



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**La maternidad subrogada y su aplicación en el derecho
peruano**

Tesis para optar el Título de
Abogado

Janina del Carmen Llontop Fiestas

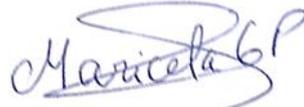
Asesor(es):

Dra. Maricela del Rosario Gonzáles Pérez de Castro

Piura, noviembre de 2021

Aprobación

La tesis titulada “La maternidad subrogada y su aplicación en el derecho peruano”, presentada por la bachiller Janina del Carmen Llontop Fiestas, en cumplimiento con los requisitos para obtener el Título de Abogado, fue aprobada por la Directora de Tesis Dra. Maricela del Rosario Gonzáles Pérez de Castro.



Directora de Tesis



Dedicatoria

Dedico el presente trabajo a mis padres José e Ivis, por su amor incondicional; a mi hermana Lucero, a mi esposo Richard y en especial a mi hija Daniella Janice, quienes me motivan a alcanzar mis sueños y a nunca darme por vencida. Los amo con mi vida entera.



Agradecimientos

Agradezco a Dios, por ser mi protector y guía en el transcurso de la elaboración de esta investigación. Y en especial debo manifestar mi eterna gratitud a mi directora Dra. Maricela del Rosario Gonzáles Pérez de Castro, por el tiempo, paciencia, conocimientos y apoyo incondicional brindado en la elaboración de mi tesis.



Resumen

La maternidad subrogada es una técnica de reproducción asistida que actualmente se viene ejerciendo en nuestro país. Nuestro ordenamiento jurídico no tiene una ley que directamente regule o prohíba la gestación subrogada. Esto está generando muchos problemas en la determinación de la filiación en los hijos con sus padres. Al ser la gestación subrogada una técnica que permite la participación de varios sujetos, es difícil determinar quién de ellos cumple el status de padre o de madre del menor. Asimismo, las instituciones estatales como RENIEC y el Ministerio de Salud del Perú, no cuentan con un procedimiento para el reconocimiento del recién nacido por una mujer distinta a quien físicamente lo alumbró, lo que genera trabas burocráticas para que el niño tenga un nombre y apellido, así como una familia que lo acoja y lo proteja de manera definitiva.

Además, la ausencia de normativa ha favorecido el incremento de redes clandestinas que promocionan a mujeres peruanas como incubadoras humanas, a cambio de elevados montos de dinero. Estas mujeres están dispuestas a llevar en sus vientres los hijos de otros. Arriesgando su propia salud física y emocional inclusive. No solo los implicados en este tipo de negocios clandestinos son personas naturales sino, también personas jurídicas como los centros médicos y clínicas de alto prestigio que se promocionan como las únicas en el mercado en realizar estas técnicas de reproducción asistida. Este trabajo está compuesto por dos capítulos, en el primer capítulo se presentará las nociones básicas y generales de la maternidad subrogada. En el segundo capítulo se presentarán las consecuencias jurídicas del ejercicio de la maternidad subrogada, en instituciones como la filiación. Además, se presentará la situación jurídica del Perú sobre la maternidad subrogada, lo que la jurisprudencia y la doctrina están resolviendo en ausencia de una regulación.

Tabla de contenido

Introducción.....	13
Capítulo 1 Aspectos generales de la maternidad subrogada y derechos involucrados	15
1.1 Técnicas de reproducción asistida	15
1.1.1 Concepto y clases.....	15
1.1.2 Maternidad subrogada.....	16
1.2 Derechos involucrados.....	20
1.2.1 El derecho a la salud, procreación, reproducción y el derecho al hijo.....	20
1.2.2 Libertad individual.....	26
Capítulo 2 La determinación de la filiación como consecuencia de la maternidad subrogada	31
2.1 La filiación.....	31
2.2 La filiación matrimonial y extramatrimonial.....	32
2.2.1 La maternidad	33
2.2.2 La paternidad.....	34
2.3 La filiación en la maternidad subrogada.....	35
2.3.1 Determinación de la maternidad en la maternidad subrogada	36
2.3.2 Determinación de la paternidad en la maternidad subrogada	39
2.4 La maternidad subrogada en el Perú.....	40
2.4.1 Legislación nacional y comparada.....	41
2.4.2 Respuesta de la jurisprudencia y la doctrina.....	46
2.4.3 Postura personal	50
Conclusiones	59
Lista de abreviaturas	61
Lista de referencias	63

Introducción

En nuestro país desde 1989 se viene practicando la fertilización *in vitro*. Es decir, más de 30 años, sin un canon legal que oriente su determinación y ejecución garantista de los derechos de los padres, el bebé, los médicos y los empresarios dedicados a este rentable giro de negocio.

La maternidad subrogada, o popularmente conocida como el negocio del vientre de alquiler, no se encuentra expresamente regulada en nuestro ordenamiento jurídico, pero ya nuestros tribunales judiciales han tenido demandas que resolver sobre la filiación del hijo habido bajo este método, sobre la indemnización en caso se resuelva el seudo contrato de vientre de alquiler por malformaciones del feto o muerte del feto antes del nacimiento. Otro de los complejos problemas que se deriva de la celebración de estos acuerdos es la aparición de nuevas figuras en las relaciones familiares como son: la madre biológica, la madre genética y la madre legal; en caso se niegue la madre biológica entregar al recién nacido a la madre que la contrato será el juez quien tenga que decidir a quién de ellas deberá otorgar y ejercer la patria potestad del menor.

Asimismo, las instituciones estatales como RENIEC y el Ministerio de Salud del Perú, no cuentan con un procedimiento para el reconocimiento del recién nacido por una mujer distinta a quien físicamente lo alumbró, lo que genera trabas burocráticas para que el niño tenga un nombre y apellido, así como una familia que lo acoja y lo proteja de manera definitiva.

Al no existir una legislación que prohíba o regule estas nuevas formas de reproducción asistida, muchas parejas extranjeras miran al país como un paraíso legal. Como el caso, de la pareja chilena que fueron detenidos por intentar sacar del país a un bebé recién nacido que había sido fecundado y gestado en una mujer peruana. Así como este caso, en nuestro país, hay muchos otros casos de vientres de alquiler que no tienen la misma publicidad pero que si suceden.

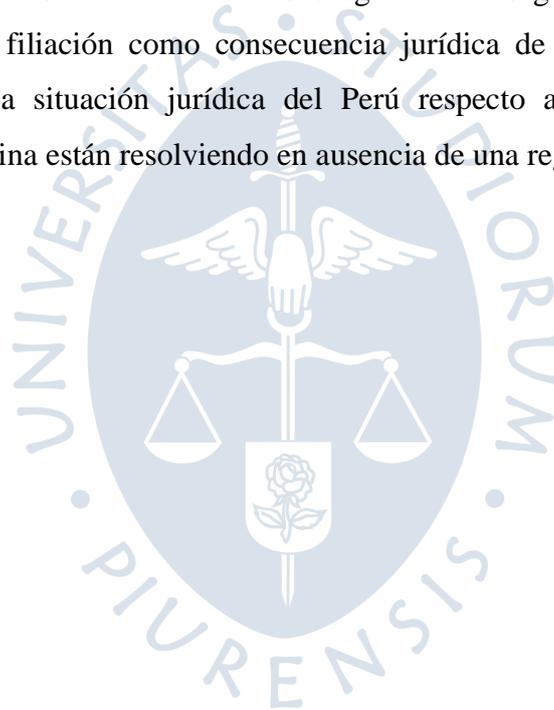
Ello está provocando que muchas mujeres jóvenes inexpertas alquilen su vientre e inclusive acepten pasar por procesos médicos como la inseminación artificial para cumplir con estos acuerdos a cambio de dinero, sin tomar en cuenta los temas legales y físicos que pueden sufrir. Asimismo, estas mujeres jóvenes al ser primerizas y no estar preparadas emocionalmente para entregar al hijo que gestaron como suyo en su vientre, no encuentran apoyo en la justicia para quedarse con el hijo gestado y sufren al ser obligadas a cumplir con la entrega del hijo.

Esta ausencia de normativa ha favorecido el incremento de redes clandestinas que promocionan a mujeres peruanas como incubadoras humanas, que a cambio de elevados montos de dinero alquilan su vientre para la gestación del hijo de otros. No solo los implicados en este

tipo de negocios clandestinos son personas sino, también centros médicos y clínicas de alto prestigio que se promocionan como las únicas en el mercado que te aseguran la obtención de un hijo.

Este nuevo mercado negro que se desarrolla tras las cortinas de los centros médicos de fertilidad en nuestro país, puede incentivar la trata de mujeres para que sean comercializadas como incubadoras humanas. Aunque pareciera normal el desarrollo de estas actividades comerciales, se está afectando los derechos de las personas en búsqueda de una prole. Algunos han llegado a afirmar que sus actuaciones se ajustan a su derecho de tener hijos, idealizando su derecho sobre el resto de derechos y sobre el derecho de las otras personas.

Este trabajo está compuesto por dos capítulos, en el primer capítulo se desarrollará las nociones básicas y generales de la maternidad subrogada. En el segundo capítulo se presentará la determinación de la filiación como consecuencia jurídica de la maternidad subrogada. Además, se abordará la situación jurídica del Perú respecto al tema citado, lo que la jurisprudencia y la doctrina están resolviendo en ausencia de una regulación.



Capítulo 1

Aspectos generales de la maternidad subrogada y derechos involucrados

1.1 Técnicas de reproducción asistida

1.1.1 *Concepto y clases*

Las técnicas de reproducción humana asistida son denominadas comúnmente como TERAS (técnicas de reproducción asistida).

Las TERAS aparecen por primera vez en la ciencia veterinaria, como un medio para cruzar animales que estaban alejados geográficamente. Con posterioridad se empezaron a practicar estos procedimientos en personas. En sus inicios, se utilizaron estas técnicas para asistir en la reproducción de aquellos que sufrían de esterilidad, en los casos de obstrucción de las trompas de Falopio (Tomas y Garrido, 2011, p.75).

Para el profesor Hernán Corral dentro de la denominación de técnicas de procreación artificial se incluyen una gran cantidad de prácticas biomédicas de diversa estructura, siendo las más populares la inseminación artificial (IA) y la fecundación *in vitro* (FIV), además está la transferencia de embriones (TE) que es un proceso complementario de la FIV (Corral, 1992, p. 439).

La Organización Mundial de la Salud (OMS) describe la TERAS en su Glosario de terminología como: todos los tratamientos o procedimientos médicos para el establecimiento de un embarazo, abarcando los procedimientos que incluyen manipulación de ovocitos y espermatozoides o de embriones humanos (p. 10).

Si bien las TERAS son procedimientos médicos, para algunos autores estos procedimientos no curan nada, por ello se les otorga una naturaleza de suplencia de la infertilidad. Entendiendo Varsi la infertilidad como una condición humana a consecuencia de infecciones, del estilo de vida sedentario, la exposición a tratamientos como la quimioterapia o la prolongación de la maternidad. En cambio, en el glosario de la OMS la infertilidad es considerada “la enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas”.

Sin lugar a dudas, las TERAS tienen por finalidad lograr la fecundación de un óvulo con el espermatozoide, ya *in vitro* o *in vivo*. Además, buscan la implantación de este embrión en el útero de la mujer (cualquiera) para su desarrollo hasta su nacimiento.

Existen muchas clasificaciones de las TERAS, para esta tesis se utilizará la clasificación de Olguín Brito, que las divide en dos grupos: las primeras según el lugar donde se produce la fecundación y las segundas según la procedencia de los gametos utilizados.

Según el lugar donde se produce la fecundación: se encuentran las TERAS intracorpóreas, es decir los procedimientos de fecundación que se producen dentro del cuerpo de la mujer, este es el caso de la inseminación artificial. Las TERAS extracorpóreas que, en oposición a la anterior, la fecundación se produce fuera del cuerpo de la mujer, como es el caso de la fecundación *in vitro*. Asimismo, la fecundación *in vitro* tiene variantes como son: a) la fecundación *in vitro* mediante inyección intracitoplásmica de espermatozoide o micro inyección que consiste en la introducción del espermatozoide seleccionado en el ovocito para lograr la fecundación. b) fecundación *in vitro* con gametos donados, este procedimiento se realiza cuando uno o ambos padres no pueden aportar gametos, necesitando de la donación de óvulos o semen de terceros. c) fecundación *in vitro* con madre de alquiler, este procedimiento surge cuando la madre no puede llevar el embarazo y busca de una mujer para que lleve en su vientre al embrión hasta e nacimiento del bebé, entregando al bebé a la pareja a cambio o no de una remuneración convenida (Citado por Gonzáles, 2007, p. 161.).

Según la procedencia de los gametos utilizados: tenemos las TERAS homólogas y las heterólogas, entendiéndose por homólogas al procedimiento que se hace con los gametos femeninos y masculinos de los padres y heterólogas al procedimiento de fecundación con gametos proveniente de personas distinta a los padres, y en la mayoría de casos la procedencia es anónima (Citado por Gonzáles, 2007, p. 161.).

De este apartado se puede señalar que las técnicas de reproducción si bien son procedimientos médicos, no son utilizadas exclusivamente por las personas que padecen de infertilidad. Actualmente cualquier persona podría participar en las TERAS ya sea como donante o como contratante de las mismas. Las TERAS son mecanismos médicos que, sustituyendo el acto sexual entre un hombre y una mujer, procrean una nueva persona.

Estos nuevos procedimientos de procreación de las personas, requieren un análisis no solo médico sino también jurídico, porque estos hechos están generando nuevos escenarios que carecen de previsión legal alguna como se verá más adelante.

En particular se revisará a continuación la TERA de la maternidad subrogada, su concepto, antecedentes, sujetos intervinientes y su marco normativo.

1.1.2 Maternidad subrogada

1.1.2.1 Concepto. La maternidad subrogada es comúnmente identificada con el término vientre en alquiler. Algunos de los otros términos asociados con la maternidad subrogada son: gestación por sustitución, gestación subrogada, técnica del útero subrogado, método del vientre subrogado, madre de alquiler, maternidad por sustitución, subrogación gestacional, por decir algunos.

Esta terminología hace referencia a la solicitud que se hace a una mujer cualquiera de gestar en su vientre a un bebé que no será su hijo, sino que será de quien se lo haya solicitado. La maternidad subrogada, se presenta como una alternativa común de solución a la maternidad y paternidad de personas que estén impedidas de concebir o gestar hijos por ellos mismos (López y Aparisi, 2012, p. 257). Incluyendo los casos de las parejas homosexuales, los solteros, las familias monoparentales y otros.

Rodríguez, señala que la maternidad subrogada puede ser vista como un matiz de la fecundación *in vitro*, pero esta afirmación es discutida debido a que la maternidad subrogada requiere de muchas TERAS para llegar a la procreación de un nuevo ser, y la utilización de estas TERAS va a depender de las deficiencias físicas de los padres y de la voluntad de ellos al escoger las TERAS que utilizarán para la procreación de sus hijos (2005, p. 97).

Para Hurtado la maternidad subrogada es “la práctica mediante la cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento” (1999, p.54). En este concepto tenemos una mujer que gesta por otra. En dicha definición no se especifica las características de la mujer que va a ser la subrogante ni de la mujer subrogada. Asimismo, en la definición que dan Pedro Silva Ruiz y Jaime Vidal sobre la maternidad subrogada señalan que “es el caso de la mujer fértil que acuerda ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado y gestar y dar a luz el hijo que una vez nacido será entregado al dador de semen y su esposa” (Delgado, p. 806). En esta definición tampoco se especifican las características de la mujer subrogada o de la subrogante. Si no existe un concepto claro de estas nuevas formas de procreación humana entonces no se podrá determinar la maternidad y la paternidad del bebé. Por ello es importante que exista un concepto de la maternidad subrogada que no solo la describa, sino que incluya sus elementos, los sujetos que intervienen y sobre todo que precise los instrumentos por medio del cual se obligan las partes. Y debería ser así porque lo que está en juego, no es otro bien, más que la vida misma de un bebé y de los involucrados.

