueva Jersey: Prentice Hall.
- Fritz, M., & Speroff, L. (2011). Induction of ovulation. *Clinical Gynecologic Endocrinology and Infertility*, 1293-1330.
- García, L., Pellicer, B., Buil, B., Juárez, R., Guerrero, S., & Anton, I. (2016). Análisis Bioético de la generación bebés medicamente. *Revista de Bioética y Derecho & Perspectivas Bioéticas*, 55-65.
- Gascón, M., & De Lora, P. (2008). *"Bioética: Principios, desafíos, debate"*. Madrid: Alianza Editorial.
- Gelder, L. V. (28 de Enero de 1997). *The New York Times*. Obtenido de The New York Times: <https://www.nytimes.com/1997/01/28/nyregion/noel-keane-58-lawyer-in-surrogate-mother-cases-is-dead.html>
- GIRE (Dirección). (2017). *Deseos* [Película].
- Gómez, M., Aldana, E., Carreño, J., & Sánchez, C. (2006). Alteraciones Psicológicas en la Mujer Embarazada. *Psicologica Iberoamericana*, 29.
- Gonzalez, M. (2010). Reflexiones sobre el derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes en México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 107-133.

- Govaerts, I., Devreker, F., Delbaere, A., Revelard, P., & Englert, Y. (1998). Short Term Medical Complication of 1500 oocyte retrievals for in vitro fertilization and embryo transfer . *European Obstetrcy Gynecologic Reproductive Biology*, 239-243.
- Hammurabi, R. (1780 A.C.). Ley 144, 145, 146 y 147. *Código de Hammurabi*. Mesopotamia.
- Hazte Oir. (07 de junio de 201). *Hazte Oir*. Obtenido de Hazte Oir: <http://www.hazteoir.org/noticia/39175- trafico-humano-granjas-y-subastas-bebes-en-nigeria>
- Institut Marqués. (30 de Mayo de 2019). *Institut Marqués*. Obtenido de Institut Marqués: <https://institutomarques.com/reproduccion-asistida/tratamientos/fecundacion-in-vitro/estimulacion-ovarica/>
- Kassem, H., & Silverman, H. (10 de Mayo de 2019). *Historia de la Ética en la Investigación Biomédica*. Obtenido de Bioethics Miami : [https://bioethics.miami.edu/\\_assets/pdf/international/pan-american-bioethics-initiative/peru/Modules/Research-EthicsHistory.pdf](https://bioethics.miami.edu/_assets/pdf/international/pan-american-bioethics-initiative/peru/Modules/Research-EthicsHistory.pdf)
- Lamba, N., Jadva, V., Kadam, K., & Golombok, S. (2018). The psychological well-being and prenatal bonding of gestacional surrogates. *Revista Human Reproduction* , 646-653.
- Landa, C. (2000). Dignidad de la persona humana. *Ius et veritas*, 10-25.
- Legislation UK. (16 de Julio de 1985). *Surrogacy Arrangements Act 1985*. Obtenido de Surrogacy Arrangements Act 1985: [legislation.gov.uk/ukpga/1985/49](http://legislation.gov.uk/ukpga/1985/49)
- Legislation UK. (12 de Noviembre de 2008). *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*. Obtenido de Human Fertilisation and Embryology Act 2008: [legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/introduction/2008-11-03](http://legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/introduction/2008-11-03)
- Lewin, T. (19 de Enero de 1995). Man Accused of Killing Son Borne by a Surrogate Mother. *The New York Times*.
- Lewin, T. (19 de Enero de 1995). *The New York Times*. Obtenido de The New York Times: <https://www.nytimes.com/1995/01/19/us/man-accused-of-killing-son-borne-by-a-surrogate-mother.html>
- Maria Victoria Mena. (2017). *Asociación Española de Naprotecnología*. Obtenido de Asociación Española de Naprotecnología: [naprotec.es/nosotros1/asociación](http://naprotec.es/nosotros1/asociación)
- Mayo Clinic. (2017). *Mayo Clinic*. Obtenido de Mayo Clinic: <https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions/varicocele/diagnosis-treatment/drc-20378772>
- Mayo Clinic. (2018). *Mayo Clinic*. Obtenido de Mayo Clinic: <https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions/varicocele/diagnosis-treatment/drc-20378772>
- Mestanza, J. (18 de febrero de 2013). *Concebir*. Obtenido de Concebir: <http://www.concebir.com/65-2/>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2018). Anteproyecto de Ley que regula las TERHAS y la Gestación Subrogada. *Anteproyecto de Ley que regula las TERHAS y la Gestación Subrogada*. Lima, Lima, Perú.
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (2017). *Dirección General de Adopciones*. Obtenido de Dirección General de Adopciones: <https://www.mimp.gob.pe/homemimp/direcciones/dga/que-es-adopcion.php>

