

**UNIVERSIDAD RICARDO PALMA**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**



**TÍTULO:**

**“EL TRATAMIENTO LEGISLATIVO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL  
PERÚ”**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO**

**PRESENTADO POR:**

**JULIO CÉSAR MAGÁN JAÉN**

**ASESORA:**

**CARMEN ROCÍO ARÉVALO MARTOS**

**LIMA – PERÚ**

**2021**

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	4
CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y ASPECTOS METODOLÓGICOS .....	8
1.1 Planteamiento del problema .....	8
1.2 Descripción del problema.....	16
1.2.1 Problema General:.....	16
1.2.2 Problema Específico:.....	16
1.3 Importancia del estudio .....	16
1.4 Metodología .....	18
1.5 Justificación del estudio .....	18
1.6 Objetivos .....	20
1.6.1 Objetivo General:.....	20
1.6.2 Objetivo específico:.....	21
1.7 Hipótesis .....	21
1.7.1 Hipótesis general: .....	21
1.7.2 Hipótesis específica: .....	21
1.8 Viabilidad y Limitaciones de la investigación .....	21
1.8.1 Viabilidad: .....	21
1.8.2 Limitaciones:.....	22
CAPITULO II: MARCO TEORICO.....	23
LA RELACIÓN ENTRE LA INFERTILIDAD, LAS TECNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA MATERNIDAD SUBROGADA .....	23
2.1 La infertilidad.....	23
2.2 Las técnicas de reproducción asistida .....	30
2.2.1 Desarrollo histórico .....	32
2.2.2 Clasificación.....	35
2.3 La maternidad subrogada .....	39
2.3.1 La variante contractual de la maternidad subrogada .....	44
2.3.2 La polémica de los acuerdos de maternidad subrogada.....	48
LA CONTRADICCIÓN DEL AMBITO REGULATORIO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERÚ .....	50
2.4. El artículo 7 de la ley general de salud .....	51

2.5. La jurisprudencia del poder judicial .....	57
2.6. La jurisprudencia del tribunal constitucional.....	65
2.7. La incertidumbre jurídica generada por la contradicción.....	70
CAPITULO III: DEMOSTRACIÓN DE LAS HIPOTESIS .....	74
LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA COMO DERECHO FUNDAMENTAL .....	74
3.1 La voluntad procreacional .....	74
3.2 Los derechos fundamentales .....	80
3.3 Los derechos implícitos.....	86
3.4 Los derechos involucrados para la conexidad .....	93
<i>La Autonomía Reproductiva</i> .....	95
<i>La Dignidad Humana</i> .....	98
<i>Libre Desarrollo de la Personalidad</i> .....	107
<i>La Salud</i> .....	115
<i>El Interés Superior del Niño</i> .....	118
3.5 La conexión de los derechos involucrados .....	122
3.6 La libertad jurídica .....	127
3.7 Adecuación al sistema interamericano de derechos humanos .....	128
3.8 Límites de ejercicio del derecho a la autonomía reproductiva .....	131
3.9 La necesidad de una modificación legislativa .....	134
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....	136
BIBLIOGRAFIA .....	138
ANEXOS .....	150

## INTRODUCCIÓN

La incapacidad reproductiva no es algo nuevo en la historia del desarrollo humano, sin embargo, lo que resulta novedoso son las respuestas en cadena como consecuencia de dicho problema procreativo, pues, al ser la infertilidad y la esterilidad un problema real de gran magnitud, la medicina junto a la tecnología no tardaron en llevar las cosas más allá, es decir, a trascender dicha incapacidad creando múltiples métodos tecnológicos de asistencia procreativa, comúnmente llamadas Técnicas de Reproducción Asistida (TRAS), las cuales, han generado y aún sigue haciéndolo hasta la actualidad, un desborde de conceptos tantos médicos, bioéticos y jurídicos. Puesto que, lo que en su momento se consideraba como procreación, entendida como el acto natural de generar descendencia a través del coito sin protección; hoy en día, la propia realidad nos ha llevado a una multiplicidad terminológica, que van desde la denominada “gestación tecnológicamente asistida” hasta la “revolución reproductiva”, esto es, reproducirse y generar descendencia sin sexo.

Siendo tal contexto, donde se enmarca la creación de un embrión mediante la unión de los gametos sexuales, que pueden ser de los padres de intención o de terceros donantes; embrión que al final de cuentas será implantando en el útero de la madre para gestarlo hasta el alumbramiento, donde la criatura recién nacida será entregada a los padres intencionales. Lo cuales, se convierten en los padres legales. Denominando a tal método como maternidad subrogada. Todo ello,

teniendo en cuenta que dicho procedimiento implica múltiples factores culturales, sociales, éticos, legales y económicos.

En ese sentido, es visible que las TRAS y, por ende, la maternidad subrogada trae inherentemente consigo una multiplicidad de posturas contrapuestas, dadas las dificultades que este método presenta, resaltándose la explotación e instrumentalización de la mujer, la supuesta comercialización de niños, entre otros. En otras palabras, algunos aceptan el ejercicio de esta técnica y otros la vedan.

En esa misma línea, ya aterrizando al plano nacional, la regulación de la subrogación de la maternidad consiste únicamente en el desarrollo jurisprudencial disímil del Poder Judicial y lo que presenta la ley de salud en su artículo 7. Los cuales delimitan el marco regulatorio de este tratamiento reproductivo tecnológico. Ello sin dejar de lado, que independientemente si dicho ámbito regulatorio sea deficiente o no, la relevancia radica en el factor de salud pública que todo este marco conlleva, dado que, lo esencial de todo este contexto es el trasfondo, esto es, la fundamentalidad de la humanidad de los derechos. Por lo tanto, se hace evidente que nuestro ordenamiento jurídico respecto a la reproducción es víctima de dichas posturas contrapuestas, puesto que, hasta el momento de esta investigación, no se ha desarrollado una posición firme respecto a esta materia.

Así las cosas, en virtud de este estudio, se tiene por objetivo desarrollar el principio de la autonomía reproductiva como un derecho fundamental, para fundamentar así una legislación de la maternidad subrogada. Puesto que, es la manifestación de los contenidos esenciales que le son inherente, lo que conlleva a la construcción de la autonomía reproductiva como un derecho fundamental.

Siendo un enfoque netamente jurídico, el elegido para el desarrollo de esta investigación, apartando la óptica ética que requiere un mayor análisis, pues, a lo que se pretende llegar es a la construcción de un derecho fundamental por conexidad que sustente la legislación y en consecuencia el ejercicio de subrogación de la maternidad en el Perú.

En esa lógica, la investigación comprende tres capítulos. Los cuales, se desprenden de la siguiente manera: El capítulo primero presenta la totalidad de aspectos metodológicos, delimitándose adecuadamente los parámetros del estudio. Siguiéndole el segundo capítulo con la base teórica, la cual, consiste en dos partes; por un lado, manifiesta la secuencia en cadena que presenta la infertilidad, las TRAS y la subrogación de la gestación, pues, todo ello termina aterrizando en el mundo jurídico. Razón por la cual, se realizará un análisis sobre las nociones básicas del fenómeno de la investigación. Por el otro lado, se expondrá el problema jurídico, analizando detalladamente la regulación estatal de la presente materia, pues, existiría una contradicción jurídica producida por la incompatibilidad entre la disposición de la ley de salud acorde a su artículo 7 y el desarrollo jurisprudencial del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. A este respecto, lo que el Tribunal Constitucional establece es un marco delimitado de referencia respecto a la reproducción. Siguiendo esa lógica, en el tercer y último capítulo se desarrollará la esencialidad propia de esta tesis, dado que, se enfoca en el desarrollo de las hipótesis, manifestando así los pilares de la construcción de la autonomía reproductiva como un derecho fundamental. Planteando así una interpretación de carácter evolutivo para una adecuación del derecho a la realidad

actual. Por ello, finalmente, en la sección de anexos se presentará la propuesta legislativa respecto a la maternidad subrogada cuyo sustento reside en la autonomía reproductiva, entendida como derecho fundamental. Lo cual, evidentemente, estaría impulsando la modificación de la ley de salud en lo relativo al artículo 7.

## **CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y ASPECTOS METODOLÓGICOS**

### **1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

Frente a la realidad visible y palpable que nos presenta la procreación en la actualidad, entendida como el campo de mayor intimidad inherente a cada persona; se observa un gran impacto tecnológico en la asistencia reproductiva, dado que, hoy en día es completamente posible reproducirse y generar descendencia sin la necesidad de tener relaciones sexuales. Todo ello, siendo posible gracias a las TRAS.

En ese marco, se hace evidente que el nacimiento de las TRAS, incluyendo a la subrogación de la gestación, tienen como base la incapacidad reproductiva producida por la infertilidad y esterilidad en la población mundial. Reflejando en ese sentido, una conjugación del problema y la solución que presentan estas técnicas frente a la reproducción. Lo cual, resalta su interés público, pues estas enfermedades afectan la esfera privada de muchas parejas. En otras palabras, nace de lo íntimo, pero afecta a lo público.

Por ello, al no alcanzar un embarazo luego de doce o más meses de coito sin protección continua, estaríamos frente a una enfermedad de la estructura reproductiva denominada como infertilidad, conforme lo explica la Organización Mundial de la Salud (OMS).<sup>1</sup> A este respecto, estamos hablando de

---

<sup>1</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). *Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida (TRA)*.2010.



aproximadamente 94 millones de parejas en el planeta, dado que, esta enfermedad afecta a las parejas en un promedio entre el 16% y el 20%.<sup>2</sup>

En ese contexto, entrando al panorama nacional, acorde a un estudio periodístico realizado el año 2014, se afirmó la existencia de alrededor de 1 millón de peruanos infértiles.<sup>3</sup> Sin embargo, la realidad es que no existen cifras oficiales de la tasa de infertilidad en el Perú, contando como única aproximación la cantidad de matrimonios inscritos en nuestro estado, siendo estas hasta el 2018, alrededor de 92 mil 440, acorde con el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI).<sup>4</sup> De los cuales, siguiendo la lógica anterior serían infértiles o estériles entre el 16% y 20%, es decir, estaríamos hablando de aproximadamente 18 mil 488 parejas que se verían afectadas por la incapacidad reproductiva en nuestro estado.

En el mismo sentido, conforme al Banco Mundial, la tasa de fertilidad global, es decir, el total de nacimientos por cada mujer, se ha reducido drásticamente; pues de contar con un 4,98% en 1960 se observa como hasta el 2018 ya existía una reducción hasta el 2,45% y específicamente en el Perú se redujo a un 2,3%.<sup>5</sup> Lo cual, refleja la disminución de los nacimientos por año de inscripción desde el

---

<sup>2</sup> SIVERINO, Paula. *Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú*. Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia. 2012, p. 213.

<sup>3</sup> *Se incrementan casos de infertilidad en el Perú*. Diario la República, 5 de febrero de 2014 <<https://larepublica.pe/salud/770058-se-incrementan-casos-de-infertilidad-en-el-peru/>>

<sup>4</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA – INEI. *Perú, natalidad, mortalidad y nupcialidad, 2018*. P.34

<[https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1698/libro.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1698/libro.pdf)>

<sup>5</sup> BANCO MUNDIAL. Tasa de fertilidad, total (nacimientos por cada mujer).2018

<<https://datos.bancomundial.org/indicador/SP.DYN.TFRT.IN?end=2018&start=1960>>

2014 hasta el 2018, pues, de acuerdo con el INEI, en el 2014 contábamos con 668 220 nacimientos y para el 2018 la cifra se redujo a 601 781 nacimientos.<sup>6</sup>

Así las cosas, queda en evidencia el problema social que genera la infertilidad. Razón por la cual, estudiar el problema de la infertilidad implica entenderla en dos perspectivas: como una realidad física existente que debe ser aceptada y como una enfermedad que exige una solución por parte del estado.

Lo cual, explica la deslumbrante aparición de las TRAS y su aplicación actual, puesto que, conforme a la data de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (REDLARA), en el planeta contamos con alrededor de 5 millones de humanos nacidos por estos métodos procreativos. A su vez, la misma red nos evidencia que desde los años 90 hasta el 2011, en todo Latinoamérica fueron 114,279 los nacimientos por estos métodos. Específicamente en el estado peruano con 4,927 nacimientos.<sup>7</sup> En ese contexto, las estadísticas actualizadas de la REDLARA correspondiente al año 2017 evidencian un total de 93,600 nacimientos por dichas técnicas. Donde el Perú ocupa el cuarto lugar con 6,779 nacimientos.<sup>8</sup> Lo cual, refleja un alto crecimiento de reproducción por estas técnicas en nuestro Estado.

En esa línea, en el escenario político peruano respecto a la reproducción manifiesta una clara incertidumbre pues frente a la existencia de proyectos de ley

---

<sup>6</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA – INEI. *Perú, natalidad, mortalidad y nupcialidad, 2018*. P.23

[https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1698/libro.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1698/libro.pdf)

<sup>7</sup> CARRACEDO, Sarah. *La fertilización in vitro y el debate sobre el estatuto del no nacido*. Tesis PUCP.2015 p.7

<sup>8</sup> Assisted reproductive techniques in Latin America: The Latin American Registry. Table 1. REDLARA pages. 2017

estancados cuyas fechas de presentación van desde el 2012<sup>9</sup> y 2014<sup>10</sup>, solo seguimos contando por un lado, con una variabilidad jurisprudencial del Poder Judicial y por el otro, con la falta de actualidad y claridad de la ley de salud correspondiente a su artículo 7, el cual, estaría vedando la maternidad subrogada gestacional, es decir, no estaría aceptando que la madre de intención y la madre gestante sean distintas personas.

Ahora bien, evidenciado el contexto donde se desarrolla la presente investigación, se hace visible como la posibilidad de procreación sin coito que trae de manera inherente las TRAS, sobrepasan rotundamente la configuración jurídica actual en materia reproductiva y filiatoria, hecho que, evidentemente, promueve un cambio en la óptica jurídica. Siendo denominada esta etapa doctrinariamente como “revolución reproductiva”.<sup>11</sup>

En ese sentido, se hace visible como la conjugación de los deseos de procrear que detentan las parejas infértiles y la fecundación artificial, promueven el florecimiento de la maternidad subrogada. Por ello, resulta acertado reconocerla como lo plantea la Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología de Reino Unido el cual la establece como *“la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca”*<sup>12</sup>. Lo cual, despliega dos perspectivas, por un lado, una perspectiva humana, la cual radica en la transferencia de dicha de

---

<sup>9</sup> Proyecto de ley N°1722/2010-CR

<sup>10</sup> Proyecto de ley N°3744/2014-CR

<sup>11</sup> LAAM, Eleonora. *Gestación por sustitución*. Universitat de Barcelona-Observatori de Bioètica i Dret.2013, p.17

<sup>12</sup> INFORME WARNOCK. *Sobre fertilización humana y embriología*. 1984

criatura por parte de la mujer gestante y la recepción de la criatura por los padres intencionales. Por el otro lado; una perspectiva jurídica, la cual engloba la aplicación y el respeto de todos los derechos en juego de las partes intervinientes incluyendo a la criatura, todo ello en el marco de una intervención biotecnológica.<sup>13</sup>

Ahora, resulta evidente la variante contractual que manifiesta la maternidad subrogada, pues en principio presenta, dada la voluntad procreacional, un acuerdo para satisfacer las necesidades de las parejas infértiles. Sin embargo, delimitar el estudio y aplicación de esta técnica de reproducción solo al ámbito contractual o negocio jurídico resultaría contraproducente, puesto que, el sentido principal de este método reproductivo humano va más allá del acuerdo *per se*, pues se vislumbraría la existencia de un derecho fundamental conexo denominado: derecho a la autonomía reproductiva.<sup>14</sup>

Por ello, teniendo en consideración que esta técnica se aplica en la actualidad y dado que existen 10 centros de asistencia reproductiva en nuestro estado acreditados por la REDLARA<sup>15</sup>, resulta descuidado contar únicamente con el artículo 7 de la ley general de la salud como marco regulatorio pues al señalar respecto a la subrogación de la maternidad que:

*“Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, **siempre que la***

---

<sup>13</sup> COMITÉ CONSULTIVO DE BIOÉTICA DE FRANCIA. *Comité consultatif de bioethique Relatif a la gestation pour autrui (meres porteuses)*. Ministere de la Santé publique et des pensions.2004, p.4.

<sup>14</sup> SANTANDER, Cristóbal. *El contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad humana?*. Tesis Universidad Alberto Hurtado.2012

<sup>15</sup> Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (REDLARA): Centros-Perú. Véase en: [https://redlara.com/quem\\_somos.asp?MYPK3=Centros&centro\\_pais=Peru](https://redlara.com/quem_somos.asp?MYPK3=Centros&centro_pais=Peru)>

***condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. (...)***<sup>16</sup>

En otras palabras, dicho articulado establece que las TRAS están permitidas, pero únicamente procederán si hay identidad biológica entre la mujer gestante y la madre biológica, identidad biológica que es sabido que no detenta la maternidad subrogada en su modalidad gestacional. Por lo tanto, la lógica del articulado establece que la mujer que ejerza la función gestacional no podrá ser distinta a la madre genética.

Ello, demuestra una incertidumbre dada la falta de claridad, incongruencia frente a la realidad y un razonamiento jurídico incoherente latente en nuestra legislación; pues podemos evidenciarlo en el caso de los cónyuges Tovar y Madueño, pareja chilena que apareció en primera plana hace unos años debido al caso legal que afrontaron, donde la fiscalía imputaba un delito de trata de personas, cuando en realidad se evidenciaba un claro proceso de maternidad subrogada.<sup>17</sup>

En ese marco, el desarrollo jurisprudencial del Poder Judicial respecto a la subrogación de la maternidad, ha establecido que la unión de múltiples derechos humanos como la privacidad, la salud reproductiva y la autonomía reproductiva aceptan la facultad propia de las mujeres para servirse de este tratamiento tecnológico de asistencia procreativa para ser madres, evidentemente, todo ello, de manera informada. A su vez, explica que esta técnica no solo implica el aprovechamiento tecnológico, sino también el apoyo de terceras personas. Por lo

---

<sup>16</sup> LEY GENERAL DE LA SALUD. Artículo N°7. 1997

<sup>17</sup> *Caso vientre de alquiler, las claves del drama de la pareja acusada por trata de personas*. RPP noticias, 08 de setiembre del 2018. < <https://rpp.pe/lima/actualidad/caso-vientre-de-alquiler-las-claves-del-drama-de-la-pareja-acusada-por-trata-de-personas-noticia-1148089?ref=rpp> >

cual, sería incongruente rechazar o ignorar la calidad de padres a la parejas que recurren a dicha técnica. <sup>18</sup> En ese sentido, la maternidad subrogada no se encontraría vedada por la ley, ello acorde a la jurisprudencia judicial estatal.<sup>19</sup>

Así las cosas, teniendo en consideración todo lo anterior, queda evidenciado que el orden regulatorio de la maternidad subrogada en nuestro estado, se encuentra representado por el artículo 7 de la ley general de la salud y la jurisprudencia del Poder judicial, las cuales vemos como entran en contradicción, generando así una regulación defectuosa pues, por un lado, el articulado manifiesta una condición de identidad biológica entre la mujer gestante y la madre biológica para que se permita el acceso a las TRAS y por el otro lado, la jurisprudencia determina que la aplicación y acceso de las TRAS no consiste únicamente en la asistencia y aprovechamiento de la tecnología reproductiva, sino también en el apoyo de terceros.

En suma de todo, se manifiesta que nuestro estado carece de intención de vincular la reproducción y los problemas tanto de infertilidad como esterilidad, como un factor de salud pública, pues seguimos en la precaria tendencia de solo considerar que salud conlleva a tratar y sanar una enfermedad o afecciones<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Sentencia N°06374-2016

<[http://www.congreso.gob.pe/carpetatematica/2018/carpeta\\_114/?K=17669](http://www.congreso.gob.pe/carpetatematica/2018/carpeta_114/?K=17669)>

<sup>19</sup> Casación N°563-2011

<[http://www.congreso.gob.pe/carpetatematica/2018/carpeta\\_114/?K=17669](http://www.congreso.gob.pe/carpetatematica/2018/carpeta_114/?K=17669)>

<sup>20</sup> SIVERINO, Paula. *Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú*. Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia.2012

cuando la OMS la ha calificado como *“Un estado de perfecto bienestar físico, mental y social, y no solo la ausencia de enfermedad”*.<sup>21</sup>

De lo cual, se verifica, por un lado, una ineficacia en la regulación para resolver la vacilación que conlleva la subrogación de la maternidad y por el otro lado, una incoherencia en el razonamiento jurídico en materia reproductiva debido a una interpretación restrictiva representada por la incompatibilidad regulatoria, la cual, tiene como consecuencia una contradicción.

Es así, como aparece la dimensión constitucional, como una conexión o puente entre los derechos fundamentales bases y los derechos humanos que sustentarían a dicha técnica de reproducción. Permitiendo de esta manera, brindarle fundamentalidad a la autonomía reproductiva. Pues a este respecto, contamos con el decreto supremo N° 011-2011-JUS que de manera expresa pretende en su segundo objetivo:

*“Posibilitar que toda persona humana en el país pueda beneficiarse de los progresos de la ciencia y la tecnología en un marco de respeto a su dignidad y a los demás derechos fundamentales que le corresponden”*<sup>22</sup>.

Objetivo que evidenciaría a los derechos reproductivos como verdaderos derechos humanos.<sup>23</sup> Siendo estos últimos impulsados por la voluntad procreacional como su sentido fundamental, permitiendo de esa manera una oportunidad de disipar la incertidumbre reproductiva en el Perú.

---

<sup>21</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). *Preámbulo de la constitución de la organización mundial de la salud*.1948

<sup>22</sup> Decreto Supremo N°011-2011-JUS. *Los lineamientos para garantizar el ejercicio de la bioética desde el reconocimiento de los derechos humanos*.2011

<sup>23</sup> SIVERINO, Paula. *Apuntes sobre los derechos sexuales y reproductivos en el ordenamiento jurídico argentino en bioética, derechos, dilemas y paradigmas en el Siglo XXI*.2008

## 1.2 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

### 1.2.1 Problema General:

¿La contradicción del artículo 7 de la ley general de salud y la jurisprudencia del Poder Judicial como ámbito regulatorio de la maternidad subrogada en el Perú puede ser resuelta desarrollando el principio de la autonomía reproductiva como un derecho fundamental conforme a la constitución política?

### 1.2.2 Problema Específico:

¿Sería legítimo garantizar la autonomía reproductiva a través de la modificación del artículo 7 de la ley general de salud?

## 1.3 IMPORTANCIA DEL ESTUDIO

La presente investigación resulta de vital importancia, dado que, la configuración jurídica actual se encuentra sobrepasada por lo que presentan las TRAS, es decir, no solo la posibilidad de reproducción sin sexo, es lo que promueve un cambio jurídico, sino también todo el contexto social en el que nos hallamos sumergidos.<sup>24</sup> Sin perjuicio, que el propio ejercicio de la maternidad subrogada, a su vez, sea un debate complejo y controversial, dados todos los dilemas subyacentes a esta técnica.

En ese mismo contexto, se evidencia un alto porcentaje de infertilidad a nivel mundial y nacional, siendo las TRAS, los métodos con mayor eficiencia para paliar las consecuencias de la infertilidad y así poder brindar la oportunidad de la

---

<sup>24</sup> LAAM, Eleonora. Op. Cit.



realización personal como familiar al procrear a una criatura por voluntad afectiva. Razón por la cual, se hace relevante esta investigación, pues, el derecho al no clarificar adecuadamente este ámbito, es decir, el ámbito reproductivo, promueve un clara incertidumbre y disparidad de interpretaciones, posturas, juicios, etc. Dejando así, una regulación defectuosa y una gran cantidad de personas infértiles a la deriva.

Es por ello, que al brindarle un tratamiento legislativo a la maternidad subrogada en base al derecho fundamental que la sustenta, conllevaría a la posibilidad de disipar tal contradicción regulatoria, que en últimas instancias concluye en una incertidumbre jurídica-reproductiva. Por ende, en el marco de esta tesis, el derecho deberá ser comprendido como la capacidad de delimitar, definir, explicar múltiples tópicos, que van desde ciertos hechos hasta los propios individuos, siéndole inherente la misma capacidad cuando está cae en el silencio y por lo tanto, no delimita, define, ni explica ciertos hechos, etc. En otras palabras, el derecho debe ser comprendido como lo que realmente es: un lenguaje prescriptivo constituyente.<sup>25</sup>

Finalmente, en esa lógica, queda en evidencia que el derecho como lenguaje organiza y constituye toda la realidad puesto que lleva implícito el poder<sup>26</sup>. En tal sentido, el fundamento e importancia de la presente tesis radica en manifestar esta capacidad constituyente del derecho vinculándose a la esfera reproductiva en nuestro estado democrático.

---

<sup>25</sup> SCHWANITZ, Dietrich. *La cultura. Todo lo que hay que saber*. Taurus. 2003, p.356.

<sup>26</sup> BALLARÍN, Pilar. *Oportunidades educativas e igualdad*. Ed. Pablo iglesias. 1994, p.185.

## 1.4 METODOLOGÍA

El presente estudio es de carácter dogmático, puesto que, postula analizar, distinguir, interpretar y aplicar las normas constitucionales relacionadas al ámbito reproductivo, con la finalidad de sistematizar y pragmatizar a la autonomía reproductiva como un derecho fundamental. Siendo necesario para ello la interrelación de distintos derechos ya constitucionalizados. Razón por la cual, las hipótesis establecidas se desarrollaran con una argumentación material y formal.

Dado que, la investigación se centra en la conexión del ordenamiento con la esencialidad de los derechos fundamentales. El razonamiento elegido es de deducción lógica con una justificación formal y material.

En ese marco, la finalidad del estudio consiste en proponer una reforma a la legislación nacional actual, mediante un juicio lógico y crítico acorde a la realidad. Por lo tanto, la presente tesis es de *lege referenda*.

## 1.5 JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO

La tesis resulta necesaria dada su actualidad y realidad, latentes en nuestro estado democrático, ya que se evidencia una incertidumbre en el derecho la cual refleja una incertidumbre en la actitud política convencional de nuestro estado frente a la reproducción; pues se observa una gran cantidad de investigaciones académicas, proyectos de ley estancados, la unicidad de un difuso artículo 7 de la ley general de la salud y diferentes posturas jurisprudenciales respecto a la maternidad subrogada que no generan una directriz fundamental firme que faculte

su legalidad, todo ello sin perjuicio que este método de reproducción asistida ya se viene realizando en el Perú.

En ese sentido, brindarle un tratamiento legislativo a la maternidad subrogada conllevaría un análisis de los derechos fundamentales bases que facultarían a esta técnica de reproducción. Lo cual, implicaría promover una directriz de interpretación abierta de nuestra carta magna, cambiando así el paradigma constitucional existente en el Perú y permitiendo la posibilidad de brindarle apertura constitucional a diferentes problemas sociales existentes en nuestro estado, pues es la rama constitucional la encargada de toda la vastedad de fondo inherentes a los principios y derechos de la persona de manera particular y en sociedad.

Por ello, elegir la rama constitucional como vía idónea para legitimar esta técnica de reproducción asistida a través de una ley resulta conveniente; pues frente a una clara tendencia nacional de estudiar a la maternidad subrogada como un negocio jurídico, lo cual evidencia la falta de claridad en el derecho al limitarse al estudio de un acuerdo, permitirá la realización de la voluntad procreacional que detentan las parejas infértiles y de ese modo avalar la existencia del derecho a la autonomía reproductiva en nuestro estado.

Ahora, el valor teórico de la presente investigación permitirá disipar la incertidumbre en el derecho generada por la maternidad subrogada. Evidenciando así los derechos fundamentales involucrados y la directriz legislativa a tomar en búsqueda de su legitimidad. En consecuencia, beneficiaría al conocimiento de los

derechos inherentes que poseen las parejas infértiles y estériles brindándoles la oportunidad de una descendencia biológica.

En esta línea de ideas, podemos afirmar que, por un lado, en términos prácticos la presente investigación sería oportuna puesto que permitiría regular y enmarcar correctamente la aplicación de la maternidad subrogada de acuerdo a los derechos fundamentales que lo sustentan, y por el otro lado, la tesis sería necesaria en términos teóricos pues brindaría una claridad, dada su complejidad por los diferentes dilemas éticos, sociales, culturales y legales inherentes a esta técnica de reproducción. Permitiendo la oportunidad de promover una interpretación abierta de nuestra constitución frente a cualquier problema social relevante para el derecho.

Por ende, abordar el tratamiento legislativo de la maternidad subrogada en el Perú, tema que plantea la tesis, manifiesta la conjugación de los derechos fundamentales y la técnica de reproducción asistida denominada maternidad subrogada. Concentrando de esta manera, una nueva dimensión de regular a la reproducción en el Perú, dejando de lado el tradicionalismo legislativo y promoviendo la dualidad inherente de las normas, es decir, no solo lo restrictivo sino también lo aplicativo, sin perjuicio, que ambos se complementen entre sí.

## 1.6 OBJETIVOS

### **1.6.1 Objetivo General:**

Desarrollar el principio de la autonomía reproductiva como un derecho fundamental, para fundamentar una legislación de la maternidad subrogada.

### **1.6.2 Objetivo específico:**

Modificar el artículo 7 de la ley general de salud en lo relativo a la maternidad subrogada, para garantizar la manifestación de la autonomía reproductiva como un derecho fundamental.

## **1.7 HIPÓTESIS**

### **1.7.1 Hipótesis general:**

Desarrollar legislativamente el principio de la autonomía reproductiva en lo relativo a la maternidad subrogada, permitirá el ejercicio cabal del derecho fundamental que la sustenta.

### **1.7.2 Hipótesis específica:**

La modificación del artículo 7 de la ley general de salud en lo relativo a la maternidad subrogada, estaría garantizada por la manifestación de la autonomía reproductiva como un derecho fundamental.

## **1.8 VIABILIDAD Y LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.8.1 Viabilidad:**

El presente trabajo de investigación resulta factible dada la viabilidad de las fuentes bibliográficas y los recursos humanos suficientes, puesto que, existe una multiplicidad información doctrinaria tanto medica como jurídica respecto a la infertilidad, las TRAS, y de la subrogación de la maternidad específicamente, delimitándose así correctamente el contexto donde se desenvuelve el estudio. En otras palabras, la información es de carácter público, razón por la cual, no se

requiere de una licencia o permiso para adquirir las cifras y datos correspondiente a la maternidad subrogada y la TRAS en general.

### **1.8.2 Limitaciones:**

La presente investigación no presenta ninguna limitación de gravedad para su desarrollo, puesto que, lo único a tomar en consideración sería respecto al contexto social de la investigación, esto es, la falta de una tasa porcentual exacta sobre la población infértil en el Perú, sin embargo, dicha ausencia es propia, de la falta de interés estatal como factor de salud pública del ámbito reproductivo.

