



La maternidad subrogada gestacional altruista en el Perú: problemática y desafíos actuales

Altruistic gestational surrogacy motherhood in Peru: current problems and challenges

Lourdes Karolina Rupay Allcca*

Resumen:

La maternidad subrogada gestacional altruista es una Técnica de Reproducción Asistida (TRA) que permite a muchas parejas convertirse en padres y que cada vez cobra mayor relevancia en nuestro país. Sin embargo, este método de procreación no está regulado de forma clara en nuestra legislación, lo cual ocasiona graves perjuicios jurídicos y sociales. El presente artículo propone su regulación en base a un sustento normativo amparado por el ordenamiento jurídico peruano y a la obligación del Derecho de adecuarse a las nuevas concepciones de familia.

Abstract:

Altruistic gestational surrogacy is an Assisted Reproduction Technique (ART) that allows many couples to become parents and that increasingly becomes more relevant in our country. However, this method of procreation is not clearly regulated in our legislation, this causes serious legal and social damage. This article proposes its regulation based on a normative support protected by the Peruvian legal system and the obligation of the Right to adapt to new conceptions of family.

Palabras clave:

Infertilidad – Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) – Maternidad subrogada gestacional altruista – Ley General de Salud

Keywords:

Infertility – Assisted Reproduction Techniques (ART) – Altruistic gestational surrogacy motherhood – General Health Law

Sumario:

1. Introducción – 2. Maternidad subrogada – 3. Maternidad subrogada gestacional altruista en el Perú – 4. Desafíos de regular la maternidad subrogada gestacional altruista – 5. Conclusiones – 6. Bibliografía

* Alumna de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y ex miembro de la comisión de Proyección Social de la Asociación Civil Derecho & Sociedad. Contacto: lkrapay@pucp.pe

1. Introducción

Empiezo esta investigación recalcando la importancia de la transmisión de la vida humana. Destaco, asimismo, que la ciencia y las técnicas médicas son aplaudidas cuando colaboran con el ser humano en una de las tareas más loables: la reproducción¹. Al fin y al cabo, este mundo se sostiene por la creación de la vida humana y una forma de trascender en esta vida efímera es mediante la descendencia. Es por eso que las técnicas de reproducción asistida resaltan por su ayuda en la obtención de dicho fin.

Los avances que ha dado la tecnología y la ciencia han ido sorprendiendo de manera inimaginable, tales logros también se encuentran presentes en la biogenética y se reflejan en las técnicas de reproducción asistida; que se presentan principalmente como una solución para aquellos que tienen dificultades reproductivas. Los métodos que se han desarrollado son abundantes, pero el que se analizará en esta investigación es el de la maternidad subrogada gestacional altruista, en el cual la pareja, que recurre a dicha práctica, une su material genético, y este luego es implantado en la madre que portará el embarazo sin que exista un costo de por medio.

Esta técnica ha traído consigo una serie de opiniones divergentes en cuanto a su regulación. Factores éticos, culturales, sociales y legales se han involucrado en la controversia. Sin duda, este tema ha generado gran interés en la sociedad y el Perú no es la excepción.

La legislación peruana no presenta normativas que la regulen, la única Ley que podría decirse que hace referencia a este tema es la Ley General de Salud (Ley N° 26842), la cual indica en su artículo N° 7 que toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida, siempre que la condición de madre genética y madre gestacional recaiga sobre la misma persona. De acuerdo a esta interpretación, con dicha norma no se podría dar el caso de que la madre sustituta alumbré a un bebé y este sea inscrito bajo la maternidad de otra mujer.

Al respecto, la Organización Mundial de la Salud menciona lo siguiente:

“Según la OMS, la infertilidad es considerada como la quinta mayor discapacidad; entonces, tratándose de un problema de salud pública que involucra derechos fundamentales de las personas, se requiere de una legislación adecuada para que todas las personas que adolecen de infertilidad puedan acceder a las prestaciones que les permitan restituir la función generativa”².

En esa línea, el objetivo general de esta investigación es brindar un sustento dogmático que avale la regulación de una técnica de reproducción asistida que permite a muchos ciudadanos ser padres y así realizar el proyecto de vida que han escogido. Dicho sustento se vinculará a la interpretación de derechos fundamentales y otros principios jurídicos dentro del marco normativo de la Constitución. Así también, se recurrirá a los Tratados Internacionales para reforzarlo. Con ese fin, se definirá la Maternidad Subrogada Gestacional Altruista y, posteriormente, se explicará la problemática que suscita este tema, para luego identificar los derechos fundamentales que están en conflicto. Al final del artículo, se brindarán algunos aportes que contribuyan con el análisis efectuado.