Al no precisarse las características de las mujeres que pueden ser receptoras o usuarias de esta técnica de la maternidad subrogada, se generaría graves problemas. Como es el caso de las mujeres o varones solteros sin pareja, o las parejas homosexuales que utilizando esta técnica de reproducción concretan sus deseos de progenie aun cuando naturalmente no les correspondería.

1.1.2.2 Antecedentes. La maternidad subrogada, inicia en California en el año 1975 con la publicación en un periódico de una pareja estéril solicitando: una mujer que acepte ser inseminada artificialmente a cambio de una prestación monetaria (Annas, G. 1990, citado en Brena, 2014, p. 135).

Desde 1975 a la maternidad subrogada se le llamó con ese nombre. Pero actualmente existen más de 18 maneras de nombrar esta TERA. Predominando el uso de la denominación de maternidad subrogada. El término subrogada, hace referencia a la sustitución de una cosa o persona por otra. El uso de esta denominación es muy debatible, para algunos la sustitución a la que se hace referencia es al cambio de una mujer por otra, mientras para otros la sustitución se entiende de manera legal, es decir, la forma de transmisión de las obligaciones de un acreedor por otro. Pero no podría adjudicarse esta definición legal a la maternidad subrogada. Porque no se pretende que la mujer contratante sea sustituida por la mujer que contrata. Por ello, la idea que corresponde a la maternidad subrogada es la sustitución de una persona por otra (Delgado, 2004, p.34).

A partir de esa fecha, hasta la actualidad, se han asistido en la procreación artificial de más de 200 000 seres humanos, teniendo en cuenta que en USA desde el año 1984 la Corte Suprema de New York declaró legítimo el nacimiento de 20 000 seres humanos que fueron fecundados de manera asistida (Aguilar, 2017, p. 89).

1.1.2.3 Sujetos intervinientes. De lo expuesto en el párrafo anterior, se podría señalar como sujetos intervinientes:

Los contratantes: son las personas o la persona que por sí misma no puede(n), o no quiere(n) procrear a su hijo. Están dispuestos a contratar y pagar a una mujer que gestee a su hijo.

Los aportantes del material genético: son las personas (hombre y mujer) que libremente deciden aportar al proceso, su material genético constituido en (espermatozoide y óvulo). Pueden coincidir y ser al mismo tiempo los contratantes.

La madre gestante o portadora: puede coincidir con ser la aportante del material genético (óvulo) pero en caso de no ser así, solo facilitaría su útero para la gestación del embrión hasta el nacimiento.

Definitivamente, en los procesos de maternidad subrogada intervienen más sujetos que los que intervendrían en la procreación natural. Por ello, se puede predecir el incremento de conflictos que podría generar que uno de estos sujetos decida no cumplir con lo que previamente se comprometió.

Con más detalle en el capítulo 2 de esta tesis se desarrollará los conflictos que se están generando en la determinación de la filiación del padre con el hijo y de la madre con el hijo. Asimismo, se revisará las nuevas formas de maternidad y paternidad que se originan de la maternidad subrogada.

1.1.2.4 Regulación en Latinoamérica. En América Latina, en Colombia, en el 2010, la Corte Constitucional revisó el primer caso¹ de maternidad subrogada. Parte de los argumentos utilizados fueron que la maternidad subrogada no era una práctica prohibida en el ordenamiento jurídico colombiano, porque la doctrina entiende que las TERAS están normadas en virtud del artículo 42-6 de la Constitución colombiana que señala que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes”.

En Chile, no sucede lo mismo que en Colombia. Por el contrario, en el vecino país de Chile no se puede utilizar este procedimiento de la maternidad subrogada y esto se debe a que, desde una perspectiva legal, en Chile, madre es quien da a luz al bebé, por ello, no existe la figura de la madre genética, sino exclusivamente de la maternidad de vientre. En el caso que una mujer acceda a alquilar su útero, tanto la solicitante como ella, quedarían en un total desamparo legal en caso ocurran controversias durante el proceso de subrogación.

En Argentina, no existe ninguna ley que regule la maternidad subrogada, sin embargo, ha sido la justicia la que ha fallado varias causas. Asimismo, se han presentado varios proyectos de ley para la regulación de la técnica de la gestación solidaria, pero hasta la fecha no ha existido ninguna proclamación normativa en ese sentido. Si bien no hay leyes que reconozcan la maternidad subrogada, la jurisprudencia de manera uniforme ha aceptado la maternidad subrogada. Se presume esta posición debido a que las sentencias dictadas otorgaron filiación a favor de los comitentes, se utilizaron como pilares argumentativos: el interés superior del niño, el derecho a la identidad del niño nacido y la voluntad pro creacional de los padres (Ministerio de Salud Argentino. 2015, p. 1).

En Brasil, pese a no existir una norma específica de la maternidad subrogada, se mantiene una Resolución del Consejo Federal de Medicina, N° 1.957/2010, que señala que las: Clínicas o centros de servicios de reproducción asistida de humanos pueden utilizar técnicas de reproducción asistida para crear la condición conocida como gestación de sustitución, siempre que exista una condición médica que impida o contraindique el embarazo en donante genético. 1-Las donantes temporales del útero deben pertenecer a la familia de la donante genética, en un parentesco de hasta segundo grado, siendo los demás casos sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina. 2-La donación temporal del útero no puede tener carácter rentable o lucrativo”.

¹ Para más información ver Corte Constitucional de Colombia, sentencia T- 968 del 2009 magistrados ponentes Calle Correa María Victoria, Vargas Silva Luis Ernesto, Mendoza Martelo Luis Eduardo.

Si bien esta resolución del Consejo Federal de Medicina no tiene el rango de ley, sirve de directiva para las clínicas o centros de servicios de reproducción de humanos. Aunque sea de manera indirecta, se está regulando las técnicas de reproducción asistida.

En México, la maternidad subrogada ha sido regulada en los Estados de Tabasco y Sinaloa. Para Tabasco, la madre gestante sustituta es la mujer que lleva el embarazo hasta el nacimiento otorgando componentes para la gestación y no componentes genéticos. Mientras que la madre subrogada proporciona tanto el componente genético y el gestante para la reproducción hasta el nacimiento. Y la madre contratante es la mujer quien contrata los servicios de la madre gestante o de la madre subrogada (artículo 92 del Código civil de Tabasco). En el Código Civil de Sinaloa (decreto 742) indica que la gestación subrogada es el procedimiento médico por el cual una mujer gesta el producto fecundado de un hombre y una mujer, porque estos se encuentran incapacitados física o con contraindicación médica para realizar la gestación en su propio útero. Siendo subrogada por una mujer gestante que en su útero gesta el embrión de los padres subrogados, donde esta relación concluye con el nacimiento. Reconoce que la maternidad de sustitución puede ser oneroso o altruista, así como parcial (solo subroga su útero) y total (la mujer subrogada se insemina aportando sus óvulos).

En Uruguay, sí se encuentran reguladas las técnicas de reproducción humana asistida que estén acreditadas científicamente en la Ley 19.167, además, ordena las condiciones que deben cumplir las instituciones públicas y privadas que las efectivicen. De manera resumida, esta norma señala que la maternidad subrogada si está permitida en Uruguay, para ello exige que la madre padezca de un impedimento médico para gestar su propio embrión. Debe existir un vínculo consanguíneo (2do grado) entre la mujer gestante con la futura madre o su pareja. Tienen implementado en su estructura estatal a la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida quien es la única entidad que autoriza estos procedimientos. Sobre la filiación del nacido establece que corresponde únicamente a quienes hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación.

En el Perú, no hay una norma que regule la maternidad subrogada, es decir, no la admite ni la prohíbe. En el capítulo 2 de esta tesis se desarrollará con más detalle la situación de la maternidad subrogada en el Perú.

1.2 Derechos involucrados

1.2.1 *El derecho a la salud, procreación, reproducción y el derecho al hijo*

El profesor Hernán Corral, señala la evolución de los intereses invocados por los padres en la justificación del uso de las TERAS como es la maternidad subrogada.

Para Cieza, el derecho a la salud tiene una arista importante, que es el derecho a la integridad, y ambos forman parte de una unidad conformada por la persona humana. Así, el derecho a la integridad constituye la parte estática y el derecho a la salud el dinámico de la persona como tal (2016, p.133). Para este autor, la infertilidad se debe entender como un tema de salud pública, pues no tomarlo como tal, negaría la posibilidad de procrear y ello implicaría la vulneración de los derechos reproductivos de las personas que sufren de infertilidad y no tienen los recursos económicos para acceder a establecimientos privados.

En sus inicios, las TERAS aparecían para ayudar a las parejas infértiles a procrear. Este interés se tenía justificado en el derecho a la salud de las personas, toda vez que se veía la esterilidad como un defecto sanitario que requería de un remedio. Así, se puede citar la Resolución Exenta N° 1072 de 1985 del Ministerio de Salud de Chile que señala que “Estos procedimientos constituyen una modalidad terapéutica más cuyo fin superior es el de resolver la ausencia de hijos en parejas humanas en las cuales diversas afecciones y situaciones contrarias al natural desarrollo de la vida, impiden la concepción”. Convirtiéndose de esta manera en la primera manifestación formal del reconocimiento de la importancia de la ejecución de las TERAS.

Sin embargo, de esta misma resolución se desprende una protección que incluye el derecho a procrear. Un derecho de todos los individuos, que fácilmente se extiende por el simple deseo de procrear. Un claro ejemplo lo tenemos en la Exposición de Motivos de la Ley española de Técnicas de Reproducción Asistida 35/1988 que señala “La Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsable”. Con esta norma no solo se autoriza el uso de las TERAS en caso de infertilidad comprobada, sino que se autoriza el uso de las TERAS para cumplir el deseo de procrear de los individuos. Esta norma refleja una infravaloración de la vida humana embrionaria al regular tres situaciones dañinas en relación de los embriones humanos (creación y uso de embriones para la producción; congelación de los embriones sobrantes de una fecundación *in vitro*; y el uso de embriones para la investigación y experimentación) con el único objetivo de favorecer el éxito de las TERAS y el deseo de procrear de los individuos.

La procreación natural es un acto biológico, que involucra la participación conjunta de un hombre y una mujer. Desde una perspectiva puramente biológica, el hombre está programado para dar origen a la vida mediante la sexualidad, no de otra forma. La sexualidad está orientada a la vida (Domingo, 2002, p. 66).

Hoy en día, la procreación ya no es fruto y signo de la mutua donación personal de los esposos, de su amor y de su fidelidad, la misma que comporta, en la unidad del matrimonio, el

recíproco respeto de los cónyuges de llegar a ser padre y madre exclusivamente el uno a través del otro (Tomas y Garrido, 2011, p. 86). Ello permite esgrimir que, con la reproducción asistida, la unión sexual, la procreación natural y la veracidad de la madre han sido desplazadas, a un segundo plano, por el uso de la tecnología y el avance que la ciencia ofrece a diario.

Un sector de la doctrina defiende la idea de que existe un derecho a la procreación derivado de varios derechos fundamentales, como son el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y a la libertad. Esta afirmación concibe un derecho a procrear como el alcance mismo de la libertad personal (Amado, 2017, p. 103), bajo este argumento el derecho no solo abarcaría la procreación natural sino también la artificial que se realiza en un laboratorio, dentro de un tubo de ensayo o probeta.

Para Aguilar, uno de los principales fines de la familia es la cesión de la vida, lo que implica la procreación de la prole. Por ende, si por algún motivo no se puede cumplir con este fin naturalmente, se puede acudir a otras opciones como las que ofrecen las TERAS. (Aguilar, 2013, p. 93-94).

El profesor Enrique Varsi ha señalado que los cambios sociales y avances tecnológicos están desplazando los clásicos derechos de la persona, inclusive están fomentando la aparición de nuevos derechos, como es el caso de los derechos reproductivos. Definiendo a los derechos reproductivos en sus dos vertientes: negativa que legitima el uso de los métodos de planificación familiar y positiva que señala la aplicación de procesos asistidos para la reproducción (2013, pp. 226, 227).

Para algunos juristas como Paula Siverino “Los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos” (2004, p. 54) entendiendo que estos nuevos derechos se desencadenan de derechos antiguos como el derecho a la intimidad, a la información, a la identidad, a la igualdad, a la salud, entre otros. Para este sector de la doctrina los derechos sexuales y reproductivos son los derechos que aseguran la libre elección sobre la forma de utilizar el propio cuerpo en la esfera sexual y reproductiva.

Por otro lado, Cárdenas, habla de que un derecho a procrear (derecho a reproducirse o derechos sexuales) es un poco apresurado toda vez que, aún en el caso de admitirse, no sería suficiente para justificar el uso de cualquier vía para lograr un embarazo, pues el fin en ningún caso justifica los medios. Sumado a ello se tiene que las normas no justifican el abuso del derecho, tal como lo estipula el artículo II del título preliminar del Código Civil. Por lo que, invocar la llamada “autonomía reproductiva” daría lugar a la justificación y aceptación de otras figuras como la clonación, la venta de vientres, entre otros (p. 20).

En ese sentido el profesor Hernán Corral señala que ninguna de estas justificaciones puede legitimar la utilización de las TERAS, porque ellas afectan principios jurídicos superiores de vigencia en todo el ordenamiento jurídico como lo son: el derecho a la vida y a la dignidad de persona del embrión humano, la protección del interés del niño y la protección de la familia. Si bien, es cierto que la infertilidad es un mal que merece ser aliviado no puede resolverse a cualquier costo y por cualquier medio, menos sacrificando vidas humanas. El derecho a procrear (derechos reproductivos o sexuales) puede entenderse dentro del derecho a la vida y al desarrollo de la persona, pero nunca fuera de un contexto de reproducción humana natural. Para Hernán Corral este derecho no puede ser absoluto e ilimitado. Porque se sustenta en el derecho de la realización de los actos propios para la generación humana, sin incluir dentro de su contenido, el derecho a un resultado positivo del acto reproductor (1992, p. 459).

Finalmente, se justifica la utilización de las TERAS en el derecho al hijo. Para algunos juristas este derecho está incluido en el derecho de reproducción de los individuos que se desprende de fuentes internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas que sostiene “los hombres y las mujeres mayores de edad, sin ninguna limitación debida a su raza, nacionalidad o religión tienen derecho a casarse y a fundar una familia”. Antonio Urries, biólogo de profesión señala que el derecho a tener un hijo debería estar garantizado por el Estado y la Sociedad sin importar la manera que se utilice o no (TERAS) para conseguirlo (2021, p. 1).

Por otro lado, la profesora argentina Herrera señala la no existencia de un derecho al hijo. Para ella, reconocer tal derecho lesionaría directamente los principios de la doctrina de protección integral que ordena que al/a la niño/a son sujetos de derecho. Es decir, los niños y niñas son personas con iguales derechos que los adultos (2017, p. 30). Asimismo, el profesor Hernán Corral manifiesta que el hijo no puede ser considerado como un objeto de derechos sino como sujeto de derecho y por ello se debe considerar primero los derechos del niño (desde su concepción hasta la mayoría de edad) (1992, p. 459).

Mary Warnock expresa que la reproducción no puede ser considerada como un derecho fundamental ni como una necesidad, por tanto, nadie puede reclamar el derecho legal a la reproducción asistida ni mucho menos el derecho a tener éxito en el intento de tener un hijo, pues no debe confundirse el deseo con el derecho (Citado en Cárdenas, 2017, p. 21).

En esa misma línea de pensamiento sostiene Gonzáles Pérez que no existe el derecho fundamental a la procreación y tampoco el derecho al hijo. El hecho de contraer matrimonio solo atribuye a los cónyuges el derecho-deber a realizar los actos sexuales propios para procrear,

más no les otorga el derecho a tener prole. Razón suficiente para entender que el hijo nunca puede ser objeto de un derecho subjetivo (González, 2015, p. 162).

