



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

VIENTRE DE ALQUILER VERSUS EL DERECHO A LA IDENTIDAD: UN PROBLEMA NO RESUELTO

María Mercado-Soto

Lima, enero de 2019

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho

Mercado, M. (2019). *Ventre de alquiler versus el derecho a la identidad: un problema no resuelto* (Tesis para optar el título de Abogado). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho, Lima, Perú.



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](https://repositorio.institucional.pirhua.edu.pe/)

UNIVERSIDAD DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA ACADÉMICO DE DERECHO



**VIENTRE DE ALQUILER VERSUS DERECHO A LA IDENTIDAD: UN
PROBLEMA NO RESUELTO**

**Tesis para optar el Título de
Abogada**

María Lourdes Mercado Soto

Asesor: Dra. María Laura Malespina

Lima, enero 2019

APROBACIÓN

La tesis titulada “Ventre de Alquiler versus El Derecho a la Identidad: un problema no resuelto”, presentada por María Lourdes Mercado Soto en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por la Directora de Tesis Dra. María Laura Malespina.

Directora de Tesis

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por haberme permitido nacer y crecer en la familia que tengo; a mis padres y a mis hermanas por su constante apoyo, comprensión, confianza y amor incondicional; a mis abuelos, ya en el cielo, a quienes también les debo parte de mi crecimiento y motivación especial para seguir esta carrera.

A mi asesora María Laura Malespina, quien despertó en mí el interés por esta rama apasionante del Derecho; por su paciencia, sinceridad, confianza y apoyo constante para poder realizar este trabajo.

A todos mis profesores y amigos por su apoyo y ayuda incondicional.

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| CAPÍTULO I. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA. ACLARACIONES TERMINOLÓGICAS | 5 |
| 1.1. Definición y tipos de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) ... | 5 |
| 1.2. TRHA intracorporeas | 5 |
| 1.2.1. Inseminación artificial (IA) | 6 |
| 1.2.2. Transferencia intratubárica de gametos (GIFT) | 7 |
| 1.3. TRHA extracorporeas | 8 |
| 1.3.1. Técnicas sin micromanipulación de gametos | 8 |
| 1.3.2. Técnicas con micromanipulación de gametos | 9 |
| 1.4. Subrogación de útero | 10 |
| CAPÍTULO II. CONCEPTO Y FUNDAMENTOS DE LA IDENTIDAD PERSONAL | 15 |
| 2.1. Concepto de la identidad personal | 15 |
| 2.2. Contenido del Derecho a la Identidad | 18 |
| 2.3. Reconocimiento y protección normativa del Derecho a la Identidad..... | 19 |
| CAPÍTULO III. CUESTIONES JURÍDICAS EN TORNO A LA MATERNIDAD SUBROGADA | 23 |
| 3.1. Breve referencia a la dignidad de los sujetos | 23 |
| 3.2. Derechos comprometidos | 23 |
| 3.2.1. Derecho a la vida privada y familiar | 24 |
| 3.2.2. El derecho al anonimato del donante..... | 27 |
| 3.3. La voluntad procreacional frente al interés superior del niño | 28 |
| CAPÍTULO IV. CARENCIA DE LA LEGISLACIÓN PERUANA. DERECHO COMPARADO | 31 |
| 4.1. Necesidad de tipificar la maternidad subrogada en el Código Penal | 31 |
| 4.2. Jurisprudencia peruana | 35 |
| 4.3. Derecho comparado | 47 |
| CONCLUSIONES | 55 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 57 |
| ANEXO | 61 |

ABREVIATURAS

- TRHA:** Técnicas de Reproducción Humana Asistida
- IA:** Inseminación artificial
- IIUD:** Inseminación intrauterina directa
- IIP:** Inseminación intraperitoneal
- TIPEO:** Transferencia intraperitoneal de espermatozoides y ovocitos.
- GIFT:** Transferencia intratubárica de gametos.
- FIV:** Fecundación In Vitro
- SUZI:** Inserción subzonal de espermatozoides
- ICSI:** Inyección Intracitoplasmática de espermatozoides
- TEDH:** Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

INTRODUCCIÓN

Pretendidos avances han generado la posibilidad de engendrar seres humanos con material genético ajeno a la pareja que no puede concebir de manera natural. Más allá de los cuestionamientos morales que estas conductas suscitan, en el ámbito jurídico surgen conflictos con principios universales que nos vienen dados desde el derecho romano: “*mater semper certa est*” y “*partus sequitur ventrum*” (D'ors, 1981, pág. 285).

Estos rápidos cambios están teniendo un efecto negativo en los nacidos bajo la modalidad del vientre de alquiler, ya que desde nuestro punto de vista se está dando una prelación del derecho a la reproducción o al desarrollo de la personalidad, la intimidad familiar, alegado por las parejas que encargan el embarazo, frente al derecho a la identidad, a la verdad biológica y el libre desarrollo y bienestar del menor vulnerando de esta manera el interés superior del niño.

Aunque se puede considerar progresos considerables en la ciencia sobre estos sistemas alternativos de reproducción, muchas cuestiones importantes quedan aún sin resolver, ya que vulneran derechos personalísimos, afectando estos en primer lugar a los menores concebidos, considerando al embrión como un objeto de propiedad, como un Derecho irrestricto de las personas a tener hijos y no como un derecho de los niños a tener una familia, sin necesidad de ser manipulados desde el momento de su concepción hasta en el ámbito del desarrollo de su personalidad y formación de su identidad.

En relación con las implicancias que esto conlleva, analizaremos en este trabajo, las consecuencias jurídicas que dichas prácticas causan a los concebidos con gametos donados por terceros. En específico, la afectación de su derecho a la identidad.

Para poder situar el contenido adecuado dedicaremos, el primer capítulo a explicar de manera general lo que son las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, “TRHA”).

En el segundo capítulo, se presentarán el concepto del derecho a la identidad y sus fundamentos; y la protección que éste debería tener.

En el tercer capítulo, se tocarán de manera más específica las cuestiones jurídicas en torno a la Maternidad subrogada o el vientre del alquiler. Explicará cómo es que esta práctica afecta a los nacidos en cuanto a su identidad y los posibles conflictos que podría haber entre este derecho y el derecho a la procreación, intimidad, desarrollo de personalidad, etc. de los padres que lo encargan.

Se analiza de manera comparada la falta de regulación en el país con la de los demás países en donde, por una parte, hay una amplia liberalidad o permisividad sobre la maternidad subrogada y por otra, se prohíbe ésta, ya que reconocen que va en contra de la dignidad del concebido e incluso de la mujer que es utilizada para la concepción y nacimiento del niño, puesto que es una práctica a la cual se accede en la mayoría de los casos, por un interés económico.

Finalmente, expondremos las conclusiones y la necesidad de prohibir la maternidad subrogada, tipificándola en el código penal, ya que de lo contrario su práctica se volverá indiscriminada y se seguirá afectando los Derechos Fundamentales de los concebidos y nacidos.

CAPÍTULO I. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA. ACLARACIONES TERMINOLÓGICAS

1.1. Definición y tipos de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA)

La Enciclopedia de Bioderecho y Bioética señala que “la expresión reproducción asistida alude a la asistencia médica prestada para facilitar la fecundación de la mujer mediante el empleo de técnicas diversas, dando paso a la gestación al posterior nacimiento del hijo y también para evitar la transmisión al hijo de una enfermedad hereditaria”. (Universidad de Deusto y Universidad del país Vasco, 2019)

“Entendemos entonces por técnicas de reproducción asistida al conjunto de métodos biomédicos que conducen a facilitar o sustituir los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana”. (Santamaría Solís, 2000, p. 37). Dichos procesos que surgieron como un método de solución ante los problemas de salud reproductiva de uno o ambos miembros de la pareja actualmente son utilizados en muchos casos como una alternativa de reproducción independientemente de si hay o no problemas de salud reproductiva.

De esta manera las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRHA), se clasifican de diferentes maneras, a saber:

1.2. TRHA intracorporeas

En este grupo de técnicas, el momento central de la fecundación se efectúa en el interior del aparato reproductor femenino.

La introducción del semen se realiza de manera mecánica, y no mediante, fecundación vera cópula, siendo necesaria la obtención previa del material genético masculino, que permita que el acto conyugal esté abierto a la vida. (Marcó & Tarasco, 2001, p. 20).

Al mismo tiempo las TRHA intracorporeas se clasifican en:

- **IA:** Inseminación artificial
- **IIUD:** Inseminación intrauterina directa
- **IIP:** Inseminación intraperitoneal
- **TIPEO:** Transferencia intraperitoneal de espermatozoides y ovocitos.
- **GIFT:** Transferencia intratubárica de gametos.

Dentro de este marco, explicaremos con mayor detalle la GIFT y la IA la cual engloba como subtipos a las mencionadas previamente.

1.2.1. Inseminación artificial (IA)

La inseminación artificial consiste en la introducción de los espermatozoides en el aparato reproductor de una mujer mediante un instrumento artificial (Junquera de Estéfani & De la Torre Díaz, p. 20).

En esta técnica el material reproductor masculino se deposita en la vagina, en el cuello uterino, en la cavidad uterina o en las trompas según indicación médica, material que puede pertenecer a la pareja de la mujer inseminada o a un tercero donante de espermatozoides.

En cuanto a la primera clasificación podemos encontrar:

- a) “Inseminación intrauterina directa (IIUD): los espermatozoides se depositan directamente en el útero, evitando su tránsito por la vagina.
- b) Inseminación intraperitoneal (IIP): Los gametos masculinos se introducen mediante sonda guiada por ecografía en el interior de la cavidad peritoneal de la mujer haciéndolos llegar a la región de la trompa uterina más próxima al ovario, que es donde habitualmente tiene lugar la fecundación fisiológica”. (Santamaría Solis, 2000, p. 39).

Respecto al sujeto que dona el semen:

- a) Inseminación homóloga: Ambos gametos, el óvulo y el espermatozoide, pertenecen a la pareja. Desde el punto de vista médico aquí se presupone una infertilidad, y no la esterilidad.
- b) Inseminación heteróloga: en este caso el semen procede de un donante, generalmente anónimo.

1.2.2. Transferencia intratubárica de gametos (GIFT)

En este método, que de hecho no es tan común, ambos gametos, masculino y femenino se transfieren a las trompas de falopio de manera artificial. La diferencia con las anteriores, es que si bien previamente se debe hiperestimular a la mujer para que genere varios óvulos en un solo ciclo, la fecundación no se da fuera, sino que estos mismos extraídos son luego introducidos para que se fecunden con el esperma también depositado artificialmente.

1.3. TRHA extracorpóreas

“La concepción del nuevo ser humano en estas técnicas se produce en el laboratorio, y el cigoto o el embrión obtenido es transferido a la mujer para que continúe su desarrollo en el útero hasta el nacimiento” (Marcó & Tarasco, 2001, p. 27). Es decir, se produce la concepción en el exterior del sistema reproductor femenino, lo cual abre la posibilidad de una manipulación de los embriones desde los inicios de su vida humana.

Las TRHA extracorpóreas al igual que las intracorpóreas pueden ser homólogas o heterólogas, dependiendo si los gametos proceden de la pareja o de donantes.

1.3.1. Técnicas sin micromanipulación de gametos

FIVET: Fecundación in Vitro con transferencia de embriones.

