



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**Análisis de los principios y derechos fundamentales
vulnerados con la maternidad subrogada**

Tesis para optar el Título de
Abogado

Karla Fiorela García Coronado

**Asesor(es):
Dra. María Rosario De la Fuente y Hontañón**

Piura, junio de 2019



Aprobación

Aprobación Tesis titulada “*Análisis de los principios y derechos fundamentales vulnerados con la maternidad subrogada*” presentada por la bachiller Karla Fiorela García Coronado en cumplimiento con los requisitos para optar por el Título de Abogado, fue aprobada por la Asesora Dra. María del Rosario de la Fuente y Hontañón.

Asesora de Tesis





Dedicatoria

A Dios por guiar mis pasos y a mi mamá con mucho amor y respeto que se merece.





Agradecimiento

A mi asesora por su dedicación y sus consejos.

A mi familia y amigos por todo el apoyo brindado.





Resumen Analítico – Informativo

Análisis de los principios y derechos fundamentales vulnerados con la maternidad subrogada.

Karla Fiorela García Coronado

Asesor(es): Dra. María Rosario De la Fuente y Hontañón.

Tesis.

Abogado

Universidad de Piura. Facultad de Derecho.

Piura, junio de 2019

Palabras claves: Maternidad subrogada/ derechos fundamentales/ protección del menor/ interés superior del niño/dignidad humana/ nulidad de los contratos/ orden público/paternidad y maternidad

Introducción: Tesis para obtener el Grado de Abogada perteneciente a la a la línea de investigación sobre la debida protección de los derechos del menor. La autora presenta el resultado de la investigación acerca de la vulneración de los derechos del menor con la práctica de la maternidad subrogada.

Metodología: Investigación dogmática jurídica.

Resultados: El texto de la tesis está dividido en tres capítulos: En el capítulo I se estudia el concepto, causas y procedimientos de la maternidad subrogada. En el capítulo II, se analiza los derechos fundamentales y principios vinculados en la práctica de la maternidad subrogada a través de un análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial. En el capítulo III, se puntualiza la vulneración que representa la práctica de la maternidad subrogada en cada uno de los principios y derechos mencionados en el capítulo anterior. Por último, se indica una propuesta de solución con el fin de hacer frente a la realidad de la maternidad subrogada.

Conclusiones: Se concluye que la práctica de la maternidad subrogada vulnera los derechos fundamentales del menor y de la mujer. Asimismo, a través de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico esta práctica se encuentra prohibida.

Fecha de elaboración del resumen: 01 de abril de 2019

Analytical – Informative Summary

Analysis of the fundamental principles and rights violated with surrogacy.

Karla Fiorela García Coronado

Advisor: Dra. María Rosario De la Fuente y Hontañón.

Thesis.

Lawyer

Universidad de Piura. Facultad de Derecho.

Piura, june 2019

Keywords: Surrogate motherhood/ fundamental rights/ protection of the child/ best interests of the child/human dignity/ nullity of contracts/ public order/paternity and motherhood.

Introduction: Thesis to obtain the Degree of Lawyer belonging to the line of research on the due protection of the rights of minors.

The author presents the result of the investigation into the violation of children's rights through the practice of surrogate motherhood.

Methodology: Legal dogmatic research.

Results: The text of the thesis is divided into three chapters: Chapter I examines the concept, causes and procedures of surrogate motherhood.

Chapter II analyses the fundamental rights and related principles in the practice of surrogate motherhood through a normative, doctrinal and jurisprudential analysis.

In chapter III, the violation represented by the practice of surrogate motherhood in each of the principles and rights mentioned in the previous chapter is pointed out. Finally, it indicates a proposal for a solution in order to address the reality of surrogate motherhood.

Conclusions: It is concluded that the practice of surrogacy violates the fundamental rights of children and women. Likewise, through a systematic interpretation of the legal system, this practice is prohibited.

Summary date: june 1, 2019.

Índice de Abreviaturas

CP	Constitución Política del Perú
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
Exp.	Expediente
P.	Página
Pp.	Páginas
Reniec	Registro Nacional de Identidad y Estado Civil
Ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TCP	Tribunal Constitucional Peruano
TERAS	Técnicas de Reproducción Asistida





Tabla de Contenidos

Introducción	1
Capítulo 1 La maternidad subrogada. Aspectos generales	3
1. Visión panorámica de la infertilidad en el Perú.....	4
2. Definición de la maternidad subrogada	5
3. Supuestos frecuentes para recurrir a la maternidad subrogada.....	7
4. Razones para acudir a la maternidad subrogada.....	8
5. Técnicas asociadas a la reproducción asistida aplicadas en la maternidad subrogada.....	9
6. Puntos conflictivos de las técnicas asociadas a la reproducción asistida relacionados a la maternidad subrogada	12
Capítulo 2 Análisis de los derechos y principios vulnerados con la maternidad subrogada	15
1. Deber de observancia obligatoria de los derechos fundamentales en la maternidad subrogada.....	15
2. Análisis de los derechos y principios vinculados con la maternidad subrogada	16
2.1. Dignidad de la persona humana	16
2.1.1. Marco Normativo.....	16
2.1.2. Aproximación terminológica: Comentarios de la doctrina.....	19
2.1.3. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional con respecto a la dignidad de la persona humana.....	22
2.2. Derecho a la vida.....	25
2.2.1. Marco Normativo.....	26
2.2.2. Aproximación terminológica: Comentarios de la doctrina.....	27
2.2.3. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional con respecto al derecho a la vida.....	29
2.2.4. El concebido: el inicio de la vida.....	30
2.2.4.1. Análisis biológico	31
2.2.4.2. Análisis jurídico.....	32
2.2.4.3. El concebido como sujeto de derecho	36
2.3. Derecho a la identidad personal	39
2.3.1. Marco Normativo	39

2.3.2. Contenido del Derecho a la identidad	40
2.3.3. Del derecho a la identidad y el origen biológico.....	42
2.4. El interés superior del niño.....	47
2.5. Principio de la protección a la familia.....	53
2.5.1. Marco Normativo	54
2.5.2. Delimitación del concepto de familia.....	56
2.5.3. Deber de paternidad responsable.....	60
Capítulo 3 Propuesta de solución: Hacia una efectiva tutela de derechos.....	63
1. La dignidad de la persona humana en la maternidad subrogada	63
1.1 Análisis de la validez del contrato de maternidad subrogada: Posición de la doctrina.....	64
1.2 Ejemplos ilustrativos de la maternidad subrogada.....	69
2. Vulneración del derecho a la vida con las técnicas asociadas a la maternidad subrogada.....	73
3. Afectación del derecho a la identidad en la maternidad subrogada.....	76
4. Contravención del interés superior del niño con la práctica de la maternidad subrogada.....	78
5. Afectación de la protección de la familia y del deber de ejercer una maternidad responsable.....	79
6. La discusión en torno a la existencia de regulación de maternidad subrogada en el Perú.....	81
6.1. Legislación internacional	81
6.2. Legislación nacional: Discusión de la doctrina.....	84
6.3. A propósito de la Casación de la corte suprema N°563-2011.....	90
6.4. Proyecto de ley en torno a la maternidad subrogada.....	94
7. Propuesta de solución	97
Conclusiones	101
Referencias bibliográficas.....	103
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	110

Introducción

Gracias a la modernización y el progreso de la medicina surgieron técnicas asociadas a la reproducción asistida como una solución ante la infertilidad que afecta a un determinado sector de la población. Dentro de estas prácticas biomédicas surgió la figura del alquiler de vientre donde el aforismo de “madre solo hay una” viene a ser desplazado por la intervención imprescindible de un tercero en el proceso de la gestación.

La maternidad subrogada, genera de una forma no natural a un ser humano semejante a todos nosotros. Como mujer me siento identificada en analizar, desde el punto de vista jurídico, esta problemática que da paso a cuestiones como la validez o no del contrato de la maternidad subrogada, su regulación o no en nuestro ordenamiento jurídico, así como el respeto o no de los derechos del ser humano como fin supremo de la sociedad y del Estado.

El objetivo de esta investigación es dar a conocer la vulneración de ciertos derechos y principios constitucionales con la práctica de la maternidad subrogada, así como proponer una solución acorde al ordenamiento jurídico ante dicha problemática.

En concordancia con lo mencionado, en el capítulo primero denominado “la maternidad subrogada: aspectos generales”, se dará una visión global de la tasa de infertilidad en nuestro país, siendo esta una de las causas principales por la cual las parejas recurren a esta técnica. A continuación, se dará una definición detallada de la figura analizada, así como los supuestos en los cuales se presenta la maternidad subrogada y las técnicas asociadas a la reproducción asistida utilizadas en el proceso de la gestación en un vientre de alquiler.

En el segundo capítulo denominado “análisis de los derechos y deberes vulnerados en la maternidad subrogada”, se dará paso al análisis y definición de cada derecho implicado en la maternidad subrogada. Comenzando con el principio de la dignidad humana su marco normativo y jurisprudencial, luego el derecho a la vida, así como las teorías entorno al inicio de la vida que hará un énfasis en la protección del concebido.

A continuación, se analizará el derecho a la identidad, su contenido, análisis normativo y la vinculación a su contenido de conocer el origen biológico.

Posteriormente se dará paso al estudio del principio superior del niño, el mismo que ha sido recogido en la Convención de los Derechos del Niño y su debido pronunciamiento del Comité, ello dará una visión más clara para su respectivo análisis en el capítulo tercero.

Dentro de este capítulo segundo, no se puede dejar de lado el estudio de la protección de la familia asociada claramente al deber de la paternidad responsable recogido en nuestra Constitución Política (en adelante CP).

Finalmente, en el capítulo tercero denominado “propuesta de solución: hacia una efectiva tutela de derechos”, se detallará la vulneración de los derechos mencionados en el segundo capítulo con la técnica de la maternidad subrogada para finalmente dar a conocer la propuesta de solución ante esta problemática.



Capítulo 1

La maternidad subrogada. Aspectos generales

En la actualidad, se ha dado mayor énfasis en la infertilidad que pone en evidencia el deterioro o deficiencia corporal en la función de la reproducción. Según el hospital Stanford Children's Health¹, la infertilidad se manifiesta aproximadamente en el 12% de las parejas en edad de concebir.

La infertilidad afecta tanto en hombres como en mujeres. La falta de capacidad para concebir tiene diversas causas y efectos que dependerán de factores como estilo de vida, antecedentes sexuales y culturales, entre otros. Al respecto existen diversas investigaciones que hacen de la infertilidad una afección a la salud pública que atañe a toda la sociedad, reflejada principalmente en Europa y que se extiende en algunos países de Latinoamérica.

La infertilidad no es un problema que se haya suscitado en los últimos años. En la antigüedad, también estaba presente y se solucionaba de diversas maneras, a fin de dejar descendientes y poder transmitir el patrimonio de la familia. A modo de ejemplo tenemos a la antigua Roma, en donde las mujeres que tenían impedimento de procrear accedían que su esposo tenga relaciones con otra mujer y poderlo criar posteriormente como propio.

En la época medieval, las mujeres eran consideradas como sinónimo de fertilidad, la mujer que era infértil era sinónimo de un no ser, de maldición. Es decir, se identificaba feminidad con la maternidad. Casos particulares, eran las mujeres solteras que se dedicaban a Dios.

Con el paso del tiempo, la medicina y la ciencia, aparecieron las técnicas asociadas a la reproducción asistida, que en adelante se denominará TERAS, como una solución a la infertilidad y de las personas con ansias de ser padres, de las cuales mencionaremos algunas de ellas a lo largo del presente capítulo.

Actualmente, las TERAS, hacen posible la figura de la “maternidad subrogada” o más conocida como “madre de alquiler” o “vientre de alquiler” (términos poco apropiados) que hacen referencia al “préstamo” de vientre para llevar a cabo la gestión, disociando la figura de la madre genética y madre gestante con sus variaciones.

Por lo antes expuesto en este capítulo desarrollaremos a mayor detalle en qué consiste esta TERA, cuáles son las causas y los supuestos que llevan a recurrir a las mujeres a estas prácticas. Asimismo, analizaremos casos emblemáticos que se vienen dando en nuestro país y que han causado gran debate frente al vacío legislativo en nuestro ordenamiento jurídico.

¹ <https://www.stanfordchildrens.org/es/topic/default?id=infertilidad-85-P04632> [Consulta: 02 de enero del 2019]

1. Visión panorámica de la infertilidad en el Perú

Un problema social que aqueja a gran parte de la población es la infertilidad. Según estudios realizados por la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología, la infertilidad afecta a “25% de la población, mientras que el 15% tiene menos hijos de los que desean. Estas estadísticas son prácticamente constantes, siendo las causas las que pueden variar de región en región”².

La infertilidad, según la Organización Mundial de la Salud, es “enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas”³. Ahora bien, cabe preguntarse qué tanto se ve afectada la población por la infertilidad y que las lleve a recurrir a métodos fuera de los naturales para llevar a cabo la procreación.

Es así que las TERA, se presentan como una opción para paliar los efectos de la infertilidad, poniendo en tela de juicio principios éticos y jurídicos en el proceso de reproducción y generación de nueva vida.

De esta manera, el término TERA, se refiere al conjunto de técnicas que hace referencia a procedimientos y las diversas prácticas biomédicas desarrolladas a las parejas con la finalidad de coadyuvar a tener descendencia que por diversas razones o circunstancias les es imposible a través de un proceso natural de la reproducción.

Dentro de las prácticas biomédicas que engloban las TERA, se encuentra la maternidad subrogada, la cual a través de la inseminación artificial o fecundación *in vitro* abre paso a que el vientre de la mujer sea un “objeto” de alquiler para gestación de un menor por encargo de una pareja con infertilidad. Así, existen muchas peruanas que ofrecen su vientre en alquiler generalmente por medios de comunicación masiva como el internet con precios sumamente altos.

A modo de ejemplo, el diario El Comercio realizó un sondeo contactando a tres peruanas con tres personas que realizaban estos “servicios”, todas refirieron haberse sometido al menos a un embarazo por encargo, ofreciendo someterse a exámenes médicos previos para descartar todo tipo de anomalía genética y exigiendo la mitad del pago al quedar embarazadas y la otra

² Silva, L, Rechkemmer, A, Allemant Prado, J, *Diagnóstico y tratamiento de la infertilidad masculina* [en línea]. http://sisbib.unmsm.edu.pe/bvrevistas/ginecologia/vol_47n3_2001/diag_trat_infer.htm [Consulta: 15 de setiembre de 2018]

³Zegers-Hochschild, F, Adamson, A, Mouzon, B, otros, “Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)” [en línea] http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf [Consulta 03 de setiembre del 2018]

parte un mes antes del parto, comprometiéndose al bebé inmediatamente después del nacimiento⁴. Estas prácticas son realmente cuestionadas y las analizaremos a lo largo del presente capítulo.

2. Definición de la maternidad subrogada

La maternidad subrogada, como parte de las TERAS, es un concepto reciente por el cual diversos doctrinarios han delimitado su contenido. En el presente trabajo se citará a algunos para partir de una definición clara y poder ir a detalle con las controversias que se plantean alrededor de este tema.

Así tenemos a MORÁN y GONZÁLES, que señalan a la maternidad subrogada como “el contrato por el cual una persona o más habitualmente, una pareja comitente (homosexual o heterosexual, casada entre sí o unida de hecho), que a su vez pueden aportar o no sus gametos, encarga a una mujer que lleve a término la gestación- aportando o no su óvulo- y nacimiento de un niño concebido mediante técnicas de reproducción asistida, a cambio de una prestación económica o a título gratuito”⁵.

En otras palabras, para las autoras en mención la maternidad subrogada parte de un contrato por el cual las parejas, aportando o no su material genético, recurren a una mujer para la gestión del menor a título oneroso o gratuito.

Asimismo, GÓMEZ a través de una definición descriptiva señala: “la maternidad subrogada es una aplicación nivel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La madre subrogada es una mujer fértil que conviene, mediante contrato, se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar la criatura y darla a luz o procrearla. Una vez nacida la criatura, la madre subrogada o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico, además termina todos los derechos de filiación sobre ella (la criatura) para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada la adopte”⁶.

Dicho en otras palabras, para el autor mencionado en el párrafo anterior, define a la maternidad subrogada de forma descriptiva tanto de la técnica usada, así como de la solución ante la disociación de madre genética y madre gestante. Es decir, se precisa como la mujer

4 <https://elcomercio.pe/lima/peruanas-ofrecen-alquilar-vientre-s-70-mil-internet-332746> [Consulta: 03 de setiembre de 2018]

5 MORÁN, C. GONZÁLES, M. “Los acuerdos de maternidad subrogada. A propósito del primer caso sobre el tema resuelto por la corte suprema”, en *Revista Jurídica Thomson Reuters*. N.7. Lima. 2013, pp. 41-63.

6 GÓMEZ, Y. *El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons, Madrid, 1994, p.136 citado en PÉREZ, M. *La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*. Centro de estudios registrales. Madrid. 2002, p.329.

fértil es fecundada a través de la inseminación artificial⁷ (técnica de reproducción asistida), para posteriormente renunciar a los derechos de la filiación que le asistente por ser madre genética a través de la figura de la adopción.

Continuando con la precisión de los doctrinarios, cabe señalar a PERALTA. Este autor define a la maternidad subrogada como “el convenio por el cual una mujer se compromete frente a otra u otras a gestar en su vientre un embrión fecundado extracorpóreamente, ya en forma homóloga o heteróloga, para luego entregar la criatura después del parto”⁸.

Para PERALTA, la maternidad subrogada se basa en la gestación de una mujer fecundada extracorpóreamente, es decir, al exterior del tracto femenino, ya sea con gametos de la pareja (homologa) o gametos de un tercero (heteróloga) para su posterior entrega del menor.

Una definición enumerativa de los diversos términos que giran en torno a la figura en mención la realiza SCOTTI. Así los denomina: “La maternidad subrogada” o “gestación por sustitución”, “vientre de alquiler”, “maternidad intervenida”, “maternidad disociada”, “gestación por contrato”, “madre sustituta” o “madre de alquiler” y define como “el compromiso de una mujer, llamada “mujer gestante”, a través del cual ésta acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación en favor de una persona o pareja comitente, llamados él o los “subrogantes”, a quien o a quienes se compromete a entregar el niño o niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino con él o los subrogantes”⁹.

En ese sentido, continúa SCOTTI, “el recurso a la maternidad subrogada tiende a formalizarse a partir de un acuerdo por el que una mujer, la “madre subrogada”, “madre de alquiler” o “madre portadora”, acepta someterse a las técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación a favor de un individuo o pareja comitente, también llamados “padres intencionales”, a quienes se compromete a entregar el niño o niños que puedan nacer”¹⁰.

⁷ El término de inseminación artificial hace referencia a una técnica de reproducción asistida utilizada en la Medicina Reproductiva ante dificultades de concebir. “El procedimiento consiste en localizar una pequeña muestra de semen (luego de un proceso en el laboratorio), dentro del útero de la mujer con la finalidad de incrementar el potencial de los espermatozoides y las posibilidades de fecundación del óvulo. De esta modo, se acorta la distancia que separa al espermatozoide del óvulo facilitando su unión y aumentando las posibilidades del embarazo. A diferencia de la fecundación *in vitro*, no es necesario la extracción previa de los óvulos de la mujer”. En [en línea] <https://ivi.es/tratamientos-reproduccion-asistida/inseminacion-artificial/> [Consulta: 04 de enero del 2019].

⁸ PERALTA, R. *Derecho de familia en el Código Civil*. Idemsa, 2^o Edición, Lima, 2008, p.372.

⁹ SCOTTI, L. *El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuesta jurídica*, (pp.274) [en línea] <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf> [Consulta: 20 de enero de 2018]

¹⁰ *Ibidem*

En suma, vista la serie de definiciones que hace referencia la doctrina se señala cómo es definida la figura en cuestión. La maternidad subrogada –como prefiero llamarla¹¹– podría definirse como aquel convenio o acuerdo de partes por el cual una mujer fértil sin que medie o no contraprestación económica se obliga a gestar un embrión ajeno (que puede tener o no material genético de los comitentes) y dárselo a los comitentes (cónyuges o no) absteniéndose de todos aquellos derechos que le corresponden como madre. La mencionada figura trae consigo una serie de implicancias jurídicas que se analizarán a lo largo del presente trabajo.

3. Supuestos frecuentes para recurrir a la maternidad subrogada

La maternidad subrogada se presenta dentro de diferentes supuestos entre los cuales están:

En primer lugar, se encuentra los riesgos de salud en el embarazo ante la imposibilidad de gestar en su vientre al menor así como el riesgo en el crecimiento y desarrollo normal del feto (por lo general generado por la medicación de fármacos).

En segundo lugar, se recurre por lo general a la técnica en cuestión, cuando se realiza el proceso de inseminación artificial con el gameto del varón y el gameto de la mujer que llevará en su vientre al menor¹².

En tercer lugar, así como se presenta en el párrafo precedente que el hombre aporte sus gametos con el fin de asumir de manera individual la paternidad, también se encuentra el caso similar en que una mujer no puede gestar y aporta su material genético para una tercera persona (madre gestante) junto con el material genético de un donante, pueda concebir al menor asumiendo la maternidad.

Por último, existen diferentes posibilidades con relación a quienes aportan el material genético: el gameto masculino puede ser de un donante anónimo, o puede darse el caso que el aportante tenga un parentesco familiar o un vínculo amical, o en el caso de las mujeres, puede que el aportante sea de un familiar, la mujer gestante o la mujer contratante¹³.

Como se puede apreciar, los supuestos antes mencionados ponen en evidencia una serie de consecuencias, tales como el cambio de opinión de la madre subrogada a la entrega del nacido o las posibles malformaciones causantes del rechazo por parte de la pareja solicitante a acogerlo, entre otros que se analizarán a lo largo del presente trabajo.

¹¹ El término de “maternidad subrogada” como prefiero llamarla en el presente trabajo, no implica una afirmación que la maternidad sea sustituible.

¹² En este supuesto, tenemos el conocido caso del cantante Ricky Martin que mediante el alquiler de vientre de una mujer que aportó su gameto, pudo ser padre de gemelos.

¹³ CAMACHO, J. *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de los argumentos de los detractores*, [en línea] <http://www.fundacionforo.com.ar/pdfs/maternidadsubrogada.pdf> [Consulta: 26 de octubre 2018]

4. Razones para acudir a la maternidad subrogada

Ya teniendo claro el concepto de la maternidad subrogada y los supuestos en los que se presenta, veamos ahora cuáles son los motivos que llevan a las personas a recurrir a estas técnicas, tanto a los padres contratantes como a las madres subrogadas.

De un lado, veamos unas de las causas por las que las parejas ven en la maternidad subrogada la solución ante la imposibilidad de ser padres: la infertilidad de la pareja o dificultad para tener hijos; imposibilidad o demora para en el trámite de la adopción o posibles defectos genéticos de la familia del adoptado.

Asimismo, se encuentra el deseo de paternidad o maternidad de personas solteras por ser madres o madres.

Por otro lado, se debe tener en cuenta cuáles son las causas por las que las madres sustitutas recurren a la maternidad subrogada. La principal es la dificultad económica que atraviesa la madre gestante, esto se hace presente en los casos en donde se ofrece una contraprestación económica por realiza los “servicios” de gestación.

Otras veces, cuando no media una contraprestación económica por los “servicios”, las madres subrogantes recurren a esta técnica por un anhelo de experimentar un nuevo embarazo, así como ofrecer una alegría de traer una nuevo ser a este mundo por algún lazo familiar o vínculo amical de una persona que está impedida fisiológicamente para ser madre.

Veamos ahora algunos casos en los cuales se presentan las razones expuestas:

En Nigeria, se encontraron más de 20 fábricas de niños en las cuales las mujeres eran utilizadas como un instrumento de explotación para la reproducción humana en condiciones paupérrimas y hasta a veces encadenadas a una pared, como si se trataran de animales. Incluso, eran obligadas a abortar si el menor presentaba alguna malformación¹⁴.

Asimismo, un caso peculiar en el que la madre prestadora del vientre y de bajos recursos se quedó con el niño “defectuoso” porque fue rechazado por los padres-compradores. Fue así como Jenny, una mujer británica y madre biológica, cobró 15.000 euros por gestar a dos gemelos. El niño nació sano y fue acogido por sus padres adoptivos sin embargo la niña no tuvo la misma suerte al padecer de distrofia miotónica congénita, siendo rechazada por los mismos¹⁵.

¹⁴ Cfr. en CHINCHILLA, N, *Valores y ecología humana* [en línea]. <https://blog.iese.edu/nuriachinchilla/2016/03/vientres-de-alquiler-la-nueva-explotacion-de-la-mujer/> [Consulta: 15 de setiembre de 2018], donde la autora menciona diversos ejemplos de maternidad subrogada de personajes públicos como Dolce y Gabanna.

¹⁵https://www.telecinco.es/informativos/internacional/enfermo-ventre-alquiler-rechazado-padres_0_1850100096.html [Consulta: 16 de setiembre de 2018]

A continuación, un caso que ilustra la maternidad subrogada sin fines de lucro en el que familiares cercanos o personas allegadas se ofrecen a llevar en su vientre al menor por encargo de los comitentes, es el ocurrido el 2018 en Japón. Los obstetras son bastante reacios al empleo de madres sustitutas. Una madre de 61 años recibió en donación de su hija carente de útero, el embrión fecundado mediante técnica *in vitro* con los gametos de ella y su pareja, a fin de gestar a quien sería su futuro nieto¹⁶.

Como se puede apreciar, la realidad es muy variada con respecto a las causas por las cuales recurren las personas a la técnica en cuestión. Veamos ahora cuales son las técnicas utilizadas en el proceso de la maternidad subrogada.

5. Técnicas asociadas a la reproducción asistida aplicadas en la maternidad subrogada

En este apartado se analizará de manera detallada el modo en que se lleva a cabo y las técnicas utilizadas en la maternidad subrogada. Así tenemos:

Como primera técnica utilizada y la más frecuente es la fecundación *in vitro* (en adelante FIV) o extracorpórea, por la cual se realiza la fertilización en cápsulas de Petri una vez realizada la extracción del óvulo y los espermias del varón.¹⁷

El tratamiento se inicia con una estimulación ovárica, a fin de incrementar las posibilidades exitosas de embarazo. A continuación, los óvulos son aspirados y tras un examen de laboratorio se clasifica a los ovocitos según la madurez de los mismos. Paralelamente con los gametos del hombre en el laboratorio, son separados el plasma seminal y los espermatozoides, seleccionándose aquellos que presentan mayor movilidad.

Los espermatozoides que se encuentran en constante movimiento se instalan junto con cada ovocito en placas y son incubados a una temperatura equivalente a la del cuerpo humano. Luego de ser efectuada la inseminación, en un lapso de tiempo de 16 a 18 horas se verifica si han fertilizado los gametos al observar los pronúcleos masculino y femenino en el microscopio. Consecutivamente, se produce la división celular del embrión obtenido y se sumerge en un medio de cultivo que se coloca en un catéter de transferencia (conducto estéril y largo), el mismo que viaja por el cuello uterino introduciéndose el contenido en la cavidad uterina¹⁸.

¹⁶ <https://legis.pe/vientres-de-alquiler-los-siete-casos-mas-extraordinarios-de-maternidad-subrogada/> [Consulta: 15 de setiembre del 2018]

¹⁷ CORRAL, H. *Derecho y Derechos de la Familia*. Grijley. Lima, 2005, p.215.

¹⁸ KRASNOW, A. *Filiación- Determinación de la maternidad y paternidad- acciones de filiación- procreación asistida*. Fondo Editorial de Derecho y Economía, Argentina, 2006, p.30

Dentro de la fecundación *in vitro* hay variantes de acuerdo al momento de la fertilización., se precisará la más conocida: la Transferencia intratubaria de ovocitos fertilizados o de embriones. Esta técnica es una variante de la fecundación *in vitro*, puesto que una vez que se unen los gametos, es colocado en la trompa del embrión resultante. A partir de allí se distinguen las siguientes técnicas:

Por un lado, se encuentra la transferencia a la trompa de uno o más huevos fecundados, a partir de las 36 horas de realizada la fertilización. Y, por otro lado, se encuentra la transferencia de embrión a las trompas, realizada dos días posteriores a la fecundación.

Por último, tenemos a la transferencia de pronúcleos a las trompas, en la cual los gametos comienzan su fecundación fuera del cuerpo de la mujer y son trasladados a las trompas de Falopio mediante una laparoscopia. Esto se da cuando aún no se han producido la división de las células embrionarias, dentro de las 24 horas¹⁹.

Como segundo punto a tratar se encuentran las técnicas que han permitido facilitar las TERA y en concreto a la fecundación *in vitro*²⁰ utilizada en la maternidad subrogada.

La técnica del Cocultivo, mediante la cual los embriones son incubados con otras células y en medios especiales con el fin de prolongar su estadía *in vitro* (en la incubadora) garantizando un vital desarrollo y crecimiento. Así, solo los embriones aptos, es decir, los de óptima calidad continuarán su evolución hasta el estado denominado “blastocisto”. Todo ello, con el fin de transferir un menor número de embriones a fin de disminuir el riesgo de embarazo múltiple y aumentar de las posibilidades del embarazo²¹.

Otra técnica es la Eclosión Asistida. Los embriones están englobados por una membrana glicoproteica llamada zona pelúcida. Cuando el embrión se encuentra en la etapa de blastocisto, llega a la cavidad uterina para desprenderse de la zona pelúcida e instaurarse en el endometrio de la mujer. Este proceso, en que se produce la eclosión, es causado por el adelgazamiento de la zona pelúcida como consecuencia de la acción de sustancias procedentes del endometrio y del mismo embrión.²²

¹⁹ *Ibídem*.

²⁰ “Un equipo de especialistas ingleses manifestó haber obtenido a un bebe a partir de muestras de esperma que permanecieron congelados por 21 años. Dicho material genético pertenecía un hombre que a los 17 años fue sometido a quimioterapia para combatir un cáncer de testículos. Aunque el tratamiento oncológico lo dejó estéril, dos décadas más tarde el paciente, ya casado, decidió con su esposa someterse a un I.C.S.I. Los espermatozoides utilizados fueron obtenidos de las muestras que permanecieron a 196° bajo cero durante 21 años. En el 2002, tras cuatro tratamientos de fecundación asistida efectuados mediante inyección intracitoplasmática, nació un varón”. En KRASNOW, A. *Filiación- Determinación de la maternidad y paternidad- acciones de filiación- procreación asistida*. Fondo Editorial de Derecho y Economía, Argentina, 2006, p.32

²¹ [En línea] http://www.nascentis.com/tecnicas_reproduccion_asistida%20 [Consulta: 10 de febrero de 2019]

²² *Ibídem*

En razón a ello, cuando los embriones no poseen la habilidad para adelgazar y desprenderse de la zona pelúcida se ha diseñado el procedimiento de micromanipulación eclosión asistida. Este procedimiento se lleva a cabo antes de realizar la transferencia mediante una pequeña abertura en la mencionada zona pelúcida, con el propósito de posibilitar el desprendimiento de la zona y su posterior implantación. La técnica en mención es frecuentemente utilizada en los embriones de mujeres mayores de 37 años las cuales se presentan en su mayoría una zona pelúcida engrosada, así como en pacientes con fracasos anteriores en los que se ha aplicado la técnica de la fecundación *in vitro* y los embriones aparentemente de buena calidad y no implantaron.