En la jurisprudencia nacional, el Tribunal Constitucional (TC) ha tenido la oportunidad de abordar el tema de los derechos sexuales y reproductivos. A continuación, se presentará tres sentencias y lo que señaló el TC en cada caso.

La STC 02005-2009-AA/TC², publicada el 22 de octubre de 2009, hace referencia a la prohibición de la distribución de la Píldora del Día Siguiente (AOE) en los centros de Salud Públicos. Es en el fundamento de voto del Magistrado Mesía Ramírez del TC, se ha determinado que el derecho a la autodeterminación reproductiva es:

(U)n derecho implícito contenido en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho consiste en la autonomía para decidir en los asuntos que sólo le atañen a la persona. Pero también puede afirmarse que el derecho a la autodeterminación reproductiva se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y del derecho general de libertad que le es inherente. Dignidad y libertad concretizadas a partir de la necesidad de optar libremente y sin ninguna interferencia en el acto de trascender a través de las generaciones. Libertad para poder decidir cómo ser racional, con responsabilidad, sobre: 1) el momento adecuado u oportuno de la reproducción; 2) la persona con quién procrear y reproducirse; y, 3) la forma o método anticonceptivo para lograrlo o para impedirlo.

La STC 00008-2012-AI/TC, publicada el 7 de enero de 2013, hace referencia a la autonomía sexual de los adolescentes, declarando inconstitucional la norma penal que criminalizaba como delito de violación sexual, las relaciones sexuales consentidas con personas de 14 a 18 años.

20.“(...) las relaciones amorosas y sexuales (...) se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad (...) se trata de una actividad estrictamente privada, consustancial a la estructuración y realización de la vida privada (...) de una persona, propia de su autonomía y dignidad”

85.“Es claro que algunas de las más importantes manifestaciones del derecho a la salud se relacionan con el ámbito sexual y reproductivo, es decir, con aquellas propiedades, entre otras, que permitan al hombre y a la mujer el ejercicio normal de su actividad sexual, la protección de su integridad física y psíquica, la autodeterminación en cuanto a las posibilidades de reproducción, la atención médica prenatal y posnatal (atenciones

² Fundamento de voto del Magistrado Mesía Ramírez, en la sentencia sobre la Píldora del Día Siguiente, EXP 02005-2009-PA/TC, versión digital: <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.pdf>

de salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos independientemente de su condición social o ubicación geográfica), así como, relacionado con los derechos a la información y a la educación, el acceso rápido y eficaz a información y educación sexual”³.

La STC 01272-2017-AA/TC, publicada el 7 de marzo de 2019, que hace referencia a los permisos de lactancia materna.

35. “(...) el derecho a gozar del permiso por lactancia constituye, claramente, un contenido implícito de los bienes protegidos y derechos antes referidos (salud del medio familiar, protección a la familia, libre desarrollo de la personalidad, tanto de la madre como del recién nacido), que se encuentra reforzado por la especial protección reconocida por la Constitución a las mujeres, en general y a la madre trabajadora, en particular, tanto en el ámbito laboral remunerado como en el ámbito del hogar.

60. “(...) la decisión de ser madre, llevar el embarazo y consecuentemente ser titular de los derechos que ello acarrea, está vinculada al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (...)”⁴.

De estas decisiones judiciales del TC, ya sea directa o indirectamente relacionadas con los derechos sexuales o reproductivos de las personas, se podría señalar los siguientes enunciados:

Primero, que el derecho de autodeterminación reproductiva es un derecho implícito al derecho al libre desarrollo de la personalidad y la salud. No son derechos absolutos porque al desprenderse del reconocimiento de la dignidad humana y del derecho general de la libertad, estos se vuelven intrínsecamente sus límites.

Segundo, la autodeterminación reproductiva abarca tres decisiones: 1) el momento adecuado u oportuno de la reproducción; 2) la persona con quién procrear y reproducirse; y, 3) la forma o método anticonceptivo para lograrlo o para impedirlo.

Si bien, la Constitución Política actual no registra entre sus artículos los derechos reproductivos (procreación o derechos sexuales), la lectura del artículo 3 concordada con la Cuarta Disposición Final de la Constitución fija la posibilidad de incluir en los derechos fundamentales más derechos humanos.

³ EXP 00008-2012-AI/TC, versión digital, Considerando 20: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00008-2012-AI.html>

⁴ EXP 01272-2017-AA/TC, considerando 35, versión digital: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01272-2017-AA.pdf>

De lo expuesto, considero que la evolución presionada del derecho de la salud hasta el pseudo derecho al hijo, como justificación del uso de las TERAS en la sociedad, es dañino. Todas las personas merecen protección incluyendo: a los embriones, a las madres portadoras y hasta las personas infértiles. Si bien, cada persona tiene derecho a auto determinarse sexualmente en los tres ámbitos antes señalados (1) el momento adecuado u oportuno de la reproducción; 2) la persona con quién procrear y reproducirse; y, 3) la forma o método anticonceptivo para lograrlo o para impedirlo). No podrán ejecutar dichas decisiones, si en su cumplimiento lesionan los derechos de otras personas, especialmente de los niños, concebidos.

1.2.2 Libertad individual

Ahora bien, otro de los derechos involucrados en el uso de las TERAS, específicamente en la maternidad subrogada, tiene que ver con la libertad personal o individual, es decir, hasta qué punto es factible utilizar todas las opciones que brinda la ciencia para lograr el fin anhelado por muchas parejas: los hijos.

En ese sentido, la libertad individual está relacionada a la libertad de autodeterminación del ser humano, entendida como la aptitud de una persona para decidir algo. En el artículo 2 de la Constitución se establece que todos tenemos derecho a una serie de libertades. Asimismo, en el Código Civil en su artículo 1 señala que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento y que el concebido es sujeto de derecho para todo lo que le favorece. Ya en los artículos 3; 4; 5 y 42 del Código Civil se regula la capacidad de goce de sus derechos civiles de todas las personas ya sean hombres o mujeres, adquiriendo la capacidad de ejercicio de sus derechos civiles al cumplimiento de los 18 años de edad. Además, se prescribe que los derechos fundamentales son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión.

Es en base a la autonomía privada, las personas ya sean naturales o jurídicas están facultadas a regular sus intereses privados vinculándose con otros para satisfacer sus necesidades. Los particulares tienen la libertad de celebrar los negocios jurídicos que deseen para alcanzar los resultados que esperan. Por ello, se indica que los negocios jurídicos son la expresión principal de la autonomía privada.

Por su parte, Steimberg resalta que cada persona tiene libertad para decidir responsablemente si casarse o no, si tener o no hijos, cuándo y cuántos hijos desea tener, de qué manera quiere tenerlos, etc., según el proyecto de vida que quiera. En ese sentido, debido a la autonomía de la voluntad de las personas se justifica el uso de las TERAS para tener hijos y satisfacer sus deseos de reproducirse y constituir una familia sin medir la vía por la cual se realizó (p.243).

El principio de autonomía, en mucho de los casos, sirve para sustentar la posición de quienes están a favor de los contratos de maternidad subrogada. Es así que, desde la perspectiva de la pareja comitente el acceso a esta técnica constituye el único medio para lograr tener un hijo cuando no se puede engendrar por vía natural; mientras que desde la perspectiva de la madre portadora este principio sirve para sustentar la posición de las mujeres que acceden a llevar a cabo un embarazo u aportar su óvulo bajo la premisa que se consideran dueñas de su cuerpo para poder decidir sobre él, ya sea por motivos personales o a cambio de una retribución.

Para Brena, el principio de autonomía se basa en el derecho a la procreación artificial asistida, el cual otorga a las personas la posibilidad de decidir si quieren o no acceder a alguna de las técnicas de reproducción asistida, de acuerdo con sus propios valores, ideas y creencias. Bajo esta premisa, se entiende que aquellas parejas que padezcan de infertilidad deben contar con la libertad necesaria para acudir a alguna de las diversas técnicas y así lograr la descendencia deseada, como sucede en algunos países europeos como: Suecia, Dinamarca, Noruega, España, Inglaterra y Alemania (2013, p.157). A entender de esta autora, no solo existe libertad para optar por la técnica deseada, sino que, además, el Estado tiene la obligación negativa de no obstaculizar el acceso a las TERAS y la obligación positiva de facilitar el uso de las mismas. Asimismo, resalta que es deber del Estado otorgar a los ciudadanos el derecho a acceder a la tecnología médica como parte de los servicios de salud reproductiva. Los defensores de esta posición entenderían como discriminación no amparar el acceso a las técnicas de reproducción asistida. Toda vez que si se reconoce el derecho a procrear no existe diferencia sustancial entre la reproducción artificial con la natural porque en ambos se procrea una generación.

De entenderse así, el principio de autonomía, muchos países como el Perú no podrían cumplir con esta obligación. El Sistema de Salud del Perú no cuenta con los recursos económicos ni humanos para atender a su población en enfermedades de bajo riesgo. Asimismo, la crisis sanitaria del Perú empeoraría si también estuviera obligado a facilitar el acceso a su población a las TERAS.

Por su parte la profesora Morán de Vicenci señala que, en la realidad, si hay diferencias sustanciales entre ambas formas de procreación. Siendo la diferencia principal la manipulación humana externa del proceso de fecundación, que no sufre la procreación natural. Por lo tanto, el ejercicio de la libertad personal, en relación con la función procreativa del ser humano, se refiere a tutelar la capacidad natural de procrear y no los actos tendentes a la procreación (2005, p. 167)

Ana María Vega señala que parece fácil y cómodo justificar las decisiones procreativas en base al libre desarrollo de la personalidad de cada persona. Pero dicha libertad trae consigo una responsabilidad, que no puede ser ocultada, que consiste en la protección de los derechos fundamentales del futuro hijo (Vega, 1996, p.1). Y es así, que en el caso de la maternidad subrogada esta libertad de auto determinarse obliga a un embrión a desarrollarse en un medio ajeno. Los padres violan el derecho del embrión a desarrollarse en el seno de la madre que lo engendró (Vilacoro, 1995, p. 209).

En la jurisprudencia nacional tenemos la sentencia del Décimo Quinto Juzgado en Familia Lima, en el expediente 183515-2006-00113. Se trata de una demanda de impugnación de maternidad por maternidad subrogada. En el considerando décimo cuarto de la sentencia se titula “De los embriones vivos congelados”, el Magistrado argumenta en la siguiente línea:

(...) En nuestro país aún no se regula una ley de reproducción humana asistida que contemple estas situaciones fácticas y proteja el derechos de los niños: Analizando el derecho comparado, tomando como base, la legislación española la Ley 14/2006 sobre “Técnicas de Reproducción Asistida” del 26 de mayo del 2006 en su artículo 11 establece los diferentes destinos posibles que podrán darse a los embriones crio conservados: 1) Su utilización por la propia mujer o su cónyuge 2) La donación con fines reproductivos 3) La donación con fines de investigación y 4) El cese de su conservación sin otra utilización. De acuerdo a nuestro derecho nacional solo es válido ética y moralmente aceptable la primera alternativa, dado que las dos siguientes, al considerar al embrión no sujetos de derecho, sino objeto de derecho, afecta principios elementales de la dignidad humana, dado que la persona es siempre un valor en sí y por sí misma y no puede ser tratada como objeto utilizable, como instrumento o medio, por esta sustantiva razón se le debe respeto desde el primer instante de su existencia, más aun que conforme el Artículo 7 última parte de la Ley General de Salud, Ley Numero 26842 “Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como a clonación de seres humanos” , La última alternativa, tampoco la consideramos adecuada, por cuanto implica la muerte de los embriones crio conservados lo que conlleva a la vulneración del derecho que tiene todo ser humano a la vida desde su concepción; que por lo tanto, deben dictarse las medidas adecuadas con la finalidad de hacer efectivo el derecho a la vida, que tiene todo concebido en su calidad de niño, de conformidad además con lo dispuesto en el Artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado”

En la parte resolutive de esta sentencia se ordena, en el apartado quinto, un plazo de dos años para que los demandantes hagan efectivo el derecho a la vida que tienen los tres embriones. Además, se ordena que sea implantado en el vientre materno o por subrogación de vientre de tercera sin fines de lucro. Vencido dicho plazo si incumplieran con lo dispuesto en la sentencia se ordena iniciarse el proceso de abandono de los citados embriones congelados y seguida adopción. Dicho mandato tiene por finalidad de efectivizar el derecho a la vida de los embriones.

De lo resuelto en esta sentencia se puede evidenciar la línea garantista que mantienen los tribunales peruanos. Si bien a esta pareja se le concede la paternidad del hijo que tuvieron por maternidad subrogada, también se les obliga a ser responsables de la vida de sus otros hijos (embriones congelados). Estando obligados a implantarlos o serían los embriones declarados en abandono y dados en adopción.

Coincidimos en que los derechos reproductivos no son absolutos y están sujetos a ciertos límites que derivan del ejercicio de la libertad propia y de los demás, del respeto a los derechos de los otros. Por lo que, al hacer ejercicio de la libertad, en ningún de los casos puede lesionar otros valores, principios y derechos (Brena, 2013, p. 157).

Los límites del derecho a la reproducción se encuentran en el ejercicio de la propia libertad de los demás, del ejercicio de los derechos de los otros. Porque el ejercicio de mis derechos se limita en el ejercicio del derecho de los otros. No se podría defender un derecho a sabiendas que su ejercicio esta lesionando el derecho de otra persona. Si bien las personas tienen la libertad de procrear no se puede lograr sin tener en cuenta los derechos del hijo. Y teniendo en cuenta que en la maternidad subrogada intervienen varias personas el Estado está obligado en tutelar la dignidad y los derechos de cada uno de ellos. Ninguna de los intervinientes en la maternidad subrogada puede quedar sometida a otra para que esta haga efectivo su derecho a procrear. Importante es precisar que los hijos no pueden ser colocados como objetos de los derechos de los padres. Se debe reconocer la dignidad humana individual de cada sujeto que interviene en el proceso de maternidad subrogada, por ello no se pueden tomar decisiones sin tomar en cuenta el valor intrínseco de cada uno de ellos.

En el capítulo 2 de la tesis, se describirá el problema legal de la filiación que surge de la maternidad subrogada.

Capítulo 2

La determinación de la filiación como consecuencia de la maternidad subrogada

En este capítulo de la tesis se presentará la figura jurídica de la filiación, para luego pasar a plasmar los inconvenientes que tiene la filiación en el caso de la maternidad subrogada.

2.1 La filiación

La filiación es la relación parental que une a los padres y a los hijos. Esta relación se denomina filiación desde la perspectiva del hijo con el padre. Y se llama maternidad o paternidad desde la perspectiva de los padres con el hijo (Hinostroza, 1997, p.30). La filiación es de vital relevancia en la vida familiar como en la vida en sociedad. Como lo señala Varsi, la filiación es la *condictio sine qua non* para conocer la situación de una persona como hijo de otra. Es una forma de estado de familia por lo cual implica un triple estado: a) jurídico, que es asignado por la ley a un individuo deducido de la procreación que vincula al padre con el hijo, b) social, que hace referencia a la relación con otras personas y c) civil, que implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad (Varsi, 1999, p.33). Tanto en el ámbito social y civil, el estado de familia se ve materializado cuando un sujeto es visto por la sociedad como hijo de otro. Lo que le genera una pertenencia a un grupo social y por ello goza de derechos y privilegios, así como de deberes y obligaciones por dicho vínculo.

Hay que precisar que los hechos generadores de la filiación son: el nacimiento, la adopción o el reconocimiento. Entonces como procedimientos de adjudicación de la filiación tenemos: a) el parto que vincula a la madre y su posteridad, b) la presunción de paternidad que se ejerce dentro del vínculo matrimonial, c) el reconocimiento para las filiaciones extramatrimoniales, d) por sentencia judicial firme, e) acto administrativo de adopción.