En la fecundación in vitro, los embriones son fecundados en un laboratorio, fuera del sistema reproductor femenino. Generados los embriones, estos podrían destinarse a la gestación, criopreservación o incluso a la experimentación con diferentes fines.

El procedimiento utilizado para generar estas nuevas vidas es el siguiente; se recogen los óvulos previa hiperestimulación ovárica, a fin de obtener un abundante número de óvulos. Luego estos ovocitos deberán llevarse a un medio de cultivo para generar su maduración.

Lo mismo se hace con los gametos del hombre, se recogen y capacitan los espermatozoides de la misma manera que en la IA.

Posteriormente se realiza la fecundación in vitro mediante cultivo de los ovocitos y espermatozoides. Comprobada la fecundación y segmentación de los cigotos, se seleccionan los embriones más “aptos”, según criterios morfológicos.

Finalmente se transfieren al útero los tres embriones más “adecuados”. Los restantes se congelan para el caso de ser necesarios en un posterior intento.

Usualmente se realizan la FIV en casos de infertilidad femenina debido a lesiones tubáricas, infertilidad de origen desconocido o por fallo ovárico. En el caso de los hombres por fallo testicular, en cuyo caso se recurre a la FIV heteróloga.

1.3.2. Técnicas con micromanipulación de gametos

SUZI: Inserción subzonal de espermatozoides (Sub zonal Insemination).

ICSI: Inyección intracitoplasmática de espermatozoides (intra- Cytoplasmatic Sperm Injection).

“Tanto en la SUZI como en la ICSI, se trata de facilitar al grado máximo la penetración de espermatozoides en el óvulo a fecundar¹.

¹ “En la SUZI se depositan los gametos masculinos en el espacio previtelino (hueco que queda entre la membrana citoplasmática del óvulo y la cubierta de éste, denominada zona pelúcida), de modo que los espermatozoides anómalos que de otro modo no podrían atravesar la zona y penetrar en el óvulo, salvan esa barrera y pueden completar por sí mismos la fecundación. En ICSI la asistencia es mucho más completa, ya que se introducen directamente los espermatozoides en el interior del óvulo mediante una inyección intracitoplasmática, así espermatozoides que por sus importantes deficiencias fisiológicas, no podrían ni siquiera iniciar la fertilización, son forzados a penetrar el óvulo”.

En ambos casos la punta de la pipeta la cual contiene el espermatozoide perfora la membrana citoplasmática del óvulo y deposita el gameto masculino en el interior de su citoplasma. El resto de los acontecimientos de la fertilización se producirán a continuación y de modo espontáneo y luego se siguen los mismos pasos que en la FIV”. (Santamaría Solis, 2000, p. 45)

1.4. Subrogación de útero

El axioma, tomado por Paulo del Digesto, *mater semper certa est etiam virgo conceperit*, nos dice que la maternidad es siempre indubitable y que se prueba de manera sencilla y directa, por el hecho del parto *partus séquitur ventrem*.

Es por ello que la atribución de la maternidad de la gestante sobre el niño recién nacido se otorga de manera automática mediante el certificado de nacido vivo otorgado por el centro de salud, sin necesidad de un reconocimiento por parte de la gestante. Tal determinación opera incluso contra la voluntad de la madre, ya que hay una prueba objetiva del hecho biológico.

Sin embargo, estos principios actualmente pueden verse afectados o alterados con los pretendidos avances científicos y la aplicación de las técnicas reseñadas. Nos referimos específicamente a los casos de ovodonación y maternidad subrogada o subrogación de útero. En este último caso la madre gestante no es considerada madre biológica ni legal del niño, definiéndose según la Enciclopedia de bioderecho y bioética como “... un procedimiento mediante el cual una persona o una pareja, encargan a una mujer la gestación de un niño, el cual será entregado a la persona o pareja que lo solicitó, después del nacimiento”. (Universidad de Deusto y Universidad del país Vasco, 2019).

Los términos que se utilizan para definir esta figura, son muchos ya que se busca la manera de poder paliar el verdadero significado o acción de la misma; gestación subrogada, maternidad subrogada, gestación por sustitución, madres por encargo o la más cercana al verdadero concepto, vientre de alquiler, en la que una mujer se compromete a prestar su vientre para llevar a cabo la gestación de un niño que, una vez nacido, tendrá que ser entregado a las o la persona que lo encargó y quienes además van a asumir su paternidad y/o maternidad.

Suele llevarse a cabo en aquellos casos en los que la gestación no es posible debido a patologías previas, abortos repetitivos o extirpación de útero.

Esta práctica genera cuestionamientos respecto de aspectos médicos, legales y morales estando relacionados los primeros con lo biológico y los segundos con lo social.

La vertiente médica, claramente hace referencia a las técnicas que se utilizan para llevar a cabo la maternidad por vientre de alquiler, que puede ser por IA o FIV, dependiendo si es la madre gestante la que portará el gameto femenino o si será una tercera donante.

Si media inseminación artificial, la gestación subrogada es parcial, ya que en este caso sólo se inserta el gameto masculino (de un tercero donante o del padre que encarga el embarazo) y el gameto femenino pertenece a la gestante, por lo que al aportar también la carga genética esta sería la madre biológica.

La gestación subrogada o vientre de alquiler, en sentido pleno, se da mediante la fecundación in vitro, en cuyo caso la única función de la mujer que se embaraza es prestar el vientre para llevar a cabo la gestación del embrión de otra mujer. De este modo la gestante no compartirá relación genética alguna con el niño, tratándose entonces, como su nombre lo dice, de únicamente alquilar el vientre.

En cuanto a quienes contratan el servicio pueden ser los padres genéticos, ambos, uno de ellos o ninguno, y recibir los gametos donados de terceras personas. En consecuencia, los niños concebidos bajo estas circunstancias podrían tener hasta seis progenitores, los donantes (genéticos), los padres legales (los que encargan), la madre gestante y en caso esta tenga un esposo, se le consideraría a este como presunto padre del niño que la esposa alumbró.

“Estas prácticas se vienen produciendo desde ya hace un cuarto de siglo, pero lo realmente novedoso y preocupante de la gestación subrogada tiene que ver con la vertiente legal o jurídica y el contrato que se realiza para dar cobertura a la entrega de la persona nacida”. (Emakunde Instituto Vasco de la Mujer, 2018, p. 9).

El Comité de Bioética de España, en su informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada señala desde el inicio del estudio, que el motivo de la controversia en estas prácticas se da principalmente porque se empieza a plantear la posibilidad de disociar la gestación de la maternidad, cosa impensable algunos lustros atrás.

La maternidad o gestación subrogada es uno de los temas bioéticos más controvertidos del momento por su carácter disruptivo sobre el modo en que la procreación humana, y las consecuentes relaciones de maternidad y filiación, han sido entendidas y reguladas hasta la

actualidad. Por primera vez en la historia se plantea la posibilidad de disociar la gestación de la maternidad. (Comité de Bioética de España, 2017, p. 2).

Afortunadamente este tipo de contratos está prohibido en la mayoría de los países, puesto que, al ver los distintos mecanismos para llevarlo a cabo, como lo hemos mencionado previamente, se vulneran los derechos personalísimos de los niños nacidos bajo esta práctica, como el derecho a conocer su origen biológico, el derecho a la identidad. Asimismo, se hiere gravemente su dignidad ya que, al ser el objeto del contrato, es cosificado al igual que la mujer, a quien también se la utiliza como medio y no como fin en sí misma.

Lamentablemente esta práctica muchas veces se realiza a pesar de estar prohibida en aquellos países donde expresamente es condenada, burlando la ley de dichos estados; y aún más, de manera indiscriminada en los países, como el nuestro en donde hay regulación escasa y confusa sobre estos temas, ante esta situación de incertidumbre, entran los lobbys con mayor fuerza para promover la legislación de estos temas, justificando la misma con derechos que pretenden crear; como el de la voluntad procreacional, el cual es un simple deseo, dejando de lado y vulnerando de esa manera los derechos fundamentales de los más indefensos. Nos hacen creer que al no aceptar estas prácticas estaríamos generando atraso en los temas de salud, cultura y progreso en la sociedad.

CAPÍTULO II. CONCEPTO Y FUNDAMENTOS DE LA IDENTIDAD PERSONAL

La identidad de las personas no corresponde a un solo ámbito de la vida, sino que es abarcado desde distintas disciplinas que estudian al hombre; es el caso de la psicología con el psicoanálisis de Fromm, de la filosofía con Habermas y del Derecho con Fernández Sessarego, abordando de esta manera el tema desde estas tres perspectivas.

2.1. Concepto de la identidad personal

La Real Academia Española define la identidad como el “Conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracteriza frente a los demás o la conciencia que tiene una persona de ser ella misma y distinta a las demás”. (Asociación de Academias de la Lengua Española, 2018).

Al ser la identidad un elemento esencial en el ser humano, mediante el cual este se define, se conoce, se hace único en la especie, en la sociedad y en la familia, se analiza también desde el punto de vista filosófico antropológico.

Desde el psicoanálisis, Erich FROMM, psicoanalista, psicólogo social y filósofo humanista, enfoca la identidad en el ámbito cognitivo, es decir el tener conciencia de ser uno mismo y diferenciarse de los demás, “el hombre, apartado de la naturaleza, dotado de razón y de imaginación, necesita formarse concepto de sí mismo, necesita decir y sentir: “Yo soy yo”; en el ámbito activo “A causa de que no es vivido, sino que vive,... tiene que tomar decisiones, tiene conciencia de sí mismo y su vecino como personas diferentes, y tiene que ser capaz de sentirse a sí mismo como sujeto de sus acciones”; y por último desde el ámbito afectivo

(sentimiento de identidad) “La necesidad de experimentar un sentimiento de identidad nace de la condición misma de la existencia humana y es fuente de los impulsos más intensos. Puesto que no puedo estar sano sin el sentimiento del “yo”, me siento impulsado a hacer casi cualquier cosa para adquirirlo. Tras la fuerte pasión por un “status” o situación y por la conformidad está esta misma necesidad, y muchas veces es más fuerte que la necesidad de pervivencia física. (Fromm, 1967, pp. 58-59).

En el ámbito filosófico, para Habermas, citado por Donoso Romo (2006) la identidad de una persona es siempre algo concreto y particular.

De nuestra identidad hablamos siempre que decimos quiénes somos y quiénes queremos ser. Y en esa razón que damos de nosotros se entretajan elementos descriptivos y elementos evaluativos. La forma que hemos cobrado merced a nuestra biografía, a la historia a nuestro medio, de nuestro pueblo, no puede ser separado en la descripción de nuestra propia identidad de la imagen que de nosotros ofrecemos a los demás y conforme a la que queremos ser enjuiciados, considerados y reconocidos por los demás (p. 76).

Se podría decir que según Habermas la identidad tiene que estar formada por uno mismo. Tugendhat en contraste con Habermas, habla de dos tipos de identidades, la individual y la colectiva; defiende que una identidad personal lograda tiene que ser al mismo tiempo universal y nacional. Reconoce dos formas de identidad personal: una que se entiende como puramente personal o egoísta, indiferente hacia los otros, y otra que es ética y en la que nos identificamos con los demás. (Tugendhat, 1996, p. 3). De hecho también habla de una identidad que es la que existe, la que te hace ser de donde provienes y no hay cambios en la esencia porque sigues siendo el mismo.