## CAPITULO II: MARCO TEORICO

### LA RELACIÓN ENTRE LA INFERTILIDAD, LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA MATERNIDAD SUBROGADA

En el presente apartado se realizará un análisis del fenómeno y las nociones básicas sobre las que se fundamenta la presente investigación, partiendo por la infertilidad como un problema social relevante, las técnicas de reproducción asistidas (TRAS) como la solución médica en aprovechamiento de la tecnología a dicho problema y la maternidad subrogada como una de estas técnicas de reproducción humana asistida. Evidenciando así, para motivos de esta investigación, una relación de causa-efecto inherente al desarrollo de este contexto.

#### **2.1 LA INFERTILIDAD**

***“El logro de un embarazo o la presencia misma de los hijos no es algo que ocurre siempre de manera simple y predecible, existen eventos inesperados e indeseados que nos obligan a reformular nuestras expectativas [...] Un ejemplo de ello lo constituye la infertilidad”<sup>27</sup>***

Desglosar todo lo que la infertilidad implica conlleva necesariamente tomar ciertos factores en cuenta, dado que, al englobar una problemática actual, junto a la esterilidad, estas son captadas como las caras opuestas de la reproducción. Sin embargo, este problema no es nada nuevo, dado que a lo largo de la historia el espectro infertilidad-esterilidad ha acompañado al ser humano.

---

<sup>27</sup> RIOS, Joanna. *Experiencias de relaciones de pareja de un grupo de mujeres con infertilidad primaria*. Perú, Tesis PUCP.2014 p.5

A ese respecto, según Jorge Álvarez, la historia nos evidencia que los rasgos culturales distintivos de cada civilización en relación a la procreación, el sexo, la maternidad y paternidad, etc. Produjeron una variabilidad del impacto de la infertilidad y su tratamiento. Un claro ejemplo de ello, lo representan los egipcios y los aztecas, dado que, los primeros desarrollaron el reconocimiento del embarazo prematuro y la facultad de hacer predecible las dificultades de la fertilidad. Mientras que los segundos, mediante el aprovechamiento de árboles ornamentales combatían la incapacidad procreativa de las mujeres. Por otro lado, en los Tratados Hipocráticos, ya se mencionaban las metodologías para hacer frente a la infertilidad, siendo aplicado hasta el siglo XVIII.<sup>28</sup> En ese sentido, podemos evidenciar que desde épocas muy tempranas de la humanidad ya se intentaba explicar la infertilidad.

Ahora, si bien es muy frecuente tomar los términos de infertilidad y esterilidad como sinónimos, ello supondría dirigirnos directamente a un error pues los significados como los resultados que presentan cada uno de estos términos son profundamente distintos. Por un lado, la esterilidad es la incapacidad de gestar después de un periodo de un año de coito sin protección anticonceptiva. Mientras que, por el otro lado, la infertilidad hace referencia a la incapacidad de la pareja para culminar el embarazo con el nacimiento de la criatura. En ese marco, cabe aclarar, que en ambas existen dos subtipos de condición: primaria y secundaria. Siendo la primaria, las parejas o personas que jamás tuvieron hijos, entre tanto la secundaria describe a aquellas parejas o personas que ya tuvieron hijos con

---

<sup>28</sup> Álvarez, Jorge. *Historia contemporánea: las técnicas complejas de reproducción asistida*. México, Ginecol Obstet Mex. 2007.



antelación.<sup>29</sup> Todo ello, teniendo en consideración, que en todo el mundo estas enfermedades reproductivas representan dificultades, afectando alrededor de un 15% de las parejas fértiles, cantidad que va en aumento con el tiempo.<sup>30</sup>

En esa lógica, respecto a la infertilidad secundaria, resulta fundamental esbozarla adecuadamente, dado que, en contraposición a la primaria, conlleva una incapacidad adquirida, pues, mayormente estas son generadas por malos tratamientos de enfermedades de transmisión sexual (ETS), lesiones por abortos ilegales e inseguros, infecciones, etc. Asentando así, que, por un lado, solo las ETS (cuando no son curadas adecuadamente) representan el 38% de la infertilidad; mientras que, por el otro lado, el aborto inseguro e ilegal causan infertilidad secundaria a 24 millones de mujeres.<sup>31</sup>

Por ello, entrando en el panorama conceptual de esta realidad, la Organización Mundial de la Salud (OMS) establece que al no alcanzar un embarazo luego de doce o más meses de coito sin protección continúa, estaríamos frente a una enfermedad de la estructura reproductiva denominada como infertilidad.<sup>32</sup> Asimismo, se registra la existencia aproximadamente de 33 400 000 mujeres infértiles por los abortos clandestinos e infecciones pélvicas durante el embarazo; entre ellas 32.25 millones residen en países de ingresos bajos o medios. Razón

---

<sup>29</sup> Brugo, S., Chillick, C., Kopelman, S. *Definición y causas de la infertilidad*. Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología. 2003. Disponible en: <<http://www.scielo.org.co/pdf/rcog/v54n4/v54n4a03.pdf>>

<sup>30</sup> Blum, B., Ito, E., Lara L. *Estudio de un grupo de mujeres sujetas a tratamientos de reproducción asistida: Un enfoque cualitativo*. México, Salud Mental Mediagraphic Artemisa. 2001. Disponible en: <<https://www.medigraphic.com/pdfs/salmen/sam-2001/sam015f.pdf>>

<sup>31</sup> FLORENCIA, Luna. *Infertilidad en Latinoamérica. En busca de un nuevo modelo*. España, Revista de Bioética y Derecho. 2013.

<sup>32</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). *Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida (TRA)*.2010.

por la cual, la OMS la considera como la quinta mayor discapacidad a nivel mundial.<sup>33</sup> En definitiva, estamos hablando de una enfermedad que afecta en promedio entre el 16% y el 20% de las parejas, alrededor de 94 millones de parejas en el planeta, siendo afectadas una de cada seis.<sup>34</sup> Todo ello, teniendo en consideración de que el problema que conlleva la infertilidad puede incurrir en condiciones biológicas de ambos sexos, siendo del hombre (35% a 40%), de la mujer (35% a 50%), de ambos en conjunto (20% a 30%) y de factores desconocidos (10%).<sup>35</sup>

En ese contexto, cabe precisar que existen causas y consecuencias múltiples que conllevan a la infertilidad, entre ellas se encuentran: los precedentes sexuales y culturales, las complicaciones genéticas, el género, la sociedad y la forma de vivir. Asimismo, existe una variedad de factores que manifiestan la prevalencia de la infertilidad, sin embargo, los más relevantes son: posponer la decisión de tener hijos, cambios en la conducta sexual; cicatrices en las trompas de Falopio y mala calidad de espermatozoides (alteraciones de la calidad del semen debido al alcohol, el tabaquismo y factores ambientales), estas últimas siendo las más recurrentes durante el embarazo.<sup>36</sup>

En esa línea de ideas, aterrizando en América Latina, los índices de infertilidad secundaria se siguen registrando, debido a la falta de consciencia y la calidad

---

<sup>33</sup> VILLAMARÍN, Carlos. *La maternidad subrogada en el Perú: ¿Problema o solución?* Universidad Católica de Santa María. 2014

<sup>34</sup> SIVERINO, Paula. *Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú*. Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia. 2012, p. 213.

<sup>35</sup> Carreño, J., Gonzalez, G., Martinez, S., Morales, F. Sanchez, C. *Características del autoconcepto en parejas estériles por factor masculino y femenino*. México, Imbiomed: Perinatología y Reproducción Humana. Disponible en: <<http://www.inper.edu.mx/descargas/%20pdf/CaracteristicasdelAutoconcepto.pdf>>

<sup>36</sup> SIVERINO, Paula. Op.Cit

precaria de salud reproductiva y sexual, lo cual produce un aumento de enfermedades de transmisión sexual e infecciones por abortos clandestinos. A ello, agregándole la prevalencia discriminadora en torno a las mujeres de escasos recursos y a las mujeres en general.<sup>37</sup> Lo cual, se relaciona con lo que evidencia el Banco Mundial, dado que, según la tasa de fertilidad global, es decir, el total de nacimientos por cada mujer, se ha reducido drásticamente; pues de contar con un 4,98% en 1960 vemos como hasta el 2018 ya contábamos con una reducción hasta el 2,45% y específicamente en el Perú se ha reducido a un 2,3%.<sup>38</sup>

En ese sentido, en el ámbito peruano, es sabido que, dada la falta de interés de integrar a la infertilidad como un problema de salud pública, no contamos con un registro nacional, donde se pueda apreciar la tendencia, las cifras totales y oficiales de esta enfermedad. Sin embargo, por un lado, se puede evidenciar que respecto a la infertilidad primaria en el Perú el 5.8% de mujeres entre 25 y 49 años no han quedado embarazadas pese a estar expuestas a ella y; por el otro lado, referido a otro aspecto de la infertilidad primaria, esto es, las mujeres sexualmente activas que no han podido quedar embarazadas o quedando embarazadas no pudieron gestar hasta el alumbramiento, representa el 7.4% de mujeres peruanas, entre 25 y 49 años en estas circunstancias.<sup>39</sup>

En suma, sin perjuicio de lo mencionado, según la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (REDLARA), se estima que dos de cada diez parejas

---

<sup>37</sup> INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina. IIDH, Costa Rica, 2008.p. 60.

<sup>38</sup> BANCO MUNDIAL. Tasa de fertilidad, total (nacimientos por cada mujer).2018. Disponible en: <<https://datos.bancomundial.org/indicador/SP.DYN.TFRT.IN?end=2018&start=1960>>

<sup>39</sup> VILLAMARÍN, Carlos. Op.Cit. p.25.

peruanas presentan dificultades para concebir.<sup>40</sup>A su vez, se afirmó la existencia de alrededor de 1 millón de peruanos infértiles, acorde a un estudio periodístico realizado el año 2014.<sup>41</sup>

Además, siguiendo la lógica global respecto a la tasa de infertilidad mencionada párrafos arriba, esto es, que entre el 16% y el 20% de las parejas en el mundo padecen de esta enfermedad. Podemos aterrizarla en el plano nacional, tomando en consideración la cantidad de parejas que, de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) hasta el año 2018, se han inscrito 92 mil 440 matrimonios.<sup>42</sup> Entonces, aplicando ese porcentaje, al registro de nupcialidad a nivel nacional, nos revelaría que alrededor de 18 mil 488 parejas se verían afectadas por la infertilidad.

Así las cosas, junto con todo lo mencionado, resulta muy importante vincular lo planteado por la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, dado que, las personas que sufren de infertilidad son consideradas como sujetos de protección<sup>43</sup>, de modo que, se debería posibilitar el acceso al más alto nivel de salud, lo cual conllevaría expresar adecuadamente el ámbito de la salud reproductiva y sexual. Sin embargo, es sabido que a nivel nacional la infertilidad

---

<sup>40</sup> **UN BEBÉ, EL GRAN ANHELO.** Revista Somos del diario el Comercio, 17 de octubre del 2020.

<sup>41</sup> **SE INCREMENTAN CASOS DE INFERTILIDAD EN EL PERÚ.** Diario la República, 5 de febrero del 2014. Disponible en: <<https://larepublica.pe/salud/770058-se-incrementan-casos-de-infertilidad-en-el-peru/>>

<sup>42</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA – INEI. *Perú, natalidad, mortalidad y nupcialidad, 2018*. P.34. Disponible en: <[https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1698/libro.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1698/libro.pdf)>

<sup>43</sup> Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo. Suscrita el 30 de marzo del 2007, aprobada mediante Resolución Legislativa N°29127 (publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 01 de noviembre del 2007) y ratificada mediante Decreto Supremo N°073-2007-RE (publicada en el Diario Oficial el Peruano el día 31 de diciembre del 2007).

carece de intención de ser valorada como un problema de salud pública, pues, seguimos en la precaria tendencia de solo considerar que salud conlleva tratar y sanar una enfermedad o afecciones<sup>44</sup>, cuando la OMS la ha calificado como “Un estado de perfecto bienestar físico, mental y social, y no solo la ausencia de enfermedad”.<sup>45</sup>

Finalmente, se hace visible, frente a toda la información presentada, que existe una gran cantidad de personas afectadas por infertilidad, de lo cual, se deduce, evidentemente, que existe un problema de salud pública, por lo cual, el Estado, en cumplimiento de las obligaciones acorde a la Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidad, debe brindar a estas personas un acceso adecuado para velar por el nivel más alto de su salud, lo cual reafirma la existencia y aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRAS) y la búsqueda de su regulación; sin embargo, dicho acceso conlleva múltiples dilemas jurídicos respecto a los derechos intervinientes. Es por ello, que es necesario analizar y formular una regulación adecuada sobre este tema.

---

<sup>44</sup> ROA, Ysis. *La infertilidad como problema de salud pública en el Perú*. Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia. 2012

<sup>45</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). *Preámbulo de la constitución de la organización mundial de la salud*.1948

## **2.2 LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (TRAS)**

***“En los últimos años, la ciencia ha realizado grandes avances en el conocimiento de los mecanismos que intervienen en la fertilidad y, con el aporte de la tecnología, han aparecido nuevas metodologías que otorgan posibilidades concretas de tratamiento hasta hace poco inimaginables”<sup>46</sup>***

Frente a la existencia de la infertilidad y del problema inherente que conlleva, se concentró gran interés en el campo de la medicina en búsqueda de una solución viable, hasta el punto que fueron desarrollando un conjunto de técnicas orientadas a ofrecer una atención idónea a las personas y parejas que padecían de dicha enfermedad reproductiva; generándose así, las denominadas TRAS.

Estas son denominadas por la OMS como *“todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, y el útero surrogado. TRA no incluye inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante.”<sup>47</sup>*

En ese sentido, desde la óptica jurídica estas son entendidas como *“aquellos métodos técnicos que se utilizan para suplir en la persona o pareja la infertilidad*

---

<sup>46</sup> Andorno, Arias, Chiesa y Martínez. *El Derecho frente a la Procreación Artificial*. Universidad Austral de Chile, Aspectos médicos, 1997. p.1.

<sup>47</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). *Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida (TRA)*.2010.

*que pudieran padecer y así posibilitar que lleguen a tener descendencia. En ningún caso podemos decir que representan una terapia, puesto que nada curan, solamente palian los efectos de la esterilidad”<sup>48</sup>*

Ahora, cabe mencionar que, sería equivoco denominarlas como técnicas “artificiales”, dado que, estas no suplantán, por medio de elementos artificiales o no biológicos, al organismo femenino o masculino en la función procreativa. Sino que, se trata de un grupo de procedimientos encaminados a substituir o facilitar los procesos biológicos naturales que se llevan a cabo durante la procreación humana, en otras palabras, son tratamientos designados a asistir una función generativa.<sup>49</sup>

Por ello, debe quedar bien claro que las TRA no son procedimientos terapéuticos habituales pues no curan la infertilidad, sino que palian sus efectos, pues, se asiste el proceso generativo.<sup>50</sup> En ese sentido, se procederá a las TRA, solo cuando se evidencien *“posibilidades razonables de éxito y que ello no suponga un riesgo grave para la salud física o psíquica de la mujer o la posible descendencia; a estos efectos, la mujer deberá ser informada respecto del procedimiento, sus riesgos, condiciones, efectos y posibles consecuencias; quedando en libertad para decidir la suspensión de la misma en cualquier momento de su realización, en tanto sea comunicada antes de la transferencia embrionaria.”<sup>51</sup>*

---

<sup>48</sup> VARSÍ, Enrique. *Derecho Genético. Principios Generales*. Perú, Editora Normas Legales, 1995. p. 62.

<sup>49</sup> SANTAMARIA, Luis. *Técnicas de Reproducción Asistida. Aspectos Bioéticos*. España, Universidad Autónoma de Madrid-Cuadernos de Bioética, 2010. Disponible en: < <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf> >

<sup>50</sup> Ibidem.

<sup>51</sup> VILLAMARÍN, Carlos. Op.Cit. p.27.

### 2.2.1 DESARROLLO HISTÓRICO

El desarrollo de las TRAS resulta fundamental dado que, su evolución a través del tiempo ha ido trascendiéndose continuamente. En ese sentido, sin perjuicio que la historia de la fecundación *in vitro* (FIV) tuviera sus orígenes a finales del siglo XIX, los intentos para aplicarlas en humanos, conto con varios periodos pues, se creía erróneamente al inicio, que bastaba con la unión de los gametos sexuales para tener como resultado una fecundación.

Pese a ello, el primer éxito de inseminación humana asistida fue en 1790 realizada por el escocés John Hunter. Siguiéndole, después de un largo periodo de tiempo, William Pancoast quien, en 1884, logro la primera inseminación de donante humano en la Universidad Medica Jefferson en Filadelfia, Estados Unidos.

Luego, en 1944 los médicos John Rock y Miriam Menkin, alcanzaron la primera fertilización *in vitro* de un óvulo humano, superándose así las TRAS, y vislumbrando la etapa caracterizada por la manipulación de gametos sexuales y embarazos.

Posteriormente, se registra el primer gran hito conseguido en seres humanos pues, el 25 de julio de 1978 en Inglaterra nació vía cesárea, Louise Joy Brown de 2,700g, dicho procedimiento fue realizado por Patrick C. Steptoe y Robert G. Edwards. Aunque, previamente en 1969, se había dado la primera fertilización *in vitro* exitosa de un ovocito y en 1977 se había alcanzado un embarazo vía fertilización *in vitro*, sin embargo, no se llegó a completar la gestación, todo ello realizado por el mismo equipo.



En esa línea, se apertura una nueva fase en el progreso de las TRA, cuando el abogado Noel Keane, en 1980 elabora en Estados Unidos el contrato primigenio de subrogación y paralelamente, en ese mismo año, nace Candice Reed, como la primera bebe de fecundación *in vitro* en Australia. Siguiéndole, el primer nacimiento de una bebe estadounidense por fertilización *in vitro* en 1981, llamada Elizabeth Jordan Carr. Siendo estos últimos hechos los que impulsaron el desarrollo de un nuevo periodo en el cual los nuevos métodos se asentaron en la manipulación de gametos. Por lo cual, se constituye el comienzo del aprovechamiento y manipulación de gametos sexuales de terceros, es decir, personas diferentes a la pareja que acuden a las TRA; lo cual se evidencia, con el nacimiento de una criatura de un embrión congelado en 1984 y el primer embarazo por gestación subrogada en 1985.

Frente a los impresionantes resultados producidos por las TRA, en 1986, por un lado, estas vuelven a evolucionar pues, se comienzan a desarrollar nuevas técnicas partiendo del modelo de la Fecundación *in vitro*, siendo estas: La transferencia intratubárica de cigotos y la transferencia intratubárica de gametos y; por el otro lado, en ese mismo año, se apertura un proceso en una corte americana, debido al caso del Bebe M, caso reconocido mundialmente por el litigio respecto a la maternidad subrogada pues, en este caso se llegó a considerar que la menor tenía cinco padres y a su vez, brindaba la posibilidad para un pronunciamiento relacionado a la filiación y la validez de estos acuerdos, siendo finalmente entregada la custodia a la pareja contratante en lugar de la mujer gestante.

Es así que, frente a la utilización de las TRAS, específicamente por la maternidad subrogada, en un ámbito restrictivo, en el 2001, la República Popular China, prohibió dicha técnica pues, sostenían que se generaba, por un lado, una complicación producida por saber y determinar quiénes son los verdaderos padres de las criaturas, mientras que, por el otro lado, se originaban disputas por el desistimiento de las gestantes a entregar a la criatura a los padres de intención o a su vez, la negativa de estos padres a recibir al niño.

Ahora bien, en un ámbito permisivo, en el 2002, aparece el denominado “turismo reproductivo” en India, pues, se legalizó la subrogación comercial. Lo cual, impulsó a una gran cantidad de parejas a recurrir a este país para la subrogación dado que, los gastos de esta técnica eran notablemente bajos y contaban con médicos especialistas en reproducción asistida.<sup>5253</sup>

Finalmente, cabe mencionar que, se calcula que en el mundo existen, aproximadamente, cinco millones de personas gracias a los métodos de reproducción asistida. De acuerdo con las estadísticas de la REDLARA, *“entre los años 1990-2011, en América Latina, 114,279 personas fueron concebidas mediante estas técnicas. Brasil, Argentina y México son los países que encabezan la lista de mayor número de personas nacidas gracias a dichas técnicas. Asimismo, Perú ocupa el sexto lugar con 4,927 personas; es decir, con el 4.3% del total de personas concebidas por una técnica de reproducción asistida en América*

---

<sup>52</sup> Página web consultada el 20 de noviembre del 2020, disponible en: <http://www.artparenting.org/about/> >

<sup>53</sup> Álvarez, Jorge. Op. Cit. p. 293-302.

latina.”<sup>54</sup> En ese contexto, las estadísticas actualizadas de la REDLARA correspondiente al año 2017 evidencian un total de 93,600 nacimientos por dichas técnicas. Donde el Perú ocupa el cuarto lugar con 6,779 nacimientos.<sup>55</sup> Pese a esta realidad, estos métodos aun no son pacíficamente aceptados y dados los dilemas que le son inherentes, este tema se vuelve relevante para el debate en todo el mundo.

## 2.2.2 CLASIFICACIÓN<sup>56</sup>

Existen 2 grupos que clasifican a las TRAS, los cuales dependen del lugar donde se situará la fecundación. Sin embargo, para tener un mayor entendimiento debe saberse de donde proceden los gametos.

### ❖ Origen de los gametos:

- ✓ **Homólogas:** Los espermatozoides y óvulos son de la pareja que se somete a las técnicas.
- ✓ **Heterólogas:** Uno o ambos gametos, provienen de donantes distintos a la pareja que se somete a la técnica.

### ❖ Primer Grupo: Técnicas intracorpóreas de reproducción asistida

También conocidas como técnicas de baja complejidad, son métodos que se efectúan dentro del aparato reproductor femenino, donde se da el

---

<sup>54</sup> CARRACEDO, Sarah. *La fertilización in vitro y el debate sobre el estatuto del no nacido*. Tesis PUCP.2015 p.7

<sup>55</sup> Assisted reproductive techniques in Latin America: The Latin American Registry. Table 1. REDLARA pages. 2017

<sup>56</sup> En el presente acápite se han tomado dos denominaciones clasificadoras. Para mayor referencia vid.: SANTAMARIA, L. *Técnicas de Reproducción Asistida. Aspectos Bioéticos*. España, Universidad Autónoma de Madrid-Cuadernos de Bioética, 2010 p. 38-46.; y GÓMEZ Y. *El derecho de reproducción asistida*. Madrid. Marcial Pons, 1994. p. 136.

proceso de fecundación o fertilización del ovocito u ovulo por el espermatozoide. En otras palabras, el momento central de la reproducción que da vida al ser humano, queda libre de intervenciones tecnológicas. Por ello, es fundamental mencionar que todas las técnicas mencionadas a continuación requieren la integridad del aparato genital femenino.

✓ **Inseminación Artificial:**

Radica en la introducción de los espermatozoides mediante un catéter en la vagina de la mujer. Lo cual, conlleva la llegada de los espermatozoides hasta el óvulo y la fecundación se efectúa de modo similar al proceso fisiológico normal. Cabe mencionar que, las demás TRAS intracorpóreas o de baja complejidad son modificaciones de esta, en las que se emplean métodos más agresivos para posibilitar la fecundación.

- **Inseminación intrauterina directa:** Radica en introducir espermatozoides directamente en el útero, evitando su tránsito por la vagina, lo cual posibilita a los espermatozoides llegar más cerca del óvulo.
- **Inseminación intraperitoneal:** Los gametos masculinos se introducen en el interior de la cavidad peritoneal de la mujer haciéndolos llegar a la trompa uterina más próxima al ovario, que es donde normalmente tiene lugar la fecundación fisiológica.

- **Transferencia intratubárica de gametos:** Consiste en la extracción de los óvulos de una mujer, mezclándolos con los espermatozoides e inmediatamente se colocan en las trompas de Falopio, mediante un catéter.
- **Transferencia intraperitoneal de esperma y ovocitos:** En el saco de Douglas, se depositan los ovocitos y los espermatozoides mediante un catéter. El saco de Douglas es una membrana que recubre la cavidad abdominal entre el recto y el útero de la mujer y, en ciertas ocasiones la fecundación natural se produce en este saco.

❖ **Segundo Grupo: Técnicas extracorpóreas de reproducción asistida**

Conocidas como técnicas de alta complejidad pues, son aquellas modalidades de reproducción asistida en las que el acto fecundador se realiza fuera del cuerpo de la mujer. Por lo cual, esto involucra una manipulación del comienzo de la vida humana. Cabe recalcar que, en todas estas técnicas, se efectúa la fertilización *in vitro*. Este grupo se subdivide en dos, los cuales son:

✓ **Técnicas sin micromanipulación de gametos:**

- **FIVET:** Fecundación *in vitro* con transferencia de embriones, reconocida como la técnica principal de las TRA extracorpóreas dado que, es la base de las técnicas que, si implican micromanipulación pues, solo sofistican el desarrollo

de esta. Simplemente se produce una manipulación del embrión previa a la implantación.

✓ **Técnicas con micromanipulación de gametos:**

En las dos siguientes modalidades el óvulo a fecundar es inmovilizado en el medio de cultivo en el que se encuentra flotando, y mediante un control microscópico, se inyecta espermatozoides para que atraviese la zona pelúcica del ovocito, es decir, se manipula con la finalidad de facilitar al grado máximo la penetración de espermatozoides en el óvulo a fecundar.

- **ICSI:** Es la introducción directa de los espermatozoides en el interior del óvulo mediante una inyección intracitoplásmica, así todos los espermatozoides son forzados a penetrar el óvulo.
- **SUZI:** Inserción subzonal de espermatozoides, radica en el depósito de espermatozoides en el espacio perivitelino de modo que, todos los gametos masculinos incluyendo los anómalos puedan atravesar la zona pelúcica y penetrar en el óvulo, completando por si mismos la fecundación.

Finalmente, como en todos estos métodos el embrión es obtenido in vitro, resulta evidente que posteriormente debe ser transferido al útero materno, y es en ese preciso momento, donde se da la posibilidad de que se lleve a cabo en el útero de la madre biológica o en la de otra mujer. Entrando así, a lo que se denomina como maternidad subrogada.

### **2.3 LA MATERNIDAD SUBROGADA**

***“Y dijo Saray a Abraham: Ya que Yavé me ha hecho estéril, toma a mi esclava por mujer a ver si por medio de ella tendré algún hijo. Abraham hizo caso de las palabras de su esposa quien tomó a Saray y se la dio por mujer a su esposo. El la recibió como tal, quedando embarazada”***

**Génesis 16:2**

Frente a la revolución reproductiva en la que nos encontramos inmersos gracias a las TRAS. Hoy en día, es posible la reproducción sin coito, y es dentro de este marco de las técnicas de reproducción asistida, donde se presenta la maternidad subrogada.<sup>57</sup>

Antes de definirla, en búsqueda de una mejor precisión, resulta fundamental mencionar que existe una múltiple terminología arraigada a posturas en relación a esta realidad. Tenemos así a: “la maternidad subrogada”, “vientre de alquiler”, “gestación por sustitución”, “úteros de alquiler”, entre otros. Sin embargo, todas ellas hacen referencia a *“el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste.”*<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> LAAM, Eleonora. *Gestación por sustitución*. Universitat de Barcelona-Observatori de Bioètica i Dret.2013, p.17

<sup>58</sup> RODRÍGUEZ, Dina. *Nuevas Técnicas de Reproducción Humana. El útero como objeto de contrato*. Revista de Derecho Privado. 2005. p. 109-110. Disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr5.pdf>>

Por ello, en el desarrollo de esta investigación, se utilizará el término “maternidad subrogada” pues hace referencia a la sustitución de la mujer que desempeñaría la función de gestación. Dado que, según la Real Academia de la Lengua Española (RAE) subrogar consiste en “sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona”<sup>59</sup>. En esa línea, el significado de maternidad, en lo que refiere esta materia, presenta dos caras o lados, ya que, por un lado, según la Academia esta es “el estado o cualidad de madre”<sup>60</sup> la cual hace referencia no solo a la mujer que da a luz a un hijo, sino también a la relación existente entre ambos<sup>61</sup>, es decir, “madre” es no solo la que alumbró sino la responsable de los hijos, de su cuidado y educación, etc. Dicha relación en este respecto, se desarrollaría entre la criatura y los padres de intención dada **la voluntad procreacional** de estos últimos; por el otro lado, en una percepción netamente jurídica, la maternidad se encuentra representada por la filiación, pues, independientemente si la relación es biológica o adoptiva, esta refleja el nexo entre los progenitores y los descendientes.<sup>62</sup>

Ahora bien, existen diversas definiciones respecto a la maternidad subrogada, dado que con el tiempo se han ido modernizando y especificando. En ese sentido, Brazier la califica como “la práctica mediante la cual una mujer lleva un embarazo para otra/s persona/s como resultado de un acuerdo, previo a la concepción, de

---

<sup>59</sup> Página web consultada el 24 de noviembre del 2020, disponible en: <<http://lema.rae.es/drae/?val=subrogaci%C3%B3n>>

<sup>60</sup> Página web consultada el 24 de noviembre del 2020, disponible en: <<http://lema.rae.es/drae/?val=maternidad>>

<sup>61</sup> Página web consultada el 24 de noviembre del 2020, disponible en: <<http://lema.rae.es/drae/?val=madre>>

<sup>62</sup> ARÁMBULA, Alma. *Maternidad Subrogada*. Centro de documentación, información y análisis. Subdirección de Política Exterior – Cámara de Diputados – LX Legislatura México. Página web consultada el 24 de noviembre del 2020, disponible en: <<http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>>



*que el niño debe ser entregado a esa/s persona/s después de nacer.*<sup>63</sup> Nótese muy bien la ambigüedad que deja lo planteado por el medico investigador pues, hace referencia de que los comitentes pueden ser uno o varios.

En esa misma línea, contamos con el informe Warnock de Reino Unido, que califica a la maternidad subrogada como *“la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca.”*<sup>64</sup> Postura que la presente investigación comparte plenamente, sin embargo, aún resulta incompleta.

Por otro lado, buscando dar respuesta a dicha ambigüedad de posibilidades Pérez Monge la establece *“como aquel contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso, los gametos procederán de donante (masculino y/o femenino).”*<sup>65</sup> Dicha definición resulta más completa pues, a pesar de clarificar que los comitentes pueden ser una persona o una pareja, casada o no; manifiesta también los distintos tipos de maternidad subrogada conocidos, es decir, si los comitentes aportan o no sus gametos o si producen de un donante, sin perjuicio que, a su vez, haga mención del carácter oneroso o gratuito de la misma pues, como veremos más adelante, todo lo mencionado implica el respeto y protección de múltiples derechos fundamentales en juego.

---

<sup>63</sup> BRAZIER, M., CAMPBELL, A., GOLOMBOK, S. *Surrugacy: Review for Health Ministers of current arrangements for payments and regulation*. Department of Health, 1998.

<sup>64</sup> Informe Warnock. Sobre fertilización humana y embriología. 1984.