Por tanto, la intención de esta investigación es analizar una problemática que no es extraña a nuestra realidad y que se genera a causa de la falta de regulación o de una regulación clara acerca de esta clase de maternidad subrogada. Ante esta situación, es necesario abordar algunos aspectos jurídicos que justificarían su regulación.

2. Maternidad subrogada

2.1 Concepto

Con esta finalidad, en este segundo capítulo, se empezará explicando qué son las técnicas de reproducción asistida, en qué consiste la maternidad subrogada y su clasificación.

Las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) surgen como principal solución a un problema que venía afectando a las parejas desde hace mucho tiempo atrás: la infertilidad. La OMS la concibe clínicamente

1 Frieda del Águila. *Maternidad subrogada y sus efectos jurídicos: nueva perspectiva en Derecho de Familia* (Lima: Universidad San Martín de Porres, 2009), 4, http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/MATERNIDAD_SUBROGADA_Y_SUS_EFECTOS_JURIDICOS_2009/MATERNIDAD_SUBROGADA_Y_SUS_EFECTOS_JURIDICOS.pdf (consultada el 21 de septiembre de 2017).

2 Carlos Jorge Manuel Villamarín Zúñiga, «La maternidad subrogada en el Perú: ¿Problema o solución?» (tesis presentada por el bachiller en derecho, Universidad Católica de Santa María, 2014), 4-5, <http://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/UCSM/2084/62.1146.D.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (consultada el 4 de octubre de 2017).

como una “enfermedad del sistema reproductivo caracterizada por el fracaso en alcanzar un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales desprotegidas”³.

Sin duda, la infertilidad puede deberse a múltiples factores, pero no es la intención de este apartado abocarse a ello. Basta con señalar que los estudios respecto a este tema se han centrado especialmente en la mujer, por lo que no hay mayor información en cuanto a la infertilidad masculina.

Pese a lo que se piensa respecto a la cantidad de mujeres que padecen de infertilidad, este número ha ido creciendo a lo largo de los años y es por ello que las técnicas de procreación asistida han ido evolucionando conforme a las necesidades de la población. En la actualidad, un método muy recurrido por millones de parejas que desean convertirse en padres es la maternidad subrogada.

Para definirla, primero es necesario señalar qué se entiende por maternidad.

“La Real Academia de la Lengua Española define a la maternidad como “el estado o cualidad de madre”; que a su vez se refiere a la mujer que da a luz a un hijo, así como a la relación existente entre ambos; por lo que se entiende que madre es, además de la mujer que alumbraba, la responsable de los hijos, de su cuidado y educación, etc. Desde la perspectiva jurídica, la maternidad está comprendida dentro de la institución jurídica de la filiación, en función a que es el vínculo que une a los descendientes con sus progenitores, en este caso a los hijos con su madre, sin importar el origen de la relación (biológica o adoptiva). Por otro lado, la Academia define subrogar como “sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”, de lo cual se desprende que la subrogación, para efectos de la presente investigación, se refiere al reemplazo de la mujer que desempeñará la función de gestación”⁴.

Se entiende, entonces, que madre no es solamente la mujer que gesta en su vientre a una criatura hasta el día del parto, sino que madre también puede denominársele a la mujer que brinda atenciones después de que el bebé o la bebé nacen. Jurídicamente, además, no se entiende por madre solo a la mujer que porta el embarazo, sino que también a la que adopte.

Por ende, se han dejado atrás las concepciones en las cuales se entendía por madre a la mujer que biológicamente alumbraba a un bebé. En ese contexto, la terminología “*mater semper certa est*” (madre siempre cierta es) es cosa del pasado porque la maternidad ya no está cimentada en una realidad inmutable: la gestación y el alumbramiento. Esta mutación del concepto ha permitido que se sostenga que madre también es la mujer que, aportando sus óvulos, no gesta un embarazo.

Esta situación ha generado que la concepción de familia se adapte al paso del tiempo y hoy en día se puede considerar que dichas técnicas han disociado sexualidad de procreación. Esto conlleva a que se formen diversas modalidades de familias y la única opción del Derecho es tratar de adecuarse a estos nuevos avances para cumplir con su difícil tarea de proteger al ser humano. Para sustentar esta afirmación, cabe recalcar que el Derecho no es una ciencia inmutable; por el contrario, el desarrollo social del ser humano está en constante cambio y el Derecho tiene que adecuarse a ello.

Ahora bien, la maternidad subrogada puede entenderse de acuerdo a los siguientes términos:

“Es el acto productor 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. De ahí que, las gestantes son mujeres fértiles que aceptan llevar a término un embarazo que se ha generado mediante el esperma y el óvulo de los padres contractuales, con o sin contraprestación de por medio, para que, una vez producido el parto entregue al hijo a las personas que lo encargaron, las cuales asumieron el pago de la suma acordada o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto”⁵.