Desde el punto de vista antropológico la identidad se relaciona con la libertad, la verdad y la dignidad del ser humano. Así pues, el hombre es libertad por el simple hecho de ser él y no otro. Es por ello que el producto que se sigue de su libertad es su identidad, ya que de ahí surge la capacidad del hombre del auto construirse estimando lo que lo define como ser verdaderamente humano, la base de su dignidad. (Bavio, 2010, p. 58).

Ahora bien, la elaboración de una equilibrada identidad personal es, para el ser humano, algo tan esencial como, por ejemplo, la necesidad de alimentos, de seguridad personal o de libertad. De ahí la importancia de que el Derecho garantice aquellas condiciones que la hagan posible. Es por ello que desde el punto de vista jurídico, Fernández Sessarego entiende la identidad como el conjunto de datos biológicos y de atributos y características, que dentro del género humano, permite distinguir indubitablemente a una persona de todas las demás. En otras palabras, la esencia de una persona; aquello que la hace ser de esa manera y no de otra, que la hace ser ese y no otro.

Fernández Sessarego, distingue en la identidad personal dos vertientes: una estática y otra dinámica. La identidad estática hace referencia a los datos en principio inmodificables, es el caso de los rasgos genéticos del ser humano como las características físicas que permiten identificar biológicamente a cada uno, o también el nombre, fecha y lugar de nacimiento y filiación.

La identidad dinámica, en cambio, se compone por características como, cultura, rasgos propios de la personalidad, ideología, y otros que tienen relación con aspectos espirituales del sujeto.

Es por ello que la identidad dinámica, se sustenta en la libertad, porque cada persona la va modelando en función de su propia personalidad, creencias, características, ideologías, etc. Ambas se ensamblan ya que “a los lineamientos genéticamente adquiridos se añadirán, dinámicamente, otros elementos que irán modelando una cierta original personalidad”. (Fernández, 2015, p. 47).

Ciertamente, los diferentes y concretos elementos que configuran la identidad personal, y a través de los cuales esta se manifiesta —como el nombre, la nacionalidad, la filiación, el género...—, han sido, con frecuencia, protegidos legalmente. Sin embargo, sólo desde hace algunos años ha comenzado a ser mencionado en el ámbito internacional y en el Derecho interno de los diversos países, como un derecho autónomo².

2.2. Contenido del Derecho a la Identidad

El derecho a conocer nuestra identidad, faculta a toda persona a saber quiénes son sus progenitores, de donde viene, datos que por distintas razones pueden ser desconocidos, a conocer su verdad biológica y en base a esta poder forjar su personalidad e ir construyendo su identidad dinámica.

² Siendo uno de los primeros Perú en su Constitución de 1993.

La procreación natural es un acto biológico tan humano que implica la participación conjunta (pro-crear). Fueron dos quienes engendraron a uno. Ese “uno” necesita conocer a esos “dos” o a uno de los dos. Mis orígenes, mis padres, mis raíces; nada como sentirse identificado con sus ascendientes que nos dieron la vida. Pero la unión sexual, la procreación matrimonial y la veracidad de la madre fueron destronadas por las prácticas reproductivas y la ciencia. (Varsi Rospigliosi, 2010, p. 236).

La identidad personal es el derecho de cada persona que tiene a ser lo que es. Es importante expresar que la proyección social de la identidad personal se construye con base en el conocimiento de la verdad biológica. No podemos proyectar nuestro ser en sociedad, si se nos restringe la verdad sobre lo que somos. Sin pasado, el presente se confunde y el futuro se hace incierto. (Junyent Bas de Sandoval, 2016, p. 45).

En palabras de VARSÍ ROSPIGLIOSI, “la verdad biológica se sustenta en la transferencia de genes entre progenitores y generados, *favor veritatis*. Utiliza el presupuesto biológico o genético de la filiación dejando de lado el aspecto social”; (Varsi Rospigliosi, 2010, p. 236). Sin embargo, según nuestro punto de vista, más que dejar de lado el aspecto social es la base para que la persona luego se pueda desarrollar plenamente en el aspecto social.

2.3. Reconocimiento y protección normativa del Derecho a la Identidad

Hay muchas posturas en torno a la definición de la identidad personal, al reconocerla como Derecho de manera autónoma en las legislaciones, y sobre la aceptación o no de estas TRHA, y vientre del alquiler.

“La Identidad personal es un derecho personalísimo que hace a la esencia de la dignidad de ser personas. Goza de todos los caracteres de los derechos inherentes a la persona: es innato u originario, vitalicio, inalienable, se opone erga omnes, es autónomo.” (Junyent Bas de Sandoval, 2016, p. 45). Es por ello que la Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 2.1, es de las primeras en reconocer el derecho a la identidad como un derecho autónomo de la siguiente manera: “Toda persona tiene derecho: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”.

De esta manera se le reconoce como un derecho fundamental y personalísimo, que surge de la misma condición humana.

Este derecho humano es innato ya que se obtiene por el solo hecho de ser persona y vitalicio porque dura la vida entera, no es un derecho que se adquiere con el tiempo. De allí la necesidad de protegerlo desde el inicio de la vida y hasta el final de esta.

Asimismo, es extrapatrimonial y por lo tanto no es negociable a pesar de que la vulneración o privación de dicho derecho pueda dar lugar a resarcimiento económico. Es también y por sus propias características irrenunciable, inembargable, inajenable y no sujeto a expropiación alguna.

Además del reconocimiento constitucional, el derecho a la identidad se reconoce también y de manera más extensa en el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 6 al señalar:

El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad. Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal. En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos. Cuando un niño o adolescente se encuentren involucrados como víctimas, autores, partícipes o testigos de una infracción, falta o delito, no se publicará su identidad ni su imagen a través de los medios de comunicación.

La Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por nuestro país en el año 1990³, establece en su artículo 8: “...los Estados parte se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluida la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares...”.

El ser humano por su dignidad y libertad va formando su personalidad, se hace único e irreplicable y todo en base a su identidad biológica a partir de la cual va creando su identidad colectiva, social, cultural o dinámica, según las diferentes aristas conforme lo hemos visto precedentemente.

Al ser reconocido el derecho a la identidad, como derecho fundamental se podría concluir que toda persona tiene derecho a conocer su propio origen biológico, que sería la base

³ En la cual se cambió el concepto de ver a los hijos como un derecho y reconocerlos como un sujeto de derechos, como personas con los mismos derechos que todos, también se menciona el derecho que tienen los niños a la identidad.

para poder construir su propia historia, amparado en el derecho a la vida privada y familiar, por lo que debería configurarse como un aspecto importante para la persona como tal.

La identificación entendida como el proceso mediante el cual el ser humano se reconoce a sí mismo en el ambiente familiar donde crece, reconoce sus raíces reflejándose en ellas, así como en la sociedad a la cual pertenece es de extrema importancia para el ser humano. Por ello, si en algún momento la identificación se ajena a la verdad y el sujeto lo desconoce, se estaría violentando el derecho a la identidad.

Toda persona tiene derecho a que se le conozca, y defina en lo que con toda propiedad podemos designar su verdad personal. La verdad personal, vendría a ser en este caso el bien jurídico protegido del derecho a la identidad.

Por lo tanto, en la maternidad subrogada, la única forma en la que no se afectaría el derecho a la identidad sería prohibiéndola; ya que esta práctica vulnera por principio el derecho a la identidad por decisión de los adultos implicados y no por decisión del principal implicado, afectándose así la identidad en todas las dimensiones del nacido bajo esta práctica.

CAPÍTULO III. CUESTIONES JURÍDICAS EN TORNO A LA MATERNIDAD SUBROGADA

3.1. Breve referencia a la dignidad de los sujetos

Todos los seres humanos, desde una perspectiva ontológica son dignos e iguales en dignidad, independientemente de sus características físicas, biológicas o morales, desde el inicio de la vida y hasta el fin de ella. Por ello, se señala que la dignidad es intrínseca al ser humano y por lo tanto irrenunciable. En este sentido la dignidad “no es otorgada, sino reconocida como algo que existe independientemente del reconocimiento por parte del hombre o del consenso científico o político”. (Ballesteros Llompart & Aparisi Miralles, 2004, p. 97) Y puesto que es parte de la naturaleza del hombre es transversal a todas las disciplinas que tengan que ver con su estudio y protección.

Kant, reconocido como el pensador de la dignidad por antonomasia, aclara que sólo el hombre es fin en sí mismo y no puede ser empleado como puro medio para los fines de otro. Es aquí donde entra en conflicto la dignidad del concebido y de la gestante con el pretendido derecho a la maternidad / paternidad de quién no puede o no quiere concebir hijos por sí misma. Nos referimos a los casos de vientre de alquiler donde tanto la mujer como el hijo concebido son instrumentos para satisfacer los deseos de otras personas que deciden ser padres independientemente de cualquier límite moral o jurídico, olvidando que las personas sólo pueden ser sujetos de derechos mas no objetos de los contratos.

3.2. Derechos comprometidos

Tras estos avances biotecnológicos, el Bioderecho surge como una nueva rama jurídica para brindar una protección y seguridad jurídica al ser humano ya sea en sus relaciones

individuales o sociales, con privados o con el Estado, cuando esas relaciones afectan el nacimiento, desarrollo y tratamiento que derivan de aquellos avances de la ciencia.

Esta rama del Derecho, al estudiar los efectos y repercusiones de los avances bio-científicos sobre el hombre, reglamenta la relación y consecuencias que surgen entre el ser humano y la ciencia biológica, está influenciado determinadamente por la tecnología, por ideas morales, religiosas y éticas y norma de manera sustantiva, adjetiva y punitiva las relaciones humanas con la genética. Al tocar estos temas se relaciona necesariamente con el Derecho Constitucional, Civil, Penal y hasta se podría decir laboral.

3.2.1. Derecho a la vida privada y familiar

Este Derecho a la vida privada y familiar lo veremos como argumento en varias sentencias que mencionaremos más adelante, en las que se falla a favor de los padres que encargaron al niño mediante el contrato de vientre de alquiler alegando que las parejas tienen derecho a cumplir con su deseo de tener hijos y que esta decisión es parte de su vida privada y familiar ya que estarían poniendo los medios para el desarrollo de esta familia.

En este sentido, se vincula el derecho a la vida privada y familiar con el derecho a la reproducción. Sobre el particular cabe preguntarse entonces si existe o no un derecho a la reproducción, y en caso positivo cuál es el límite de dicho derecho.

Sobre el particular, Rafael Junquera y Francisco Javier De La Torre, referencian de dos tesis: la afirmacionista y la negacionista. En la primera se considera el derecho a la reproducción como un derecho de carácter fundamental e individual, no como la derivación de otra serie de

derechos; puesto que asienta en la propia naturaleza del ser humano. Por lo que debe incluirse entre los derechos esenciales puesto que la vida es algo que procede de los antepasados y se transmite a los descendientes, es un derecho-deber. Se mantuvo hace décadas que “la vida es el valor primero; todo individuo la recibe y la da. El deber de quien la recibe es transmitirla”. (Junquera de Estéfani & De la Torre Díaz, p. 49). Sin embargo, el derecho de cada individuo existe en cada uno y para ejercitarlo se necesita de otra voluntad que aporte el elemento restante necesario: el gameto del sexo contrario.

En la negacionista no se considera un derecho por sí mismo, sino como derivación de otros derechos, que se mencionaran recogidos en distintos acuerdos o declaraciones.