<sup>65</sup> PÉREZ, M. *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Centro de Estudios Registrales. Fundación Beneficencia et Peritia Luris, Madrid, 2002. p. 329.

Así las cosas, en el marco de la presente investigación, entendemos a la maternidad subrogada como un método perteneciente a las técnicas de reproducción asistida, dado que según la OMS las TRA “(...) *no están limitadas sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, y el útero surrogado.* (...)”<sup>66</sup> Ello sin perjuicio, que la maternidad subrogada constituya un procedimiento basado en las TRA, es decir, sería algo más que dichas técnicas, pero debe apoyarse en ellas necesariamente.<sup>67</sup>

En ese contexto, según la doctrina en la maternidad subrogada se pueden diferenciar diversas variantes o maneras:<sup>68 69</sup>

En relación de la procedencia de gametos:

**a) Tradicional o total:**

La gestante aporta no sólo la gestación, sino también sus gametos; ya sea que el semen provenga del comitente o de un donante, en otras palabras, la madre subrogada también es la madre genética pues, sus propios óvulos son fecundados con espermatozoides del padre comitente o de un donante.

---

<sup>66</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). *Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida (TRA)*. 2010.

<sup>67</sup> SÁNCHEZ, Rafael. *La Gestación por Sustitución: Dilemas Éticos y Jurídicos*. Revista Humanitas, 2010.

<sup>68</sup> LAAM, Eleonora. Op. Cit. p. 27-28.

<sup>69</sup> RUPAY, Lurdes. *La maternidad subrogada gestacional altruista en el Perú: problemática y desafíos actuales*. Derecho & Sociedad. 2018. p. 4

**b) Gestacional o parcial:**

En esta modalidad, la mujer que ejerce el rol de “madre gestante”, solo aporta dicha gestación, dado que, los óvulos serian de una donante o de la madre de intención. En otras palabras, quien gesta y quien aporta sus gametos sexuales no son la misma persona.

En relación con la naturaleza del acuerdo:

**c) Altruista:**

Finalidad totalmente gratuita, esto es, una mujer acepta gestar un hijo a cuenta de otra de manera desinteresada, tan solo con el objetivo de apoyar; mayormente, en esta modalidad existe una relación de parentesco o lazos de amistad.

**d) Comercial:**

Se estimula un precio a pagar por dicho podrecimiento gestacional, es un acuerdo mercantil pues, la mujer que acepta gestar al hijo de otra espera y percibe un pago bajo los términos de la prestación de servicios.

Respecto a lo anterior, es decir, al carácter comercial de la subrogación, podemos señalar que, no es comúnmente aceptada y es prohibida en varios estados, ya que, es una medida de evitar que se haga de la gestación una nueva forma de explotación de la mujer, afectando su dignidad al ser vista como un mero

receptáculo.<sup>70</sup> Ello sin perjuicio, de que el fondo de este asunto lo analizaremos con detalle más adelante.

### 2.3.1 LA VARIANTE CONTRACTUAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

A este respecto, en la lógica de la presente investigación, resulta fundamental clarificar la diferencia conceptual del “contrato” y “acuerdo” desde el punto de vista del acto jurídico, pues la ausencia de ello, puede llevar a múltiples confusiones jurídicas en relación a esta materia.

En ese sentido, por un lado, el acto jurídico encuentra una definición legal en el artículo 140 del Código Civil peruano, siendo calificado como: *“la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas.”*<sup>71</sup>

Por el otro lado, la definición del contrato de manera general se encuentra en el artículo 1351 como: *“el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.”*<sup>72</sup> Aquí podemos evidenciar que existen ciertas similitudes entre ambas instituciones en los efectos jurídicos que generan, sin embargo, también resaltan sus diferencias como el carácter patrimonial o extrapatrimonial.

Por su parte, el acuerdo *“es el concierto de dos voluntades o inteligencia de personas que llevan a un mismo fin”*<sup>73</sup>, por lo cual, podemos deducir que siempre puede existir un acuerdo sin haber contrato, pero para que se lleve a cabo un contrato siempre debe haber un acuerdo.

---

<sup>70</sup> HURTADO, Xavier. *El derecho a la vida ¿Y la muerte?*, 2da edición. Porrúa. México. 2000. p. 68.

<sup>71</sup> Código Civil. Artículo N°140. 1984.

<sup>72</sup> Código Civil. Artículo N°1351. 1984.

<sup>73</sup> CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. 20ª. ed. Tomo V. Buenos Aires, Heliasta. 1993. p. 17

En esa línea, el acto jurídico es una causa determinante de varios efectos jurídicos, patrimoniales o extrapatrimoniales. Está, entendida como causa determinante en el ordenamiento pues, tiene una mayor amplitud que el contrato como fuente de obligaciones, y las obligaciones como tal sus actos jurídicos.<sup>74</sup> Por ello, en la línea de ideas de la presente investigación, resulta evidente que el acuerdo de maternidad subrogada encajaría como un acto jurídico, mas no como un contrato pues su característica intrínseca no es patrimonial. Todo ello, sin perjuicio, que en este apartado utilice el término “variante contractual”, dada las características que presenta el acuerdo. En otras palabras, desde el punto de vista del acto jurídico, lo que el acuerdo de maternidad subrogada presenta frente a la voluntad de las partes intervinientes no puede ser calificado como un contrato **per se**, pues el carácter no es patrimonial.

Ahora bien, en apoyo a las parejas infértiles o personas con inconvenientes para concebir, se desarrolló un acuerdo que facilite el acceso a una gestación mediante el soporte de una tercera fértil, es decir, una madre sustituta, generándose así distintos arreglos acordes a las partes intervinientes.

Por ello, según la doctrina, las principales características del acuerdo son:<sup>75</sup>

❖ **Bilateral:**

Dado que existe una obligación recíproca entre la madre gestacional y la madre intencional pues, la primera se obliga a la gestación y la entrega del bebé, y la segunda a un pago establecido, pese a que la naturaleza del

---

<sup>74</sup> LEÓN, José. *Manual de Acto Jurídico*. Perú. Edición de la Facultad de Derecho UNMSM. 1976.

<sup>75</sup> SANTANDER, Cristóbal. *El contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio legítimo del derecho a procrearse o atentado a la dignidad humana?*, Chile, Universidad Alberto Hurtado, 2012. p. 13-14.

contrato sea gratuito o altruista, ya que, en esta modalidad, aunque no hay un precio, se puede acordar el pago de los gastos correspondientes al proceso gestacional. Todo ello, sin perjuicio que el acuerdo no sea conmutativo, dado que, las prestaciones no son similares y que sea de ejecución diferida, puesto que, las obligaciones se realizan antes, durante y después. (El pago primero y luego la gestación).

❖ **Consensual:**

Se perfecciona por el sólo consentimiento de las partes. Por ello, debe consignarse clara y expresamente las obligaciones a que se someten ambas partes. Esta característica, resulta de fundamental importancia, ya que, permite establecer si esta radica en virtud de la voluntad procreacional y, por ende, a la autonomía reproductiva; o si constituye una afectación a la dignidad de la mujer gestante como a la criatura producto de la gestación.

❖ **Principal:**

No requiere de otro convenio, ya que este acuerdo subsiste por sí mismo. Y puesto que no está configurado en nuestro ordenamiento jurídico, es considerado como innominado.

Así pues, queda en evidencia que el acuerdo de maternidad subrogada, siguiendo a Esther Farnós, es un *“acuerdo por el que una mujer, la madre subrogada, “madre de alquiler” o “madre portadora”, acepta someterse a las TRAS para llevar acabo la gestación a favor de un individuo o paraje comitente, también llamados*

*“padres intencionales”, a quienes se compromete a entregar el niño o niños que puedan nacer”.<sup>76</sup>*

Por otro lado, la investigadora Raquel Contreras, nos brinda una definición más completa y centrada, ya que, sostiene que dichos acuerdos regulan *“la prestación de servicios de gestación o gestacional; que tendrá por objeto la realización de conductas de hacer y dar por parte de la mujer gestante; entre las primeras, se encuentran las de ser fecundada con el material genético de las personas que solicitaron el empleo de las técnicas de reproducción asistida. Una vez sucedido lo anterior, el llevar a buen término la gestación y al final de la misma, el entregar a los progenitores el producto del alumbramiento, y por parto de estos últimos, la contraprestación consistirá en el pago de gastos originados tanto con motivo de la gestación, como del alumbramiento y de todos aquellos que se originen con motivo del estado de la salud de la mujer gestante, luego del alumbramiento.”<sup>77</sup>*

Así las cosas, es fundamental mencionar que existen ciertos criterios comunes aceptados por la mayoría de estados que regulan la maternidad subrogada, dado que en la Conferencia Internacional de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (2014) se estableció lo siguiente:<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> FARNÓS, Esther. *Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en california*. InDret(Virtual) Revista para el Análisis del Derecho.2010. Disponible en: <[www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/225321/306632](http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/225321/306632)>

<sup>77</sup> CONTRERAS, Raquel. *La legislación mexicana civil y la maternidad sustituta*. Revista Cirujano General, Facultad de Derecho y de la División de Postgrado de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2013. Disponible en: <<http://www.medigraphic.com/pdfs/cirgen/cg-2013/cgs132m.pdf>>

<sup>78</sup> La Conferencia Internacional de la Haya en Derecho Internacional Privado. *A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements*. 2014, Documento Preliminar N°3, p. 18. Página web consultada el 26 de noviembre del 2020, disponible en: <[http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd03c\\_en.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd03c_en.pdf)>

1. Se deben cumplir ciertos criterios, por parte de los padres intencionales, antes de la aceptación de los acuerdos de maternidad subrogada y para que, posterior al hecho, estos sean reconocidos como los padres legales.
2. Ciertas condiciones de salud mental y física, por parte de los padres intencionales, pueden ser exigidas por los estados.
3. Las mujeres que pretendan ser “madres gestantes” deberán cumplir con ciertos parámetros psicológicos y con un límite de edad establecido por cada estado.
4. La gratuidad y el altruismo, son la base esencial de los acuerdos de maternidad subrogada, independientemente que exista un pago por una compensación por gastos razonables, incluyendo el tratamiento médico.

### **2.3.2 LA POLÉMICA DE LOS ACUERDOS DE MATERNIDAD SUBROGADA**

Fuera de los dilemas jurídicos de fondo inherente a la maternidad subrogada que se analizarán con posterioridad en la presente investigación. Existe una controversia propia de los acuerdos, dada las posibles complicaciones e incumplimientos de las obligaciones, de las cuales las más comunes son:<sup>79</sup>

- 1) La negativa de la madre gestante a abortar terapéuticamente, cuando se detecta una anomalía en la criatura que está por nacer.
- 2) Que la mujer gestante desee quedarse con la criatura.<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup> SOUTO, Beatriz. *Dilemas Éticos sobre la Reproducción Humana. La Gestación por Sustitución*. Proyecto de investigación “Bioética y Derechos Humanos”, Universidad Complutense de Madrid, 2006. p. 186-187.

<sup>80</sup> A este respecto resalta el famoso caso llamado “Baby M”, el cual consistió en la contratación de una mujer casada, como madre gestante. Fruto de dicha gestación nació una niña, la cual no quiso ser entregada por la madre subrogada, que había sido inseminada con espermatozoides del marido de la



- 3) Que frente a alguna anormalidad o discapacidad que posea la criatura, ninguna de las partes, quieran quedárselo.
- 4) Que la madre gestante fallezca o adquiera una grave enfermedad, a raíz del parto.
- 5) Que la entrega del hijo genere una afectación psicológica en la gestante.
- 6) ¿La gestante podrá elegir abortar de manera independiente, sin aviso previo a los comitentes? Ello, frente a la posibilidad de contraer una enfermedad de gravedad a raíz del embarazo.
- 7) Que como consecuencia de la técnica nazcan dos criaturas, cuando lo pactado era solo una.

Así pues, queda en evidencia que los acuerdos de esta índole pueden derivar en problemas dada la propia naturaleza del acuerdo. Es por ello, que resulta acertado evaluar si celebrando este convenio, se ejerce un derecho o se atenta contra la dignidad humana.

En ese sentido, es sabido que el ser padres sea una de las más grandes satisfacciones del ser humano, sin embargo, resulta fundamental preguntar si, ¿Tenemos la suficiente libertad para disponer de nuestro propio cuerpo? ¿Existe un derecho a la autonomía reproductiva en nuestro ordenamiento que faculte el accionar de dichos acuerdos? ¿Dicho derecho en que se sustenta? ¿Puede ejercerse libremente o tiene limitaciones? ¿La ausencia de una regulación adecuada en esta materia en nuestro ordenamiento promueve una exclusión o una inclusión de estos acuerdos?

---

pareja comitente. Véase en CARCABA, María. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción asistida*. J.M Bosch Editor S.A. 1995. p. 167.

En definitiva, todas estas interrogantes nos llevan a la óptica constitucional en búsqueda de una adecuada respuesta, la cual se ira evidenciando en el análisis del ámbito regulatorio de la maternidad subrogada en el Perú y en el desarrollo de la autonomía reproductiva como un derecho fundamental en nuestro ordenamiento. Todo ello, en un marco de una realidad social inmersa en la revolución reproductiva.

### **LA CONTRADICCIÓN DEL AMBITO REGULATORIO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERÚ**

En el presente apartado, se analizará detalladamente el ámbito regulatorio de la maternidad subrogada en el Perú, dado que, resulta evidente una clara contradicción entre lo que establece el artículo 7 de la ley general de salud y lo que resuelve la jurisprudencia tanto del Poder judicial y el Tribunal Constitucional, siendo estas el marco regulatorio de la presente materia. Ello sin perjuicio que dichas posturas sean inherentes de interpretación.

En ese sentido, cabe mencionar que, en el plano internacional, existe disparidad sobre los estados que regulan o no a la maternidad subrogada y las TRA en general, dado que, solo algunos países expresan mediante una ley dicha legalidad que dota de legitimidad a la maternidad subrogada, entre ellos figuran Canadá, Estados Unidos (Algunos estados), Rusia, Grecia, India, Reino Unido, Australia. Entre los estados que la prohíben resaltan España, Francia, Italia, entre otros. A su vez, existen estados que se encuentran en un limbo legal, dada la falta de regulación o la defectuosidad de la misma, quienes figuran en ese grupo son

México, Argentina, Perú, entre otros.<sup>81</sup> Es por ello, que sabiendo esta realidad regulatoria en materia reproductiva, resulta oportuno el presente análisis.

#### 2.4. EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY GENERAL DE SALUD

Para enmarcar correctamente, el sentido del presente apartado, resulta necesario esclarecer la terminología correspondiente, esto es, ¿Qué se entiende por ley? Y ¿Qué se entiende por salud?

Por lo cual, según Guillermo Cabanellas, establece que dentro de la multiplicidad de significados que presenta la palabra “ley” podemos desprender, en favor de la presente investigación, lo siguiente:

*“(...) entiéndase por ley las propiedades y relaciones entre las cosas, según su naturaleza y coexistencia. Regla, norma, precepto de la autoridad pública, que manda, prohíbe o permite algo (...)”<sup>82</sup>*

De lo anterior, podemos desprender que toda ley posee una triple funcionalidad arraigadas a las propiedades y relaciones de la realidad, es decir: **manda, prohíbe o permite algo**. En otras palabras, la ley es la expresión positiva del derecho.<sup>83</sup> A ello sumándole, que el acto interpretativo de la ley también desprende dicho dinamismo funcional, como se aprecia en las posturas jurisprudenciales y doctrina respecto a la subrogación de la maternidad.

Por otro lado, entrando en la terminología de la “salud”, esta es entendida en la óptica jurídica como el *“estado del organismo cuando funciona normalmente y sin*

---

<sup>81</sup> CARRACEDO, Sarah. Op. Cit.

<sup>82</sup> CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. 20ª. ed. Tomo V. Buenos Aires, Heliasta. 1993. p. 147

<sup>83</sup> Ibidem.

*daño inmediato que lo amenace.*<sup>84</sup> Por su parte médica, la OMS la califica como “Un estado de perfecto bienestar físico, mental y social, y no solo la ausencia de enfermedad”.<sup>85</sup> En ese sentido, queda claro que salud, uniendo el concepto médico y el jurídico, es un funcionamiento estable del organismo, este entendido no solo como una ausencia de enfermedad sino como una estabilidad psicológica, física y social.

Ahora bien, siguiendo esa lógica de ideas, dado que la ley que analizaremos a continuación fue elaborada como la respuesta jurídica frente al problema social que genera la infertilidad en las personas y parejas, resalta la importancia de girar la óptica de este contexto a un factor de salud pública. Por lo cual, resulta esencial definirla pues, encaja perfectamente con la realidad social que manifiesta la infertilidad. Por ello, la salud pública es entendida como la *“organización estatal que cuida de preservar a los habitantes de un territorio de las enfermedades comunes, imponer reglas higiénicas generales y atacar las epidemias y otros males peligrosos para la colectividad”*.<sup>86</sup> Lo cual, destaca la necesidad de una adecuada regulación sobre las TRAS, y en este caso específico, sobre la maternidad subrogada.

Así las cosas, lo que la ley general de salud en su artículo 7 nos presenta respecto al acceso de las TRA desde el año 1997, incluyendo también a la maternidad subrogada, es lo siguiente:

---

<sup>84</sup> Ibidem. p.290.

<sup>85</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). *Preámbulo de la constitución de la organización mundial de la salud*.1948

<sup>86</sup> CABANELLAS, Guillermo. Op. Cit. p. 290.

*“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”<sup>87</sup>*

Del articulado anterior, podemos desprender que si bien no establece ninguna prohibición expresa respecto a la subrogación de la maternidad. *“La interpretación de la doctrina nacional a dicho enunciado se divide en dos sectores: el sector que entiende que dichos convenios son nulos y el sector que entiende que “lo que no está prohibido, está permitido” y que “el enunciado de la norma significa que la ley general de salud solo regula los supuestos donde la madre gestante y la genética son la misma persona”.*”<sup>88</sup>

Por lo cual, en aras de un correcto entendimiento, desglosaremos las posturas manifestadas por la doctrina. Por su lado, los argumentos que sustentan el sector que comprende que dichos convenios son negocios jurídicos ilícitos son los siguientes: <sup>89</sup>

- 1) Manifiesta un objeto físicamente y jurídicamente imposible dado que califica a la criatura como mercancía.
- 2) Al comercializar el cuerpo humano atenta contra el orden público.

---

<sup>87</sup> LEY GENERAL DE LA SALUD. Artículo N°7. 1997

<sup>88</sup> MARDINI, Jalil. *Análisis económico del derecho de los contratos de maternidad subrogada en el Perú*, Perú, Universidad de Lima, 2018, p. 78.

<sup>89</sup> NUÑEZ, André. *Derechos reproductivos de la mujer infértil en el Perú: acceso a la técnica de reproducción asistida de maternidad subrogada*. Foro jurídico, 89-99.

- 3) Se contraponen las normas naturales de filiación, por ello es contrario a la ley.
- 4) Es un engaño de la institución de la adopción puesto que se distorsiona la diferencia entre la maternidad legal y la genética.
- 5) Es contrario a la moral y buenas costumbres que se asemeja al contrato de prostitución.

Por otra parte, lo que plantea el sector que concibe que no está regulada, manifiesta lo siguiente:<sup>90</sup>

- 1) La interpretación de dicho articulado puede desprender que se puede acceder a las TRAS, únicamente en los casos que exista una identidad biológica, es decir, que quien aporta los óvulos y la gestante, sean la misma persona. Lo cual, no estaría impidiendo la aplicación de los otros supuestos, dado que, no es posible realizar una interpretación en sentido opuesto de las normas que restringen derechos.
- 2) La prohibición de celebrar acuerdos de maternidad subrogada, debe ser expresada de manera clara y concisa, sino “todo lo que no está prohibido, está permitido”. Ello, basado en el principio de legalidad.

Ahora bien, pese a que las posturas de ambos sectores fluctúan entre la prohibición y la ausencia de regulación que conlleva a una permisión, en base al principio de legalidad de que “todo lo que no está prohibido, está permitido”. Queda en clara evidencia que, dicho artículo como base regulatoria general de las TRAS y, por ende, de la maternidad subrogada; es insuficiente y desactualizada por sí misma, dado que, no toma en cuenta de los avances médicos que se dan

---

<sup>90</sup> MARDINI, Jalil. Op. Cit. p.79-80.

hoy en día y oscurece los conceptos dando lugar a múltiples interpretaciones, como bien manifiesta la doctrina párrafos arriba.

En ese sentido, al analizar minuciosamente lo que el artículo 7 manifiesta al decir que se puede tratar la infertilidad accediendo a las técnicas de reproducción asistida “(...) **siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona (...)**” en *stricto sensu*, siguiendo la triple funcionalidad de la ley esbozada por Cabanellas, se puede desprender una prohibición poco clara, puesto que establece una condición vinculante que limita el acceso y la configuración de la maternidad subrogada en su totalidad, es decir, si se puede acceder a las TRA *únicamente* cuando la madre gestante y la genética sean la misma persona. Lo cual, refleja que no se permitiría que la madre gestante alumbrase a una criatura y esta sea inscrita bajo la maternidad de otra mujer. El articulado claramente exige una identidad biológica, entre la madre gestante y la madre genética. Identidad biológica que es sabido que no detenta la maternidad subrogada. En otras palabras, teniendo en cuenta lo explicado en el apartado anterior, en función a la procedencia de gametos, la maternidad subrogada se divide en tradicional (la gestante y la cedente de óvulos son la misma persona) y gestacional (la que gesta es una persona distinta a la que aporta los óvulos) por lo tanto, lo que el artículo 7 estaría prohibiendo sería la subrogación gestacional. Sin perjuicio, que todo ello sea mera tautología.

En esa línea, según Fernández Sessarego, el hecho que la maternidad subrogada no esté sujeta a un control jurídico, causaría un grave impacto y alteración en la vida social de una persona. Por lo cual, sería conveniente que la ley se pronuncie

acerca de todos los tratamientos de fertilidad, para que con ello no exista ningún vacío ni incertidumbre al respecto.<sup>91</sup>

En esa misma lógica, Gastón Soto Vallenas explica que, frente a la maternidad subrogada, *“una vez más la realidad termina por superar lo que dice la norma, dado que no hay una solución frente al problema, esto es, que hay una pareja infértil y más aún cuando el problema sea solo la mujer, porque no podría recurrir a ningún tipo de ayuda. Siendo así, el art. 7° solo supone la eventualidad de que el problema de infertilidad sea del varón, mas no de la mujer. Entonces beneficia al varón, en el sentido de que él puede buscar un donante de espermatozoide, pero la esposa natural tendría que ser la madre genética y gestante.”*<sup>92</sup>

Por ello, lo adecuado, según la lógica de la presente investigación, sería clarificar el sentido de dicha ley mediante una modificación legislativa, toda vez que no solo facilitaría la interpretación y la aplicación, sino que se estaría ejerciendo y fortaleciendo un derecho “no normado” que sustentaría y legitimaría los convenios de maternidad subrogada. Siendo dicho derecho la autonomía reproductiva, impulsada esta última por la voluntad procreacional de las personas.

---

<sup>91</sup> FERNÁNDEZ, Carlos. *Derecho de las personas*. Lima, Studium. 1986.

<sup>92</sup> ROSAS, M., TUNQUI, L. *La gestación subrogada en salas superiores de familia de la corte superior de justicia de lima, periodo 2012-2017*. Perú, Universidad San Ignacio De Loyola, 2018, p. 53.



## 2.5. LA JURISPRUDENCIA DEL PODER JUDICIAL

Es fundamental, en el marco del presente apartado, entender que “*la jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico mediante la interpretación de la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.*”<sup>93</sup> Es por ello, que según Guillermo Cabanellas, la jurisprudencia es:

*“(...) La interpretación de la ley hecha por los jueces. Conjunto de sentencias que determinan un criterio acerca de un problema jurídico u obscuro en los textos positivos o en otras fuentes del derecho (...).”*<sup>94</sup>

En esa línea, en palabras de Aníbal Torres Vázquez, “*la jurisprudencia, denominada también precedente judicial, stare decises, doctrina jurisprudencial, sentencia normativa, criterio jurisprudencial, es la decisión del más alto tribunal de un país que, al resolver un concreto, establece un principio o doctrina jurídica vinculante para el propio tribunal supremo y para todos los órganos jurisprudenciales inferiores, mientras no sea derogada o modificada por resolución debidamente motivada del propio tribunal supremo. Así se entiende a la jurisprudencia tanto en el sistema romano germánico como en el anglosajón. En un sentido amplio se entiende por jurisprudencia a toda decisión emanada de autoridad judicial o gubernativa, independientemente de su rango y categoría, al interpretar y aplicar el derecho. Así, por ejemplo, se habla de jurisprudencia de la*

---

<sup>93</sup> TORRES, Aníbal. *La jurisprudencia como fuente del derecho*. Perú, Revista Institucional de la Academia de la Magistratura. 2008. p. 223-224.

<sup>94</sup> CABANELLAS, Guillermo. Op. Cit. p. 55.

*Corte Suprema, jurisprudencia de la Corte Superior, jurisprudencia del Tribunal Fiscal, del Tribunal Registral, etcétera.”<sup>95</sup>*

En ese sentido, tomando en consideración todo lo anterior, la finalidad del presente apartado es analizar algunos casos del Poder Judicial peruano donde el punto principal gire en el entorno a la maternidad subrogada, permitiéndonos así la oportunidad de observar y constatar si existe un equilibrio jurisprudencial firme en esta materia acorde a lo que establece el artículo 7 de la ley general de salud, o si reina una disparidad de posturas inherentes a este a contexto que producirían una incompatibilidad entre la ley, su interpretación y su aplicación; generando así una contradicción. Todo ello, sin perjuicio que la jurisprudencia regula esta materia en base a un resultado, es decir, regula el hecho factico producido por esta técnica de reproducción asistida que es en última instancia, el nacimiento de una criatura.

Por lo cual, siguiendo un orden cronológico de los casos, contamos con:

**Casación 5003-2007 Lima (06/05/08). Sentencia de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República<sup>9697</sup>**

El presente caso constituye una maternidad impugnada, es decir, se imputa una falsa maternidad, en ese contexto, según los fundamentos de hecho, la Sra. Mónica Oblitas Chicoma, la accionante, en representación de su menor hijo (quien sería medio hermano de la menor en cuestión), impugna la maternidad de la Sra. María Alfaro Dávila, respecto de la menor de iniciales A.B.A.D, dado que, biológicamente hablando, la Sra. Alfaro no es la madre de la menor en cuestión.

---

<sup>95</sup> TORRES, Aníbal. Op. Cit. p. 225.

<sup>96</sup> Casación 5003-2007. Disponible en:  
<file:///E:/BIBLIOTECA/DESCARGAS/Sentencia%20(1).pdf>

<sup>97</sup> SIVERINO, Paula. *¿Quién llamó a la cigüeña? Maternidad impugnada e identidad genética, reflexiones a propósito de dos sentencias peruanas.* Argentina, Revista Jurídica-UCES. 2010.

Pues, la demandada se sometió a un proceso de maternidad subrogada gestacional, utilizando un ovulo de una tercera anónima y el espermatozoides del esposo de la accionante, el Sr. Custodio Quispe, sin su previo consentimiento. Por lo tanto, el resultado de todo ello, fue el nacimiento de la menor.

En ese sentido, el desarrollo procesal fue improcedente en las dos primeras instancias, sin embargo, al llegar a la Sala Civil Permanente vía recurso de casación, se admitió el recurso, dada la relevancia del medio hermano por conocer la certeza biológica de la menor.

Así las cosas, la sala ordeno la prueba de ADN, la cual evidencio que la menor A.B.A.D no es la hija biológica de la demandada. Por ende, en palabras de la propia sala “existe una falsedad de la relación materno filial”, es decir, la califica como una “maternidad ilegal”. Lo cual, por el otro lado, se relaciona con la fecundación heterologa, que acorde a la interpretación de la sala, el artículo 7 de la ley general de salud la estaría vedando. Finalmente, el recurso de casación fue declarado **FUNDADO**.

**Proceso Contencioso de Impugnación de Maternidad N° 183515-2006-01113 (06/01/09). Sentencia del Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia.<sup>98</sup>**

Al igual que el caso anterior, consiste en una impugnación de maternidad, sin embargo, tanto el fondo como la interpretación que lleva al fallo son completamente distintos. Pues, en este caso, la Sra. Carla See Aurish impugno la maternidad de la Sra, Jenni Aurish de la Oliva y Luis Mendoza Baber, existiendo una relación directa entre los demandados y la accionante, dado que, la primera es su madre y el segundo su esposo. Todo ello, en favor de que la menor de

---

<sup>98</sup> Sentencia 183515-2006. Disponible en: <file:///E:/BIBLIOTECA/DESCARGAS/Sentencia.pdf>

iniciales D.M.A sea reconocida como su hija, puesto que, aquí se recurrió al método de maternidad subrogada.

Para una mayor comprensión, según versan los hechos, el demandado y la demandante son esposos, sin embargo, la demandante sufre de insuficiencia renal, enfermedad que la impide quedar embarazada, puesto que, si ese fuera el caso el concebido y la demandante no podrían coexistir de manera conjunta. Razón por la cual, decidieron recurrir al método de subrogación de la maternidad en su modalidad gestacional, siendo la madre de la demandante, la Sra. Aurich de la Oliva, quien se ofreció para ejercer el rol de madre gestante, la cual dio a luz a la menor D.M.A. quien posee las células sexuales de la demandante y el demandado. Sin embargo, erróneamente la clínica consigno en la partida de nacimiento como madre a la Sra. Aurich de la Oliva. Lo cual, evidentemente, produciría múltiples problemas jurídicos, pues, acorde a dicha partida la demandante y la menor serían hermanas.

Por lo tanto, el juzgado al ordenar la prueba de ADN, evidencio que la madre biológica era la demandante, lo cual, evidencia los roles de las partes intervinientes en este método reproductivo, que acorde a la doctrina respecto a esta materia, serían la “madre genética” y la “madre gestante”. Siendo la razón fundamental, evidenciar quien de las dos es la madre legal de la menor. A ese respecto, el juzgado se inclinó por quien brindó sus óvulos, es decir, la “madre genética”.

En ese sentido, el propio juzgado, respecto a lo dispuesto por la ley de salud en el artículo 7, se planteó lo siguiente “¿Cómo se *determinaría la filiación si las condiciones de “madre genética” y “madre gestante” recaigan sobre diferentes*

*personas?”*<sup>99</sup> Estableciendo que todo este panorama factico, se relaciona con el axioma jurídico del principio de legalidad, esto es, “todo lo que no está prohibido, está permitido”. Por ende, de dicha conducta se considera lícita.

Así las cosas, se declaró **FUNDADA** la impugnación de la maternidad, disponiendo el cambio en el acta de nacimiento.