- Munné, S., Chen, S., Colls, P., Garrisi, J., Zheng, X., Cekleniak, N., . . . Cohen, J. (2007). Maternal age, morphology, development and chromosome abnormalities in over 6000 cleavage stage embryos. *Revista Reproductive Biomedic*, 628-634.
- Muñante, A. (2018). La trata de personas y la maternidad subrogada. *Revista La Ley*.
- Observatorio de Bioética. (07 de Abril de 2017). *Maternidad Subrogada. Visión Actual*. Obtenido de Maternidad Subrogada. Visión Actual: <https://www.observatoriobioetica.org/2017/04/maternidad-subrogada-vision-actual/18937>
- Olavarria, M. E. (2018). Intermediarias y donantes de la gestación subrogada en México. *Revista de Antropología Social*, 325-351.
- ONU. (25 de Diciembre de 2003). *Protocolo de Palermo*. Obtenido de Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: [https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ProtocolTraffickingInPersons\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ProtocolTraffickingInPersons_sp.pdf)
- ONU. (2016). *Informe de la Relatora Especial sobre la venta de niños la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*. Nueva York.
- Pa, E. (8 de Agosto de 1995). Father Pleads Guilty to Killing Baby Born to Surrogate Mother. *Los Angeles Times*.
- Pa, E. (8 de Agosto de 1995). *Los Angeles Times*. Obtenido de Los Angeles Times: <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-1995-08-08-mn-32653-story.html>
- Perry, K. (26 de Agosto de 2014). *The Telegraph*. Obtenido de The Telegraph: [telegraph.co.uk/news/health/children/11055643/British-mother-rejected-disabled-twin-because-se-was-a-dribbling-cabbage-says-surrogate.html](http://telegraph.co.uk/news/health/children/11055643/British-mother-rejected-disabled-twin-because-se-was-a-dribbling-cabbage-says-surrogate.html)
- Purizaca, M. (2010). Modificaciones fisiológicas en el embarazo. *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, 57-69.
- Rayven. (s.f.). *Information on Surrogacy Est. 2008*. Obtenido de Information on Surrogacy Est. 2008: <https://information-on-surrogacy.com/history-of-surrogacy>
- Real Academia Española. (12 de Diciembre de 2018). *Diccionario de la Lengua Española*. Obtenido de Diccionario de la Lengua Española: <https://dle.rae.es/altruismo>
- Real Academia Española. (30 de Mayo de 2019). *Diccionario de la Lengua Española*. Obtenido de Diccionario de la Lengua Española: <https://dle.rae.es/explotaci%C3%B3n>
- Rijnink, E., Penning, M., Wolterbeek, R., Wilhelmis, S., Zandbergen, M., Van Duinen, S., . . . Bajema, I. (2015). Tissue microchimerism is increased during pregnancy: a human autopsystudy. *Molecular Human Reproduction*, 857-864.
- Rojas, M. A. (2006). Los Principios Bioéticos en los Principios Constitucionales. *Opinión Jurídica*, 63-76.
- Rosberg, E. (2016). *Different Paths to Parenthood*. Estocolmo.
- Saavedra, J. (2002). Cirugía Tubárica frente a reproducción asistida. *Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología*, 185-200.
- Sales, D., & Hamilton, M. (26 de Agosto de 2014). *The Sun*. Obtenido de You can keep the disabled twin: <https://www.thesun.co.uk/archives/news/1056398/you-can-keep-the-disabled-twin/>