En el primer párrafo del artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, no se menciona de manera explícita el derecho a la reproducción. Sin embargo, sí se alude al derecho de contraer matrimonio y a fundar una familia. Puede entenderse que los actos procreativos forman parte implícita del contenido de estos derechos y, por lo tanto, que constituyen un derecho derivado de aquellos. En la carta social europea, en su artículo 16, sólo se contiene la referencia directa a un derecho cuyo sujeto es la familia y que consiste en una triple protección: social, jurídica y económica. La finalidad de este derecho es el pleno desarrollo de la institución familiar. (Miembros del consejo de Europa, 1996). Si se articula una protección especial a la misma y la reproducción se encuentra en los orígenes del grupo familiar, parece indicar que indirectamente se estaría protegiendo todos los actos que conducen a la creación.

Estos derechos son recogidos en el mismo sentido en la carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incorporada en el tratado de Lisboa⁴. (Parlamento Europeo, 2000).

En el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos se dice que la familia tiene derecho a ser protegida por la sociedad y el Estado, y se proclama el derecho del hombre y de la mujer para contraer matrimonio y fundar una familia con la única condición de que tengan edad para ello. Así como también menciona en su artículo 17 sobre que no se permitirán las injerencias en la vida privada y familiar. (Naciones Unidas , 1966). Como en los casos anteriores la procreación se encuentra aludida tácita pero no explícitamente.

Sin embargo, al reconocerse en todos estos tratados o convenios un derecho a contraer matrimonio y fundar una familia a nuestro parecer estaría enfocado a que no se les prive de estos mismos; es decir que el Estado o ninguna otra persona intervenga privando de este derecho a las personas que desean contraer matrimonio o imponiendo la cantidad de hijos que deben tener, sino dejándolos en plena libertad de decidir sobre el desarrollo de su familia.

Debido al carácter indirecto con que es contemplada, la función procreativa no constituirá más que un derecho derivado, pero la mencionada derivación no tiene por qué producirse de manera obligatoria e imprescindible. Incluso en algunos supuestos hay que reconocer que resulta un tanto forzada.

⁴ Artículo 7º.- *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.*

La Convención de los Derechos del niño (1989), lo deja muy claro ya que cambia el concepto que se mantenía de considerar a los hijos como objeto de tutela, tutela para satisfacer necesidades, a ser sujeto de derechos en donde se les otorga capacidad progresiva para ejercer sus derechos fundamentales. Por ello y teniendo en cuenta que las personas solo pueden ser sujetos de derechos, creemos que tal derecho a la reproducción y a formar una familia encuentran límite en el sujeto de derecho que es el concebido. Cualquier conducta que violente la dignidad de este es inaceptable y debe ser prohibida por la ley.

3.2.2. El derecho al anonimato del donante

La práctica usual en estas técnicas es que la historia clínica de los usuarios, el proceso de selección de los cedentes y la información contenida en los registros nacionales de los donantes, son recogidos, tratados y custodiados con la más estricta confidencialidad, con el fin de conseguir una suerte de inmunidad parental. (Varsi Rospigliosi, 2010, p. 240).

Sin embargo, esta forma utilizada está cada vez más cuestionada atendiendo a las consecuencias que se producen respecto de los nacidos. No obstante, en los países donde las TRHA están reguladas, existen diferentes formas de legislar, siendo unos accesibles a la posibilidad de que el niño conozca la identidad de los donantes de su genética, como Suecia; y otros en los que el derecho está limitado a que los niños simplemente tengan un acceso a la información general de sus donantes, la cual no incluiría el conocer su identidad, como en España.

Se esgrimen como argumentos a favor del anonimato el hecho de que de esta manera los donantes no contraerían responsabilidades.

Por el contrario, quienes están en contra del anonimato alegan que el poder tener el acceso a la información de la identidad de los donantes, fortalecería el libre desarrollo de la personalidad de los niños, pudiendo saber de dónde provienen genética y biológicamente para a partir de ahí poder desarrollar su identidad y forjar su personalidad.

El anonimato atentaría de este modo el derecho a la integridad física y moral y dignidad de las personas nacidas bajo estas técnicas y una violación ante el trato igualitario que se debería dar con los hijos naturales.

Criterio equivalente es el sostenido para el caso del vientre de alquiler. Sin embargo, cabe señalar que esta práctica está permitida solo en un puñado de países en los cuales las TRHA son reguladas.

3.3. La voluntad procreacional frente al interés superior del niño

Los partidarios de la TRHA suelen hacer el paralelo con la adopción, señalando que en esos casos también los adoptados vivirán con familias sustitutas. Sin embargo, las diferencias entre una y otra figura respecto de las personas son sustanciales.

Si por avatares de la vida existen niños que han perdido al padre o la madre por las razones que fueran, la adopción es una alternativa positiva para darles una familia, en este sentido se busca el bien del adoptado por encima del interés de los adoptantes. A sensu contrario, en el caso de las TRHA con asistencia de donantes, hay una voluntad deliberada de

generar vidas humanas para satisfacer el deseo de ser padres, sin importar el interés del concebido.

El criterio que debe primar, conforme lo establecen todos los tratados de derechos humanos que tratan el tema es el bien de los menores, cuyo medio más adecuado para su realización plena parece ser el que se da en el seno de la familia tradicional, aquella formada por dos progenitores. (Junquera de Estéfani & De la Torre Díaz, p. 66). Y no querer a la fuerza formar una familia, provocando la orfandad artificial de un niño alegando simplemente el deseo de ser padres, el tener la voluntad procreacional, para satisfacer un deseo o interés de los padres.

Un hijo nunca debe perder su propia sustantividad para convertirse en un simple objeto del deseo de maternidad o paternidad. Con eso se puede caer en el abuso de pensar exclusivamente en el hombre o en la mujer, olvidándose de las condiciones necesarias para la formación integral y equilibrada del nuevo ser. Hablar de un derecho a la reproducción asistida como derecho específico y absoluto, puede suponer olvidar por completo los intereses del futuro niño. (Junquera de Estéfani & De la Torre Díaz, p. 67).

Como veremos más adelante en las sentencias que se tocarán en ámbito nacional; para resolver siempre se velará por que prevalezca el interés superior del niño, su bienestar y seguridad frente a cualquier otro interés, otorgando a lo mejor finalmente la paternidad a los padres que encargaron al niño, por esa voluntad procreacional que tienen y el haberlo deseado, ya que puede ser que la madre que lo gestó no lo desee o los donantes de gametos, en caso haya sido heteróloga la técnica. Increíblemente, esa solución sería la manera menos dañina para

resolver estos casos, puesto que ya se hizo un daño previo vulnerando los derechos del nacido, alterándolos genéticamente, faltando a su dignidad como personas.

Lo que buscamos en este trabajo es evitar toda vulneración a la dignidad de las personas. Abogamos porque se vele realmente de manera preventiva por el interés superior de los menores y ello se lleva a cabo prohibiendo la maternidad subrogada, evitando que se conciba al niño simplemente como un objeto para satisfacer ese deseo que tienen los padres de procrear, esa voluntad de ser padres, que los lleva a realizar cualquier maniobra sin importar los medios que se pongan ni los intereses en juego, no sólo de los niños sino de la mujer que gesta.

En este caso entendemos que, ante este enfrentamiento de intereses, el Estado debería preocuparse porque prevalezca la dignidad y el interés superior del niño frente a la voluntad procreacional, puesto que si bien es cierto que se favorece y apoya la reproducción como lo hemos mencionado en el artículo 7 de la Ley General de Salud, esto no quiere decir que se deba sobreponer sobre un derecho humano fundamental protegido por todos los tratados internacionales pertinentes.

Ahora bien, se podría argumentar que al otorgarles familia a los niños nacidos bajo estas técnicas se está velando por ellos y por su mejor interés. Es el caso de la jurisprudencia nacional sobre la materia.

Si bien podría entenderse que ante la realidad del caso es necesario encontrar respuesta a la situación de hecho provocada, preocupa el aparente aval judicial a esta conducta lesiva de la dignidad y de derechos esenciales de las personas así generadas.

CAPÍTULO IV. CARENCIA DE LA LEGISLACIÓN PERUANA. DERECHO COMPARADO

4.1. Necesidad de tipificar la maternidad subrogada en el Código Penal

En países como el Perú la legislación sobre materia biomédica y sus incidencias en la vida de las personas es todavía incipiente, existiendo al momento un vacío en la regulación. Es por ello que estos avances científicos y en concreto la aplicación de técnicas de reproducción asistida y vientre de alquiler, vienen trayendo inconvenientes frente a las normas del Derecho que hasta el momento no le pueden poner un límite al avance progresivo.

La necesidad y urgencia de regular estos temas, sobre todo el de maternidad subrogada exige un cuidadoso estudio atendiendo a la relevancia transversal con las distintas ramas del derecho como la constitucional, civil, penal e incluso laboral.

En cuanto al Derecho Constitucional, la Constitución Política del Perú tutela integralmente a la persona humana como fin supremo de la sociedad y el estado, es por ello que ante cualquier avance científico se debe evaluar que las conductas no afecten la integridad de la persona ni vulneren ningún derecho fundamental recogido en nuestra carta constitucional. En este caso la protección del derecho a la identidad conforme lo hemos explicado.

Tiene relación con el Derecho Civil, ya que, ante la aplicación de las técnicas, el Derecho de Personas, el Derecho de Familia y el Derecho de Sucesiones se han visto afectados puesto que empiezan a cambiar los conceptos de principios como el de *mater Semper certa est*, se afecta el tema de la filiación y la figura de familia, la de los padres, y posible aparición de hasta seis progenitores para un solo niño nacido bajo estas técnicas. Asimismo, también se habla

de una incompatibilidad de normas civiles, debido a la nulidad del contrato o acuerdo de vientre de alquiler, puesto que el objeto del contrato es la entrega de un niño, que la madre comercialice su útero y entregue al nacido a los comitentes.

La relación con el Derecho Penal hace referencia a aquellos actos ilícitos contrarios a la integridad y dignidad de la persona. Claramente con la práctica del vientre de alquiler estamos ante un atentado gravísimo contra la dignidad de las personas, tanto de las madres gestantes como de los niños nacidos bajo esta práctica, puesto que ambos se cosifican, los niños se convierten en productos de comercialización, en donde se fabrican y posteriormente se entregan a cambio de dinero u otra compensación.

Es una figura que se asemeja a la trata de personas, no sólo en cuanto a los niños, sino también en cuanto a las madres gestantes, puesto que está sumamente ligado a las redes de prostitución, como sucedió en Asia a 21 jóvenes vietnamitas, secuestradas para llevar a cabo prácticas de vientres de alquiler o como en el caso de Nigeria, en donde la Policía rescató de una casa a 32 niñas entre 15 y 17 años embarazadas para vender a sus bebés. (Woman of the world paltform, 2017).

Es por ello que hay que valorar que para la mayoría de los ordenamientos jurídicos este tipo de acuerdos es un contrato nulo e incluso ilícito como el caso de Francia. Puesto que la conciencia jurídica de la mayoría de las tradiciones jurídicas sostiene que con el cuerpo humano no cabe comerciarse. (Junquera de Estéfani & De la Torre Díaz, p. 158).

Para la mayoría de los ordenamientos es un contrato contrario a la moral, madre es quien da a luz, quien lleva durante nueve meses a ese niño concebido y quien crea un vínculo fuerte con este, así no sea la madre biológica del niño.