En esa misma línea se encuentra la técnica del Diagnóstico Genético Preimplantatorio (PGD), a través del cual se estudia previa a la transferencia del embrión su constitución genética. Todo ello a través de un diagnóstico rápido en el estadio del embrión en blastocisto²³.

Presenta una utilidad limitada, es decir, permite definir si el embrión posee o no alguna anomalía en específico por el cual está siendo analizado, sin embargo, no permite determinar si existe alguna otra alteración.

Por último, se encuentra la donación de óvulos²⁴. Es decir, la unión y posterior concepción de los óvulos de una donante anónima con el semen de la pareja de la paciente, dando como resultado la creación de embriones en el laboratorio y permitiendo su introducción en el útero. Cabe aclarar que la mujer recibe medicación previa a este paso con la finalidad de preparar su útero para la llegada y futuro desarrollo del o los embriones.

Si una mujer posee óvulos sobrantes y atraviesa un procedimiento de la fecundación *in vitro* está en condiciones de donar sus óvulos sobrantes, de lo contrario deberán estimular su ovulación a través de una punción y así conseguirlos. Sin embargo, en ambos casos la donante deberá pasar por una revisión médica y estudios de salud según los Protocolos del Programa de Ovodonación.

Todas las técnicas asociadas a la reproducción asistida de alta complejidad solo se diferencian en el método de laboratorio utilizado, así como dónde y cuándo se produce la transferencia de gametos y/o embriones.

²³ *Ibidem*

²⁴ *Ibidem*

6. Puntos conflictivos de las técnicas asociadas a la reproducción asistida relacionados a la maternidad subrogada

El éxito del nacimiento de un menor con el uso de las TERA se enfrenta a ciertos puntos conflictivos en los cuales la vida del menor es la menos protegida. La doctrina argentina es la que mejor desarrolla este aspecto que desarrollaremos a continuación.²⁵

En primer lugar, se encuentran los embarazos múltiples²⁶: por la transferencia de un número elevado de embriones en las técnicas con fecundación *in vitro* o también por la maduración de un número excesivo de óvulos en los casos de fecundación intracorpórea. Ante esta eventualidad, la cual puede afectar negativamente la salud de la gestante, y de los fetos, algunos centros utilizan la técnica de “reducción embrionaria”²⁷.

Se debe tener en cuenta que la cantidad de embriones transferidos depende no solo del aspecto de los embriones logrados, sino también de si ha habido fracasos previos de las técnicas asociadas a la reproducción asistida o si la mujer es mayor de 40 años puesto que en este caso aumenta la probabilidad de que alguno de ellos no se implante en el útero. En el supuesto que los embriones carezcan de una correcta morfología se necesitará implantar dos o tres para tener mayores posibilidades de éxito.

Los embarazos múltiples de mellizos, trillizos, cuatrillizos o más conllevan numerosas complicaciones tanto en la salud a la madre, con la pre-eclampsia²⁸, como en sus bebés con su nacimiento prematuro.

Asimismo, la existencia de embarazos múltiples puede llegar a ser un factor determinante que conlleve a la práctica de una “reducción embrionaria o un aborto selectivo de uno o más embriones implantados”. Solo así la paciente podría llevar un embarazo con un menor nivel de riesgo de dos o tres embriones como máximo sin perjudicar la salud tanto de ella como de

²⁵ ANDORNO, R, ARIAS DE RONCHIETTO, C, CHIESA, P, *El derecho frente a la procreación artificial*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997, pp.35-38.

²⁶ En la actualidad, solo un 24% de los embarazos logrados mediante técnicas asociadas a la producción asistida son múltiples. Los datos estadísticos en el caso del país de España señalan que en el caso de la inseminación artificial el 12% de los embarazos son múltiples, mientras que con la técnica de fecundación se eleva hasta el 20% En línea .<http://reproduccionasistida.sanitas.es/z/embarazo-múltiple> [Consulta: 9 de noviembre de 2018]

²⁷ Técnica que consiste en la punción de sacos gestacionales del núcleo materno a fin de eliminar el número de embriones excedentes. Este procedimiento tiene lugar durante las primeras semanas del embarazo, así mismo, los criterios utilizados dependen exclusivamente del médico dependiente.

²⁸ Patología exclusiva del embarazo, caracterizada por la hipertensión y asociada a elevados niveles de proteína en la orina. Para mayor información cfr. PACHECO, J, *Preeclampsia / eclampsia: Reto para el ginecoobstetra* [en línea] http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1728-59172006000200010 [Consulta: 05 de mayo del 2019]

los embriones. Sin embargo, esta se volvería una situación paradójica al incitar la ejecución del aborto, cuando lo que se busca es concebir un niño²⁹.

Ahora bien, un punto en controversia para evitar el embarazo múltiple es la cantidad de embriones transferidos por ciclo, pues se han generado dos opciones diferentes y contrapuestas: por un lado, se encuentra el caso de Estados Unidos, que favorece al éxito en el logro de este tipo de embarazos, “para ello sostiene la política de transferir alrededor de cuatro embriones por ciclo (debe aclararse que no se trata de una política explícita, ya que EE.UU. no tiene una regulación legal única al respecto), obtiene con ello el altísimo índice del 38% de embarazos múltiples”³⁰.

De otro lado, se encuentra el caso de Bélgica, país en el que mujeres menores de 36 años solo pueden transferir un embrión en los dos primeros ciclos. Si el intento es fallido, pueden transferir un embrión adicional desde el tercer al sexto ciclo. No obstante, a partir de los 39 años, las mujeres tienen permitido transferir hasta tres embriones desde el primer ciclo³¹.

En segundo lugar, se encuentra el congelamiento de embriones. Este procedimiento es aplicado siempre y cuando existan muchos embriones que traerían como consecuencia un embarazo múltiple o cuando sea necesario postergar la transferencia por razones médicas. Cuando estos embriones son descongelados, el porcentaje de pérdida de los mismo oscila entre un 20 a 25% debido al daño celular ocasionado por el cambio térmico, sin tener en cuenta los abortos espontáneos que se generan una vez implantados dentro del útero.

Esta técnica también es conocida como crioconservación de embriones, es decir, el proceso de congelar embriones que no son transferidos. Por lo general, todos los embriones fertilizados normalmente se cultivan en estado de blastocisto, como lo he mencionado en párrafos anteriores, en el cual se selecciona el de mejor calidad para la transferencia, en consecuencia, se congelarán todos los blastocitos de buena calidad que se desarrollen y que no sean transferidos³².

En tercer lugar, se encuentra la biopsia embrionaria. Considerada como la extracción de una de las cuatro a ocho células que constituyen a un embrión de aproximadamente 48 horas de existencia, con el propósito de averiguar si su código genético es portador o no de una enfermedad hereditaria sospechada.

²⁹ LUNA, F, *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina* [en línea] <https://lac.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Libro%204.%20Reproduccion%20asistida.pdf> [Consulta: 13 de setiembre de 2018].

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*

³² En https://healthonline.washington.edu/document/health_online/pdf/Embryo-Cryopreservation-SP.pdf, [Consulta: el 06 de setiembre del 2018]

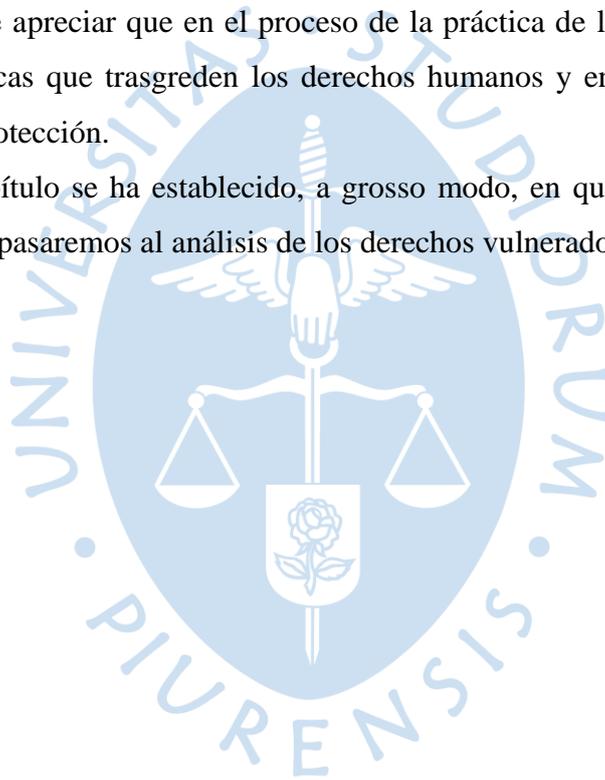
De esta manera aquellos embriones identificados como afectados son desechados y solo se transfieren al útero materno los que no presentan riesgo de padecer la patología, ello con el fin de evitar patologías de tipo hereditario.

El embrión biopsiable al tercer día debe ya poseer de 6 a más células, de esta forma su desarrollo y futuro crecimiento no se pondrá en peligro al “capturar” una de sus células para realizar el análisis antes mencionado.

Para iniciar la biopsia, utilizando pulsos de láser o agentes químicos, el embrión en su zona pelúcida experimenta una abertura u orificio. De esta manera se obtiene, mediante aspiración, una blastómera (célula del embrión) para ser examinada en laboratorios de biología molecular y genética

En suma, se puede apreciar que en el proceso de la práctica de la maternidad subrogada, existen diversas técnicas que trasgreden los derechos humanos y en especial del concebido que necesita mayor protección.

En el presente capítulo se ha establecido, a grosso modo, en qué consiste la maternidad subrogada, por lo que pasaremos al análisis de los derechos vulnerados con esta práctica.



Capítulo 2

Análisis de los derechos y principios vulnerados con la maternidad subrogada

La aplicación de la técnica de la maternidad subrogada da como resultado un ser semejante a nosotros, diferenciándose básicamente en la manera no natural en la que fueron concebidos. Por ello la importancia de cuestionarse si es válida o no ya que, en un Estado Democrático de Derecho, inspirado en principios y valores, su deber primordial es la efectiva promoción de los derechos del hombre como exigencia de su dignidad humana.

A continuación, se analizarán algunos principios y derechos vulnerados con la práctica de esta técnica.

1. Deber de observancia obligatoria de los derechos fundamentales en la maternidad subrogada

Los derechos fundamentales, entendidos como expresiones concretas de la dignidad, libertad e igualdad humana, se encuentran dispuestos normativamente como “un conjunto de facultades asignadas a su titular, y que se vinculan positiva y negativamente al poder político al punto de legitimar su actuación”³³. Siempre y cuando los derechos sean considerados no como realidades abstractas o anacrónicas sino como aquellas que parten de la naturaleza humana.

Los derechos como tales son bienes fundamentales para la permanencia y despliegue humano. Por tanto, el Derecho deberá reconocerlos y garantizar su cumplimiento teniendo como finalidad, a través de la satisfacción de las necesidades humanas, el logro de cuotas de perfección humana.

Ahora bien, cada derecho humano cuenta con un contenido esencial que debe ser garantizado y protegido. El estado cumple en ello un rol importante tanto en la protección de la no vulneración como en la promoción de los mismos.

A continuación, se precisará el contenido esencial de los derechos vinculados en la maternidad subrogada cuya observancia debe ser obligatoria a fin de dar protección a la persona humana, ello con el fin de determinar en el último capítulo si se vulneran o no estos derechos con la práctica de esta técnica.

³³ CASTILLO, L. *Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales*. Ara Editores, Lima, 2003, p.37

2. Análisis de los derechos y principios vinculados con la maternidad subrogada

Analizaremos en el presente acápite algunos de los derechos y principios vinculados con la práctica de la maternidad subrogada. Comenzaremos con la dignidad humana, luego el derecho a la vida, posteriormente el derecho a la identidad para pasar al principio del interés superior del menor, y finalmente el derecho de la protección de la familia y el deber de paternidad responsable.

2.1. Dignidad de la persona humana. La dignidad humana es un concepto utilizado en la fundamentación de los derechos humanos. Para el presente estudio, es necesario analizar el concepto de la dignidad humana a fin de determinar en el capítulo siguiente si se vulnera o no con la práctica de la maternidad subrogada.

2.1.1. Marco Normativo. En primer lugar, veamos en los diferentes textos internacionales y nacionales donde se ha recogido a la dignidad humana, así tenemos:

En el ámbito internacional, la DUDH aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 y aprobada en el Perú el 9 de diciembre de 1959 mediante Resolución Legislativa N° 13282 indica:

Preámbulo: “(...) la libertad la justicia y la paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de la **dignidad** intrínseca y de los derechos inalienables y de toda la familia humana”.

“(...) los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la **dignidad** y el valor de la persona humana y en la igualdad de los derechos de los hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad”.

Artículo 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en **dignidad** y derechos, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Artículo 23, inc. 3: “Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que les asegure, así como su familia una existencia conforme a la **dignidad humana** y que será completada, en caso necesario por cualesquiera otros medios de protección social”.

En segundo lugar, se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966, con entrada en vigor desde 23 de marzo de 1976 y aprobado en el Perú mediante Decreto Ley N° 22128:

Preámbulo: “(...) conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad

inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana (...).”

Artículo 10, inciso 1 señala: “1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

En tercer lugar, se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante el 16 de diciembre de 1966 y adoptado en el Perú mediante Decreto Ley N° 22129:

Artículo 13, inciso. 1 señala: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales (...).”

En cuarto lugar, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", suscrita por el Perú el día 27 de julio de 1977 y aprobada mediante el Decreto Ley N° 22231 de fecha 27 de julio de 1977, en relación con la dignidad humana se regula:

Artículo 5, Inc. 2 señala: “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

Artículo 6, inc. 2 establece: “(...) El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso”.

Artículo 11, inc. 1 apunta: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

Por último, cabe mencionar a Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49, que precisa lo siguiente:

“Artículo 37 Los estados partes velarán porque:

Inciso c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad (...).”

Tal como se puede apreciar de los textos de carácter internacional, suscritos y aprobados por el Perú con carácter vinculante, la persona humana es el eje por el cual se legitima la acción del Estado y sobre ella se encuentra el orden jurídico internacional y nacional. Por ello se precisa que, junto con la dignidad humana, constituyen el fundamento de los derechos.

Estoy de acuerdo con PACHECO³⁴ cuando comenta que el significado de la dignidad humana en la Declaración Universal de Derechos Humanos no se trata de “un himno a la libertad desgajada de responsabilidad, sino un compromiso de promover el progreso social en libertad, de acuerdo a los parámetros objetivos delineados por el modo de ser propio de la condición humana”.

Según lo expuesto, el respeto a la dignidad exige la libertad sea ejercida “partiendo de la existencia de unos bienes básicos a los que tiene derecho todo ser humano para alcanzar plenitud”³⁵.

Más adelante se detallará con mayor precisión la dignidad y sus alcances.

A continuación, haré referencias a la normativa de ámbito nacional que regula a la dignidad humana:

En primer lugar, se encuentra la CP de 1993, la cual señala:

Artículo 1: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Artículo 3: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

Artículo 23: (...) “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”.

En segundo, se encuentra la Ley N° 26842 – Ley General de Salud:

Artículo 15: “Toda persona, usuaria de los servicios de salud, tiene derecho...”:

a) “Al respeto de su personalidad, dignidad e intimidad”.

³⁴ PACHECO, L, “La dignidad en los derechos humanos”, en *60 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Editora USAT, Chiclayo, 2011, p. 23

³⁵ PACHECO, L. *La dignidad humana en la Declaración Universal de los Derechos Humanos* [en línea] https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3868/Dignidad_humana_Declaracion_Universal_Derechos_Humanos.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Consulta: 05 de mayo del 2019]

Por último, cabe mencionar el Decreto Supremo N° 011-2011-JUS, el cual aprueba los Lineamientos que garantizan, reconociendo y aceptando los Derechos Humanos, la práctica de la Bioética.

Numeral 1, del Punto V. Principio de respeto de la dignidad humana:

“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad constituyen fin supremo de la sociedad y del Estado y fundamento para el ejercicio de los derechos que le son propios.

La dignidad intrínseca de la persona humana prohíbe la instrumentalización de ésta. La persona humana es considerada siempre como sujeto y no como objeto. El valor de la persona humana no depende de factores ajenos a su dignidad. El ser humano es respetado no solo como persona, sino también conforme a su pertenencia a la familia humana. Las diversidades culturales y plurales de nuestro país no pueden representar una justificación para transgredir los legítimos límites que establece el reconocimiento del principio de respeto de la dignidad humana”.

2.1.2. Aproximación terminológica: Comentarios de la doctrina. Según la Real Academia Española el término dignidad proviene del latín *dignitas* que hace referencia a la cualidad de digno, excelencia y realce.

Ciertamente, el valor inherente del ser humano se expresa en esta definición de dignidad pues proviene de una serie de rasgos de identificación que la convierten en única e irreplicable, dicho en otras palabras, es pues, el centro del mundo y está centrada en el mundo.

Para PECES- BARBA³⁶, la persona es el fin que por decisión propia se somete a la regla, cuyo valor no se cuantifica y no tiene permitido ser usado como medio pues todas las facultades que encierra su condición como tal parten de la idea de dignidad humana. Así pues, es un deber fundante gracias al cual los fines de ética pública política y jurídica son explicados, al servicio de ese deber ser. A su vez, precisa que la dignidad se funda en dos perspectivas: La primera, se deriva por un lado de la autonomía, es decir la capacidad de elección, el poder de elegir libremente y de la libertad o independencia moral y, por otro lado, del resultado del deber, es decir, que, haciendo uso de su libre elección, actúa según las reglas autoimpuestas.

La segunda perspectiva se deriva del análisis de las facultades que poseemos y que nos diferencia de los animales, tales como la capacidad de construir conceptos generales y de razonar; la reproducción de emociones, sentimientos, afectos y la sociabilidad.

En suma, a medida que somos seres racionales, ejercemos nuestra autonomía pues actuamos según una libertad que abarca desde la libre elección hasta libre moral, poniendo en

³⁶ PECES-BARBA, G, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. Ed. Dykinson, 2º Ed, Madrid, 2003. pp.66-69.

evidencia nuestra capacidad racional, comunicativa, estética y convivencial para realizar el deber ser de nuestra dignidad.

Una precisión relevante realiza FERNÁNDEZ³⁷, cuando analiza a través de una interpretación sistemática de los artículos 1,3 y 7 de la CP que el ser humano es digno por ser precisamente persona y no por una mera e indeterminada autonomía moral. Hace referencia además a que la autonomía, libertad y su valor de respeto moral encuentran su sustento en la naturaleza o condición humana de toda persona, siendo esta realidad pre-positiva la que es reconocida por el legislador constituyente y ha de ser defendida desde la labor jurisprudencial. Añade que el fundamento de los derechos humanos es la dignidad en sentido ontológico, es decir, dignidad ontológica que se expresa en una recta autonomía y que en ese sentido determina los contenidos concretos de los derechos humanos que el estado peruano protege, en definitiva, en plena consonancia con sus inherentes instrumentos reconocidos mundialmente.

Por tanto, para FERNÁNDEZ, a diferencia de PECES-BARBA, pone un importante énfasis en la segunda perspectiva de la cual se hacía mención. Precizando además que la dignidad ontológica se expresa a través de la recta autonomía y dota de contenido a los derechos.

Ahora bien, el respeto a la dignidad constituye el principio universal que le confiere unidad a nuestro ordenamiento jurídico. La persona como fin en sí misma, como una compleja realidad que tiende a la perfección es el principio constitutivo de los derechos fundamentales que el ordenamiento jurídico reconoce.

Esta disposición es plenamente jurídica y vinculante, convirtiéndose en el primer criterio normativo constitucional que debe guiar la actuación legislativa, ejecutiva o judicial del Estado peruano a través de los distintos órganos. De igual manera, debe ser el principal criterio hermenéutico que deberá tomarse en consideración cuando se quiera interpretar cualquier norma, incluida la misma CP.

Para CASTILLO CÓRDOVA, la referencia sobre el artículo 1 de la CP, tiene una fundamental manifestación jurídica cuya traducción se precisa en los derechos del hombre. Así, decir que la persona humana es el fin, significa que los derechos fundamentales son el fin de la existencia del Estado; y decir que el Estado debe promover el pleno desarrollo de la persona

³⁷ FERNÁNDEZ, J, *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del tribunal constitucional peruano. La tensión entre la mera autonomía y libertad ontológica*. Editorial Palestra, Lima, 2012, pp.127-128.

humana, equivale a decir que el Estado debe promover la plena vigencia de los derechos de la persona³⁸.

Por tanto, los derechos humanos deben ser garantizados por el poder estatal, no solo en la no intromisión o entorpecimiento del ejercicio de los derechos, sino también que en la medida de las posibilidades y de las condiciones materiales y jurídicas, promover los derechos constitucionalmente recogidos sean reales y efectivos en la persona.

Todo ello, tiene justificación en la medida que la existencia misma del Estado y el ejercicio del poder se legitima cuando ambos caminan hacia la consecución de la plena realización y vigencia permanente y eficaz de los derechos de la persona.

En esa misma línea precisa CASTILLO CÓRDOVA³⁹ que, “las exigencias jurídicas que son los derechos reconocidos constitucionalmente, deben guiar la acción del poder estatal. Esto significa que la legitimidad tanto de la existencia de la comunidad política, como del ejercicio del poder político, está en función de los derechos constitucionales. Tanto la organización estatal como el poder político existen como medio destinado a servir a que la persona logre su óptimo desarrollo. Si el Estado, entendido como comunidad política y como poder político no tiene por finalidad la promoción efectiva de la persona humana a través del favorecimiento pleno de sus derechos, cualquier actuación estatal e incluso la existencia misma del Estado pierde toda legitimidad y justificación. Por tanto, el papel de estos derechos constitucionales en la existencia y actuación estatal es de carácter fundante y legitimador”.

Acertadamente añade en ese sentido DE LA FUENTE-HONTAÑÓN⁴⁰, que la persona y la dignidad son dos realidades inseparables, por lo cual el ser humano debe dar y recibir un trato basado en la justicia y sobre todo en sus propios derechos fundamentales. El ordenamiento jurídico deberá reconocer y defender socialmente su dignidad pues es, la persona, el inicio, sujeto y fin mismo del derecho, *fons omnis iuris*.

Es decir, para los autores, la persona y su dignidad son innatas al ser humano del cual brotan los derechos constitucionales y su protección son el eje que legitima la actuación del Estado.

³⁸ CASTILLO, L., *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, Palestra Editores, Lima, 2207, p. 128

³⁹ *Ibidem*, p. 293

⁴⁰ DE LA FUENTE- HONTAÑÓN, *La protección de la vida y la dignidad de la persona humana en el derecho peruano*; 2011, [en línea]
https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1632/Proteccion_de_la_vida_y_dignidad_de_la_persona_humana.pdf?sequence=1 [Consulta: 01 de febrero de 2019]

2.1.3. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional con respecto a la dignidad de la persona humana. Vemos ahora algunos de los pronunciamientos del TCP con respecto a la dignidad:

En primer lugar, analizaremos la STC Exp. N° 2273-2005-PHC/TC, el demandante solicita a la Reniec un duplicado de su DNI con el cambio de nombre y sexo. El TCP atribuye a la dignidad dos perspectivas que hacen referencia a una misma realidad: una como principio de Derecho y la otra como derecho autónomo.

La primera se trataría de la dignidad como principio de los derechos humanos, así precisa en el fundamento 6: “Existe, pues, en la dignidad, un indiscutible rol de principio motor sin el cual el Estado adolecería de legitimidad, y los derechos de un adecuado soporte direccional. Es esta misma lógica la que, por otra parte, se desprende de los instrumentos internacionales relativos a Derechos Humanos, que hacen del principio la fuente directa de la que dimanarían todos y cada uno de los derechos del ser humano (...)”.

En el fundamento 7 a la dignidad como fundamento, fin y límite de todos los derechos, precisando: “(...) la dignidad sea caracterizada por la posición preferente que ocupa en el ordenamiento jurídico, y por la individualización respecto del rol de fundamento, fin y límite que a la misma le corresponde cumplir frente a la existencia de todos los derechos fundamentales”.

A continuación, en su fundamento 8 precisa a la dignidad como una definición que no se queda en el plano filosófico sino que debe ser una expresión del correlato entre el ser y el deber ser: “ (...) la realización de la dignidad humana constituye una obligación jurídica, (...) que los poderes públicos y los particulares deben garantizar el goce de garantías y niveles adecuados de protección a su ejercicio; y es que, la protección de la dignidad es solo posible a través de una definición correcta del contenido de la garantía. Solo así, la dignidad humana es vinculante, en tanto concepto normativo que (...) no puede llevarnos a colocarla, únicamente, en el plano pre jurídico o de constructo filosófico. Pues, en la dignidad humana y desde ella, es posible establecerse un correlato entre el “deber ser” y el “ser”, garantizando la plena realización de cada ser humano”.

Para finalizar dentro de este punto, se encuentra el fundamento 10 que precisa a las consecuencias de considerarlo como principio: “[Como] principio, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos (...) y c) criterio que comporta

límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extensible a los particulares”.

Finalmente, en suma a lo mencionado por el TCP podemos precisar que la dignidad entendida como principio teleológico de interpretación establece límites tanto: *ex ante*, a través de la implantación del marco conceptual para la política de construcción jurídica del ordenamiento jurídico y del fundamento y presupuesto inmediato del catálogo de derechos fundamentales reconocidos y garantizados, como *ex post* a través del establecimiento de límites en el argumento sustancial de cada derecho y los alcances en el caso concreto de las pretensiones de los particulares y legislativas, administrativas y judiciales.

La segunda perspectiva se trataría de la dignidad como derecho autónomo, en el fundamento 9 precisa: “(...) encontramos que la dignidad humana constituye tanto un principio como un derecho fundamental, de forma similar a la igualdad, debido proceso, tutela jurisdiccional, etc.”.

Además, en el fundamento 10 precisa: “en tanto derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y cumplimiento en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma praxis intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de afectar la esencia de la dignidad humana, ante las cuales no podemos permanecer impávidos”.

Cabe precisar que para FERNÁNDEZ⁴¹, no se trata de un derecho autónomo: porque es portador de un contenido ético jurídico amplio que incluye de alguna manera el de todos los derechos fundamentales que la sustentan y la expresan, lo que hace difícil fundamentar ese contenido autónomo el TCP exige para su reconocimiento *ius* fundamental. Además, no se encuentra en la jurisprudencia del TCP un desarrollo autónomo de tal derecho.

Por último, precisa que es un fundamento de todo derecho humano, la fuente direccional hermenéutica del contenido y la razón de exigibilidad de todos los derechos fundamentales, y en ese sentido tiene claro respeto incondicional.

Considero que la dignidad se trata no solo de un principio, sino también de un derecho constitutivo de los derechos fundamentales recogidos y reconocidos en la CP⁴². A partir de ello, cabe cuestionarse cómo es que la dignidad se vulnera si trataría del derecho constitutivo de los derechos constitucionales.

⁴¹ FERNÁNDEZ, J, *La dignidad como fundamento... ob.cit.* pp. 110 y ss.

⁴² STC Exp. 0044-2004-AI/TC, fundamento 32.

Pues bien, se identifica la vulneración de la dignidad en el caso concreto siendo el criterio fundamental para delimitar en los casos de conflictos de intereses el contenido de los derechos fundamentales. En palabras de PACHECO-ZERGA⁴³: “la vulneración de la dignidad solo puede predicarse *ad casum*. Sin embargo, la dificultad de esta tarea no puede ser excusa para desentendernos de ella, porque es el quicio de nuestro orden constitucional”.

En segundo lugar, en la STC Exp. N°10087-2005-PA/TC, de fecha 18 de diciembre del 2007, se precisa que es la dignidad humana la razón, validez y parámetro de los derechos, según lo expuesto en el fundamento 5: “La dignidad de la persona humana constituye un valor y un principio constitucional (...) [y] también es un dinamismo de los derechos fundamentales; por ello es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, así como la fuente de los derechos fundamentales. De esta forma, la dignidad se proyecta no solo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo de la persona y de sus derechos”.

En tercer lugar, en concordancia con el párrafo precedente, se encuentra a la STC Exp. N° 2945-2003-AA/TC, de fecha 20 de abril del 2004, en el fundamento 19 señala: “El principio de dignidad irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano solo puede ser lograda a través de la protección de las distintas gamas de derechos en forma conjunta y coordinada”.

En otras palabras, el TCP remarca a la dignidad como principio presente en cada uno de los derechos reconocidos en nuestra CP. La protección de la dignidad se dará en la medida que se asegure la protección conjunta de dichos derechos en los cuales se encuentra presente la dignidad.

En cuarto lugar, la STC exp. N° 0008-2003-AI/TC, el TCP precisa de manera acertada que la persona y su dignidad están por encima de cualquier realidad económica. Así, señala en su fundamento 14, que la dignidad es la estimación ontológica de nuestros principales derechos, dentro de los que se incluyen los de contenido económico. La problemática económica encontrará así, una respuesta o solución constitucionalmente cercana a la dignidad humana, debido a que, la posibilidad de que el ser humano sea utilizado como medio para lograr y mantener una economía estable, es nula. Es pues la persona quien debe contribuir a la

⁴³ PACHECO-ZERGA, L, *Respeto de la dignidad humana y deber de buena fe* [en línea] https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2624/Respeto_dignidad_humana_deber_buena_fe.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Consulta: 08 de abril del 2008].

obtención de un fin superior tanto para el Estado como para la sociedad; a saber, la consolidación de la dignidad del hombre.

De esta manera, de acuerdo con lo señalado por el TCP acerca de que la persona es prioridad sobre cualquier realidad económica, MARCIAL RUBIO precisa que siendo esta el centro de la sociedad, el defender su dignidad supondrá situar al respeto, gratuidad y servicio sobre la eficiencia, funcionalidad y utilidad pues si bien estos últimos son convenientes en sí mismos, no pueden convertirse en valores o fines. La igualdad entre las personas se da por su condición humana más no por lo que posee o es capaz de producir⁴⁴.