En conclusión, la maternidad subrogada, vientre de alquiler, maternidad sustituta o alquiler de útero, cualquiera sea la denominación que se utilice, tradicionalmente, es aquel método mediante el cual una mujer, previo acuerdo, se compromete a llevar adelante un embarazo y a entregar al bebé al término de este, renunciando a sus derechos como madre.

3 Zegers-Hochschild et al., *Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Traducido y publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción asistida*, http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1 (consultada el 4 de octubre de 2017).

4 Villamarín Zúñiga, «La maternidad subrogada en el Perú: ¿Problema o solución?», 33.

5 Villamarín Zúñiga, «La maternidad subrogada en el Perú: ¿Problema o solución?», 34.

2.2 Clasificación

Para mencionar los tipos de maternidad subrogada que existen, primero debe señalarse que esta se puede producir como consecuencia de practicar una inseminación artificial o una fertilización in vitro.

La inseminación artificial (IA) es la fecundación sin relación sexual, forzándose el contacto entre espermatozoide y óvulo fuera del coito. Consiste en depositar el semen al interior de la cavidad uterina. La fecundación se produce de forma natural en el cuerpo de la mujer. Se habla con frecuencia de dos tipos de IA en función a la procedencia de los gametos: la inseminación homóloga, en la cual el óvulo y el esperma provienen de la pareja que se somete a dicha técnica y la inseminación heteróloga, en la que uno de los gametos, ya sea el óvulo o espermatozoide, incluso ambos, proceden de terceros. Cabe señalar que esta clasificación es errónea, pues "homóloga" quiere decir de la misma especie y "heteróloga", de especies diferentes. Convendría referirse a inseminación artificial con semen del cónyuge o compañero (IAC) o inseminación artificial con donante (IAD). Sin embargo, aquella terminología es la más conocida y por ello suele ser utilizada a fin de evitar confusiones⁶.

De la misma manera, pueden distinguirse de acuerdo al lugar donde ocurre la fecundación, es decir, intra o extracorpóreas, dependiendo si el proceso de fecundación se efectúa al interior del aparato reproductor femenino o fuera de este, respectivamente. Estas últimas son todas aquellas en las que se practica la fertilización in vitro (FIV). En esta se da la unión de espermatozoide y óvulo en un medio artificial, en un laboratorio. Una vez fecundado el óvulo previamente extraído, éste adquiere el estatus de embrión y es reinsertado en el útero antes del decimocuarto día desde la fecundación⁷.

Ahora bien, se han acuñado dos grandes clasificaciones de maternidad subrogada que pueden dividirse de la siguiente manera:

De acuerdo a la procedencia de los gametos:

1) Subrogación total: Aquella en la cual una mujer accede a ser inseminada, aporta sus propios óvulos, para que después de producida la gestación y el parto, entregue el hijo al padre biológico, lo cual implica la renuncia a todos sus derechos generados por la maternidad; asimismo, admite la adopción del menor por parte de la pareja del padre biológico.

En ese sentido, esta modalidad acoge la hipótesis correspondiente a la inseminación artificial heteróloga, en tanto la gestante no ostenta solo la calidad de madre genética, sino además la de madre obstétrica; en este supuesto no existe sustitución de vientre, más bien una maternidad compartida.

2) Subrogación parcial (gestacional): Aquella en la cual una mujer desempeña exclusivamente la función gestacional, en virtud de la cual porta en su vientre a un embrión fecundado in vitro, proveniente de la unión del espermatozoide y el óvulo de la pareja contratante.

De acuerdo a la existencia o inexistencia de contraprestación:

3) Subrogación comercial: Aquella en la que una mujer acepta embarazarse por otra, a cambio del pago de una cantidad cierta y determinada, bajo los términos de la prestación de servicios; a lo cual se añade el pago de los gastos derivados de la gestación.

4) Subrogación altruista: Aquella en la que una mujer acepta gestar al hijo -por cuenta de otra, de manera gratuita; en la cual, comúnmente, existen lazos de amistad o parentesco entre la gestante y uno de los padres⁸.

El objeto de esta investigación se centrará en el estudio de la maternidad subrogada gestacional altruista, entendiéndose que es factible que se origine un tipo específico de maternidad subrogada al combinar las posibilidades que existen en los dos grandes grupos de clasificación. A continuación, se desarrollará esta clase de maternidad subrogada.

3. Maternidad subrogada gestacional altruista en el Perú

3.1 Concepto

La maternidad subrogada gestacional altruista, por ende, es aquella técnica en la que una pareja vincula su material genético por medio de la fecundación in vitro para luego ser implantado en la mujer que portará

⁶ María Carcaba, *Los avances de la ciencia en materia de procreación humana. Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana* (Barcelona: Jose Maria Bosch Editor S.A, 1995), 16.