La vida humana no puede convertirse en un negocio lucrativo, pues termina siendo instrumento de explotación física, emocional y económica. Lo íntimamente relacionado con la vida humana no puede regirse por las leyes de la oferta y la demanda. No puede pagarse por la gestación pues este tiempo de nueve meses conlleva el establecimiento de una serie de vínculos estrechos de comunicación. La nueva vida recibe la sangre, el alimento y la comunicación vital intrauterina de otra persona que no estará con él. El feto es sensible antes del nacimiento a los estados emocionales de la madre y va configurando así un incipiente psiquismo. El embarazo establece una relación profunda madre-hijo que no debiera sustituirse. (Junquera de Estéfani & De la Torre Díaz, p. 161).

La maternidad subrogada abre la posibilidad de fragmentar aún más la filiación. Cabría la posibilidad que una persona llegue al mundo con la intervención de tres madres (subrogada, genética y legal) y tres padres (genético, legal y en caso haya, el esposo o la pareja de la madre gestante ya que se presumirá que el hijo que la madre dará a luz será de él, es decir sería el presunto padre).

Cabe el peligro de explotación económica de las personas con posición económica alta, de países desarrollados, a costa de las personas más pobres en países en desarrollo, abusando de esta manera de su vulnerabilidad ante la necesidad económica, violando de esta manera su dignidad.

Asimismo, también se corre el riesgo y de hecho se da en países como en la India en donde llegan parejas a solicitar con prontitud un hijo mediante la maternidad subrogada, en donde se les ofrece la posibilidad de entregarles un niño ya nacido a cambio de un monto de dinero mucho mayor, debido a que ya cuentan con el niño, el cual fue concebido previamente por encargo de una pareja que sólo solicitó un hijo pero por el riesgo que se corre siempre con las FIV se implantaron dos, de los cuales sólo se le entrega uno a la pareja que encargó y el otro pasa a ser ofrecido como objeto de venta realizándose una clara trata de personas, tras la desesperación de las personas y todo esto estaría “justificado moralmente” por el deseo la pareja de querer ser padres, de tener derecho a formar una familia, etc. (Bindel, 2016).

Surge así el peligro de generar una nueva profesión de madres “sucedáneas”: hospitalidad intrauterina por dinero. Se profesionaliza la maternidad, se mercantiliza, se hace un negocio de día a día equivalente a una fábrica de hijos.

Los acuerdos de pago suelen dejar un remanente para luego del parto, ya que si el niño nace con taras o es deforme se rechaza; ello, si no se pudo detectar la anomalía durante el embarazo, en cuyo caso se exige a la gestante que aborte pues el producto no satisface la demanda, o el objeto del contrato no es el esperado, como sucedió con el caso de una pareja australiana, quienes pagaron 10,000 euros a la madre de alquiler de 21 años, en Tailandia, quien quedó embarazada de mellizos. La pareja le solicitó a la madre gestante que aborte a uno de los niños puesto que ya se sabía que tendría síndrome de down a lo que esta se negó y decidió quedarse con el bebé, aun sin contar con los recursos necesarios para mantenerle. (El Mundo, 2014).

Es por los motivos expuestos previamente que en el derecho comparado está prohibida en casi todos los países europeos, de hecho en el informe final del 2018 de Emakunde, Instituto Vasco de la Mujer, sobre la ¿Gestación subrogada o vientres de alquiler? se indica que el consejo de Europa en el 2012, condenó la subrogación en la gestación por considerarla incompatible con la dignidad de las mujeres, las niñas y niños involucrados y por constituir una violación de sus derechos fundamentales; y en el 2015 el parlamento Europeo en su informe anual sobre Derechos Humanos y la Democracia del Mundo, condena la práctica de gestación subrogada, ya que la considera contraria a la dignidad de la mujer al utilizarla como materia prima, indicando además que debe prohibirse esta práctica debido a que implica la explotación de funciones reproductivas y la utilización del cuerpo, por lo que piden se examinen con urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos. (Emakunde Instituto Vasco de la Mujer, 2018).

Dicho esto, no debería haber duda alguna para prohibirlo inclusive con penas privativas de libertad a quienes la practican, sobre todo a las clínicas que están detrás de la promoción de estas prácticas para beneficiarse económicamente.

4.2. Jurisprudencia peruana

La maternidad subrogada al no estar regulada en la legislación peruana se viene realizando de una manera mucho más frecuente de lo que pensamos, ya que existen varios centros médicos que ofrecen estas prácticas como alternativa para procrear.

Si bien no hay ninguna legislación al respecto, se podría entender su proscripción desde el artículo 7 de la Ley General de Salud, el cual señala que “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona” (el subrayado es propio).

De aquí se desprende claramente que en caso no sea la misma madre genética que la gestante, no se podrá recurrir a estos métodos. Sin embargo, hay un sector que lo entiende como una salvedad mas no como una prohibición ya que de lo contrario estaría específicamente prohibido, por lo que al no estarlo se lo entiende permitido.

Esta práctica viene ocasionando inseguridad e incertidumbre jurídica respecto a los temas relacionados con la maternidad y la filiación. Confusiones en el Registro Civil y demandas para que éstos sean rectificadas, forzando la figura de la adopción para que su actuar pueda encajar en alguna figura legal que los respalde; así como la validez o invalidez de los contratos que se realizan para llevar a cabo el alquiler del vientre.

En el Expediente N° 183521–2007-02381-0, demanda de adopción por excepción presentada ante la Corte Superior de Justicia de Lima primer juzgado transitorio de familia tutelar, el matrimonio de Dina Felicita Palomino Quicaño y Giovanni Sansone solicita la adopción por excepción de la menor V. P. C. dirigiéndola contra P.F.Palomino Cordero e I.Z.C.M, quienes voluntariamente entregaron a la menor que había sido concebida para tal fin. Dicha adopción que tramitó bajo el tipo de adopción por excepción debido a que la señora Dina Felicita Palomino Quicaño es tía del cónyuge de la gestante y aportante del óvulo, el señor P.F

Palomino Cordero quien vendría a ser el padre biológico de la niña, según lo dispuesto en los artículos 377 y 378 del código civil, así como los artículos 160 inciso d), 128 inciso b) del Código de los Niños y Adolescentes.

Sin embargo y a pesar del arreglo de las partes, la madre biológica desistió a último momento de la adopción. No obstante y al analizar todos los informes psicológicos y sociales que se realizaron a ambas parejas, así como la verificación de condiciones en las que vivía la menor con los demandantes, a quienes se les había entregado la menor a los nueve días de nacida, se entendió que en el presente caso debía prevalecer el interés superior de la niña que en este caso se encontraba completamente identificada con la familia con la que se había criado y con quienes llevaba viviendo muchos años desde sus primeros días de vida. Esta decisión encontró amparo a la luz no solo de la normativa nacional sino también de la Convención de los Derechos del Niño que en el artículo 3.1 establece: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos administrativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Es por ello que el tribunal de segunda instancia falla a favor del bienestar de la niña para no generar o añadir a ella un trauma de separarla de la familia con la que estuvo desde los primeros días de nacida. En igual sentido se decidió en la Casación N° 563-2011 al declarar infundado el recurso, por lo que no casaron la sentencia en donde se declara fundada la demanda de adopción, ratificando como padres adoptivos a los señores Dina Felicita Palomino Quicaño y Giovanni Sansone.

Algo parecido ocurre con el Exp. 06374-2016-0-1801-JR-CI-05 resuelto por el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, proceso de amparo iniciado por dos sociedades conyugales, la primera, conformada César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco y la segunda por Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, representando también a los menores de iniciales L.N.N.R. y C.D.N.R, contra RENIEC solicitando la inscripción de los pequeños como hijos de la pareja comitente y no de aquella cuya esposa había dado a luz. En este caso se declaró fundada la petición de que se inscriban como padres, al padre biológico y a su esposa, quien no aportó ningún material genético, pero encargó el vientre de alquiler.

- 1) La pareja Nieves – Ballesteros contrajeron matrimonio el 21 de enero de 2005, y tras varios intentos fallidos de querer y no poder quedar embarazada es que acuden a la técnica de fecundación in vitro, mediante el alquiler de útero.
- 2) Se procedió a la Fecundación in vitro con el óvulo de una donante anónima y con el consentimiento de la pareja Lázaro-Rojas se transfirieron los únicos dos embriones fecundados al útero de la señora Rojas. Para ello se suscribió un acuerdo privado de alquiler de útero, manifestando su acuerdo de voluntades. Sobre este punto no se detalla si a cambio hubo una contraprestación, tanto por la persona que alquilaba su vientre como por la donante del gameto femenino. Esto no se logra saber debido a la protección por el derecho al anonimato, tema que también tocamos previamente, el cual más allá de dejar saber si hubo una contraprestación o no, le vulnerará el derecho a los menores de saber de dónde vienen, quien es su verdadera madre genética y tener que olvidarse del vínculo materno filial que crearon con la madre que los llevó nueve meses en su vientre.

- 3) Con fecha 19 de noviembre de 2015 nacieron los menores de iniciales L.N.N.R y C.D.N.R. Al momento del nacimiento los menores fueron inscritos como hijos de la señora Rojas que fue quien dio a luz y del señor Nieves, ya que la señora Rojas declaró que el padre no era el señor Lázaro, su esposo.
- 4) Luego se les solicita la rectificación de partida para que el señor Nieves proceda al reconocimiento de la paternidad de los menores, y por otro lado la rectificación en cuanto a la maternidad de los niños, figurando la señora Ballesteros en vez de la señora Rojas, quien alumbró a los recién nacidos. Petición a la que la RENIEC se niega alegando que la señora Ballesteros no cuenta con vínculos filiales ni biológicos hacia los menores por lo que en todo caso debería solicitarlo mediante la adopción y el no haber agotado la vía previa administrativa en donde se ordene la rectificación de partida, ya que no cuenta con ninguna otra justificación para exigirlo como derecho.
- 5) Asimismo, la RENIEC presenta dos excepciones una sobre el agotamiento de la vía previa ya antes mencionada y la excepción por falta de representación de los demandantes, debido a que como ya se ha mencionado la señora Ballesteros por no tener ningún vínculo filial ni biológico con los menores y en cuanto al señor Nieves por no haber reconocido la paternidad de los hijos extramatrimoniales; respecto a la segunda sociedad conyugal, el señor Lázaro tampoco tendría representación pues, si bien es cierto se presumiría la paternidad por haber nacido dentro de su matrimonio, según el artículo 361 del Código Civil, tampoco actuó de conformidad con el artículo 391 del código civil, por lo que también carecería de representación.
- 6) Ante esta situación es que se presenta el recurso de Amparo para que se reconozca a la familia Nieves- Ballesteros como padres de los menores, puesto que la pareja

Rojas – Lázaro, no tienen la intención de ser padres y aceptaron este acuerdo simplemente por ayudar. Alegando también que RENIEC está vulnerando el derecho a la identidad y al interés superior del niño de los menores y respecto a ellos la afectación de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, así como sus derechos sexuales y reproductivos.

El Juez rechazó la excepción puesto que aceptarla supondría dejar sin tutela a los menores. Y en cuanto al agotamiento de la vía administrativa previa, también se rechaza debido a que los derechos que se están vulnerando son los del desarrollo de la personalidad, el derecho a la vida privada y familiar de los demandantes, a la libertad, a la salud reproductiva, la violación al interés superior del niño y al derecho a la identidad por lo que para resolver estos temas no habría una vía administrativa existente.