Ahora bien, la persona en el artículo 1 de la CP, es considerada tanto individualmente como en sus relaciones sociales caracterizadas por la solidaridad, siendo guía de las conductas de sus semejantes dentro de la sociedad. Así este principio estaría dentro de los derechos implícitos en el tercer artículo de la CP.

A manera de conclusión, la dignidad humana como principio rector y como derecho, le pertenece a toda persona por el hecho de ser tal y como derecho suele ocurrir que su vulneración no se dé en abstracto, sino que concurren con otros derechos fundamentales como es el derecho a la vida. En el presente trabajo, es necesario precisar desde cuándo inicia la vida, es decir, desde qué momento se le brinda protección jurídica al embrión.

Ello en la medida que gracias al perfeccionamiento de la ciencia y la tecnología se comenten continuamente diversas vulneraciones del embrión, en especial en las técnicas asociadas a la reproducción humana asistida, cuyas prácticas ponen en juego la vida y la dignidad del concebido que ha abierto la posibilidad de la concepción fuera del claustro materno como es en el caso –para citar a modo de ejemplo– el congelamiento de embriones. Pues bien, por ello es necesario analizar en el apartado siguiente el derecho a la vida, el inicio de la misma y el tratamiento jurídico del embrión que como tal posee dignidad y que el Estado debe proteger.

2.2.Derecho a la vida. El derecho a la vida y a la dignidad del ser humano preexiste al orden estatal como una realidad ontológica exigible por sí misma. En este contexto, el Derecho considera con primacía principios y valores que superan la ley formal. Asimismo, los valores y principios se presentan como herramientas que ayudan en la determinación que existe detrás de todo dispositivo legal y su interpretación no podrá estar al margen o en contra

⁴⁴ RUBIO, M, EGUIGUREN F, BERNALES, E, *Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2010, p.49

de la persona, sino que— al ser la persona y su dignidad una realidad a partir de la cual se entiende el Derecho— se debe tomar como base para lo jurídicamente exigible.

2.2.1. Marco Normativo. En primer lugar, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) nace como un intento de redención ante el panorama catastrófico que dejó la segunda guerra mundial. En este documento el hombre deja de ser un simple ciudadano, impulsador de la política y la economía, y defensor de su patria, para pasar a ser considerado como un ser humano con dignidad, cuya vida prima sobre todos los demás intereses. Así precisa:

Artículo 3: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

Con la DUDH la vida es un derecho y como todo derecho puede ser invocado por la persona que lo ostenta.

Este sería el primer documento con incidencia mundial, que reconoce la vida como un derecho fundamental. Así todos los países firmantes, entre ellos el Perú, que suscribieron este documento tienen el deber de respetarla, en caso contrario se les atribuye responsabilidad internacional.

En segundo lugar, se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Entre los derechos individuales garantizados por el Pacto se encuentran:

“Artículo 6: Derecho a la vida y la supervivencia”.

Por último, cabe mencionar a Convención sobre los Derechos del Niño que precisa sobre el derecho a la vida lo siguiente:

Artículo 6: inciso 1. “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”. Inciso 2. “Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

Artículo 23 inciso 1: “Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad”.

Por tanto, en concordancia con la cuarta disposición civil y transitoria de nuestra CP que precisa: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados internacionales sobre las mismas materias ratificadas

por el Perú”); los tratados internacionales suscritos por nuestro país, incluyendo los pactos mencionados anteriormente, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, como bien lo establece el artículo 55° de la CP.

En estos textos internacionales, como se puede apreciar el derecho a la vida es asociado con el derecho de supervivencia, libertad y seguridad, sin dejar de lado el despliegue de las potencialidades humanas. La Convención sobre los Derechos del Niño, destaca además la protección y el disfrute de condiciones dignas en las cuales el menor pueda desarrollarse y valerse por sí mismo.

A continuación, se detallará alguna normativa de ámbito nacional que regula a la dignidad humana:

En primer lugar, se encuentra la CP de 1993, la cual señala:

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

1. “A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

En segundo lugar, se hace mención el Código Civil:

Artículo 1.- “La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”.

En tercer lugar, el Código de Niños y adolescentes señala:

Artículo 1: “El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental”.

Nuestros textos nacionales resaltan la importancia del derecho a la vida que posee toda persona por ser tal, haciendo hincapié en que el inicio de la vida es a partir de la concepción y en la primordial protección que merece el concebido; puntos trataremos en el siguiente apartado.

2.2.2. Aproximación terminológica: Comentarios de la doctrina. Todo individuo de la especie y naturaleza humana tiene derecho a la vida. Es un derecho esencial, cuya razón de ser es la dignidad ontológica de la persona, siendo esta última partícipe y propietaria de su ser por su exigencia ontológica⁴⁵.

⁴⁵ HERVADA, J, *Escrito de Derecho Natural*. Tercera Edición, Ediciones Universidad de Navarra, S.A (EUNSA), Navarra, 2013, p. 251

El derecho a la vida es indispensable, básico y natural cuya inexistencia impediría a cada hombre la posibilidad de hacer valer y disfrutar de sus derechos. De hecho, independientemente que el ordenamiento jurídico lo haya regulado como tal, le corresponde a la persona como una realidad ontológica exigible por sí misma, propia de un derecho natural.

El derecho a la vida, según lo señala CHANAMÉ⁴⁶, debe reconocerse como el derecho básico que exalta la esencia, dignidad y defensa de la libertad de la persona, considerándolo sobre otros derechos conexos que dependen inevitablemente de la vida misma. Es pues indispensable su cumplimiento para que se dé una correcta práctica de los demás derechos. Ciertamente es, “la condición *sine qua non* para que el hombre se considere como tal”.

De igual manera, señala JUAN ESPINOZA que el derecho básico y natural a la vida debe ser atribuido a toda persona por el hecho de existir. A través de la vida el ser humano se encuentra consigo mismo convirtiéndola en una situación innata e irreversible que va más allá de un mandato jurídico; solamente después puede considerarse la necesidad de existir⁴⁷.

Por tanto, el derecho a la vida implica el deber que el Estado o del poder público en general cumplen de no deteriorar intencionalmente la vida humana, así como el de resguardarla frente a agresiones de los particulares.

En ese sentido el profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO⁴⁸, precisa que este artículo de la CP prescribe el deber tanto del Estado y unidades orgánicas como de todos aquellos que conforman la sociedad, de velar por la estructura psicosomática y la libertad del individuo de tres maneras: La primera, preventivamente, es decir, a través de normas en el ordenamiento jurídico que faculden a la persona poseer una rápida y permanente protección ante una eventual amenaza contra su libertad proyectiva o su integridad psicosomática. La segunda, unitariamente dado que el ser humano es un todo inescindible conformado y fundamentado por su libertad partiendo desde su carácter psicosomático. Y la tercera, integralmente, gracias a la preocupación sobre la unidad psicosomática del hombre defendida en su libertad.

El derecho a la vida en relación el principio de la dignidad mencionado con anterioridad, implica también el derecho a la existencia digna, es decir que el Estado garantice condiciones de vida con dignidad y sin discriminación. El Estado, deber ser el primer garante del derecho a la vida a fin de que ninguna persona sea privada arbitrariamente de ella.

⁴⁶ CHANAMÉ, R, *Lecciones de Derecho Constitucional*. Editorial Lex & Iuris, 2015, Lima, p.200

⁴⁷ ESPINOZA, J, *Derecho de las Personas*. Editorial Rhodas, 2006, Lima, p.195.

⁴⁸ FERNÁNDEZ, C, *Nuevas tendencias del Derecho de Personas*. Editorial Universidad de Lima, Lima, 1990, p.10

Efectivamente, el derecho a la vida, cuya protección debe darse en primer orden desde su concepción hasta su muerte, es requisito para el goce de los demás derechos de su titular, el hombre.

La vida humana desde su inicio, siendo embrión, feto o recién nacido, deberá ser considerada persona, motivo por el cual será respetada, garantizada y aceptada junto con su paridad ontológica en todas sus fases de desarrollo y hasta su muerte. Solo así no se socavaría el fundamento del derecho a la vida⁴⁹.

2.2.3. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional con respecto al derecho a la vida.

Para comenzar en la STC del exp.06057-2007-PHC/TC, 19 de diciembre del 2007, fundamento 6, el TCP establece que: “el derecho a la vida es el primero de los derechos fundamentales, ya que sin este no es posible el cumplimiento de los demás derechos. No es solo un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico”.

En la STC del exp. N° 1535-2006-PA/TC, 31 de enero de 2008, en el fundamento 83 vuelve a recalcar que el derecho a la vida es el presupuesto ontológico de la persona sin el cual no se podría ejercer la titularidad de los demás derechos, así versa:

“(…) La persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos tales derechos”.

Dentro de este contexto, en la STC exp. N° 3330-2004-AA/TC, 11 de julio de 2005, fundamento 53, el TCP añade, a diferencia de las mencionadas sentencias, que el Estado no solo tiene el deber de proteger y garantizar la vida, sino además que esta vida sea digna así como la promoción de las condiciones adecuadas:

“(…) El estado social y democrático de derecho no tiende a proteger la vida bajo cualquier tipo de condiciones; por el contrario, el Estado debe proveer las condiciones necesarias para que el derecho a la vida de las personas se realice con un mínimo de condiciones que la tornen digna. En otras palabras, se protege la vida, pero con dignidad. En estas circunstancias, se impone a los poderes públicos la promoción de esas condiciones necesarias para que el derecho a la vida.

⁴⁹ BLASI, G, “¿Cuál es el estatuto jurídico del embrión? Un estudio multidisciplinario” en CALDERÓN, A, ZAPATA, M, GONZÁLES, C (COORD), *Persona, Derecho y Libertad, Nuevas perspectivas*. Motivensa Editora, Lima, 2009, p 120

En estas circunstancias, se impone principalmente a los poderes públicos la promoción de esas condiciones; de ahí la vida ya no es posible de ser entendida tan solo como un límite frente a los poderes públicos, sino también del poder privado(...).”

En esa misma línea, en la STC exp.Nº1429-2002-HC/TC, 19 de noviembre de 2002, en el fundamento 53, el TCP enfatiza nuevamente que se debe asegurar no solo la vida sino la vida digna, indicando:

“Debe entenderse que la vida no es un concepto circunscrito a la idea restrictiva de peligro de muerte, sino que consolida como un concepto más amplio que la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. Por esta razón, es indispensable la consideración de la vida en dignidad que, en este caso, se manifiesta como vida saludable”.

Por último, en la STC del exp.Nº2488-2005-HC/TC, 18 de marzo del 2004, en su fundamento 10 el TCP incide en la importancia de la protección especial del derecho a la vida como base de todos los derechos:

“Los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad personal, constituyen un sustento y fundamento de todos los derechos humanos; por tal razón, su vigencia debe representarse irrestrictamente, sin que sea moralmente aceptable estipular excepciones o justificar su condicionamiento o limitación. El respeto de ellos y de las garantías para su libre y pleno ejercicio, es una responsabilidad que compete al Estado. En el caso que en sistema jurídico no se tenga norma explícita que lo garantice, se debe adoptar, con arreglo a los procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención Americana, las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para hacerlos efectivos(...).”

En suma, el TCP en las sentencias mencionadas, deja claro el valor superior de la persona. El Estado debe proteger a la persona así como promover las condiciones necesarias que aseguren la vida digna de acuerdo con su naturaleza humana. De manera que, la protección del derecho a la vida como presupuesto ontológico del goce de los demás derechos, será el límite frente a los poderes públicos y privados.

2.2.4. El concebido: el inicio de la vida. Para poder analizar jurídicamente, desde cuándo se proporciona protección a la persona humana, es necesario precisar desde el punto de vista biológico, cómo es que se lleva a cabo la fecundación e inicio del nuevo ser, ello con la

finalidad de tener un panorama más claro y amplio al momento de explicar las teorías del inicio a la vida.

2.2.4.1. *Análisis biológico*. Pues bien, veamos cómo es que se lleva a cabo el nuevo ser a través de la fecundación y posterior implantación⁵⁰:

En una primera fase se da lugar a la formación del cigoto⁵¹ como resultado del vínculo o nexo entre el espermatozoide y el óvulo, hecho conocido como fecundación. De esta forma queda constituida la primera célula del nuevo ser humano en formación; es decir, que posibilitará la formación de las demás células. En el ser humano, la fecundación pasa básicamente por tres etapas:

Inicialmente ocurre el contacto y reconocimiento de los gametos: el ovocito recubierto de células foliculares constituyentes de la corona radiada, sale del ovario, poseyendo en su interior una membrana conocida como zona pelúcida cuya función consiste en ser una barrera que impida el paso de los espermatozoides.

A continuación, se produce el ingreso del espermatozoide en el ovocito secundario, al disolver primero la corona radiada y luego la zona pelúcida a través de la liberación de enzimas, motivo por el cual solo uno es capaz de entrar. Una vez dentro, su cabeza se rompe estimulando la división del ovocito y convirtiéndolo en óvulo, de este modo las membranas de los gametos se unen. Hecho que da lugar a la última etapa en la que se da la fusión del material genético de ambos gametos: Una nueva célula diploide se genera con la información genética de la especie (haploides) que proporciona cada núcleo tanto del óvulo como del espermatozoide en igual proporción. En otras palabras, una vez formado el cigoto y comenzada su división por mitosis, se desplaza por las trompas de Falopio hasta llegar al útero, lugar donde quedará implantado. El nuevo ser llega al útero en la etapa de mórula⁵².

Por tanto, un dato muy importante de los resultados de la fecundación en esta primera etapa, que nos servirá para determinar el inicio de la vida, es el restablecimiento de la diploidía característica de la especie. Los humanos tenemos 46 cromosomas: 23 provienen de nuestra madre y los otros 23 de nuestro padre. Estos cromosomas contienen los genes del nuevo ser. Se da la determinación cromosómica del sexo y la activación del ovocito para dar origen al óvulo.

⁵⁰ DE LOS HEROS. R, *Natur@. Com, Biología*. Ed. Santillana S.A, Lima, 2004, pp. 60 y ss.

⁵¹ “El cigoto es el primer estado del embrión en el que los 23 cromosomas de la madre y los 23 cromosomas del padre se encuentran. Mide 0,15 milímetros”. En FARRELL, K, *Keys to bioethics*, Fundación Jérôme Lejeune (App)

⁵² Se desarrolla entre el tercer y cuarto día después de la fecundación.

En una segunda fase se da la implantación aproximadamente una semana después de la fecundación. Las células del embrión se organizan formando la blástula o blastocisto, que tiene la forma de una pelota hueca. Una región engrosada de blastocisto es el embrión mismo, mientras que la superficie pegajosa del blastocisto se adhiere y penetra en la pared interna del útero (endometrio) en un proceso llamado implantación.

El embrión obtiene los nutrientes directamente de las células próximas del endometrio, pero estos solo sirven para dos semanas del desarrollo embrionario. Durante este tiempo se empieza a formar la placenta, compuesta por tejidos que provienen tanto del embrión como del endometrio⁵³.

Cabe acotar que “el embrión está relacionado biológicamente con la madre antes de la implantación mediante un diálogo biológico e inmunológico que le permite hacerse reconocer y no ser rechazado. El embrión envía células troncales para sanar eventuales procesos patológicos de la madre, podríamos afirmar que el feto hace de “médico” para la madre”⁵⁴.

2.2.4.2. *Análisis jurídico.* El legislador ha establecido que el momento determinante del inicio de la vida humana se da desde la concepción. A nivel doctrinario se han dado diversas posiciones del inicio de la vida, entre las cuales mencionaremos las más resaltantes:

La primera es la Teoría de la Fecundación, la cual sustenta que la concepción de la vida y todo proceso para producirla, comienza con la fecundación. Esta es entendida como la unión del óvulo con el espermatozoide, unión que da lugar a una combinación genética particular y única que representa el comienzo de una cadena de procedimientos que no cesan hasta la muerte.

La fecundación es considerada como el primer momento de la vida humana, ya que antes de eso, los gametos femeninos y los gametos masculinos, son células independientes. Cuando estas se fusionan dejan de ser dos para hacerse uno, dando lugar a lo que, en contra de lo que pueden decir muchos autores, es desde ese momento un ser humano.

Entre los que están a favor de esta teoría se encuentra Carlos Fernández Sessarego, Marcial Rubio Correa y Enrique Varsi Rospigliosi, especialistas en Derecho Civil, Constitucional y Genético, respectivamente⁵⁵.

⁵³ DE LOS HEROS. R, *Natur@. Com*, ob.cit., p. 64.

⁵⁴ FARRELL, K, *Keys to bioethics*, Fundación Jérôme Lejeune (App)

⁵⁵ Comparten la misma postura: Dra. María De la Fuente y Hontañón véase en DE LA FUENTE- HONTAÑÓN, *Protección de la vida y la dignidad de la persona humana en el derecho peruano* [en línea] https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1632/Proteccion_de_la_vida_y_dignidad_de_la_persona_humana.pdf?sequence=1&isAllowed=y; Dra. Claudia Morán de Vicenzi y Dra. Maricela González Castro véase en MORÁN, C., GONZÁLES, M. (2013). “Los acuerdos de maternidad subrogada. A propósito del primer caso

Cabe citar al profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO⁵⁶, quien sostiene que el concebido es considerado humano desde que en la trompa uterina se unen los núcleos de ambos gametos: óvulo y espermatozoide. Este nuevo individuo, independiente de su progenitora, es propietario de un código genético que lo identificará toda la vida pues en el que se reúne toda la información sobre su desarrollo, desde el color de ojos hasta el sexo transmitido en los cromosomas que el padre le proporciona. El instante en que los núcleos del óvulo y del espermatozoide se fusionan es denominado *singamia*⁵⁷ según la ciencia.

Por tanto, esta posición considera que toda aquella información dentro del nuevo ser humano a partir de la fusión de los pronúcleos ya es una célula diferente a la que le dio origen, es decir, ella contiene el código de vida al igual que todos sus semejantes. Consecuentemente, al condicionar los derechos a una determinada edad o etapa de desarrollo de la vida, el derecho a la igualdad recogido positivamente en nuestra CP sería trasgredido.

La segunda teoría afirma que la vida inicia con la de anidación del óvulo fecundado (cigoto) dentro del útero, no como un acto instantáneo sino como un proceso que tiene lugar siete días después de la fecundación, es decir, cuando el blastocisto⁵⁸ empieza a adherirse al endometrio y secreta por su sangre la hormona gonadotrofina coriónica humana, permitiendo así que el cuerpo materno detenga la ovulación pues reconoce que un nuevo humano se empieza a desarrollar en su interior. Esta teoría considera que la ovulación tiene una duración promedio de 7 días y son 14 los días que dura el proceso fecundación, durante el cual se da recién la concepción del embrión, el cual comienza a gestarse en seno materno. Solo a partir de ahí habría certeza del embarazo de la madre⁵⁹.

A favor de esta teoría se encuentran los juristas penalistas: Luis Bramont Arias, Luis Raúl Peña Cabrera y José Hurtado Pozo, quienes coinciden en que la vida tiene su inicio en la implantación del óvulo fecundado en el útero.

sobre el tema resuelto por la corte suprema”, en Revista Jurídica Thomson Reuters. N.7. Lima, así como el Dr. Jérôme Lejeune véase en LEJEUNE, J, *¿Qué es el embrión humano?*, Ediciones Rialp, (2º Ed) Madrid, 2009

⁵⁶ FERNÁNDEZ, C. “Protección jurídica del concebido”. En: GUTIÉRREZ, W (director). *La constitución comentada: análisis artículo por artículo*. Lima. Gaceta Jurídica- Congreso de la República, p.42.

⁵⁷ Singamia: fusión de dos gametos para crear un individuo con un genoma derivado de ambos progenitores. [en línea] <https://www.biodic.net/palabra/singamia/#.WRWb4fmGPIU> [Consulta: 3 de febrero del 2019]

⁵⁸ “Un blastocisto es un embrión de 5/6 días de desarrollo que presenta una estructura celular compleja formada por aproximadamente 200 células. La fase de blastocisto es el estadio de desarrollo previo a la implantación del embrión en el útero materno”. [En línea] <https://www.institutobernabeu.com/es/faq/que-es-un-blastocisto-que-ventajas-tiene-transferir-el-embrión-en-día-4-o-5/> [Consulta 05 de abril del 2019]

Para mayor precisión, en las técnicas asociadas a la reproducción asistida el desarrollo embrionario pasa por una serie de etapas entre las que tenemos: selección de óvulos maduros, los mismos que al ser fecundados, se forma el cigoto, que luego de 26 horas se divide en dos células, en el segundo día se va dividiendo en cuatro células, para posteriormente en el día tres en ocho células, es así que en el día cuatro se habla de mórula y en el día 5 llega a su estado de blastocisto antes referido.

⁵⁹ STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC, fundamento 14.

Un cuestionamiento que plantea CRUZ a esta teoría es que el Derecho Penal protege la vida desde la anidación gracias a la cual la de vida es posible, y es este un criterio lo suficientemente seguro, ya que en el ámbito penal no se pueden utilizar criterios que por imprecisos y relativos, pueden poner en riesgo la legitimidad del Derecho Penal. La protección del Derecho Penal, siendo que esta disciplina del Derecho actúa bajo el principio de subsidiariedad y fragmentariedad, empieza a proteger la vida humana desde la anidación y podrá sancionar como aborto el atentado contra la vida desde la anidación, antes no⁶⁰.

De todo lo anteriormente expuesto, y conforme a una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento, la concepción comienza con la fecundación, instante desde el cual existe un ser independiente de la madre, dotado de dignidad y sujeto de derechos y deberes cuya protección debe ser permanente y desde su concepción. Todo ello en función a la continuidad del desarrollo humano desde la fecundación, sin experimentar un cambio a un ser diferente en las etapas de la vida, tal y como lo concibe la teoría de la anidación.

Esta teoría viene de la mano del concepto de viabilidad, utilizado por la ciencia médica para definir la capacidad del embrión para anidarse en el útero de la madre y consecuentemente evolucionar en un ser humano. Es la teoría de la anidación la que propicia la permisión de la manipulación, congelamiento o extinción de los embriones *in vitro* que no van a ser implantados. Si la vida inicia con la anidación, antes de esta no hay vida. En otras palabras, el embrión no es un ser humano.

Para SANTOS⁶¹, el valor humano del embrión, desde las perspectivas biológica y racional, es medido arbitrariamente por la teoría de la anidación la cual lo valida pasados los 14 días de la fecundación. Esto, debido a se le considera una realidad capaz de crear uno o más seres humanos a través del proceso de ontogenia, motivo suficiente para ser merecedora del máximo respeto.

SANTOS⁶², centrándose en evidencia biológica, y dejando de lado otros racionamientos, afirma que no existe prueba alguna sobre si, tras la formación el cigoto, existe un desarrollo cualitativo y cuantitativo en el que se accede a la condición humana. Solo a través de la ciencia se puede demostrar que tanto a partir del cigoto como en sus fases ulteriores de transformación- por muy tempranas que sean- existe ya, potencialmente, un nuevo ser humano.

⁶⁰ CRUZ, A, "La vida humana en el derecho Penal: ¿Es cierto que comienza con la anidación?", en *Gaceta Constitucional*, Tomo 102, Junio 2016, Lima, p. 211-212.

⁶¹ SANTOS, A, *Instrumentación genética*. Ediciones Palabra, 1987, Madrid, p. 33

⁶² *Ibíd*em

Ahora, aceptar que el embrión es menos humano antes de la anidación es negar su pasado biológico. No se puede negar que el feto fue antes un blastocito y antes de este un cigoto o embrión. La cualidad de la continuidad biológica, está presente en todo ser humano, cada fase de nuestro procedimiento depende de otro. No hay huecos ni incertidumbres. Somos una cadena y todos los eslabones de esta definen nuestra vida, no fuimos menos seres humanos cuando éramos embriones, así como tampoco seremos menos humanos cuando seamos ancianos y nuestras funciones hayan perdido la vitalidad de antes.

En ese sentido, como bien señala LLAUCE, el “embrión si bien no tiene las características físicas de un adulto, niño o incluso de un feto, es dueño de unicidad genética, continuidad biológica y autonomía de su desarrollo”⁶³.

Cabe preguntarnos ahora cuál es la postura que adopta nuestro ordenamiento jurídico con respecto al inicio de la vida. Pues bien, afirmamos que admite la teoría de la fecundación al establecer en el artículo 1° del código civil: “(...) La vida humana comienza con la concepción”. Ahora reconocer que la concepción es el punto de partida de la vida, nos permitió considerar al concebido como sujeto de derecho para todo cuanto le favorece.

En la STC 2005-2009.-AA/TC, del 16 de octubre del 2009, el TCP se pronuncia sobre la protección del concebido. Esta STC se origina por la demanda de amparo presentada por la ONG “Acción de lucha anticorrupción” contra el Ministerio de Salud, con la finalidad de que este se abstenga tanto de distribuir gratuitamente la píldora del día siguiente como de promocionar y fomentar la difusión de proyectos sobre el “Método de Anticoncepción Oral de Emergencia”, los cuales serían presentados ante el Poder Ejecutivo para su aprobación y puesta en marcha sin consentimiento previo del Congreso de la República⁶⁴.

Por lo tanto la controversia gira en torno a si la píldora del día siguiente afecta o no la vida del concebido. Los argumentos del TCP son respaldados por dos principios: el de *pro homine* y el precautorio. El primero nos dice que la interpretación de derechos humanos debe llevarse a cabo siempre apuntando a lo que es mejor para salvaguardarlos. Aplicado a nuestro caso, el TCP considera que censurar la distribución de la píldora del día siguiente está justificado por la protección de un derecho fundamental superior: el derecho a la vida del concebido.

El segundo es un principio que opera “ante la amenaza de un daño a la salud o medio ambiente y la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos”⁶⁵. En otras palabras “no

⁶³ LLAUCE, C, La fecundación *in vitro* y el estatuto del embrión humano en el sistema jurídico peruano. P. 29 [en línea] https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2351/DER_044.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Consulta: 10 de abril del 2019]

⁶⁴ STC. Exp. N° 02005-2009-PA/TC. fundamento 1.

⁶⁵ STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC, fundamento 50

corresponde distribuir la píldora del día siguiente al existir dudas razonables sobre sus efectos, básicamente referidos a la forma en la que dicho fármaco afecta al endometrio y por ende al proceso de implantación del cigoto”⁶⁶. Y siendo la salud un bien tan preciado, no podemos arriesgarnos a distribuir un fármaco sobre cuyos efectos – los cuales recaen tanto en la mujer, como en el concebido – aún no tenemos certeza.

Ahora, si bien nuestro código civil detalla que la concepción como el inicio de la vida, no define qué es la concepción. En la STC en cuestión el tribunal nos dice lo siguiente:

“Es con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de un nuevo ser. Un ser único e irreplicable, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, más no constituye su inicio”⁶⁷.

Como podemos ver el TCP reafirma lo sentado por la biología, es decir la concepción se da en el instante en el que el gameto masculino o espermatozoide traspasa la zona pelúcida del óvulo para llevar a cabo la fusión de células y de este modo dar lugar a una forma de la misma especie, tan parecida a ellos, pero al mismo tiempo tan distinta.

De esta forma no queda dudas que para nuestro ordenamiento, fecundación y concepción son sinónimos y ambos se refieren al primer momento de la existencia.

El ser humano tiene derecho a la vida desde la concepción, motivo por el cual nuestra CP deberá proteger y defender desde ese instante y no deberá esperar a que transcurran cuatro o cinco días después este hecho⁶⁸, cuando el embrión se encuentre ya insertado en el endometrio, para hacer valer este derecho inherente.

2.2.4.3. *El concebido como sujeto de derecho.* En relación a lo antes mencionado, cabe cuestionarnos ¿Todas las personas, en sentido jurídico, tenemos derecho a la vida? La respuesta es claramente obvia y es sí, ahora bien ¿El derecho a la vida asiste al que está por nacer y al nacido de diferente manera? Pues bien, lo analizaremos en el siguiente apartado.

En el artículo 2 de nuestra CP, se considera al concebido, es decir, al que está por nacer, como un individuo nacido para todo cuanto le favorece. Asimismo, en cuanto a la iniciación

⁶⁶ *Ibíd*em, fundamento 53

⁶⁷ *Ibíd*em, fundamento 38

⁶⁸ DIAZ, O, “El derecho a la vida del concebido, a propósito del artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”, en *60 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2008, Chiclayo, p.137

de la vida humana y el tratamiento del concebido, el Código Civil en su artículo primero precisa: “La persona humana es sujeto de Derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de Derecho para todo en cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”.

En primer lugar, cabe hacer la distinción entre persona en sentido filosófico y persona en sentido jurídico. La persona en sentido filosófico designa a un ser que de tal modo *es*—inteligente y libre—, que es dueño de su propio ser, lo cual le conlleva a poseer dominio ontológico sobre el curso de sus actos y un dominio moral pues se auto pertenece siendo incapaz de ser parte de otro ser diferente al propio. Ambos necesariamente son dominios jurídicos debido a que el ser y los actos de la persona, por pertenecerle, son derecho suyo⁶⁹.

La persona como sujeto de derecho, es el ser protagonista del orden social y jurídico, titular derechos y obligaciones. Ahora bien, el conjunto de derechos naturales y factores positivos regulados por la ley positiva, están contenidos dentro de la personalidad jurídica. Sin embargo, la potestad de regulación de la ley positiva tiene dos límites esclarecidos: no tiene permitido negar de raíz la esencia de la persona humana (no reconociéndola o privándosela a través de una muerte civil) cualquiera que sea la condición; ni tampoco puede extender su negación a los derechos naturales del individuo⁷⁰.

Como se puede apreciar, la distinción de conceptos se predica de una misma realidad: el ser humano. Ahora analizando el artículo en mención que precisa “(...)el concebido es sujeto de derecho para todo en cuanto le favorece” está haciendo referencia al concepto de persona en sentido jurídico, lo cual no significa que se le esté negando el sentido ontológico de persona que le corresponde, ni mucho menos atropellar su derecho a la vida del no nacido.

En ese sentido señala el profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO⁷¹, el concebido posee derechos no patrimoniales sin ningún tipo de restricción o dependencia a determinada condición debido a que su posición como sujeto de Derecho actual lo excluye de cualquier reservación. De esta manera, es obligatorio atribuir el derecho a la vida y a la representación del concebido, es decir, definirlo como titular de tales derechos. Es obvio que ninguno de estos derechos, entre otros, requiere mantenerse en suspenso. El concebido, desde la concepción, tiene derecho a la vida, a pesar de que aún no haya nacido, pues en realidad ya es una persona y no se necesita “fingir” que lo es. El Derecho, es a nivel sociológico existencial, una interacción entre seres humanos.