Para que la filiación sea advertida por el Derecho se debe determinar. Para determinar la filiación se debe revisar la identidad de los padres de un hijo para atribuirle el *status* jurídico de padre o madre y esto se logra a través de los mecanismos legales establecidos.

Así tenemos como mecanismos legales establecidos: al acto voluntario de reconocimiento, a la declaración judicial de paternidad y la norma jurídica.

El reconocimiento voluntario de la filiación lo realiza el padre o la madre. Consiste en admitir que el hijo es suyo sin previa decisión judicial. Para Villanueva, de este reconocimiento nacen derechos y deberes tanto para los padres como para los hijos y genera la calidad de hijo y padres legales (Villanueva, 2015, p. 25). Asimismo, al ser un acto unilateral de cada padre, se perfecciona con la simple voluntad del padre o la madre. Este acto unilateral del reconocimiento voluntario se caracteriza por ser: voluntario, personalísimo, irrevocable, incondicional e imprescriptible.

El reconocimiento voluntario de un hijo se puede realizar en cualquier momento de la vida del hijo y existen tres maneras de realizarlo: a) mediante declaración ante funcionario del RENIEC, b) mediante escritura pública y c) mediante testamento válido.

La declaración judicial de paternidad es la decisión judicial emitida por un juez en un proceso judicial. Solo se puede recurrir a la vía judicial si previamente el hijo no ha sido reconocido por ninguna persona como su padre. De no ser así, se podrá impugnar la paternidad de la persona quien lo reconoció como hijo antes. La declaración judicial de paternidad implica la emisión de una sentencia judicial donde es el juez quien determina la paternidad.

Por último, la filiación se presume en aplicación de la norma. Las presunciones de paternidad y maternidad establecidas en la ley. En el artículo 362 del CC se regula la presunción de filiación matrimonial que señala que los hijos se presumen matrimoniales al haber nacido durante el matrimonio o los 300 días calendarios siguientes a la disolución. Y se presume que el padre es el marido salvo que la madre manifieste expresamente lo contrario.

Adicionalmente, se puede generar filiación a través de la adopción (artículo 377 del CC). En el supuesto de la adopción, se puede afirmar que es una forma plena de incorporar como hijo (al menor adoptado) a la familia del adoptante. Para el menor de edad adoptado se generan todos los efectos de la relación paterna/materna filial. Se puede decir que la filiación por adopción se equipara a la filiación biológica.

La filiación trae efectos jurídicos en sus intervinientes, obligaciones y derechos para los padres y los hijos. Entre estas consecuencias jurídicas esta la patria potestad que incluye el derecho de alimentos de los hijos, la tenencia de los hijos y las visitas a favor del padre que no ejerza la tenencia del hijo.

Para el caso de la procreación asistida, la maternidad no va a corresponder a la mujer que parió al hijo en todos los casos. Asimismo, la paternidad no va a corresponder al varón que aportó su carga genética. Toda vez que son varios sujetos los que intervienen en la procreación. Es así que, dentro del proceso de maternidad subrogada existe la posibilidad de que terceros donen material genético o alquilen su vientre sin asumir su paternidad o maternidad.

2.2 La filiación matrimonial y extramatrimonial

La filiación matrimonial está determinada con el padre y la madre que han celebrado el matrimonio. Por lo cual, la maternidad es manifiesta y la paternidad es del marido por aplicación del principio de indivisibilidad de la paternidad matrimonial. Hay que señalar que esta paternidad puede ser impugnada.

La paternidad matrimonial se basa en el periodo de la concepción y gestación. Por lo cual, la gestación tiene una duración mínima de 180 días y máxima de 300 días, y la concepción

se efectúa dentro de los primeros 121 días de los 300 antes del nacimiento. Por ello, la vida matrimonial en fidelidad y cohabitación hacen aplicable la presunción de paternidad dentro del matrimonio, dispensándolo de pruebas biológicas.

La filiación extramatrimonial hace referencia a los hijos concebidos lejos del lazo matrimonial. En el caso de la filiación materna de los hijos extramatrimoniales, es reconocida y acreditada de manera independiente de la paterna.

2.2.1 La maternidad

El término maternidad proviene del término materno y para la Real Academia Española (1992, p. 1337) significa “Estado o cualidad de madre”. Entonces la maternidad hace referencia a la relación que existe entre la madre y/o los hijos. Se entiende que madre es la mujer responsable del cuidado, educación y crianza de los hijos (Casanova, M. 1989, p. 25).

Desde una perspectiva biológica, la maternidad se materializa en el parto y la identidad del descendiente, por ello se señala que es antes de la paternidad y que es innegable. Desde una perspectiva jurídica, la maternidad es un vínculo que une a los descendientes con su madre que puede derivar de la procreación o de la adopción.

El principio “*mater Semper certa est*” indicaba que madre es quien paría o alumbraba a un bebé. Donde quedaba claro el vínculo biológico entre la madre y el menor. También en nuestro Código Civil, en el artículo 409, está regulada la maternidad extramatrimonial, que va a ser probada con el parto y la identidad del hijo. Entonces tanto para la maternidad matrimonial como extramatrimonial, quien pare un hijo es su madre. Este principio hace referencia al hecho natural y objetivamente probable de la gestación y del parto. Por el cual, se le va a asignar efectos jurídicos como madre a la mujer que gesta y alumbraba a un niño. Entonces para determinar la maternidad, en aplicación de este principio, bastara revisar la concurrencia de dos hechos: el parto y la identidad del hijo. Salvo para el caso de la adopción donde no se requiere cumplir estas condiciones. Porque la madre jurídicamente será quien se asigne en documento administrativo correspondiente. (González, 2013, p. 329)

Si bien, te conviertes en madre cuando alumbras a un hijo. Hay posturas que agregan otros elementos para la configuración de la maternidad. No siendo exclusivo el elemento biológico para la configuración de la maternidad.

Para la doctrina científica francesa, el elemento voluntario debe acompañar al vínculo consanguíneo. Los padres deben expresar su voluntad de querer ser padres (Rivero, F., 1971, p. 27). Para el profesor Plácido la determinación de la filiación debe verificar la voluntad de las mujeres de ser madres. Existen casos de mujeres que gestan y paren hijos sin querer ser madres

de esos hijos. Como también hay casos de mujeres que, sin haber parido hijos, manifiestan su voluntad de serlo, como en la adopción.

La filiación materna sea matrimonial se va a verificar con el nacimiento del hijo. Por lo tanto, desde que la mujer casada, alumbró un hijo en automático se convierte en la madre de ese hijo. No es necesario que ejecute algún procedimiento adicional para tener el *status* jurídico de madre ante el Derecho. (González, 2013, p. 330)

En la maternidad extramatrimonial se va a verificar con el reconocimiento voluntario de la madre ante la Oficina de Registro Civil. Por lo cual la maternidad no se va a determinar automáticamente con el alumbramiento sino después de realizar la inscripción. La mujer que reclame el *status* de madre debe ser la misma mujer que aparezca consignada en los datos médicos, del documento de nacido vivo del menor, que se entrega al funcionario del Registro Civil.

Pese a que la determinación de la maternidad en este caso se haga con posterioridad del nacimiento del menor. No se debe entender como una inaplicación del principio *mater Semper certa est*. Porque aún el parto sigue siendo el hecho determinante de la maternidad con la partida de nacimiento.

La maternidad adoptiva se va a determinar con la firma de la resolución de adopción y la emisión de la nueva partida de nacimiento del hijo adoptado.

En resumidas cuentas, la maternidad es un vínculo entre una madre y su hijo. Este vínculo está lleno de obligaciones y derechos. Si bien desde una perspectiva biológica y jurídica madre es quien alumbró hijos. Existe otro elemento que debe ser considerado para valorar la maternidad. Es la voluntad, una condición necesaria para configurarse la adopción. Por el cual una mujer puede volverse madre de un hijo que no alumbró biológicamente pero que voluntariamente quiso ser su madre.

2.2.2 La paternidad

El término padre ha sido definido por el Diccionario de la Lengua Española como el “varón o macho engendrador. Varón o macho, respecto de sus hijos” (RAE, 2001). Actualmente se usa el término padre para referirse a la persona masculina que brinda cuidado, sostén y protección a un menor de edad con el cual mantiene un vínculo parental y afectivo.

La paternidad ya sea biológica o por adopción, su determinación y establecimiento tiene efectos en la sociedad y al interior de la familia. El padre cumple funciones vitales en el crecimiento saludable de los hijos, en la identificación de su sexualidad y en desarrollo de su autoestima.

Barudy & Dantagman definen la paternidad como una forma de referirse a las habilidades prácticas de los padres de cuidar y velar por sus hijos garantizándoles un crecimiento sano (Barudy, y Dantagnan, 2010, p. 34). Por ello, la paternidad es un conjunto de capacidades de los padres para mantener sanos y seguros a sus hijos. En estas competencias de los padres hay que diferenciar la biológica y la social. Por la parentalidad biológica se refiere a la capacidad del varón de engendrar a sus hijos y por la parentalidad social (Diez-Picazo y Gullón citados en Mizrahi 2006, p. 6) indican que es una categoría legal en la que un individuo es el titular de un conjunto de derechos, funciones y deberes a favor de un menor de edad. El sujeto puede ser el progenitor del hijo y en otros casos no.

Paternidad matrimonial: El artículo 2 de la Ley 30823, el artículo 361 del Código Civil y el artículo 104 de la Constitución Política del Perú indican sobre la filiación matrimonial que los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los 300 días después de la disolución del matrimonio se presumen hijos del marido.

Paternidad extramatrimonial: Hay que indicar que para la determinación legal de la paternidad extramatrimonial de hijo de casada se deberá previamente quebrar la presunción de paternidad del marido de la mujer. Actualmente se puede destruir la presunción de la paternidad matrimonial con la sola declaración de la madre (afirmando que el esposo no es el padre del menor) según lo recoge el artículo 362 del Código Civil.

El padre podría reconocer su paternidad extramatrimonial en la partida de nacimiento de dicho menor si previamente la madre ha declarado expresamente que no es de su marido. O cuando el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable por proceso judicial. (artículo 396 Código Civil).

El 31 de diciembre de 1998 con la ley 27048 se estableció la prueba de ADN para establecer la existencia o no de vínculo parental para los hijos que expresamente la madre ha señalado que su marido no es el padre y para los hijos procreados fuera del matrimonio.

En la paternidad adoptiva se va a determinar con la emisión de la resolución de adopción y la nueva partida de nacimiento del menor.

2.3 La filiación en la maternidad subrogada

Como se ha revisado en el apartado anterior, la filiación, tradicionalmente, deriva de la procreación y de la adopción. Pero ahora, con los avances biomédicos y el uso de las TERAS, se plantea una tercera posibilidad de generar la filiación derivada de la voluntad.

Para la profesora Claudia Morán de Vicenzi la generación de la vida a través de la TERAS está cuestionando la validez de algunos principios del Derecho de Familia y el contenido mismo de la filiación, la paternidad y la maternidad (Morán, 2005, p. 25). Donde la

madre y el padre no son quienes biológicamente han aportado su carga genética en la formación del hijo, ni tampoco son los que la ley ha reconocido como padres adoptivos, sino que son los que quieren (voluntad pro creacional) tener hijos.

2.3.1 *Determinación de la maternidad en la maternidad subrogada*

En la TERA de la maternidad subrogada intervienen varias mujeres. Supone una diversidad de mujeres interviniendo en la procreación. Unas aportan su material genético, otras su vientre y otras aportan su voluntad de ser madres legales del recién nacido.

En la reproducción natural, la maternidad estaba unida al lazo biológico entre la madre gestante y su hijo nacido. Y para el caso de la adopción, la maternidad se sustentaba en el lazo legal. Pero con la maternidad subrogada, con tantas mujeres interviniendo en el proceso ¿se podría mantener la primacía del vínculo biológico? Y de no ser así ¿qué vínculo debe primar al momento de la determinación de la maternidad en la maternidad subrogada?

Algunos juristas señalan que la intervención de varias mujeres en el proceso de la maternidad subrogada ha generado nuevas formas de maternidad compartida. La doctrina ha dividido la maternidad según los grados de intervención de las mujeres en el proceso de procreación asistida. Para la profesora Morán, la maternidad subrogada ha generado una disociación de la maternidad que se divide en:

- a) Maternidad plena: es la que une la relación biológica (genética y gestativa) y el ejercicio de los derechos y deberes relacionados con la maternidad.
- b) Maternidad genética: cuando la mujer participa donando sus óvulos.
- c) Maternidad gestativa: cuando la mujer participa gestando un embrión de un óvulo donado.
- d) Maternidad legal: cuando la mujer asume las obligaciones legales derivadas de la filiación sin mantener vínculo biológico con el hijo (Morán, 2005, p. 192).

Con la maternidad subrogada, existe la posibilidad de que 4 mujeres sean consideradas simultáneamente madres de un hijo o que una de ellas (que cumpla o no con el vínculo biológico) sea la madre excluyendo a las demás (que tengan vínculo biológico). Posibilidad que en todo sentido se ve aterrador y perjudicial para el niño.

Para darle mayor matiz al problema, en la actualidad, se usa el término de madre en segundo grado para hacer referencia a estas mujeres que participaron en el proceso de maternidad de subrogación. Al parecer la sociedad, ante esta problemática ha dado respuestas afirmativas y soluciones alternas para aceptar la posibilidad de una maternidad compartida definida por los grados de intervención en la reproducción (Morán, 2005, p. 162).

A continuación, unas propuestas de teorías sobre la determinación de la maternidad:

- a) El predominio del criterio biológico de la maternidad para su determinación. Para Trubucchi la maternidad solo se determina con el parto. Por lo cual la participación de la mujer gestante en la procreación es una labor que realiza en nombre propio y no para otros (Citado en Morán, 2005, p. 193). La responsabilidad de la maternidad solo puede ser asumida por la mujer que da a luz. Dichas obligaciones no pueden ser transferidas por ningún acuerdo previo con otra persona.
- b) El predominio del criterio voluntario de la maternidad para su determinación. Esta teoría propone una modificación del presupuesto del parto, sustituyéndolo por la libertad y responsabilidad procreacional que debe coincidir con la voluntad de la pareja comitente. Por esta teoría, la maternidad se le va a asignar a una mujer que desee un hijo para sí, sin verificar si ha tenido o no participación genética o biológica en el proceso que originó al nuevo ser. El consentimiento, deseo y afecto prescriben la obligación y responsabilidad de los individuos que autorizaron la TERA para asumir el vínculo jurídico de la filiación con el recién nacido. Esta teoría fija la determinación de la maternidad en la maternidad subrogada en el criterio de la voluntad procreacional sin importar los vínculos biológicos o genéticos que tenga el recién nacido con las otras mujeres que también participaron del proceso de procreación.

Para D'addino Serravalle esta propuesta resulta antojadiza e insuficiente. Esta motivación interna de querer ser madre puede estar presente en todas las mujeres que participen en el proceso de maternidad subrogada. Y si es considerado el único requisito a valorar para la determinación de la maternidad, todas las mujeres participantes en algún grado de la maternidad subrogada tendrían que ser reconocidas como madres del hijo. Por lo que el criterio biológico del parto es el que mejor define el principio *mater Semper certa est* (citado en Morán, 2005, p. 194).

Entonces la determinación de la maternidad en la maternidad subrogada actualmente presenta dos posiciones: la primera que privilegia el criterio biológico de la mujer que alumbró al hijo sobre las otras intenciones o participaciones de las mujeres en el proceso de maternidad subrogada. La segunda posición privilegia el criterio volitivo de la mujer que, incluso sin participar biológica o genéticamente del proceso de procreación, quiere ser reconocida como madre del hijo que otra alumbró.

En el supuesto que la carga genética sea de una mujer diferente a la que gesta el embrión y a la que quiere asumir la maternidad del hijo, la solución se complica. En este caso si se aplicara el criterio biológico se tendría que determinar cuál de las dos mujeres (mujer que

entrega su óvulo y la mujer que alumbró al hijo) intervinieron en la procreación del hijo en mayor grado para asignarle la maternidad.