Considera que hay una violación a la salud reproductiva y cita el artículo 7 de la Constitución Política, que señala: “Todos tienen derecho a la protección de su salud”. Argumenta en este sentido haciendo alusión al concepto que da el Comité de Derechos Económicos, Sociales y culturales de la Organización de Naciones Unidas (ONU), donde se desarrolla los alcances del derecho a la salud, mencionado en la Constitución, refiriéndose no sólo a la ausencia de afecciones y enfermedades y el derecho a la atención médica, sino que ese derecho abarca, además la atención de la salud sexual y reproductiva.

Y añade el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que:

“La salud sexual y la salud reproductiva son distintas, aunque están estrechamente relacionadas. La salud sexual, según la definición de la Organización Mundial de la

Salud (OMS), es “un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación con la sexualidad”. La salud reproductiva, tal como se describe en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, se refiere a la capacidad de reproducirse y la libertad de adoptar decisiones informadas, libres y responsables. También incluye el acceso a una serie de información, bienes, establecimientos y servicios de salud reproductiva que permitan a las personas adoptar decisiones informadas, libres y responsables sobre su comportamiento reproductivo”. (Observación General N° 22 del 2016, fundamento 6).

Creemos que no se puede defender el derecho a la salud reproductiva desde un solo punto de vista, sin ponderar los diferentes derechos en conflicto. La pareja que encarga a los menores se acogió a una práctica no regulada, afectando derechos y dignidad de las personas involucradas como son los menores y la mujer gestante, e igualmente afectando la seguridad jurídica, a fin de complacer un deseo, que por legítimo que sea no lo hace exigible como tal. Valga al respecto lo mencionado precedentemente en el sentido de que la Convención de Derechos del Niño señala el criterio de que los hijos tienen derecho a ser ellos mismos, sujetos de derecho y por ende de protección.

El derecho a formar una familia no es ilimitado y si lo ponderamos con la violación de la dignidad que sufren los concebidos y la gestante para cubrir el deseo legítimo de una pareja a formar una familia, debe entenderse que la dignidad, como elemento esencial del ser humano, nunca puede ser vulnerada. En consecuencia, sobrepasar los límites utilizando a las personas como objetos para llegar a ese fin, es inaceptable moral y jurídicamente.

Asimismo, en cuanto a regulación peruana, en este caso el juez refiere también el artículo 7 de la Ley General de Salud, en donde se regulan las TRHA:

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 el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

Considera, sobre el particular que la intención de la norma no fue prohibir el alquiler de vientre, ya que de lo contrario se hubiese prohibido expresamente, por lo que no se puede presumir la intención de la norma. Y como nadie está prohibido de hacer lo que la ley no prohíbe, se entendería que está permitido, puesto que si el ordenamiento hubiese querido se hubiese señalado expresamente como se hace con los delitos especificando el tipo, los supuestos, etc.

Otro argumento para declarar fundado el recurso de amparo, es el Derecho a fundar una familia como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Alegando que mientras estas prácticas se utilicen como fin para formar una familia el empleo de las TRHA es posible realizarlas. Sin embargo, si hablamos del derecho a fundar una familia y con ello protegerla, implicaría también que los hijos tengan la posibilidad de crecer o de venir del fruto del amor en dicho matrimonio, por ejemplo, y si es como en el caso de la adopción proveniente de otros padres biológicos, por lo menos saber él mismo de donde viene y entender su situación aceptando a sus padres adoptivos. Pero es muy distinto que se produzcan como objetos, por encargo, para poder satisfacer un deseo de los padres, privando a estos niños de conocer su origen biológico, sin poder forjar su identidad estática, aquella de la que nos habla Fernández

Sessarego y que mencionamos previamente. Si una persona no conoce sus orígenes, su realidad, ¿cómo podrá desarrollar su identidad dinámica y por ende su personalidad?

El último argumento del juez es el del interés superior de los menores, alegando principalmente la voluntad pro-creacional que tuvo la señora Ballesteros desde un inicio para tener hijos a diferencia de la señora Rojas que fue quien los dio a luz. El Juez decide finalmente que lo mejor y el mejor ambiente de familia para los menores era con los padres que los encargaron. Sin embargo, ¿se está velando realmente por el interés superior de los menores, al tratarlos como un objeto, como una mercadería, como un encargo para satisfacer los deseos o incluso hasta caprichos de los padres legales?

Cabe mencionar que la presión mediática de los últimos tiempos en el país respecto de la regulación en positivo del vientre de alquiler, mal informando, ha traído como consecuencia la propuesta de diferentes proyectos de ley. Es el caso de la propuesta de ley N° 3404/2018 sobre la maternidad subrogada, aquí llamada maternidad solidaria, la cual se ha presentado al congreso este 25 de septiembre de 2018, basada en un ante proyecto que se realizó el 2013, pero que se dejó y no se trató en su momento. Hoy en día se toma nuevamente esta iniciativa debido al caso de una pareja chilena que encargó a una mujer peruana unos niños mediante vientre de alquiler y al llegar al país para llevárselos, se les prohibió la salida e incluso fueron reclusos en prisión de manera preventiva, debido a que se temió se tratase de trata de personas ya que ellos no figuraban como los padres, a pesar de ser los progenitores genéticos.

La propuesta legislativa pretende modificar el artículo 7 de la Ley general de Salud, a la que hemos hecho mención previamente, buscando omitir la parte en la que se dice "...siempre

que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona” y se añaden incisos en donde se permite la maternidad subrogada y de qué manera. La cual pasaremos a analizar.

Los tres primeros incisos, nos hablan de los pasos previos a la denominada maternidad solidaria. Señalándose que las instituciones prestadoras de servicios que intervengan deberán contar con previa autorización del Ministerio de Salud. Dichas entidades deberán tener un informe detallado del estado de salud tanto de los progenitores como de la gestante. Asumimos que esto es debido a que es requisito para acceder a dichas prácticas, que los progenitores tengan problemas de infertilidad y no puedan concebir. Respecto de la gestante la evaluación será de carácter psicofísico para garantizar que pueda llevar a cabo este embarazo y su situación emocional no afecte al feto. Este último argumento probaría que definitivamente se crea un vínculo del concebido con la madre que lo concibe, debido a que es ella quien lo llevará durante nueve meses y todo lo que ella pase será transmitido al feto y esto es algo que la ciencia ni las leyes lo podrán controlar ni regular.

Ahora bien, el art. 7-D indica que esta práctica deberá realizarse de manera altruista, expresa, informada y confidencial respecto a la donación de los cedentes. Cabe preguntarse hasta qué punto se puede controlar que esta práctica sea altruista. A lo mejor corroborando que en el acuerdo de subrogación de útero que se haga, no se pacte ningún pago por dicho alquiler, que la persona que alquilará su vientre lo haga de manera onerosa, ya sea por buena voluntad, por ser familiar, etc. Sin embargo, se deberá tener en cuenta que siempre habrá un dinero de por medio, pero que se entiende será por los gastos naturales del embarazo.

En algunos países se permite esta práctica, siempre y cuando se realice de manera gratuita o altruista o mientras se lleve a cabo dentro del círculo familiar; sin embargo, es cierto que esta no elimina cierta satisfacción egoísta, a su deseo de querer ser padres a toda costa, a sentirse “realizados” personalmente. Como bien dice la doctora Rosario de la Fuente-Hontañón, en su artículo “La subrogación gestacional: ¿Ventre o persona en alquiler? Implicancias jurídicas y éticas”, el que la maternidad subrogada sea gratuita no la hace humanizadora, ya que puede originar con facilidad relaciones afectivas ambiguas, con consecuencias negativas en el nuevo ser, creando durante esos nueve meses de “alquiler” un vínculo afectivo con la madre gestante, de la que el concebido tendrá que separarse al momento de su nacimiento. (Hontañón, 2017).

En cuanto a los requisitos de expresa, informada y voluntaria, entendemos que se refieren al acuerdo que se realiza entre las partes, en donde se pacta la aceptación de subrogar el vientre, el cuidarse durante los nueve meses y finalmente entregar al niño al momento del nacimiento y claramente acceder a todo esto de manera voluntaria y altruista.

En el art. 7-E- Se habla vuelven a indicar las características del acuerdo señalando finalmente que no incluye ningún tipo de subrogación, situación también inevitable, debido a que la gestante tendrá que estar dispuesta a cumplir con las indicaciones del médico tratante y bajo la sombra de los padres que lo encargan. Esto es evidente pues ellos querrán estar enterados del paso a paso del embarazo, ello sin contar que en caso haya alguna complicación, la madre de alquiler deberá renunciar al trabajo o solicitar una licencia para darle prioridad a dicho embarazo y todo salga finalmente como lo han pactado.

También se deja claro que la madre gestante no será la que done el gameto femenino y que por lo menos uno de los padres deberá donar la carga genética, esto daría lugar a la alteración de la identidad del niño, puesto que no solo dará a luz por una madre que no es su madre biológica sino que tendrá, si tiene suerte una madre legal que podría ser la genética y una madre gestante, o en el peor de los casos una madre genética (alguna donante de óvulo), la madre legal que fue quien lo encargó y por último la madre gestante quien lo llevará durante nueve meses e su vientre para ser entregado al momento de su nacimiento. Identidad que de acuerdo al proyecto se mantendrá en reserva, salvo excepciones que tendrá que indicar el reglamento de la Ley una vez aprobada. Tendría que aguardarse hasta entonces para determinar si los nacidos bajo esta práctica podrán averiguar su origen biológico o primará el derecho al anonimato del donante.

El artículo 7-F refiere a la filiación y señala que padres son quienes encargaron a los nacidos bajo estas técnicas, basando la filiación en la voluntad procreacional. De esta manera se evitarían las confusiones en los registros civiles, como las que se han provocado en casos ya sucedidos y que se mencionaron en la jurisprudencia nacional. Por ende no se generara vinculo filial entre la madre gestante y los niños o entre el cedente y los niños, ya no quedaría ninguna opción para que la madre gestante se arrepienta y quiera dar marcha atrás alegando que es la madre bajo el principio ya mencionado de *mater Semper certa est*.

Por último, en el inciso G, se deja claro que no habrá ninguna contraprestación monetaria a cambio de la cesión del vientre; sin embargo, debe tenerse en cuenta que más allá del pago a la gestante, se generarán gastos respecto de clínicas que lucran con el deseo desesperado de las parejas por ser padres.

Asimismo, podemos contemplar que en este proyecto de ley no se ha tenido en cuenta derecho a la identidad del niño, si siempre nos hemos preocupado y hablado sobre el reconocimiento de la madre hacia el hijo, con la maternidad subrogada se quiebra este concepto y de hecho se fuerza a que no sea así.

Confiamos que este proyecto no pase de ello pues según se observa son enormes los derechos conculcados de la gestante y del nacido.

4.3. Derecho comparado

La Legislación comparada que regula materias de Bioderecho, en la actualidad es variada y diversa en la forma de tratar las TRHA y su influencia sobre el ser humano. Sobre el particular hay posturas dispares, algunas más de la persona que señalan límites a las prácticas en pro de la salvaguarda de los implicados, sobre todo los más vulnerables que vendrían a ser los nacidos bajo estas técnicas.