⁶⁹ HERVADA, J, *Introducción crítica al Derecho Natural*. Universidad de Piura, 1999, p.139

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 136-146

⁷¹ FERNÁNDEZ, C, *Nuevas tendencias del Derecho de Personas*. Edición. Universidad de Lima, Lima, 1990, p.32.

Continúa el profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO⁷² que las expresiones de concebido o persona hace alusión a dos momentos o etapas del devenir de la vida humana, de un mismo y único ente. Los conceptos de persona jurídica o de organización de personas no inscritas propugnan en cambio dos formas de manifestación de la vida humana en cuanto esta consiste en una estructura a la vez personal y comunitaria. Por ello, no existe sujeto de Derecho que no conduzca al ser humano.

Agrega además que el tratamiento diferenciado que le brinda al concebido se debe a que depende absolutamente de ella para su subsistencia a pesar de ser genéticamente individualizado e independiente de la madre e igual calidad ontológica de los otros sujetos de derecho. Por último, señala que la clasificación de la categoría genérica de sujeto de Derecho en cuatro categorías especiales (el concebido, la persona natural, la persona jurídica y las organizaciones de personas no inscritas) se justifica en cuanto que, a pesar de referirse todas ellas a un mismo ente, cada una de las diversas modalidades de cada ser, merecen por su propio modo de manifestarse fenoménicamente, un tratamiento jurídico diferenciado.

En esa misma línea sustenta PÉREZ, que el humano por nacer es capaz de captar situaciones jurídicas no solo a través de derechos subjetivos, a pesar de que la ley afirme que adquiere tal capacidad al nacer. Pues bien, al ser concebido, es ya humano, por lo que desde ese momento adquirió su condición como sujeto de derecho y no como objeto de las consecuencias jurídicas del ordenamiento. En suma, “la capacidad jurídica acompaña al sujeto durante toda la existencia, desde la concepción. Es la capacidad de actuar, no la capacidad jurídica, la que puede sufrir transformaciones con la edad y la salud”⁷³.

Pues bien, tal como se ha mencionado en párrafos precedentes, el tratamiento formal de cada categoría jurídica es diverso a pesar de que nuestro ordenamiento otorga y concede como centro de imputación normativo a todas por igual. Por ello, una persona natural es un centro de referencia normativo que solo posee restricciones o limitaciones implantadas por ley; sin embargo, un concebido aún en condición de gestante solo es centro de imputación de todo en cuanto le favorece⁷⁴.

Así, admitir y evocar que el comienzo de la vida de un concebido formándose en el vientre materno ininterrumpidamente se da desde su fecundación es totalmente válido, puesto que se le atribuye ser sujeto de derecho hasta su muerte, ya sea que esta se dé antes de nacer o

⁷² *Ibíd*em, p. 33-84

⁷³ PÉREZ, V, “Los nuevos paradigmas y los derechos del concebido como persona”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (Coord) *Los Derechos de familia y los nuevos paradigmas*. Tomo II, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000, p. 250

⁷⁴ Art. 3° del Código Civil: “*Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley*”.

incluso durante su nacimiento. De esta aclaración proviene el otorgamiento al concebido de una capacidad jurídica genérica natural e inherente a su persona por nacer, pudiendo así ejercer, aunque no pueda aún por sí mismo, todos sus derechos fundamentales⁷⁵.

En adición a lo señalado, el Código Civil establece la diferencia entre dos conceptos relacionados a la persona pues afirma que su existencia natural inicia desde su concepción y su existencia legal comienza recién con su nacimiento. Teniendo una interpretación sistemática del Código Civil y de la CP se concluye que el *nasciturus*, es considerado persona con derecho a la vida, no con un simple interés o bien jurídico⁷⁶.

El TCP a favor de esta posición, ha establecido en su STC que el *nasciturus* es titular de los derechos. Siguiendo una lógica de la norma, puede concluirse que, en principio, tanto la persona por nacer como aquella ya haya nacido son titulares de los principales derechos fundamentales, y objetivos esenciales tanto del Estado como de la sociedad según lo postulado por la norma constitucional, tal como se deduce de los artículos 1 y 44⁷⁷

2.3.Derecho a la identidad personal. Cuando se piensa en la definición de identidad, se viene a la mente la pregunta que todo ser humano se hace a sí mismo ¿Quién soy yo?, ello conlleva a precisar que la identidad es una necesidad básica en todo ser humano que lo define individual y colectivamente.

En otras palabras, la identidad de toda persona conlleva los siguientes aspectos: raza, cultura, edad, sexo, lengua, grupo étnico, entre otras referencias. Todas ellas se combinan para constituir un ser único e irrepetible.

2.3.1. Marco Normativo. A fin de esclarecer y desarrollar el derecho a la identidad veamos la normativa al respecto:

En primer lugar, se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala:

Artículo 24: “Derechos para los niños (situación como menores, nacionalidad, registro y nombre)”.

⁷⁵ FERNÁNDEZ, C, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984*. Motivensa Editora Jurídica, 2009, p. 237.

⁷⁶ DE LA FUENTE, R, *La Protección de la Vida y la dignidad de la persona humana en el derecho peruano*, [en línea] disponible en https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1632/Proteccion_de_la_vida_y_dignidad_de_la_persona_humana.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Consulta: 4 de enero de 2019]

⁷⁷ Exp. STC N° 4972-2006-PA-TC, fundamento 6

En segundo lugar, la Convención sobre los Derechos del niño precisa el derecho a la identidad:

“Artículo 8:

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

En tercer lugar, nuestra CP establece sobre el derecho a la identidad lo siguiente:

Artículo 2º.- “Toda persona tiene derecho:

Inciso 1: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

Como se puede apreciar en los mencionados textos, el derecho a la identidad posee elementos como el nombre, nacionalidad, relaciones familiares, los cuales ante su vulneración el Estado debe asistir y proteger a fin de restablecer su derecho en el caso concreto.

2.3.2. Contenido del Derecho a la identidad. Identidad personal, término amplio que distingue una persona de las demás y determina las características que definen al individuo, entre ellas: sus rasgos biológicos, ideología y las relaciones intrapersonales e interpersonales que establecen su interacción con los distintos componentes significativos en el mundo.

Por un lado, un aspecto de la personalidad total del hombre que abarca el derecho a la identidad es la asimilación de valores, normas sociales, costumbres, etc. Por otro, comprende dos fases, estática y dinámica, como aspectos de la personalidad del titular, siendo la primera su origen biológico y la segunda su patrimonio cultural y vital de la personalidad y su desarrollo histórico existencial⁷⁸.

Al exteriorizar su personalidad, existe en el hombre individualidad, reconociéndose a sí mismo como un ser único e irrepetible diferente a sus semejantes, sin dejar de lado la universalidad de su ser espiritual. De modo tal se considera un ser con identidad.

El TCP ha desarrollado doctrinariamente dicho derecho fundamental: “Este Tribunal considera que, entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1 del artículo 2º de la Carta Magna, entendido

⁷⁸ CHANAMÉ, R. *Lecciones...* ob.cit. pp.205-208.

como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características, corporales, etc.) y aquellos otros que derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)⁷⁹”.

Según esta perspectiva, para individualizar a la persona, la identidad no es percibida unidimensionalmente pues no se sustenta únicamente en elementos de carácter objetivo o formal, sino que también se toma en cuenta los elementos subjetivos, que suelen ser más relevantes que los primeros. Además, algunos de los referentes objetivos, pueden volverse simultánea o totalmente subjetivos como resultado de ciertas variaciones en el significado de los conceptos⁸⁰.

Asimismo, el TCP en el exp. N° 02273-PHC/TC el fundamento 21, subraya la relevancia del derecho a la identidad sobre los demás atributos esenciales de la persona, asimismo lo define como “el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)”.

En otras palabras, la identidad de la persona la constituyen todas las singularidades propias y exclusivas que la diferencian del resto de seres humanos.

FERNÁNDEZ SESSAREGO sintetiza acertadamente que existe en el individuo dos vertientes estática y dinámica. Con la primera, la persona posee atributos que perduran con el paso del tiempo mientras que, con la segunda, la persona adquiere atributos que si varían en distinta magnitud conforme a la consistencia y coherencia de su personalidad y cultura. En esta última vertiente se incluye los vínculos del individuo con su entorno⁸¹.

Ciertamente ambas vertientes estática y dinámica son complementarias inexorablemente pues constituyen en unidad a la identidad de la persona, aunque sean distintas entre sí. Cabe

⁷⁹ STC Exp. N° 2273-2005-PHC/TC, fundamento 21.

⁸⁰ CHANAMÉ, R. *Lecciones...* ob. cit. p.208.

⁸¹ FERNÁNDEZ, C. *Derecho a la identidad personal*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, Buenos Aires, 1992, p. 20

destacar que a la identidad estática se le denomina identificación, término que comúnmente es utilizado para referirse a la identidad personal⁸².

En suma, FERNÁNDEZ SESSAREGO define a la identidad como el conjunto de características estáticas y dinámicas que le asignan a la persona su condición individual dentro de una sociedad, pues en su totalidad estos rasgos la convierten en única y diferente a las demás. El conocimiento sobre cierta persona como ser irrepetible es posible gracias a la externalización de estos atributos que conforman la identidad en su totalidad. “Es decir, la identidad es el bagaje de características y atributos que definen la “verdad personal” en que consiste cada persona”⁸³.

2.3.3. Del derecho a la identidad y el origen biológico. El uso de las técnicas asociadas a la reproducción asistida y su aplicación indiscriminada en donde los principios naturales disociaron la coherencia biolegal al utilizar los gametos de terceras personas, ha dado lugar al surgimiento de un nuevo derecho: a conocer el propio origen biológico.

La identidad, así como conocer los orígenes biológicos se vinculan a la figura jurídica de la maternidad subrogada, materia de análisis del presente estudio, en donde la madre gestante se ve obligada a entregar al niño en virtud de lo estipulado.

Veamos ahora el derecho a conocer los orígenes. En este sentido, el artículo 30° del Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, aprobado por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado en 1993, establece:

“1. Las autoridades competentes de un Estado contratante asegurarán la conservación de la información de la que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus padres, así como la historia médica del niño y de su familia. 2. Dichas autoridades asegurarán el acceso, con el debido asesoramiento, del niño o de su representante a esta información en la medida en que lo permita la ley de dicho Estado”.

Con similares alcances, el artículo 8.10° de la Carta Europea de Derechos Humanos declara:

“Todo niño tiene derecho a la protección de su identidad y, en su caso, deberá poder conocer ciertas circunstancias relativas a su origen biológicos, con las limitaciones que impongan las legislaciones nacionales para la protección de los derechos de terceras personas. Se deberá determinar las condiciones bajo las que se dará al niño las informaciones relativas a sus

⁸² *Ibídem* p.20.

⁸³ FERNÁNDEZ, C. *La Constitución Comentada*. Gaceta Jurídica. Tomo I. Lima. Febrero 2006, p.18.

orígenes biológicos, así como las condiciones necesarias para proteger al niño de la divulgación de dicha información de terceros”.

La Convención de La Haya de 29 de mayo de 1993 sobre protección de los niños y cooperación en materia de adopción internacional, dispone que “las autoridades competentes del Estado contratante velarán por conservar las informaciones sobre los orígenes del niño, especialmente las relativas a la identidad de su madre y padre, así como los datos sobre el pasado médico del hijo y de su familia. Se asegura así el acceso del hijo o de su representante a esta información con los consejos apropiados, en la medida permitida por la ley de su Estado”⁸⁴.

En ese sentido, en el derecho supranacional existe una tendencia generalizada del derecho a conocer el propio origen biológico como parte integrante del derecho a la identidad personal; no obstante, el acceso a la información relativa al origen biológico se delimita en el ordenamiento jurídico de cada estado.

La Convención de los derechos del niño fue el principal impulsador para reconocer que los niños son titulares de los derechos fundamentales que se les reconocen a los adultos. Es así que ha manifestado la protección del niño en lo que se refiere al conocimiento de sus orígenes, disponiendo en su artículo 7.1 que “tiene derecho en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”

Ahora, uno de los grandes cuestionamientos a este artículo es la frase “en la medida de lo posible”, la cual es interpretada como una especie de restricción al derecho reconocido. Dentro de estas restricciones se encontraría el interés del donante de permanecer anónimo. En nuestra opinión, la frase cuestionada debe entenderse siempre a favor del niño, esto es, con una hermenéutica que no represente ninguna contradicción en relación con lo que se intenta proteger.

La frase “en la medida de lo posible” debe entenderse en base a las dificultades que puede acarrear la investigación de la paternidad o maternidad que en muchos casos permanece oculta por mucho tiempo; no debe, por lo tanto, abrir las puertas a limitaciones en perjuicio del menor, quien tiene derecho – siempre que se cuente con el expediente del donador – a conocer a sus padres biológicos.

Una reflexión adecuada sobre la materia nos llevará a concluir que la determinación de la filiación nace como instrumento legal de tutela de los derechos del hijo y tiene como objetivo

⁸⁴ NOVALES, A. *Las TRA y el derecho del niño a conocer su propio origen biológico en el TEDH* [en línea] https://www.academia.edu/30890571/Las_TRA_y_el_derecho_del_nino_a_conocer_su_propio_origen_biologico_en_el_TEDH [Consulta: el 06 de marzo de 2019]

la protección del derecho a la identidad del nacido en virtud de lo cual y como línea de principio, el régimen de filiación reconoce la primacía del derecho a conocer el propio origen biológico del hijo sobre el derecho a la intimidad de los padres⁸⁵.

Asimismo, el artículo 8° de la referida convención dispone que “1. Los Estados partes se comprometen a respetar el **derecho del niño a preservar su identidad**, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados partes **deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad**”.

En materia de Técnicas asociadas a la Reproducción Asistida, la Convención de los Derechos del Niño reconoce dos principios: primero, el respeto de las normas hacia la relación niño -familia, siendo subsidiaria la intervención del estado y segundo, el interés superior del niño (que trataremos en el siguiente apartado).

En lo que respecta al primero, cabe decir que si bien el estado cumple un papel muy importante en la definición de la filiación, dado que tiene a cargo la labor legislativa, esa participación no puede invadir el ámbito de relación entre el niño y sus padres, ya que son ellos, quienes gozan de la patria potestad del menor y tienen el derecho a educarlo como les parezca conveniente, siempre que esto no implique ninguna vulneración a sus derechos. En consecuencia, el Estado responde únicamente ante una desprotección de, menor, la misma que genera una excepción a los derechos de los padres sean biológicos o sociales. Así el Estado intervendrá ante cualquier infracción de los derechos del niño, incluyendo el derecho a conocer los orígenes biológicos.

Con respecto a conocer el origen biológico, el TCP se ha pronunciado en la STC N° 00550-2008-PA/TC en el fundamento 17, en la cual expone la controversia surgida respecto si es atendible o no priorizar el derecho a la identidad y el interés superior del niño frente a la inmutabilidad que le asiste a la cosa juzgada, dicho en otras palabras, si hay o no suficientes argumentos jurídico-constitucionales que posibiliten y respalden una valoración superior del derecho que posee y exige el adolescente (en este caso en cuestión) de conocer a su procedencia biológica, es decir, tanto progenitor como su apellido, sobre el derecho al respeto la inalterabilidad del que es titular el padre y que le asiste al fallo expedido en un proceso anterior.

⁸⁵ MORÁN, C, *ob cit*, p. 58

De esta manera, el TCP asegura la inexistencia de algún esquema constitucional que proclame a la justicia como un valor esencial, legítimo y que promueva permanentemente su seguridad, pero al mismo tiempo realice obras o acciones contrarias a los derechos que dice defender; encuentra entonces, argumento suficiente para avalar firmemente, el deber de priorizar el derecho a la identidad y el interés superior del niño⁸⁶.

Ello significaría, continúa el TCP en el fundamento 18, que una parte de la CP quedaría invalidada por otra, encontrándonos en una situación paradójica e irracional. En dicho contexto, a pesar de que la institución de cosa juzgada ocupe un papel importante, no es lo suficientemente relevante para colocarlo por encima del derecho a la identidad, principal derecho que permite a quien lo exige, conocer a su progenitor, o de ser el caso, conservar su apellido si así lo quisiera.

De este modo el Estado, añade el Tribunal— así como los poderes y organismos que integran su estructura— hacen efectivo el mandato descrito en el artículo 4° de la Norma Fundamental materializando su garantía y protección, pues tienen por obligación tomar medidas que aseguren la salud física, moral, psíquica, espiritual, intelectual y social de toda persona y en caso de que cierta persona no haya establecido en su totalidad un vínculo parental con su supuesto procreador sea inevitable la incidencia en su proyecto de vida.

Como se evidencia, el TCP deja clara la importancia del derecho a la identidad del menor, y con un análisis en el caso concreto a fin de determinar objetivamente ante la vulneración del derecho a la identidad del menor teniendo como marco jurídico el interés superior del menor que se desarrollará más adelante.

Asimismo vemos en el expediente 2007-00218-CI-JM, la Corte Superior de Justicia de Lima Norte sobre nulidad del acto jurídico de reconocimiento unilateral de paternidad extramatrimonial, practica una prueba de ADN a la demandante y a la menor la cual determina que no es su padre, señalando así que conforme al Principio de prueba de paternidad, el ejercicio de la facultad intrínseca que toda persona posee de conocer y tener acceso a información tanto de su ascendencia como de su descendencia se evidencia al indagar y efectuar una investigación de paternidad en un proceso judicial. Simultáneamente este precepto se ve reflejado en el principio de la verdad biológica, mediante el cual, todo menor tiene derecho a conocer su proceder biológico, conocer quiénes son sus verdaderos progenitores, derecho a la filiación y a gozar del estado de familia tal y como se sustenta en

⁸⁶ STC. Exp. N° 00550-2008-PA/TC, fundamento 18.

nuestra CP (inciso 1 del artículo 2⁸⁷), en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la Convención de los Derechos del Niño.

En ese mismo sentido, en el expediente 2004-4368-0-0901JR-FA-03, la Corte Superior de Justicia de Lima Norte sobre anulabilidad de acto jurídico de declaración y reconocimiento de la paternidad matrimonial efectuado por el demandante respecto del menor en cual al encontrarse su manifestación de voluntad viciada por el dolo y al tomar conocimiento por la prueba genética de ADN que no es el padre biológico cuya paternidad se impugna, declara fundada la demanda de acuerdo con lo descrito en el 8° artículo de la Convención sobre los Derechos del Niño, norma legal que exalta al derecho a la identidad del niño y que compromete a los Estados Partes acatarlo sin intervención inconstitucional, salvaguardando así la identidad del menor así como también la preservando su nombre y sus relaciones familiares. Asimismo, están obligados a cuidar y asistir el restablecimiento de la identidad del menor cuando este último sea privado ilícitamente de algún elemento o todo el conjunto que conforma su identidad. Adicionalmente en el 3° artículo de la misma Convención queda prescrita la atención primordial que se prestará al interés superior del niño, pues a la fecha de interposición de la presente demanda “J” era aún menor de edad, cualquier decisión o medida referente a los niños que adopten los tribunales, autoridades administrativas, órganos legislativos u organizaciones públicas o privadas de bienestar social.

Como se puede evidenciar, en estos pronunciamientos el derecho a conocer el origen biológico cuyo fundamento se encuentra en el derecho de identidad del menor, genera una tendencia jurisprudencial a privilegiar la verdad biológica en los casos en los cuales no coinciden la maternidad o paternidad biológica con la maternidad o paternidad voluntaria⁸⁸.

⁸⁷ Inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú señala: “Toda persona tiene derecho a 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

⁸⁸ Sin embargo, se debe precisar, que en la Casación 2112-2009- Callao de fecha 29 de marzo del 2009 a cerca de la impugnación de la paternidad, la Corte considera que al “establecer que el demandante no es el padre, no beneficia de ninguna manera al menor sino, por el contrario, le perjudicaría, pues, vería afectada su identidad con respecto a la rama paterna, sin que exista oportunidad de dilucidarse en este proceso quien es su verdadero progenitor. En consecuencia, debe procederse en aplicación del artículo octavo de la Convención sobre los Derechos del Niño, según el cual los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluyendo la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas; razones por las cuales este Supremo Tribunal procede a aplicar irrestrictamente el artículo cuatrocientos del Código Civil y, siendo así, coincide con la recurrida en el sentido de que a la fecha de interposición de la demanda el derecho que tenía el actor a impugnar su paternidad ya había caducado, máxime si el recurrente no niega tal circunstancia sino que pretende la inaplicación del plazo establecido en la ley; razones por las cuales la causal analizada debe ser desestimada”.

2.4.El interés superior del niño. El principal acuerdo internacional es la Convención sobre los Derechos del Niño⁸⁹ la cual recoge integralmente cada derecho del menor, siendo la primera en adquirir fuerza legal en el marco del Derecho Internacional. Con respecto al interés superior del menor señala que “las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo”⁹⁰.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos⁹¹ ha dado gran importancia al principio del interés superior del menor que regula la normativa en torno a los derechos inherentes a los niños cuya fundamentación principal se basa en la dignidad de la persona humana, las características propias de los menores, así como la necesidad de respaldar su despliegue íntegro, que implique pleno desarrollo de sus potencialidades y habilidades, así como lo plasma la Convención sobre los Derechos del Niño.

Asimismo, los puntos de referencia para asegurar una efectiva realización y protección de cada uno de los derechos contemplados en la Convención sobre Derechos del Niño sobre el interés superior de éste están en los artículos 3⁹², 9⁹³, 18⁹⁴, 20⁹⁵, 21⁹⁶, cuyo cumplimiento permite al menor el más extenso despliegue de sus potencialidades.

⁸⁹ Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas con fecha 20 de noviembre de 1989. Su aprobación por el Congreso de la República se dio con la Resolución Legislativa N°25278 del 4 de agosto de 1990. Suscrita por el Perú el 26 de enero de 1990.

⁹⁰ Convención sobre los derechos de niño [en línea] en <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> [Consulta: 3 de febrero del 2019].

⁹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-12/2002 de 28 de agosto de 2002 [en línea] http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf [Consulta: 07 de marzo del 2019]

⁹² “Artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño: 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas (...)”.

⁹³ “Artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño: 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño (...)”.

⁹⁴ “Artículo 18 de la Convención de los Derechos del Niño: 1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.

⁹⁵ “Artículo 20 de la Convención de los Derechos del Niño: 1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado (...)”.

⁹⁶ “Artículo 21 de la Convención de los Derechos del Niño: Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial (...)”.

En ese sentido, las políticas nacionales y los programas deben armonizar con la legislación vigente del país a las disposiciones de la Convención a fin de proteger, promocionar y preservar aquellos derechos del menor.

El Comité de los Derechos del Niño, en la Observancia General N° 7 (2005), precisa que “El principio del interés superior del niño se aplica a todas las medidas que afecten a los niños y exige medidas activas, tanto para proteger sus derechos y promover su supervivencia, crecimiento y bienestar como para apoyar y asistir a los padres y a otras personas que tengan la responsabilidad cotidiana de la realización de los derechos del niño”. Precisa que este interés tiene dos perspectivas:

La primera, “el interés superior de los niños como individuos en el sentido que todas las decisiones adoptadas en relación con la atención, educación, etc. del niño deben tener en cuenta el principio de interés superior del niño, en particular las decisiones que adopten los padres, profesionales y otras personas responsables de los niños”.

La segunda, “el interés superior de los niños pequeños como grupo o colectivo, en el sentido que toda innovación de la legislación y las políticas, decisión administrativa y judicial y provisión de servicios que afecten a los niños deben tener en cuenta el principio del interés superior del niño”.

De esta forma, como se puede apreciar el interés superior del niño no es un mero enunciado, sino que irradia en todo el ordenamiento jurídico, desde una concepción individual del mismo, hasta forma global y colectiva donde las políticas giren en torno al menor, es decir, se plasmado en la normativa, así como las políticas la obligación de respeto al menor.

El Comité de los Derechos del Niño a partir de los principios rectores que inspiran la Convención, ha precisado los criterios concernientes al interés superior del menor aplicables al caso concreto.

Así, en la Observación General N° 14 (2013) sobre “El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)” ha precisado que “el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo del niño”; resaltando que tiene una triple acepción:

En primer lugar, se trata de “un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general”.

En segundo lugar, se trata de “un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”.

En tercer lugar, se trata de “una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho”.

En este sentido, indica además que “los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos”.

Asimismo, destaca que “el interés superior del niño no siempre será el factor único y decisivo a considerar; puede que haya conflicto entre los intereses de diferentes niños, grupos de niños, o entre los intereses de los niños y los de los adultos. No obstante, el interés del niño será, en todo caso, objeto de consideración. Es necesario, por tanto, demostrar que se han investigado los derechos de los niños y que se le ha dado consideración primordial. Solo así, se adoptará el interés superior del niño como principio rector en la aplicación de la Convención; esto es, valorando las repercusiones sobre los niños de las medidas adoptadas”⁹⁷.

Adicionalmente, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha hecho hincapié; en la naturaleza y el carácter regulador de este principio que “se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”⁹⁸.

Se aprecia que, el interés superior del niño es el punto a partir del cual se asegura la efectiva protección de todos los derechos del menor fundados en su dignidad y contemplados en la Convención, cuyo cumplimiento le permitirá el más extenso desarrollo de sus capacidades.

⁹⁷ PLÁCIDO, A. *Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Instituto Pacífico, Lima. 2015, pp. 126-127

⁹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Nota 56.

Para cumplir con la finalidad, es necesario analizar la adecuación de las medidas especiales que se tomen con respecto al menor, así como las circunstancias peculiares en las cuales se encuentra.

En este sentido, ha opinado que “la expresión interés superior del niño, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que los desarrollos de este y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”⁹⁹.

Evidentemente, el mencionado principio es de suma importancia en la interpretación adecuada y una aplicación correcta de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Consecuentemente, señala la Corte, “el principio del interés superior del niño exige armonizar completamente la legislación vigente con las disposiciones de la Convención a fin de ser adecuadamente incorporado en el derecho interno, de manera que pueda ser invocado ante los tribunales. En aplicación de ello, se llegará a modificar sustancialmente diversos aspectos del acontecer jurídico, tomando en consideración el indicado principio rector; así como, permitirá la interpretación de las normas del derecho positivo interno, otorgándoles en muchas ocasiones una nueva y vivificada perspectiva y, en otras, considerándolas inaplicables”.

De la misma forma, el principio de interés superior del niño se constituye en un patrón jurídico que posibilitará la adecuación de los contenidos de la norma de manera abstracta al caso concreto. Por tanto, en palabras de PLÁCIDO, “el interés superior del niño representará la valoración prevaleciente en la especie a decidir, con alcances particulares”¹⁰⁰.

A nivel nacional, nuestra CP reconoce una protección especial al niño y al adolescente, así como las políticas nacionales en los siguientes artículos:

“Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono (...)”.

“Artículo 6.- (...) En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes (...)”.

⁹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Conclusión 2.

¹⁰⁰ PLÁCIDO, A. *Manual*, ob.cit., pp.126-127

El Código de los Niños y Adolescentes señala en su artículo IX que: “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los gobiernos regionales, gobiernos locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el principio del interés superior del niño y del adolescente y el respeto a sus derechos”.

Como bien precisa CILLERO,

“la correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se pueden afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no solo considerando el número de derechos afectados, sino que también su importancia relativa”¹⁰¹.

En otras palabras, el interés superior del niño, se trataría del punto de referencia que permite garantizar una efectiva y protección de cada uno de los derechos esenciales inherentes al menor.

Por otro lado, el principio de interés superior del niño no implica una discrecionalidad sin límites otorgadas al juez, sino que, consecuentemente el juez en base a la racionalidad en la evaluación de los hechos, impida todo aquel menoscabo al bienestar físico y espiritual de los hijos, así como la protección de sus derechos.¹⁰²

Por ende, este principio rector se convierte en el estándar jurídico que permitirá adecuar y delimitar los contenidos abstractos establecidos en la norma al caso concreto.

A mayor precisión, señala TORRES FLORES¹⁰³ que:

“el principio del interés superior del niño se constituye en garantía de la vigencia de los derechos que le son reconocidos, identificando el interés superior con la satisfacción de ellos, es decir, el principio tiene sentido en la medida que existen titulares jurídicos cuyos derechos concretos limitan la actuación de las autoridades. El principio, entonces, le recuerda al juez o la autoridad, de que se trate que ella no constituya soluciones jurídicas desde la nada sin estricta sujeción, no solo en forma, sino también en contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente”.

¹⁰¹ CILLERO, M, *El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño* [en línea], http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf [Consulta: 2 de marzo del 2019]

¹⁰² MORÁN, C. GONZÁLES, M, “Los acuerdos adoptados...”, ob. cit., p. 62.

¹⁰³ TORRES, A, ob. cit, pp.161 y ss.

Es necesario puntualizar que, en el principio la referencia al término “superior” no implica desconocer los intereses del grupo familiar, sino que los requerimientos del niño deben armonizarse con el del grupo familiar.

Cabe precisar y considerar la interpretación del TCP con respecto al interés superior del niño, como vemos en el expediente de la STC N° 03247-2008¹⁰⁴ resalta que:

“la doctrina de protección integral del menor se asienta en el interés superior del niño, cuyo fin y forma de interpretación es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos, cuyo interés superior pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo "declarado derecho"; por ende, solo lo que es considerado derecho puede ser interés superior”.

En esa misma línea, el TCP en la STC del exp. N° 04058-2012-PA/TC, fundamento 19, afirma además que:

“el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente, instancia su dignidad, tiene fuerza normativa superior no solo en el momento de producción de normas, sino también en la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea responsable de velar por sus derechos fundamentales”.

El TCP resalta el interés superior del niño en sus dos aspectos: uno como parámetro en la producción normativa del operador jurídico y el segundo como criterio de interpretación en el caso concreto.

DE LA FUENTE- HONTAÑÓN precisa que la protección integral del menor en el plano jurídico comprende:

“a) La persona menor de edad es sujeto de derechos, los cuales se agrupan en cuatro categorías: derecho de supervivencia, derecho al desarrollo, derecho a la protección y derecho a la participación; b) El interés superior de la persona menor de edad; c) Prioridad absoluta de las personas menores de edad; d) Participación; y e) El rol fundamental de la familia”¹⁰⁵

¹⁰⁴ STC Exp. N° 03247-2008-PHC/TC, fundamento 8.