⁷ Miguel Osset, *Procreación asistida. Ingeniería genética y derechos humanos*. (Barcelona: Icaria Editorial S.A, 2000), 77.

⁸ Villamarín Zúñiga, «La maternidad subrogada en el Perú: ¿Problema o solución?», 35.

el embarazo. Esta no tiene un fin lucrativo, no es comercial, por lo cual, la mujer que gesta el embarazo no cobra un monto específico de dinero, pero la pareja debe cubrir los gastos que se presenten durante el embarazo y post embarazo (la alimentación, atención médica, etc.). Es importante recalcar que de por medio no debe existir un beneficio económico, pues de ser así, otra sería la denominación que se le asigne a dicha clasificación.

Por otro lado, cada vez se dan a conocer más casos en los cuales se recurre a la maternidad subrogada gestacional altruista, sobre todo, entre familiares. En el 2013, los medios reportaron un caso de por sí inusual, se trataba de una mujer peruana, Julia Navarro, que daría a luz a su propia nieta en Estados Unidos.

Julia Navarro es una inmigrante peruana que tiene ocho meses y medio de embarazada. Lo suyo no es, sin embargo, un embarazo cualquiera.

Navarro, de 58 años y residente de Utah (Estados Unidos) ofreció su vientre y lleva el embrión fertilizado de su hija Lorena Gonzales, fruto de la relación con Micah McKinnon. Por ello, a inicios de febrero, dará a luz a su propia nieta.

Esta historia comenzó hace un par de años atrás, cuando Gonzales junto con su esposo empezaron a tratar de tener un hijo. Ella sufrió al menos una docena de abortos naturales.

En busca de una salida, el matrimonio acordó buscar un vientre sustituto y hacer realidad el sueño de ser padres. Pensaron en una amiga cercana, incluso en Julissa, hermana de Lorena, pero las exigencias les hicieron cambiar de opinión. Fue entonces cuando el amor de Navarro afloró: 'Cuando usted ve a un hijo que está tratando y es testigo de los momentos difíciles y tristes que pasan, tienes que ayudarlos, no puedes quedarte con los brazos cruzados', dijo Navarro a este diario. 'Ellos son una pareja que se quieren y se llevan bien. Solo les falta un niño en la casa'⁹.

Como puede comprobarse, en el presente ejemplo, la motivación por parte de la mujer que subroga no ha sido económica, por el contrario, la intención ha sido el deseo de ayudar a un familiar, en este caso, su propia hija, para que pueda cumplir su anhelo de ser madre. Este caso se está repitiendo en diversos países en los cuales es permitida dicha clase de maternidad, como en Reino Unido, Canadá, México, Grecia, etc., debido a que representa una ayuda desinteresada que se sustenta en un fin altruista¹⁰.

De la misma manera, se producen casos en los que la madre gestacional es una persona allegada a la pareja como, por ejemplo, una amiga cercana y que, por dicho motivo, acepta portar un embarazo, pero que no es pariente de esta. En estos supuestos también prima la intención de colaborar con el sueño de dos personas de convertirse en padres¹¹.

El hecho de que las parejas asuman los costos no significa que de por medio haya un interés patrimonial, pues todos los gastos que se deriven serán a causa de las necesidades propias del embarazo y que, además, no representan un beneficio adicional para la mujer que gestará. Distinta sería la situación si aquella mujer recibe un incentivo que no se encuentre relacionado a dichos gastos, sino que sea destinado a su provecho personal a cambio de gestar a un bebé en su vientre. En ese caso, podría alegarse que la intención de esta práctica es tratar como mercancía a un ser humano, el o la bebé, y que la madre gestacional sea considerada simplemente como un instrumento para tal fin, dos consecuencias que el ordenamiento jurídico peruano prohíbe.

3.2 Problemática

3.2.1 Social

El presente acápite versará sobre la problemática social y jurídica que engloba la regulación deficiente de esta técnica de reproducción asistida y, por tanto, refleja la necesidad de reglamentarla.

En los últimos veinte años, se ha evidenciado cómo se ha ido posponiendo la maternidad a causa de factores económicos, laborales, emocionales y sentimentales. Por ende, actualmente, nos encontramos ante una realidad en la cual la población, que decidió retrasar la edad para ser padres, enfrenta innumerables inconvenientes para llegar a serlo. Esto se debe a que al pasar los años, el organismo ya no está en las mejores condiciones para crear vida y es posible que se presenten dificultades genéticas o biológicas.