Otras legislaciones, por el contrario, dan carta abierta a la voluntad de los usuarios en pro del derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho de reproducción, etc.

Pero, como las leyes tienen ámbitos estatales específicos y la ciencia y tecnología son universales, ocurre que de manera cada vez más frecuente los particulares burlan sus leyes nacionales, en este caso las de los países que prohíben el vientre de alquiler, acudiendo a estados donde la maternidad subrogada es una práctica legal y habiendo obtenido el hijo pretenden imponer la filiación en su país de residencia.

Es el caso de *Menesson vs. France* y *Labasse vs. France*, ambas parejas exigieron que se les reconozca en su país la filiación matrimonial a sabiendas que las hijas fueron concebidas por vientre de alquiler con óvulos ajenos a las pretendidas madres y que el estado francés no solo las prohíbe, sino que las incrimina. Es conveniente aclarar que en la mayoría de los países europeos es una práctica que está prohibida, en algunos con pena privativa de libertad y en otros tomando como nulo el contrato de vientre de alquiler.

En los casos *Menesson contra Francia* y *Labasse contra Francia*, se trata de dos matrimonios franceses que viajaron a Estados Unidos para someterse a la práctica de vientre de alquiler, en un estado en el cual sí está permitida. Ambas parejas luego de obtener a sus hijas pretendieron que estas sean reconocidas como hijas suyas en Francia, país en el cual la maternidad subrogada está prohibida.

Las autoridades francesas sospechando que se trataría de un acuerdo de maternidad subrogada se negaron a ingresar los certificados de nacimiento al registro francés de nacimientos, matrimonios y muertes. En el caso de los *Menesson*, las actas de nacimiento se ingresaron en el registro, siguiendo las instrucciones del fiscal, quien posteriormente inició un proceso contra la pareja con el fin de anular las entradas.

En el caso *Labasse*, la pareja no impugnó la negativa de las autoridades francesas a registrar el nacimiento de su hija, sino que buscó que se reconociera la relación legal sobre la base del disfrute de facto del estado. Obtuvieron un “*acto de notoriete*”, un documento emitido por un juez que certifica el estado del hijo o hija, es decir, la existencia de una relación de facto

entre padres e hijos, pero el fiscal se negó a ingresar esto en el registro, por lo que se lleva el asunto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

Las demandas de ambas parejas fueron desestimadas en última instancia por el Tribunal de Casación el 06 de abril de 2011, debido a que la inscripción de tales actas en el registro daría efecto a un acuerdo de subrogación que era nulo e inválido por razones de políticas públicas bajo el Código civil francés. Asimismo, el TEDH determinó que no se había violado el derecho al respeto de la vida privada y familiar ya que la anulación de las entradas no había privado a los niños de la relación legal materna y parental reconocida por las leyes de California y Minnesota y no les había impedido vivir en Francia con el señor y la señora Mennesson, ni con el señor y la señora Labasse.

Basándose en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, los solicitantes se quejaron del hecho alegando que, en detrimento del interés superior del niño, no pudieron obtener reconocimiento en Francia de las relaciones entre padres e hijos que se habían establecido legalmente en el extranjero.

Los demandantes en el caso Mennesson también alegaron, en particular, una violación del artículo 14 (prohibición de discriminación) tomada en relación con el artículo 8 del convenio, (Council of Europe, 2010) argumentando que su incapacidad para obtener el reconocimiento colocó a los niños en una situación legal discriminatoria en comparación con otros niños cuando llegó a ejercer al respeto por su vida familiar. El tribunal observó que la negativa de las autoridades francesas a reconocer la relación legal entre los niños nacidos como resultado del tratamiento de subrogación en el extranjero y las parejas que recibieron el

tratamiento surgió del deseo de desalentar a los ciudadanos franceses de recurrir fuera de Francia a una técnica reproductiva que era prohibida en el país, con el objetivo de proteger a los niños y a la madre sustituta. Sin embargo, el TEDH entendió que más allá del derecho soberano de los estados a legislar en la forma que consideren conveniente en temas de alta discusión como el caso presente, el derecho de las niñas a la vida privada y familiar si se encontraba afectado y teniendo en cuenta que los hombres de cada pareja, sí eran los padres biológicos de las menores se ordenó la inscripción del nacimiento de ellas como hijas de los matrimonios franceses.

Algo parecido sucedió en Italia con el caso Paradiso y Campanelli contra Italia en enero de 2015 pero la Gran Sala del TEDH dio un giro a la jurisprudencia europea el 24 de enero de 2017 en materia de vientres de alquiler.

Este caso se produce el nacimiento de un niño en Rusia, por encargo de una pareja italiana (demandantes), mediante un contrato de vientre de alquiler a través de una agencia rusa. Ante el nacimiento del niño en Rusia, este es registrado y obtiene un acta de nacimiento en su país de origen figurando como padres la pareja italiana, contratante con la autorización de la madre gestante.

Posteriormente el niño es llevado a Italia con intención de inscribirlo en los registros civiles de su país, como su hijo. Las autoridades italianas rechazan el pedido debido a que se dan cuenta que se trata de un certificado falso, puesto que los padres biológicos del niño no eran ellos, ya que fue concebido mediante un contrato de vientre de alquiler, práctica prohibida Italia, pero permitida en Rusia.

Como consecuencia de todas estas ilegalidades por parte de la pareja, las autoridades italianas, deciden poner al niño en un hogar de acogida, separándolo de los supuestos padres.

Ante esta situación es que la pareja decide apelar al TEDH. El 27 de enero de 2015, el Tribunal sostuvo que la remoción del menor del hogar de los solicitantes, por parte de las autoridades italianas, constituía una injerencia en su vida familiar, en violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos porque las autoridades no habían sopesado de manera proporcional y adecuada el equilibrio entre la política pública de Italia y el interés superior del niño, no dándole la importancia debida a este último. Asimismo, el Tribunal también señaló que su decisión no debe interpretarse como favorable para el retorno del niño a los solicitantes.

Pero el 24 de enero de 2017, esta sentencia fue por la “Gran Sala” del Tribunal, la cual dictaminó que no hubo violación del artículo 8 por parte de las autoridades italianas, sobre el derecho a la vida privada y familiar. Teniendo en cuenta que no hubo vida familiar ya que no eran los padres biológicos y el tiempo tan corto en el que estuvieron juntos no provocaría afectación alguna al menor. Asimismo, debía primar el interés público frente al deseo de paternidad, puesto que se trataría de proteger los derechos y leyes en donde se prohíben prácticas que no son consideradas lícitas y por lo que debe haber una jurisprudencia que avale esto.

Podemos observar que se trata de un tema bastante controvertido, en donde hasta el momento no hay posición unánime sobre el tema. Sin embargo, estos dos casos de Francia e Italia han sido emblemáticos y crearon, qué duda cabe, precedente.

Esto se puede ver en la repercusión que ha tenido en los países de Alemania y Suiza, en donde está prohibida la maternidad subrogada pero donde se han basado en la sentencia de Francia para resolver los temas de filiación.

Alemania, en donde la única forma de establecer la paternidad de un hijo nacido de una mujer que no sea la esposa es mediante la adopción, la sentencia del TEDH del 26 de junio de 2014 del caso *Mennesson y Labasse* contra Francia produce un cambio en el Tribunal de Justicia alemán que reconoció a una pareja homosexual como padres de un hijo nacido por subrogación. Igualmente, en Suiza, en donde se prohíbe la maternidad subrogada expresamente, a raíz del mismo caso francés en el cantón de St. Gallen se falló a favor de la inscripción de un menor nacido por subrogación como hijo legal de dos hombres. (Mujer, Madre y Profesional de Profesionales por la ética, 2017).

Cabe señalar que el Parlamento Europeo aprobó en diciembre de 2015, un informe anual sobre Derechos Humanos y la Democracia en el mundo, donde condena la práctica de la gestación por sustitución por ser contraria a la dignidad de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima. (Lafferriere, 2015). Asimismo, el Consejo de Europa también prohíbe todas las formas de subrogación en beneficio del interés superior del niño.

Creemos que resulta de absoluta importancia de la inflexión de los países respecto de la prohibición del registro de filiación respecto a los niños nacidos por maternidad subrogada. Parecería ser que, con esta última resolución de la gran Sala en el caso de Italia, podría darse

un giro y esperemos un poco más de claridad y seguridad ante la prohibición del vientre de alquiler.

CONCLUSIONES

- I. El hijo no puede ser un bien al servicio de intereses del progenitor, de los deseos del padre o de la madre. El hijo debe ser querido por sí mismo, engendrado por una relación natural y no por una unión de gametos aséptica al margen de la relación vera cópula.

- II. El vientre de alquiler es una práctica deshumanizadora y violatoria de la dignidad humana de la mujer y del niño objeto del contrato. Esta práctica no vela por el bienestar de las personas sino todo lo contrario. La comercialización de personas o funciones humanas tan íntimas como la gestación no tiene cabida dentro de nuestro ordenamiento jurídico que vela desde la Constitución por la protección de la persona humana y la defensa de su dignidad.

- III. La base de todo ser humano empieza desde su concepción, el niño se va desarrollando desde ese momento, se va formando de emociones, sentimientos, va creando vínculos, va formando su identidad estática y luego sabiendo de donde viene cuál es su historia genética o biológica puede desarrollar su identidad dinámica, su personalidad, en base a una verdad que la hace suya, con la que se identifica, con un origen para poder seguir su norte. Pero lamentablemente se le priva de todo esto cuando se le manipula de tal manera que siente esos vacíos existenciales, en donde es producto de un conjunto de gametos de distintos orígenes, producto de un vínculo que generó con una madre que lo llevo durante nueve meses, pero con quien no podrá seguir conectando porque será un vínculo roto por ir a crear uno nuevo, uno meramente emocional, en el peor de los casos.

- IV. Se debería considerar el trasfondo del vientre de alquiler, en donde a diferencia de la adopción, que sería una opción justa y solidaria para las personas que lamentablemente no tienen posibilidades de procrear y realmente lo desean, es a la familia a quien se le entrega a un hijo para satisfacer las necesidades, mientras en la adopción es al niño a quien se le da una familia, velando verdaderamente por su interés, tratándolo conforme a su dignidad, su libertad y no privándole el derecho a saber de dónde viene y que no es producto de una experimentación.

- V. Un país no solo se mide por los avances científicos que tenga o el dinero que llegue a producir, sino por la protección que se le dé a sus ciudadanos, a la sociedad. Un país en donde se salga adelante respetando los Derechos Fundamentales de las personas, un país libre, en donde en primer lugar este prime la dignidad, la libertad y el bienestar de cada uno de los ciudadanos. Donde se protege a la familia y por añadidura a la sociedad.