¹⁰⁵ DE LA FUENTE- HONTAÑÓN, M, *Aplicación del principio del interés superior del niño en los procesos de alimentos* [en línea] https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3879/Aplicacion_principio_interes_superior_nino_procesos_alimentos.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Consulta 08 de abril del 2019]

En ese sentido podemos apreciar, en la STC del TCP N° 1817-2009-HC/TC, el TCP desarrolló señaló en el fundamento 11 que:

“el interés superior del niño es el principio regulador de la normativa internacional de los derechos del niño y que interactúa y respalda al principio de especial protección del niño, el cual considera el tribunal que se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4° de la Constitución”.

En consecuencia, el principio de interés superior de niño trae consigo la protección integral del menor, la cual abarca todos sus aspectos, tanto como físicos, psíquicos, morales, intelectuales, espirituales y sociales.

Dicha protección, impone desde la producción de la normativa acorde al interés del menor, hasta la aplicación de las mismas en el caso concreto. Además de la elaboración de políticas y programas sociales respaldados y basados en el interés superior del menor.

Finalmente, el deber de paternidad responsable—que se tratará en el próximo acápite—se encuentra ligado al interés superior del menor, en la medida que el rol del Estado no solo es protección de los derechos del menor, sino también garantizar que el ejercicio de este deber se cumpla a cabalidad y de calidad que le permita al menor su crecimiento y despliegue de sus potencialidades. Es decir, garantizar que la educación y su orientación sean dirigidas al logro del ejercicio de sus derechos con autonomía.

2.5. Principio de la protección a la familia. Cuando hablamos del término familia, pensamos en un núcleo formado por la unión de un hombre y una mujer, y los respectivos lazos de consanguinidad y afinidad que se derivan de ella.

Con las transformaciones sociales y jurídicas (entre las que se encuentran el aumento del trabajo femenino, migraciones, regulación del divorcio) actualmente es difícil dar una definición absoluta de familia, en el sentido de que no existe una definición que abarque todas sus manifestaciones. “Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaterales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas”¹⁰⁶¹⁰⁷.

¹⁰⁶ STC Exp. N° 09332-2006- AA/TC, fundamento 7.

¹⁰⁷ “No existe un acuerdo sobre el *nomen iuris* de esta organización familiar, utilizándose diversas denominaciones tales como familias ensambladas, reconstruidas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas nupcias o familiastras. Así, la familia ensamblada puede definirse como la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa”. *Ibidem*, fundamento 8

A continuación, en el presente acápite analizaremos la protección de la familia en nuestro ordenamiento.

2.5.1. Marco Normativo. En primer lugar, como hemos estado haciendo a lo largo del presente capítulo veamos la regulación internacional de la institución de la familia.

Entre los principales documentos internacionales se encuentra el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos:

“Inciso 1 del Artículo 23: la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho de la protección de la sociedad y del Estado”.

Asimismo, se encuentra el Pacto de San José de Costa Rica estipula:

“Inciso 1 del Artículo 17: La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

Además, se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que precisa:

“Artículo 10: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges”

Igualmente, el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), establece:

“Artículo 15 Derecho a la Constitución y Protección de la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado, quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material.

2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna.

3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:

- a. conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto; b. garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar; c. adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral; d. ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente

estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.”

Por otro lado, a nivel nacional la Constitución en su artículo 4° hace mención expresa a que:

“La comunidad y el Estado (...) también protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad (...).”

Pues bien, frente a esta realidad el estado ha implementado una serie de normas y políticas que regulen y protejan a la familia permitiendo su desenvolvimiento en sociedad con el bienestar de cada uno de sus miembros que la integran.

Así tenemos el Plan Nacional de Apoyo a la Familias 2016-2021, cuya finalidad principal es la de “generar condiciones, normas y servicios que permita que las personas puedan garantizar el derecho a formar y vivir en familia de todo miembro, asumir responsabilidades compartidas, prevenir la violencia familiar, así como fortalecer la economía familiar”¹⁰⁸.

Los enfoques en los cuales se basa el plan son: primero, enfoque de derechos humanos, es decir, “considerar que las familias están formadas por personas sujetas de derecho y por tanto que disfrutan de un nivel de ciudadanía que les brinda garantías y responsabilidades respecto de sí mismas”¹⁰⁹.

La segunda, un enfoque de género, a través de un “análisis desde una mirada integral de los efectos de las desigualdades sociales y relaciones asimétricas de poder, en la calidad de hombres y mujeres y cómo se perpetúa desde las familias, como en el desigual ejercicio de las responsabilidades familiares y que repercute en la conciliación de la vida y el trabajo”¹¹⁰.

La tercera se trata de un enfoque intergeneracional, es decir, “promoviendo el derecho de formar y vivir en familias de las personas”¹¹¹.

La cuarta es el enfoque de interculturalidad, en el cual “a través de a diferente identificación de las realidades de familias regionales y locales se diseñen intervenciones específicas en el fortalecimiento de la familia”¹¹².

Por tanto, “la Política de Fortalecimiento de las Familias busca que las familias, independientemente de su forma de organización, cumplan con sus funciones (formación,

¹⁰⁸ Plan nacional de fortalecimiento a las familias 2016-2021 [en línea] <https://www.mimp.gob.pe/files/planes/PLANFAM-2016-2021.pdf> [Consulta: 12 de abril del 2019].

¹⁰⁹ Ibidem, p. 23

¹¹⁰ Ibidem, p.24

¹¹¹ Ibidem, p.24

¹¹² Ibidem, p.24

socialización, cuidado, seguridad, económica y afecto) para el desarrollo integral de sus miembros, principalmente de los más vulnerables; debiendo el Estado, con la Sociedad, brindar adecuada y oportunamente las condiciones para este fin¹¹³.

Los ejes de las políticas públicas en las cuales se basan son:

“la promoción integral de las familias; el apoyo a través de programas y proyectos sociales; la protección a través de medidas de garantía para el ejercicio y exigencia de los derechos de los miembros de las familias en especial de los menores y, por último, el fortalecimiento del desarrollo de las capacidades de sus miembros para la igualdad de oportunidades”¹¹⁴.

Por último, cabe precisar que a través del Decreto Legislativo 1408, “Decreto Legislativo para el fortalecimiento y la prevención de la violencia en las familias”, consagra en su artículo 4 como principios: a) protección de las familias y una atención prioritaria en situaciones especiales; b) Igualdad y no discriminación; c) interés superior de la niña, niño y adolescente; d) corresponsabilidad familiar (distribución igualitaria de las tareas domésticas, así como mantenimiento económico del hogar) y e) Unidad migratoria familiar.

Asimismo, recoge en su artículo 6°, el derecho a vivir en familia: “El Estado y la sociedad reconocen el derecho de toda persona a vivir, crecer, envejecer y desarrollarse integralmente en el seno de una familia, en la medida que no afecte su dignidad e integridad personal o vulnere sus derechos fundamentales”.

Adicionalmente, en el artículo 8°, establece las obligaciones del Estado para la promoción de familias libres de violencia.

Evidentemente, se puede apreciar la preocupación del Estado por la protección de las familias, así como cada uno de sus miembros. Básicamente, se pone al relieve la equidad de géneros tanto del varón como de la mujer en la participación activa del fortalecimiento y desarrollo de la familia, así como la protección especial a los menores. Todo ello trae consigo una implementación de programas y políticas públicas que promuevan, protejan y fortalezcan el entorno familiar.

2.5.2. Delimitación del concepto de familia. La familia como núcleo de la sociedad es una realidad preexistente al Derecho y la base principal del orden social al cual se le brinda protección jurídica. Esto trae consigo el respeto de su autonomía para el despliegue de su libertad y cumplimiento de sus fines.

¹¹³ Ibidem, pp. 80 y ss

¹¹⁴ Ibidem

La familia como institución natural, social y jurídica, para VARSÍ ROSPIGLIOSI¹¹⁵, cuenta con las siguientes características peculiares entre las que tenemos:

Por un lado, la universalidad, es decir, trasciende los momentos y las épocas, va más allá de la mera expectativa individual como un vehículo de satisfacción de intereses personales y grupales.

Por otro lado, la “plataforma” afectiva conformada por los sentimientos humanos tales como la comprensión, el amor y el sacrificio, forman una parte importante en la relación espiritual que une a sus miembros, siendo un centro cultural en el que se difunden los valores, costumbres, creencias y formas de vida. que se convierte en la célula básica de la sociedad con una gran importancia social y natural, al surgir de la propia vida, de las relaciones y los devenires humanos, en la cual el Derecho no la influencia solo la norma con poca eficacia.

De esta manera, “el reconocimiento legal de las entidades familiares permitirá reafirmar el valor de la persona y su dignidad partiendo que la premisa de la afectividad es el máximo elemento regulador de las relaciones interpersonales”¹¹⁶.

El principio de protección a la familia “es de manera integral, sin importar su origen, su tipología y la diversidad de las formas. La familia no es una, por el contrario, es el momento en que a través de este principio se reconozca la variedad de entidades familiares”¹¹⁷.

En otras palabras, VARSÍ resalta el carácter histórico de la familia, que trasciende épocas cuya base principal es el sentimiento afectivo que une a sus miembros. Cabe destacar que por un lado, cada miembro de la familia cumple con un rol correspondiente, y por otro, se pueden dar vínculos no solo a través de la filiación sino también a través de vínculos afectivos tales como, a modo de ejemplo, se ve claramente en las personas que ayudan al servicio doméstico y que se consideran como “parte de la familia”.

La familia es considerada uno de los pilares más importantes de la sociedad, en cuanto representa al hombre como un ser colectivo que intenta salvaguardar el bien común de la humanidad.

Resulta así que “la persona humana viene al mundo en el seno de una familia, debiéndole a ella el hecho mismo de nacer y de continuar existiendo como tal; consecuencia natural de ello es que está íntimamente relacionados los derechos de la persona humana con la familia”¹¹⁸.

¹¹⁵VARSÍ, E, *Tratado de Derecho de Familia La nueva Teoría institucional y jurídica de la familia*, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2011 pp.48-49.

¹¹⁶ Ibidem

¹¹⁷ Ibidem, p. 254.

¹¹⁸ CORNEJO, M, *Matrimonio y familia: su tratamiento en el derecho*. Tercer milenio, Lima, 2000, p. 26

La familia es la célula fundamental de la sociedad. “Si bien existe para el hombre, ella posee individualidad y subjetividad propias: se trata de una realidad social sólidamente arraigada [...] debe ser reconocida en su identidad y naturaleza de sujeto social como sociedad primordial y soberana. El reconocimiento de la familia es indispensable para el bien de la sociedad; en efecto, una nación verdaderamente soberana y espiritualmente fuerte está formada siempre por familias fuertes con conciencia de su vocación y de su misión en la historia”¹¹⁹.

En consecuencia, el Estado “está llamado a intervenir en apoyo de ella sobre la base del principio de la subsidiaridad que se traduce en dos enunciados fundamentales, el primero que ahí donde la familia es autosuficiente hay que dejarla actuar autónomamente; y el segundo que solo ahí donde la familia no es autosuficiente, el Estado tiene la facultad y el deber de intervenir”¹²⁰.

PERALTA DE ANDÍA, expresa que a pesar que nuestra CP y el Código Civil no contienen una definición expresa de familia, la define como “una institución jurídico- social que agrupa a un conjunto de personas, padres e hijos principalmente, que están unidos por vínculos de parentesco que el propio derecho reconoce entre sí”¹²¹.

En nuestro ordenamiento jurídico rige el principio de promoción del matrimonio en cuanto el estado no establece restricciones para que se suscite la unión entre dos personas, más allá de los requisitos establecidos en las normas.

Este principio se manifiesta tanto en la CP, en su artículo 4°:

“La comunidad y el Estado (...) protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”.

En esta misma línea se manifiesta el Código Civil, en su artículo 234°: “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada entre un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este código, a fin de hacer vida común”.

¹¹⁹ *Ibíd.*, p. 32.

¹²⁰ *Ibíd.*, p. 41.

¹²¹ PERALTA DE ANDIA, R, *Derecho de Familia en el Código Civil*. Idemsa, Lima, 2008, p.27.

Ahora bien, el Informe Nacional Sociodemográfico del INEI del mes de agosto del 2018 aplicados a los censos nacionales del 2017¹²², destaca que, del total de 100 %, el 26,7% –de la población censada de 12 y más años– son convivientes, el 25,7% son casados y el 0,9% son divorciados. La diferencia es notoria si se compara con el censo realizado en el año 1981, donde el 12,0% era conviviente, el 38,4% casado y no se registraba porcentaje de divorcios.

En las uniones de hecho se puede apreciar los elementos de la convivencia o la procreación de los hijos. La frecuencia con la que se suscitan en nuestra sociedad actualmente como se mencionó en el párrafo precedente y los intereses que surgen dentro de ella, han obligado al legislador a otorgarle efectos jurídicos, de modo que actualmente las personas no ven la necesidad de acudir al matrimonio para crear un vínculo jurídico con su pareja.

Nuestro ordenamiento jurídico no es una excepción. El artículo 5° de nuestra CP establece:

“La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujetos al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”.

Y nuestro Código Civil, en su artículo 326 precisa:

“La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos”

Nuestras normas revelan la intención del legislador con el reconocimiento de las uniones de hecho: Es mostrarlas como un matrimonio de hecho, que aún no cumple todas las formalidades para consolidarse jurídicamente. En otras palabras, las uniones de hecho tendrán fuerza jurídica siempre que se asemejen lo más posible al matrimonio, es decir siempre que representen una comunidad de vida, en donde se cumplen los requisitos mínimos de singularidad o monogamia y de heterosexualidad.

Ahora los vínculos filiales no nacen únicamente de relaciones de consanguineidad o de afinidad. En muchos casos se forman lazos afectivos derivados de las familias reconstituidas o familias ensambladas. Estas se dan generalmente ante la unión de un cónyuge divorciado o

¹²² Perú: *Perfil Sociodemográfico. Informe Nacional. Censos Nacionales 2017: XII de población, VII de vivienda y III de comunidades indígenas* [en línea] https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1539/libro.pdf [Consulta 12 de abril del 2019]

viudo con o sin hijos, con otro cónyuge que puede o no encontrarse en las mismas circunstancias. Pensemos en una mujer viuda, que tiene dos hijos y que decide contraer matrimonio con un hombre soltero ¿Pueden ser reconocidos como sus hijos y por lo tanto ser acreedores de los derechos de alimentos, educación entre otros? La respuesta evidentemente es afirmativa, veamos a continuación un ejemplo de ello.

En nuestro país se han visto casos en dónde se les niega a los padres no biológicos los derechos sobre los hijos de sus cónyuges o convivientes, excluyéndolos de muchos de sus ámbitos de vida.

Así, el TCP se ha pronunciado al respecto, en la STC exp. N° 02478-2008-PA/TC, el demandante es Alex Cayturo Palma interpone una demanda de amparo contra el director de la institución educativa particular “Precursores de la Independencia” y el presidente de la APAFA con la finalidad de suspender las elecciones y revocar al consejo directivo de la APAFA electo del mencionado centro educativo, por considerar que el presidente elegido no tenía derecho para ser candidato, ya que no era el padre biológico de los estudiantes (hijos de su conviviente).

El TCP desestimó la demanda, bajo el argumento que quien había sido elegido como presidente había acreditado ser el apoderado de los dos estudiantes, poder que derivaba del concubinato que mantenía con la madre de los niños. Asimismo, reconoce a las familias ensambladas como verdaderas familias definiéndolas como “la estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja en la cual uno o a ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de una relación previa”¹²³.

En este caso se puede apreciar que el TCP, reconoce un concepto amplio de familia no limitándose al vínculo biológico, tal es el caso de las familias ensambladas que surgen a partir de un nuevo matrimonio o compromiso y que la nueva pareja asume el rol de padre o madre de los menores.

2.5.3. Deber de paternidad responsable. Ahora, el deber de paternidad responsable está recogido en nuestra CP, así el artículo 6 establece:

“La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud”.

¹²³ STC Exp. N°02478-2008-PA/TC, fundamento 4.

Por tanto, la paternidad es un derecho que conlleva un deber de responsabilidad.

Por un lado, se trata de un derecho, dado que implica la libertad de cada pareja en la elección del número de hijos que anhela procrear. Por otro lado, se trata de un deber puesto que la pareja, tanto hombre como mujer, deben cumplir con ciertos preceptos legales, sociales y humanos favorables para sus hijos y respetar los derechos de estos.

En conclusión, la vida familiar se trata de un entorno de coexistencia armónica de derechos y deberes que el estado y la sociedad reconocen como tal, cuya concreción se encuentra en la CP y las leyes que se deriven, con la finalidad que su cumplimiento y ejercicio preserven la unidad y la integración de la familia¹²⁴



¹²⁴ CHANAMÉ, R, *Lecciones...* ob.cit, p.338.



Capítulo 3

Propuesta de solución: Hacia una efectiva tutela de derechos

En el presente capítulo se analizará la vulneración de cada uno de los derechos y principios mencionados en anterior capítulo con la práctica de la maternidad subrogada. Por último, se propondrá una solución ante la afectación de los mencionados derechos.

1. La dignidad de la persona humana en la maternidad subrogada

Tal como quedó sentado en el capítulo I, la dignidad humana queda exenta de todo tipo de condicionamientos externos, así como del plano ontológico y moral. La dignidad implica el respeto a la esencia de la persona en base a su naturaleza humana, y de la cual brota el fundamento de los derechos humanos que el Estado protege en plena consonancia con los instrumentos internacionales, sobre la cual se basa el orden jurídico.

La dignidad consiste en “la eminencia o excelencia del ser humano, mediante una intensa participación en el más alto grado del ser, que lo constituye como un ser dotado de virtud y exigibilidad en relación a sí mismo y en relación con los demás hombres”¹²⁵. De este modo, “la dignidad de la persona se constituye en regla de comportamiento, regla o norma que tiene su fundamento y origen en la naturaleza humana y por ello es objetiva”¹²⁶.

Ahora bien, el respeto de la dignidad implicará el rechazo de cualquier decisión humana que no sea conforme a la CP y en general al ordenamiento jurídico.

En la maternidad subrogada la persona no es el fin que el Estado debe proteger, sino que se convierte en el medio por el cual la persona logra sus objetivos egoístas fundamentándose en un supuesto derecho a la maternidad, reduciendo a la persona a la calidad de objeto.

Pues bien, podemos determinar que en esta figura tanto la persona que “alquila” su vientre para gestar al menor como al concebido se les atribuye la calidad de cosa sin protección alguna dejando de lado su dignidad. ¿Es acaso que las ansias de ser madre justifican el uso de cualquier medio para lograr su fin? Es lamentable cómo esta práctica pueda darse en diversas partes del mundo y más aún en Perú que existe un vacío legal.

En la maternidad subrogada es comúnmente usada la figura del contrato de alquiler, en el que se estipulan las condiciones en las cuales se lleva a cabo esta práctica. Veamos en el siguiente apartado con más detalle esta controversia.

¹²⁵ HERVADA, J, *Lecciones propedéuticas de filosofía del Derecho*. Eunsa, 4ª Edición, España. 2008, p. 452.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 453

1.1. Análisis de la validez del contrato de maternidad subrogada: Posición de la doctrina. Las posiciones que giran en torno a la validez del contrato de la maternidad subrogada son variadas en la doctrina, de esta manera tenemos:

Una postura considera a los contratos de maternidad subrogada como actos unilaterales lícitos, que pueden ser revocados en cualquier momento por la gestante. Queda descartado por tanto que sean acuerdos o negocios bilaterales.

Entre ellos destaca ESPINOZA¹²⁷, indica que la maternidad subrogada a título gratuito sería lícita y que, en el ordenamiento jurídico peruano, podría ser aceptada dado que su finalidad es darle una familia al menor ante una mujer que le es imposible, por deficiencias físicas.

Asimismo, el mencionado autor destaca la solidaridad de la mujer gestante dejando de ser una situación “aberrante”, pues no media un ánimo de lucro. De esta manera “queda atrás todo tipo de valoraciones éticas que degradan al niño y a la mujer, así como las conceptualizaciones de mercancía de simple producto de consumo que debe cubrir todas las exigencias del gusto de los potenciales padres”¹²⁸.

Considero que la licitud de la maternidad subrogada bajo el precepto que no se afecta la dignidad si se somete a la gratuidad como garantía de libertad, traería como consecuencia que a la larga se termine aceptando la maternidad subrogada comercial donde medie un pago económico, así como generaría un turismo procreativo en países extranjeros que sí admitan la maternidad como tal, al no poderse servir de la maternidad altruista en nuestro país.

Otro sector de la doctrina postula que el contrato o convenio celebrado entre las partes es nulo de pleno derecho, cuya consecuencia principal acarrearía la inexistencia de responsabilidad contractual. Los fundamentos se encontrarían en: ilicitud de la causa, por ende, “la irrepitibilidad de lo pagado e inexigibilidad de lo prometido; la vulneración a la irrenunciabilidad a las normas naturales de filiación; fraude a la institución de la adopción; y, por último, la tipificación de los delitos como el tráfico de niños, fingimiento de embarazo, suposición de parto, alteración de la filiación y del estado civil así como de falsos reconocimientos”¹²⁹.

En esa misma línea, se encuentra GONZÁLES¹³⁰, señala la nulidad del contrato de maternidad subrogada en base a lo siguiente:

¹²⁷ ESPINOZA, J. *Derecho de las personas*. Gaceta Jurídica, (4^a ed.) Lima.2004, p.50

¹²⁸ Ibidem

¹²⁹ GONZÁLES, A. “Cuando mi madre es un número, identidad genética e interés superior del niño” en GUTIÉRREZ, W. (Coord.) *Revista Jurídica del Perú*, Normas legales N°93. noviembre 2008, p.33.

¹³⁰ GONZÁLES, M. *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Dykinson. Madrid 2013p.200.

Primero, es “contrario al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, debido a que recae sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, específicamente sobre su útero. Se trata del alquiler (o préstamo en caso de ser gratuito) de una función de la mujer, tan importante, como es la maternidad, que no puede ser objeto del tráfico jurídico”.

Segundo, “se trata de un bien *extra commercium*, es decir, fuera del comercio de los hombres. Pero la indisponibilidad de la no solo es del cuerpo humano sino también a cerca del estado civil de la persona, ya que se trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno filial y la atribución de la condición jurídica de progenitor e hijo. Normas que revisten carácter imperativo y de orden público, por lo que cualquier renuncia a la filiación materna por parte de la madre gestante es un acto que incide sobre un aspecto que escapa a la autonomía de la voluntad y, por tanto, en la que no cabe ni renuncia ni disposición”.

Tercero, precisa que se trata de un contrato que es “contrario a la dignidad de la mujer y del niño, tal como lo mencionábamos anteriormente. Supone una explotación y manipulación de la madre ley produce al margen de los intereses de los hijos, quien tampoco puede ser objeto de comercio, no puede ser transferible. Se vulneran, pues principios básicos de nuestro Derecho recogidos en normas constitucionales. Por estos argumentos, el acuerdo de vientre de alquiler tiene una causa ilícita”.

Por último, indica que, “la consecuencia de declarar nulo este contrato es que no se podrá exigir la exigencia de lo pactado y por tanto no tendrá reclamar la entrega del niño al nacer ni la devolución del dinero entregado a la gestante”.¹³¹

Asimismo, DE LA FUENTE- HONTAÑÓN, afirma que los contratos sexuales, con “las cláusulas de maternidad subrogada, son nulos de pleno Derecho”, dado que se “produce una evidente cosificación de las realidades implicadas, cuya naturaleza es claramente personal, afectando claramente la dignidad humana, además de consentir en la renuncia a la filiación materna, a favor de los contratantes”¹³².

En otras palabras, DE LA FUENTE- HONTAÑÓN enfatiza la nulidad del contrato de maternidad subrogada en dos aspectos: la dignidad de la persona humana dado que la misma es considerada como “cosa” y la permisón de la renuncia de la filiación materna, renuncia que no es permitida en nuestro ordenamiento jurídico.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² DE LA FUENTE- HONTAÑÓN, M, *La subrogación gestacional...* ob. cit., p. 18

En esa misma línea, MORÁN DE VICENZI¹³³, indica que el contrato de maternidad subrogada “es ilícito por impedir que el hijo determine su propia filiación y, además contrario al orden público, a las buenas costumbres y a los principios de la moral comúnmente aceptados”. Por esta misma razón “se descarta el incumplimiento de esta clase de convenios pueda generar un derecho de indemnización a favor de la pareja comitente o de la mujer gestante, o que los primeros puedan solicitar la restitución de lo pagado en calidad de compensación durante el periodo de embarazo”.

Coincidiendo con esta postura de la doctrina, la nulidad del contrato o acuerdo de las partes sea con o sin fines de lucro es nula dado que la libertad de las partes en la contratación no es extralimitada, sino que debe encontrarse dentro del orden público¹³⁴, las buenas costumbres tal como lo precisa el artículo V del Título preliminar del Código Civil¹³⁵. Sin dejar de lado el carácter imperativo de las normas reguladoras de la filiación y del estado civil. Dicho en otras palabras, estas normas gracias al interés público que representan, poseen un carácter indisponible y abstraído de la autonomía de la voluntad de las partes tales como renunciaciones de filiación, transacciones, exigencia de contraprestaciones, etc.

Ahora bien, cabe preguntarse cuál sería el objeto del supuesto contrato de alquiler de vientre: por un lado, considerar al útero de la mujer donde se alojará el concebido o, por otro lado, al concebido propiamente dicho.

Al respecto apunta VALDIVIESO¹³⁶ cuando hace un análisis del contrato de maternidad subrogada precisando que “el objeto del contrato celebrado por las partes se resume en la disposición de la matriz de la madre con el fin de gestar un niño del cual, una vez nacido, se dispone en favor de terceros, a cambio de una contraprestación. Todo ello teniendo en cuenta que, de considerarse válida, habría una contradicción en el ordenamiento jurídico claramente: la persona es sujeto de derecho por tanto no puede ser objeto de derechos. No es “algo” de lo que se pueda disponer (el niño) y tampoco puede – aun cuando medie la manifestación de la voluntad - disponerse de “sus partes” (la matriz)”.

¹³³ MORÁN, C, *El concepto de la filiación en la fecundación artificial*. Ara Editores, Lima, 2005, pp.201-202.

¹³⁴ “El orden público debe entenderse conforme a la doctrina imperante a aquella situación de la normalidad en que se mantiene y vive un Estado cuando se desarrollan las diversas actividades individuales y colectivas, sin que produzcan perturbaciones o conflictos; así mismo lo caracteriza el conjunto de normas e instituciones cuyo objeto consiste en mantener en un país el buen funcionamiento de los servicios públicos, la seguridad y la moralidad de las relaciones entre los particulares”. En EXP. N° 2516-98 de 04 de junio de 1999, F.j.2956°

¹³⁵ Código Civil peruano, Art. V del título preliminar: “Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”.

¹³⁶ VALDIVIESO, E, *Para determinar el contenido de los derechos, ¿tienen límite los jueces? A propósito de un caso peruano de vientre de alquiler*, [en línea] <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/limite-jueces-vientre-alquiler.pdf> [Consulta: 19 de setiembre de 2018]

También hace mención a la causa, entendida como la finalidad que persigue determinado acto jurídico. En este caso, “la causa del contrato entre las partes no podría ser admitida y protegida por el ordenamiento jurídico en tanto que el “derecho a tener un hijo” no es – por decir lo menos – un derecho fundamental y en el que una de las partes debe renunciar a la maternidad. La finalidad del contrato suscrito por las partes es entonces “adquirir” un hijo, para ello, “compran” un gameto (el óvulo de la madre) y “alquilan” una matriz. Este fin, indudablemente, es ajeno al ordenamiento jurídico”¹³⁷.

La respuesta a la interrogante planteada tiene poca relevancia dado que el menor o la mujer gestante no pueden ser reducidos como objetos de un contrato, siendo que, la naturaleza misma del contrato brota de un interés patrimonial de las partes.

La persona humana merece “un trato adecuado a su estatuto ontológico y hay comportamientos conformes (dignos) y disconformes (indignos) con ese estatuto ontológico. Esto no puede significar otra cosa, sino que la naturaleza humana se constituye en regla de comportamiento–propio y ajeno– y en el título de lo debido al hombre (derechos y deberes inherentes a la dignidad de la persona humana)”¹³⁸.

De lo mencionado se puede apreciar una clara vulneración a la dignidad de la persona humana en contravención al Art.1 de la CP. Evidentemente, es claro que se da una reducción a la mujer a un medio objeto de satisfacción en alusión del pretendido derecho a ser madre lo que significaría un comportamiento disconforme (indigno) con la naturaleza humana.

Por último, cabe precisar que al ser nulo no son exigibles las obligaciones de entregar al menor por parte de la gestante, ni el pago en su caso de la contraprestación. De este modo, la nulidad del contrato no solo debería considerarse con respecto a los contratos celebrados en nuestro país, sino también los celebrados en el extranjero, evitando así el turismo procreativo.

En América Latina, un sector de la doctrina colombiana, considera como válido al contrato de la maternidad subrogada. Entre los defensores se encuentra CÁRDENAS LAURA¹³⁹, señala que el contrato de alquiler de vientre o maternidad subrogada es un acto por el cual una parte se obliga frente a otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa; que para el caso del contrato en mención las obligaciones de las partes son, por parte de la madre gestante: abstenerse de relaciones sexuales, debe someterse a rigurosos tratamientos médicos en el transcurso del tiempo que dure el contrato que pueden ser nueve meses o menos, (dependiendo el caso) y su

¹³⁷ *Ibíd*em, p. 8

¹³⁸ HERVADA, J, *Lecciones...*, ob. cit., p. 453

¹³⁹ CARDENAS, L, *Validez y eficacia del contrato de maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano* [en línea] http://inepaz.unisabaneta.edu.co/media/filer_public/67/72/6772677a-9352-4d47-a78d-e9b0b3d0507e/validez-contrato-maternidad-subrogada.pdf [Consulta: 17 de setiembre de 2018]

última obligación y la más importante es entregar al niño; y las obligaciones de los comitentes: son cancelar la suma acordada y recibir al niño en el momento de su nacimiento¹⁴⁰.

Además, precisa que es un contrato atípico (donde los efectos son determinados por la autonomía de las partes) así como consensual, es decir se perfecciona el contrato con el consentimiento de la madre gestante y de los comitentes. Por último, refiere que es un contrato real el cual se perfecciona con la tradición de la “cosa”, es decir, entrega del menor como objeto del contrato¹⁴¹.