9 Juan Chávez, «La historia de la abuela peruana que dará a luz a su nieta», *El Comercio*, 9 de enero de 2014, acceso el 13 de noviembre de 2017, <http://archivo.elcomercio.pe/mundo/eeuu/historia-abuela-peruana-que-dara-luz-su-nieta-noticia-1684671>.

10 Jaime Porras, «Canadá y los vientres altruistas», *El país*, 21 de febrero de 2017, acceso el 12 de noviembre de 2017, https://elpais.com/internacional/2017/02/20/actualidad/1487608787_068654.html.

11 Veronica Dema, «Mi amiga me dijo: Sé que querés ser mamá; te ofrezco mi panza». *El país*. 18 de octubre de 2013, acceso el 11 de noviembre de 2017, <https://www.lanacion.com.ar/1630221-mi-amiga-me-dijo-se-que-queres-ser-mama-te-ofrezco-mi-panza>.

En el mundo moderno en el que vivimos, son muchas las personas que antepone sus metas profesionales a la antigua concepción de que uno debe procrear a determinada edad. En cuanto a las mujeres, en la actualidad, tienen más oportunidades laborales que en décadas pasadas. Esta situación se demuestra en el reporte que elaboró la Organización Internacional del Trabajo [OIT] en el año 2010 para presentar el estado de la participación de la mujer en el mercado de trabajo.

La OIT encontró que entre el año 1980 al 2008 se incrementó la tasa de participación femenina en la fuerza laboral (de 50.2% a 51.7%) mientras que la tasa masculina disminuyó de 82.0% a 77.7% en el mismo periodo; por lo que se redujo la brecha de género en la participación de la fuerza laboral¹².

Asimismo, de acuerdo a las conclusiones del Foro Internacional de mujeres líderes de América del Sur y países árabes, son notorios los avances en la inserción de la mujer en el mercado laboral; así, ha habido un aumento en la participación de la mujer en la fuerza laboral, un aumento en la tasa de ocupación e incluso una disminución en la tasa de desempleo observándose una reducción en la brecha de género en dichos indicadores¹³. Esto quiere decir que el panorama mundial respecto a la contribución femenina en el mercado laboral ha variado de forma inimaginable y que estos logros motivan a más mujeres a alcanzar el éxito profesional.

Antiguamente los hijos eran el tema principal en una pareja, pero ahora las mujeres controlan su dinero y también su fertilidad y han hecho desaparecer las antiguas prioridades. Actualmente es común que las mujeres retrasen la llegada del primer hijo en espera de cumplir primero sus metas profesionales, pero cuando deciden tenerlo es dificultoso pues ya han pasado la barrera de los treinta años¹⁴.

Ante ello, deciden recurrir a algún tipo de tratamiento que les permita ser madres. El problema surge cuando la única alternativa con la que cuentan para convertir su sueño en realidad es la maternidad subrogada gestacional altruista. Los principales inconvenientes se deben a distintos motivos.

En primer lugar, acudir a una técnica de reproducción asistida demanda un costo elevado, puesto que los centros de atención de fertilidad no cuentan con precios accesibles a la mayoría de la población. Esta puede llegar a costar hasta 11 mil soles en las clínicas privadas del país, sin incluir los costos de exámenes médicos que se recomiendan para el descarte de enfermedades que pueden complicar el embarazo¹⁵. Cabe precisar que los costos disminuyen si existe la posibilidad de realizarlos en algún establecimiento del Estado, el problema radica en el tiempo de espera para la atención, lo cual influye en la disminución del porcentaje de éxito de este método, pues a mayor edad, menor posibilidad de lograr el nacimiento de un niño o niña sano.

En segundo lugar, de acuerdo al artículo 7 de la Ley General de Salud, se ha inferido que este método no está permitido, en tanto que la condición de madre genética y madre gestante no recae en la misma mujer. Sin embargo, clandestinamente muchas mujeres llevan a cabo dicha práctica, ya que se han dado a conocer casos de jóvenes que ofrecen sus vientres a parejas que desean procrear o peor aún de organizaciones que prometen lo mismo¹⁶. Incluso los precios para acceder a esta son más elevados a causa de la supuesta prohibición; en otros casos las parejas prefieren viajar a países en los cuales está permitido realizarla y al regresar al territorio nacional recurren a fraudes legales que les permita reconocer a ese niño como suyo¹⁷. Esta situación ocurre debido a que, usualmente, en las clínicas y en los hospitales registran a los recién nacidos con los apellidos de la mujer que los ha traído al mundo biológicamente. Para evitar futuros inconvenientes legales, entonces, optan por no realizar el procedimiento en el país.