- VI. El Perú debe prohibir estas prácticas que esclavizan a las mujeres más pobres y quitan a los nacidos mediante el vientre de alquiler la posibilidad de construir una identidad real, base para el disfrute de una vida plena. Si bien el Estado y la Ley no están para educar a una sociedad, sí dependerá de la permisividad que a estos temas si se construye una buena sociedad o se destruye.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asociación de Academias de la Lengua Española. (2018). *Real Academia Española*. Obtenido de Real Academia Española: <https://dle.rae.es/?id=KtmKMfe>
- Ballesteros Llompарт , J., & Aparisi Miralles, Á. (2004). *Biotecnología, dignidad y derecho: bases para un diálogo*. Pamplona: EUNSA Ediciones Universidad de Navarra S.A.
- Bavio, P. S. (2010). El derecho a la identidad personal: manifestaciones y perspectivas. En J. M. Sosa Sacio, *Los Derechos Fundamentales. Estudio de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho* (pág. 622). Lima : TC Gaceta Constitucional.
- Bergel , S. D., & Cantu , J. (1998). *Bioética y Genética: II Encuentro Latinoamericano de Bioética y Genética* . Buenos Aires .
- Bindel, J. (01 de Abril de 2016). *Outsourcing pregnancy: a visit to India's surrogacy clinics*. Obtenido de The Guardian. International Edition : <https://www.theguardian.com/global-development/2016/apr/01/outsourcing-pregnancy-india-surrogacy-clinics-julie-bindel>
- Calderón Puertas , C. A., Gonzales , C. A., Quequejana Mamani, S. L., & Tornero Cruzatt , Y. (s.f.). *Observatorio de Derecho Civil. La Responsabilidad Civil*.
- Cifuentes, S. (2008). *Derechos Personalísimos*. Buenos Aires: Astrea.
- Comité de Bioética de España. (16 de Mayo de 2017). *Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. Obtenido de Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf
- Congreso de la República . (15 de Julio de 1997). *Ley General de Salud - Ley 26842*. Obtenido de Ley General de Salud - Ley 26842: http://www.essalud.gob.pe/ietsi/pdfs/tecnologias_sanitarias/1_Ley_26842-1997-Ley-General-de-Salud-Concordada.pdf
- Council of Europe. (1 de Junio de 2010). *Convenio Europeo de Derechos Humanos* . Obtenido de Convenio Europeo de Derechos Humanos: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf
- Donoso Romo , A. (2006). Identidades nacionales y postnacionales en América Latina. Aportes y preguntas desde la comprensión de Jürguen Habermas. *Sociedad Hoy* , 73-83.

- D'ors, A. (1981). *Derecho Privado Romano*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA).
- El Mundo. (02 de 08 de 2014). *Eligen al bebé sano y dejan a su mellizo discapacitado con la madre de alquiler en Tailandia*. Obtenido de El Mundo : https://www.elmundo.es/internacional/2014/08/02/53dcbda1ca47415a388b4570.html?cid=MNOT23801&s_kw=eligen_al_bebe_sano_y_dejan_a_su_mellizo_discapacitado_con_la_madre_de_alquiler_en_tailandia
- Emakunde Instituto Vasco de la Mujer. (Abril de 2018). *¿Gestación subrogada o vientres de alquiler? INFORME FINAL*. Obtenido de Emakunde Revista: <http://emakunde.blog.euskadi.eus/wp-content/uploads/2018/07/INFORMECompleto21042018.pdf>
- Espinoza Espinoza , J. (2008). *Derecho de las personas*. Lima .
- Fernández , S. C. (s.f.). *Derecho a la Identidad Personal*.
- Fromm, E. (1967). *Psicoanálisis de la sociedad contemporánea*. México D.F.: Fondo de cultura económica.
- Gaceta Jurídica. (2010). *Los derechos fundamentales. Estudio de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho* . Lima.
- Hontañón, R. d. (2017). La Subrogación gestacional: ¿Ventre o persona en alquiler? Implicancias jurídicas y éticas. *Gaceta civil & procesal civil registral / notarial*, 48., 37 - 52.
- Junquera de Estéfani , R., & De la Torre Díaz , F. J. (s.f.). *La Reproducción médicamente asistida. Un estudio desde el derecho y desde la moral*.
- Junyent Bas de Sandoval , B. M. (2016). *Fecundación asistida e identidad personal*. Buenos Aires - Bogotá - Porto Alegre: Astrea.
- Junyent Bas de Sandoval , B. M. (2016). *Fecundación asistida e identidad personal* . Buenos Aires - Bogota - Puerto Alegre : Astrea.
- Lafferriere, J. N. (21 de Diciembre de 2015). *Centro de bioética. Persona y familia* . Obtenido de Parlamento Europeo condena la práctica de la maternidad subrogada: <http://centrodebioetica.org/2015/12/parlamento-europeo-condena-la-practica-de-la-maternidad-subrogada/>
- Magaldi , N. (2004). *Derecho a saber, filiación biológica y administración pública* . Madrid : Marcial Pons Ediciones jurídicas sociales S.A.

- Marcó, J., & Tarasco, M. (2001). *Diez temas de la reproducción asistida*. Madrid: Ediciones internacionales universitarias.
- Miembros del consejo de Europa. (3 de Mayo de 1996). *Carta Social Europea*. Obtenido de Carta Social Europea: <https://rm.coe.int/168047e013>
- Mujer, Madre y Profesional de Profesionales por la ética. (Abril de 2017). *Vientres de alquiler. Maternidad Subrogada*. Obtenido de Woman of the world platform: <https://www.womenworldplatform.com/files/20170203144210-vientres-de-alquiler-2017.pdf>
- Naciones Unidas . (16 de diciembre de 1966). *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*. Obtenido de Pacto internacional de derechos civiles y políticos: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/03/PACTO-INTERNACIONAL-DE-DERECHOS-CIVILES-Y-POLITICOS.pdf>
- Parlamento Europeo. (18 de diciembre de 2000). *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*. Recuperado el 8 de 12 de 2018, de European Parliament: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf
- Santamaría Solis, L. (2000). Técnicas de Reproducción asistida. Aspectos bioéticos. *Cuadernos de bioética 2000/1a.*, 37-47.
- Torres Flor, A. L. (2014). *Derecho a la Identidad y Reproducción Humana Asistida Heteróloga*. Arequipa: Universidad Católica San Pablo.
- Tugendhat, E. (1996). Identidad Personal, Nacional y Universal. *Ideas y Valores*, 3-18.
- Universidad de Deusto y Universidad del país Vasco . (s.f.). *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Obtenido de Enciclopedia de Bioderecho y Bioética: <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/203>
- Universidad de Deusto y Universidad del país Vasco. (2019). *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Obtenido de Enciclopedia de Bioderecho y Bioética: <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/177>.
- Varsi Rospigliosi, E. (1995). *Derecho genético. Principios generales*. Trujillo : Editora Normas Legales S.A.
- Varsi Rospigliosi, E. (2010). *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial. En razón de la Ley 28457 y la acción intimatoria Paternidad - Procreación Asistida y Socioafectividad*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Vela Sánchez , A. J. (2015). *Gestación por encargo: Tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*. Madrid.

Woman of the world paltform. (01 de febrero de 2017). *www.womanoftheworldplatform.com*.
Obtenido de https://www.youtube.com/watch?v=_RbkWQBQF6g.

ANEXO

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY N° 26842, LEY GENERAL DE SALUD, E INCORPORA DISPOSICIONES PARA EL USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA MÉDICAMENTE ASISTIDA

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

Artículo 1. Objetivo de la ley

La ley tiene como objeto modificar el artículo 7 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud.

Artículo 2. Modificación

Modifíquese el artículo 7 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, conforme a los términos siguientes:

«Artículo 7. Uso de técnicas de reproducción humana médicamente asistida

Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción médicamente asistida acreditadas científicamente.

Para la aplicación de dichas técnicas, se requiere del consentimiento previo, expreso e informado de los cónyuges o convivientes progenitores y, de ser del caso, de la gestante por subrogación.

Puede efectuarse la revocación de voluntad, según sea el caso, hasta antes de la inseminación intrauterina o la fecundación *in vitro*. En el caso de la gestación subrogada, la revocación puede darse hasta antes de la transferencia embrionaria.

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

Artículo 7- A. Autorización de las IPRESS

Para brindar servicios de reproducción humana médicamente asistida las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud - IPRESS- deben contar con la autorización del Ministerio de Salud.

Artículo 7- B. Evaluación de la junta médica

La evaluación de la condición médica de los progenitores y de la gestante por subrogación, está a cargo de la junta médica de la Institución Prestadora de Servicios de Salud-IPRESS, bajo responsabilidad.

Artículo 7- C. Informe Técnico de la Comisión

El procedimiento de gestación subrogada debe contar, previamente a su realización, con un informe técnico favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Médicamente Asistida.

Artículo 7-D. La cesión de gametos

La cesión de gametos se realiza de manera altruista, expresa, informada, voluntaria y confidencial respecto de la identidad de los cedentes, salvo las excepciones previstas en el reglamento. Está prohibida la comercialización de gametos.

Artículo 7- E. La gestación subrogada

La gestación subrogada es la acordada entre una mujer y los cónyuges o convivientes progenitores que expresan su voluntad para tener descendencia, siempre y cuando su condición médica impida llevar la gestación por cuenta propia.

Dicho acuerdo debe ser altruista, voluntario, excepcional y confidencial para terceros. Este no genera ningún tipo de subordinación.

Entre el embrión y al menos uno de los progenitores existe correspondencia genética. En ningún caso, la gestante por subrogación es la cedente de los óvulos fecundados.

La identidad de la gestante por subrogación es confidencial para terceros, salvo las excepciones previstas en el reglamento.

Artículo 7-F. Filiación de la reproducción humana médicamente asistida

La filiación que se deriva de la reproducción humana médicamente asistida está basada en la voluntad procreacional, por lo que la relación filial se genera entre el concebido y los progenitores. Esta filiación no puede ser impugnada por las causales establecidas en los artículos 363, 366 y 371 del Código Civil, salvo cuando

no se haya otorgado consentimiento según lo dispuesto en el Reglamento. No se genera vínculo filial entre el concebido y el cedente o la gestante por subrogación.

Artículo 7.G. Gastos

En ningún caso, el uso de técnicas de reproducción humana médicamente asistida supone incentivo económico o comercial que puedan derivarse de la cesión de gametos y de la gestación subrogada. No obstante, los cónyuges y convivientes progenitores asumen solidariamente los gastos derivados por los procedimientos de reproducción asistida y/o gestación subrogada, según corresponda.»

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. Reglamentación

El Poder Ejecutivo, mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Justicia y Derechos Humanos y el Ministro de Salud, reglamenta en un plazo de ciento veinte (120) días hábiles lo dispuesto en los artículos 7, 7-A, 7-B, 7-C, 7-D, 7-E, 7-F y 7-G de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, contados desde la publicación de la presente Ley.

SEGUNDA. Infracciones

Sin perjuicio de las acciones civiles o penales a que hubiera lugar, las infracciones a las disposiciones contenidas en la presente ley y su reglamento, cometidas por los profesionales sanitarios o personal administrativo y las IPRESS, son pasibles de las sanciones administrativas que el reglamento de la presente Ley determine.

TERCERA. Registro Nacional de cedentes de gametos, gestantes por subrogación y de IPRESS autorizadas

Créase el Registro Nacional de cedentes de gametos, gestantes por subrogación e IPRESS autorizadas, a cargo del Ministerio de Salud, cuya implementación es regulada conforme al Reglamento.

CUARTA. Comisión Nacional de Reproducción Humana Médicamente Asistida

Mediante decreto supremo se crea la Comisión Nacional de Reproducción Humana Médicamente Asistida en un plazo de treinta (30) días hábiles contados desde la publicación de la presente Ley.

QUINTA. Vigencia

La presente Ley entra en vigencia a partir del día siguiente de la publicación de su Reglamento.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.