Considero que las prestaciones a las cuales se obliga la madre gestante frente a los padres contratantes no son exigibles y carecen de toda relevancia jurídica dado que, como ya se ha mencionado en párrafos anteriores, el contrato es nulo desde sus inicios, de pleno derecho y definitivo

Existen diversos países en Asia en los cuales la maternidad subrogada es admitida. Uno de ellos es Rusia, la cual se rige por el Código de Familia de la Federación de Rusia y La Ley Federal de Salud (*Federal Law on the Basis of Protection of Citizens' Health*) aprobada en noviembre del 2011 y en vigor desde el 1° de enero de 2012. Así el Código de Familia en el artículo 51.4 señala:

“Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la aplicación de la fecundación *in vitro* o la implantación del embrión se inscribirán en el Libro de Nacimientos como los padres del niño por medio de esas técnicas. Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la implementación del embrión en el útero de otra mujer con el fin de que lo gestee, solo serán inscritos como los padres del niño con el consentimiento de la mujer que lo haya parido (gestante)”.

Asimismo, la parte médica es regulada por la orden número 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia del 26 de febrero del 2003 “Sobre la aplicación de las técnicas asociadas a la fecundación asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina”.

Cabe precisar que en Rusia las mujeres gestantes deben cumplir determinadas características entre las que se encuentran: libertad para formar parte del acuerdo, tener entre

¹⁴⁰ *Ibidem*, pp.8-9

¹⁴¹ *Ibidem*, p.9

de 20 y 35 años de edad, haber tenido un hijo con anterioridad y que goce de buena salud física y psicológica entre otras.¹⁴²

Entre la doctrina española, CLAVERÍA admite la maternidad subrogada al afirmar que, “el contrato de maternidad subrogada no es arrendamiento de la cosa porque no cabe contraprestación y porque el cuerpo humano o parte de él no es jurídicamente cosa, razón esta última que excluye asimismo la posibilidad de hablar de comodato. Más bien se da prestación gratuita de una conducta de contenido complejo que comprende deberes de diligencia, vigilancia médica, régimen alimenticio, vida ordenada y comunicación de incidencias, etc., y no es susceptible de clasificación entre los tipos conocidos, al modo de un atípico arrendamiento gratuito de obra o de servicios”¹⁴³.

En suma, considero que el contrato de maternidad subrogada debe ser nulo por las razones mencionadas, de lo contrario se estaría exponiendo a la explotación de la mujer, así como un riesgo en la cosificación del niño y la reproducción, por lo que son actos indignos de la naturaleza ontológica de la persona humana.

1.2. Ejemplos ilustrativos de la maternidad subrogada. En América Latina se han dado innumerables casos donde se evidencia la práctica de la maternidad subrogada, en este apartado se puntualizarán algunos de Colombia, Perú y Chile.

En Colombia, la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia exp. T- 968/09, de fecha 18 de diciembre del 2009¹⁴⁴, la ciudadana Saraí (seudónimo brindado por la Corte a fin de proteger la identidad de la mujer colombiana), interpuso una acción de tutela contra la sentencia del Décimo Juzgado de Familia de Cali, por considerar que se vulnera el derecho fundamental de sus hijos a tener una familia y a no ser separado de ella, a la igualdad y a la aplicación de los tratados internacionales que consagran los derechos de los niños.

Saraí de bajos recursos económicos y madre de una menor, se sometió a la fecundación *in vitro* con los gametos de una pareja residente en Estados Unidos (el esposo de nombre Salomón y una colombiana), cuya fecundación no tuvo éxito alguno.

¹⁴² RUIZ, R. “*Maternidad subrogada. Revisión bibliográfica*”[en línea,] <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf> [consulta el 20 de diciembre de 2018]

¹⁴³CLAVERÍA, L, “Las categorías negociales y su adaptación en función de la reproducción humana” en *Congreso de filiación: la filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones* Vitoria-Gasteiz. Editorial Trivium, 1988, España, p.244

¹⁴⁴ Corte Constitucional de la República de Colombia [en línea] <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm> [Consulta: 17 de abril del 2019].

Salomón y Saraí se sometieron a la fertilización *in vitro*, pero esta vez con los gametos femeninos de Saraí a cambio de una fuerte cantidad de dinero, pago que cumplió hasta los cinco meses del embarazo. Fruto de la aplicación de dicha técnica, nacieron los gemelos que fueron retirados de la custodia de la madre por el Instituto Colombiano de bienestar Familiar de Yumbo dado que los menores se encontraban enfermos, siendo otorgados en custodia a una tía paterna.

Frente a esta situación, el padre biológico solicitó la custodia y permiso de la salida del país con sus menores hijos, permiso que fue concedido por un Juez de Familia bajo los siguientes argumentos:

Primero, existe un incumplimiento del contrato verbal de la gestante por negarse a renunciar a los menores. Segundo, dado que la madre vivía en condiciones precarias económicas y subdesarrolladas no aptas para el desarrollo integral de los menores se le otorgaba la custodia al padre que no solo tuvo la voluntad de ser padre, sino que además contaba con las condiciones y oportunidades para el óptimo desarrollo de los gemelos. Tercero, remarcó la voluntad paterna de someterse la fecundación para ser padre de los menores por tanto el padre. Cuarto, “el padre de los menores tiene un mejor derecho a estar con ellos, porque él fue quien buscó por todos los medios y con muchos sacrificios su concepción”¹⁴⁵. Finalmente, dispuso que Saraí puede visitar a las menores dos veces al año.

Saraí presentó una acción de tutela solicitando que se revoque la sentencia del Juez de Familia, ante lo cual el Tribunal Superior del distrito de Cali, dejó sin efecto la sentencia y ordenó al Juez de familia emitir una nueva en la que denegó la salida del país de los menores e insistió en que la madre no cuenta con las condiciones para asumir la custodia.

Luego de pronunciarse el Juzgado de Familia en 4 sentencias sobre el mismo caso, la Corte Constitucional de Colombia ordena que los menores regresen con su progenitora (Saraí) así como a las instituciones correspondientes el acompañamiento el proceso de reencuentro.

Evidentemente, el Juzgado de Familia al pretender hacer válido el contrato de maternidad subrogada en base a las alegaciones del padre biológico y las “obligaciones surgidas del contrato”, no tiene en cuenta que se tratan de seres humanos con dignidad y realiza actos que atentan totalmente la integridad y el interés superior del menor.

En este caso podemos ver claramente que posibles consecuencias traerían consigo el tener como válido el contrato, la exigencia de lo pactado entre las partes, el uso de objeto a la mujer que degrada su dignidad, así como tratamiento de una mercancía al concebido.

¹⁴⁵ *Ibíd*em

En el Perú también se han dado estas prácticas, tenemos un caso reciente que ha dado lugar a muchos debates en torno a la maternidad subrogada. El 05 de septiembre del 2018¹⁴⁶, una pareja de chilenos Rosario y Jorge, contrataron a una mujer peruana para gestar a un embrión conformado por un óvulo donado y un espermatozoide del esposo.

Los mellizos nacieron el día 28 de julio del 2018 y la pareja viajó un día después. De regreso a su país fueron detenidos y la Corte de Justicia del Callao dictó 12 meses de prisión preventiva contra ellos por acusación de una presunta trata de personas. En las investigaciones de la Fiscalía se le consultó a la peruana sobre el pago de dinero para que lleve el embarazo, la mujer respondió que lo que se acordó fue el pago de 800 soles por conceptos de alimentos, análisis, movilidad y medicina, así como US\$10 mil dólares por la gestación. Afirmó que conocía a la pareja y que a fines del 2017 se organizaron para realizar el proceso médico¹⁴⁷.

La pareja relató¹⁴⁸ que llegaron al Perú dado que su médico tratante les indicó que una de nuestras clínicas tenía técnicas avanzadas y mejores tasas de éxito para que se hiciera una gestión por un trámite de alquiler habiendo un contrato de por medio, precisando además que un abogado especialista en fertilidad los ayudó en los trámites, ante lo cual no veían nada “raro” en el proceso.

El 3 de setiembre, el abogado de la pareja señaló: La persona fue a dar a luz a Clínica Delgado. El certificado de nacido vivo lo entregó a la Clínica Concebir, la cual realiza el certificado con la huella de pies de los bebés. Con dichos documentos se inscriben a los menores en la Reniec, los inscribe y le dan el acta de nacimiento, luego con ello le dan el DNI de sus hijos¹⁴⁹.

Finalmente, la primera Sala Penal de Apelaciones del Callao revoca la prisión preventiva impuesta en contra de Tovar y Madueño. La decisión de la Sala se fundó, principalmente, en el resultado positivo de la prueba de ADN, que determina que Jorge Tovar es el padre biológico de los menores

En el presente caso, se ha centrado gran parte de la polémica y debates en torno a duras críticas que recibió la fiscalía y la sentencia de primera instancia en dictar prisión preventiva de libertad sin hacer exámenes previos de ADN a los menores. La prensa dio mayor énfasis en los deseos truncos de ser padres dejándose de lado el motivo que llevó a la pareja a recurrir

¹⁴⁶ <https://rpp.pe/lima/actualidad/mujer-asegura-que-llevo-el-embarazo-subrogado-de-pareja-arrestada-por-presunta-trata-de-personas-no-son-mis-hijos-noticia-1147851> [Consulta: el 5 de setiembre 2018]

¹⁴⁷ *Ibidem*

¹⁴⁸ www.t13.cl/noticia/nacional/chilenos-detenidos-peru-vientre-alquiler-estos-dias-no-me-va-devolver-nadie [Consulta: 18 de setiembre de 2018]

¹⁴⁹ GUTIÉRREZ, S, *Resultado de ADN confirma paternidad de mellizos de esposos chilenos* [en línea] <https://legis.pe/resultado-adn-confirma-paternidad-mellizos-esposos-chilenos/https://legis.pe/resultado-adn-confirma-paternidad-mellizos-esposos-chilenos/> [Consulta: 17 de abril del 2019]

a nuestro país, no se presta atención además a la contraprestación recibida por parte de la peruana y por último a la reducción de objeto de la mujer gestante.

Pues bien, antes se debe dejar en claro, que en Chile a través de la Ley N° 19.585 de 1998, se introdujeron modificaciones a su Código Civil, en el cual se añadió el artículo 182 que precisa: “el padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas asociadas a la reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”.

En otras palabras, serán los padres del menor concebido mediante las TERAS, la pareja que se sometió al tratamiento reproductivo. Por tanto, queda excluida de toda posibilidad la persona sola que desea ser madre o padre y recurre al alquiler de vientre, además será madre la que aporta el material genético y “alquila” su vientre. Se debe considerar además que la filiación en este país se define por el parto. Como se puede apreciar si bien no se hace mención expresa a la maternidad subrogada, se puede deducir que se encuentra prohibida.

Como se mencionó en párrafos anteriores, lo que motivó a la pareja chilena a venir a nuestro país y someterse a este tipo de prácticas fue la avanzada tecnología que en la Clínica Concebir se da para la selección de embriones y así poder obtener mejores resultados en el proceso de implantación y en el deseo de paternidad de las parejas contratantes.

El Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú (2007), en el Capítulo 3 denominado “Del Trabajo Especializado”, en el artículo 30 señala: “El médico no debe inducir, promover ni utilizar técnicas de reproducción asistida en mujeres propuestas como madres subrogadas con fines de lucro de éstas, del médico u otros”.

Evidentemente, los médicos que realizaron esta práctica no han actuado conforme al Código de Ética antes mencionado y no ha recibido sanción alguna por realizar estas prácticas. De igual manera sucede con centros médicos que promueven y llevan a cabo la maternidad subrogada, no tienen sanción alguna por experimentar con la vida del embrión, ni mucho menos en implicar a ex trabajadores (personas que tenían un vínculo laboral con los centros médicos) en el alquiler de vientre y reducir a la mujer en un objeto que lleva a la satisfacción de los deseos de maternidad. Se debe establecer una sanción administrativa a los centros médicos intermediarios de esta labor a fin de no realizar este tipo de prácticas.

Por último, cabe añadir que la peruana gestante es una ex trabajadora de la Clínica Concebir que se contacta con la pareja contratante y a la cual se le paga una cantidad fuerte por llevar en su vientre la gestación del menor. En un reportaje de “Cuarto Poder”, la peruana menciona que volvería a realizar este tipo de prácticas con el fin de ayudar a todas aquellas

personas que no pueden ser padres y los impiden los factores biológicos. Aquí hay una clara evidencia que, si los contratos de maternidad son válidos, la mujer se vuelve un mero objeto al ser el medio para la satisfacción de los deseos de maternidad.

2. Vulneración del derecho a la vida con las técnicas asociadas a la maternidad subrogada

En el capítulo primero, analizamos el concepto, los supuestos en los que se da en la maternidad subrogada, así como las técnicas asociadas a la reproducción asistida utilizadas en el proceso de la realización del alquiler de vientre. Entre ellas, tenemos la inseminación artificial, el congelamiento de embriones y la comúnmente usada fecundación *in vitro*.

En el capítulo segundo, estudiamos que el derecho a la vida es fundamental para el despliegue de los demás derechos. Este derecho se deriva de la dignidad de la persona humana y la cual se protege desde la concepción hasta la muerte.

Asimismo, se anotó que la teoría del inicio a la vida por la cual se decanta el ordenamiento jurídico era la teoría de la fecundación, es decir que el inicio de la vida se da con la unión de los gametos masculino y femenino.

En base a lo precisado, se dejará claro cómo la maternidad subrogada vulnera el derecho a la vida.

Como hemos señalado líneas arriba¹⁵⁰, por un lado nuestro ordenamiento jurídico protege a la vida desde su fecundación, y por otro lado en el procedimiento de la maternidad subrogada se utiliza la técnica de la fecundación *in vitro*, que, como su mismo nombre lo dice, los óvulos son fecundados fuera del útero de la madre en una probeta o en un tubo de laboratorio, para que posteriormente, el resultado de esa fusión – el cigoto – sea implantado en la mujer que va a gestar al bebé.

Se le puede dar vida a un embrión fuera del útero de la madre y que al menos hasta ese momento muestra una independencia – relativa – respecto de ella. El embrión, gracias a su centro de control es capaz de guiar su procedimiento, tomando del ambiente todo lo que necesita para desarrollarse¹⁵¹.

Como se puede apreciar son las mismas TERAS, tan criticadas por considerarse que propician la manipulación de la vida, las que nos ayudan a descartar la teoría de la anidación,

¹⁵⁰ Cfr. Supra. pp.35

¹⁵¹ LLAUCE, C. ‘La fecundación *in vitro* y el estatuto del embrión humano en el sistema jurídico peruano’, p. 13 [en línea] https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2351/DER_044.pdf?sequence=1&isAllowed=1 [Consulta: 22 de abril del 2019]

permitiendo que retrocedamos hasta la fase de la fecundación, verdadero inicio de la vida humana.

Ello nos lleva a precisar que se encuentran totalmente desprotegidos los embriones fecundados y no implantado dentro del útero. En consecuencia, el código penal¹⁵², dado que cumple un papel muy importante al proteger al concebido a través de los delitos de aborto, debe ser interpretado conjuntamente con la teoría adoptada por nuestro código civil. De esta forma podemos decir que cuando hablamos de aborto, hablamos del delito que atenta contra la vida del concebido, desde que se encuentra en estado embrionario, es decir desde el momento en que se fusiona el óvulo con el espermatozoide.

A *contrario sensu*, aceptar que el embrión es menos humano antes de la anidación es negar su pasado biológico. La cualidad de la continuidad biológica¹⁵³, está presente en todo ser humano, cada fase de nuestro procedimiento depende de otro. No hay huecos ni incertidumbres. Somos una cadena y todos los eslabones de esta definen nuestra vida, no fuimos menos seres humanos cuando éramos embriones, así como tampoco seremos menos humanos cuando seamos ancianos y nuestras funciones hayan perdido la vitalidad de antes.

Recordemos que gracias a la fecundación *in vitro* se demuestra que el embrión no es totalmente dependiente de su madre, en cuanto sigue vivo incluso encontrándose en un tubo de laboratorio.

Muchos detractores y que están a favor de la fecundación *in vitro* previa a la realización de la maternidad subrogada, refieren que el embrión no siente dolor en este estado dado que el dolor está conectado con nuestro cerebro y forma parte de las emociones que aún son parte de nuestras potencialidades aún no desarrolladas en el embrión, y por tanto se justifica este tipo de prácticas

Al respecto precisamos que no se puede justificar la manipulación, el congelamiento, o la eliminación de embriones en el hecho de que no sienten dolor con estas prácticas, porque sería como justificar la muerte de un recién nacido porque aún no es persona. Solo cuando entendamos que cada fase de la vida es única y que requiere de un proceso, podemos entender que, desde la fecundación hasta la muerte, somos seres humanos.

Ahora, nadie niega la importancia de la ciencia, sin embargo, está al servicio del ser humano en cual se respeten sus derechos fundamentales, en esencial, la vida. ¿Cómo puede lograrse el bienestar de un ser humano manipulando y atentando contra la vida de otro?

¹⁵² *Ibidem*, p.119

¹⁵³ *Ibidem*, p.29

Como precisa GALLARDO MALDONADO: “Se ha impuesto el termino preembrión no porque sea en sí mismo significativo de alguna realidad biológica, sino porque sirve para convalidar o neutralizar ética o jurídicamente la pérdida o destrucción deliberada de embriones que va inevitablemente unida a algunos de los procedimientos de reproducción asistida y a la investigación sobre embriones. La noción de preembrión esta despojada de dignidad y de derechos humanos”¹⁵⁴.

Estoy de acuerdo con lo que señala DE LA FUENTE HONTAÑÓN, en cuanto que, “biólogicamente se ha comprobado que en el desarrollo de este cuerpo no hay saltos cualitativos y por tanto los diversos términos con que se designa al ser humano en formación: cigoto, mórula o blastocito, son simplemente referenciales y didácticos, pero no pueden diferenciar un antes o un después de adquirir la condición de persona. Antropológicamente, es el inicio de un nuevo y original cuerpo humano y aunque en el cigoto aún no se vea la “forma” de la corporeidad humana desarrollada, lleva ya consigo todo lo que aparecerá posteriormente en el adulto”¹⁵⁵.

Si el concebido no es persona entonces cabe cuestionarse qué sería. ¿Cómo podríamos pasar de ser algo a ser alguien? ¿Cómo podemos transitar de cosas a seres humanos? Nuestra opinión al respecto es que el ser humano o persona pasa por muchas etapas, que no dejan de suceder incluso cuando hemos abandonado el útero de nuestra madre y en cada una de ellas somos diferentes, tanto físicamente como espiritualmente, pero no dejamos de ser nosotros, no dejamos de ser las mismas personas.

Esta postura es constante en el Dr. JÉRÔME LEJEUNE, cuando afirma que “el término preembrión no existe, pues no hay nada anterior al embrión; en el estadio precedente al embrión no hay más que un espermatozoide y un óvulo, esa entidad se convierte en un cigoto; y cuando el cigoto se divide, se convierte en embrión. Cuando existe la primera célula, todo- absolutamente todo- lo que permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en el lugar. Poco tiempo después de la fecundación, en el estadio tres de las células ya existe un minúsculo ser humano. Cuando el espermatozoide fecunda el óvulo, produce la célula más especializada del mundo, especializada para lo que ninguna otra célula tendrá jamás las instrucciones durante la vida del individuo que acaba de crearse. Ningún científico ha emitido

¹⁵⁴ GALLARDO, P. *Estatuto jurídico aplicable al embrión humano y responsabilidad civil por daños derivados de las técnicas de reproducción asistida* [en línea] <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2002/fjg163e/doc/fjg163e.pdf> [Consulta: el 14 de febrero de 2019].

¹⁵⁵ DE LA FUENTE-HONTAÑÓN, R. *La persona física: desde la sistemática del código civil hasta la actualidad*. Facultad de Derecho. Universidad de Piura, p. 12.

jamás la opinión de que un embrión pueda ser objeto de propiedad. Desde su concepción un hombre es un hombre”¹⁵⁶.

Ha quedado demostrado líneas arriba, que los métodos usados en la maternidad subrogada, vulneran el derecho a la vida, en el cual no se asegura el pleno despliegue de los derechos humanos, quedando desprotegido el embrión y siendo víctima de los abusos de la ciencia y la medicina y ante lo cual el Derecho no debe ser indiferente.

3. Afectación del derecho a la identidad en la maternidad subrogada

Todos los hombres tienen una identidad. Esta se forma en base a la conjunción de muchos factores, que abarcan desde las circunstancias en las que nacimos y evolucionamos, hasta las convicciones que se materializan a través de nuestras acciones. La identidad entronca en la dignidad de todo ser humano, ya que refleja la esencia que nos hace ser lo que somos.

El respeto del derecho a la identidad exige el respeto y el reconocimiento de la autoconstrucción y verdad personal. Esta última se encuentra en el conocimiento de aquello que se es realmente, lo que la persona desea conocer de su verdad de origen.

Consecuentemente como parte de la identidad personal, conlleva no solo saber su paternidad biológica, sino que además cimentar y fortificar el vínculo paterno filial con las personas que considera su familia y que tienen incidencia en la personalidad del menor.

Como se ha precisado en el capítulo segundo, el puente que une los conceptos de la identidad con el origen biológico, hace referencia a que nadie puede saber quién es sin conocer de quién proviene, es decir sin conocer a sus verdaderos progenitores.

Cabe acotar, que existe una diferencia entre el derecho a conocer el origen genético y el derecho a conocer el origen biológico. El primero funciona en base al donante de gametos que ha dado inicio al nacimiento. El segundo, se refiere a la vida de la persona que es nuestro progenitor. En consecuencia, no basta con revelar los datos genéticos del donante, sino también su identidad y forma de vida, de modo que el niño pueda ir construyendo una imagen de sus progenitores¹⁵⁷.

En ese sentido, “un ser humano no es la función sus cualidades o de sus capacidades o habilidades, lo es razón de su naturaleza”. En particular “es humano por: su identidad genética

¹⁵⁶ LEJEUNE, J, *¿Quién es el embrión humano?* Ediciones Rialp, 2º Edición, Madrid, 2009, p.141.

¹⁵⁷ MUÑOZ, R, VÍTTOLA, L, El derecho a conocer el origen genético de las personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida con donante anónimo [en línea] http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100011 [Consulta: 18 de abril del 2019]

(ADN humano); su relación con las madres desde el primer momento de la concepción; su protagonismo biológico; y porque es un paciente en el útero, como lo es cualquier adulto”¹⁵⁸

El concebido genéticamente individualizado, es manifestación de vida, aun cuando todavía no ha sido alumbrado, posee existencia para el derecho en todo lo que lo beneficie o favorezca. En otras palabras, el concebido se encuentra plenamente identificado y diferenciado de la madre al ser un ser único con dignidad propia¹⁵⁹.

Por otro lado, las TERAS usadas en la maternidad subrogada, implican que haya un tercero donante que aporta uno de los gametos (o ambos) y otra persona que gesta en su vientre al menor que será entregado a unos padres voluntarios.

Teniendo claro el contenido del derecho a la identidad cuyo correlativo es el contenido del derecho a conocer el origen biológico y las implicancias de la maternidad subrogada, así como las TERAS usadas en el procedimiento, queda sentado que el derecho a la identidad se ve afectado en tanto que la restricción de la verdad biológica distorsiona gravemente la identidad del niño, quien crece con el vacío fáctico de no saber con quien comparte un vínculo biológico.

Además, como especifica GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO “el anonimato del dador transgrede el principio de indisponibilidad del estado civil de los hijos, a quienes se les instrumentaliza. Esto último supone una verdadera violación de su dignidad como persona, por lo cual, no solo el anonimato del donante, sino las técnicas en general, pierden toda legitimidad. Ese deseo de “tener un hijo” por parte de adultos solteros, estériles, homo o heterosexuales, no puede prevalecer sobre el bienestar del niño”¹⁶⁰.

Ahora bien, cabe precisar que “si bien no puede asegurarse a ciencia cierta el grado de importancia del dato genético en la construcción de la identidad personal, existe un consenso generalizado en que tal información no puede quedar a la libre disposición de los Estados o centros especializados. Por el simple hecho de tratarse de uno de los elementos que conforman la identidad de una persona, debe ser resguardada y registrada. El Estado por sí solo no puede ocultar a las personas el conocimiento sobre su origen, pues implicaría negarle uno de los elementos constitutivos de su identidad. Es la propia persona, con base en su

¹⁵⁸FARRELL, K, *Keys to bioethics*, Fundación Jérôme Lejeune (App).

¹⁵⁹ CHANAMÉ, R. *Lecciones... ob. cit.*, pp.200-208.

¹⁶⁰ GONZÁLES, M, *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Madrid: Dykinson. Universidad de Piura, 2013, p. 257-258.

autonomía personal, quien elegirá qué grado de importancia le dará a su vida conocer o no ese dato genético”¹⁶¹.

Concuero con esta postura, si el Estado no puede colaborar en la limitación de este derecho en perjuicio del menor, entonces debe propiciar su protección, mediante proyectos legislativos que levanten la barrera del anonimato absoluto del donador. No corresponde la protección de las ansias de ser padres cuando se hacen en contravención de su dignidad del menor, su identidad e interés superior.

4. Contravención del interés superior del niño con la práctica de la maternidad subrogada

Cabe cuestionarse cómo es que la maternidad subrogada vulnera el interés superior del menor. A fin de responder esta interrogante, para mayor ejemplificación veamos a través de un caso de alquiler de vientre la repercusión en el interés del menor.

Laura¹⁶², una mexicana de bajos recursos, decidió alquilar su vientre a una pareja en el año 2015, quienes le ofrecieron como contraprestación a sus “servicios” quinientos sesenta dólares mensuales, apoyo para continuar sus estudios, así como conseguirle un trabajo. El menor, Valentino, nació con complicaciones de salud, entre ellas, displasia pulmonar (una enfermedad que afecta a los menores prematuros).

Los tratamientos del menor eran muy costosos de tal forma que la pareja contratante no podía seguir cubriendo este gasto, por lo que Laura inscribió al bebé como propio a fin de incluirlo en el seguro de su cónyuge. Poco después, ante los gastos que iban en aumento, la pareja contratante perdió contacto con Laura.

Dos años más tarde de haber estado el menor con Laura y su familia, la pareja contratante se lleva al menor con engaños y diciendo que le iban a practicar la prueba de ADN. Laura hasta el momento, año 2019, no puede dar con el paradero del menor.

Ahora bien, el ejemplo muestra claramente como la maternidad subrogada y las técnicas usadas en ellas, propician no solo al menor un riesgo y vulneración de su derecho a la vida y su integridad, sino también que se deja de lado su bienestar y el libre desarrollo de sus potencialidades por dar rienda suelta a la libertad de los padres contratantes de su anhelo de paternidad.

¹⁶¹ MUÑOZ, R, VÍTTOLA, L. *El derecho a conocer el origen genético de las personas nacidas mediante técnicas de reproducción asistida con donante anónimo* [en línea] http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100011 [Consulta: 06 de marzo de 2019]

¹⁶² <https://www.efe.com/efe/america/mexico/laura-madre-que-busca-a-su-hijo-tras-acuerdo-fallido-para-rentar-vientre/50000545-3348021> [Consulta: 19 de abril del 2019]

Es así que con este principio pone especial énfasis en los derechos del niño, en general como lineamiento de las políticas legislativas y administrativas, consagrando una tutela genérica y abierta, así como en el caso concreto ante situaciones conflictivas prevalezca el interés del menor, así como su desarrollo integral sin ningún menoscabo.

Ahora, la práctica de la maternidad subrogada es cierto que se encuentra prohibida a través de una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento jurídico –como sostenemos en el presente estudio– no podemos cerrar los ojos ante los casos que se llegan a dar en la realidad en donde los menores nacen mediante el vientre de alquiler, ante lo cual el juez en el caso concreto, deberá determinar mediante un análisis exhaustivo qué será más beneficioso para el menor, es decir, la consideración del interés superior del niño para efectiva realización de los derechos fundamentales.

Por tanto, el interés superior del menor recogido en la Convención de los Derechos del niño como en la CP deben ser aplicados en sus razonamientos jurídicos a fin de determinar el alcance de los derechos, así como la prioridad del menor en el caso concreto ante los conflictos de intereses. Todo ello nos lleva a afirmar que la protección jurídica de los derechos del menor conlleva a concebir al niño no como objeto de tutela sino como sujeto de derechos.

Cabe precisar, que la determinación de la prioridad del menor en el caso concreto no significa que se le dé un amplio margen de discrecionalidad al operador jurídico, sino que la protección integral del menor tiene como efecto la limitación del poder estatal restringiendo la discrecionalidad de las autoridades públicas en la correspondencia Estado-niños.

Por último, el interés superior del niño abre paso a que las políticas y la regulación normativa giren en torno a su protección; lo cual no se condice con la realización de prácticas de la maternidad subrogada en los centros médicos y que, no tienen sanción administrativa alguna por ello.

5. Afectación de la protección de la familia y del deber de ejercer una maternidad responsable

Una vez sentado en el capítulo anterior la protección de la familia que se le brinda la CP, así como en los textos internacionales, cabe cuestionarse, ¿En qué medida se ve afectada la protección de la familia con la práctica de la maternidad subrogada?

Tal como se precisó en el capítulo I, en la maternidad subrogada puede darse la fecundación artificial heteróloga, en la que interviene un tercero ajeno al núcleo del matrimonio o de la unión civil, para aportar material genético – ovogénesis si se trata de

donación de óvulos, e inseminación artificial si se trata de espermatozoides – o para cumplir un papel diferente.

Las cuestiones que nacen a raíz de estas prácticas giran principalmente en torno al grado de vinculación que pueden tener estos terceros, respecto a los niños que son producto de las técnicas asociadas a la reproducción asistida, siendo conscientes que actualmente los vínculos filiales no se basan únicamente en la relación biológica. Si vamos un poco más lejos podemos observar problemas referidos a la vulneración del interés superior de estos niños, en cuanto no es sano para ellos, desarrollarse con la duda de quienes son sus verdaderos padres, ni enfrentarse a disputas legales, en donde participan personas que nunca han visto en su vida, aunque estén vinculados con ellos biológicamente.

Consecuentemente, se le despoja al menor de una relación paterno filial, repercutiendo en gran medida en la formación y maduración de identidad personal, así como el desarrollo y su integridad personal.

Además, debe considerarse que los padres hicieron una “ficción de un hijo propio”, dado que la gestación se realizó en un vientre diferente de la madre biológica y en determinados casos la fecundación se realiza con intervención de un tercero donante (en la realidad se trataría de una “compra-venta”¹⁶³ de gametos). En efecto, entre las consecuencias claras son la negación de conocer su pasado e identidad genética y, en el peor de los casos, tener lazos sanguíneos con hermanos transitando en caminos comunes.