Para este caso donde cada mujer aporta un elemento (óvulo, parto, voluntad) se presentan las siguientes soluciones doctrinales en la determinación de la maternidad:

- a) La maternidad le va a corresponder a la mujer que ha aportado su material genético o biológico y manifieste su voluntad de asumir legalmente la maternidad del hijo. Entonces se le reconocería la maternidad a quien alumbró un hijo procreado con óvulo ajeno y quiera el hijo para sí. Y el caso de la mujer que dio su óvulo para que sea gestado en otra mujer, pero que quiere el hijo para sí (Vercellone, p. 328). A continuación, se presenta un ejemplo para ilustrar mejor esta propuesta de solución: Clara gesta en su vientre a su hijo pese a que en la concepción se haya usado el óvulo de otra mujer.
- b) La maternidad le va a corresponder a la madre genética, reconociéndole un derecho preferente de adopción en caso los padres sociales abandonen al menor. Esta asignación de la maternidad se sustenta en la transmisión de carga genética que se da entre la mujer que aporta su óvulo frente a la mujer que gesta dicho embrión. Entendiendo que la gestación y parto del hijo no llega a generar vínculos afectivos, toda vez que con el avance tecnológico pronto máquinas incubadoras facilitarán la reproducción asistida. De darse el caso anterior, por sentido común, no se le atribuiría la maternidad a una máquina que gesta un embrión. A continuación, se presenta un ejemplo para ilustrar mejor esta propuesta de solución: Clara gesta en su vientre a un bebé que en la concepción se ha usado el óvulo de otra mujer (Susana). La maternidad le corresponderá a Susana, por ser la madre genética, al haber aportado material genético en el hijo gestado en vientre de otra mujer.
- c) La maternidad le va a corresponder a quien elija el nacido. Tanto la mujer que aporta su carga genética como la que gesta al embrión si manifiestan su voluntad de asumir la maternidad del nacido pueden hacerlo, por ello si el hijo quiere mantener el vínculo con alguna de ellas o con ambas se puede mantener dicha relación. No se precisa la edad del hijo para escoger entre la madre biológica o la madre genética. Lo que obviamente genera una gran limitación de esta postura para su aplicación en la vida real. A continuación, se presenta un ejemplo para ilustrar mejor esta propuesta de solución: Clara gesta en su vientre a un bebé que en la concepción se ha usado el óvulo de otra mujer (Susana). La maternidad le va a corresponder tanto a Clara como a Susana si ambas así lo quieren.
- d) La maternidad le va a corresponder a quien alumbró al hijo. La base de esta postura es la relación psicofísica que se genera durante la gestación (9 meses) entre la gestante y el concebido. Si bien no hay un aporte genético es posible que el concebido se acostumbre al

timbre de voz, al sonido del latido del corazón de la mujer gestante. La gestante no solo participa del proceso de procreación con su vientre, sino que ella es la responsable de alimentarlo y mantenerlo protegido, por lo que se podría señalar que contribuye en la formación del hijo con todo ella. Para la profesora Morán de Vicenzi esta propuesta de solución para la determinación de la maternidad en la maternidad subrogada es parcialmente satisfactoria porque excluye a la mujer que aporta su óvulo, pero facilita una mayor claridad al momento de identificar a la madre y su hijo (Morán, C., 2005, p. 204). A continuación, se presenta un ejemplo para ilustrar mejor esta propuesta de solución: Clara gesta en su vientre a un bebé que en la concepción se ha usado el óvulo de otra mujer (Susana). La maternidad le va a corresponder a Clara quien gesta en su vientre y alumbrará al bebé.

- e) La maternidad le va a corresponder a la mujer que sin haber aportado sus gametos ni habiendo alumbrado al hijo, voluntariamente acepta la responsabilidad de los efectos jurídicos de la maternidad entre ella y el recién nacido. El predominio del consentimiento sobre el criterio biológico o genético en la determinación de la maternidad en la maternidad subrogada genera un nuevo principio denominado *favor affectionis* (Morán, 2005, p. 68). A continuación, se presenta un ejemplo para ilustrar mejor esta propuesta de solución: Clara gesta en su vientre, al hijo de Melania, el mismo que ha sido concebido con el óvulo donado de tercera. La maternidad le va a corresponder a Melania.

En resumidas cuentas, con la reproducción asistida la determinación de la maternidad es una decisión compleja y confusa. Las madres subrogadas están causando una disociación de la maternidad. Lo que deviene en un desajuste social y biológico. Si ya es difícil y dañino psicoactivamente que un niño crezca con uno de sus padres, peligroso será que crezca sin saber quién es realmente su madre o su padre.

Por ello, se debe mantener el criterio biológico sobre el volitivo salvo exista una norma que señale lo contrario. De esta manera la mujer que gesta en su vientre un hijo concebido con su propio óvulo o de un tercero será reconocida como la madre del hijo de su vientre al alumbrarlo.

2.3.2 Determinación de la paternidad en la maternidad subrogada

Para determinar la paternidad, se debe revisar la relación jurídica del hombre y la mujer que van a ser padres a través de la maternidad subrogada. Es el matrimonio y la unión de hecho, los actos jurídicos que materializan la relación filial de los padres con sus descendientes según nuestra normativa vigente.

Para la determinación de la paternidad en el embarazo subrogado, con material genético de un cedente, se presentan tres teorías:

- a) El consentimiento del marido en la ejecución de la maternidad subrogada, determina su paternidad. Sin posibilidad de establecer paternidad entre los cedentes de la carga genética con el hijo nacido.
- b) En base al principio de interés superior del niño, el bebé nacido a través de una madre subrogada se le reconoce como hijo del marido que consintió dicho procedimiento para la procreación. No se va a investigar al cedente de la carga genética para establecer relación de paternidad porque éste nunca se hizo cargo de su paternidad.
- c) No importa el consentimiento del marido en la ejecución de la maternidad subrogada. La filiación se va a determinar investigando la vinculación biológica.

Entonces, no está clara la manera de asignar la maternidad y paternidad entre los sujetos que participan en la procreación asistida a través de la maternidad subrogada. Esta realidad confusa no solo afecta a los supuestos padres y madres, sino que principalmente daña a los hijos. Se han visto casos de parejas que al realizarse pruebas genéticas han descubierto que son medios hermanos o parientes en algún grado de parentesco consanguíneo. Debido al aumento de nacimiento de niños procreados a través de la maternidad subrogada con donantes anónimos de espermatozoides u óvulos, se puede dar el caso, que la mayoría de estos niños compartan la misma carga genética entre ellos mismos.

2.4 La maternidad subrogada en el Perú

La maternidad subrogada en el Perú no está permitida ni prohibida. Por lo cual, en cuanto maternidad subrogada hay un vacío legal.

Pese a su falta de regulación, dentro del territorio peruano se ofrecen los servicios de las técnicas de reproducción asistida entre ellas la maternidad subrogada o vientres de alquiler. Los casos que se han generado debido al uso de las TERAS en el país han creado enredos en la determinación de la filiación, en el reconocimiento de un hijo y su inscripción en RENIEC.

Otras de las consecuencias de esta práctica es el abuso de las clínicas sobre sus pacientes en cuanto precio y una explotación sobre las personas que brindan el servicio de alquilar su vientre, o vender sus óvulos. Hasta se llegó a sospechar de una red de incubadoras humanas que ofrecían sus servicios de vientre en alquiler a parejas extranjeras en el mercado negro (Diario La República, 2006)⁵.

⁵ Reportaje periodístico publicado por el diario La República, edición del 13 de diciembre de 2006. Información recuperada el 23 de setiembre de 2014, de <http://www.larepublica.pe/13-12-2006/canal-espanol-destapa-red-de-vientres-de-alquiler-en-lima>

Diario Exitosa, edición del 7 de setiembre de 2018. Información recuperada el 19 de setiembre de 2018, de <https://exitosanoticias.pe/vientres-de-alquiler-se-ofrecen-en-elperu-hasta-por-80-mil-soles/>

Diario Perú 21, edición del 27 de enero de 2012. Información recuperada el 17 de setiembre de 2014, de <http://peru21.pe/2012/01/27/actualidad/seincrementan-mafias-que-ofrecen-vientres-alquiler-2009279>

A continuación, se presentará el marco normativo que hace referencia a las TERAS, la respuesta de la jurisprudencia a estos casos de maternidad subrogada y para concluir este capítulo con mi postura personal.

2.4.1 Legislación nacional y comparada

En el Código Civil, en el libro segundo titulado filiación y estado familiar en su artículo 136 se recogen las formas de establecer la maternidad. Donde la maternidad se configura con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. No se requiere previamente ningún procesamiento adicional, como algún reconocimiento expreso. Entonces la maternidad se establece en aplicación del principio *mater Semper certa est*, es decir, a favor de la mujer gestante y quien alumbró al menor. No va a importar ninguna otra condición sobre quien es la titular del óvulo o quien es la mujer que quiera asumir la maternidad.

El principio *mater Semper certa est* impide el vientre de alquiler porque va a determinar la maternidad en la mujer gestante que alumbró al menor. Entonces la ley obliga a que el status de madre se le imponga a la mujer que da a luz sin importar si es la madre biológica o no

En la Ley General de Salud (Ley N 26842) en su artículo 7 señala:

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

De esta regulación se puede advertir que todas las personas tienen derecho a recurrir a la TERAS por su infertilidad. Para un sector de la doctrina se incluiría dentro de las TERAS permitidas en el Perú a la maternidad subrogada. Siempre y cuando se cumpla con dos condiciones: a) Identidad genética y b) Consentimiento por escrito de los padres biológicos antes del tratamiento.

Por identidad genética se entiende que tanto la mujer que aporta la carga genética y que gesta deben ser la misma persona. Por lo cual la utilización de óvulos donados por terceros en la maternidad subrogada no estaría regulada en el Perú por esta norma.

Diario El Comercio, edición del 5 de setiembre de 2018. Información recuperada el 19 de setiembre de 2018, de <https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/madre-pariopauala-siverino-noticia-553974>

Diario Perú 21, edición del 27 de enero de 2012. Información recuperada el 17 de setiembre de 2014, de <http://peru21.pe/2012/01/27/actualidad/pidenal-congreso-disenar-marco-legal-sobre-vientres-alquiler-2009325>

Por otro lado, para algunos, el artículo 7 de la Ley General de Salud es una prohibición de la ovodonación y la maternidad subrogada, que se centra en el requerimiento de que la madre gestante y la genética deben coincidir.

En el artículo 7 de la Ley General de Salud solo se regula las TERAS que cumplan con unas condiciones; pero no precisa consecuencias jurídicas para el caso de TERAS que no mantengan la identidad de madre genética y madre gestante. Además, que para la configuración de una prohibición se requiere que sea explícita, no puede ser interpretada de manera analógica. Todo esto debido al principio contenido en el párrafo a) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución que señala: “nadie está obligado hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

En la Casación N° 4323-2010- Lima del 11 de agosto de 2011, la Corte Suprema de Justicia señaló:

(...) una persona ha acudido a las técnicas de reproducción asistida para –con el apoyo de la tecnología y de una tercera persona- alcanzar la situación de madre, sería un contrasentido que luego de que tal técnica alcanzó un resultado favorable (dio lugar a la concepción, gestación y nacimiento de un bebé) se perturbe o desconozca la condición de madre de la mujer o de la pareja que acudió a dicho método.

En dicho caso, la Corte Suprema interpreta el artículo 7 de la Ley General de Salud no como una prohibición, sino como un reconocimiento del derecho de las personas de hacer uso de las técnicas médicas para la concepción. Por lo tanto, no existen razones para que el Estado desconozca los resultados del uso de las TERAS y además no existe una prohibición expresa de alguna de las TERAS.

Asimismo, en el considerando noveno de la misma casación, explica sobre la constitucionalidad de la interpretación del artículo 7 de la Ley General de Salud:

Además del uso de esta técnica para la interpretación de textos, existen motivos constitucionales que imponen descartar la opción de que el artículo 7 de la Ley General de Salud tácitamente proscriba los otros supuestos que no menciona. Y eso porque este Juzgado considera inconstitucional o contrario a la presunción de libertad, “presumir” limitaciones de derecho, en este caso del derecho a la salud reproductiva. Siendo que el artículo 7 de la Ley General de Salud y ninguna otra norma del ordenamiento jurídico nacional impone limitaciones o prohibiciones expresas para los otros supuestos en donde puede ser aplicable las TERAS, este Juzgado no puede sino reconocer que en tales casos es legítimo aplicar esas técnicas. (...) Entretanto que no exista una clara y expresa prohibición de celebrar contratos acuerdos de maternidad subrogada o de aplicar

TERAS a supuestos distintos a los previstos en el artículo 7 de la Ley General de la Salud, se entiende que se trata del ejercicio legítimo de los derechos a la salud reproductiva y otros vinculados. (...) Con ese escenario aclarado, este Juzgado puede evaluar que el recurso a las TERAS también constituye un mecanismo que coadyuve al ejercicio del derecho a la formación de una familia, es decir, si bien las TERAS no están prohibidas, su empleo solo es posible cuando tuvieran como destino la formación de una familia, pues lo contrario sería abrir una peligrosa puerta a la reproducción de seres humanos para múltiples propósitos, lo que implicaría hacer del hombre un instrumento al servicio de fines ajenos a su propiedad humana, asunto proscrito por el artículo 1 de la Constitución Política que consagra a la dignidad humana como fin supremo de la sociedad y el Estado”.

Por otro lado, ni el Código Civil ni la Ley General de Salud mencionan a la madre sustituta. Si la mujer, que acepta ser inseminada por el cónyuge o la pareja de otra mujer, debe cumplir algunas condiciones mínimas como edad o estado civil.

En la legislación comparada, entre los países que permiten legalmente la gestación subrogada tenemos los siguientes:

Australia, la gestación subrogada con fines altruistas está legalmente permitida en la mayoría de los Estados y territorios australianos. Por gestación subrogada con fines altruista se entiende que la mujer gestante sustituta no obtiene ganancias, pero los padres pueden pagar por los gastos médicos y legales según lo indica la *International Surrogacy arrangements. Department of Home affairs. Australian Government*. En el estado australiano de Queensland, la gestación subrogada está regulada por la norma *Surrogacy Act de 2010*. Esta norma define en su sección 7 el acuerdo de subrogación⁶, prohíbe la gestación subrogada comercial penalizándola con una multa de 100 unidades o 3 años de pena privativa de la libertad (sección 56).

Para la transferencia de la paternidad de un niño nacido como producto del acuerdo de subrogación, el tribunal australiano resuelve en una orden de filiación denominada *Parentage order*. Esta orden no es definitiva por lo cual puede ser cancelada a través de la resolución denominada *Discharge order*.

⁶ Un “acuerdo de subrogación” significa un acuerdo o entendimiento entre una mujer y otra persona o personas bajo las cuales la mujer acepta quedar embarazada o intentar quedar embarazada con la intención de que un niño nacido como resultado del embarazo debe ser tratado como el hijo, no de la mujer, sino de la otra persona o personas; y la mujer cederá a la otra persona o personas la custodia y tutela del niño nacido como consecuencia del embarazo. Además, la otra persona o personas acuerdan convertirse en responsables permanentemente de la custodia y tutela de un niño. *Surrogacy Act 2010. Sección 7*.

Canadá regula la gestación subrogada con la Ley de reproducción humana asistida o *Assisted Human Reproduction Act, AHR* vigente desde el 2004. Esta norma prohíbe expresamente la gestación subrogada con fines comerciales, por ello la madre subrogada o algún intermediario están prohibidos de recibir pago. Si se infringe la ley AHR las personas pueden ser sancionadas con multas ascendentes hasta la suma de \$ 500.000 dólares canadienses o pena privativa de la libertad hasta por 10 años o ambos, según la *Assited Human Reproduction Act 2004. Justice Law Website*.