- Satz, D. (1992). Markets in Women's Reproductive Labor. *Philosophy and Public Affairs*, 107-131.
- Scotti, L. (2015). El reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas . *Pensar en Derecho*, 267-289.
- Sepulveda, S., & Portello, J. (2012). Diagnóstico Genético Preimplantacional: Alcances y Límites. *Revista Peruana Ginecológica Obstétrica*, 207-211.
- Smith, D. (02 de Junio de 2011). Nigerian "baby farm" raided - 32 pregnant girls rescued . *The Guardian*.
- Tamar, L. (19 de Enero de 1995). Man Accused of Killing son borne by a surrogate mother. *New York Times*.
- Tanderup, M., Reddy, S., Patel, T., & Nielsen, B. B. (2015). Informed consent in medical decision-making in commercial gestational surrogacy: a mixed methods study in New Delhi, India. *Acta Obstet Gynecol Scand*, 465-472.
- Tejada, P., Cohen, A., Font, I., Bermudez, C., & Schuitemaker, J. (2007). Modificaciones fisiológicas de embarazo e implicaciones farmacológicas maternas, fetales y neonatales. *Revista de Obstetricia y Ginecología de Venezuela*, 246-267.
- The Washington Post*. (29 de Enero de 1997). Obtenido de The Washington Post: <https://www.washingtonpost.com/archive/local/1997/01/29/lawyer-noel-keane-58-dies/3f8c1bfb-0266-44dd-93b8-cdd63647d878/?noredirect=on>
- Tinant, E. (2012). Principios Jurídicos y Principios Bioéticos. Separación, vinculación, integración. *Derecho PUCP*, 45-63.
- Tubella, P. (19 de Abril de 2019). En el Reino Unido todo empezó con Baby Cotton . *El País* .
- UKRINFORM. (16 de julio de 2018). *Plataforma Multimedia Exterior de Ucrania*. Obtenido de Plataforma Multimedia Exterior de Ucrania: <https://www.ukrinform.es/rubric-crime/2499798-lutsenko-ucrania-se-convierte-en-uno-de-los-centros-de-maternidad-subrogada-comercial.html>
- UNODC. (2014). *Los Derechos Humanos y la Trata de Personas*. Obtenido de Los Derechos Humanos y la Trata de Personas: [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS36\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS36_sp.pdf)
- UNODC. (2017). *Guía Legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Obtenido de Guía Legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional: [https://www.unodc.org/documents/treaties/Legislative\\_Guide\\_2017/Legislative\\_Guide\\_S.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/Legislative_Guide_2017/Legislative_Guide_S.pdf)
- Varsi-Rospigliosi, E. (2011). *SCIELO*. Obtenido de Determinación de la filiación en la procreación asistida: <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v11n39/1870-2147-rius-11-39-00006.pdf>
- Vaughanm, S., & Black, M. (1999). Pregnancy dermatosis. *J Am Acad Dermatology*, 233-241.
- Vera, O. (2006). El Consentimiento Informado del Paciente en la actividad asistencial médica. *Revista Médica La Paz*, 59-68.
- Warnock, M. (1978). *Report of the Committee of Enquiry into the Education of Handicapped Children and Young People*. Londres.

Warnock, M. (1985). *A question of Life: The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology*. Londres: Mary Warnock.

Williamson, C. (2006). Nutrition in pregnancy. *British Nutrition Foundation Nutrition Bulletin* 31, 28--59.

Zeballos, V. (30 de Octubre de 2013). Proyecto de Ley N° 2839/2013-CR. *Proyecto de Ley N° 2839/2013-CR*. Lima, Lima, Perú.



## **PROYECTO DE INVESTIGACIÓN**

**Presentado por:** Ana Lucia Valencia Fernández

### **1.- TÍTULO:**

**“RETOS Y DESAFÍOS EN LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD  
SUBROGADA EN EL PERÚ: ANÁLISIS JURÍDICO A LA LUZ DEL PRINCIPIO  
DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”**

### **2.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:**

Los avances científicos logrados durante el último siglo han sido sin duda de mucha ayuda para las personas que así lo han requerido; sin embargo, existen también, algunas técnicas científicas desarrolladas que han suscitado importantes discusiones bioéticas por las consecuencias que generan su desarrollo en la persona. La maternidad subrogada, por ejemplo, es uno de los avances científicos con más cuestionamientos de origen bioético, que han originado estas discusiones, no solo a nivel nacional sino también a nivel internacional.