En ese sentido, ¿Dónde quedaría el deber de paternidad responsable en base a una “renuncia” de la filiación en donde la madre entrega al hijo que ha gestado y llevado en su vientre por un convenio o acuerdo de los padres comitentes? ¿Qué protección de la familia estaría brindándosele donde se atenta contra la el vínculo de filiación que es irrenunciable? Evidentemente la práctica de la maternidad subrogada vulnera la protección de la familia que recoge nuestra CP.

En suma, la familia con la práctica de la maternidad subrogada no sería más la institución promotora del bien común de la sociedad, sino que sería un concepto indefinido, donde se propicie las relaciones extramatrimoniales con desconocimiento del padre y/o madre biológica a causa de terceros ajenos al vínculo familiar (donante anónimo).

¹⁶³ No se trataría de una compraventa en estricto dado que el cuerpo humano no es susceptible del tráfico jurídico ni objeto de un contrato.

6. La discusión en torno a la existencia de regulación de maternidad subrogada en el Perú

Como explicamos al inicio del trabajo¹⁶⁴, las técnicas asociadas a la reproducción asistida son el producto de la evolución de la ciencia. En consecuencia, es necesario destacar los límites que no debe trasgredir la ciencia en relación con el ser humano, y de esta forma cumplir con su propósito de ser útil para el bien común de la humanidad.

Veamos ahora la regulación que gira en torno a las TERAS utilizadas en la maternidad subrogada.

6.1.Legislación internacional. Se establecerá en este apartado las diferentes regulaciones en torno a las TERAS utilizadas en la maternidad subrogada.

Tenemos en primer lugar a la “La Declaración universal sobre genoma humano y los Derechos Humanos”, aprobada en la Conferencia General de la UNESCO en la reunión número veintinueve. Es el punto de inicio de la creación de normas a cerca de la genética, en la que implican de manera internacional a los diversos estados a utilizar los nuevos conocimientos científicos sin tergiversar la esencia del ser humano ni reduciéndolos a meros objetos de estudio¹⁶⁵.

De esta forma señala a cerca del genoma humano lo siguiente:

“Artículo.1: El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad”.

“Artículo 2: a) Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características.

b) Esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete el carácter único de cada uno y su diversidad”.

“Artículo 3: El genoma humano, por naturaleza evolutivo, está sometido a mutaciones. Entraña posibilidades que se expresan de distintos modos en función del entorno natural y social de cada persona, que comprende su estado de salud individual, sus condiciones de vida, su alimentación y su educación”.

“Artículo 4: El genoma humano en su estado natural no puede dar lugar a beneficios pecuniarios”.

¹⁶⁴ Cfr. Supra. p.1

¹⁶⁵ CIANI, M, & ARAMBURU F. *Una mirada trialista a la ovidonación. Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho* [en línea]. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4283360> [Consulta: 17 de febrero de 2019]

El genoma humano es definido como la secuencia de ADN, comprendida en los veintitrés pares de cromosomas dentro del núcleo de cada célula humana diploide. En otras palabras, la base primordial de la autenticidad en la persona es el genoma humano, en cuanto es lo que lo hace único e irrepetible. Lamentablemente, en la actualidad tenemos claros ejemplos de la afectación del genoma humano como son el intento de clonación humana, la fecundación *in vitro* usada en la maternidad subrogada, entre otras.

La finalidad del presente documento es otorgarle a los Estados parámetros para una adecuada regulación en el campo de las investigaciones científicas, de modo que estas sean permitidas dentro de los límites impuestos en la referida declaración. Así se evidencia en el artículo 14°, cuando establece:

“Los estados tomarán las medidas apropiadas para favorecer las condiciones intelectuales y materiales propicias para el libre ejercicio de las actividades de investigación sobre el genoma humano y **para tener en cuenta las consecuencias éticas, legales, sociales y económicas de dicha investigación, basándose en los principios establecidos en dicha declaración**”.

En el artículo 15°: “Los Estados tomarán las medidas apropiadas para fijar el marco del libre ejercicio de las actividades de investigación sobre el genoma humano, respetando los principios establecidos en la presente Declaración, **a fin de garantizar el respeto de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana y proteger la salud pública**. Velarán porque el resultado de esas investigaciones no puede utilizarse con fines no pacíficos”

Y en el artículo 16°: “Los Estados reconocerán el interés de promover, en los distintos niveles apropiados, la creación de comités de ética independientes, pluridisciplinarios y pluralistas, encargados de apreciar **las cuestiones éticas, jurídicas y sociales planteadas por las investigaciones sobre el genoma humano y sus aplicaciones**”.

Tal como se puede apreciar de dichos artículos, esta declaración impone a los Estados la obligación de participar activamente en el campo de la ciencia, como regulador legal de los procedimientos que pueden tener incidencia en el ser humano. Las disposiciones del presente tratado no pueden ser consideradas como meras recomendaciones, sino que deben ser llevadas a la práctica, a través de normas que puedan imponer lineamientos y límites en el actuar de los principales centros de investigación científica.

En segundo lugar, se encuentra la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, es adoptada por la conferencia General de la UNESCO, el 19 de octubre de 2015, “teniendo en cuenta los rápidos adelantos de la ciencia y la tecnología, que afectan cada vez

más a nuestra concepción de la vida y a la vida propiamente dicha, y que han traído consigo una fuerte demanda para que se dé una respuesta universal a los problemas éticos que plantean esos adelantos”¹⁶⁶.

Esta declaración introduce directrices para resolver las principales cuestiones éticas que nacen en el campo de la medicina, las ciencias de la vida y la tecnología. Sus principales aportes con respecto a la vida humana son los siguientes:

“Artículo 2.- objetivos:

a.- Proporcionar un marco universal de principios y procedimientos que sirvan de guía a los Estados en la formulación de legislaciones, políticas, u otros instrumentos en el ámbito de la bioética. (...)

c.- Promover el respeto de la dignidad humana y proteger los derechos humanos, velando por el respeto de la vida de los seres humanos y las libertades fundamentales, de conformidad con el derecho internacional relativo a los derechos humanos”.

“Artículo 3.- Dignidad humana y derechos humanos

1. Se habrán de respetar plenamente la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales.

2. Los intereses y el bienestar de la persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad”.

“Artículo 8.-Respeto de la vulnerabilidad humana y la integridad personal

Al aplicar y fomentar el conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías conexas, se debería tener en cuenta la vulnerabilidad humana. Los individuos y grupos especialmente vulnerables deberían ser protegidos y se debería respetar la integridad personal de dichos individuos”.

Como se puede apreciar, una interpretación a favor del embrión –dada su condición especial de ser humano con potencialidades– conlleva un tratamiento especial a fin de dar protección de las manipulaciones científicas que impliquen un riesgo en su dignidad como persona y a su integridad, sin que esta protección implique una limitación por cualquier otra pretensión que puedan invocar sus progenitores.

Por último, en reafirmación de los principios consagrados en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos mencionada con anterioridad tales como el respeto de la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales, se dio

¹⁶⁶ Texto extraído del Preámbulo de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos.

la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos de fecha 16 de octubre de 2003, en la que señala entre otros lo siguiente:

“Artículo 1: Objetivos y alcance

a) Los objetivos de la presente Declaración son: velar por el respeto de la dignidad humana y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la recolección, el tratamiento, la utilización y la conservación de los datos genéticos humanos, los datos proteómicos humanos y las muestras biológicas de las que esos datos provengan, en adelante denominadas “muestras biológicas”, atendiendo a los imperativos de igualdad, justicia y solidaridad y a la vez prestando la debida consideración a la libertad de pensamiento y de expresión, comprendida la libertad de investigación; establecer los principios por los que deberían guiarse los Estados para elaborar sus legislaciones y políticas sobre estos temas; y sentar las bases para que las instituciones y personas interesadas dispongan de pautas sobre prácticas idóneas en estos ámbitos”.

Principalmente, la presente Declaración se basa en la protección del manejo de datos genéticos conforme a la dignidad del concebido, los cuales deben ser acatados y promovidos por los estados. Asimismo, precisa el marco por el cual los estados tendrán como base para la elaboración de la legislación y políticas sobre el uso de los datos genéticos de las personas.

6.2.Legislación nacional: Discusión de la doctrina. En la actualidad, nuestro país no cuenta con una ley específica sobre técnicas asociadas a la reproducción asistida que regule tanto las prácticas médicas realizadas en la fecundación artificial, como el accionar de las clínicas que las realizan. Esto se debe principalmente a “que los avances científicos casi siempre se adelantan al derecho, que se demora por lo general en otorgar una solución jurídica a los problemas planteados en la praxis”¹⁶⁷.

Un especial énfasis presenta la figura de la maternidad subrogada porque intervienen, durante el proceso artificial de gestación, dos e incluso tres mujeres vinculadas al menor. Esta realidad no se encuentra recogida en las normas de Derecho Civil de nuestra legislación.

Actualmente las clínicas que llevan a cabo estas prácticas, se escudan generalmente en dos argumentos. En primer lugar, que no existe certeza en la definición de concebido. Y, en segundo lugar, indican que no se trataría de una privación a la vida del embrión, sino que

¹⁶⁷ Proyecto de Ley que regula las técnicas de reproducción asistida, presentada por el Congresista de la república. Dr. Iván Oswaldo Calderón Castillo, miembro de la Unión Parlamentaria Descentralista, 10 de setiembre de 2001.

simplemente se degradan, se torna inviable su vida o se acopian en lugares óptimos hasta el momento que sus futuros padres elijan dar por viable su vida.¹⁶⁸

En consecuencia, en el Perú la cuestión de las TERAS es lo que muchos autores llaman “un vacío legal”, dado que es una situación socialmente aceptada y practicada – con excepción de sus detractores – pero que no tiene ningún fundamento legal. Asimismo, recordemos que según el artículo 20º, numeral 24, inciso a), de la CP que regula el Principio de Reserva, nadie está obligado a hacer lo que la Ley no manda, ni prohibido de hacer lo que ella no prohíbe. Considero que esto no abre paso a una permisón de la maternidad subrogada por no estar expresamente regulada, sino que a través de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico no se puede permitir prácticas que atenten contra la persona, su dignidad y sus derechos fundamentales

Actualmente existen muchos vacíos legales, producto de la falta de una adecuada actualización en nuestra regulación legislativa que se adapte a las nuevas necesidades de los tiempos modernos. Y bien podríamos incluir dentro de ellos, la cuestión del derecho a la vida del embrión vulnerado con las TERAS utilizadas en la maternidad subrogada.

A pesar de lo antes mencionado anteriormente, la Ley General de Salud (Ley 26842) hace una mención a las TERAS:

“Título Preliminar III Toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establece la ley. El derecho a la protección de la salud es irrenunciable. El concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud”.

“Artículo 7. Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de la infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas asociadas a la reproducción asistida, siempre que la condición asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas asociadas a la reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos de la procreación, así como la clonación de seres humanos”.

La directriz en la cual se basa la presente ley es el mal delimitado “derecho fundamental a procrear” a través del cual—según la ley— se posibilita el ejercicio de las técnicas asociadas a la procreación asistida. Es aquí donde los intervinientes y sus ansias de ser padres pretenden ser parte del contenido al derecho fundamental de procrear, premisa usada para defender la

¹⁶⁸ *Fertilización in vitro: la mentira del vacío legal (cuarta parte)* [en línea] <http://www.perudefiendelavida.com/?p=1394> [Consulta: el 10 de enero del 2018]

procreación frente a las injerencias del Estado como es el caso de la delimitación del número de hijos.

Acierta GONZÁLES PÉREZ¹⁶⁹ al señalar que “el hijo nunca puede ser objeto de derecho subjetivo. El hecho de contraer matrimonio no confiere a los cónyuges el derecho a tener prole, simplemente les atribuye el derecho-deber a realizar los actos sexuales propios de procrear. Cuando se pretendió defender el derecho del hijo se hizo justificando la libertad de los progenitores de decidir sobre su facultad procreativa”.

El mencionado artículo reconoce el tratamiento de la infertilidad y el acceso a las TERAS como un derecho. En ese sentido, considerarlo como derecho implicaría que las personas infértiles exijan al Estado asumir el tratamiento de la infertilidad, ya que al ser considerada una enfermedad formaría parte de la obligación prestacional del Estado en el ámbito de la salud.

El derecho a la reproducción implica el “derecho a procrear el propio hijo”¹⁷⁰ esto es, conforme a su naturaleza y dignidad de persona humana.

Veamos ahora, algunas posiciones de la doctrina en cuanto al citado artículo:

En primer lugar SIVERINO BAVIO¹⁷¹, considera al “Artículo 7 de la Ley General de la salud como regulación de un derecho el acceso a técnicas asociadas a la reproducción asistida, donde la maternidad subrogada, la embriodonación y la ovodonación no se encuentran prohibidas en nuestro ordenamiento jurídico ya que si el legislador hubiera querido prohibirlas (tal como lo ha hecho en la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación y la clonación de seres humanos) lo hubiera establecido expresamente”.

Para SIVERINO BAVIO¹⁷², el artículo 7 se trata de una “distinción arbitraria que originaría una discriminación de género negando la posibilidad de acceder a la maternidad a aquellas mujeres que padecen de deficiencia ovárica. Por ello si la *ratio* de esta distinción es evitar los conflictos en torno a la identidad de hijos concebidos mediante estas técnicas, esta debería extenderse también a la donación de esperma. Además, es muy cuestionable el requerimiento del consentimiento expreso de los “padres biológicos”, ya que al admitir la donación del esperma (siendo este varón el padre biológico) se estría exigiendo la presencia de un donante anónimo que asumiría “obligaciones”.

¹⁶⁹ GONZÁLES, M., MORÁN, C., “Los acuerdos de maternidad...”, ob. cit., p.46.

¹⁷⁰ *Ibidem*

¹⁷¹ SIVERINO, P., “Impugnación de la maternidad...”, ob. cit., pp.207-209.

¹⁷² SIVERINO, P., “¿Quién llamó a la cigüeña? Maternidad impugnada e identidad genética Reflexiones a propósito de dos sentencias peruanas” en *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 141, junio 2010, Gaceta Jurídica, Lima, pp.154-155

Asimismo, indica la autora que “las prohibiciones no se deben extender analógicamente porque lo que no está prohibido está permitido”. Y a modo de conclusión señala que “la condición de madre genética y madre gestante debe recaer sobre una misma persona debe considerarse como una exhortación, pero no como prohibición”¹⁷³.

Es cuestionable la opinión de esta autora, por un lado, indica que el artículo 7 de la Ley General de Salud, niega la posibilidad de acceder a las técnicas de reproducción asistida a las mujeres que padecen de deficiencia ovárica, dicha prohibición por ser discriminatoria debe extenderse a la donación de esperma; y, por otro lado, indica que no se puede hacer una extensión expresa de la prohibición señalada en la norma en los casos de maternidad subrogada, embriodonación y ovodonación. Es decir, sería válida la extensión de una prohibición no expresa en los casos de discriminación, sin embargo, para los casos de maternidad subrogada, embriodonación y ovodonación, no sería válida la extensión porque la norma no lo menciona, aun cuando estas prácticas atenten contra los derechos fundamentales del menor y de la mujer, lo que resulta realmente incongruente.

Al respecto, acertadamente DE LA FUENTE- HONTAÑÓN¹⁷⁴ precisa que no se trata de una mera exhortación, sino que ante la frase del mencionado artículo 7, “*siempre que la condición asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona*”, el “legislador ha utilizado los términos “siempre que”, como una locución conjuntiva o enlace subordinante con valor condicional, que es equivalente a siempre y cuando. Por ello, se podrá recurrir al tratamiento de la infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre y cuando la madre genética y la madre gestante sea la misma persona, es decir, en “todos los casos y en todas las ocasiones la mujer debe ser la misma”.

El profesor VARSÍ ROSPIGLIOSI¹⁷⁵ indica que en aquellos casos que por deficiencia ovárica uterina, una mujer ni genera óvulos ni puede gestar y recurra a una mujer que acepte ser inseminada con material genético del marido de otra mujer, se trataría de un caso de maternidad integral y no por subrogación, ya que estas circunstancias madre genética y madre gestante coinciden plenamente. Para este autor, al no encontrarse tipificado en la ley este caso, no constituiría ni un delito ni una falta, tratándose más bien de un vacío normativo.

¹⁷³ *Ibíd*em

¹⁷⁴ DE LA FUENTE- HONTAÑÓN, M, A, *Subrogación gestacional: ¿vientre o persona en alquiler? implicancias jurídicas y éticas*. [en línea] https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3033/subrogacion_gestacional_vientre_persona_alquiler_implicancias_juridicas_eticas.pdf?sequence=1&isAllowed [Consulta: 22 de abril del 2019]

¹⁷⁵ VARSÍ, E, *Derecho Genético Principios Generales*. Normas Legales S.A, Trujillo, 1997, p.62

De la misma forma, TORRES FLOR¹⁷⁶, señala que a pesar que la norma no lo refiera expresamente, esta se encontraría restringida a la práctica de las homólogas, al requerir el consentimiento de los padres biológicos, quienes entregan su material genético (óvulo y espermatozoide, respectivamente) para que se lleve a cabo la técnica.

Por lo tanto, precisa TORRES FLOR que la misma formulación del enunciado excluye la posibilidad de la donación de espermatozoide y la ovodonación, ya que no podría interpretarse que cuando la norma alude a los padres biológicos, se refiere al donante del material genético (masculino o femenino) sino alude aquellos que se someterán a la práctica de las técnicas con su propio material genético, exigiéndoseles su consentimiento previo y escrito, siendo este último, un acto accesorio en la relación de aquellos dirigidos a la gestación, entre los cuales se encuentra el consentimiento previo e informado de la voluntad receptora, para autorizar un número determinado de ciclos para una técnica en concreto.

En ese sentido, esta autora hace referencia que el artículo 7 de la Ley General de Salud, menciona la restricción las prácticas homólogas, es decir el gameto utilizado en la fecundación procedente de la pareja, por tanto, la donación de espermatozoide y la ovodonación queda excluida, dado que de esta forma sería concordante con el consentimiento previo y escrito de los padres biológicos requerido por la presente Ley.

En otras palabras, de nada sirve censurar la maternidad subrogada, en base a un posible conflicto sobre la filiación materna y por otro lado permitir la inseminación artificial o fecundación *in vitro* heteróloga, donde el donante, aunque sea biológicamente el padre, no es considerado como tal. “Más propio en todo caso sería establecer, de un lado, una clara prohibición de la maternidad subrogada y, por otro la determinación de la maternidad por el parto”¹⁷⁷.

Considero que el legislador al realizar la precisión que la madre genética y gestante sea la misma para el uso de las TERAS (que engloba a todo tipo de práctica que no implica una reproducción natural) es una condición que debe necesariamente cumplirse para que este uso sea permitido. De esta forma, en el posible caso de realizarse una inseminación artificial con el gameto del marido o de la pareja, efectivamente no habrá paso a una posterior reclamación por parte de la “madre voluntaria” que encargó la gestación del menor. Por tanto, la maternidad subrogada quedaría excluida.

¹⁷⁶ TORRES, A. *Derecho a la Identidad y Reproducción Humana Asistida Heteróloga*. Universidad Católica de San Pablo, Arequipa, 2014, p.161y ss.

¹⁷⁷ *Ibíd*em

Ahora bien, se puede apreciar que el mencionado artículo 7° no va en concordancia con el artículo III del Título Preliminar de la Ley General de Salud, el mismo que reconoce que el concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud, ya que, al reconocer a las TERAS como un derecho, está avalando la manipulación y muerte de miles de embriones que son producto de las mismas.

Un caso particular resuelto por el TCP en la resolución N° 5 del proceso de amparo signada en el exp. 06374-2016-0-1801-JR-CI-05. Los señores Nieves Ballesteros y Lázaro Rojas demandan a RENIEC a fin de ser declarados en el acta de nacimiento a los respectivos padres de los menores (Nieves Ballesteros) en base al derecho de identidad y el interés superior del niño. Los menores fueron consignado a nombre del Sr. Nieves (quién aportó el material genético) y la Sra. Rojas que fue quien los alumbró (el gameto femenino fue por donación de óvulos).

El TCP hace mención aquí al artículo 7 de la Ley General de Salud en su considerando octavo “lo único que puede afirmarse es que el artículo 7 de la Ley General de Salud no regula más supuestos que la madre gestante comparta carga genética con su bebé” es más, se reafirma en su considerando octavo al mencionar “(...)para este Juzgado no quedan dudas que al tratarse de un supuesto no regulado, ni menos prohibido –refiriéndose a la maternidad subrogada– en el sistema jurídico peruano, es perfectamente válido”.

Se puede ver claramente que para el TCP en el presente caso asume que al no prohibirlo expresamente la ley la maternidad subrogada y no pronunciarse de manera expresa la referida prohibición, sería válido todo acuerdo de las voluntades hagan sobre la disponibilidad de la filiación del menor, ¿Es acaso que en aras de la libertad de la autonomía reproductiva se vuelve válido un contrato determinado por las partes?

De esa manera, “se reclama el reconocimiento de un derecho a la subrogación del vientre materno” porque “lo que importa es que el niño sea deseado y querido, y lo de menos es el tipo de familia en la que nazca; partiendo de esta premisa se pretende justificar el afán de tener descendencia a toda costa en situaciones muy variadas, como es nuestro caso, el vientre de alquiler”¹⁷⁸.

Consecuentemente, si el Derecho les da rienda suelta a las partes para realizar la contratación primando su libertad de contratar dejando en sus manos la existencia de una persona mediante la procreación artificial, sería ir en contra del fundamento que irradia todo

¹⁷⁸ DE LA FUENTE- HONTAÑÓN, M, *La subrogación gestacional...* ob. cit, p.15

el ordenamiento jurídico que es la dignidad de la persona humana y su naturaleza de una realidad compleja que tiende a la perfección con la satisfacción de bienes.

Como se pudo apreciar en el capítulo II¹⁷⁹, hemos recorrido un largo camino para llegar a un consenso, al menos, a nivel jurídico, sobre la determinación del inicio de la vida. Con tantas teorías propuestas por la ciencia, seguida de la doctrina jurídica, era difícil adoptar una teoría, más aún cuando la jurisprudencia penal intentaba interpretar la tipificación del aborto solo a favor del concebido anidado en el útero de la madre.

Las cosas cambiaron a raíz de la STC del TCP, en donde el supremo intérprete de la CP se pronunció sobre la distribución gratuita de la píldora del día siguiente. En dicha STC, el Tribunal estableció para el Perú una definición del inicio de la vida humana, considerando que esta iniciaba desde la fecundación o concepción, entendida como la fusión de los gametos masculinos y los gametos femeninos. Es así que la protección de la persona humana se da desde la concepción (unión del óvulo con el espermatozoide), hasta la muerte, siendo el concebido sujeto de derecho para todo cuanto le favorece.

Por lo tanto, no se puede dudar que el embrión - que corre un gran riesgo con las TERAS usadas en la maternidad subrogada - se trata de un ser humano, de una persona con dignidad que es el valor absoluto de la humanidad.

En consecuencia, se puede concluir de una interpretación conjunta y sistemática de nuestro ordenamiento la protección del concebido; y las clínicas no pueden aplicar estas técnicas de forma absoluta, sino que deben supeditarse a las leyes que protegen al concebido.

Finalmente, si bien no existe una ley expresa que regule de forma exclusiva la materia en cuestión - con una pequeña mención en la Ley General de Salud - no se puede negar que su tratamiento puede inferirse fácilmente del ordenamiento jurídico peruano, al menos en lo que respecta a la protección del embrión. Reiteramos que nuestra CP, Código Civil y el Código de Protección de los Niños y Adolescentes, reconocen al concebido como un sujeto de derecho, así como se decantan por la teoría de la concepción para determinar el inicio a la vida.

6.3.A propósito de la Casación de la corte suprema N°563-2011. Se trata de un recurso de casación contra la sentencia de vista en la cual se declara fundada la demanda de adopción por excepción¹⁸⁰. El proceso gira en torno al convenio realizado entre los esposos doña

¹⁷⁹ Cfr. Supra, p.40

¹⁸⁰ “Que, la adopción por excepción es una institución que lleva este nombre por cuánto. dentro del sistema de adopciones que contiene el Código del Niño y el Adolescente. en el Libro III, Título II. Capítulo 1 se establece un proceso administrativo de adopción, donde previamente se declara el estado de abandono (artículo 248 del Código del Niño y el Adolescente; este proceso se desarrolla para todos los niños que no cuentan con parientes

D.F.P.Q y don G.S de una parte, y de otra, I.Z.C.M quien lleva a cabo la gestación por una fuerte suma de dinero y cuya condición es la entrega del menor renunciando a toda filiación que le corresponda como madre.

Los gametos utilizados para la fecundación producto de la unión del gameto del marido G. S (quién además de ser el padre biológico sería el tío abuelo por afinidad del menor) y de la gestante I.ZC.M.

Con el nacimiento de la menor V.P.C, la inscripción se dio a favor de la madre biológica y de su conviviente P.F.P.C quien realizó un reconocimiento de complacencia. Nótese que el conviviente era hijo de J.P.Q hermano de D.F.P.Q.

Nueves días después del nacimiento, los esposos contratantes recibieron a la menor tal como se había pactado. Estos inician el proceso judicial de adopción civil por excepción en base al artículo 128.inciso b) del Código de Niños y Adolescentes. Los demandados (su conviviente y I.Z.C.M) se allanan en la contestación de la demanda, no obstante, los padres legales se desisten de continuar con el proceso de adopción.

El interés superior del niño, el respeto de sus derechos, el derecho de la menor a tener una familia que conformó desde su nacimiento y la solvencia moral de los demandantes, fueron los fundamentos por los cuales la sentencia de primera instancia se declaró fundada.

Con la confirmación de la sentencia en la Sala Superior los padres legales, interponen un recurso de casación en base a los siguientes fundamentos:

Primero, el adoptante y el padre biológico recaen sobre la misma persona por ende se estaría vulnerando el artículo 115 del Código del niño y adolescente ya que no procede la adopción con padres biológicos.

Segundo, el demandado conviviente de la gestante no es el padre biológico sino tío de la madre comitente, por lo que no guarda ningún parentesco consanguíneo o de afinidad con la menor. Por ende, se estaría contraviniendo al Art.128inc.b¹⁸¹ del Código del Niño y Adolescente

que se hagan cargo de ellos o se impone como medida de protección para los Niños (as) y Adolescentes que cometan infracción a la ley penal; sin embargo existen otros niños (as), y adolescentes que no obstante tenerlos por circunstancia excepcionales. pueden ser adoptados por otras personas, pero manteniendo un enlace familiar, ante lo cual el proceso será judicial. Institución que se encuentra plagada por la protección dada al niño (a) o adolescente, pues con ella se busca proteger su derecho a la identidad (artículo 6 del Código del Niño y el Adolescente) y a vivir en una familia (artículo 8 del Código del Niño y el Adolescente)". Casación N° 563-2011, Lima, Fundamento segundo.

¹⁸¹ “Art. 128 del Código de Niños y adolescentes. - Excepciones:

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

(...) b) que posea vinculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o el adolescente pasible de adopción, y (...)"

Tercero, la solvencia moral se ve cuestionada en la esposa contratante al pretender aparentar durante todo el proceso que es la madre biológica, lo que contraviene el artículo 378¹⁸² inc. 1) y 5) del Código Civil.

Cuarto, infracción del artículo 381 del Código Civil¹⁸³ dado que se tuvo conocimiento del padre biológico gracias a los recurrentes.

La Corte Suprema declaró infundado el recurso de casación, entre los fundamentos señaló siguiente:

Las alegaciones de los recurrentes quedan sin fundamento con el acta de nacimiento que es la prueba legal, por lo que el padre de la menor es el conviviente de la madre biológica P.F.P.C.

Asimismo, indicó que producto de la gestación se brindó una contraprestación económica lo cual constituye un hecho determinante para la descalificación de la patria potestad de los demandados.

Además, el interés superior de la menor (principio rector para la interpretación a favor de los derechos del menor), debe primar dado que se ha desarrollado y convivido con los demandantes desde los nueve días de su nacimiento, identificando a los mismos como sus padres por lo que “arrancarla de su seno familiar a su corta edad resultaría gravemente perjudicial para su vida”¹⁸⁴.

El fundamento principal por el cual la Corte Suprema dicta su fallo es el interés superior del niño como principio rector para la adopción de la menor. Este principio, como se mencionó, se encuentra recogido en documentos normativos tanto nacionales (por ejemplo, el artículo 4 de la CP) como internacionales (la Convención sobre los Derechos del Niño). De manera que, el principal deber del Estado es “velar porque en cualquier medida adoptada por instituciones públicas o privadas relativas a los niños, así como en cualquier controversia en la que se vea involucrado, sea imperativo tener como premisa de acción la atención prioritaria al interés superior del niño”¹⁸⁵.

La preferencia del interés superior del menor es prioritaria ante algún posible conflicto de intereses. Todo ello con la finalidad de brindar una protección especial al menor y velar por sus derechos e intereses, tomando en cuenta que se encuentra en proceso de formación.

¹⁸² “Artículo 378 del Código Civil: Para la adopción se requiere:

1.-Que el adoptante goce de solvencia moral.

(...)

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

¹⁸³ Artículo 381 del Código Civil: “La adopción no puede hacerse bajo modalidad alguna”.

¹⁸⁴ CAS. N°563-2001, Lima, fundamento 12.

¹⁸⁵ STC EXP. N° 02079-2009-PHC/TC, fundamento 9.

La sentencia de la Corte Suprema, nos sirve de base para enfatizar la postura de prohibición de la maternidad subrogada. La pareja contratante no puede argüir el incumplimiento del convenio realizado entre las partes al haber registrado a la menor como hija propia. Claramente este contrato es nulo desde su nacimiento por las razones mencionadas con anterioridad, entre las cuales se encuentran: el fin ilícito que contraviene la naturaleza jurídica de la filiación, además que el menor no es un bien que se encuentre dentro del comercio, lo cual atenta contra el orden público y las buenas costumbres, entre otros.

Evidentemente, cuando el menor crezca no se le puede impedir conocer e investigar sus orígenes biológicos. Incluso se puede llegar a afirmar que puede ejercer el derecho de impugnación dado que no se le puede prohibir por el hecho de ser hijos producidos mediante la maternidad subrogada de forma no natural.

Asimismo, queda claro que la Corte no deja de lado en sus fundamentos la actuación moral de la madre biológica de recibir contraprestación por la gestación de la menor (incluso la de su conviviente) y sin mayor reparo entregarlo a los padres comitentes.

A pesar que la maternidad subrogada se encuentre prohibida en nuestro país, cabe la posibilidad que las personas se sometan a esta técnica, ante lo cual el concebido no puede quedar desprotegido. Se trata de una persona con dignidad propia y derechos inalienables, no se le puede privar de protección y vulnerar sus derechos dejando sin filiación alguna al menor, sino que deberá evaluar el operador jurídico en cada caso concreto cuál será el mejor beneficio para el menor conforme al interés superior del niño.