Estados Unidos de América mantiene una regulación diversa dependiendo de los legisladores de sus 50 estados miembros. Para algunos estados la prohibición es total y para otros es más permisivo (Global Lawmarking, 2016).

En el estado americano de Florida se regula la gestación subrogada a través de *The 2018 florida Statutes*. Es en la sección 742.15 que se establece previamente al proceso de gestación subrogada la realización de un contrato vinculante y ejecutable de gestación subrogada entre el matrimonio solicitante y la madre sustituta gestacional mayor de 18 años.

Este contrato previo, solo está justificado ante la ley si existe un certificado médico que demuestre con certeza razonable que la cónyuge no puede físicamente por ella misma llevar a término un embarazo. O porque el embarazo pondría en riesgo su propia vida, la del feto o de ambos.

En cuanto a la transferencia de la paternidad, los procedimientos judiciales señalados en la sección 742.16 de la norma antes mencionada, establece que, al tercer día posterior al nacimiento del niño, el matrimonio encargado deberá solicitar al Tribunal competente una afirmación acelerada del estado paterno. Luego el Tribunal fijara una fecha y hora para dar lugar a la audiencia de petición y resolver.

Por un lado, la sustituta gestacional renuncia a cualquier derecho parental sobre el niño y la pareja se obliga a aceptar la custodia del niño. Tanto derechos como obligaciones que se deriven de la filiación inmediatamente después del nacimiento sin importar cualquier problema del mismo.

Por otro lado, cabe la posibilidad que la sustituta gestacional acuerde tomar los derechos y obligaciones parentales respecto al niño nacido en el caso que ninguno de los miembros de la pareja haya aportado su carga genética.

Uruguay, en la ley 19.167 de regulación de las técnicas de reproducción humana asistida permite la gestación subrogada cuando existe una justificación médica de la madre para gestar a su propio hijo. Diagnóstico que es revisado por la Comisión Honoraria de Reproducción

Humana Asistida, quien determinará el cumplimiento de las condiciones establecidas en la ley para la utilización de las TERAS.

Asimismo, en el artículo 25 de dicho cuerpo normativo, regula que la madre sustituta debe ser un familiar de segundo grado de consanguinidad de la madre subrogada o de su pareja.

Sobre la filiación, el artículo 27 de la anterior norma, corresponderá a los solicitantes y quienes hayan pactado la subrogación de la gestación.

En los países que está prohibida la maternidad subrogada tenemos los siguientes:

Alemania desde 1990 a través de su ley de protección del embrión 745/90 del 13 de diciembre de 1990 sanciona con cárcel hasta tres años o multa a quienes: “1) procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2) fecundara artificialmente un óvulo con fines diferentes a los del embarazo en la mujer titular de los óvulos; (...) 7) fecundara artificialmente o transfiera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros a su nacimiento” (Guerra-Palmero, M. 2017, p. 536).

Austria desde 1992 a través de su ley federal sobre reproducción asistida vigente desde el 1 de julio de 1992 ordena que los ovocitos y embriones deben ser implantados en la paciente de quien proceden. De esta manera está prohibida la implantación en mujer distinta de quien procede el embrión (Guerra-Palmero, M. 2017, p. 536).

Italia en el artículo 43 de la ley número 40 del 19 de febrero de 2004 prohíbe el uso de las TERAS, por lo tanto, se entiende que también está prohibida la gestación subrogada.

Así tenemos el caso Paradiso en Italia, donde el matrimonio Paradiso Campanelli recurrió a la gestación subrogada en Rusia (país donde está legalmente permitida la gestación subrogada). Donatina Paradiso viajó a Rusia llevando el líquido seminal de su marido. Luego de la fecundación in vitro con óvulo donado, dos embriones fueron implantados en la madre gestante de nacionalidad rusa. En febrero de 2011 nació un niño en Rusia. Cuando Donatina Paradiso pretendió inscribir el certificado de nacimiento ruso del niño, este fue denegado por el gobierno italiano por lesionar las leyes italianas sobre la adopción y las técnicas de reproducción humana asistida. En agosto de 2011 por mandato del juzgado italiano se realizaron prueba de ADN al Sr. Campanelli y al niño lo que probó que el sr. Campanelli no era el padre biológico del niño. En octubre de 2011 por orden judicial italiana se retiró al niño de la custodia del matrimonio Paradiso. El niño estuvo bajo el cuidado de los servicios sociales italiano. El menor fue puesto en adopción y recibió una nueva identidad y adoptado por otra familia. Pese a todos los esfuerzos e intentos del matrimonio Paradiso de recuperar la custodia del menor las instancias judiciales no cambiaron de parecer. El matrimonio Paradiso recurrió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quienes en primera decisión de Sala del 27 de enero de 2015

resolvieron que se había producido una violación al artículo 8 del Convenio europeo de Derechos humanos. El estado italiano impugnó ante la Segunda instancia representada en la Gran Sala, quienes resolvieron en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en contra del matrimonio Paradiso⁷.

2.4.2 Respuesta de la jurisprudencia y la doctrina

El expediente judicial 183515-2006-00113 trata sobre la impugnación de maternidad de una niña procreada por subrogación materna. Los esposos Carla y Eduardo Mendoza deseaban tener hijos, pero por condiciones preexistentes en la salud de Carla, quedar embarazada ponía en riesgo su vida y la vida del feto. Por lo cual, decidieron empezar un tratamiento de TERA en la modalidad de maternidad subrogada. Jenni, la madre de Carla, fue quien prestó su vientre para la gestación del embrión concebido en un laboratorio con el óvulo de Carla y la esperma de Eduardo. El conflicto ocurrió en la clínica al momento del parto, se colocó en el acta de nacido vivo del menor a Jenni como madre y no a Carla, así como en la partida de nacimiento ante RENIEC.

El décimo Quinto Juzgado de Familia de Lima resuelve declarando fundada la demanda de impugnación de maternidad y declara que la niña es hija de la demandante Carla, la misma que tiene la calidad de madre de la citada niña⁸. Esta decisión judicial tiene por fundamento:

(...) A que sin embargo, ¿Cómo se determina la filiación si las condiciones de madre genética y madre gestante recaigan sobre diferentes personas?, situación fáctica que no está prohibida legalmente, pero tampoco no está expresamente permitido, y a tenor de lo dispuesto en el Artículo 2 inciso 24 letra a) de la Constitución Política del Estado, que regula el Principio de Reserva, en virtud del cual Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe; y por consiguiente considerándose lícita tal conducta, solo nos queda determinar si es amparable la pretensión demandada, considerando que la conducta doña Jenni se ha realizado sin fines de lucro, en forma altruista y por amor a su hija Carla, como lo afirma en su Declaración de Parte de fojas 414. Que, regresando al concepto tradicional, salvo los casos de adopción, *madre solo hay una* la misma que se determina por la *filiación*

⁷ “El quebrantamiento de la relación entre el matrimonio Paradiso y el menor no era directamente proporcional a una conducta imputable a ellos, pero que esta sí fue el resultado de una situación irregular originada por ellos, al cometer una acción antijurídica con relación al Derecho italiano vigente, teniendo en cuenta la falta de relación biológica entre el matrimonio Paradiso y el menor, y sumado además al poco tiempo de convivencia que tuvieron, no se daban los presupuestos necesarios para concluir que existía entre ellos una comunidad familiar en los términos del artículo 8 del CEDH” (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2017, pp. 157-158)

⁸ Expediente judicial N° 183515-2006-00113

biológica, por la identidad sanguínea, por la identidad biológica, que los genes transmiten de padres a hijos, la herencia de los caracteres anatómicos, citológicos y funcionales entre los padres y los hijos; y por lo tanto debe ampararse la pretensión demandada, (...)”

Una vez más, los jueces interpretan el artículo 7 de la Ley General de Salud como una norma que regula el derecho de las personas a utilizar las TERA para enfrentar su infertilidad. Asimismo, este artículo prescribe unas condiciones para la utilización de las TERA. Y estas condiciones son que tanto la posición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma mujer. Además, no prohíbe la utilización de las mismas cuando no se dan esas condiciones. Por lo cual, en cada caso concreto, los Tribunales judiciales son los que deben dar una respuesta.

Del caso presentado, cabe resaltar que no hubo un contrato o convenio entre la madre genética y la madre sustituta sobre un pago o compensación por su vientre. Sino que se realizó de manera altruista, sin fines de lucro. No hubo pago por medio por realizar la gestación de los embriones concebidos por terceros en un laboratorio.

En la CAS. N° 563-2011-Lima. Se revisa un caso de adopción por excepción declarada fundada en primera instancia. Tenemos a Dina y Giovani quienes demandan adopción civil por excepción de una niña concebida en el laboratorio por inseminación artificial con óvulo de Zenaida y esperma de Giovani, gestada en el vientre de Zenaida. A quien se le pagó para mejorar su situación económica para que viajen a Italia con su familia. La decisión de la Corte fue declarar infundado el recurso de casación; en consecuencia, no casaron la sentencia. Algunos de los fundamentos jurídicos que sostienen su decisión son:

(...) habiéndose acreditado con los informes psicológicos y sociales que la menor se encuentra viviendo en una adecuada ambiente familiar recibiendo el amor de madre de la demandante, quien pese a no tener vínculos consanguíneos con la misma le prodiga todo lo necesario para su desarrollo integral, (...) por lo que la carencia moral de los demandantes que alega la recurrente, no es tal justificándose el accionar de los mismos por los imperiosos deseos de ser padres, conducta que no puede ser reprochada la conducta que han demostrado al interior del proceso y fuera de éste con la menor; (...) los demandados han demostrado el poco valor que le dan a la vida y la deplorable manipulación que han intentado hacer con la vida de un ser indefenso que merece toda la protección de sus progenitores y la Ley; debiéndose resaltar además que ha quedado evidenciado el beneficio económico de los demandados con la aceptación de los mismo,

pues en ningún momento han negado haber recibido dinero por parte de los demandados (...)⁹

En este caso, la madre genética y la madre gestante coinciden en la misma persona. Pero los jueces resuelven a favor de una tercera mujer quien le prolija amor y cuidado a la menor niña y que está solicitando su adopción. Es de advertir, que han existido pagos económicos a favor de la gestante para que complete con éxito el alumbramiento de la menor y la inmediata entrega a los padres pre-adoptantes.

El tercer caso está contenido en la sentencia de fecha 21 de febrero de 2017 en el expediente judicial N° 6374-2016-0-1801-JR-CI-05. Es una demanda de amparo contra RENIEC por dos menores concebidos por maternidad subrogada con óvulos donados anónimamente que tienen en su partida de nacimiento como madre y padre a personas distintas a Francisco y Aurora quienes a través de la maternidad subrogada pretenden ser padres. Los jueces constitucionales resuelven declarar fundada la demanda de amparo, anulan las resoluciones registrales y ordenan que RENIEC emita nuevas partidas de nacimiento de los menores y se registre a Francisco y Aurora como sus padres. Algunos de los fundamentos que sostienen esta sentencia son:

(...) Entretanto que no exista una clara y expresa prohibición de celebrar contratos acuerdos de maternidad subrogada o de aplicar TERAS a supuestos distintos a los previstos en el artículo 7 de la Ley General de la Salud, se entiende que se trata del ejercicio legítimo de los derechos a la salud reproductiva y otros vinculados. Esta interpretación, además encuentra respaldo en el criterio de la Corte Suprema de Justicia (Casación N 563-2011-Lima) en donde una sociedad conyugal discutía la adopción de una menor de edad, concebida con la carga genética del esposo demandante, donde la esposa no aportó carga genética, ni gestó al menor. Una situación similar a la actual. En ese caso, la Corte Suprema no puso en duda la validez del acuerdo de maternidad subrogada, sino que además exigió su cumplimiento. Por tanto, para este Juzgado no quedan dudas que, al tratarse de un supuesto no regulado, ni menos prohibido, en el sistema jurídico peruano, es perfectamente válido. (...) **DECIMO: El derecho a fundar una familia como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad:** (...) Con este escenario aclarado, este Juzgado puede evaluar que el recurso a las TERAS también constituye un mecanismo que coadyuve al ejercicio del derecho a la formación de una familia, es decir, si bien las TERAS no están prohibidas,

⁹ CAS. N° 563-2011-Lima considerando duodécimo.

su empleo solo es posible cuando tuvieran como destino la formación de una familia, pues lo contrario sería abrir una peligrosa puerta a la reproducción de seres humanos para múltiples propósitos, lo que implicaría hacer del hombre un instrumento al servicio de fines ajenos a su propia humanidad, asunto proscrito por el artículo 1 de la Constitución Política que consagra a la dignidad humana como fin supremo de la sociedad y el Estado”.

El profesor Varsi manifiesta que la filiación en la maternidad subrogada debe estar sustentada en cuatro pilares: 1) el principio de veracidad (*favor veritatis*), 2) el principio de igualdad, 3) el principio de protección del interés del hijo (*fili*) y 4) la voluntariedad.

En cambio, para la profesora Morán junto con otros autores como Soto La Madrid y Coviello defienden que el elemento biológico no puede ser excluido de la filiación. Su posición no desconoce el papel trascendental de la voluntad en la constitución o modificación de la filiación, sino que la enmarca en su debida función (Morán, 2005, p. 89).

Por su parte, la doctrina no ha tomado una postura unánime. Para algunos juristas el elemento de la voluntariedad es una consecuencia del principio de la responsabilidad por actos propios. Para otros, esta voluntariedad se relaciona con la voluntad de procrear. Y para un tercer grupo de juristas esta voluntariedad está relacionada con la voluntad de asumir la filiación. Y otros relacionan la voluntariedad con la exigencia de solidaridad (Morán, 2005, p. 81).

En los tribunales peruanos han tomado una posición a favor del elemento de la voluntariedad para determinar la filiación en la maternidad subrogada. Como se nota en la Casación N 563-2011 Lima de la Corte Suprema de Justicia de la República en el considerando tercero:

(...) se señala que la madre biológica en total acuerdo con su conviviente, procreó a la niña, aceptando ser inseminada artificialmente por persona distinta a su pareja por el vínculo que existía y con la intención de mejorar su situación para viajar a Italia con su familia, lo que dista de la lógica de una maternidad responsable respecto del hijo que iba a engendrar, lo que revela en los demandados su intencionalidad en la concepción de un ser humano con fines distintos a la maternidad o paternidad, razón por la cual el Colegiado se aparta del previsión legal contenida en el artículo 378 inciso 5) del Código Civil referente al asentimiento de los padres para la adopción, privilegiándose el derecho fundamental de la niña a permanecer con la familia que le ha brindado protección, atención y cariño frente al derecho de la patria potestad de un padre y una madre que desde su concepción y posterior nacimiento actuaron desvalorizando la condición humana de la niña (Casación 563-2011, p. 5).

De este apartado, se puede advertir que los casos peruanos judicializados que versan sobre temas relacionados con las TERAS son resueltos haciendo un control posterior al nacimiento del niño. Es decir, los jueces se pronuncian sobre la legitimidad de la filiación a favor de los padres progenitores o de los padres intencionales. Además, se advierte que se le otorga a la madre gestante la posibilidad de dirigir el curso del proceso en aplicación de la regla tradicional sobre el establecimiento de la maternidad “*mater Semper certa est*”.

2.4.3 Postura personal

Como se ha señalado en esta tesis, actualmente no existe norma legal que taxativamente prohíba el uso de las TERAS, ni que sancione a las personas que realicen estas técnicas reproductivas. Pero es de señalar que esta nueva forma de maternidad y paternidad no encaja con exactitud en nuestro marco constitucional.

Se podría señalar que el silencio del legislador sobre este asunto, es una manifiesta muestra de desinterés y nulo compromiso con los derechos fundamentales y los principios constitucionales que deberían ser valorados en un solo conjunto indivisible. Los mismos que deben ser considerados en todas las prácticas del hombre e inclusive en el avance tecnológico en la medicina reproductiva.