En tercer lugar, si el embarazo llega a su término, puede darse el caso de que la mujer que ha gestado no desee entregar al bebé, tal como se había convenido previamente. Esto porque es evidente que al portar un embarazo se crea un vínculo entre la madre gestante y el bebé que alumbró. Dicha relación se concretiza en el momento en que la mujer hace el primer contacto con el recién nacido, como suele pasar inmediatamente después del parto. Incluso, no es descabellado pensar que, aunque el fin haya sido altruista, la gestante exija

12 Organización Internacional del Trabajo, *Women in labour markets: Measuring progress and identifying challenges*, 2010.

13 Giovanna Di Laura, *Participación de la mujer en actividades productivas y empresariales* (Lima: Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2014), 34, <https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgignnd/publicaciones/Libro3-Participacion-de-la-Mujer-en-Actividades-Productivas-y-Empresariales-2014.pdf> (consulta el 11 de noviembre de 2017).

14 Clara Mosquera, «Mujeres solteras y Técnicas de Reproducción Humana», *Avances Genéticos y Dignidad Humana: Reflexiones Éticas y Jurídicas* (2004): 25.

15 Agencia Peruana de Noticias, «Parejas invierten hasta 12 mil soles en tratamientos de fertilidad en el Perú», 30 de marzo de 2009, acceso el 10 de noviembre de 2017, <http://www.andina.com.pe/agencia/noticia-parejas-invierten-hasta-12-mil-soles-tratamientos-fertilidad-el-peru-estiman-225546.aspx>.

16 Martín Acosta, «Peruanas ofrecen alquilar su vientre a \$1.70 mil en internet», *El Comercio*, 22 de junio de 2014, acceso el 20 de septiembre de 2017, <http://elcomercio.pe/lima/peruanas-ofrecen-alquilar-vientre-s-70-mil-internet-332746>

17 Geeta Pandey, «India: El verdadero precio de alquilar el vientre por US\$3.000». *BBC Mundo*. 20 de agosto de 2016, acceso el 20 de septiembre de 2017, <http://www.bbc.com/mundo/noticias-37085231>.

un beneficio económico posterior, pues se han dado a conocer casos parecidos al referido. Esta situación se origina porque no existe un marco normativo idóneo que regule aspectos esenciales de dicha técnica y, por ello, ante este tipo de sucesos no se sabe con exactitud cómo proceder.

Como se ha evidenciado, existen problemas sociales que suelen presentarse en este contexto y que complejizan el acceso a la maternidad subrogada gestacional altruista, lo cual dificulta también la posibilidad de procrear por medio de esta.

3.2.2 Jurídica

La falta de regulación suficiente de una técnica de reproducción asistida, que cada vez cobra mayor relevancia en nuestra sociedad, genera diversas consecuencias jurídicas. “La más frecuente es cómo opera en el supuesto de que el parto se produjera como consecuencia de un embarazo originado mediante este método de reproducción”¹⁸.

El uso de la maternidad subrogada gestacional altruista, en este caso, plantea serios interrogantes jurídicos, a los que es preciso dar respuesta. Surge la duda respecto a cómo responde el Derecho ante una situación que, legislativamente, no está regulada de forma específica.

Como ya se hizo referencia, según el artículo 7 de la Ley General de Salud, la condición de madre genética y madre gestante debe recaer en la misma mujer que utiliza un método para convertirse en madre. Es así que tal disposición señala lo siguiente:

“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.”

El problema jurídico se origina, entonces, porque en la maternidad subrogada gestacional altruista la condición de madre gestante y madre genética no recae en la misma mujer. A esto se suma la interpretación mayoritaria que se le ha otorgado a este artículo, ya que se ha entendido que impone una prohibición expresa al hecho de que dos mujeres distintas tengan la calidad de madre.

Si se realiza una interpretación literal, puede llegar a afirmarse que dicha norma prohíbe este tipo de maternidad pues se señala que en la aplicación de estas técnicas, la condición de madre genética y madre gestante deberá consolidarse en una sola persona; sin embargo ello no puede entenderse como una prohibición explícita a la subrogación en general, en la medida en que dicho artículo se limita a estipular un supuesto de maternidad, mas no prohíbe los demás de forma clara.

Asimismo, violaría la supremacía constitucional que existe en nuestro ordenamiento. Esto debido a que vulneraría los derechos constitucionales de las parejas que desean ser padres (libre desarrollo de la personalidad, la autonomía reproductiva con la que cuentan y su derecho a la protección familiar¹⁹), pues se les impediría acceder a un método de procreación asistida a causa de una interpretación errónea de la normativa existente.

Por otro lado, supondría una transgresión al principio que establece “aquello que no está prohibido, está permitido” de acuerdo al artículo 2, inciso 24, de la Constitución peruana porque las prohibiciones deben explicitarse. De lo contrario, se atentaría contra la libertad del individuo de guiar su conducta a su parecer, con el único requisito de respetar los preceptos normativos que nuestro ordenamiento ha señalado taxativamente.