**Casación 563-2011 Lima (06/12/11). Sentencia de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.**<sup>100</sup>

El presente caso, versa en una adopción por excepción interpuesta por los señores Giovanni Sansone y Dina Palomino, a los esposos Isabel Castro y Paúl Palomino, este último siendo el sobrino de la co-demandante, todo ello respecto a la menor de iniciales V.P.C.

En ese sentido, según fluyen los hechos, los esposos demandados acordaron con los demandantes recurrir al método de maternidad subrogada para alcanzar la ansiada paternidad, asumiendo la Sra. Isabel Castro, el rol de gestante, aportando también su ovulo, quien asimismo, fue inseminada con el esperma del demandante Sr. Giovanni Sansone. Dando como resultado el nacimiento de la menor. Sin embargo, en el desarrollo procesal, pese a que en las primeras instancias los demandados reconocieron todos los extremos de la adopción, la demandada Isabel Castro decide desistirse de dicho procedimiento e interpuso el presente recurso de casación.

---

<sup>99</sup> Sentencia 183515-2006. Disponible en: <file:///E:/BIBLIOTECA/DESCARGAS/Sentencia.pdf>

<sup>100</sup> Casación 563-2011. Disponible en:  
<<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/53f1df80469c5c91b51bfdac1e03f85e/CAS%2B563-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=53f1df80469c5c91b51bfdac1e03f85e>>

Así las cosas, la sala explica que frente al desistimiento de la demandada se tiene que tener en cuenta el principio del interés superior del niño y el derecho inherente de la menor a tener una familia, sin embargo, en este caso, el interés superior de la menor se encontraba en oposición frente al derecho de la madre al desistirse a la adopción, dado que, la demandante acepto el acuerdo de maternidad subrogada para mejorar su economía y así poder viajar a Italia con su familia, sumándole a ello que desde un inicio había aceptado la adopción, hechos que resultan incongruentes para la sala, pues no benefician a la menor.

Por el otro lado, como la menor desde un inicio ha estado viviendo con los demandantes, el colegiado recalca la importancia que posee la estrecha relación entre los deseos imperiosos de ser padres (voluntad procreacional) y el interés superior de la niña, pues ello es la base del derecho a tener una familia.

Por lo cual, se declara **INFUNDADA** la casación.

**Sentencia 4323-2010 (11/08/11). Sentencia de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.**<sup>101</sup>

El caso consiste en una nulidad de acto jurídico que fue fundada por la Sexta Sala Civil, hecho que llevo a interponer un recurso de casación por parte de PRANOR SRL (Clínica de Fertilidad y Ginecología Concebir).

En ese sentido, según versan los hechos procesales, el demandante alega una carencia en la motivación de la sentencia de segunda instancia, dada la falta de conocimientos en lo relativo a los tratamientos tecnológicos de asistencia reproductiva, puesto que, en dicha sentencia se interpreta erróneamente el

---

<sup>101</sup> Sentencia 4323-2010. Disponible en:  
<file:///E:/BIBLIOTECA/DESCARGAS/Sentencia%20(3).pdf>

artículo 7 de la ley general de salud, al mencionar que estaría vedando la ovodonación, pues explica que la formación de un embrión mediante la donación del ovulo de una tercera anónima junto con el semen del esposo, aplicando fertilización in vitro, sería algo prohibido por dicho articulado.

En esa lógica, la sala resolviendo la controversia advierte que las TRAS en nuestra legislación son admitidas en virtud del principio de legalidad de que *“todo lo que no está prohibido, está permitido”*, por ende, no se configura delito alguno, ni es ilícita su práctica. Razón por la cual, se declaró **FUNDADA** la casación.

En este caso en particular, resulta esencial mencionar, dada la complejidad conceptual del colegiado al momento de definir a la ovodonación, que dicho procedimiento no es distinto a la maternidad subrogada, dado que, en realidad una complementa y potencia a la otra (la ovodonación al útero subrogado).

**Sentencia 063774-2016-0-1801-JR-CI-05 (21/02/17). Sentencia de la Corte Superior de Justicia de Lima, Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional.**<sup>102</sup>

El caso versa en el amparo interpuesto por dos grupos de esposos, por un lado, la Sra. Ballesteros Verau y Sr. Nieves Reyes; mientras que por el otro lado, la Sra. Rojas Urco y Sr. Lázaro Salecio, (madre gestante), ellos en conjunto contra la RENIEC, todo ello respecto a los menores L.N.N.R y C.D.N.R, pues la finalidad radica en la modificación en las actas de nacimiento de los menores.

---

<sup>102</sup> Sentencia 063774-2016. Disponible en:  
<[https://img.lpderecho.pe/wpcontent/uploads/2017/04/Descargue-aqu%C3%AD-en-PDF-la-sentencia-que-ordena-a-Reciec-a-reconocer-como-padres-a-pareja-que-alquil%C3%B3-vientre-Legis.pe\\_.pdf](https://img.lpderecho.pe/wpcontent/uploads/2017/04/Descargue-aqu%C3%AD-en-PDF-la-sentencia-que-ordena-a-Reciec-a-reconocer-como-padres-a-pareja-que-alquil%C3%B3-vientre-Legis.pe_.pdf)>

Según los hechos, la demandante Ballesteros Verau tras la constante imposibilidad de quedar embarazada, decidió junto a su esposo, recurrir al acuerdo de útero subrogado, entrando así en escena los otros co-demandantes, pues con la ayuda de la Sra. Rojas Urco como “madre gestante” se logró implantarle un embrión conformado por óvulos de una tercera donante y el espermatozoides del Sr. Nieves Reyes. Teniendo como resultado, el nacimiento de los menores. Sin embargo, al momento de la inscripción, se consignó como madre a la Sra. Rojas Urco. Razón por la cual, la RENIEC hizo los registros correspondientes en las actas de nacimiento.

Así las cosas, los co-demandantes establecen que existe una doble vulneración de derechos, dado que, por un lado, respecto a los menores, dicha inscripción vulnera el derecho a ser identificado y el interés superior del niño. Por el otro lado, respecto a los co-demandantes, se estaría vulnerando el derecho a la vida privada, el libre desarrollo de la personalidad, y su autonomía reproductiva.

En esa línea, el juzgado estableció que la unión de múltiples derechos humanos como la privacidad, la salud reproductiva y la autonomía reproductiva aceptan la facultad propia de las mujeres para servirse de este tratamiento tecnológico de asistencia procreativa para ser madres, evidentemente, todo ello, de manera informada. A su vez, explica que esta técnica no solo implica el aprovechamiento tecnológico, sino también el apoyo de terceras personas. Por lo cual, sería incongruente rechazar o ignorar la calidad de padres a las parejas que recurren a dicha técnica, dada la existencia del resultado favorable, es decir, el nacimiento de las criaturas. Por lo tanto, se declaró **FUNDADO** el amparo y se ordenó emisión de nuevas partidas.



Así las cosas, queda en clara evidencia que, por un lado, la maternidad subrogada en el Perú se regula mayormente por la jurisprudencia dada la existencia del resultado generado, esto es, el método culminado con el nacimiento de una criatura. Por el otro lado, podemos observar que dependiendo de los casos fluctúan las decisiones y las interpretaciones respecto al artículo 7 de la ley general de salud. En otras palabras, la ley materia de interpretación en vez de aclarar conceptos para una adecuada aplicación, produce una multiplicidad de interpretaciones que dificulta su propia regulación.

## **2.6. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En el presente acápite, para una mayor comprensión respecto a la materia de interés de esta investigación, resulta necesario establecer ¿Qué es el Tribunal Constitucional? Y ¿Cuál es su función en el funcionamiento estatal? Por lo cual, siguiendo a Cesar Landa, menciona que:

*“El Tribunal Constitucional en la Constitución peruana de 1993, pese a su carácter jurisdiccional, no se ubica dentro de la estructura y organización del Poder Judicial; por el contrario, la Constitución le dispensa un régimen constitucional propio previsto en el Título V, que está referido a las garantías constitucionales. Esto responde, por un lado, a la necesidad de otorgarle mayor autonomía e independencia en relación con el Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y demás órganos constitucionales que son objeto de control; por otro lado, a su peculiar ubicación en el esquema configurado por el principio constitucional de división de poderes que lo ubica como guardián de la Constitución y, eventualmente vocero*

*del poder constituyente. Pero también obedece, y tal vez sea esto lo más importante, en este momento, a su especial naturaleza y carácter.”*<sup>103</sup>

En ese sentido, añadiendo que las sentencias del Tribunal, cuando adquieren la calidad de cosa juzgada, se constituyen en un precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia<sup>104</sup>, vemos como respecto a las TRAS y específicamente a la maternidad subrogada, no hay ningún pronunciamiento del Tribunal; sin embargo, como observaremos a continuación, una de sus sentencias desprende varios conceptos y puntos importantes a tratar respecto a la reproducción.

### **Sentencia del Tribunal Constitucional 02005-2009-PA/TC LIMA (16/10/09)**<sup>105</sup>

En el año 2004, al Ministerio de Salud se le interpuso un proceso de amparo bajo la finalidad principal de privar la campaña de repartición en todas las instituciones públicas del sector salud, la comúnmente conocida “Píldora del Día siguiente”. Ello, basándose en la premisa de la no vulneración del derecho a la vida del concebido.

En ese marco, el Tribunal identifico y tomo en consideración los siguientes derechos que se encontraban en juego para resolver:

- “Derecho a recibir información”, el cual, permite recibir y tener al alcance conocimientos fundamentales para ejercer de manera consciente y responsable actos propios para la realización individual y social. Siendo a su vez, uno de los pilares de un Estado democrático.

---

<sup>103</sup> LANDA, César. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial: Una perspectiva desde el Derecho Procesal Constitucional*. Lima, IUS ET VERITAS. 2006. p. 3. Disponible en: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12391>>

<sup>104</sup> Ibidem. p. 8

<sup>105</sup> Sentencia 02005-2009-PA/TC. Disponible en: <<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.pdf>>

- “Derecho a la autodeterminación reproductiva”, es un derecho tácito cuyo contenido se encuentra introducido en múltiples derechos constitucionales, como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros. Por lo cual, es considerado como la libertad inherente de cada individuo para tomar decisiones racionales en el ámbito procreativo. En otras palabras, es la facultad de la persona para determinarse a sí misma para generar descendencia, dado que, dicha decisión corresponde únicamente al territorio individual. Ello, sin dejar de lado, que dicha decisión engloba la responsabilidad de elegir reproducirse o no, con quien, en que momento y mediante que métodos.
- “Derecho a la vida”, es el derecho que irradia mayor proyección de la dignidad humana, dado que, sin la cualidad de “ser viviente” no existe la posibilidad del reconocimiento de los derechos. En otras palabras, el derecho a la vida es la cualidad esencial de toda la humanidad. Por lo tanto, su protección es fundamental.

Ahora bien, el tópico principal de la sentencia radica en la controversia respecto a que si la “píldora del día siguiente” afecta al concebido, dado que, ello implicaría una afectación directa al derecho a la vida. Por lo tanto, para un mayor entendimiento, el Tribunal explico las teorías del inicio de la vida, con la finalidad de evidenciar donde se produce la concepción, de las cuales, las más relevantes son las siguientes:

#### **1) Teoría de la Fecundación:**

Establece que el inicio de la vida tiene como punto de partida en la fecundación. Puesto que, la concepción se estaría dando unas horas

después de la introducción del espermatozoide en el ovulo. Por lo tanto, al momento de fusionarse los pronúcleos sexuales se estaría configurando el cigoto, y por ende, se estaría iniciando la vida humana.

## 2) Teoría de la Anidación:

A diferencia de la fecundación, esta teoría manifiesta que el principio de la vida humana no es un acto instantáneo, pues, es solo mediante la anidación del cigoto en el útero donde se puede percibir que el cuerpo de la mujer comienza a desarrollar una vida nueva. Comprendiendo la anidación un proceso desde el séptimo día de fecundación.

En ese sentido, cabe señalar que respecto a la teoría de la anidación *“la OMS se orienta a la misma, pues considera que un embarazo inicia al completarse el proceso de anidación, por lo tanto, habrá aborto al interrumpirse un embarazo, a ello se suman otras entidades como el Comité de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO), el Colegio Americano de Obstetricia y Ginecología y en el Perú, la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología.”*<sup>106</sup>

Respecto de ello podemos desprender que el tratamiento del concebido en el ordenamiento jurídico peruano no define o explica en qué momento se produce la concepción, tan solo se limita, como marco de referencia, en el documento denominado “La salud Integral; Compromiso de Todos – Modelo de Atención Integral de Salud”, aprobado por Resolución Ministerial N.º729-2009-SA/DM, a establecer dos subgrupos de etapas de la vida respecto a los niños, siendo el primero **“niño por nacer; desde la fecundación hasta antes del nacimiento”**. A

---

<sup>106</sup> ROSAS, M., TUNQUI, L. Op. Cit. p. 38.

ello sumándole que, dentro del campo jurídico, se reconoce reiteradamente al concebido como sujeto de derechos y protección en todo cuanto le favorezca.

Así las cosas, con todo lo anterior en consideración, el colegiado al no tener una posición uniforme respecto al inicio de la vida humana, centro la resolución del caso en los principios *pro homine* y *pro débelis*, puesto que, por un lado, el primero explica la esencialidad de que todas las normas sean analizadas, interpretadas y aplicadas en favor de la persona y el respeto de sus derechos fundamentales; por el otro lado, el segundo principio hace referencia a tener en cuenta la igualdad de condiciones frente a un conflicto de derechos, es decir, velar por la parte que posee inferioridad de condiciones.

En conclusión, al aplicar estos principios para determinar donde se inicia la vida humana, el tribunal manifestó que la concepción, entendida como la unión de las células sexuales que forman un nuevo individuo, es el condicionante que produce el embarazo. Por lo tanto, la fecundación es el momento donde la vida comienza a desarrollarse, siendo la anidación un proceso de dicho desarrollo. En ese sentido, el colegiado declaró fundado el extremo del cese de la distribución de la “píldora del día siguiente” pues, ello implica un daño al concebido. Razón por la cual, se declaró inconstitucional dicha distribución.

Finalmente, con todo lo manifestado, podemos observar que el colegiado delimita ciertos factores y aspectos jurídicos respecto de la reproducción y, por ende, sustenta el campo de acción e interpretación de esta materia.

## 2.7. LA INCERTIDUMBRE JURÍDICA GENERADA POR LA CONTRADICCIÓN

Una vez desarrollado todo el marco regulatorio respecto a la maternidad subrogada en el Perú, resulta pertinente y adecuado analizar detalladamente las contraposiciones que nacen a través del propio artículo 7 de la ley de salud como sus múltiples interpretaciones, lo cual se refleja en la jurisprudencia del Poder Judicial. Esto sin dejar de lado, el marco general que establece el Tribunal Constitucional respecto a la reproducción.

En primer lugar, en aras de un correcto orden de ideas, quedo demostrado párrafos arriba que existe una clara incompatibilidad entre lo que dice el artículo 7 de la ley de salud, lo que resuelve el Poder Judicial a través de su jurisprudencia y lo que delimita el Tribunal Constitucional respecto a la reproducción, sin perjuicio que esta delimitación constitucional no verse sobre las TRA o la maternidad subrogada específicamente hablando; sin embargo, en materia reproductiva es con lo que contamos doctrinariamente en la actualidad.

Por ello, se entiende que dicha incompatibilidad versa en la falta de relación armónica entre lo que plantea el articulado y lo que resuelve la jurisprudencia tanto del Poder Judicial como el Tribunal Constitucional. En otras palabras, estas deberían funcionar siguiendo una secuencia de: 1) norma positiva, 2) interpretación de dicha norma, 3) aplicación de dicha norma; sin embargo, es la precariedad del articulado sobre el acceso a las TRA, la que no permite la coexistencia con la interpretación sin estorbarla con su mención que **“(…) siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona (...)**”. Lo cual, en la lógica de esta investigación, genera

una contradicción regulatoria. Es decir, la existencia de incompatibilidad regulatoria tiene como consecuencia una contradicción regulatoria.

Dicha contradicción regulatoria la podemos evidenciar cuando, el artículo 7 de la ley de salud establece una identidad biológica entre la madre genética y la madre gestante, por ende, **no admite la participación de terceros**; y el Poder Judicial resuelve que *“el derecho a la salud reproductiva, sumado a los derechos a la autodeterminación y privacidad, reconocen la potestad fundamental de las mujeres para, de manera informada, asistirse de las técnicas científicas que existan para acceder a la condición de madre. Lo cual, también faculta no solo el apoyo tecnológico disponible, sino también la cooperación de terceras personas. Por ende, si una persona ha acudido a las técnicas de reproducción asistida para alcanzar la situación de madre, sería un contrasentido que luego de que tal técnica alcanzo un resultado favorable se perturbe o desconozca la condición de madre de la mujer o de la pareja que acudió a dicho método.”*<sup>107</sup>

En esa misma línea, otra arista de la contradicción del artículo 7 de la ley de salud y la jurisprudencia concerniente a esta materia, es el axioma jurídico basado en el principio de legalidad de “todo lo que no está prohibido, está permitido” pues, es el propio Poder Judicial quien pregunta *“¿Cómo se determinaría la filiación si las condiciones de “madre genética” y “madre gestante” recaen sobre diferentes personas?”*<sup>108</sup> Estableciendo así que, dicha situación no se encuentra prohibida legalmente, pero tampoco no está expresamente permito, por lo cual, se consideraría lícita tal conducta. Sin embargo, en la óptica de esta investigación,

---

<sup>107</sup> Sentencia N°06374-2016.

<sup>108</sup> Sentencia 183515-2006.

aplicar este principio legal resulta muy simplista, dado que estaríamos dejando de lado los derechos inherentes que dotan de relevancia a las TRA, incluyendo así a la maternidad subrogada y su adecuada regulación.

En ese sentido, la contradicción que se desprende del axioma jurídico “todo lo que no está prohibido, está permitido” se hace visible por la insuficiencia y precariedad del articulado objeto de análisis, dado que, ello impulsa a una incertidumbre interpretativa, es decir, al no cubrir todo el campo de acción correspondiente a las TRA y a los derechos que le son inherentes, permite deliberadamente cualquier directriz interpretativa, a tal punto de que la propia jurisprudencia califica a dicho artículo 7 como “*carente de claridad legislativa*”.<sup>109</sup> Lo cual hace evidente, la brecha contradictoria entre el articulado y la jurisprudencia del Poder Judicial, pues lo que resuelve este último va más allá de lo planteado en la ley de salud cuando permite la aplicación de la maternidad subrogada aun cuando no exista identidad biológica entre la madre gestante y la madre genética.

Por su parte, en la lógica de la presente investigación, lo que resalta de lo establecido por el Tribunal Constitucional como marco y precepto vinculante a la materia reproductiva, por ende, a la maternidad subrogada, no es una contradicción, sino más bien, una claridad constitucional respecto a los derechos en cuestión que menciona. Los cuales son: *Derecho a recibir información, Derecho a la autodeterminación reproductiva y el derecho a la vida*. Todos ellos, vinculados por el derecho-principio de dignidad humana. Vinculación que será analizada posteriormente en esta investigación. Sin embargo, eso no excluye mencionar que la sentencia del Tribunal Constitucional respecto a la “píldora del

---

<sup>109</sup> Sentencia 4323-2010.



día siguiente”, nos evidencia la existencia del derecho a la autodeterminación reproductiva dentro de nuestro ordenamiento, lo cual implica muchos factores tantos jurídicos como éticos.

En ese orden de ideas, queda demostrado que uniendo o relacionando el artículo 7 de la ley general de salud y la jurisprudencia tanto del Poder Judicial, como del Tribunal Constitucional; existe una clara incertidumbre jurídica respecto a la maternidad subrogada y en general de las TRAS. Sin perjuicio, que estas sean el ámbito regulatorio de la maternidad subrogada en la actualidad. Por ello, podemos deducir que es esta incertidumbre jurídica, la que refleja una incertidumbre en la actitud política convencional de nuestro estado frente a las TRAS.

Así las cosas, en la línea de ideas de este trabajo, se evidencia una secuencia en cadena de causas y efectos jurídicos en el ámbito regulatorio respecto a la maternidad subrogada en el Perú. Partiendo por la incompatibilidad jurídica entre el articulado y la jurisprudencia del Poder Judicial, lo cual produce una contradicción entre ellos, lo cual, a su vez, sumando lo planteado por el Tribunal Constitucional, produce una incertidumbre jurídica respecto a esta materia. Por lo tanto, siguiendo esa lógica, lo que requiere una incertidumbre jurídica es evidentemente, una claridad jurídica; esto es, predictibilidad jurídica que produzca certeza en la regulación de esta materia, la cual veremos en el desarrollo de la autonomía reproductiva como un derecho fundamental acorde a los derechos que la sustentan. Todo ello, en el marco que establece la carta magna.

## **CAPITULO III: DEMOSTRACIÓN DE LAS HIPOTESIS**

### **LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA COMO DERECHO FUNDAMENTAL**

El presente capítulo, manifiesta los pilares de la construcción de la autonomía reproductiva como un derecho fundamental, siendo esta considerada como la esencia inherente no solo a la reproducción natural o biológica, sino también de la tecnológicamente asistida. Ello, sin dejar de lado que dadas las características de la realidad actual, como consecuencia de las nuevas tecnologías reproductivas, el derecho es llevado necesariamente más allá, es decir, lo transforman. Es por ello, que las figuras jurídicas se encuentran cambiando radicalmente, no siendo ya las que eran. Por lo cual, en este contexto, donde las TRAS, incluyendo así a la maternidad subrogada, demandan cambios en la normativa vigente, resulta primordial evidenciar todo el trasfondo jurídico de dicho impulso al cambio legislativo, el cual se estaría fortaleciendo por la autonomía reproductiva como un derecho interrelacionable o conexo.

#### **3.1 LA VOLUNTAD PROCREACIONAL**

Frente a la revolución reproductiva y el nuevo orden familiar que desprenden de las TRAS, debido a que estas técnicas separan, radicalmente, la reproducción humana de la sexualidad, siendo posible la reproducción sin sexo<sup>110</sup>; resulta necesario conceptualizar el valor intrínseco que permitiría la legitimidad de la aplicación de estos métodos. Siendo tal valor intrínseco, la voluntad procreacional.

---

<sup>110</sup> LAMM, Eleonora. *La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*. España. Revista de Bioética y Derecho. 2012.

Para ello, debemos comprender que antes de la aparición de las TRAS, el único medio de procreación era el natural, es decir, el coito. De lo cual, se deducía que, evidentemente, *“aquel que dejaba embarazada a la mujer, era necesariamente el mismo que aportaba el material genético y la mujer que gestaba el niño en su vientre lo hacía siempre con propios óvulos. Es decir, lo biológico necesariamente comprendía lo genético, ante la imposibilidad de disociarlo.”*<sup>111</sup>

En la actualidad, como consecuencia de las TRAS, el aporte puede ser exclusivamente genético, dado que, lo genético ya no comprende lo biológico, ni lo biológico comprende lo genético.<sup>112</sup> En ese sentido, podemos evidenciar que, si bien antes se distinguía entre lo biológico o natural y lo voluntario. Hoy, salen a la luz tres criterios perfectamente diferenciados: lo biológico, lo genético y lo voluntario. Siendo en ese orden de ideas, donde el concepto de voluntad procreacional nace.

En esa misma línea, de dichos criterios, se desprenden a su vez, tres teorías o posturas en búsqueda de la determinación de la maternidad, las cuales, en el marco de la presente investigación resulta fundamental mencionarlas para una adecuada comprensión. Por ello, contamos con:<sup>113</sup>

**a) Teoría de la preferencia de la gestante:**

El criterio radica, en que la cualidad de madre se le atribuye a quien lleva la gestación y culmina dando a luz a una criatura. En otras palabras, se le da

---

<sup>111</sup> Ibidem. p. 77.

<sup>112</sup> Ibidem.

<sup>113</sup> Véase dichas teorías en: LAAM, Eleonora. *Gestación por sustitución*. Universitat de Barcelona-Observatori de Bioètica i Dret.2013. p. 32-47.

mayor importancia al carácter biológico, por lo tanto, la legalidad de la maternidad se encuentra en la gestante.

**b) Teoría de la contribución genética:**

Este criterio, a diferencia del anterior, da un paso más allá al destacar el componente genético, puesto que, independientemente de quien gestee a la nasciturus, la madre legal será la que haya aportado sus genes. En otras palabras, los padres legales vendrían a ser los “científicamente verificables”.<sup>114</sup>

**c) Teoría de la intención:**

Esta postura, sin dejar de lado a las anteriores, las trasciende enfocándose en lo esencial de toda maternidad, esto es, la voluntad de querer y desear descendencia, la cual comprende la decisión de trascender generaciones, sin relevancia del aporte genético o la gestación. En otras palabras, **el reconocimiento voluntario de la intención de criar a un niño como propio legaliza la maternidad**, dado que, sin esa intención el niño jamás podría nacer. Por lo tanto, si la gestante y las células sexuales que dan vida al concebido corresponden a terceros, ellos aplican la misma intención voluntaria para facilitar la voluntad procreacional de los padres intencionales.

Ahora bien, teniendo lo anterior en consideración y entrando al panorama conceptual de voluntad procreacional, es indispensable acotar que el concepto volitivo de la procreación es un elemento fundamental de la filiación pues, se encuentra presente en todas sus fuentes jurídicas (biológica y adoptiva). Por ello,

---

<sup>114</sup> BENDER, Leslie. *Genes, Parents, and Assisted Reproductive Technologies: ARTs, Mistakes, Sex, Race and Law*. Columbia Journal of Gender and Law. 2003.

esta es entendida como el acto de la voluntad, la decisión autónoma e independiente de ser madre o padre.<sup>115</sup>

En esa lógica, resulta evidente que *“la importancia que alguna vez se le atribuyó a la verdad biológica ya no es tal. La verdadera paternidad no puede circunscribirse en la búsqueda de una precisa información biológica; más que eso, exige una concreta relación paterno-filial, padre e hijo que se tratan como tal, de donde emerge la verdad socioafectiva.”*<sup>116</sup> Por lo cual, se advierte que al lado de la biológica existe otra verdad que no podrá ser ignorada: la verdad sociológica, cultural y social, que también hace a la identidad de la persona humana. Por ende, hoy el parentesco ha dejado de mantener correspondencia necesaria con el vínculo consanguíneo. En otras palabras, la parentalidad iría más allá de la realidad “natural”.<sup>117</sup>

Entonces, en esa misma línea de pensamiento, *“la paternidad no es sólo un acto físico, sino, principalmente un hecho de opción, sobrepasando los aspectos meramente biológicos, o resumidamente biológicos, para adentrar con fuerza y vehemencia en el área afectiva.”*<sup>118</sup> Por lo cual, podemos deducir que la parentalidad va más allá que meramente suministrar material genético, dando mayor relevancia a lo afectivo, esto entendido como brindar amor y servicio a la criatura por voluntad.

---

<sup>115</sup> PEÑA, Manuel. *Derecho de Familia*. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de publicaciones. 1989.

<sup>116</sup> CHAVEZ, C., ROSENVALD, N. *Direito das Familias*. Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2008. p. 517.

<sup>117</sup> LAMM, Eleonora. Op. Cit. p. 48.

<sup>118</sup> DELENSKI, Julie. *O novo direito da filiação*. São Paulo. Dialéctica. 1997. p. 12.

Con todo lo mencionado, queda claro que, en las TRAS, por ende, en la maternidad subrogada, se estaría ante una filiación “socioafectiva” dado que, es el carácter volitivo el que posee mayor importancia que el componente genético y biológico. Pues, nos encontramos ante nuevas realidades que radican en una “desbiologización de la paternidad.” Lo cual, produce en la doctrina y la jurisprudencia la utilización del concepto de “parentalidad voluntaria”, siendo esto, un hecho jurídico compuesto de elementos sociales, afectivos, volitivos y no exclusivamente de características genéticas.<sup>119120</sup>

Así las cosas, teniendo en consideración que la realidad social evoluciona y cambia constantemente, se evidencia claramente como el impacto de las TRAS ha transformado las nociones de parentalidad (maternidad y paternidad) y es dentro de ese contexto, donde la voluntad procreativa en la maternidad subrogada es expresada como *“la intención de querer engendrar un hijo con material genético propio, acudiendo a la implantación del embrión en el vientre de una tercera persona para su gestación y alumbramiento. Sucede que esta tercera persona carece de esa voluntad; falta el elemento central que atribuye o determina la filiación en las TRA: la voluntad procreacional.”*<sup>121</sup> Ello, sin perjuicio que los comitentes aporten o no su material genético, pues, aquí es la voluntad procreativa la que determina la filiación.

---

<sup>119</sup> KEMELMAJER, A., HERRERA, M., LAMM, E. *Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual*. Argentina. (LL2010-E-977). 2010.

<sup>120</sup> Véase la casación 563-2011, donde se recalca la relación que prima en el interés superior de la niña con los deseos imperiosos de ser padres (voluntad procreacional). Disponible en: <<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/53f1df80469c5c91b51bfdac1e03f85e/CAS%2B563-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=53f1df80469c5c91b51bfdac1e03f85e>>

<sup>121</sup> KEMELMAJER, A., LAMM, E., HERRERA, M. *Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño a la regla de la voluntad procreacional*. La Ley. 11/07/2013

En conclusión, con todo lo expresado párrafos arriba, queda demostrado que la acción gestacional hasta el parto, en un marco biológico y genético; no hace, no establece, ni define la maternidad. Dado que, ser padre o madre, es tener la voluntad de serlo, siendo esta voluntad no solo una base subjetiva, sino que también es expresada mediante una acción reflejada en un hecho factico (utilización de las TRAS), acción que, impulsada por la voluntad, estaría en si misma legitimando la aplicación de la maternidad subrogada. Ello, independientemente que, en esta técnica de reproducción humana asistida, resulte injusto imponer la maternidad a la mujer gestante pues, carece de dicha voluntad o intención de ser madre. Lo cual, iría en contra del interés superior del niño.

Finalmente, en la lógica de la presente investigación, la voluntad procreacional es entendida como el valor relevante donde parte la autonomía reproductiva, dado que, es este acto voluntario de querer ser padres lo que cataliza y comienza a formar a la autonomía reproductiva como un derecho. En otras palabras, en la línea de ideas de este trabajo, la voluntad procreativa es lo que genera y da vida a la autonomía reproductiva como un derecho fundamental, pues sin este carácter volitivo dicha autonomía carecería de sentido. Por lo tanto, podemos evidenciar que, es la voluntad procreacional lo que dota de relevancia superlativa a la autonomía reproductiva. Sin embargo, para que esta autonomía se forme adecuadamente en la óptica jurídica, es necesario profundizar en: ¿Cómo es que este derecho entra en el orden constitucional? Y ¿Cómo es que se fundamenta este derecho?

### 3.2 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Lo que el presente apartado pretende abarcar, parte de estas dos grandes preguntas: ¿que son los derechos fundamentales? y ¿cuáles son sus características inherentes que las dotan de fundamentalidad? Por ende, resulta relevante comprender adecuadamente a los derechos fundamentales y su carácter fundamental para así, construir apropiadamente a la autonomía reproductiva como tal.