Conocida, generalmente, como una alternativa de solución a la infertilidad o incapacidad de gestación de la mujer, esta técnica ha revolucionado el concepto de procreación humana, y evidentemente las relaciones naturales de maternidad y filiación y se ha convertido en el primer paso para disociar la gestación de la maternidad. Si bien es cierto los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos protegen el derecho a “fundar una familia” o el “respeto de la vida privada y familiar”, el aclamado de derecho a ser padres, que algunos sistemas jurídicos nacionales emplean, no ha sido reconocido en ningún instrumento internacional, precisamente porque un hijo no es un bien o un servicio que el Estado deba o pueda suministrar, un hijo es un ser humano titular de derechos.

Es por ello que surge la pregunta, ¿Los deseos y derechos de una pareja a ser padres pueden ser sobrepuestos al interés superior del niño cosificando e instrumentalizando a las personas que participaran en el procedimiento de maternidad subrogada? A través de los diferentes capítulos de este trabajo realizaremos un análisis detallado sobre las principales características, cuestiones bioéticas y los efectos que la maternidad subrogada pueda causar sobre el niño próximo a nacer, vulnerando el principio de interés superior del niño..

A pesar de que algunos estudiosos han señalado que la gestación subrogada es una variante de la adopción, esta afirmación no puede estar más lejos de la verdad, puesto que en la

adopción no se realiza un contrato previo al nacimiento del niño, incluso, en la adopción no se acuerda crear una vida para que otras personas asuman la paternidad o maternidad del niño por nacer. En el complejo esquema de la maternidad subrogada encontramos que pueden intervenir muchas personas, dependiendo de la clasificación de gestación subrogada; sin embargo, el sujeto sobre el que mayor impacto causará, es el niño por nacer, ya que se convierte en el objeto de un contrato, que será creado para posteriormente ser intercambiado por dinero.

En el presente año, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ha señalado en su Informe A/HRC/37/60, que el Comité de los Derechos del Niño ha advertido que la gestación por sustitución de no regularse con claridad equivale a venta de niños, lamentablemente aun cuando la maternidad subrogada es calificada como “altruista” no se elude la posibilidad de que utilicen esta figura para encubrir casos de maternidad subrogada comercial, y consecuentemente se convierta en venta de niños.

Así las cosas, en los últimos años, ha existido un intenso debate sobre la regulación de la maternidad subrogada a nivel internacional; sin embargo hasta hace unos meses atrás Perú, parecía no prestarle la atención debida a este problema, puesto que no se preocupaba por regular la maternidad subrogada.

El presente trabajo de investigación propone plantear las bases teóricas sobre la maternidad subrogada y esbozar una propuesta de regulación de la misma para que el Perú cumpla con las obligaciones internacionales detalladas en determinados tratados y respetemos lo señalado en el primer artículo de la Constitución Política del Perú: “La dignidad humana”, erradicando esta práctica de “fabricar y vender” niños, ni afianzarnos en una posición de destino reproductivo a nivel internacional.

### **3.- JUSTIFICACIÓN:**

#### *Relevancia académica:*

La presente investigación pretende ofrecer al lector información e investigación básica sobre todos los aspectos relacionados con la maternidad subrogada de manera que le otorgara las herramientas necesarias para que sin ser experto en biología el lector pueda adoptar una posición y por qué no crear un propio juicio sobre las consecuencias que esta practicas puedan tener sobre los participantes y sobre el niños a nacer. Asimismo, le otorga al lector un detallado análisis sobre la importancia de

la protección del interés superior del niño que está por nacer producto de esta técnica. La importancia académica de este trabajo radica en que ha sido elaborado para que pueda ser tomado como referencia o fuente bibliográfica en el futuro para la regulación de la maternidad subrogada en el Perú y por qué no en otros países.

*Relevancia Jurídica:*

Frente a la inseguridad jurídica en la que nos encontramos actualmente por no tener una regulación específica sobre la maternidad subrogada más que el Artículo 07 de la Ley N° 26842 “Ley General de Salud” que habla sobre las técnicas de reproducción asistida en general, el presente trabajo resulta evidentemente relevante en el sentido que expondrá las razones por las que la maternidad subrogada debe ser prohibida en el Perú, dando luz, además, a algunos lineamientos a considerar en una futura regulación o modificación legislativa. Aún, si en el transcurso de esta investigación se publica alguna Ley regulando la maternidad subrogada, el presente trabajo seguirá siendo relevante puesto que lo que pretende evidenciar las vulneraciones al interés superior del niño y la cosificación e instrumentalización de la mujer que se realizan, investigación que servirá para analizar si cualquier eventual regulación cumple con los aspectos a tomar en cuenta que se serán presentados en el presente trabajo.