Esta situación provoca que el sistema de justicia se pronuncie de forma contradictoria sobre este tema, pues existen análisis distintos respecto a lo mencionado por aquel artículo, lo que sin duda afecta a un elemento primordial del sistema jurídico peruano: la seguridad jurídica. Esto último se comprueba en la jurisprudencia heterogénea que el Poder Judicial ha proporcionado hasta el momento y que genera incertidumbre a la hora de esperar una decisión judicial, ya que los ciudadanos estén a merced de la apreciación personal de cada juez.

18 Lea Levy, «Identidad, Filiación y Reproducción Humana Asistida», *Bioética y Derecho*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores (2003): 262.

19 Sarah Lucía Carracedo Uribe, «La fertilización *in vitro* y el debate sobre el estatuto del no nacido» (Tesis para optar por el Título de Abogada, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015), http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/7212/CARRACEDO_URIBE_SARAH_FERTILIZACION.pdf?sequence=1 (consultada el 5 de septiembre de 2017).

En esa línea, se pueden señalar dos sentencias que muestran dos posturas totalmente contrarias. En primer lugar, está la Casación N° 5003-2007- Lima de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

En este caso, la esposa del señor C.O.Q.C., impugna la maternidad efectuada por la Sra. M.A.A.D, respecto de la niña A.B.A.D, pues la demandada no era la madre biológica de dicha niña al haber sido inseminada con el óvulo de una mujer distinta, para lo cual utilizó el esperma de su esposo sin su consentimiento, el que fue extraído cuando fueron pareja sentimental. Funda su pretensión al actuar en representación de su hijo O.F.Q.O., medio hermano de la niña A.B.A.D. La sala de la Corte, se pronunció de la siguiente manera:

La prueba del ADN vuelve evidente “la falsedad de la relación materno filial” siendo esta considerada “ilegal, pues tal reconocimiento de maternidad le concede a la demandada derechos de patria potestad, tenencia y demás derechos inherentes a la sociedad paterno filial. Asimismo, concluyó que la fecundación heteróloga estaría vedada por el artículo 7 de la Ley General de Salud y que “se vulnerarían los derechos fundamentales de la menor”²⁰.

Entonces, mediante esta sentencia, la Corte sostiene que la maternidad de la Sra. M.A.A.D es ilegal porque no tenía un vínculo genético con la niña A.B.A.D., sin considerar el vínculo que se formó al haberla gestado y, posteriormente, traído al mundo. Es decir, al no haber reunido los requisitos que la referida ley describe (condición de madre genética y gestante en la misma persona), no podría ejercer los derechos y deberes que le corresponderían como madre y, por ello, la niña fue entregada a su padre biológico y a su esposa, a quienes no conocía.

Por otro lado, está el Expediente 183515-2006-00113 del Juzgado Décimo Quinto de Familia de Lima. Esta menciona lo siguiente:

“Cuando la maternidad genética y la gestante no coinciden, esto es “una situación de hecho que no está prohibida legalmente, pero tampoco está expresamente permitida y a tenor del artículo 2 inciso 24 de la Constitución Nacional que regula el principio de reserva en virtud del cual ‘Nadie está obligado a lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe’ y por ende se considera lícita la conducta”²¹.

Este juzgado, por el contrario, afirma que no existe prohibición expresa que censure la maternidad subrogada, por ende, no puede considerársele como ilícita.

De ambos pronunciamientos se puede colegir que no hay consenso respecto a la interpretación que se le brinda a dicha disposición y que, por el contrario, debe de analizársele teniendo en cuenta que lo más importante es tratar de evitar la vulneración derechos constitucionales de todos los implicados.

Estos son solo algunos de los problemas jurídicos que se ocasionan a causa de una falta de regulación específica que despeje dudas acerca de la verdadera interpretación de dicho artículo y que regule una técnica que cada vez es más recurrida por los peruanos.

3.3 Derechos involucrados

Los problemas jurídicos que se ocasionan debido a esta confusión interpretativa conllevan graves perjuicios, uno de ellos es la vulneración de derechos constitucionales a todos los sujetos de derecho que, de alguna manera u otra, se vinculan con estas técnicas, ya sea la mujer que gesta, el o la bebé que nace fruto de ese método o la pareja que desea formar una familia. Sin embargo, esta sección se dedicará al desarrollo de tres de los principales derechos vulnerados de las parejas que desean acceder a esta técnica de procreación asistida con la finalidad de que se avale su regulación. Para este análisis, es primordial tener en cuenta la conexión intrínseca entre estos derechos.