Por ello, entrando al panorama conceptual de los derechos fundamentales, tenemos a Hernández Valle, quien establece que dichos derechos son *“el conjunto de derechos y libertades jurídicas e institucionalmente reconocidos y garantizados por el derecho positivo.”*<sup>122</sup> En esa misma lógica, según Nogueira Alcalá, *“el concepto de derechos fundamentales o derechos constitucionales se reserva generalmente a los derechos de la persona, que se encuentran reconocidos por el ordenamiento jurídico de un Estado en la carta fundamental.”*<sup>123</sup>

Asimismo, Cesar Landa establece que *“los derechos fundamentales son los derechos básicos de la persona que se basan en su dignidad y que, a su vez, se constituyen como fundamento del Estado y de la sociedad en su conjunto. (...) entendiéndose dichos derechos como todas aquellas facultades que una persona puede realizar al amparo del derecho en cuestión. En otras palabras, son todas*

---

<sup>122</sup> HERNÁNDEZ, Rubén. *La tutela de los derechos fundamentales*. Costa Rica. Juricentro. 1990. p. 13.

<sup>123</sup> NOGUEIRA, Humberto. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México. Instituto de investigaciones jurídicas – UNAM. 2003.



*aquellas conductas que una persona puede realizar o exigir que otras realicen en su favor a partir de un derecho fundamental.”<sup>124</sup>*

Siguiendo esa lógica, estableciendo un contexto conceptual adecuado, Pérez Luño establece que *“los derechos humanos poseen una insoslayable dimensión deontológica. Se trata de aquellas facultades inherentes a la persona que deben ser reconocidas por el derecho positivo. Cuando se produce ese reconocimiento aparecen los derechos fundamentales, cuyo nombre evoca su función fundadora del orden jurídico de los Estado de derecho.”*<sup>125</sup> De lo cual, podemos deducir que no todos los derechos humanos son derechos fundamentales, pero todos los derechos fundamentales son derechos humanos.

Ahora bien, con todo ello en consideración, según Luigi Ferrajoli, en una definición puramente estructural o formal establece que:

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos inherentemente estatuidos en la esencialidad del ser humano por su condición de persona; entendiéndose la “subjetividad de los derechos” en dos perspectivas, por un lado, la perspectiva positiva, implica aquellas prestaciones que buscan satisfacer todas las necesidades; mientras que por el otro lado, la perspectiva negativa, conlleva el respeto de dicho carácter esencial que posee la persona, es decir, la no

---

<sup>124</sup> LANDA, César. *Los derechos fundamentales*. Perú. Fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. 2018. p.11-14.

<sup>125</sup> PÉREZ, Antonio. *Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos. Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid. Dykinson. 2001. p. 164.

vulneración de dicha esencialidad. Todo ello, teniendo como base una norma jurídica positiva.<sup>126</sup>

En ese sentido, los derechos fundamentales al ser derechos positivados en la carta magna, generan que la legalidad de las constituciones no sean solo condicionantes y reguladores, sino que ellos mismos están condicionados y regulados por vínculos jurídicos, pues, de esta manera, del derecho resulta positivado no solamente su “ser”, es decir su existencia o vigor, sino también su “deber ser”, es decir sus condiciones de “validez”.<sup>127</sup>

A ese respecto, según Bernal Pulido, *“los derechos fundamentales son una clase especial de derechos subjetivos cuya diferencia específica estriba en su carácter fundamental.”*<sup>128</sup>

En esa lógica, es imprescindible evidenciar doctrinariamente que cuando hablamos de los derechos básicos que tiene toda persona, se desprenden dos formas del derecho íntimamente relacionadas entre sí, pero a la vez distintas, estas son: 1) Derecho Objetivo: Un conjunto de normas que, poseyendo el atributo de la “juridicidad”, da lugar a lo que conocemos como “ordenamiento jurídico”, y 2) Derecho subjetivo: Un especial “poder” conferido a los individuos a los cuales se dirigen las referidas normas.<sup>129</sup>

---

<sup>126</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid. Editorial Trotta. 2001. p. 19.

<sup>127</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Sobre los derechos fundamentales*. México. Cuestiones Constitucionales. 2006.

<sup>128</sup> BERNAL, Carlos. *Derechos fundamentales*. México. Instituto de investigaciones jurídicas – UNAM. 2015. p.1571.

<sup>129</sup> ESCOBAR, Freddy. *El derecho subjetivo. Consideraciones en torno a su esencia y estructura*. Perú. Ius et Veritas. 1998. Disponible en: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15781>>

En otras palabras, sin perjuicio que tampoco sea el objeto de este estudio efectuar un análisis de filosofía jurídica en torno al derecho objetivo y subjetivo, dado que, abordar estos temas abarcarían un mayor detenimiento y complejidad. La única finalidad de mencionarlas, en el ámbito de esta investigación, es entender que, el derecho se desprende en dos formas: la objetividad y la subjetividad. La primera, entendida como la norma o conjunto de normas jurídicas (leyes, costumbres y resoluciones judiciales) que prescriben una obligación, sean permisivas o prohibitivas. La segunda, comprende las facultades o potestades jurídicas que detentan las personas, lo cual hace que las personas exijan y actúen libremente, de la manera más conveniente a sus necesidades. En ese sentido, ambos conceptos se encuentran íntimamente relacionados, dado que, la existencia de uno determina la del otro, esto es, si existe una norma (derecho objetivo) existirá la facultad (derecho subjetivo) y si existe una facultad inherente al individuo, existirá una norma.<sup>130</sup>

En ese sentido, como bien lo establece el Tribunal Constitucional, *“los derechos fundamentales, en su dimensión subjetiva, no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan a ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, éste debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales. El carácter objetivo de dichos derechos radica en cambio, en que*

---

<sup>130</sup> CRUZ, Pedro. *Formación y evolución de los derechos fundamentales*. España. Revista Española de Derecho Constitucional. vol. 25. 1989.

*ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico (...).*"<sup>131</sup>

En ese contexto, según Pérez Luño, siguiendo la lógica anterior, la actualidad estatal nos evidencia que los derechos fundamentales conllevan dos perspectivas, por un lado, demuestran la configuración jurídica acordada por las personas en relación con ellos mismos y con el Estado, por el otro lado, representan la base sobre la que radica la democratización de la sociedad, dado que, la fundamentalidad de los derechos nace de la aceptación y consenso social.<sup>132</sup>

Por lo tanto, siguiendo esa misma línea doctrinaria, se evidencia claramente que la dimensión subjetiva de un derecho fundamental no es solo la protección de una intervención injustificada, sino que también es la facultad que tienen las personas para exigir al estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa, con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales. Por lo tanto, entrando en el punto principal de esta investigación, podemos deducir que la voluntad procreacional que detentan las personas o parejas infértiles estaría formando la dimensión subjetiva de un derecho fundamental, puesto que, es a raíz de esta voluntad procreativa, que se exige ser padres o madres mediante las TRA y, por ende, mediante la subrogación de la maternidad. En otras palabras, se estaría reclamando un interés general por ser padres mediante técnicas de reproducción humana asistida. Lo cual, como veremos más adelante, estaría siendo garantizando por cierto grupo de derechos fundamentales que en una continua

---

<sup>131</sup> Sentencia 3330-2004-AA/TC. Disponible en: <<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03330-2004-AA.pdf>>

<sup>132</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio. *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2004, p.233

interacción o conexión en bloque facultan la voluntad procreacional en inicio, y en término a la autonomía reproductiva. En consecuencia, el derecho fundamental que se estaría formando a partir de la voluntad procreativa, como dimensión subjetiva, sería la autonomía reproductiva.

Ello, sin dejar de lado, que la voluntad procreacional al formar la dimensión subjetiva de la autonomía reproductiva como derecho fundamental, también estaría desprendiendo su dimensión objetiva, esto es, su legitimización y constitución en el ordenamiento jurídico. Lo cual, se estaría plasmando a través de la consolidación de la autonomía reproductiva como un derecho en el ordenamiento, desprendiendo así el desarrollo legislativo respecto a la maternidad subrogada. Todo lo anterior, sin perjuicio que recién estemos entrando en la construcción de la fundamentalidad de la autonomía reproductiva.

Ahora bien, retomando la premisa de que todo derecho fundamental es un derecho humano constitucionalizado, es decir, plasmado en la carta magna. Podemos afirmar que la autonomía reproductiva es un derecho humano, dado que, siguiendo la lógica de Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), *“una característica de los derechos humanos es que son dinámicos y están en permanente expansión en razón de las demandas de grupos de seres humanos excluidos de su protección o debido a los avances en el conocimiento humano.”*<sup>133</sup> Lo cual, se confirma con la voluntad procreacional que detentan las personas infértiles.

---

<sup>133</sup> FACIO, Alda. *Los derechos reproductivos son derechos humanos*. Costa Rica. IIDH - UNFPA. 2008. p.18.

Así las cosas, se evidencia claramente que la autonomía reproductiva, siendo un derecho humano fundamental, no se encuentra positivado en la constitución política peruana. Lo cual nos lleva a plantear la siguiente pregunta: ¿Cómo entra este derecho fundamental en el orden constitucional?

### 3.3 LOS DERECHOS IMPLICITOS

En la presente sección abarcaremos, el significado y la razón de ser de los derechos implícitos o no enumerados, con la finalidad de demostrar, en el marco de la presente investigación, que los derechos constitucionales o fundamentales, no se agotan en el catálogo escrito de la constitución, sino que existe una apertura de reconocimiento a aquellos derechos que no están expresados de manera certera o clara en la carta magna. Lo cual, facultaría la entrada de la autonomía reproductiva en el orden constitucional como un derecho fundamental.

En ese sentido, entrando al campo conceptual, al hablar de derechos implícitos nos estamos refiriendo a que *“las constituciones al momento de regular los derechos que protegen han establecido una cláusula de **numerus apertus** conocida en la doctrina como Derechos Constitucionales Implícitos. Lo cual, según Carpio Marcos, es por medio de dicha cláusula que se quiso dejar en evidencia que los derechos esenciales del hombre son previos a toda norma e incluso a la constitución misma, con lo que queda claro que la proclamación de algunos de éstos sólo tiene un carácter declarativo, tomando como base el iusnaturalismo.”*<sup>134</sup>

---

<sup>134</sup> SAAVEDRA, Alexis. *El uso de las TERAS y el derecho a la reproducción*, Perú, Universidad de Piura, 2018. p. 20.

En esa misma línea de ideas, según Sáenz Dávalos, *“los derechos implícitos son el conjunto de bienes humanos reconocidos y garantizados por la norma constitucional a fin de permitir a la persona alcanzar cuotas de perfección humana en la medida que logra satisfacer necesidades o exigencias propias y efectivamente humanas, que no están reconocidas en el texto de la Constitución, sino que se concluyen de una argumentación justificativa suficiente.”*<sup>135</sup>

Ahora bien, lo que la constitución peruana nos presenta respecto a los derechos implícitos, lo podemos encontrar en el artículo 3 del capítulo I del título I, correspondiente a los derechos fundamentales de la persona. El cual menciona que:

*“La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”*<sup>136</sup>

En interpretación de dicho artículo el Tribunal Constitucional ha determinado que *“Los derechos implícitos cumplen la función de incorporar al orden constitucional aquellos derechos que de manera tacita se sustentan en los valores y principios sobre los cuales florecieron desde un inicio los derechos fundamentales enumerados textualmente. En otras palabras, en el Perú, los derechos fundamentales, no culminan con su manifestación expresa del texto constitucional,*

---

<sup>135</sup> SÁENZ, Luis. *La cláusula de los derechos no enumerados y su aplicación en la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Revista Peruana de Jurisprudencia N°13. p. 25.

<sup>136</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo N°3. 1993.

*sino que, es la propia constitución a través de la cláusula abierta o numerus apertus, la que permite dicha introducción.”<sup>137</sup>*

De todo lo anterior, podemos deducir evidentemente que los derechos fundamentales no acaban con su positivización en la constitución, sino que existen derechos no reconocidos textualmente que, sin perjuicio de dicha falta de reconocimiento, de igual manera le es inherente al carácter intrínseco del ser humano, dado que, busca satisfacer sus necesidades. Por lo tanto, dichos derechos pueden entrar en el orden constitucional a través de una justificación o fundamentación certera.

En ese orden de ideas, el propio Tribunal Constitucional establece que *“frente a la continua superación y trascendencia que nos evidencia constantemente la realidad mediante el desarrollo tecnológico, social y cultural, comienzan a florecer nuevos derechos arraigados profundamente con el principio de dignidad humana, por lo tanto, para que dichos derechos se doten de la fundamentalidad que le son inherentes, las constituciones adecuan “el desarrollo de los derechos fundamentales” en una clausula, denominada “numerus apertus” o “Derechos implícitos” con la finalidad de proveer las mismas garantías de aquellos derechos fundamentales textualmente reconocidos.”<sup>138</sup>*

En ese sentido, Bidart Campos explica que *“la lección constitucional que rescatamos nos enseña por ende a no clausurar los derechos en casilleros rígidamente cerrados, porque el ritmo creciente de las necesidades y las*

---

<sup>137</sup> Sentencia N°1417-2005-PA/TC. Disponible en: <<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.pdf>>

<sup>138</sup> Sentencia N° 0895-2001-AA/TC. Disponible en: <<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00895-2001-AA.pdf>>



*valoraciones sociales demanda la movilidad de continuas añadiduras complementarias.”<sup>139</sup>*

Con todo lo elaborado párrafos arriba y, elaborando el camino de introducción de la autonomía reproductiva en el orden constitucional como un derecho fundamental implícito; queda en evidencia que sabiendo lo que son los derechos fundamentales o constitucionales y lo derechos implícitos, *“se habrá de reconocer que detrás de todo derecho constitucional habrá un bien humano y detrás de un bien humano se encontrará una necesidad o exigencia humana, y detrás de éstas la persona misma. Del mismo modo habrá que reconocer que la persona humana es una realidad que existe en un lugar y momentos históricos concretos, que ha de adquirir bienes humanos y satisfacer necesidades humanas en una parcela temporal y geográfica determinada.”<sup>140</sup>*

Por lo tanto, siguiendo la lógica anterior, al mencionar que detrás de todo derecho constitucional habrá un bien humano y detrás de un bien humano se encontrará una necesidad o exigencia humana, y detrás de ellas la persona misma. Podemos confirmar dicha secuencia, en el marco de esta investigación, partiendo por la autonomía reproductiva como un derecho constitucional implícito, detrás de ella se encuentra la voluntad procreacional como un bien humano, detrás de esta se encuentra la exigencia de las personas y parejas infértiles de tener descendencia mediante las TRA (incluyendo a la maternidad subrogada), y detrás de esta última se encuentra la persona misma. Lo cual refleja, la fundación de la autonomía

---

<sup>139</sup> BIDART, German. *Los derechos “no enumerados” en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional*. Derecho y Sociedad, 2002. p. 256.

<sup>140</sup> CASTILLO, Luis. *Justificación y significación de los derechos constitucionales implícitos*. Perú. Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura. 2008. p. 7.

reproductiva en la dignidad del ser humano. Por ende, se estaría basando en el principio establecido por el artículo 3 de la constitución política peruana, encajando así este derecho en el orden constitucional nacional como un derecho fundamental implícito.

No obstante, para una adecuada construcción de este derecho fundamental implícito aún se requiere mayor precisión argumental. Por lo tanto, teniendo en consideración, que el ser humano se manifiesta dentro de unos concretos elementos facticos y valoraciones sociales, estos desprenden dos consecuencias: *“la primera, que por la aparición de unas nuevas circunstancias surjan determinadas necesidades humanas que hasta ese momento no se habían manifestado ni sentido como tales; la segunda, que, por el cambio de las circunstancias, necesidades ya existentes son satisfechas con base a medios hasta ese momento inexistentes. Así, las circunstancias o más precisamente el cambio de las mismas, y las concretas valoraciones que ellas generen en la sociedad, pueden exigir la formulación y protección jurídica de nuevos bienes humanos, en cuyo caso hablaremos de nuevos derechos humanos; o puede exigir el redimensionamiento de un ya reconocido bien humano, en cuyo caso hablaremos de un nuevo contenido de un antiguo derecho humano.”*<sup>141</sup>

De lo anterior, se desprende que acorde a la doctrina y el Tribunal Constitucional, que de los derechos implícitos se desprende una clasificación propia:<sup>142</sup>

---

<sup>141</sup> CASTILLO, Luis. Op. Cit. p. 8.

<sup>142</sup> En la presente clasificación se han tomado tres denominaciones clasificadoras. Para mayor referencia vid.: SAAVEDRA, Alexis. *El uso de las TERAS y el derecho a la reproducción*, Perú, Universidad de Piura, 2018.; SÁENZ, Luis. *La cláusula de los derechos no enumerados y su*

### **1) Los contenidos implícitos de los derechos viejos:**

Manifiesta que al interior de un derecho contemplado textualmente con anterioridad, es factible distinguir otro derecho independiente, es decir, el derecho inmerso en el contenido del derecho que lo engloba, es capaz de configurarse individualmente, pues siempre estuvo presente.

### **2) Los contenidos nuevos de los derechos escritos:**

A diferencia del anterior, esta clasificación conjuga el nacimiento de nuevos contenidos dentro de los derechos fundamentales ya positivados, con el desarrollo social, cultural, normativo y tecnológico que presenta la realidad, pues, es de esta manera como el nuevo contenido del derecho escrito comienza a encajar adecuadamente a las necesidades y exigencias actuales. En otras palabras, la realidad impulsa y legitima a que dentro de los derechos fundamentales ya constitucionalizados, comiencen a florecer nuevos contenidos.

### **3) Los derechos nuevos:**

Esta clasificación comprende a los derechos novedosos carentes de relación con los derechos positivados, es decir, son aquellos derechos que no cuentan con sustento alguno en el contenido expreso, dada su unicidad auténtica.

Así las cosas, en la lógica de esta investigación, se hace evidente que, si lo que se pretende es encajar a la autonomía reproductiva como un derecho fundamental implícito, debe establecerse dentro de que clasificación de los derechos implícitos

---

*aplicación en la jurisprudencia del tribunal constitucional. Revista Peruana de Jurisprudencia N°13; Y la Sentencia N° 0895-2001-AA/TC.*

se encuentra. A ese respecto, podemos afirmar que la autonomía reproductiva puede predicarse en dos clasificaciones de las tres.

Por un lado, la autonomía reproductiva puede predicarse como un contenido implícito de un derecho viejo, dado que, podríamos argumentar que su génesis partiría de la cláusula abierta del respeto de la dignidad humana, ubicada en el artículo 1 de la constitución, la cual se estaría expresando específicamente en libre desarrollo de la personalidad, ubicado en el artículo 2 inciso 1 de la carta magna, pues, como veremos más adelante, ello implica una manifestación humana voluntaria digna de atención. Por otro lado, la autonomía reproductiva también puede predicarse como un contenido nuevo de derechos escritos, aquí la lógica es la misma que en la anterior, dado que, la autonomía reproductiva en esencia, es un contenido nuevo o implícito de derechos escritos. Sin embargo, en el razonamiento de la presente investigación, no es solo un derecho fundamental el que dota su contenido implícito para la formación de la autonomía reproductiva, sino que es la conexión e interrelación continua de varios derechos fundamentales positivados los que brindan su contenido esencial para una adecuada construcción de la autonomía reproductiva como un derecho fundamental implícito. Todo ello, impulsado por la realidad actual.

En conclusión, lo que pretende demostrar esta investigación radica en que la autonomía reproductiva como un derecho fundamental implícito, sustenta la aplicación y el accionar de la maternidad subrogada en un marco específico y en un marco general a todas las TRAS. Siendo indispensable para ello, evidenciar

¿De qué derechos fundamentales provienen los contenidos nuevos esenciales que dotan de fundamentalidad a la autonomía reproductiva?

### **3.4 LOS DERECHOS INVOLUCRADOS PARA LA CONEXIDAD**

El presente acápite es la base fundamental del desarrollo de esta investigación, debido a que, como veremos a continuación, propongo una interrelación o conexión de derechos fundamentales en bloque, puesto que, los contenidos que les son inherentes estarían formando a la autonomía reproductiva como un derecho fundamental implícito, constituyendo así a la maternidad subrogada como un medio para ejercer este derecho. Basándose todo el razonamiento en la interpretación de lo que la constitución política peruana nos presenta en sus articulados. En otras palabras, en la interpretación constitucional.

En ese orden ideas, resulta fundamental comprender ¿Qué es la interpretación constitucional? y ¿Cuál es su finalidad? Por lo cual, según Zagrebelsky, la interpretación es *“el proceso intelectual a través del cual, partiendo de las formulas lingüísticas que forman un enunciado, se llega a un contenido, es decir, se pasa de los significantes a los significados.”*<sup>143</sup> Sin embargo, al ser la Constitución un texto jurídico, su interpretación reviste las características inherentes de la interpretación jurídica. En otras palabras, como cualquier proceso interpretativo, la interpretación jurídica, tiene la finalidad inherente de descifrar el significado de textos lingüísticos, pero su carácter diferenciador de los demás procesos interpretativos, es que los textos jurídicos contienen normas, por lo tanto, el

---

<sup>143</sup> DÍAZ REVORIO, Javier. *La interpretación constitucional y la jurisprudencia constitucional*. México. Quid Juris – Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. p. 8

“significado” que se busca extraer es una norma jurídica, esta entendida como un mandato permisivo o prohibición dirigida a los ciudadanos, poderes públicos y entidades privadas.<sup>144</sup>

Siguiendo la misma lógica, según García Amado, la interpretación es un ejercicio racional que pone en evidencia “algo” que es incapaz o poco preciso al manifestarse por sí mismo, por lo tanto, en el mundo jurídico la interpretación busca expresar aquel mensaje oculto en las normas jurídicas.<sup>145</sup>

En esa misma línea argumental, siguiendo a Alonso García, haciendo una diferencia entre interpretación jurídica y constitucional, establece que la interpretación constitucional radica en que *“los mandatos constitucionales son susceptibles de desarrollo infinito, tanto por el juez como por el legislador, y ambos pueden llegar a soluciones divergentes.”*<sup>146</sup> Ello, basándose, evidentemente, en que la constitución es inherentemente diferente a la ley, pues, su estructura jurídica es única. Lo cual, en palabras de Cesar Landa, *“la Constitución es la norma de creación de las normas y ley suprema, que se extiende a todas las ramas del derecho, siendo sus principios y disposiciones de alcance general, es decir, aplicables no solo al ámbito del ordenamiento jurídico público, sino también privado.”*<sup>147</sup>

Con todo lo anterior, el maestro García Pelayo, explica que, así como la vida humana tiene múltiples facetas, la vida en sociedad también las tiene, es por ello,

---

<sup>144</sup> DÍAZ REVORIO, Javier. Op. Cit.

<sup>145</sup> GARCIA AMADO, Juan. *La interpretación constitucional*. Universidad de León. 2014.

<sup>146</sup> ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid. Centro de estudios constitucionales. 1984. p. 12.

<sup>147</sup> LANDA, César. *La constitucionalización del derecho: A veinte años de la constitución política del Perú (1993)*. Revista de la facultad de derecho PUCP.2013, p.15.

que resalta la necesidad de entender todos sus componentes, que servirán para formar la más adecuada representación social, política, jurídica y estatal, junto al medio que mejor exprese la realidad y que permita desarrollar dichos componentes de acuerdo a los principios y valores beneficiosos para la vida en comunidad. Siendo la Constitución uno de esos conceptos donde se anudan diversas esferas de la realidad.<sup>148</sup>

Así las cosas, dejando en claro en lo que consiste la interpretación constitucional, resulta oportuno sumergirnos en el tópico principal de esta investigación, esto es, la interrelación o conexión entre derechos fundamentales que dotarían de fundamentalidad a la autonomía reproductiva como derecho implícito. Sin embargo, antes de ello resulta indispensable saber que es la autonomía reproductiva y enmarcarla adecuadamente en este contexto.

### **La Autonomía Reproductiva**

En ese sentido, cabe resaltar que, existe una multiplicidad de terminología al hablar de la autonomía reproductiva, dado que está también entendida, como derecho a procrear o derecho reproductivo, independientemente de ello, el punto esencial de esta multiplicidad terminológica, es que se fundan en el principio de autodeterminación y forman parte del grupo de los derechos humanos de segunda generación.<sup>149</sup><sup>150</sup> Por ende, agrupan los llamados derechos sexuales y

---

<sup>148</sup> SORIANO, Graciela. *Manuel García Pelayo en el desarrollo del Derecho Constitucional del siglo XX*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM. 2009

<sup>149</sup> ZARRALUQUI, Luis. *Procreación asistida y derechos fundamentales*. Madrid. Editorial Tecnos. 1988.

<sup>150</sup> Los derechos de segunda generación recogen los derechos económicos, culturales y sociales. Lo cuales buscan promover la acción del Estado para garantizar el acceso de condiciones

reproductivos. Siendo estos últimos, entendidos en plural, debido a que su conceptualización representa múltiples facetas en lo procreativo (proyección familiar, anticoncepción, etc.).<sup>151</sup>

Ahora bien, pese a que en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos celebrada en Teherán en 1986 ya se mencionaba el derecho a determinar libremente el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos<sup>152</sup>, su reconocimiento se plasmó por primer vez en la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo de 1994, celebrado en el Cairo; y en la IV Conferencia Mundial de la Mujer en 1995, definiéndola de esta manera:

*“(…) los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos y a disponer de la información y **de los medios para ello** y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones*

---

adecuadas que faciliten una vida digna, es decir, son una proyección más de la dignidad humana. En esta generación de derechos humanos se desprende el derecho a la salud, del cual también se estaría desprendiendo la autonomía reproductiva. Véase en: Rubio Correa, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*, tomo 2, Lima, Fondo editorial de la PUCP. 1999. p. 9.

<sup>151</sup> MORÁN DE VICENZI, Claudia. *El concepto filiación en la fecundación*. Lima. Ara Editores. 2004. p. 162.

<sup>152</sup> FACIO, Alda. Op. Cit. p. 25.



*ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. (...)*<sup>153</sup>

Como podemos apreciar, el fundamento base de los derechos reproductivos radica en la autodeterminación personal o en pareja para decidir reproducirse o procrear voluntariamente. En otras palabras, la autonomía reproductiva. La cual, no solo faculta decidir el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y los intervalos entre estos; sino también el acceso de la información reproductiva y de los medios necesarios para alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. Siendo esto último, donde entra la aplicación y legitimidad de las TRAS y, por ende, de la maternidad subrogada.

En ese contexto, se señala doctrinariamente que la maternidad subrogada en virtud del derecho a la autonomía reproductiva, encuentra su definición como: *“aquella facultad de tener un hijo cuando se quiera, como se quiera y en cualquier circunstancia.”*<sup>154</sup> Por lo cual, interpretando el contenido del derecho a la autonomía reproductiva esbozada párrafos arribas, se deduce que esta se encuentra conformado por el dominio que tendría una persona o una pareja sobre la reproducción, lo cual a la luz de las TRAS, se permite el ejercicio de este derecho.

En esa misma lógica, desde el derecho estadounidense, Jhon Robertson, explica que el ser infértil; no supondría la negación de dicho derecho inherente al ser

---

<sup>153</sup> NACIONES UNIDAS. *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*. Beijing. 4 y 5 de septiembre, Capitulo IV, parte c) La mujer y la salud, número 95. 1995. Disponible en: <<https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>>

<sup>154</sup> MEULDERS-KLEIN, MARIE. *Le droit de L'enfant face au droit à l'enfant et les procréations medicalment assistées*. En: *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 87. 1988. p. 645.

humano. Por lo tanto, dentro de la autonomía reproductiva se puede incluir cualquier medio para alcanzar la procreación, entre ellos, la maternidad subrogada.<sup>155</sup> Entonces, queda claro que la reproducción al ser inherente al ser humano, dada la facultad de perpetuar a la especie, su reconocimiento como un derecho fundamental implícito también se derivaría de tal carácter personalísimo, que al no encontrarse expresamente en el marco constitucional, dicha fundamentalidad le es transmitida por la interrelación o conexión con los contenidos esenciales de varios derechos fundamentales positivados.

### ***Los Derechos Fundamentales Involucrados***

#### **La Dignidad Humana**

Al momento de analizar a la autonomía reproductiva como el derecho que, mediante su ejercicio legitima la aplicación de los convenios de maternidad subrogada y a la técnica en sí misma, resulta fundamental abordar dicho carácter inalienable del individuo entendida como dignidad humana y condición de persona, dado que, este derecho-principio no solo circunscribe, cataliza, forma y da vida a la autonomía reproductiva, sino que también limita su accionar. Ello, sin perjuicio, que dichos límites se verán más adelante en este capítulo.

Ahora, entrando en el panorama conceptual de la intangibilidad inherente a la dignidad de la persona humana, para una adecuada comprensión, iremos desglosando los conceptos de digno, dignidad y persona acorde a lo que nos plantea la Real Academia Española (RAE). En ese sentido, digno consiste en ser

---

<sup>155</sup> BANDA, Alfonso. *Dignidad de la persona y reproducción humana asistida*. Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile. 1998. p.23.

*“merecedor de algo”<sup>156</sup>, por su parte la dignidad fuera de ser la “cualidad de digno”<sup>157</sup> establece un nivel de “excelencia, realce”<sup>158</sup> y, la persona refleja la condición de “individuo de la especie humana”<sup>159</sup>. Por ende, lo que se deduce de la conceptualización de la dignidad de la persona es un merecimiento de excelencia y realce por ser inherentemente un individuo de la especie humana. Ello, sin perjuicio, que acorde al diccionario panhispánico de dudas elaborada por la Real Academia Española y la Asociación de Academias de la Lengua Española, la dignidad de la persona radique en la “cualidad propia de la condición humana de la que emanan los derechos fundamentales, junto al libre desarrollo de la personalidad, que precisamente por ese fundamento son inviolables e inalienables.”<sup>160</sup>*

En esa misma lógica, aterrizando en la óptica jurídica, podemos observar que dicho merecimiento de excelencia inherente a la dignidad humana en la doctrina española es definido, según Fernández Segado, como: *“el rango o la categoría que corresponde al hombre como ser dotado de inteligencia y libertad, distinto y superior a todo lo creado. Entonces, la dignidad exige, pues, dar a todo ser humano lo que es adecuado a su naturaleza misma de hombre, distinto de los demás seres vivos debido a que poseen razón y libertad.”*<sup>161</sup>

---

<sup>156</sup> Página web consultada el 28 de enero del 2021, disponible en: <<https://dle.rae.es/digno>>

<sup>157</sup> Página web consultada el 28 de enero del 2021, disponible en: < <https://dle.rae.es/dignidad>>

<sup>158</sup> Ibidem.

<sup>159</sup> Página web consultada el 28 de enero del 2021, disponible en: < <https://dle.rae.es/persona>>

<sup>160</sup> Página web consultada el 28 de enero del 2021, disponible en:

<<https://dpej.rae.es/lema/dignidad-de-la-persona>>

<sup>161</sup> FERNÁNDEZ, Francisco. *La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento*; en: LÓPEZ, Ángeles. *Teoría y práctica en la aplicación e interpretación del Derecho*. Madrid. 1999. p. 48.