*Innovación:*

El presente trabajo es completamente innovador puesto que no solo aplicará conceptos jurídicos sino que ofrecerá también conceptos técnicos de medicina y biología para un mejor entendimiento. Este trabajo interdisciplinario, pretende que el lector pueda formar una posición objetiva y que tenga la suficiente información necesaria y no solo adopte una posición basada en argumentos emocionales o sensacionalistas.

#### **4.- MARCO CONCEPTUAL:**

*Bioética:*

Origen Etimológico – “Bios”: Vida y “Ethos”: manera de hacer algo, ética.

A pesar de que inicialmente Van Rensselaer Potter, uno de los pioneros en la Bioética, planteo su objetivo de estudio de una manera global, es decir la relación de la ética con la vida humana, animal, la ecología etc., para efectos del presente trabajo utilizaremos la teoría

elaborada, simultáneamente, por André Hellegers, que pretenden dar respuesta al desarrollo vertiginoso de los avances y descubrimientos científicos y su aplicación en relación únicamente a la vida humana, todo ello ocasionado por la falta de regulación jurídica.

Es por ello que Hellegers entendía que el principal objetivo de la Bioética sería el lograr la correcta relación e interacción entre vida y ética y todo lo que ello supone.

De acuerdo a la corriente principalista presentada y esbozada por primera vez por Tom Beauchamp y James Childress, la definición de la Bioética es la siguiente:

*“La bioética (...) es el estudio sistemático de la conducta humana en el ámbito de las ciencias de la vida y de la salud, en cuanto esa conducta es examinada a la luz de valores y principios morales”<sup>3</sup>.*

### **Dignidad:**

Antonio Pele ha construido un interesante concepto de dignidad en base a algunas ideas de Nussbaum:

*“Se suele definir la dignidad humana como valor inherente y absoluto de todo ser humano. En relación con el primer aspecto (valor inherente), se atribuye un valor intrínseco o interno al ser humano para poder, en particular, justificar no sólo su autonomía, sino también una igualdad entre los todos individuos (igual dignidad). En la medida en que este valor es inherente al ser humano, el individuo no debe comportarse de una cierta manera para obtener o desarrollar este valor en su persona. Se suele en este sentido, recurrir a una noción de humanidad entendida como “naturaleza humana” con el fin de identificar (y construir) características que vienen a justificar este carácter inherente. Esta humanidad podría servir para fundamentar la dignidad humana a partir de una variedad de características propias al ser humano. Nussbaum se refiere así a unas “capabilities” tales como el respeto a la vida, la protección de la integridad física y psicológica, y la expresión de las emociones que permiten a los seres humanos expresar su autonomía y manifestar varios tipos de existencia. Con la segunda característica (valor absoluto), se hace referencia a la invulnerabilidad (o inviolabilidad) del ser humano. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión indica por ejemplo que “la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida” (art. 1). Este valor absoluto de la dignidad humana suele plasmarse, en la prohibición de prácticas que vulneran la integridad de los seres humanos, la prohibición de la tortura y de toda clase de actividades degradantes e inhumanas”<sup>4</sup>.*

---

<sup>3</sup>REICH, Warren Thomas, (1978), “ENCYCLOPEDIA OF BIOETHICS”, MacMillan Publishers. New Jersey, Londres.

<sup>4</sup> PELE, Antonio, “KANT Y LA DIGNIDAD HUMANA”, Revista Brasileira de Estudios Políticos “Belo Horizonte”, 2015.