En efecto, en la gestación por subrogación se enfrentan derechos que deben ser revisados desde una perspectiva civil y constitucional. Así, se debe considerar cuestiones como derechos de libertad la disponibilidad del cuerpo humano, los derechos reproductivos, los derechos de los niños y niñas a su identidad y otros derechos conexos.

Si revisamos el aspecto humano de la procreación asistida, se encontrarán derechos relacionados con esta práctica. En la maternidad subrogada se involucran cuestiones derivadas de los derechos de las mujeres gestantes, de los derechos de los solicitantes y los derechos autónomos de los niños y niñas nacidas con esta práctica.

En los derechos de las mujeres gestantes, se puede ubicar el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el principio de indisponibilidad del cuerpo humano. En el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú se establece el derecho de cualquier persona a su libre desarrollo, el derecho genérico de libertad o también llamado derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. El Tribunal Constitucional ha determinado sobre este derecho:

El reconocimiento constitucional de una cláusula general de libertad, por vía de la cual la libertad natural del ser humano (...) se justifica, impidiendo a los poderes públicos limitar la autonomía moral de acción y de elección de la persona humana, incluso en los aspectos de la vida cotidiana que la mayoría de la sociedad pudiera considerar banales, a menos que exista un valor constitucional que fundamente dicho límite, y cuya

protección se persiga a través de medios constitucionalmente razonables y proporcionales¹⁰.

En ese sentido, la libertad general de acción es la libertad para hacer y no hacer lo que se quiera, siempre y cuando no haya restricciones en el ejercicio de la actividad que se quiera realizar. Así entendemos que si una actividad no está prohibida por una norma jurídica formal y materialmente constitucional entonces dicha actividad puede ser realizada. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha precisado que:

El contenido o ámbito de protección del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad comprende la ‘libertad de actuación humana en el sentido más amplio’, la ‘libertad de actuación en sentido completo’. Se trata, entonces, de un ‘derecho autónomo que garantiza la libertad general de actuación del hombre’ y que no se confunde con la libertad de la actuación humana para determinados ámbitos de la vida que la Constitución ha garantizado a través de específicos derechos fundamentales, tal como sería el caso de las libertades de expresión, trabajo, asociación, etc¹¹.

Este derecho al libre desarrollo garantiza la libertad general del hombre para actuar según los dictados de su propia conciencia. Esta libertad se debe entender en el sentido más amplio y al mismo tiempo el más completo. Es la garantía constitucional de la libre elección del hombre en sus actuaciones individuales, desde las más básicas hasta las más trascendentales siempre y cuando no lesionen derechos de terceros.

Para el caso de la maternidad subrogada, Bartolomé señala que este derecho al libre desarrollo permite al titular la facultad de escoger sobre la disponibilidad de su propio cuerpo, donde son las mujeres gestantes las que disponen de su cuerpo y de su capacidad física de gestar a un nuevo ser humano (Bartolomé, 2017, p.4). Dicha disponibilidad de su propio cuerpo plantea cuestiones con la dignidad humana, la misma que señala que el hombre es de un valor en sí mismo y por ello no puede ser instrumentalizado.

La disponibilidad del cuerpo humano en la maternidad subrogada es una cuestión de amplio debate. Mientras gran parte de feministas manifiestan:

(...) estar a favor de la maternidad por sustitución porque en ella percibe un elemento liberador al refutar la cultura patriarcal: la madre subrogada engendra fuera del vínculo conyugal, rompe la conexión entre maternidad biológica y maternidad social y permite participar a las mujeres en la economía de mercado por medio del embarazo como un

¹⁰ STC Exp. 00032-2010-AI/TC, fundamento jurídico 23

¹¹ STC Exp. 0007-2006-PI/TC, fundamento jurídico 48

trabajo remunerado. Oponerse a ella es negar a las mujeres su autonomía y mantenerlas en una visión tradicional de la maternidad como un acto altruista y desinteresado (...) ¹².

Para otro sector la comercialización del cuerpo de la mujer gestante a través de un contrato o convenio de alquiler constituye una afectación a la dignidad humana y la instrumentalización del ser humano. Asimismo, no solo el cuerpo de la mujer gestante se estaría instrumentalizando en la maternidad subrogada, sino que también su capacidad gestadora. Ya hace varias décadas atrás la tratadista Rosa Ramírez señalaba que “la capacidad generativa es indisponible, intransferible y personalísima” (Ramírez, 1987, p. 6564).

La indisponibilidad del cuerpo de las mujeres gestantes en la maternidad subrogada, es rechazada por las posturas extremas feministas que proclaman la libertad femenina en la disponibilidad de su cuerpo. En nuestro país no existe una regulación que ordene estas nuevas formas de generar ingresos económicos a las mujeres a costa de su propia libertad que tanto reclaman ¹³. Además, no solo es la mujer quien renta su útero la única quien dispone de su cuerpo, sino que también quienes aportan gametos (óvulo y esperma) comercializan parte de su cuerpo como objetos.

El producto de estos contratos de maternidad subrogada no son las partes del cuerpo, sino la concepción y alumbramiento de un niño. Por lo cual los hijos nacidos a través de la maternidad subrogada pueden ser considerados como el objeto del contrato.

Quizá, no todos están listos para advertir que, dentro de la ilusión de algunas parejas infértiles de ser padres, se esconde un fenómeno dañino para la esencia misma del ser humano. Éste fenómeno está convirtiendo a los sujetos de derecho en objetos. Se están vendiendo partes del cuerpo, se está pagando por partes del cuerpo y se están negociando hijos.

La misma maternidad está siendo distorsionada en su esencia natural, convirtiéndose en una fábrica de hijos y lugar indiscriminado de disponibilidad de partes del cuerpo de una mujer.

¹² Juan Cruz Parceró, *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*. México D.F: Corte Suprema de Justicia de la Nación Fontamara, 2010, p. 174

¹³ “Se inaugura una nueva clase de servidumbre humana: la de las mujeres con la suficiente capacidad física para llevar adelante embarazos y partos y la suficiente necesidad económica para negociar sus vientres, o la suficiente estupidez para creer que el paso del niño por sus cuerpos es algo perfectamente controlable y neutro, al igual que una tintura en los cabellos, sin provocar ninguna reacción psicológica, afectiva o traumática inesperada. (Tal el caso de “Baby M.”). Son tratadas como incubadoras humanas. Actualmente, el derecho ofrece escasas pautas que permitan guiarnos en relación con los reclamos hechos por la que concibe y gesta el niño. Y también se inaugura una nueva clase de explotadores: a) la de aquellos que para satisfacer sus deseos de paternidad, no vacilan en utilizar un vientre ajeno a cambio de unos pesos para tener un hijo, sin tomar en cuenta, que ese vientre pertenece a una mujer (que no funciona por separado del resto de su integridad física, espiritual y moral), que además de su dignidad de persona, tiene sentimientos, que se alteran durante el embarazo por los naturales cambios que la maternidad ocasiona en la condición femenina, y b) la de los infaltables gestores o intermediarios que verán un fructífero negocio, aún menos riesgoso que la compra-venta de bebés nacidos” (Matozzo 1999, p.63)

Ya desde los años 1983 sectores profesionales en Reino Unido se opusieron a la práctica de estos métodos que traía consecuencias psicológicas negativas en las mujeres gestantes y en los niños (Andorno, 1998, p.142).

La libertad como facultad humana, no está dada al hombre para su propia destrucción a su voluntad, ni tampoco para ofrecerse como medio de pago o satisfacción de los deseos o los derechos de otros. Como sucede en los casos de la gestación subrogada ya sea que las partes intervinientes acepten o no dinero a cambio de donar gametos, gestar un embrión, alumbrar un niño y entregarlo a otros. Cualquiera sea la posición que se ocupe en la gestación subrogada implica la utilización de otro ser humano. La libertad en la gestación subrogada está siendo mal interpretado y mal aplicado llevando a que mujeres y hombre infértiles utilicen otros humanos como medios para el logro de sus satisfacciones personales ahora convertidas en derechos.

En la maternidad subrogada, la vida de un nuevo ser humano viene siendo manipulada desde antes de su concepción. Se le ha violado su libertad, su privacidad y su naturalidad. En algunos casos se ha llegado a la manipulación embrionaria asignándole condiciones de calidad y desechando los embriones defectuosos. Los niños nacidos por maternidad subrogada han sido manipulados desde sus orígenes para satisfacer la voluntad de quienes pretenden ser sus padres, y esto lo han logrado con ayuda de la ciencia.

La carencia de ley sobre la maternidad subrogada, permite que más niños sean manipulados desde antes de su concepción para satisfacer la voluntad de otros individuos que reclaman ser sus padres. El Estado no hace nada por proteger, defender y garantizar los derechos de todos los hombres y mujeres desde su concepción como se recoge en nuestra constitución, permitiendo que este fenómeno de la maternidad subrogada niegue lo derechos de los niños y niñas procreados ayudados de la ciencia. Esta inactividad del Estado mantiene la arcaica idea que los hijos son de propiedad de los padres, por lo cual solo son los progenitores quienes pueden ejercer derecho sobre ellos. Y en base a ello, nació la nueva idea del derecho al hijo.

Por ello, el derecho al hijo realmente no es un derecho en sí. Ha sido creado con el objetivo de plasmar una necesidad en las parejas infértiles que justifiquen la utilización de las TERAS. Una vez más el fenómeno de la reproducción asistida muestra su visión utilitarista del ser humano. Parte de la doctrina apoya y defiende la utilización de las TERAS, señalando que su necesidad no está originada en las mismas técnicas, sino que nace de la naturaleza humana. De la misma necesidad del hombre de perpetuarse en el tiempo a través de los hijos, así como de la necesidad natural de perpetuar la especie humana. Y es el Estado quien garantiza el ejercicio de los derechos del hombre incluyendo el derecho a la reproducción y al uso de las TERAS que ayudan al ejercicio de dicho derecho.

El derecho a la reproducción no es un derecho absoluto, ni tampoco permite la justificación de la instrumentalización de otros seres humanos para su ejercicio. Considerarlo así violaría su propia naturaleza y el objeto por el cual ha sido reconocido como derecho. Los derechos son bienes que ayudan al hombre en la satisfacción de sus necesidades que permiten su desarrollo y salvaguardan su dignidad. La libertad reproductiva, como se vio en el primer capítulo de esta tesis está reconocida en nuestro ordenamiento; y como cualquier otro derecho debe ser ejercida sin violentar los derechos de los demás.

Es cierto que esta capacidad de procreación que tiene el ser humano puede verse limitada físicamente por la infertilidad. Y es ahí donde se requiere la intervención de la ciencia, especialistas, mujeres de subrogación gestacional, donantes de gametos y el uso de las técnicas de reproducción asistida en general. Por lo cual, la voluntad de reproducirse de manera asistida no solo implica la libertad y el derecho de los solicitantes, sino que al intervenir terceros la propia libertad de estos también está comprometida. Y en especial y con mayor énfasis, están comprometidos los derechos y libertades de un nuevo ser que está siendo procreado.

Ahora bien, qué tanto se podría señalar que la infertilidad es un asunto de salud pública que requiera la atención del Estado y su plena satisfacción. Es el derecho a tener hijos una cuestión de salud pública, “encuadrar el derecho a procrear dentro del derecho a la salud resulta cuestionable, ya que ni la esterilidad ni la falta de hijos afectan la integridad psicosomática o la salud de la persona, ni la fecundación artificial constituye una terapia en sentido estricto” (Cano, 2013, p. 2). Si se llegase a justificar que el derecho a la salud reproductiva debe estar incluida en el derecho a la salud y por lo tanto el estado como garante de este derecho debe proporcionar los medios para el acceso de las personas infértiles a los tratamientos necesarios para que ejerzan sus derechos procreativos, se estaría legalizando la comercialización de personas disfrazado en el derecho a tener un hijo.

Sin embargo, se reconoce que el derecho internacional no prevé un “derecho a tener un hijo”. Un hijo no es un bien o un servicio que el Estado pueda garantizar o suministrar, sino un ser humano titular de derechos. De ahí que ofrecer un derecho a tener un hijo suponga una denegación fundamental de los derechos humanos del niño en condiciones de igualdad. Debe resistirse con firmeza el enfoque basado en el “derecho a tener un hijo”, pues se opone a la premisa fundamental de que los niños son personas con

derechos humanos¹⁴ (Asamblea General de Naciones Unidas, 37 periodo de sesiones 26 de febrero a 23 de marzo de 2018).

Entonces el derecho a la reproducción no puede entenderse únicamente a la libertad en la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida. Más bien, se debe entender que cada persona cuenta con condiciones naturales diferentes para la reproducción. Por ello el derecho a la reproducción hace referencia a la capacidad natural y física que tiene un sujeto para procrear un hijo con sus propios gametos y por medio de la realización del acto sexual.

Se reclama el derecho a la procreación del propio hijo y al mismo tiempo se exige que otras personas ajenas puedan participar de la procreación. Es el derecho a la reproducción el derecho a procrear a tu propio hijo con tus propios gametos y en tu propio cuerpo (en el caso de las madres), no consiste en tener un derecho a procrear haciendo uso de las TERAS (Morán, 2005, p. 169)

Los niños concebidos por las técnicas de reproducción asistida no tienen eximido el derecho a la identidad¹⁵. Es de justicia y paz social que cada hombre y mujer conozcan sus orígenes y puedan determinar con claridad a su madre y a su padre. Estos niños que tienen material genético distinto a la mujer que los parió, y los gestó en su vientre por nueve meses y los protegió y alimentó con su propio cuerpo, han formado vínculos físicos y psíquicos que jamás podrán ser reemplazados por otra mujer.

El Estado no puede ignorar estos vínculos físicos y psíquicos entre el niño y la mujer que le aportó parte de su carga genética, de los vínculos entre el niño y la mujer que lo gestó. Son vínculos que son parte de la identidad del niño, de sus orígenes y de la justificación de los lazos familiares y el sentido de pertenencia a un grupo. Todos estos vínculos ayudan al niño en su desarrollo y crecimiento en una persona estable y segura.

El artículo 6 del Código de Niños y Adolescentes señala sobre el derecho al nombre, identidad y nacionalidad:

El niño y adolescente tienen derecho a un nombre, a la nacionalidad peruana, a conocer a sus padres y a ser cuidado por éstos. Será registrado por su madre o responsable

¹⁴ Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños. Asamblea General de Naciones Unidas, 37º período de sesiones 26 de febrero a 23 de marzo de 2018 Tema 3 de la agenda Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo.

¹⁵ “El derecho a la identidad mediante la determinación genética puede ser vital para preservar la salud del niño o niña. Es un derecho que se desprende del principio de dignidad de las personas y del cual depende el libre desarrollo de la personalidad. En la actualidad, el derecho a la identidad del niño o niña se concreta con el derecho a la verdad biológica mediante la prueba genética (ADN), por medio de la cual es posible establecer la filiación cierta. Anteriormente, la paternidad se establecía mediante presunciones, lo que daba como resultado una verdad formal que podía no ser coincidente con la verdad material. (González, 2011, p. 1)

inmediatamente después de su nacimiento en el registro civil correspondiente. De no hacerlo en el plazo de treinta días, se procederá a la inscripción conforme a lo prescrito en el Título VI de la Ley del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. El Estado garantiza este derecho mediante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.

Y de esta manera se conserva la procedencia familiar y la sucesión de tradiciones familiares, cultura y lengua. Con la maternidad subrogada se rompe la unidad tradicionalmente concretada sobre la identidad de los niños y su sentido de pertenencia a un grupo familiar. Es así que con la maternidad subrogada no solo se lesiona el derecho de identidad de los niños sino también su derecho a conocer a sus padres y ser registrado para tener una identificación.