En ese sentido, Peter Häberle explica que, la dignidad humana es *“un principio constitucional portador de los valores sociales y de los derechos de defensa de los hombres, que prohíbe consiguientemente, que la persona sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento peligroso a la cuestión principal de su cualidad subjetiva, que afirma las relaciones y las obligaciones sociales de los hombres, así como también su autonomía.”*<sup>162</sup>

Por otro lado, a nivel instrumental internacionalmente hablando, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, independientemente que no se desarrolle ampliamente el concepto de dignidad humana, se menciona en su preámbulo que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad del ser humano, reconociendo de esta manera que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.<sup>163</sup> Dejando así en claro que la noción de dignidad humana es un atributo universal y natural inherente a la condición humana.

Por su parte, y siguiendo la misma lógica, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) establece en su preámbulo que los derechos esenciales del hombre tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual se justifica una protección internacional. En ese mismo sentido, el artículo 5° de la convención plasma que toda persona debe ser tratada con el respeto debido a la dignidad que le es inherente por su

---

<sup>162</sup> HABERLE, Peter. *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*. En: Isensee/Kirchhof (editores), *Handbuch des Staats Rechts*, Tomo 1: *Grundlagen vmz Staat wzd Verfassung*. C.F. Müller, 1987. p.822. ; Citado en : LANDA, César. *Dignidad de la persona humana*. Perú. Ius et veritas. 2000. p. 11.

<sup>163</sup> Organización de las Naciones Unidas (ONU). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Asamblea General. 1948.

condición humana.<sup>164</sup> Con todo ello, puede inferirse que es la dignidad la que se sustenta en la esencia humana, razón por la cual, su protección exige un reconocimiento normativo que comporte la obligación de los estados a garantizar su protección.

Ahora bien, entrando en el ordenamiento jurídico peruano, la noción de dignidad humana a nivel constitucional ha sido consagrada como el fin supremo del Estado, como lo podemos apreciar en el Título I, Capítulo I, artículo 1° de la constitución política:

*“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”<sup>165</sup>*

Por lo tanto, queda en evidencia que, en el estado peruano, la dignidad humana irradia toda la estructura jurídica estatal y social, pues, ella comprende la razón fundamental y los límites de todos los derechos inherentes a la cualidad de persona, dado que, comprende la directriz interpretativa para el respeto de los derechos fundamentales. Por ende, toda actividad estatal y particular deben tenerla como base esencial.<sup>166</sup>

Siguiendo esa misma lógica, el Tribunal Constitucional ha establecido a través de su jurisprudencia, acorde a los lineamientos de los instrumentos internacionales, que: *“La dignidad humana de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales. El principio genérico*

---

<sup>164</sup> Organización de los Estados Americanos (OEA). *Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”*. 1969.

<sup>165</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo N°1. 1993

<sup>166</sup> VILLAMARÍN, Carlos. Op. Cit. p. 48.

*de respeto a la dignidad de la persona por el solo hecho de ser tal, contenido en la Carta Fundamental, es la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho.”<sup>167</sup>*

A su vez, el mismo Tribunal Constitucional establece que: *“El despliegue en múltiples direcciones inherente a los derechos fundamentales, como no podría ser de otro modo, también se encuentra presente en la dignidad humana, que es comprensiva enunciativamente de la autonomía, libertad e igualdad humana, siendo que todas ellas en sí mismas son necesidades humanas que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica (...) [Por lo cual] encontramos que la dignidad humana constituye tanto un principio como un derecho fundamental, (...) [Siendo así que] El doble carácter de la dignidad humana, produce determinadas consecuencias jurídicas: Primero, en tanto principio, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extendible a los particulares. Segundo, en tanto derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y*

---

<sup>167</sup> Sentencia N°10087-2005-AA/TC. Fundamento 5. Disponible en: <<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10087-2005-AA.pdf>>

*protección autónoma. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, (...)*".<sup>168</sup>

Por lo tanto, como vemos, el doble carácter de la dignidad humana, esto es, como principio y derecho, permite deducir, que en el marco de las TRAS y todo lo que ellas conllevan, se confiere una nueva expresión de sí misma alineada al ámbito reproductivo sea natural o tecnológicamente asistida. Dado que, por un lado, como un principio, al actuar como criterio interpretativo base, criterio de determinación del contenido esencial de determinados derechos y criterio que comporta límites, queda en evidencia que la dignidad de la persona, se forma a sí misma constantemente, dadas las realidades y contextos sociales existentes, promoviendo así nuevos contenidos que a su vez forman nuevos derechos. Razón por la cual, en el ámbito de esta investigación, se faculta la elaboración de la autonomía reproductiva como derecho fundamental implícito, pues, es ese grado de autonomía de generar descendencia lo que es irradiado por la propia dignidad de la persona. Sin perjuicio, que dicha voluntad de descendencia sea expresada de manera natural o tecnológicamente asistida. Por otro lado, como un derecho fundamental, al constituir un ámbito de tutela y protección autónoma, no solo involucra inherentemente la protección de la dignidad humana en sus dimensiones físicas, psicológicas y sociales, sino también el resguardo de la autonomía inherente a sí misma.

Ahora bien, con todo ello en consideración, resulta oportuno introducirnos al marco de la maternidad subrogada, dado que, como vimos en el primer capítulo, existen

---

<sup>168</sup> Sentencia N°02273-2005-HC/TC. Fundamento 9 y 10. Disponible en: <<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.pdf>>

distintas posturas respecto a esta técnica de reproducción asistida, yendo desde la aceptación de su aplicación hasta su rechazo, lo cual, resulta necesario analizar, pues, dicho rechazo se sustenta en la lesión de la dignidad humana.

En esa línea, la autora Dina Rodríguez López, en una postura restrictiva frente a la maternidad subrogada, señala que: *“Las partes de nuestro cuerpo jamás pueden estar sujetas a un acuerdo de voluntades de tipo patrimonial, ni dicho acuerdo puede ser validado ante las instituciones jurídicas de nuestro país, en virtud de que un elemento que nos distingue y nos da la categoría de personas es un cuerpo físico, y por tanto como elemento de la personalidad, el cuerpo humano o cualquiera de sus componentes en ningún momento puede ser objeto de contrato, sólo puede ser sujeto de derecho.”*<sup>169</sup>

En ese sentido, de lo anterior, se despliega que acordar una obligación por parte de una mujer que decide arrendar un parte de su cuerpo por medio de una retribución económica (dimensión comercial de la maternidad subrogada), implicaría atentar contra su propia integridad física. Lo cual, según la autora María Carcaba, *“resulta inadmisibles, salvo que se desarrolle con un fin terapéutico o de interés general. Pues, lo que se está lesionando es la integridad y dignidad de la mujer al disponer mediante una cesión una parte no separable de su cuerpo para beneficio y utilización de otros.”*<sup>170</sup>

Siguiendo esa misma lógica restrictiva, se deduce de los argumentos precedentes que, en la subrogación de la maternidad, la integridad física deja de ser un fin en

---

<sup>169</sup> RODRÍGUEZ, Dina. *Nuevas Técnicas de Reproducción Humana: El útero como objeto de contrato*. Revista de Derecho Privado Nueva Época N°11. 2005. p. 117.

<sup>170</sup> CARCABA, María. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. Barcelona. José María Bosch. 1995. p. 168.



sí misma transformándose en el medio para que terceros puedan cumplir su voluntad procreacional. Por lo cual se señala que está atenta con la dignidad de la persona.

Aun así, antes de desviarnos en un debate ético-filosófico sin final, sobre la vulneración de la dignidad humana en la maternidad subrogada, es necesario dejar en claro que este tipo de acuerdo fuera de ser innominado, en nuestra legislación no es de aquellos que se prohíba, dado que, como bien se ha venido tratando este tópico en el ordenamiento jurídico peruano, conforme al principio de legalidad establecido en la constitución, de que *“lo que no está prohibido está permitido”* dichos acuerdos son aplicables. Ello, independientemente que lo que esta investigación pretende, es que en virtud del derecho fundamental a la autonomía reproductiva pueda aceptarse y limitarse adecuadamente dichos acuerdos.

Ahora, todo lo precedente nos deja con las interrogantes de que si en virtud del derecho-principio de dignidad humana ¿Existe algún grado de libertad para disponer de nuestro propio cuerpo? y ¿Hasta qué punto una mujer puede disponer de su cuerpo? Frente a ello resulta evidente que rechazar y prohibir los acuerdos de maternidad subrogada no es la solución adecuada, dado que, no podemos reducirnos a lo “tradicionalmente aceptable” acorde a una moral desfasada frente a una realidad reproductiva arraigada a los avances tecnológicos existentes en nuestra sociedad. Pese a que, en la actualidad ya se comercializa partes del cuerpo humano. Un claro ejemplo de ello, es la prostitución, que en el Perú dicha actividad no se constituye como un delito, sino es considerada como una actividad

legal entre las personas adultas; lo que sí está considerado como delito es el proxenetismo, esto es, obtener beneficios económicos a partir de la explotación sexual.<sup>171</sup> Todo ello, sin perjuicio, que el objeto materia de disposición en el útero subrogado y la prostitución sean distintas, pues, lo que resalta de esta comparación es la disponibilidad del cuerpo basada en la autonomía.

En esa lógica, si la prostitución es confirmada como un actuación lícita, dado que, dicha licitud se encuentra basada en la autonomía personal ¿Es factible aprovechar la ventaja procreativa que algunos poseen, para que, mediante las TRAS, gestar a una criatura y posteriormente darla a aquellos que no detentan dicha ventaja? Basándonos en el ejercicio de la autonomía y libertad de las partes involucradas, la respuesta es afirmativa, dado que, independientemente si el proceso procreativo es artificialmente asistido o natural, sigue siendo una expresión más de la dignidad humana, por lo tanto, estaríamos hablando de una nueva manifestación de la dignidad humana, la cual, abarca un campo de libertad elemental propia de cada persona, donde la reproducción y la sexualidad se puedan tratar y ejercer de manera substancial.<sup>172</sup> En otras palabras, esta nueva expresión de la dignidad humana sería la autonomía reproductiva.

Así las cosas, siguiendo el argumento del autor Pantaleón, considero que en la maternidad subrogada *“lo que se comercializa no es él bebe, sino que es la capacidad gestacional de la mujer”*<sup>173</sup> dado que, ejerciendo su derecho a la

---

<sup>171</sup> GORENSTEIN, Sharon. *Prostitución: permitida y estigmatizada. Perspectivas discursivas a partir de las historias de vida de seis mujeres que se prostituyen en el El Trocadero*. Debates en Sociología N°38 – PUCP. 2013.

<sup>172</sup> SANTANDER, Cristobal. Op. Cit. p.38

<sup>173</sup> PANTALEÓN, E. *Técnicas de reproducción asistida y Constitución*. RCEC. 1993. p. 133.

autonomía reproductiva faculta aquella libertad que la autoriza a disponer de su propio cuerpo.<sup>174</sup> Todo ello, sin perjuicio que se culmine con el nacimiento de una criatura.

### **Libre Desarrollo de la Personalidad**

Independientemente, que el derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad también se despliegue de la dignidad humana, resulta necesario analizarla como un derecho que brinda su contenido esencial a la autonomía reproductiva, dado que *“la función libertaria e integradora de la dignidad permite incluir dentro de su contenido no sólo la autodeterminación del individuo, sino que también su libertad; (...)”*<sup>175</sup> En otras palabras, estas se relacionan continuamente en aquella esfera de libertad y autonomía de la persona humana.

En ese sentido, resulta necesario precisar que desde la óptica doctrinaria *“no existe una clara definición de libre desarrollo de la personalidad, especialmente una definición jurídica, ya que en el concepto de personalidad confluyen factores extra jurídicos tanto psicológicos como éticos”*.<sup>176</sup> Al margen de ello, el Tribunal Constitucional Alemán en el famoso caso Wilhelm Elfes, sostuvo que *“con el concepto de “libre desarrollo de la personalidad”, la Ley Fundamental quiso significar no sólo el desarrollo al interior del núcleo de la personalidad humana – que distingue la esencia del ser humano como una persona de carácter moral y*

---

<sup>174</sup> SANTANDER, Cristobal. Op. Cit. p. 51.

<sup>175</sup> SANTANDER, Cristobal. Op. Cit. p. 55.

<sup>176</sup> MARRADES, Ana. *Luces y sombras del derecho a la maternidad: Análisis jurídico de su reconocimiento*. Valencia. Editorial Universitat de Valencia. 2003. p. 83.

*espiritual-, sino también su conducta externa.”<sup>177</sup> De lo cual, según Saavedra-Díaz, se desprende que “sólo es posible el respeto a la esfera interna de la persona siempre y cuando se permita su exteriorización, es decir, que la voluntad interna se traduzca en la dación de sus propias reglas de vida, de tal modo que, no será posible predicar su salvaguarda sino se permite su materialización en la esfera externa del comportamiento humano.”<sup>178</sup>*

En esa misma línea, Sosa Sacio explica que existe una *“libertad constitucionalmente protegida [que] ha sido denominado por la dogmática constitucional y otro ordenamiento jurídicos como “derecho general de libertad” o “derecho al libre desarrollo de la personalidad”, conforme a la cual las personas pueden hacer todo aquello que deseen siempre que no existan restricciones que cuenten con fundamento constitucional”<sup>179</sup>* desprendiéndose así de esto último, que existen limitaciones a este derecho, limitaciones que se plasman en el respeto de los derechos de terceros, fundamentados en el orden constitucional. Es decir, el campo de aplicación de este derecho acaba cuando esta exteriorización de la voluntad interna, colisiona con la esfera jurídica de los derechos jurídicamente protegidos de terceros individuos.

Ahora bien, en el Perú, el derecho a libre desarrollo de la personalidad queda reconocido expresamente en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución Política al

---

<sup>177</sup> Tribunal Federal Alemán. Sentencia -1 BvR 253/56 –punto resolutive A. 1957. Disponible en: <[https://www.kas.de/c/document\\_library/get\\_file?uuid=0a66a4a6-1683-a992-ac69-28a29908d6aa&groupId=252038](https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=0a66a4a6-1683-a992-ac69-28a29908d6aa&groupId=252038)>

<sup>178</sup> SAAVEDRA, Alexis. Op. Cit. p. 50.

<sup>179</sup> SOSA, Juan. *La libertad constitucional. Tres modelos esenciales de libertad y tres derechos de libertad*. Perú. Pensamiento Constitucional N°23 – Revistas PUCP. 2018. p. 189.

expresar que toda persona tiene derecho: *“A la vida, a su identidad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.”*

Si bien es cierto que dicho articulado no hace una expresión clara y concisa de que se entiende con dicha mención del derecho fundamental, resulta evidente mediante la positivización de “libre desarrollo” que su enfoque radica en el reconocimiento constitucional de la libertad del desenvolvimiento humano en el marco estatal, dado que, *“no todos los ordenamientos constitucionales reconocen el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, o cuando menos no en toda su extensión. [Por lo cual], depende de cada cultura constitucional fijar los contornos o límites específicos entre la libertad humana y la autoridad estatal.”*<sup>180</sup>

A ese respecto, el Tribunal Constitucional peruano refiriéndose al contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, sostiene que:

Al no hacerse una mención expresa en el texto constitucional respecto del ámbito específico al cual el ser humano tiene derecho a desarrollarse, evidencia que dicha ausencia muestra el campo de apertura inherente a cada persona para elegir como desenvolverse acorde a su propia personalidad, es decir, todas las personas de manera individual y colectiva tienen la capacidad de elaborar su propio sentido de vida acorde a su autonomía moral. Ello evidentemente, sin afectar los derechos de los demás.

Por lo tanto, *“[e]l derecho a libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la*

---

<sup>180</sup> SOSA, Juan. Op. Cit. p. 189.

*personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres. (...). Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra”.*<sup>181</sup>

De lo anterior, se desprende que el derecho al libre desarrollo faculta una libertad general de actuación de la persona en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad, es decir, esta libertad general garantiza una autodeterminación personal conforme a las convicciones, ideas, deseos, aspiraciones, etc. Concretizando así, a la decisión y actuación humana con un respeto fundamental, puesto que, esta libertad radica en el arbitrio personal para lograr la realización humana. Esto, sin dejar de lado que, resulte peligroso el absolutismo de la actuación humana, razón por la cual, es evidente que todo derecho es limitado.

En la misma línea, la constitución política en el artículo 2 inciso 24 b. al manifestar que *“no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal salvo en los casos previstos por la ley. (...)”* demuestra que, en el marco de este estudio, en virtud de la libertad personal se puede acceder a la maternidad subrogada a través de sus acuerdos, únicamente cuando la madre gestante y la madre genética recaiga sobre la misma persona, dado que, así lo prevé la ley actualmente

---

<sup>181</sup> Sentencia N° 00032-2010-AI/TC. Disponible en: <<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00032-2010-AI.pdf>>

(artículo 7 de la ley general de salud, analizada en el capítulo precedente). En otras palabras, solo se admite la maternidad subrogada tradicional, mas no la gestacional. Sin embargo, en virtud del derecho a libre desarrollo de la personalidad, dicha restricción a la modalidad gestacional de la maternidad subrogada, sería incongruente, dado que, la libertad de actuación de la persona sustrae cualquier intervención estatal que no sea razonable ni proporcional para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la constitución garantiza, incluyendo así ha dicho articulado.

Así las cosas, resulta claramente visible que, del contenido esencial del derecho a libre desarrollo de personalidad, nace una nueva libertad, siendo esta, la libertad reproductiva o autonomía reproductiva, puesto que, es una libertad natural de la personalidad del individuo en el ámbito reproductivo, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con los contenidos de dignidad y libertad, al dotar de autonomía al individuo para acceder o no a la procreación acorde a su arbitrio. En ese sentido, *“la procreación se muestra como un acto racional y voluntario, por lo que la configuración de este derecho se manifiesta como una libertad, es decir, como una facultad de todas las personas para autodeterminarse en esta materia; para decidir no sólo el número de hijos que desean tener, sino el hecho mismo de procrearlos o no.”*<sup>182</sup>

Finalmente, queda en evidencia que la relación estrecha entre dignidad y libertad, *“permiten admitir el acuerdo de maternidad subrogada en cualquiera de sus variantes ya que lo que se contrata no es el útero propiamente tal sino la*

---

<sup>182</sup> SAAVEDRA, Alexis. Op. Cit. p. 56

*capacidad generativa de una mujer, considerando también que dicha esfera reproductiva le pertenece exclusivamente a la mujer en virtud de su derecho a procrear [o autonomía reproductiva]”.*<sup>183</sup>

### **La Vida Privada**

Al ser un derecho esencial en el desarrollo de la vida humana, dada su esfera de privacidad que le es inherente, y más aún, en el ámbito reproductivo. Se hace visible que, del contenido esencial de este derecho, se desprende un nuevo contenido íntimo relacionado a las funciones reproductivas. Dado que, este facultada al individuo a desarrollar libremente su personalidad en un ámbito personal. De lo cual, es evidente la conexión entre el derecho a la vida privada, el libre desarrollo de la personalidad y, por ende, la dignidad humana.

En ese sentido, entrando al panorama del reconocimiento de este derecho, vemos que a nivel internacional, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 12, manifiesta que *“nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, (...)”*<sup>184</sup> Siguiendo esa misma línea, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 11 y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos mencionan lo mismo que la Declaración Universal de los Derechos humanos. Por su parte, en un enfoque menos amplio la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo V, señala que *“Toda persona tiene derecho*

---

<sup>183</sup> SANTANDER, Cristobal. Op. Cit. p. 71

<sup>184</sup> Organización de las Naciones Unidas (ONU). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Asamblea General. 1948.



*a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.”<sup>185</sup>*

Ahora, en el ámbito nacional, dicho reconocimiento se encuentra plasmado en el artículo 2, inciso 7 de la carta magna, al referirse que toda persona tiene derecho *“Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como la voz y a la imagen propia.”<sup>186</sup>*

En interpretación a dicho articulado, el Tribunal Constitucional ha establecido que *“El derecho a la intimidad protege el derecho a la vida privada, esto es, el poder jurídico de rechazar intromisiones ilegítimas en la vida íntima o familiar de las personas; (...)”<sup>187</sup>*. De lo cual, se entiende que *“La vida privada es el ámbito personal en el cual un ser humano tiene la capacidad de desarrollar y fomentar libremente su personalidad. Por ende, se considera que está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, (...).”<sup>188</sup>*

De lo anterior, se desprende que, si bien la significación de este derecho resulta compleja, dado que, comprende una amplia gama de aspectos que se desarrollan en esfera personal de cada individuo, es posible entenderla, como aquella facultad de toda persona humana para fomentar y desarrollar libremente su personalidad

---

<sup>185</sup> Organización de los Estados Americanos (OEA). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. 1948

<sup>186</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo N°2, inc. 7. 1993

<sup>187</sup> Sentencia N° 01797-2002-HD/TC. Disponible en: <<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01797-2002-HD.pdf>>

<sup>188</sup> Sentencia N°6712-2005-HC/TC. Disponible en: <<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.pdf>>

en el ámbito personal.<sup>189</sup> En otras palabras, el derecho a la vida privada reconoce a todas luces que existe un ámbito personal que se encuentra fuera del alcance del entrometimiento de terceros.

En esa línea, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) respecto a este derecho materia de análisis, preciso en el Caso Fernández Ortega y otros, que los aspectos y valores primordiales de la vida privada radican en el derecho de decidir libremente sobre tópicos más íntimos y personales, incluyendo también las funciones corporales básicas. Ello, al referirse que *“el concepto de vida privada es un término amplio no susceptible de definiciones exhaustivas, pero que comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos.”*<sup>190</sup>

Así las cosas, en el marco de esta investigación, se hace evidente que *“este derecho incluye el derecho de toda mujer a decidir libremente y sin interferencias arbitrarias, sobre sus funciones reproductivas”*<sup>191</sup>. Lo cual, en el contexto del derecho a la autonomía reproductiva, *“este derecho es violado cuando el Estado o los particulares interfieren en el derecho de la mujer a tomar decisiones sobre su cuerpo y su capacidad reproductiva.”*<sup>192</sup> Esto se hace claro, al comprender que las decisiones sobre la capacidad reproductiva, recaen en la esfera privada de cada individuo<sup>193</sup>, pues, a través de dichas decisiones reproductivas cada persona busca desarrollar libremente su personalidad en el ámbito personal. Por ende, el

---

<sup>189</sup> VILLAMARÍN, Carlos. Op. Cit. p. 55.

<sup>190</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. 2010. Fundamento 129. Disponible en: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_215\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf)>

<sup>191</sup> FACIO, Alda. Op. Cit. p. 36

<sup>192</sup> Ibidem.

<sup>193</sup> Ibid.

derecho la vida privada también estaría dotando su contenido esencial en virtud de la fundamentalidad de la autonomía reproductiva.

### **La Salud**

Este derecho humano dotado de fundamentalidad, resulta imprescindible en el marco de la presente investigación, debido a que, de ella se desprende la salud reproductiva, la cual, a su vez conforma a la autonomía reproductiva, pues, conlleva múltiples factores que no solo implican ausencia de enfermedades o dolencias, sino también un bienestar social, físico y mental relacionados al derecho de acceder a métodos seguros que permitan la realización de la reproducción, sean estos métodos naturales o tecnológicamente asistidas.<sup>194</sup> Lo cual, evidentemente se basa en la autonomía personal en el ámbito reproductivo.

En ese sentido, cabe mencionar que el derecho a la salud, en marco nacional, no encuentra su reconocimiento en el capítulo primero de la carta fundamental referente a los derechos fundamentales, sino en el capítulo segundo correspondiente a los derecho sociales y económicos, o comúnmente llamados derechos prestacionales, puesto que, *“ellos representan los fines sociales del Estado a través de los cuales el individuo puede lograr su plena autodeterminación”*<sup>195</sup>. Sin embargo, *“el principio de dignidad irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano sólo puede ser lograda a través de la protección de los*

---

<sup>194</sup> FACIO, Alda. Op. Cit. p. 36

<sup>195</sup> Sentencia N°2016-2004-AA/TC. Fundamento 9. Disponible en: <<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02016-2004-AA.pdf>>

*distintos elencos de derechos, en forma conjunta y coordinada.”*<sup>196</sup> Razón por lo cual, el Tribunal Constitucional manifiesta que *“este derecho está intrínsecamente vinculado con el derecho a la vida, a la integridad y el principio de dignidad; entonces, encuentra su sustento como derecho fundamental por ser una manifestación de la dignidad humana, (...)”*.<sup>197</sup>

En consecuencia, se deduce acorde al máximo intérprete de la constitución que *“la afectación a la salud puede conllevar a la afectación a la vida, así la relación intrínseca del derecho a la salud con el derecho fundamental a la vida hace aquél un derecho fundamental.”*<sup>198</sup> Entonces, se entiende que *“el derecho a la vida no sólo actúa como un límite a la actuación estatal, sino que, además, constituye un fin que debe guiar las obligaciones de hacer del Estado. En esa medida, el derecho a la salud tiene carácter de fundamental por la relación de dependencia que desarrolla con el derecho a la vida.”*<sup>199</sup>

De todo lo anterior, vemos como el derecho a salud se dota de fundamentalidad debido a una relación de dependencia con el derecho a la vida, sustentada por ser una manifestación de la dignidad humana. De lo cual, en el marco de la presente investigación, se pretende desarrollar el mismo argumento facultativo esbozado por el Tribunal Constitucional, al dotar de fundamentalidad a un derecho por la estrecha relación o conexión con derechos expresamente fundamentales. Sin perjuicio, que el derecho a la salud al ser un derecho fundamental conexo, es

---

<sup>196</sup> Ibidem. Fundamento 18.

<sup>197</sup> VILLAMARÍN, Carlos. Op. Cit. p. 58.

<sup>198</sup> Sentencia N°3330-2004-AA/TC. Disponible en:  
<<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03330-2004-AA.pdf>>

<sup>199</sup> Sentencia N°2016-2004-AA/TC. Op. Cit.

decir, relacionado dependientemente a otro, también forme parte del derecho materia de construcción en este estudio, siendo este, la autonomía reproductiva. Esto último, independientemente, que la construcción por conexidad se analizara claramente más adelante en este capítulo.

Ahora bien, siguiendo con el contenido esencial del derecho a la salud, el mismo Tribunal Constitucional establece mediante su interpretación que *“es la facultad de conservar la normalidad orgánico-funcional (física y mental) y la de restablecimiento en caso se perturbe aquella. Este derecho tiene la finalidad de mejorar la calidad de vida. Esto implica la obligación estatal de adopción de políticas y programas para brindar servicios para la protección de este derecho. La salud es condición necesaria y medio elemental para lograr el bienestar general e individual.”*<sup>200</sup> Razón por la cual, en el sentido de este estudio, la salud, incluyendo a la salud reproductiva, en el marco de la autonomía reproductiva, es condición fundamental para lograr un bienestar individual y general. De lo cual, a su vez, se desprende que, para lograr dicho bienestar individual y general como condición necesaria de la salud en virtud de las parejas e individuos infértiles, se requiere una obligación estatal de adopción de políticas y programas con la finalidad de mejorar la calidad de vida de este grupo de personas, siendo las TRAS, incluyendo así a la maternidad subrogada, la elección adecuada para alcanzar el mayor nivel reproductivo y así mejorar su calidad de vida.

Así las cosas, queda en evidencia que el derecho a la salud al ser un derecho fundamental por conexidad, también incluye el derecho humano a la salud

---

<sup>200</sup> Sentencia N°2016-2004-AA/TC. Op. Cit.

reproductiva, la cual, según el Programa de Acción del Cairo “es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir si hacerlo o no, cuando y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, **así como otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos**, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. (...)”<sup>201</sup> Todo ello, evidentemente en el marco de la autonomía reproductiva.

### **El Interés Superior del Niño**

Sin perjuicio, que no sea un derecho fundamental, este es entendido como un contenido constitucional implícito, dado que, según la constitución política peruana como señala en su artículo 4°, el niño y el adolescente requieren una protección especial, razón por la cual, en el marco de la autonomía reproductiva resulta pertinente su análisis.

---

<sup>201</sup> Programa de Acción de El Cairo. Par. 7.3. Disponible en: <[https://www.un.org/en/development/desa/population/publications/ICPD\\_programme\\_of\\_action\\_es.pdf](https://www.un.org/en/development/desa/population/publications/ICPD_programme_of_action_es.pdf)>

En ese sentido, entrando en el marco de su reconocimiento, La Convención sobre los Derechos del Niño establece lo siguiente:<sup>202</sup>

*“Artículo 3*

- 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*
- 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.*
- 3. Los Estados partes se asegurarán de las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”*

De lo cual, en virtud del artículo 55° de la carta magna al referirse que *“Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”* se desprende que, al ser aprobada la Convención sobre derechos del niño en 1990,

---

<sup>202</sup> Organización de Naciones Unidas (ONU). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Asamblea General. 1989. Disponible en: <<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>>

mediante la Resolución Legislativa N°25278, dichas disposiciones deben ser tomadas en cuenta acorde como lo plantea la propia convención.

En esa línea, la Opinión Consultiva OC-17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) estableció que el interés superior del niño, *“implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.”*<sup>203</sup> En suma a ello, para una mayor comprensión, en el marco de esta investigación, debe precisarse que según el artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad.<sup>204</sup>

En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional ha establecido que, *“conforme se desprende la Constitución, (...) En efecto, como uno de los contenidos constitucionalmente protegidos del artículo 4° de la Constitución se establece que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño y del adolescente sea una obligación ineludible de la comunidad y principalmente del Estado. (...)”*<sup>205</sup> *“De este modo, el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente se constituye en aquel valor especial y superior según el cual los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tiene fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción*

---

<sup>203</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Opinión Consultiva OC-17/2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Disponible en:

<[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf)>

<sup>204</sup> Código de los Niños y Adolescentes. Título Preliminar. Artículo 1. Ley N°27337. 2000.

<sup>205</sup> Sentencia N°03744-2007-PHC/TC. Fundamento 5. Disponible en:

<<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03744-2007-HC.pdf>>



*de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales.*<sup>206</sup>

Así las cosas, teniendo todo ello en consideración, en el marco de la maternidad subrogada y la autonomía reproductiva, sale a la luz que el interés superior del niño es un tema controversial, dadas las distintas posturas de la doctrina que van, por un lado, desde el impedimento de esta técnica de reproducción dado el carácter mercantilista de la gestación y la filiación, es decir, convertir la dignidad del menor en objeto de tráfico mercantil y, por el otro lado, en la admisibilidad de la técnica, en virtud a la autonomía reproductiva, debe tenerse en consideración que el interés superior del niño, radica en base a *“las prestaciones de maternidad y paternidad que redundan en el interés del menor, puesto que gracias a ella se facilita, entre otras cosas, el mejor cuidado de los niños en sus primeros meses de vida y el afianzamiento de los vínculos físicos y afectivos entre padres e hijos”*<sup>207</sup>

Ahora bien, esto último resulta fundamental ,dado que, es ese vínculo afectivo (voluntad procreacional) el cual encaja en respeto al interés superior del niño durante la aplicación de la técnica y también después, es decir, cuando la criatura nace.