Por último, resulta de vital importancia para el presente trabajo, lo escrito por Immanuel Kant, en su magnífica obra *“Fundamentación de la metafísica de las costumbres”*, respecto a la dignidad:

*“En el reino de los fines todo tiene o un precio o una dignidad. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad. Lo que se refiere a las inclinaciones y necesidades del hombre tiene un precio comercial; lo que, sin suponer una necesidad, se conforma a cierto gusto, es decir, a una satisfacción producida por el simple juego, sin fin alguno, de nuestras facultades, tiene un precio de afecto; pero aquello que constituye la condición para que algo sea fin en sí mismo, eso no tiene meramente valor relativo o precio sino un valor interno, esto es, dignidad”*<sup>5</sup>

### **Maternidad subrogada:**

A efecto de poder determinar la definición de maternidad subrogada considero apropiada la esbozada por el Comité de Bioética de España:

*“La gestación subrogada se da cuando una mujer se presta a gestar un niño para, una vez nacido, entregárselo a la persona o personas que se lo han encargado y que van a asumir su paternidad/maternidad. Existen muchas modalidades para llevarla a cabo, en función de todas las variables que entran en juego. Lo que tienen en común todas las modalidades de gestación subrogada es la voluntad de privar de la condición de madre a quien ha dado a luz a un niño y atribuirlo a otra u otras personas. Conviene recordar que la primera acepción de “Madre” que aparece en el Diccionario de la Real Academia es “Hembra que ha parido”, si bien la segunda amplía el alcance del término: “Hembra respecto de su hijo o hijos”*<sup>6</sup>

Por su parte el Consejo de Derechos Humanos, en su *“Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños”* del año 2018, ha definido a la maternidad subrogada de la siguiente manera:

*“Una definición de gestación por sustitución de carácter comercial, conocida también como gestación por sustitución “con ánimo de lucro” o “remunerada”, se centra en la relación contractual y transaccional, en lugar de gratuita, entre el aspirante o aspirantes a progenitor y la madre de alquiler. De ahí que exista gestación por sustitución de carácter comercial cuando la madre de alquiler convenga en prestar servicios de gestación y/o en trasladar jurídica y físicamente al niño a cambio de una remuneración o una retribución de otro tipo. La gestación por sustitución de carácter comercial comprende asimismo un “reembolso” que va más allá de los gastos razonables y detallados*

<sup>5</sup> KANT, Immanuel *“FUNDAMENTACIÓN DE LA METAFÍSICA DE LAS COSTUMBRES”*, 1785.

<sup>6</sup> COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *“INFORME DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA SOBRE LOS ASPECTOS ÉTICOS Y JURÍDICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA”*, pág. 06, 2017.

*directamente resultantes del contrato de maternidad subrogada. De ello cabe inferir que los pagos correspondientes a “gastos” no razonables y no detallados constituyen un pago encubierto por servicios de gestación o por traslado del niño”<sup>7</sup>.*

#### **Principio de Interés Superior del Niño:**

El interés superior del niño de uno de los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño, Ana Paz Garibo Peyro, quien realizó una interesante investigación sobre el principio del interés superior del niño en los supuestos de la maternidad subrogada, cita a Marín Ostos quien originalmente lo define de la siguiente manera:

*“(…) aquel principio general inspirador de toda la legislación relativa al menor y que no se concreta en una serie de derechos o garantías particulares, aunque lógicamente también los incluya. Por medio del mismo, el legislador manifiesta su voluntad de aspirar siempre a la consecución del bien superior del menor, por encima de otros intereses con los que pudiera entrar en conflicto”<sup>8</sup>*

#### **Principio de no instrumentalización<sup>9</sup>:**

En la obra *“Bioética: Principios, desafíos, debates”* de Pablo de Lora y Marina Gascón, proponen incorporar dos principios adicionales a los que Tom Beauchamp y James Childress señalan en su famoso libro; *“Principles of Biomedical Ethics”*, uno de ellos es el principio de no instrumentalización que representa una expresión más del principio de dignidad y expresa la exigencia de que las personas sean tratadas como fines en si mismos y no como simples medios.

Por su parte, Sarah Lucia Carracedo Uribe, define al principio de no instrumentalización de la siguiente manera:

*“Esta máxima puede remontarse a Kant, ya que implica tratar a las personas como fines en sí mismos y no solo como medios. El médico tiene la obligación de proporcionar al paciente todo aquello que es necesario para la satisfacción de sus propios intereses y no los de un tercero, los de la ciencia o los de la sociedad”<sup>10</sup>.*

#### **Venta de niños:**

---

<sup>7</sup> CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, “INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL SOBRE LA VENTA Y LA EXPLOTACIÓN SEXUAL DE NIÑOS, INCLUIDOS LA PROSTITUCIÓN INFANTIL, LA UTILIZACIÓN DE NIÑOS EN LA PORNOGRAFÍA Y DEMÁS MATERIAL QUE MUESTRE ABUSOS SEXUALES DE NIÑOS”, Enero 2018.