Los niños nacidos por maternidad subrogada, no pueden identificar su relación filial con sus progenitores ni ser inscritos en RENIEC por sus padres. Se viola su derecho a saber quién es su madre y quién es su padre, su derecho a la identificación con un nombre que lleve el apellido de su padre y su madre. Aunque no se quiera reconocer, estos hechos traen consecuencias funestas en la vida de los niños nacidos por maternidad subrogada.

Rechazar a acceder a ese conocimiento, pero por decisión propia o por imposición de una sociedad que ha osado “fabricarlo y armarlo” cual rompecabezas. Todos estos atentados que produce la ciencia, influirán, sin dudas, en el desarrollo psico-emocional de la personalidad y en el derecho a conocer la propia identidad del niño nacido por esta manipulación antinatural. La libertad de este ser ha sido avasallada desde el comienzo de su vida, “mediante la utilización de técnicas que devienen en “un modelo para armar”: padres biológicos (que incluso pueden ser anónimos), madre portadora (con quien el nasciturus ha tenido una relación físico-psicológico) y padres del deseo” (Cano, 2013, p.5).

El conocimiento de la carga genética ayuda en el cuidado de la salud de las personas. Ayuda a comprender y a buscar soluciones médicas a enfermedades. No se les puede negar esta información a los niños nacidos por maternidad subrogada porque se estaría violentando no solo sus derechos, sino que también su salud y la posibilidad de acceder a trasplantes o donaciones de células con carga genética compatibles con ellos por ser familiares.

Bajo estas consideraciones, cabe señalar que el fenómeno de la maternidad subrogada y la utilización de las TERAS como medicina de la infertilidad, si bien satisface la voluntad de algunas personas de tener hijos trae las consecuencias negativas y violentas en los derechos de todas las personas que participan en el proceso. Sin importar si se realizan o no con fines lucrativos el efecto es el mismo en el derecho de las personas que intervienen y sobre todo en los derechos del niño por nacer. Por ello su regulación parcial en el artículo 7 de la Ley General

de Salud es inconstitucional, porque lesiona la dignidad del hombre y lo instrumentaliza como objeto para la satisfacción de la voluntad de otro. Si bien hay un vacío legal, existen normas constitucionales, derechos y cuestiones constitucionales que validan su no aplicación por ser lesivas a los derechos de las personas.

Asimismo, los acuerdos de gestación subrogada no se ajustarían a ley según lo regulado en el artículo 140 del Código Civil, pues las partes libremente manifiestan su voluntad de participar de la gestación subrogada, siendo que el objeto y la causa de dicho pacto no se ajustan a derecho. Y, por otro lado, la celebración y ejecución de este contrato lesiona normas, principios de orden público y las buenas costumbres. Por lo que, los contratos de gestación subrogada en nuestro ordenamiento jurídico serían nulos de pleno de derecho (Delgado, S. 2019, 91). Deberían, además, establecerse sanciones administrativas y penales para las personas que participan en este proceso (contratantes, médicos, centros de salud).



Conclusiones

Primera. Las técnicas de reproducción humana asistida son denominadas comúnmente como TERAS (técnicas de reproducción asistida). Han sido definidas como: todos los tratamientos o procedimientos médicos para el establecimiento de un embarazo, abarcando los procedimientos que incluyen manipulación de ovocitos y espermatozoides o de embriones humanos. Entonces las TERAS tienen por finalidad lograr la fecundación de un óvulo con el espermatozoide y la implantación de este embrión en el útero de la mujer (cualquiera) para su desarrollo hasta su nacimiento.

Segunda. Las técnicas de reproducción si bien son procedimientos médicos, no son utilizadas exclusivamente por las personas que padecen de infertilidad. Cualquier persona podría participar en las TERAS ya sea como donante o como contratante de las mismas.

Tercera. La maternidad subrogada es comúnmente identificada con el término vientre en alquiler. La maternidad subrogada presenta variaciones dependiendo del aporte del material genético. En los procesos de maternidad subrogada intervienen más sujetos que los que intervendrían en una procreación natural. Por ello, se puede predecir el incremento de conflictos que podría generar que uno de estos sujetos decida no cumplir con lo que previamente se comprometió.

Cuarta. El derecho de autodeterminación reproductiva es un derecho implícito al derecho al libre desarrollo de la personalidad y la salud. No son derechos absolutos porque al desprenderse del reconocimiento de la dignidad humana y del derecho general de la libertad, estos se vuelven intrínsecamente sus límites. Además, la autodeterminación reproductiva abarca tres decisiones: 1) el momento adecuado u oportuno de la reproducción; 2) la persona con quién procrear y reproducirse; y, 3) la forma o método anticonceptivo para lograrlo o para impedirlo.

Quinta. La evolución presionada del derecho de la salud hasta el pseudo derecho al hijo, como justificación del uso de las TERAS en la sociedad, es dañino. Todas las personas merecen protección incluyendo: a los embriones, a las madres portadoras y hasta las personas infértiles. Si bien, cada persona tiene derecho a auto determinarse sexualmente. No podrán ejecutar dichas decisiones, si en su cumplimiento lesionan los derechos de otras personas.

Sexta. Si bien las personas tienen la libertad de procrear no se puede lograr sin tener en cuenta los derechos del hijo. Y teniendo en cuenta que en la maternidad subrogada intervienen varias personas el Estado está obligado a tutelar la dignidad y los derechos de cada uno de ellos. Ninguno de los intervinientes en la maternidad subrogada puede quedar sometida a otra para que esta haga efectivo su derecho a procrear.

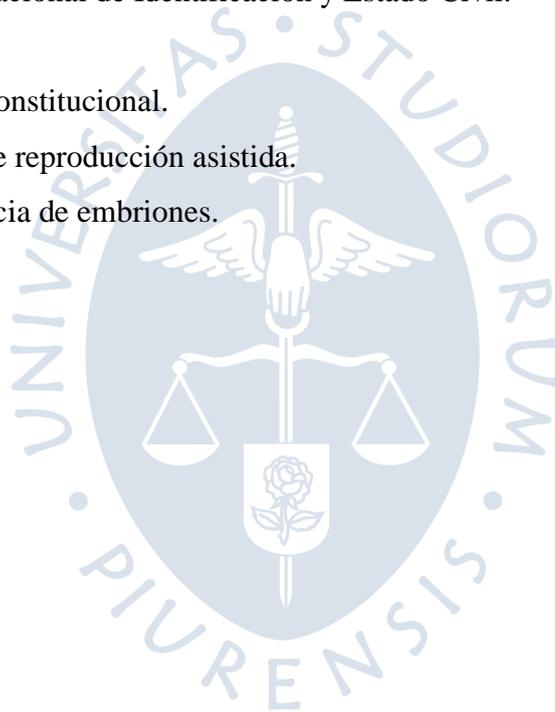
Séptima. La determinación de la maternidad en la gestación subrogada actualmente presenta dos posiciones: la primera que privilegia el criterio biológico de la mujer que alumbró al hijo sobre las otras intenciones o participaciones de las mujeres en el proceso de maternidad subrogada. La segunda posición privilegia el criterio volitivo de la mujer que, incluso sin participar biológica o genéticamente del proceso de procreación, quiere ser reconocida como madre del hijo que otra alumbró.

Octava. La práctica de la maternidad subrogada involucra cuestiones derivadas de los derechos de las mujeres gestantes, de los derechos de los solicitantes y los derechos autónomos de los niños y niñas nacidas. Por ello, su ejercicio violenta derechos de terceros sin importar si se hacen o no con fines lucrativos. A la luz de la defensa de dichos derechos se debería prohibir su práctica.



Lista de abreviaturas

art. o arts.	artículo o artículos.
AOE	Píldora del Día Siguiente
CC	Código Civil.
CNA	Código de los niños y adolescentes.
FIV	Fecundación <i>in vitro</i> .
IA	Inseminación Artificial.
LGS	Ley general de salud.
OMS	Organización Mundial de la Salud.
p. o pp.	página o páginas.
RENIEC	Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.
STC	Sentencia.
TC	Tribunal Constitucional.
TERAS	Técnicas de reproducción asistida.
TE	Transferencia de embriones.



Lista de referencias

- AGUILAR, B. (2017) Ausencia de normas sobre maternidad asistida generan problemas. Urge normatividad. Tomo 36. Actualidad civil. Lima. pp. 89-94.
- AMADO, E. (2017) Un vistazo a la maternidad subrogada en el Perú. A propósito del Exp. N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05. Gaceta Civil. Tomo 48. Lima. pp. 100-103.
- ANDORNO, R. (1998) Bioética y dignidad de la persona. Madrid: Tecnos.
- BARTOLOMÉ, A. (13/11/2017) Los derechos de la personalidad de la mujer gestante ante una gestación subrogada. El derecho a la integridad física y psíquica y el derecho a la protección de datos de carácter personal y habeas data, Revista Iberoamericana de Bioética, núm. 06, Consultado el 20 julio 2021. <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:BiUfLF5RGP8J:https://revistas.upcomillas.es/index.php/bioetica-revista-iberoamericana/article/download/8113/7996+&cd=1&hl=es419&ct=clnk&gl=ec&client=firefox-b-d>
- BARUDY, J., & DANTAGNAN, M. (2010). Los desafíos invisibles de ser madre o padre. Manual de evaluación de las competencias y la resiliencia parental. Barcelona: Gedisa.
- BRENA, I. (2013) La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs Costa Rica; nuevas esperanzas para la libertad reproductiva en Latinoamérica. Revista de Derecho y Genoma Humano. Núm. 38. España. Pp. 795-803.
- BRENA, I. (2014) Maternidad subrogada ¿Autonomía o sumisión? Revista de Derecho y Genoma Humano. Núm.40. España. pp. 135-157.
- CACERES, M. (julio, 2019) Maternidad SUBROGADA: Regulación en algunos países donde está permitida. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile /BCN, consultado el 25 de mayo de 2021 https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27524/2/BCN_Maternidad_subrogada__algunos_paises_donde_esta_permitida.pdf
- CANO, M. (2013) Breve aproximación en Torno a la Problemática de la Maternidad Subrogada, Buenos Aires: Revista Persona. Consultado el 15 octubre de 2021 <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>
- CÁRDENAS, R. (2017) Una discutible sentencia. A propósito del fallo emitido por un juez admitiendo los contratos de alquiler de vientre. Gaceta Civil. Tomo 48. Lima. pp. 13-36.
- CORRAL, H. (1992) Admisibilidad Jurídica de las Técnicas de procreación artificial. Revista Chilena de Derecho, 19(03), pp. 439-460. Chile. pp. 439-459.

- CRUZ, J. (2010) Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres. Colección Genero, Derecho y Justicia. México D.F: Corte Suprema de Justicia de la Nación Fontamara.
- DELGADO, A. (2004) La Maternidad Subrogada: un Derecho a la Reproducción Humana a la luz del Derecho Mexicano, Tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho. Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, División de Estudios de Posgrado e Investigación, Programa de Posgrado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México. p. 806.
- DELGADO, S. (2019) Análisis de la maternidad subrogada desde el Derecho Civil y Derecho Constitucional, Tesis para obtener el grado de Abogado. Universidad de Piura, Perú. Disponible en https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/4247/DER_156.pdf?sequence=1&isAllowed=y Consultado el 13 de septiembre de 2021.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2001). Vigésima segunda edición.
- DOMINGO, M. (2002) Las técnicas procreativas y el derecho de familia. Incidencia de la reproducción asistida en el matrimonio canónico. Primera Edición. España.
- GONZÁLES, M. (2015) Madres de alquiler y técnicas de reproducción asistida. Análisis jurisprudencial en el Perú. Gaceta Jurídica. Tomo 23. Primera edición. Lima. pp. 159-172.
- GONZÁLES, M. (2013) La verdad biológica en la determinación de la filiación, Madrid, Editorial DYKINSON.
- GONZÁLEZ, M. (2011) Reflexiones sobre el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, consultada el 07 de mayo de 2021, p. 115, <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v44n130/v44n130a4.pdf>
- GUERRA-PALMERO, M. (2017). Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal. Gac Sanit. 2017; 31(6): 535-538. Consultado el 14 de febrero de 2021 Disponible en <https://scielo.isciii.es/pdf/gc/v31n6/0213-9111-gs-31-06-00535.pdf>
- HERRERA, M. (2017). ¿Existe un derecho al hijo? El lugar y los límites de las técnicas de reproducción humana asistida. Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid, (35). p. 30 Consultado el 30 de mayo de 2021, <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/8900>
- HINOSTROZA, A. (1997) Derecho de Familia. Editora Fecal, Lima.

- HURTADO, X. (1999) El derecho a la vida ¿y la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos. Editorial Porrúa, México.
- LOPEZ, J. Y APARISI, A. (2012) Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada. Universidad de Navarra, España. p. 257, consultado el 20 de enero de 2021 <http://www.aebioetica.org/revista/2012/23/78/253.pdf>
- MINISTERIO DE SALUD ARGENTINA (2015) La figura de la gestación por sustitución en la jurisprudencia nacional. p. 1, consultado el 12 de febrero de 2021 Disponible en <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/la-figura-de-la-gestacion-por-sustitucion-en-la-jurisprudencia-nacional>
- MORÁN DE VICENZI, C. (2005) “El Concepto de filiación en la fecundación artificial”, Universidad de Piura y Ara Editores, Colección Jurídica, Perú.
- MORÁN, C. y GONZÁLES, M. (2014) Los acuerdos de maternidad subrogada en el Perú. A propósitos del primer caso de maternidad subrogada resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 563-2011-LIMA. Consultado el 14 de mayo de 2021 Disponible en <http://udep.edu.pe/derecho/files/2015/03/Los-acuerdos-de-maternidad-subrogada-en-el-Perú.pdf>
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2009) 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). Ginebra: OMS.
- PLACIDO A. (2002) Manual de Derecho de Familia. 2ª ed. Gaceta Jurídica. Lima, Perú.
- PLACIDO, A. (2014) Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes. Ed. Pacifico. Lima, Perú.
- RIVIERO, F. (1971) La presunción de paternidad legítima. Ed. Tecnos. Madrid, España.
- RODRÍGUEZ, D. (2005) Nuevas técnicas de reproducción humana: el útero como objeto del contrato. En: Revista de Derecho Privado. Año IV, N° 11, Universidad Autónoma de México, mayo- agosto de 2005. pp. 97-127.
- SIVERINO, P. (2011) To be or not to be. Reflexiones en torno al consentimiento informado en personas con autonomía reducida en la jurisprudencia peruana, Revista Cortina de Humo, o, Año 8, Nro.4, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa, Centro de Artes Gráficas, Arequipa, Perú. Pp. 304-308.
- STEIMBERG, B. (2013) ¿Están obligadas las obras sociales a cubrir los tratamientos de reproducción asistida? Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia.

- TOMÁS Y GARRIDO, G. (2011) Cuestiones actuales de bioética. Segunda edición. Universidad de Navarra. España. pp. 7-86.
- TORRES, M. (2017) El carácter relativo de la presunción mater Semper certa est en los supuestos de maternidad subrogada. A propósito de una reciente sentencia. Gaceta civil. Tomo 48.
- URRIES, A. (2021) El derecho a tener un hijo. Blog quironsalud. p. 1, consultado el 14 de mayo de 2021 <https://www.quironsalud.es/blogs/es/futuro-reproduccion-humana/derecho-tener-hijo>
- VARSÍ, E. (2001) Derecho Genético. Lima: Grijley.
- VARSÍ, E. (2013) Derecho Genético: Principios Generales. Quinta Edición. Lima: Grijley.
- VARSÍ, E. (2014) Tratado de Derechos de Personas. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica.
- VEGA, A. (03/07/1996) El derecho a un hijo. p.1 Consultada el 15 de enero del 2021 <http://www.aceprensa.com/articles/el-derecho-a-un-hijo/>.
- VILLANUEVA, S. (2015). La incorporación del consentimiento del hijo en el reconocimiento de su filiación extramatrimonial como mecanismo de protección de su derecho al nombre. p.25, consultado el 12 de mayo de 2021, <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/5869>