---

<sup>206</sup> Sentencia N°02132-2008-PA/TC. Fundamento 11. Disponible: <<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02132-2008-AA.html>>

<sup>207</sup> GARIBO, ANA-PAZ. *El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada*. Cuadernos de Bioética XXVIII – Universidad de Valencia. 2017. p. 254.

### 3.5 LA CONEXIÓN DE LOS DERECHOS INVOLUCRADOS

*Toda reforma fue en un tiempo simple opinión particular.*

*Ralph W. Emerson*

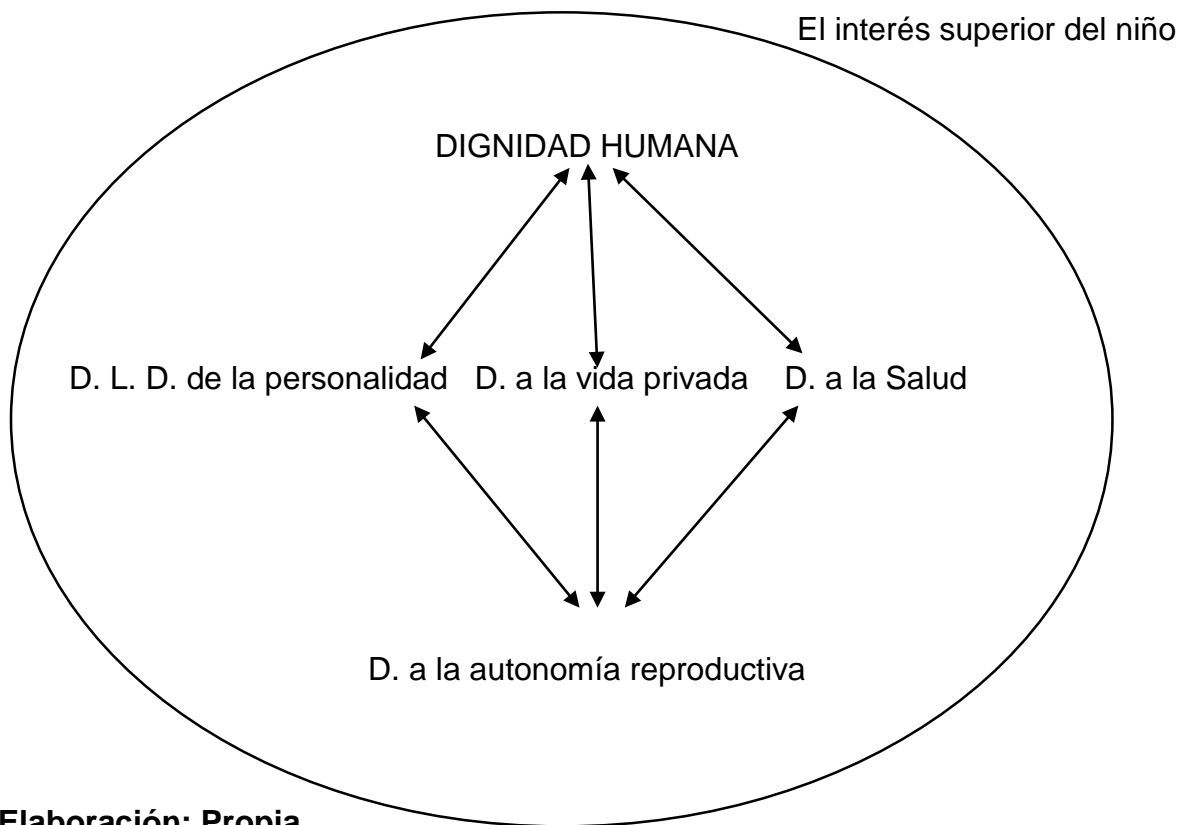
Con todo lo precedente, en el desarrollo de este capítulo, aterrizamos en el meollo del asunto al momento de construir a la autonomía reproductiva como un derecho fundamental implícito, dado que, como hemos venido mencionándolo a lo largo de la investigación, esta conexión o interrelación intrínseca entre derechos fundamentales radica en una *“norma fundamental adscripta pues su fundamento deriva de normas iusfundamentales expresamente estatuidas”*<sup>208</sup>, es decir, el objetivo de la conexidad o interrelación involucra que la autonomía reproductiva no siendo calificada como fundamental por la carta magna, dicha fundamentalidad le es comunicada por la íntima relación con otros derechos fundamentales; y dado, que el orden constitucional peruano admite la inserción de nuevos derechos al marco constitucional nacional dada la cláusula abierta o *numerus apertus* en el artículo 3° de la constitución, resulta acertada mi propuesta.

Ahora bien, para empezar la construcción de la conexidad adecuadamente, y para una mayor comprensión de lo que propongo en este estudio, a continuación, presentare un diagrama denominando como *“El diagrama de la conexión fundamental”*:

---

<sup>208</sup> SANTANDER, Cristóbal. Op. Cit. p. 33

**Grafico N°1 – Diagrama de la conexión fundamental.**



**Elaboración: Propia.**

Como vemos, acorde al diagrama, existe un flujo de comunicación continua entre los derechos fundamentales presentados, es decir, se interrelación entre sí, dado que, sus contenidos esenciales se encuentran conectados, dotando de esta manera, fundamentalidad a la autonomía reproductiva.

En ese sentido, se evidencia que todo se despliega del derecho-principio de Dignidad humana, pues, evidentemente, todos los otros derechos son una expresión y manifestación de esta última. Siendo así que, de la expresión de la dignidad humana, en el marco del referido diagrama, se desprenden tres derechos que funcionan como aristas de la conexión con la autonomía reproductiva. De lo cual, se entiende que cada una de ellas desprende de su contenido esencial, un

contenido que brinda el nacimiento y construcción de la autonomía reproductiva como un derecho fundamental implícito conexo.

En ese orden de ideas, como bien ya se explicó en el apartado de los derechos fundamentales involucrados paginas arriba, partiendo por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, se entiende, que se está garantizando una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad, siendo la reproducción una de esas esferas de desarrollo de la personalidad, por lo tanto, la autonomía reproductiva seria esa libertad de actuación del ser humano en relación a su reproductividad o procreación. Consecuentemente, como segunda arista tenemos al derecho a la vida privada, la cual, al ser ese ámbito personal en el cual el ser humano tiene la capacidad de desarrollar y fomentar libremente su personalidad, faculta no solo la conexión con el propio derecho al libre desarrollo a personalidad y, por ende, la dignidad humana; sino también a la autonomía reproductiva, dado que, *“la procreación es una decisión autónoma, de derecho privado, que pertenece a la familia, a la persona individual;(…)”*<sup>209</sup>, por lo tanto, su contenido encaja correctamente. Por el otro lado, como tercera arista, contamos con el derecho a la salud, que, dada su vinculación con el derecho a la vida, encuentra su sustento como derecho fundamental por ser una manifestación de la dignidad humana, razón por la cual, incluyendo a la salud reproductiva, desprende una condición imprescindible para lograr un bienestar individual y general tanto físico, social y psicológico. Lo cual,

---

<sup>209</sup> ARÁMBULA, Alma. *Maternidad Subrogada: Centro de Documentación, Información y Análisis Dirección de Servicios de Investigaciones y Análisis Subdirección de Política Exterior*. México. 2008. p. 108-109.

en el marco de la autonomía reproductiva, faculta el mejoramiento de la calidad de vida procurando el más alto nivel reproductivo.

Siguiendo la lógica del diagrama, se observa que dicha conexión entre los derechos mencionados anteriormente, terminan anidándose o encontrándose en una interrelación continua con la autonomía reproductiva, dado que, como bien lo explica el Tribunal constitucional esta consiste *“en la autonomía para decidir en los asuntos que sólo le atañen a la persona, optando libremente y sin ninguna interferencia en el acto de trascender a través de las generaciones. En otras palabras, es la libertad para poder decidir cómo ser racional, con responsabilidad sobre: el momento adecuado u oportuno de la reproducción; la persona con quien procrear y reproducirse; y, la forma o método para lograrlo o impedirlo. Todo ello, teniendo en cuenta que este es un derecho implícito contenido no solo en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad, sino también se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y del derecho general de libertad que les es inherente.”*<sup>210</sup>

Ahora bien, se observa conjuntamente en el diagrama, que toda la conexión se encuentra rodeada o limitada por una esfera, la cual representa su campo de acción, dado que, como se evidencia en ella, el interés superior del niño, establece los parámetros de delimitación, siendo así que, está en el marco de la autonomía reproductiva, por un lado, admite a la maternidad subrogada , dado que, la voluntad procreativa se relaciona con el interés superior del niño por su grado afectivo y voluntario de quererlo, lo cual, implica brindarle todo lo que la criatura

---

<sup>210</sup> Sentencia 02005-2009-PA/TC. Disponible en: <<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.pdf>>

necesita antes del procedimiento, durante y después del nacimiento. Por el otro lado, el interés superior del niño delimita a la maternidad subrogada en su modalidad comercial, dado que este estaría atentando contra la dignidad del niño, que como ya vimos en el capítulo segundo de esta investigación, su vida estaría iniciando desde la concepción. En otras palabras, lo que facultad la autonomía reproductiva, mediante el ejercicio de la maternidad subrogada, es su modalidad altruista. Sin perjuicio, que en esta modalidad también haya transacciones económicas dados los gastos clínicos y psicológicos de la gestación.

Con todo ello en consideración, lo que resulta relevante del diagrama de la conexión fundamental, es que, el resultado o fruto de dicha interrelación intrínseca, deviene en el nacimiento de una criatura que también es inherente a derechos y que, en su proyección de vida, también podrá contar con todos los que sean inherentes por su propia condición humana, por ello, las criaturas nacidas por las TRAS requieren ser reconocidas e inscritas como tal.

Así las cosas, según la doctrina, en contraposición a la conexión presentada, manifiestan que la autonomía reproductiva puede ser encajada únicamente como una libertad más dentro del derecho más genérico del libre desarrollo a la personalidad, siendo considerada como un derecho implícito únicamente dentro de este derecho.<sup>211</sup> Sin embargo, en mi opinión, dicho argumento es correcto, pero incompleto, dado que, como se ha evidenciado líneas arriba, existen otros derechos que también bridan sus contenidos esenciales para la construcción de la

---

<sup>211</sup> SAAVEDRA, Alexis. Op. Cit.

autonomía reproductiva como un derecho fundamental, que sin dichos contenidos no podría catalogarse ni hablarse como fundamental a la autonomía reproductiva.

Finalmente, como hemos construido a la autonomía reproductiva como un derecho fundamental implícito por conexidad, resulta acertado establecer su contenido esencial, dado que todo derecho fundamental conlleva inherentemente no solo características propias, sino también un contenido esencial. Por lo tanto, el contenido esencial de la autonomía reproductiva *“será la libertad de disposición de las potencialidades propias ordenadas a la procreación, con independencia del resultado final.”*<sup>212</sup> Pues, la reproducción no es exclusivo de la autonomía humana, puesto que esta se encuentra determinada por múltiples factores naturales.

### **3.6 LA LIBERTAD JURIDICA**

Al entender que la autonomía reproductiva es un derecho fundamental, es indispensable explicar la libertad jurídica, puesto que, como bien menciona José Luis Colomer, *“la libertad a que se refieren las leyes jurídicas solo puede ser la libertad en el ejercicio externo del individuo, pues, el concepto del derecho tiene por objeto la relación externa y practica de una persona con otra y en tanto que sus acciones pueden tener influjo entre sí, bien mediata, bien inmediatamente. Por ello, resalta la noción negativa de la libertad, esto es, el estado de dependencia legal.”*<sup>213</sup>

---

<sup>212</sup> SANTANDER, Cristóbal. Op. Cit. p.34.

<sup>213</sup> COLOMER, José. *Algunos apuntes sobre Kant y la libertad política*. 2005. Disponible en: <file:///E:/BIBLIOTECA/DESCARGAS/algunos-apuntes-sobre-kant-y-la-libertad-politica-0%20(1).pdf>

En ese sentido, queda más que claro, que, al momento de hablar de autonomía o libertad dentro de la óptica jurídica, necesariamente, nos estamos refiriendo a ese estado de dependencia legal, es decir, a ese grado de actuación externa inherente a la libertad, dado que, los hombres no gozan de poder sino sobre los actos exteriores, escapándose así el querer interior de la voluntad, es por ello, que lo que se regula en un Estado son las obras o actuaciones externas.<sup>214</sup>

Así las cosas, en esa lógica, al entender de esta investigación, la autonomía reproductiva al ser el derecho fundamental que faculta el ejercicio o la aplicación de la maternidad subrogada, en el marco de la libertad jurídica, esta técnica de reproducción humana asistida se podría desarrollar y evaluar, evidentemente, en el ejercicio externo de las partes involucradas, razón por la cual, resulta necesaria una regulación pertinente, en base al derecho que la sustenta, para que, exista ese grado de dependencia legal que delimite esa exteriorización de la libertad interna (voluntad procreacional). Razón por la cual, propongo una modificación legislativa del artículo 7° de la ley general de salud, que faculte una adecuada exteriorización de libertad jurídica en el ámbito de la reproducción. Es decir, la autonomía reproductiva.

### **3.7 ADECUACIÓN AL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS**

El Perú pertenece al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, dada su adscripción a la Convención Interamericana de Derechos humanos y su admisión jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Siendo en virtud

---

<sup>214</sup> Ibidem.



de ello, que el propio artículo 55° de la Constitución Política, establece que *“Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”*, en ese mismo sentido, el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional menciona que *“El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.”* Por lo tanto, queda claro que, las decisiones adoptadas por la corte interamericana según los tratados de los que el Perú es parte, también integran el sistema interamericano, por ende, forman parte del derecho interno.

En esa lógica, en la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 2012 correspondiente al caso *“Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, establece varios puntos a evidenciar, pues encajan perfectamente con la propuesta de la conexidad planteada y la construcción adecuada de la autonomía reproductiva como derecho fundamental.

En esa línea, la corte explica que la vida privada de las personas incluye *“(…) un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye del derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico propio de los atributos de la persona, que se proyecta en*

*toda la Convención Americana.” Entonces, “El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y como decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, (...), la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.”<sup>215</sup> Razón por la cual, queda en evidencia, en el ámbito de la autonomía reproductiva, la relación intrínseca o conexidad entre la vida privada, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana.*

---

<sup>215</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH): Sentencia “Artavia Murillo y otros (Fertilización In Vitro) vs. Costa Rica”. Fundamentos 142 y 143. 2012. Disponible en: <[https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=235](https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235)>

En ese mismo sentido, la Corte define que el derecho a la autonomía reproductiva implica *“decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”*.<sup>216</sup> Por ende, existirá una transgresión a este derecho cuando se interponga cualquier obstáculo que impida a las mujeres ejercer un control sobre su fertilidad.

Así las cosas, lo que se pretende demostrar en el presente acápite, es que, para que la construcción de la autonomía reproductiva como un derecho fundamental en el ordenamiento nacional cobre fuerza y sea adecuada, se necesita un fortalecimiento no solo por la conexión y la entrada al orden constitucional mediante el *numerus apertus* o derecho implícito, sino que, en suma, los tratados y las decisiones sobre derechos humanos, en este caso, el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también faculta una adhesión correcta a la autonomía reproductiva como lo que es, un derecho fundamental. Por ende, mediante la elaboración de la conexidad y adhesión de la sentencia de la Corte, esta construcción de la autonomía reproductiva como derecho fundamental se estaría adecuando al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

### **3.8 LÍMITES DE EJERCIO DEL DERECHO A LA AUTONOMIA REPRODUCTIVA**

Sabiendo que la autonomía reproductiva es un derecho fundamental, resulta adecuado analizar sus posibles límites de ejercicio, dado que, no existen derechos absolutos. En ese sentido, la doctrina constitucional española, señala que *“El concepto de límites es inherente al concepto de derecho y que, en el conjunto del*

---

<sup>216</sup> Ibid. Fundamento 146.

*sistema jurídico, las diferentes situaciones de derechos deben necesariamente limitarse recíprocamente, a fin de que puedan coexistir en una comunidad civil bien ordenada.*<sup>217</sup>

En esa línea, lo que se subraya como límites del derecho a la autonomía reproductiva, en el marco de la maternidad subrogada, gira en torno a la dignidad humana, como la expresión de la integridad física de la mujer, sea la comitente o la gestante y por otro lado los derechos de la criatura basándose en el interés superior del niño. De lo cual, se desprende lo que limita o circunscribe el campo de acción de este derecho radica en el respeto de la integridad física, psíquica y moral.<sup>218</sup> Que en virtud de la aplicación de esta técnica, requerirá de un control adecuado para que no se lesione ninguna de ellas, mediante una regulación. En otras palabras, al momento de la aplicación de la técnica se debe velar por la integridad física, psíquica y moral de la gestante, a su vez, por el lado de la comitente o comitentes, se estaría velando por su integridad psicológica y moral. Lo cual, no implica que estos límites anulen el derecho a la autonomía reproductiva y, por ende, el acceso a la maternidad subrogada, puesto lo que estamos evidenciando solo constituye los límites inherentes a la estructura de todos los derechos. Todo ello, sin perjuicio que tales medidas, se verán evidenciadas en el proyecto de ley anexada a esta investigación.

Ahora bien, por el lado del interés superior del niño debe entenderse que, en el marco de esta técnica de reproducción asistida, se estaría limitando la conversión

---

<sup>217</sup> AGUIAR, Luis. Los Límites de los Derechos Fundamentales. España, Revista del Centro de Estudios Constitucionales N°14. 1993. p. 14.

<sup>218</sup> Pacto de Derechos Civiles y Políticos de San José de Costa Rica. Derecho a la Integridad Personal. Artículo 5.

de la dignidad del menor en un objeto de tráfico mercantil, esto es, el carácter mercantilista de la gestación y la filiación. Girando así a la problemática del tráfico de niños. Es por ello, que se entiende que el límite de la autonomía reproductiva como derecho fundamental, radica en la dimensión comercial de la maternidad subrogada.

Frente a esta limitación del derecho planteada por el interés superior del niño, aparece la alternativa de la dimensión altruista de la subrogación, dado que no mediaría algún pago, siendo *“caracterizada por posibilitar el deseo de las personas a tener descendencia, evitando el riesgo de la explotación de las mujeres encargadas de la gestación y de la mercantilización del niño.”*<sup>219</sup> Sin embargo, resulta complejo afirmar ello, dada, su nivel práctico como conceptual. Pues, pese a la “gratuidad” que se desprende del altruismo, también estaría mediando pagos por los gastos clínicos y psicológicos. Pese a ello, resulta esencial el hecho que no medie un pago económico, dado que, así se estaría respetando el interés superior del niño. Todo lo anterior, sin perjuicio que, el objeto de transacción en la maternidad subrogada no sea el niño en sí mismo, sino el servicio derivado de la propia gestación como proceso biológico.<sup>220</sup>

Finalmente, debe recalcar que el principio fundamental del interés superior del niño *“como criterio a ponderar nunca puede ocuparse para rechazar el derecho a procrear [autonomía reproductiva] cuando éste se ejerce mediante técnicas artificiales, ya que, si bien contempla límites, sus condiciones deben caracterizarse*

---

<sup>219</sup> BELLVER, Vicente. *Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista*. Cuadernos de Bioética XXVIII. 2017. p. 231. Disponible en: < <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/229.pdf>>

<sup>220</sup> ANITUA, María. *La gestación Subrogada: El interés superior del niño*. Madrid. Universidad Pontificia Comillas – Facultad de Derecho. 2019.

*por la información, más que por la prohibición”.*<sup>221</sup> Pues, ambas siguen siendo una expresión inherente de la dignidad humana. De lo cual, podemos comprender que el límite respecto al interés superior del niño radica en la dimensión comercial de la subrogación de la maternidad, siendo el ejercicio de su dimensión altruista la que encaja en el respeto de este principio fundamental y con el vínculo afectivo relevante en la voluntad procreacional y, por ende, con la autonomía reproductiva como un derecho fundamental.

### **3.9 LA NECESIDAD DE UNA MODIFICACIÓN LEGISLATIVA**

Con todo lo precedente, resulta imprescindible evidenciar y girar la óptica en base a la realidad actual en la que nos encontramos inmersos, donde las TRAS, incluyendo así a la maternidad subrogada, son aplicadas como algo normal en el día a día de nuestra sociedad. Razón por la cual, resalta la necesidad de una modificación legislativa adecuada coherentemente con la realidad. En otras palabras, lo que se pretende con la modificación legislativa que esta investigación propone en los anexos, es que, la realidad no tiene que amoldarse al derecho, sino más bien el derecho a la realidad, pues, *“el ser humano es naturalmente un ser social, que vive en comunidad. Para que esta convivencia sea posible, es necesario el establecimiento de un orden que la organice. El derecho aparece como el medio por excelencia para dicha organización. De esta manera, parece innegable la unión de los conceptos de Derecho y Sociedad. Asimismo, estos*

---

<sup>221</sup> SANTANDER, Cristóbal. Op. Cit. p. 40.

*conceptos no permanecen inmutables con el transcurso de los siglos, sino que se da una continua evolución y transformación en los mismos, (...)*<sup>222</sup>

Todo ello, sin perjuicio que la explicación detallada de la necesidad de la modificación legislativa, este esbozada con claridad en la exposición de motivos del proyecto de ley presentado en los anexos de esta investigación.

---

<sup>222</sup> CALVO, Ana. *Evolución del Derecho y Cambios Sociales en los Siglos XIX y XX*. Madrid. Universidad Pontificia ICAI – ICADE Comillas. 2014. p.1

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Las conclusiones generales a las que llegó este trabajo fueron las siguientes:

- 1) Existe una relación de causa-efecto entre la infertilidad, las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada, pues si no existiera una de ellas, tampoco su efecto o respuesta. Produciendo así también efectos en el mundo jurídico.
- 2) La infertilidad y las Técnicas de Reproducción Asistidas (TRA), incluyendo a la maternidad subrogada, son una realidad social en el Estado Peruano, razón por la cual, se requiere una legislación adecuada al derecho que la sustenta.
- 3) Se evidencio que en el ámbito regulatorio de la maternidad subrogada existe una contradicción, demostrada por la clara incompatibilidad del artículo 7° de la ley general de salud y lo que resuelve la jurisprudencia del Poder Judicial. Todo ello, teniendo en cuenta lo que delimita el Tribunal Constitucional respecto a la reproducción. Generándose así una incertidumbre jurídica.
- 4) La incertidumbre jurídica se disipa ante la claridad, siendo así que la fundamentación de una legislación de la maternidad subrogada a través de la modificación del artículo 7° de la ley general de salud, se garantiza por la manifestación de la autonomía reproductiva como un derecho fundamental implícito conexo.
- 5) La construcción de la autonomía como un derecho fundamental recae en tres pilares esenciales interrelacionados. En primer lugar, en aras de una



secuencia ordenada, contamos, con la teoría de los derechos implícitos, dado que, al no ser un derecho expresamente reconocido en la constitución esta deriva del carácter intrínseco de la persona humana. En segundo lugar, al ser un derecho fundamental implícito se entiende que también puede derivar de derechos fundamentalmente expresados (D. Dignidad Humana, D. libre desarrollo de la personalidad, D. a la vida privada, D. a la Salud), siendo esa la base para la conexidad, la cual radica que no siendo calificada como fundamental por la carta magna, dicha fundamentalidad le es transmitida por la íntima relación con otros derechos fundamentales enumerados. En tercer lugar, la construcción como un derecho fundamental implícito por conexidad queda solida al adecuarse al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pues, faculta una adhesión correcta a la autonomía reproductiva como lo que es, un derecho fundamental.

Las recomendaciones a las que se llegó en esta investigación son las siguientes:

- 1) El estado a través de sus instituciones debe establecer a la infertilidad como un factor de salud pública, el cual debe tomar en consideración la realidad social actual enmarcada por las técnicas de reproducción asistida, incluyendo así a la maternidad subrogada.
- 2) El estado debe promulgar una ley especial no solo respecto a la maternidad subrogada sino a las técnicas de reproducción asistida en su totalidad, pues ello permitirá el ejercicio acorde al derecho fundamental que lo sustenta. Todo ello, teniendo en consideración la realidad social actual.

## BIBLIOGRAFIA

- ARÁMBULA, Alma. *Maternidad Subrogada: Centro de Documentación, Información y Análisis Dirección de Servicios de Investigaciones y Análisis Subdirección de Política Exterior*. México. 2008. p. 108-109.
- ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid. Centro de estudios constitucionales. 1984. P. 12.
- AGUIAR, Luis. *Los Limites de los Derechos Fundamentales*. España, Revista del Centro de Estudios Constitucionales N°14. 1993. p.14.
- ANDORNO, ARIAS, CHIESA y MARTÍNEZ. *El Derecho frente a la Procreación Artificial*. Universidad Austral de Chile, Aspectos médicos, 1997. p.1.
- ANITUA, María. *La gestación Subrogada: El interés superior del niño*. Madrid. Universidad Pontificia Comillas – Facultad de Derecho. 2019.
- BALLARÍN, Pilar. *Oportunidades educativas e igualdad*. Ed. Pablo iglesias. 1994, p.185.
- BRUGO, S., CHILICK, C., KOPELMAN, S. *Definición y causas de la infertilidad*. Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología. 2003.
- BLUM, B., ITO, E., LARA, L. *Estudio de un grupo de mujeres sujetas a tratamientos de reproducción asistida: Un enfoque cualitativo*. México, Salud Mental Mediagraphic Artemisa. 2001.

- BRAZIER, M., CAMPBELL, A., GOLOMBOK, S. *Surrugacy: Review for Health Ministers of current arrangements for payments and regulation*. Department of Health, 1998.
- BERNAL, Carlos. *Derechos fundamentales*. México. Instituto de investigaciones jurídicas – UNAM. 2015. p.1571.
- BIDART, German. *Los derechos “no enumerados” en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional*. Derecho y Sociedad, 2002. p. 256.
- BANDA, Alfonso. *Dignidad de la persona y reproducción humana asistida*. Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile. 1998. p.23.
- BELLVER, Vicente. *Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista*. Cuadernos de Bioética XXVIII. 2017. p. 231.
- BANCO MUNDIAL. Tasa de fertilidad, total (nacimientos por cada mujer).2018
- CARRACEDO, Sarah. *La fertilización in vitro y el debate sobre el estatuto del no nacido*. Tesis PUCP.2015 p.7
- COMITÉ CONSULTIVO DE BIOÉTICA DE FRANCIA. *Comité consultatif de bioethique Relatif a la gestation pour autrui (meres porteuses)*. Ministere de la Santé publique et des pensions.2004, p.4.
- CARREÑO, J., GONZALEZ, G., MARTINEZ, S., MORALES, F. SANCHEZ, C. *Características del autoconcepto en parejas estériles por factor masculino y femenino*. México, Imbiomed: Perinatología y Reproducción Humana.

- CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. 20ª. ed. Tomo V. Buenos Aires, Heliasta. 1993
- CONTRERAS, Raquel. *La legislación mexicana civil y la maternidad sustituta*. Revista Cirujano General, Facultad de Derecho y de la División de Postgrado de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2013.
- CARCABA, María. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción asistida*. J.M Bosch Editor S.A. 1995. p. 167-168.
- CHAVEZ, C., ROSENVALD, N. *Direito das Familias*. Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2008. p. 517.
- CRUZ, Pedro. *Formación y evolución de los derechos fundamentales*. España. Revista Española de Derecho Constitucional. vol. 25. 1989.
- CASTILLO, Luis. *Justificación y significación de los derechos constitucionales implícitos*. Perú. Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura. 2008. p. 7.
- COLOMER, José. *Algunos apuntes sobre Kant y la libertad política*. 2005.
- CAMACHO, Javier. *Maternidad Subrogada: Una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*. 2009. Citado en: LAMM, Eleonora. Op. Cit. p.221.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo. Suscrita el 30 de marzo del 2007, aprobada mediante Resolución Legislativa N°29127 (publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 01 de noviembre del 2007) y ratificada mediante Decreto Supremo

N°073-2007-RE (publicada en el Diario Oficial el Peruano el día 31 de diciembre del 2007).

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CDIH). *Opinión Consultiva OC-17/2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. 2010. Fundamento 129.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH): Sentencia “Artavia Murillo y otros (Fertilización In Vitro) vs. Costa Rica”. Fundamentos 142 y 143. 2012.
- DÍAZ REVORIO, Javier. *La interpretación constitucional y la jurisprudencia constitucional*. México. Quid Juris – Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. p. 8
- DELENSKI, Julie. *O novo direito da filiação*. São Paulo. Dialéctica. 1997. p. 12.
- FLORENCIA, Luna. *Infertilidad en Latinoamérica. En busca de un nuevo modelo*. España, Revista de Bioética y Derecho. 2013.
- FARNÓS, Esther. *Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en california*. InDret(Virtual) Revista para el Análisis del Derecho.2010
- FERNÁNDEZ, Carlos. *Derecho de las personas*. Lima, Studium. 1986.

- FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid. Editorial Trotta. 2001. p. 19.
- FERRAJOLI, Luigi. *Sobre los derechos fundamentales*. México. Cuestiones Constitucionales. 2006.
- FACIO, Alda. *Los derechos reproductivos son derechos humanos*. Costa Rica. IIDH - UNFPA. 2008. p.18.
- FERNÁNDEZ, Francisco. *La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento*; en: LÓPEZ, Ángeles. *Teoría y práctica en la aplicación e interpretación del Derecho*. Madrid. 1999. p. 48.
- GARCIA AMADO, Juan. *La interpretación constitucional*. Universidad de León. 2014.
- GORENSTEIN, Sharon. *Prostitución: permitida y estigmatizada. Perspectivas discursivas a partir de las historias de vida de seis mujeres que se prostituyen en el El Trocadero*. Debates en Sociología N°38 – PUCP. 2013.
- GARIBO, ANA-PAZ. *El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada*. Cuadernos de Bioética XXVIII – Universidad de Valencia. 2017. p. 254.
- GÓMEZ Y. *El derecho de reproducción asistida*. Madrid. Marcial Pons, 1994. p. 136.
- HABERLE, Peter. *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinsclwft*. En: Isensee/Kirchhof (editores), *Handbuch des Staats Rechts*, Tomo 1: *Grundlagen vmz Staat wzd Ve~fil.l"sung* C.F. Müller, 1987. p.822. ;

Citado en : LANDA, César. *Dignidad de la persona humana*. Perú. Ius et veritas. 2000. p. 11.