<sup>8</sup>GARIBO PEYRÓ, Ana-paz, “EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LOS SUPUESTOS DE MATERNIDAD SUBROGADA”. Cuadernos de Bioética 2017 (Mayo-Agosto).

<sup>9</sup> DE LORA, Pablo, GASCÓN, Marina, “BIOÉTICA: PRINCIPIOS, DESAFÍOS, DEBATES”, 2008, Editorial Alianza, Madrid.

<sup>10</sup> CARRACEDO URIBE, Sarah Lucía, “LA FERTILIZACIÓN IN VITRO Y EL DEBATE SOBRE EL ESTATUTO DEL NO NACIDO”, pág. 29, Repositorio de Tesis de la Pontificia Universidad Católica del Perú , julio 2015.

De conformidad con el Artículo 2° del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativa a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, se entiende que:

*“Venta de niños es todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución;”*

La Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, en el informe presentado en el presente año señaló lo siguiente:

*“La gestación por sustitución de carácter comercial que se practica actualmente constituye venta de niños conforme a la definición prevista en el derecho internacional de los derechos humanos. (...) puede que la gestación por sustitución de carácter comercial no constituya venta de niños si se regula estrictamente a la luz de la normativa de los derechos humanos internacionales y de forma opuesta a lo que impera en muchos regímenes comerciales de gestación por sustitución. (...) constituyen venta de niños siempre que la madre de alquiler o un tercero reciban “remuneración o cualquier otra retribución” a cambio de trasladar al niño. La definición de venta de niños consta de tres elementos: a) “remuneración o cualquier otra retribución” (pago); b) el traslado del niño (traslado); y c) el intercambio de “a)” por “b)” (pago por el traslado)”<sup>11</sup>.*

## 5.- INTERROGANTES:

- i. ¿Existe el derecho humano a procrear o tener hijos? De ser afirmativo, ¿Debe ser sobrepuesto el deseo de ser padres de una pareja a la dignidad de la futura madre gestante y del niño por nacer?
- ii. ¿Cuál es conflicto bioético de la maternidad subrogada?
- iii. ¿Se vulnera el principio de interés superior del niño?
- iv. ¿Se vulnera el principio de no instrumentalización?
- v. ¿La maternidad subrogada es una puerta al tráfico de personas?
- vi. ¿Existe un marco regulatorio de la maternidad subrogada en el Perú?
- vii. ¿Se debe permitir la maternidad subrogada en el Perú?

---

<sup>11</sup> CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, “INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL SOBRE LA VENTA Y LA EXPLOTACIÓN SEXUAL DE NIÑOS, INCLUIDOS LA PROSTITUCIÓN INFANTIL, LA UTILIZACIÓN DE NIÑOS EN LA PORNOGRAFÍA Y DEMÁS MATERIAL QUE MUESTRE ABUSOS SEXUALES”, página 13, 2018, Consejo de Derechos Humanos, 37° periodo de sesiones.

## 6.- OBJETIVOS:

### Objetivo General:

- Determinar las consecuencias por la falta de regulación de la maternidad subrogada en Perú

### Objetivos Específicos:

- Determinar si existe el derecho a ser padres
- Establecer las cuestiones bioéticas de la maternidad subrogada
- Demostrar el grado de afectación al interés superior del niño por la omisión legislativa de la maternidad subrogada.
- Identificar si existen vulneraciones a otros derechos por la práctica de la maternidad subrogada.
- Verificar si existe relación entre la venta de niños/tráfico de personas y la maternidad subrogada.

## 7.- ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS:

Previa a la realización del presente proyecto, se buscó antecedentes de investigativos vinculadas al tema propuesta, hallando las siguientes investigaciones en nuestra casa de estudios:

- “La maternidad subrogada en el Perú: ¿Problema o solución?”

Autor: Carlos Jorge Manuel Villamarín Zuñiga

Año: 2014

## 8.- HIPÓTESIS:

**Dado que** existe una omisión legislativa respecto a la maternidad subrogada **es probable que** se esté llevando a cabo sin ninguna supervisión vulnerando el principio superior del niño y los derechos de las madres gestantes.