Finalmente, una figura usada en el presente caso es la adopción del menor concebido mediante la maternidad subrogada. Por tanto, es necesario precisar –sin entrar a fondo para los fines del presente trabajo– la existencia de diferencias entre ambas figuras.

En el caso de la adopción, se da la incorporación de un menor (ya existente) en la vida de una mujer y su familia, así como proteger la vida del menor nacido de forma natural y su integridad física. En cambio, tratándose de la maternidad subrogada, prevalece la voluntad de ser padres para crear de forma no natural al concebido atentando contra su vida e integridad física.¹⁸⁶ Ahora bien, se debería considerar una implementación de programas que fomenten y susciten la adopción de los menores en nuestro país.

¹⁸⁶ MORÁN, C. GONZÁLES, M. “Los acuerdos de maternidad subrogada... ob.cit., pp. 41-63

6.4. Proyecto de ley en torno a la maternidad subrogada. En un intento de lidiar con el “vacío legal” ante la falta de regulación de las TERAS y en específico en torno a la maternidad subrogada; el congreso ha presentado varios proyectos de Ley que regula la materia, que cabe decir, no han tenido impacto suficiente como para lograr una aceptación.

A) Un proyecto de Ley fue presentado por el congresista Iván Oswaldo Calderón Castillo, miembro de la Unión Parlamentaria Descentralista, de fecha 10 de setiembre de 2001 propone, respecto a las TRAS, lo siguiente:

En primer lugar, “la vida humana es merecedora de protección jurídica desde la concepción dentro o fuera del vientre materno”¹⁸⁷. Al respecto se destaca que el presente proyecto adopta la teoría de la concepción establecida por el TCP; y así lo confirma cuando define la concepción como la unión de óvulo con el espermatozoide, momento desde el cual el embrión adquiere vida y por lo tanto todos los derechos que le corresponden a la persona en base a su dignidad¹⁸⁸. Asimismo, introduce una protección integral del embrión, no discriminando al embrión intrauterino del extrauterino.

Con respecto a las diversas denominaciones dadas a “pre-embrión, embrión, ovocito pronucleado, cigoto, *nasciturus*, feto, serán equivalentes a concebido”¹⁸⁹. “Independientemente de la denominación que se use el producto de la concepción este será merecedor de protección, pues en su esencia es un sujeto de derecho especial”¹⁹⁰. “El concebido es acreedor de los siguientes derechos: a nacer, a la vida, a conocer su origen biológico, a ser procreado y a nacer dentro de una familia, a la individualidad biológica, a la integridad psicosomática, a una familia, a la identidad, a un medio ambiente humano natural, a la igualdad, a la dignidad, a la intimidad”.

El destino del embrión siempre será su nacimiento. No se impedirá su nacimiento ni se retardará su crecimiento, por lo que será transferido al útero de su madre después de la fecundación – entiéndase *in vitro* -, no pudiendo ser aspirado o extraído del seno materno, ni abortado por ninguna causa, salvo que se trate de un embarazo ectópico¹⁹¹.

El concebido merece un trato digno, no puede ser objeto de compraventa, donación o permuta. Asimismo, la Crioconservación no podrá realizarse por tiempo indefinido ni quedar al arbitrio de tercero, dado que implica la paralización de la vida¹⁹².

¹⁸⁷ “Artículo 4° Proyecto de Ley que regula las técnicas de reproducción asistida, presentada por el Congresista Iván Oswaldo Calderón Castillo, miembro de la Unión Parlamentaria Descentralista, 10 de setiembre de 2001”.

¹⁸⁸ *Ibidem*, artículo 5.

¹⁸⁹ *Ibidem*, artículo 6.

¹⁹⁰ *Ibidem*, artículo 7.

¹⁹¹ *Ibidem*, artículo 10.

¹⁹² *Ibidem*, artículo 12.

Por último, precisa que “Queda prohibida la formación y/o mantenimiento de bancos de preembriones o embriones humanos. Solo se admitirá la crioconservación de preembriones humanos en los casos de ausencia o fallecimiento del padre y de la madre. En los supuestos previstos en el artículo anterior se designará judicialmente un curador del preembrión crioconservado, con arreglo a las disposiciones del Código Civil”.¹⁹³

Como vemos, en el presente proyecto de ley hay ciertas concreciones de lo mencionado en la CP y en el código civil, sin embargo, deja de lado un importante punto que es el inicio de la vida con la concepción, ello conlleva a proscribir todo tipo de intento de juego con la vida humana, incluyendo la crioconservación de embriones en todas sus variantes, no tendría fundamento abrir la puerta de la crioconservación a los casos de ausencia o fallecimiento del padre y de la madre.

B) El Proyecto de Ley 1722/2012-CR, presentado por el congresista Tomás Briceño, del Grupo Parlamentario Nacionalista Gana Perú, mediante el cual propone la Ley que regula la Reproducción Humana Asistida.

Al respecto el pre dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos sobre el referido proyecto de Ley que “la complejidad de los temas y procesos biomédicos consignados en el proyecto de ley bajo análisis imponen como requisito sine qua non, que previamente se efectúen las precisiones, definiciones y delimitaciones de los procedimientos técnicos allí contenidos”¹⁹⁴. Además explica que “si bien es cierto, el Estado tiene la responsabilidad de regular, vigilar y promover la salud, siendo de interés público no solo la protección de la salud de la población, sino así también el diseño de una política reproductiva adecuada y segura; resulta imperativo definir y delimitar previamente y con claridad, en qué consisten los procesos de reproducción asistida, precisando los términos y conceptos biológicos y médicos que se utilizaran para la posterior creación de un marco jurídico regulatorio adecuado”¹⁹⁵.

C) El Proyecto de Ley 3404/2018-CR¹⁹⁶, de fecha 18 de setiembre del 2018, presentado por la Congresista Estelita Bustos Espinoza, mediante el cual propone la “Ley que regula los requisitos y procedimientos de la maternidad solidaria mediante el uso de técnicas de reproducción asistida como derecho humano a ser madre”.

¹⁹³ Ibidem, capítulo IX.

¹⁹⁴ “Pre dictamen de la Comisión de justicia y Derechos Humanos recaído en el proyecto de ley 1722/2012-CR que propone la Ley que regula la reproducción humana asistida”.

¹⁹⁵ Ibidem.

¹⁹⁶ Proyecto de Ley N°3404/2018-CR,

El presente proyecto tiene por objeto modificar el artículo 7 de la Ley General de Salud de la siguiente manera:

Artículo 7.- “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida, la condición de madre genética y de madre gestante podrá recaer sobre la misma persona o sobre una tercera persona siempre que los padres de intención presenten problemas de infertilidad como diagnóstico previo, debidamente certificada e informe suscrito por el médico especialista tratante, asimismo la clínica y /o hospital que realice dicho procedimiento de maternidad subrogada deberá cumplir con todos los protocolos de salud con la finalidad de evitar actos de negligencia médica, de no actuar así será considerado tercero civilmente responsable, sin perjuicios de las sanciones administrativas y penales que pudieran resultar. De lo expuesto en el párrafo anterior, se tiene que dicho tratamiento será de carácter solidario y reservado entre las partes que voluntariamente accedan al uso de las técnicas de reproducción humana asistida de manera consensual e indubitable conforme a los artículos 43°, 44° y el 140° del Código Civil Peruano, sin fines de lucro, evitando así la comercialización de los embriones y gametos ya crioconservados y actos que favorezcan el tráfico y la trata de personas en cualquiera de sus formas. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”.

Es decir, abre paso a un tercero siempre que los padres “voluntarios” padezcan de infertilidad debidamente certificada por el profesional de la salud, sin dejar de lado los centros médicos debidamente certificados. Asimismo, resalta el carácter gratuito y sin fines de lucro para recurrir a dichas técnicas.

En concreto, con la maternidad subrogada hace mención en el artículo 7-A de la Ley General de Salud:

"Artículo 7° - A.- La maternidad asistida y/o subrogada se realizará con el aporte genético (material genético femenino y/o con el gameto masculino para su concepción) al menos de uno de los padres que recurre a este procedimiento, a fin de que la mujer que voluntariamente gestará en su vientre al embrión, no sea considerada automáticamente como progenitora. En el caso de que ambos padres de intención sean infértiles podrán recurrir a donantes voluntarios para el aporte de material genético, conforme lo permiten las técnicas médicas de reproducción humana”.

Como se puede apreciar, la admisión de la maternidad subrogada con ciertos requisitos que detalla en los posteriores artículos del proyecto deja un amplio margen a las parejas

infértiles al uso de la maternidad subrogada incluso con la donación de gametos de ambas partes.

Un dato curioso que menciona en el objeto de la Ley (Artículo 1) último párrafo señala: “La presente iniciativa legislativa permite salvaguardar el derecho humano a fundar una familia, así como el derecho a acceder a las técnicas de reproducción asistida, siempre que ello no afecte los derechos de terceros”, al parecer deja de lado la consideración del tercero que es el embrión, su vida, salud e integridad. Dicho objeto del proyecto de Ley definitivamente no se condice con el desarrollo de la misma.

Estos son algunos ejemplos de proyectos de ley que se han dado respecto a las TERAS usadas además en la maternidad subrogada que no han prosperado. Considero, y me adelanto a dar la opinión, en concordancia con el ordenamiento jurídico y de una interpretación sistemática que la maternidad subrogada debe prohibirse y no ser admitida bajo ninguna modalidad, ni de forma altruista ni menos aún que conlleve un pago por los “servicios de alquiler de vientre”. En el siguiente acápite precisaremos con mayor claridad lo antes mencionado.

7. Propuesta de solución

A lo largo de los tres capítulos hemos analizado la figura de la maternidad subrogada, así como los derechos vulnerados con esta figura. El propósito de ir estudiando cada derecho detalladamente, los pronunciamientos del TCP de cada uno, así como su regulación respectiva es dar a conocer el impacto y la afectación que supondría admitir o dar rienda suelta en aras de “lo que no está prohibido, está permitido” a la *praxis* de la maternidad subrogada o vientre de alquiler.

Ahora bien, como ha quedado explicado, en la maternidad subrogada la mujer “alquila” su vientre para gestar al menor y luego renuncia a los derechos que le asisten como madre, se muestra la clara atribución de la calidad de objeto, tanto a la madre gestante como al concebido, todo ello con la finalidad de realizar la voluntad de los padres comitentes. Se ve manifiestamente que el mencionado artículo 1 de la CP, donde la persona es el fin supremo de la sociedad, se trasgrede totalmente al ser la persona el medio para conseguir un fin.

Asimismo, hicimos el análisis del derecho a la vida, al ser considerado como el más importante, ya que sin vida no se podría dar el despliegue y ejercicio de los demás derechos. El derecho a la vida como tal, involucra tanto derecho a nacer (a salir del vientre de la madre), así como que la persona ya nacida despliegue sus aptitudes en conjunto y en la máxima satisfacción de bienes para alcanzar la perfección.

El concebido merece protección desde la fecundación, con la unión del óvulo y el espermatozoide. Con una interpretación del artículo 1° del Código Civil, se entiende que el concebido es protegido desde el primer momento de su existencia, pero al echar un vistazo a la realidad no le encontramos sentido a la permisividad de ciertas prácticas que atentan contra el menor. Cabe cuestionarse respecto a las TERAS usadas en la maternidad subrogada ¿Es la manipulación del embrión – incluso con permiso de los progenitores – coherente con la protección al concebido que nuestra norma y, en general, que el ordenamiento jurídico pretende? No tiene sentido proclamarnos defensores de la vida y luego admitir la manipulación de la misma.

Por tanto, el respeto del derecho a la vida en nuestro ordenamiento jurídico– a través de una interpretación sistemática y de manera coherente– implica la prohibición total de la práctica de la maternidad subrogada, la cual vulnera durante todo su proceso de realización a la vida del embrión.

Posteriormente, hemos analizado el derecho a la identidad, claro está que este derecho (por la falta de una adecuada protección del derecho a la vida) lo podrían ejercer aquellos embriones sobrevivientes a la manipulación y su congelamiento respectivo. Pues bien, la intervención de un tercero donante o un tercero gestante queda sentado que el derecho a la identidad se ve afectado en la medida que la restricción de la verdad biológica distorsiona gravemente la identidad del niño, quien crece con el vacío fáctico de no saber con quien comparte un vínculo biológico.

Igualmente, ante la “ficción de un hijo propio”, se le dificulta al menor el saber su historia, sus antepasados, sus vínculos biológicos, que quizá en el peor de los casos, tendría hermanos o familiares desconocidos y en caminos comunes, afectando evidentemente su derecho de identidad¹⁹⁷. El interés superior del niño, afirma la posición de prohibición de la maternidad subrogada en un doble sentido: *ex ante* a través de una regulación normativa en favor del menor cuya protección deberá ser integral, lo que no sucedería con la práctica de esta técnica en el caso que se llegase a regular normativamente; así como *ex post*, siendo un criterio interpretativo para los casos donde se haya infringido esta prohibición se pueda determinar a través del caso concreto y de un análisis exhaustivo, qué será más beneficioso para el menor, es decir, la consideración del interés superior del menor para hacer efectivos sus derechos fundamentales así como establecimiento de su filiación.

¹⁹⁷ Cfr. Supra. p.85

Asimismo, una razón más para la prohibición de la maternidad subrogada es la privación al menor de una relación filial con sus orígenes biológicos, repercutiendo directamente en la maduración de su identidad personal. Sin dejar de lado la intervención de un tercero en el núcleo familiar, viéndose claramente la afectación a la protección de la familia.

Cabe cuestionarse además ¿En qué medida una madre es responsable por su hijo si con ningún reparo renuncia a su maternidad y entrega al menor que es fruto de su vientre? El deber de la paternidad responsable claramente también se infringe con la maternidad subrogada.

En consecuencia, partiendo de la defensa de la dignidad de la persona (artículo 1° de la CP), se le reconoce la protección al embrión que se le atribuye a toda persona en base a su dignidad, recordando que el estatuto biológico del embrión es el de ser humano y su estatuto ontológico es el de ser persona. Ahora, sin desmerecer los esfuerzos del legislador en brindarle protección al concebido, consideramos que la práctica demuestra que vamos en sentido contrario a lo que establecen nuestras normas. Desde que ciertas prácticas empiezan a generar consecuencias nocivas en las personas, es cuando debemos adoptar una política de prevención.

Las TERAS, y en concreto la maternidad subrogada su práctica no las torna fértiles a las parejas que no pueden tener un hijo. En este caso la adopción se presenta como una mejor alternativa de solución ante las ansias de ser padres y la imposibilidad de procrear de forma natural.

Finalmente, cabe precisar que será necesaria no solo una prohibición de la maternidad subrogada, sino también que se establezcan sanciones administrativas a los centros en los cuales se practican las técnicas que llevan a cabo el proceso de gestación de un alquiler de vientre. De igual manera, se aplique la inhabilitación para los médicos que la realicen, por actuar en contravención al Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú.

Si se quiere una coherencia en el sistema jurídico, comencemos por proteger al menor y defender su vida, no siendo necesaria una regulación que prohíba expresamente la maternidad subrogada, sino que brota desde los mismos principios y derechos que nuestra CP protege.



Conclusiones

Primera. La figura de la maternidad subrogada o vientre de alquiler hace referencia al convenio o acuerdo por el cual una de las partes, la mujer fértil, se obliga no solo a la gestación de un menor que puede tener o no un vínculo biológico, sino también a entregar al niño; y, de otra parte, los comitentes, formada por una pareja con voluntad de ser padres que entregan una cantidad de dinero (a título oneroso) o no (en caso de ser a título gratuito) y asumen la paternidad legal del menor. Esta técnica es usada por las parejas infértiles y que ven en dicha figura la solución a sus ansias de ser padres.

Segunda. La maternidad subrogada contraviene nuestro ordenamiento jurídico. Entre los derechos y principios vulnerados destacamos: el derecho a la vida, el derecho a la identidad, el principio de la dignidad humana, el interés superior del niño, y el de protección a la familia.

Tercera. El principio de la dignidad de la persona, hace referencia a la esencia de la persona que proviene de su naturaleza, se vulnera con la *praxis* del vientre de alquiler en tanto que la persona, tanto el embrión como la madre gestante es reducida a la calidad de objeto siendo el medio por el cual la persona logra sus objetivos egoístas de ser padres. Por tanto, es nulo todo contrato o acuerdo de las partes que realicen en torno a la maternidad subrogada, ya sea oneroso o gratuito.

Cuarta. La teoría de la fecundación es la adoptada en nuestro ordenamiento jurídico, por tanto, la protección del concebido comienza a partir de la concepción, es decir con la unión del gameto femenino (óvulo) y gameto masculino (espermatozoide). Las técnicas usadas en la maternidad subrogada, en especial con la fecundación *in vitro*, suponen la manipulación y vulneración de la vida humana.

Quinta. El concepto del derecho a la identidad describe los aspectos generales de la personalidad de todo individuo, dentro del cual se encuentra el derecho a conocer el origen biológico. El derecho a la identidad es vulnerado con la práctica de la maternidad subrogada en tanto que la restricción de la verdad biológica distorsiona gravemente la identidad del niño, quien crece con el vacío fáctico de no saber con quién comparte un vínculo biológico.

Sexta. El interés superior del niño es un principio jurídico interpretativo rector de la autoridad pública ante los conflictos originados por la práctica de la maternidad subrogada como es el polémico caso de la determinación de la filiación. Todo ello nos lleva a afirmar que la protección jurídica de los derechos del menor conlleva a concebir al niño no como objeto de tutela sino como sujeto de derechos; prevaleciendo en el caso concreto el principio de interés superior del niño.

Sétima. Con la maternidad subrogada, el principio de protección a la familia, conjuntamente con el deber de paternidad responsable, se ve afectado por la intervención de un tercero ajeno al vínculo familiar que impide al menor la relación filial con sus orígenes biológicos. Ello genera una filiación extramatrimonial por el desconocimiento materno y/o paterno de donante anónimo.

Octava. La maternidad subrogada no está regulada en el Perú, sin embargo, a través de una interpretación sistemática y vinculante de los derechos en pro de la persona humana, consideramos que se encuentra prohibida, en atención a la Ley General de Salud y a lo regulado en el artículo V del título preliminar del Código Civil. Asimismo, a los centros médicos que realicen la maternidad subrogada se deberá establecer una sanción administrativa, del mismo modo a los médicos se deberá proceder a su inhabilitación por contravenir el Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú.

Novena: Ante los deseos y ansias de los padres infértiles, sugerimos la posibilidad de acudir a la adopción de un menor, siguiendo los debidos procedimientos de ley, donde entrará a una familia como hijo.

Referencias bibliográficas

Libros y Revistas

- ANDORNO, R. ARIAS DE RONCHIETTO, C. CHIESA, P. (1997). *El derecho frente varón de ña la procreación artificial*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires.
- BLASI, G. (2009). “¿Cuál es el estatuto jurídico del embrión? Un estudio multidisciplinario” en CALDERON, A, ZAPATA, M, GONZÁLES, C (Coord), *Persona, Derecho y Libertad, Nuevas perspectivas*. Motivensa Editora, Lima.
- CASTILLO, L. (2007). *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Palestra Editores, Lima.
- CASTILLO, L. (2003). *Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales*. Ara Editores, Lima.
- CHANAMÉ, R. (2015). *Lecciones de Derecho Constitucional*. Editorial Lex & Liuris.1° Ed, Lima.
- CHANAMÉ, R. (2013). *Lecciones de Derecho Constitucional*. Editorial Lex & Iuris, Lima.
- CLAVERÍA, L. (1988). “Las categorías negóciales y su adaptación en función de la reproducción humana” en *Congreso de filiación: la filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones Vitoria-Gasteiz*, Editorial Trívium, España.
- CORRAL, H. (2008). *Derecho y Derechos de la Familia*. Grijley. Lima.
- CRUZ, A. (2016). “La vida humana en el derecho Penal: ¿Es cierto que comienza con la anidación?”, en *Gaceta Constitucional*. Tomo 102, Lima.
- DE LOS HEROS. R. (2004), *Natur@. Com, Biología*. Editorial Santillana S.A, Lima.
- DIAZ, O. (2008). “El derecho a la vida del concebido, a propósito del artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”, en *60 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo.

- ESPINOZA, J. (2006). *Derecho de las Personas*. Editorial Rhodas, Lima.
- ESPINOZA, J. (2004). *Derecho de las personas*. Gaceta Jurídica, 4° Edición, Lima.
- FERNÁNDEZ, J. (2012). *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del tribunal constitucional peruano. La tensión entre la mera autonomía y libertad ontológica*. Editorial Palestra, Lima.
- FERNÁNDEZ, C. (1990). *Nuevas tendencias del Derecho de Personas*, Editorial Universidad de Lima, Lima.
- FERNÁNDEZ, C. (2005) “Protección jurídica del concebido”. En: GUTIÉRREZ, W (director). *La constitución comentada: análisis artículo por artículo*. Lima. Gaceta Jurídica- Congreso de la República.
- FERNÁNDEZ, C. *Derecho a la identidad personal*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, Buenos Aires.
- FERNÁNDEZ, C. (2009). *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984*. Motivensa Editora Jurídica, Lima.
- GÓMEZ, Y. (2002). *El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons, Madrid, citado en PÉREZ, M., *La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*. Centro de estudios registrales, Madrid.
- GONZÁLES, A. (2008). “Cuando mi madre es un número, identidad genética e interés superior del niño” en GUTIÉRREZ, W. (Coord.) *Revista Jurídica del Perú*. Normas legales. N°93.
- GONZÁLES, M. (2013). *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Dykinson. Madrid.
- HERVADA, J. (2013). *Escrito de Derecho Natural*. Tercera Edición, Ediciones Universidad de Navarra, S.A (EUNSA), Navarra.
- HERVADA, J. (1999). *Introducción crítica al Derecho Natural*. Universidad de Piura.
- HERVADA, J. (2008) *Lecciones propedéuticas de filosofía del Derecho*. Eunsa, 4°Edición, España.

- LEJEUNE, J, (2009), *¿Qué es el embrión humano?*. Ediciones Rialp, 2º Edición, Madrid.
- KRASNOW, A. (2006). *Filiación- Determinación de la maternidad y paternidad- acciones de filiación- procreación asistida*. Fondo Editorial de Derecho y Economía, Argentina.
- MORÁN, C., GONZÁLES, M. (2013). “Los acuerdos de maternidad subrogada. A propósito del primer caso sobre el tema resuelto por la corte suprema”, en *Revista Jurídica Thomson Reuters*. N.7. Lima.
- MORÁN, C,(2005) *El concepto de la filiación en la fecundación artificial*. Ara Editores, Lima.
- PERALTA, R. (2008). *Derecho de familia en el Código Civil*. Idemsa, 2º Edición, Lima.
- PACHECO, L. (2011) “La dignidad en los derechos humanos”, en *60 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Editora USAT, Chiclayo.
- PECES-BARBA, G. (2003). *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Ed. Dykinson, 2º Ed, Madrid.
- PERALTA DE ANDIA, R. (2008), *Derecho de Familia en el Código Civil*. Idemsa, Lima.
- PÉREZ, V. (2000). “Los nuevos paradigmas y los derechos del concebido como persona”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A, (Coord) *Los Derechos de familia y los nuevos paradigmas*, Tomo II, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires.
- PLÁCIDO, A. (2015). *Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Instituto pacífico, Lima.
- RUBIO, M. EGUIGUREN F. BERNALES, E. (2010). *Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- SANTOS. (1987). *Instrumentación genética*. Ediciones Palabra, Madrid.
- TORRES, A. (2014). *Derecho a la Identidad y Reproducción Humana Asistida Heteróloga*. Universidad Católica de San Pablo, Arequipa.

VARSÍ, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia La nueva Teoría institucional y jurídica de la familia*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima.

VARSÍ, E. (1997). *Derecho Genético Principios Generales*. Normas Legales S.A, Trujillo.

Recursos electrónicos

CAMACHO, J. *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de los argumentos de los detractores*, [en línea] <http://www.fundacionforo.com.ar/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>

CARDENAS, L, *Validez y eficacia del contrato de maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano* [en línea], http://inepaz.unisabaneta.edu.co/media/filer_public/67/72/6772677a-9352-4d47-a78d-e9b0b3d0507e/validez-contrato-maternidad-subrogada.pdf

CHINCHILLA, N, *Valores y ecología humana* [en línea]. <https://blog.iese.edu/nuriachinchilla/2016/03/vientres-de-alquiler-la-nueva-explotacion-de-la-mujer/>

CIANI, M & ARAMBURY, F, *Una mirada trialista a la ovodonación. Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho* [en línea]. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4283360>

CILLERO, M, *El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño* [en línea], Buenos Aires, disponible en http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf

Corte Constitucional de la República de Colombia [en línea] <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-12/2002 de 28 de agosto de 2002 [en línea] http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf¹
Convención sobre los derechos de niño [en línea] en <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

DE LA FUENTE Y HONTAÑÓN R. *La protección de la vida y la dignidad de la persona humana en el derecho peruano* [en línea] https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1632/Proteccion_de_la_vida_y_dignidad_de_la_persona_humana.pdf?sequence=1,

DE LA FUENTE Y HONTAÑÓN, R. *La persona física: desde la sistemática del código civil hasta la actualidad* [en línea] <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/1631>

FARRELL, K, *Keys to bioethics*, Fundación Jérôme Lejeune (App)

Fertilización in vitro: la mentira del vacío legal (cuarta parte). [en línea] <http://www.perudefiendelavida.com/?p=1394>

GALLARDO, P. *Estatuto jurídico aplicable al embrión humano y responsabilidad civil por daños derivados de las técnicas de reproducción asistida* [en línea] <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2002/fjg163e/doc/fjg163e.pdf>

GUTIÉRREZ, S, *Resultado de ADN confirma paternidad de mellizos de esposos chilenos* [en línea] <https://legis.pe/resultado-adn-confirma-paternidad-mellizos-esposos-chilenos/>
<https://legis.pe/resultado-adn-confirma-paternidad-mellizos-esposos-chilenos/>

http://www.nascentis.com/tecnicas_reproduccion_asistida%20

<https://elcomercio.pe/lima/peruanas-ofrecen-alquilar-ventre-s-70-mil-internet-332746>

https://healthonline.washington.edu/document/health_online/pdf/Embryo-Cryopreservation-SP.pdf

<https://legis.pe/vientres-de-alquiler-los-siete-casos-mas-extraordinarios-de-maternidad-subrogada/>

<https://rpp.pe/lima/actualidad/mujer-asegura-que-llevo-el-embarazo-subrogado-de-pareja-arrestada-por-presunta-trata-de-personas-no-son-mis-hijos-noticia-1147851>

<https://tusdudasdesalud.com/reproduccion-asistida/tecnicas-y-tratamientos/embarazos-multiples/>

<https://www.biodic.net/palabra/singamia/#.WRWb4fmGPIU>

<https://www.efe.com/efe/america/mexico/laura-madre-que-busca-a-su-hijo-tras-acuerdo-fallido-para-rentar-vientre/50000545-3348021>

<https://www.institutobernabeu.com/es/faq/que-es-un-blastocisto-que-ventajas-tiene-transferir-el-embrion-en-dia-4-o-5/>

<https://www.stanfordchildrens.org/es/topic/default?id=infertilidad-85-P04632>

https://www.telecinco.es/informativos/internacional/enfermo-vientre-alquiler-rechazado-padres_0_1850100096.html

Inseminación Artificial (IA) <https://ivi.es/tratamientos-reproduccion-asistida/inseminacion-artificial/>

LLAUCE, C. *La fecundación in vitro y el estatuto del embrión humano en el sistema jurídico peruano* [en línea] https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2351/DER_044.pdf;sequence=1

LUNA, F. *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina* [en línea] <https://lac.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Libro%20.%20Reproduccion%20asistida.pdf>

MUÑOZ, R, VÍTTOLA, L. *El derecho a conocer el origen genético de las personas nacidas mediante técnicas de reproducción asistida con donante anónimo* [en línea] http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100011

NOVALES, A. *Las TRA y el derecho del niño a conocer su propio origen biológico en el TEDH* [en línea] https://www.academia.edu/30890571/Las_TRA_y_el_derecho_del_nino_a_conocer_su_propio_origen_biologico_en_el_TEDH

PACHECO, J. *Preeclampsia / eclampsia: Reto para el ginecoobstetra* [en línea] http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1728-59172006000200010

PACHECO, L. *La dignidad humana en la Declaración Universal de los Derechos Humanos* [en línea] https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3868/Dignidad_humana_Declaracion_Universal_Derechos_Humanos.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Perú: *Perfil Sociodemográfico. Informe Nacional. Censos Nacionales 2017: XII de población, VII de vivienda y III de comunidades indígenas* [en línea]
https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1539/libro.pdf

RUIZ, R. *Maternidad subrogada. Revisión bibliográfica* [en línea]
<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>

SCOTTI, L, *El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuesta jurídica*,(pp.274) [en línea]
<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>

SILVA, L, RECHKEMMER, A, ALLEMANTPRADO, J, *Diagnóstico y tratamiento de la infertilidad masculina* [en línea]. http://sisbib.unmsm.edu.pe/bvrevistas/ginecologia/vol_47n3_2001/diag_trat_infer.htm

VALDIVIESO, E, *Para determinar el contenido de los derechos, ¿tienen límite los jueces? A propósito de un caso peruano de vientre de alquiler*, [en línea]
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/limite-jueces-vientre-alquiler.pdf>

www.t13.cl/noticia/nacional/chilenos-detenidos-peru-vientre-alquiler-estos-dias-no-me-va-devolver-nadie

ZEGERS-HOCHSCHILD, F, ADAMSON, A, MOUZON, B, otros, *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)* [en línea]
http://www.who.int/reproductivehealth_publications/infertility/art_terminology_es.pdf
 [Consulta 03 de setiembre del 2018]

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

- STC Exp. N° 01535-2006-PA/TC.
- STC Exp. N° 10087-2005-PA/TC.
- STC Exp. N° 0008-2003-AI/TC.
- STC Exp. N° 1429-2002-HC/TC.
- STC Exp. N° 2945-2003-AA/TC.
- STC Exp. N° 0044-2004-AI/TC.
- STC Exp. N° 3330-2004-AA/TC.
- STC Exp. N° 06057-2007-PHC/TC.
- STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC.
- STC Exp. N° 2273-2005-PHC/TC.
- STC Exp. N° 4972-2006-PA/TC.
- STC Exp. N° 03247-2008-PHC/TC.
- STC Exp. N° 02079-2009-PHC/TC.