- HERNÁNDEZ, Rubén. *La tutela de los derechos fundamentales*. Costa Rica. Juricentro. 1990. p. 13.
- HURTADO, Xavier. *El derecho a la vida ¿Y la muerte?, 2da edición*. Porrúa. México. 2000. p. 68.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina. IIDH, Costa Rica, 2008.p. 60.
- INFORME WARNOCK. *Sobre fertilización humana y embriología*. 1984
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA – INEI. *Perú, natalidad, mortalidad y nupcialidad, 2018*. P.23-34.
- KEMELMAJER, A., HERRERA, M., LAMM, E. *Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual*. Argentina. (LL2010-E-977). 2010.
- KEMELMAJER, A., LAMM, E., HERRERA, M. *Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño a la regla de la voluntad procreacional*. La Ley. 11/07/2013
- LANDA, César. *La constitucionalización del derecho: A veinte años de la constitución política del Perú (1993)*. Revista de la facultad de derecho PUCP.2013, p.15.
- LANDA, César. *Los derechos fundamentales*. Perú. Fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. 2018. p.11-14.

- LAMM, Eleonora. *La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*. España. Revista de Bioética y Derecho. 2012.
- LANDA, César. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial: Una perspectiva desde el Derecho Procesal Constitucional*. Lima, IUS ET VERITAS. 2006. p. 3.
- La Conferencia Internacional de la Haya en Derecho Internacional Privado. *A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements*. 2014, Documento Preliminar N°3, p. 18. Página web consultada el 26 de noviembre del 2020,
- LEÓN, José. *Manual de Acto Jurídico*. Perú. Edición de la Facultad de Derecho UNMSM. 1976
- LAAM, Eleonora. *Gestación por sustitución*. Universitat de Barcelona-Observatori de Bioètica i Dret.2013, p.17
- MEDINA, Graciela. *Gestación por otro. De la ejecución forzada del convenio a la sanción penal. El turismo reproductivo. La situación en el derecho comparado*. Revista Derecho de Familia y de las Personas, año IV, N°8. 2012. p. 17. Citado en: LAMM, Eleonora. Op. Cit. p. 222.
- MARRADES, Ana. *Luces y sombras del derecho a la maternidad: Análisis jurídico de su reconocimiento*. Valencia. Editorial Universitat de Valencia. 2003. p. 83.



- MEULDERS-KLEIN, MARIE. *Le droit de L'enfant face au droit à l'enfant et les procréations medicalment assistées*. En: *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 87. 1988. p. 645.
- MORÁN DE VICENZI, Claudia. *El concepto filiación en la fecundación*. Lima. Ara Editores. 2004. p. 162.
- MARDINI, Jalil. *Análisis económico del derecho de los contratos de maternidad subrogada en el Perú*, Perú, Universidad de Lima, 2018, p. 78.
- NUÑEZ, André. *Derechos reproductivos de la mujer infértil en el Perú: acceso a la técnica de reproducción asistida de maternidad subrogada*. Foro jurídico, 89-99.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). *Preámbulo de la constitución de la organización mundial de la salud*.1948
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). *Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida (TRA)*.2010.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Asamblea General. 1948.
- Organización de los Estados Americanos (OEA). *Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*. 1969.
- Organización de los Estados Americanos (OEA). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. 1948
- PÉREZ, María. *Derecho de Familia y sucesiones*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM. 2016. p. 119.
- Programa de Acción de El Cairo. Par. 7.3.

- PANTALEÓN, E. *Técnicas de reproducción asistida y Constitución*. RCEC. 1993. p. 133.
- PÉREZ, Antonio. *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2004, p.233
- PÉREZ, Antonio. *Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos. Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid. Dykinson. 2001. p. 164.
- PEÑA, Manuel. *Derecho de Familia*. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de publicaciones. 1989.
- PÉREZ, M. *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Centro de Estudios Registrales. Fundación Beneficencia et Peritia Luris, Madrid, 2002. p. 329.
- RIOS, Joanna. *Experiencias de relaciones de pareja de un grupo de mujeres con infertilidad primaria*. Perú, Tesis PUCP.2014 p.5
- ROA, Ysis. *La infertilidad como problema de salud pública en el Perú*. Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia. 2012
- RODRÍGUEZ, Dina. *Nuevas Técnicas de Reproducción Humana. El útero como objeto de contrato*. Revista de Derecho Privado. 2005. p. 109-110.
- RODRÍGUEZ, C., MARTÍNEZ, K. *El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense*. Colombia, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. 2012. p.6.
- ROSAS, M., TUNQUI, L. *La gestación subrogada en salas superiores de familia de la corte superior de justicia de lima, periodo 2012-2017*. Perú, Universidad San Ignacio De Loyola, 2018, p. 53.

- RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*, tomo 2, Lima, Fondo editorial de la PUCP. 1999. p. 9.
- RODRÍGUEZ, Dina. *Nuevas Técnicas de Reproducción Humana: El útero como objeto de contrato*. Revista de Derecho Privado Nueva Época N°11. 2005. p. 117.
- Redacción del Periódico El Comercio. “*Peruanas ofrecen alquilar su vientre a S/.70 mil en internet*”. 22 de junio de 2014. Disponible en: <https://elcomercio.pe/lima/peruanas-ofrecen-alquilar-vientre-s-70-mil-internet-332746>
- SOSA, Juan. *La libertad constitucional. Tres modelos esenciales de libertad y tres derechos de libertad*. Perú. Pensamiento Constitucional N°23 – Revistas PUCP. 2018. p. 189.
- SORIANO, Graciela. *Manuel García Pelayo en el desarrollo del Derecho Constitucional del siglo XX*, Revista Mejjicana de Derecho Constitucional. Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM. 2009
- SÁENZ, Luis. *La cláusula de los derechos no enumerados y su aplicación en la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Revista Peruana de Jurisprudencia N°13. p. 25.
- SAAVEDRA, Alexis. *El uso de las TERAS y el derecho a la reproducción*, Perú, Universidad de Piura, 2018. p. 20.
- SIVERINO, Paula. *¿Quién llamó a la cigüeña? Maternidad impugnada e identidad genética, reflexiones a propósito de dos sentencias peruanas*. Argentina, Revista Jurídica-UCES. 2010.

- SOUTO, Beatriz. *Dilemas Éticos sobre la Reproducción Humana. La Gestación por Sustitución*. Proyecto de investigación “Bioética y Derechos Humanos”, Universidad Complutense de Madrid, 2006. p. 186-187.
- SANTANDER, Cristóbal. *El contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio legítimo del derecho a procrearse o atentado a la dignidad humana?*, Chile, Universidad Alberto Hurtado, 2012.
- SANTAMARIA, Luis. *Técnicas de Reproducción Asistida. Aspectos Bioéticos*. España, Universidad Autónoma de Madrid-Cuadernos de Bioética, 2010.
- *SE INCREMENTAN CASOS DE INFERTILIDAD EN EL PERÚ*. Diario la República, 5 de febrero del 2014. Disponible en: [<https://larepublica.pe/salud/770058-se-incrementan-casos-de-infertilidad-en-el-peru/>](https://larepublica.pe/salud/770058-se-incrementan-casos-de-infertilidad-en-el-peru/)
- SIVERINO, Paula. *Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú*. Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia. 2012, p. 213.
- SCHWANITZ, Dietrich. *La cultura. Todo lo que hay que saber*. Taurus. 2003, p.356.
- SIVERINO, Paula. *Apuntes sobre los derechos sexuales y reproductivos en el ordenamiento jurídico argentino en bioética, derechos, dilemas y paradigmas en el Siglo XXI*.2008
- TORRES, Aníbal. *La jurisprudencia como fuente del derecho*. Perú, Revista Institucional de la Academia de la Magistratura. 2008. p. 223-224.

- VILLAMARÍN, Carlos. *La maternidad subrogada en el Perú: ¿Problema o solución?* Universidad Católica de Santa María. 2014
- VARSI, Enrique. *Derecho Genético. Principios Generales*. Perú, Editora Normas Legales, 1995. p. 62.
- VARSI, Enrique. *Derecho Genético*. Lima, Editorial GRIJLEY, Cuarta Edición. 2001. p. 167.

## ANEXOS

### PROYECTO DE LEY

#### EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

##### I. FUNDAMENTOS

#### 1.1 La Realidad Social

Frente la revolución tecnológica en la que nos encontramos inmersos, queda en evidencia que el desarrollo es un aspecto esencial en la vida misma, puesto que, frente a una realidad auto-evidente observamos como toda la esfera de lo que conlleva “vivir” desde un punto de vista individual y “vivir conjuntamente en sociedad” se encuentran en un continuo crecimiento, pues, todo cambia, todo evoluciona; siendo así que, el desarrollo tecnológico aterrizo en el ámbito más privado de toda persona, como lo es la reproducción y la perpetuación de la especie a través de la descendencia. Siendo las TRAS, las generadoras de una revolución reproductiva. Está ultima entendida, por la facultad de reproducir sin coito.

Ahora bien, se calcula que en el mundo existen, aproximadamente, cinco millones de personas gracias a los métodos de reproducción asistida. De acuerdo con las estadísticas de la Red Latinoamericana de la Reproducción Asistida (REDLARA), *“entre los años 1990-2011, en América Latina, 114,279 personas fueron concebidas mediante estas técnicas. Brasil, Argentina y México son los países que encabezan la lista de mayor número de personas nacidas gracias a dichas*

técnicas. Asimismo, Perú ocupa el sexto lugar con 4,927 personas; es decir, con el 4.3% del total de personas concebidas por una técnica de reproducción asistida en América latina.”<sup>223</sup> En ese contexto, las estadísticas actualizadas de la Red Latinoamericana de la Reproducción Asistida correspondiente al año 2017 evidencian un total de 93,600 nacimientos por dichas técnicas. Donde el Perú ocupa el cuarto lugar con 6,779 nacimientos.<sup>224</sup> Asimismo, la REDLARA nos muestra que el Perú ya cuenta con 10 centros acreditados, siendo estos: CEFERGIN, CEFRA – Centro de Fertilidad y Reproducción Asistida, CFGS – Centro de Fertilidad y Ginecología del Sur, Clínica Miraflores – Ginecología y Fertilidad, CLINIFER, Grupo PRANOR del Instituto de Ginecología y Reproducción, Inmater – Clínica de Fertilidad y Reproducción Asistida, Instituto de Medicina Reproductiva Clínica Ricardo Palma, NACER – Centro de Reproducción Humana de Lima y Pranor San Isidro – Clínica Concebir.<sup>225</sup> En esa misma línea, se evidencia que cada año se realizan “en promedio 4,500 procedimientos de fertilización asistida” <sup>226</sup>según los datos de la Sociedad Peruana de Fertilidad. Pese a esta realidad, los métodos de reproducción humana asistida no son pacíficamente aceptadas.

Siguiendo esa línea, fuera de que no existan datos estadísticos relevantes donde se evidencia el desarrollo de la industria de la fertilidad en el Perú, dado la falta de

---

<sup>223</sup> CARRACEDO, Sarah. Op. Cit. p.7

<sup>224</sup> Assisted reproductive techniques in Latin America: The Latin American Registry. Table 1. REDLARA pages. 2017

<sup>225</sup> Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (REDLARA): Centros acreditados. Perú. Página web consultada el 8 de febrero del 2021. Disponible en:

<[https://redlara.com/quem\\_somos.asp?MYPK3=Centros&centro\\_pais=Peru](https://redlara.com/quem_somos.asp?MYPK3=Centros&centro_pais=Peru)>

<sup>226</sup> Redacción del Periódico El Comercio. “Peruanas ofrecen alquilar su vientre a S/.70 mil en internet”. 22 de junio de 2014. Disponible en: <<https://elcomercio.pe/lima/peruanas-ofrecen-alquilar-vientre-s-70-mil-internet-332746>>

interés del estado y la falta de regulación, se puede valorar que *“De acuerdo a la ONG “Cluster Salud” el turismo medico ha movido alrededor de 258 millones de dólares en el país en el 2014, y (...) [en] el 2019 esa cantidad se proyectó a 337 millones de dólares.”*<sup>227</sup> En esa misma lógica, el representante de la asociación de clínicas particulares, el doctor Jaime Moya, estableció que *“los principales servicios de salud requeridos por los extranjeros son cirugías plásticas, odontología, oftalmología y fertilidad.”*<sup>228</sup> Razón por la cual, el Perú goza con la potencialidad de ser un país de turismo reproductivo, dado que, a diferencia de otros países, *“el procedimiento de fecundación in vitro en Perú cuesta alrededor de 4000 a 10000 dólares, mientras en Europa y Estados Unidos se aproxima a los 30000. [Y] se prevee que en el 2021 el negocio de la fertilidad en el Perú mueva alrededor de 120 millones de dólares.”*<sup>229</sup>

Así las cosas, resulta claro y transparente que las técnicas de reproducción humana asistida son una rotunda realidad en el día a día en el Perú, siendo a su vez una actividad económica relevante en el marco estatal. Sin embargo, como bien hemos evidenciado a lo largo de esta investigación, la falta de una regulación adecuada o la defectuosidad de la misma, enmarcada por el artículo 7° de la ley general de salud, no engloba toda esta realidad adecuadamente, razón por la cual, se necesita una modificación legislativa acorde a lo existente actualmente. Todo ello, en el marco de la incorporación de un tratamiento de la infertilidad a través de las TRAS, evidentemente, incorporando a la maternidad subrogada, como un

---

<sup>227</sup> MARDINI, Jalil. Op. Cit. p. 83.

<sup>228</sup> Artículo Periodístico del Perú 21. *Trabas para adoptar: Cerca de 15 mil niños peruanos esperan por un hogar.* Párrafo N°7. 2014. Disponible en: < <https://peru21.pe/lima/trabas-adoptar-cerca-15-mil-ninos-peruanos-esperan-hogar-201943>>

<sup>229</sup> MARDINI, Jalil. Op. Cit. p. 83-84.



factor de salud pública nacional, dado que, esta permitirá no solo la prevención y el tratamiento de la enfermedad, sino que a final de cuentas sus efectos terminaran siendo paliados. Hecho que refleja que lo una vez fue privado, ahora resulta de relevancia pública, razón por la cual, el Estado debe regular adecuadamente acorde a la realidad.

### **1.2 La Realidad Jurídica**

De todo lo mencionado y analizado a lo largo de esta investigación, queda claro que nos enfrentamos contra una verdad indiscutible: si bien se permite, prohíbe o no se regula adecuadamente; la maternidad subrogada se practica hoy en día de manera frecuente. En otras palabras, ni el silencio de la ley, ni la prohibición evitan esta práctica. Lo cual, promueve una multiplicidad de interpretaciones y utilización de estrategias que lo único que generan es una incertidumbre y conflicto jurídico. Todo ello, pudiendo ser evitado por una regulación adecuada que enmarque y controle adecuadamente a la maternidad subrogada en base al derecho fundamental que la sustenta.

En ese sentido, según Javier Martin Camacho, *“El problema no está en la práctica en sí misma, sino en la inexistencia de un marco legal que permita regular, controlar y establecer criterios para poder llevarla a cabo atendiendo a los intereses de todas las partes involucradas, tanto la gestante, la o las personas contratantes y el niño o niña fruto de ese acuerdo.”*<sup>230</sup> Y por el lado de la prohibición, se evidencia claramente, que si se prohíbe la subrogación de la

---

<sup>230</sup> CAMACHO, Javier. *Maternidad Subrogada: Una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*. 2009. Citado en: LAMM, Eleonora. Op. Cit. p.221.

maternidad, está igual se realizaría en supuestos de clandestinidad donde no habría recurso alguno hacia las partes involucradas.

Por lo cual, siguiendo esa misma lógica, *“no regular, o no decir nada, tampoco impide que la práctica se realice. Es más, ante el silencio de la ley, la [maternidad subrogada] se practica sin un margen de control y sin los límites necesarios para evitar posibles abusos. Así, (...) el silencio legislativo no sirve para solucionar los conflictos que la gestación por otro presenta, que no se pueden definir por los principios generales del derecho. Por lo que el tema requiere una regulación específica y la legislación venidera debe regular la cuestión teniendo en cuenta fundamentalmente el interés superior del niño.”*<sup>231</sup>

Ahora bien, con todo ello en consideración, en el ámbito jurídico nacional, en lo que respecta a esta materia, existe una incompatibilidad jurídica entre lo que plantea el artículo 7 de ley general de salud y la jurisprudencia del Poder Judicial, lo cual, produce una contradicción jurídica y, por ende, una incertidumbre jurídica. Pues, como ya se observó, lo que dice el articulado no es plasmado o aplicado en la jurisprudencia, sumándole que dicho articulado posee un carácter restrictivo al establecer **“siempre y cuando la madre gestante y la madre genética recaigan sobre la misma persona”**, siendo así que, al mencionar esto la maternidad subrogada en su modalidad gestacional, estaría siendo vedada. Sin embargo, por otro lado, y bajo interpretación de dicho articulado, el Poder Judicial mediante su jurisprudencia, nos demuestra que, fuera de la disparidad de posturas, se inclinan

---

<sup>231</sup> MEDINA, Graciela. *Gestación por otro. De la ejecución forzada del convenio a la sanción penal. El turismo reproductivo. La situación en el derecho comparado.* Revista Derecho de Familia y de las Personas, año IV, N°8. 2012. p. 17. Citado en: LAMM, Eleonora. Op. Cit. p. 222.

a favor de la aplicación de esta técnica bajo el principio de legalidad de que *“todo lo que no está prohibido, está permitido”*. No obstante, al hacer esto, estaríamos entrando en el silencio jurídico, pues, literalmente, no estaríamos diciendo ni haciendo nada. Lo cual, deja un campo abierto al absolutismo. Es por ello, que se hace evidente la necesidad de una modificación legislativa en esta materia.

Por otro lado, en lo que respecta a la filiación, el diccionario jurídico Cabanellas nos explica que esta es entendida como la *“acción o efecto de filiar, de tomar los datos personales de un individuo, entre los cuales figuran, por supuesto, de quien es hijo; (...) [Es] la calidad que el hijo tiene con respecto a su padre o madre, por las circunstancias de su concepción y nacimiento, en relación con el estado civil de los progenitores.”*<sup>232</sup>

En esa línea, con una definición más completa en el marco de esta investigación, Pérez Contreras establece que *“La filiación es el vínculo jurídico que existe entre dos personas, en la que una desciende de la otra, lo que puede darse como consecuencia de hechos biológicos y/o de actos jurídicos.”*<sup>233</sup>

Ahora bien, siguiendo el marco precedente, en el ámbito de la filiación derivada de las TRAS, específicamente de la maternidad subrogada, estaríamos hablando de una filiación por acto jurídico, puesto que, un acto jurídico es *“la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas.”*<sup>234</sup>

Por lo tanto, la relación jurídica que se estaría formando por la voluntad procreacional, siendo esta tal manifestación de voluntad, es en últimas instancias

---

<sup>232</sup> CABANELLAS, Guillermo. Op. Cit. Tomo IV. p. 69.

<sup>233</sup> PÉREZ, María. *Derecho de Familia y sucesiones*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM. 2016. p. 119.

<sup>234</sup> Código Civil. Artículo N°140. 1984.

una filiación socioafectiva, dado que, es el elemento volitivo el que posee mayor importancia que el componente genético. En otras palabras, la realidad de las TRAS en la sociedad, trae consigo una nueva modalidad de filiación, siendo esta la filiación socioafectiva, fundamentada por la voluntad procreacional.

En ese contexto, en el ámbito nacional solo se encuentra reconocida dos modalidades, siendo estas la filiación natural (matrimonial y extramatrimonial) y la adopción. Lo cual, al momento de abarcar la filiación derivada de la maternidad subrogada y de las TRAS en general, generan un conflicto jurídico. Sin embargo, de manera somera, en la perspectiva de esta investigación, debería tomarse en clara consideración, esta nueva modalidad de filiación derivadas de las TRAS, modalidad que al final de cuentas, es la base y principio de toda la filiación, dado que, filiar implica un acto de voluntad, es decir, tener voluntad de descendencia, en otras palabras, voluntad procreacional. Razón por la cual, los padres de intención deben ser considerados como los padres legales de los hijos nacidos por las TRAS, incluyendo así a la maternidad subrogada.

Siguiendo esa línea, en lo que respecta a las condiciones para el ejercicio de la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida, debemos tener en cuenta que solo debe ser aplicada de manera excepcional y solo cuando se acredite el agotamiento de todos los procedimientos para tener descendencia, puesto que, ello permitirá velar por el respeto de todos los derechos interrelacionados de las partes que se encuentran en juego. A su vez, el acuerdo de subrogación deberá celebrarse ante notario público, dado que, ello conferirá autenticidad al consentimiento informado de las partes.

Por su parte, en lo que respecta al acceso a la técnica, se establece acorde al estudio, que solo las personas mayores de edad que posean algún grado de infertilidad o esterilidad podrán recurrir a esta técnica mediante su consentimiento informado, pues, la finalidad de la existencia de las TRAS es paliar los efectos de dichas enfermedades. Brindando así la oportunidad de procrear. Ello, sin perjuicio que los beneficiarios de esta técnica deben constatar un buen estado de salud, tanto física como mental.

Por otro lado, en lo relativo a la gestante subrogada, se enfatiza en que sea una persona mayor de edad que ya haya tenido un embarazo previo, esto es así, dado que, al ya haber experimentado un embarazo y todo lo que ello conlleva tanto física y psicológicamente hablando, tiene la capacidad de, en virtud de su voluntad, decidir asistir gestacionalmente. Para ello, resulta fundamental que la gestante subrogada goce de un buen estado de salud, comprendiendo así un correcto funcionamiento del organismo que no comprometa la viabilidad de la gestación y a su vez, se establece como un requisito esencial una evaluación psicológica, para determinar en qué situación elige, es decir, determinar si lo hace de manera desinteresada (altruismo) o por un beneficio económico. Lo cual, acorde al estudio presentado, verificara si existe alguna vulneración o lesión a la dignidad de la gestante y la de la criatura. Es por ello, que en suma resulta fundamental el consentimiento informado.

Así las cosas, queda claro que será nulo de pleno derecho si una mujer renuncia a la filiación de una criatura recién nacida, para entregárselo a un tercero o

contratante. Puesto que, este tipo de acuerdo solo ejercitan de manera excepcional para quienes presente algún grado de esterilidad o infertilidad.

## **II. IMPACTO DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL**

Se plantea garantizar el acceso y ejercicio de la maternidad subrogada, bajo la finalidad de brindar solución a la infertilidad y los problemas que ella representa en la sociedad, dada la voluntad procreativa que detentan quienes padecen de esta enfermedad. Todo ello a través de la aprobación y promulgación de la presente propuesta legislativa. La cual, estaría adecuándose en coherencia con el artículo 6° de la constitución política del Perú, puesto que, se estaría promoviendo la paternidad y maternidad responsable.

En ese sentido, la propuesta legislativa permite a que el Estado cumpla con su obligación de brindar el nivel reproductivo más alto a la población infértil, paliando así los efectos de dicha enfermedad mediante la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida. Todo ello, en el marco de permisión del orden jurídico establecido, dado que no colisiona con otra norma.

## **III. ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO**

La modificación del artículo 7 de la ley general de salud en los términos propuestos, no implica un mayor gasto al erario nacional, dado que, los procedimientos relacionados a la maternidad subrogada y los costos que ello implica radicarían en las clínicas y las partes involucradas. Es decir, se estaría delimitando únicamente un adecuado acceso a la maternidad subrogada, lo cual, amoldaría lo que ya se realiza actualmente. Lo cual, beneficiaría a los pacientes

que requieran de la subrogación, pues, se dejaría de lado los problemas de índole legal que se presentan y se evitaría la judicialización de estos acuerdos.

#### **IV. RELACIÓN DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA CON LAS POLÍTICAS DE ESTADO DEL ACUERDO NACIONAL**

La iniciativa legislativa propuesta tiene relación directa con las siguientes Políticas de Estado y Agenda Legislativa del Acuerdo Nacional:

- Ley 26842, Ley General de Salud, *“La salud es condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo”*, ello dispuesto por el artículo I del Título Preliminar. En ese mismo sentido, el artículo II del mismo Título Preliminar determina que *“La protección de la salud es de interés público. Por lo tanto, es responsabilidad del Estado, regularla, vigilarla y promoverla.”* De igual manera, el artículo 2 de la Ley General de Salud, establece que *“Toda persona tiene derecho a exigir que los bienes destinados a la atención de su salud correspondan a las características y atributos indicados en su presentación y a todas aquellas que se acreditaron para su autorización. Así mismo, tiene derecho a exigir que los servicios que se le prestan para la atención de su salud cumplan con los estándares de calidad aceptados en los procedimientos y prácticas institucionales y profesionales.”*
- Acuerdo Nacional del 22 de julio del 2002, en el cual se aprobó cuatro objetivos esenciales, siendo el segundo de ellos “Equidad y Justicia Social”, el cual a su vez contiene el 13° acuerdo del acceso universal a los servicios de salud y seguridad social, el cual menciona que: *“Nos comprometemos a*

*asegurar las condiciones para un acceso universal a la salud en forma gratuita, continua, oportuna y de calidad, con prioridad en las zonas de concentración de pobreza y en las poblaciones más vulnerables. Nos comprometemos también a promover la participación ciudadana en la gestión y evaluación de los servicios públicos de salud. Con este objetivo el Estado: (a) potenciará la promoción de la salud, la prevención y control de enfermedades transmisibles y crónico degenerativas; (...)"*

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la ley siguiente:

#### **FORMULA LEGAL**

#### **PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTICULO 7 DE LA LEY N°26842, LEY GENERAL DE SALUD**

##### **Artículo 1. Objetivo**

La presente Ley tiene por objetivo garantizar el acceso a la maternidad subrogada como técnica de reproducción humana asistida, otorgando así la posibilidad de una solución para el propósito de la procreación humana.

##### **Artículo 2. Ámbito de aplicación**

La presente ley es aplicable a todas las personas que se sometan al acuerdo de maternidad subrogada, así como las entidades del sector público y privado, en lo que les corresponda.



### **Artículo 3. Condiciones para la aplicación del procedimiento de maternidad subrogada**

La maternidad subrogada solo debe ser realizada como una técnica excepcional cuando los padres de intención hayan agotado todos los métodos y/o procedimientos para tener descendencia. Únicamente se aplicará y se procederá a la gestante voluntaria cuando exista posibilidades razonables de éxito y no se evidencien riesgos graves para su salud, para ello se requiere acuerdo previo suscrito de consentimiento de gestación voluntaria y libre.

El acceso a la técnica requiere la verificación del acuerdo pactado entre las partes, en el cual debe constar el consentimiento informado; que hace mención el artículo 7 de la presente ley, y debe celebrarse ante notario público.

### **Artículo 4. Sobre el acuerdo de maternidad subrogada**

Solo en los casos en que la mujer no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, por ausencia total o parcial del útero, ya sea congénita o adquirida, enfermedad materna que contraindique la gestación, medicación teratogénica, aborto a repetición no tratable y fallo de implantación, podrá acordar con toda persona mayor de edad que ya haya tenido un embarazo previo y de manera altruista, la implantación y gestación del embrión formado por los gametos de la pareja o de terceros donantes. La incapacidad del embarazo deberá ser diagnosticada por el equipo biomédico tratante.

El acuerdo deberá ser altruista y suscrito por las partes intervinientes. Los gastos de control prenatal y atención del parto o cesárea de la gestante sustituta serán asumidos por los padres de intención.

#### **Artículo 5. Sobre el acceso a la técnica**

5.1 Puede acceder a la maternidad subrogada toda persona mayor de edad que presente algún grado de infertilidad o esterilidad que impulse la necesidad del uso de esta técnica con fines de procreación y haya expresado su consentimiento libre, informado, consciente y expreso, tiene derecho a acceder a la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse el inicio de inseminación y fertilización de los gametos o hasta antes de la implantación del embrión en la mujer.

5.2 Los beneficiarios de este procedimiento deben gozar de buen estado de salud y someterse a una evaluación médica y psicológica en los centros de salud públicos o privados a fin de determinar que no se padece de enfermedades genéticas o infecciosas que comprometan la viabilidad de la gestación y no puedan ser tratadas luego del nacimiento.

5.3 Todos los datos correspondientes al uso de esta técnica de reproducción humana asistida deberán recogerse en historias clínicas individuales con las debidas garantías de confidencialidad respecto a de la identidad de los beneficiarios, los datos y condiciones de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de la descendencia.

5.4 Los beneficiarios deben recibir toda la información y asesoramiento sobre esta técnica, que vincule aspectos biológicos, jurídicos, éticos y económicos, siendo esto la responsabilidad donde se aplique el tratamiento en mención.

#### **Artículo 6. Sobre la gestante subrogada**

6.1 Toda persona mayor de edad que ya haya tenido un embarazo previo, solamente cuando no supongan riesgos graves para la descendencia, cuyo fin es asistir gestacionalmente en el proceso de procreación a través de su consentimiento libre, consciente, informado y expreso. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse el inicio de inseminación y fertilización de los gametos o hasta antes de la implantación del embrión en ella.

6.2 La gestante sustituta debe de gozar de un buen estado de salud y someterse a una evaluación médica y psicológica en los centros de salud públicos o privados a fin de determinar, por un lado, la situación en la que elige este procedimiento y, por el otro, que no padezca de enfermedades genéticas o infecciosas que comprometan la viabilidad de la gestación.

6.3 La motivación debe ser altruista y debe de recibir toda la información y asesoramiento sobre este procedimiento, que vincule aspectos biológicos, jurídicos, éticos y económicos, siendo esto responsabilidad donde se aplique el tratamiento en mención.

6.4 Todos los datos correspondientes a la aplicación de esta técnica de reproducción asistida deberán recogerse en historias clínicas

individuales, con las debidas garantías de confidencialidad respecto a la identidad, datos y condiciones de la gestante sustituta.

#### **Artículo 7. Consentimiento informado**

La maternidad subrogada solo puede practicarse, previo consentimiento informado de los interesados y se realizarán únicamente cuando no supongan riesgo grave para la salud física y psíquica de la pareja, la gestante subrogada y la posible descendencia.

El consentimiento informado deberá realizarse en formato accesible y comprensible a todas las personas involucradas y se hará mención expresa de los posibles riesgos durante el tratamiento y el embarazo, para la pareja, la gestante y la descendencia.

#### **Artículo 8. Filiación de los hijos nacidos mediante maternidad subrogada.**

Los padres de intención se consideran los padres legales de los hijos nacidos mediante maternidad subrogada, por lo tanto, no es admisible el reconocimiento por una demanda de filiación y/o paternidad entre la gestante voluntaria y el nacido.

#### **Artículo 9. Nulidad por acuerdo de maternidad subrogada**

El acuerdo por el cual una mujer renuncia a la filiación del neonato que ha gestado en favor de un contratante o un tercero es nulo de pleno derecho.

#### **Artículo 10. Modificación del artículo 7° de la Ley 26842, Ley General de Salud.**

Modificase el artículo 7° de la ley 26842, Ley General de Salud, acorde a los siguientes términos:

**“Artículo 7.-** Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, ***incluso cuando la condición de madre genética y de madre gestante no 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.”