## 9.- ESQUEMA DEL CONTENIDO DEL INFORME

### Capítulo 1: “Gestación Subrogada”

- ¿Qué es la Gestación Subrogada?
- Tipología de Gestación Subrogada
- Sujetos de la Gestación Subrogada de acuerdo con la tipología de GS

- Proceso de Gestación Subrogada
- Derechos reproductivos y problemas de fertilidad
- Causas de la gestación subrogada
- Consecuencias de la gestación subrogada

### **Capítulo 2: Cuestiones Bioéticas de la Gestación Subrogada**

- ¿Qué es la Bioética?
- Principios de la Bioética y teorías
- La relación de la Bioética con el Estado Constitucional de Derecho
- Conflicto Bioética en la Gestación Subrogada

### **Capítulo 3: Problemática actual entorno a la gestación subrogada**

- Tráfico de personas
- Explotación de la mujer
- Cosificación de la persona por ende perdida de su dignidad
- Implicaciones psicológicas en la gestante y el niño producto de la gestación subrogada
- Vulneración al Principio de Interés Superior del Niño
- Vulneración al Principio de No instrumentalización.

### **Capítulo 4: Análisis de los principales aspectos a tomar en cuenta para regular la gestación subrogada**

- Situación actual de la regulación de gestación subrogada en el Perú
- Legislación Comparada en maternidad subrogada
- Jurisprudencia Nacional en materia de maternidad subrogada
- Posición de Instancias Internacionales en Derechos Humanos

## **10.- MARCO OPERATIVO:**

### **10.1. Fuentes de Consulta:**

**9.1.1. Fuentes Primarias:** Constitución Política del Perú, Legislación nacional y Legislación Comparada, Tratados Internacionales, Jurisprudencia Nacional e Internacional.

**9.1.2. Fuentes Secundarias:** Informes del Comité del Niño, Informes de Organismos Internacionales, Guías de expertos en técnicas de reproducción humana asistida, Bibliografía de Medicina Humana y Biología, Informes de Comités de Bioética, etc.

**10.2. Estrategia Metodológica:**

**10.2.1.** En primer lugar, de determinará el conflicto bioético que existe alrededor de la maternidad subrogada.

**10.2.2.** Seguidamente se determinará, primero, si existe el derecho humano a la procreación o el derecho a tener hijos, y segundo si ese deseo puede ser llevado a cabo a costa de terceras personas.

**10.2.3.** Después, se demostrará como la maternidad subrogada puede ser una de las principales causas del tráfico y venta de niños en el Perú y del posicionamiento del Perú como uno de los principales destinos para turismo reproductivo.

**10.2.4.** Finalmente, se demostrará como la maternidad subrogada vulnera el principio de interés superior del niño y el principio de no instrumentalización, y la necesidad de la prohibición de la maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico.

**11.- CRONOGRAMA:**

ACTIVIDADES	2018-2019						
	SET	OCT	NOV	DIC	ENERO	FEB	MAR
Preparación del proyecto	XXXX						
Aprobación del proyecto	XXXXXXXXXXXX						
Recolección Información		XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX					
Preparación del Borrador			XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX				
Conclusión y Sugerencias					XXXXXXXXXXXX		
Presentación final del informe							XXXX

## **12.- BIBLIOGRAFIA:**

### **12.1. Normas Legales:**

- Constitución Política del Perú
- Convención Americana de Derechos Humanos
- Convención sobre los Derechos del Niño
- Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía

### **12.2. Textos:**

- Andorno, Roberto, “El Principio De Dignidad Humana En El Bioderecho Internacional”.
- Carracedo Uribe, Sarah Lucía, “La Fertilización In Vitro Y El Debate Sobre El Estatuto Del No Nacido”.
- De Lora, Pablo, Gascón, Marina, “Bioética: Principios, Desafíos, Debates”.
- Dupla Marín, María Teresa ( ) “Fundamenta Iuris. Terminología. Principios E Interpretatio”, Garibo Peyró, Ana-Paz, “El Interés Superior Del Menor En Los Supuestos De Maternidad Subrogada”.
- Kant, Immanuel, “Fundamentación De La Metafísica De Las Costumbres”.
- Pele, Antonio, “Kant Y La Dignidad Humana”.
- Reich, Warren Thomas, “Encyclopedia Of Bioethics”.

### **12.3. Fuentes Web:**

- COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada” (2017).
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, “Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños” (2018).
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”.