3.3.1 Libre desarrollo de la personalidad

La utilización de las TRA supone un derecho reconocido a todas las personas en cuanto a la decisión de tener descendencia biológica propia, es decir, se configura como una manifestación del libre desarrollo de la personalidad. Por ende, la maternidad subrogada gestacional altruista, al ser una TRA, no es ajena a este derecho, por el contrario, se vincula estrechamente con este. Nace de la voluntad de una pareja el construir un proyecto de vida de acuerdo a sus intereses, en este caso, el querer convertirse en padres por medio de esta.

20 Paula Siverino, ¿Quién llamó a la cigüeña? Maternidad impugnada e identidad genética, reflexiones a propósito de dos sentencias peruanas (2010): 5-6, http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/906/Quien_llamo_cig_Silverino.pdf?sequence=1 (consultada el 12 de noviembre de 2017).

21 Paula Siverino, Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú, Revista peruana de ginecología y obstetricia, Volumen 58, número 3 (2012), http://sisbib.unmsm.edu.pe/brevistas/ginecologia/vol58_n3/pdf/a09v58n3.pdf (consultada el 12 de noviembre de 2017).

Como lo afirma Gesurmino, la libertad de las personas puede ser entendida como la facultad para elegir un proyecto personal de vida. Dentro de las distintas clases de libertades, corresponde considerar la libertad civil entendida como el poder o facultad de hacer en la esfera de las relaciones humanas todo aquello que las leyes no prohíben, y de no hacer todo aquello que las leyes no imponen como obligación²².

Es innegable que todos los seres humanos poseen el atributo de la libertad en tanto sean seres racionales que pueden conducir su vida de acuerdo a la forma que deseen. Esta cualidad la obtienen desde que nacen vivos y se convierten en sujetos de derecho de este ordenamiento. Por tanto, no hay condicionamiento que restrinja esta facultad si gozan de plena facultad mental que justifique dicha libertad. En caso contrario, podría haber cuestionamientos relacionados a la falta de aptitud para conocer las verdaderas implicancias de optar por esta técnica para procrear.

Es, entonces, la libre elección de un individuo que decide acudir a la maternidad subrogada gestacional altruista para realizar el proyecto de vida que ha escogido para sí. Puede que los demás individuos no estén de acuerdo con esta decisión, pero nadie tiene el derecho de interferir en la decisión que adopta una persona plenamente consciente de las consecuencias y de todos los inconvenientes que esta pueda acarrear. Sobre todo, si no hay argumento paternalista que pueda ser usado, pues este solo podría utilizarse, como ya se mencionó, ante un incompetente básico.

Tal como lo señala Serna, la protección del libre desarrollo de la personalidad es considerada en la norma constitucional como fundamento de nuestro orden político y de la paz social que no puede separarse de la protección de la dignidad de la persona y de los derechos inviolables que le son inherentes²³. Esto quiere decir que la libertad de decisión de una persona está vinculada a su dignidad como ser humano. Por eso al impedir que una persona decida la forma en que desee obtener descendencia atentaría contra su dignidad humana. Esta situación se agravaría si la persona que desee recurrir a esta técnica adolece de problemas de infertilidad, pues se le estaría prohibiendo, indirectamente, ser madre o padre biológico de un bebé si así lo anhela.

“Por otro lado la intimidad personal que constituye uno de los contenidos principales del derecho de dignidad. Es la facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera de espacio privado, el cual no puede ser invadido por terceros, y que presupone que cada individuo se reserva la potestad de planificar su vida y tener los métodos y medios adecuados para poder concretar aquellas decisiones personales sobre las que sostiene el desarrollo de su personalidad”²⁴.

Es así que antes de considerar la supuesta prohibición de este método, debe de considerarse que está en juego la dignidad de una persona. Y es justamente dicha dignidad la que está protegida por nuestra Constitución al considerársele fin supremo de la sociedad y del Estado en su artículo primero. Además, conviene aclarar que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es un derecho implícito que, justamente, se deriva del principio de dignidad de la persona.

“En consecuencia, el respeto a la dignidad y la plena realización de la persona son las premisas a tener presente en la utilización de las técnicas de reproducción asistida y esta circunstancia exige que siempre sea respetada la libertad de la persona, y junto a este presupuesto necesario, también otro imprescindible, que la persona no pueda ser utilizada como objeto o instrumento de nadie, porque iría en contra de su autonomía y de la esencia misma de persona”²⁵.

Por medio de este derecho, por tanto, una persona debe tener la libertad de alcanzar los ideales que le atraigan y si ha optado por la maternidad subrogada gestacional altruista para reproducirse, debe de respetarse su decisión.

La prohibición de esta técnica, usualmente, se sustenta en que se estaría vulnerando la dignidad de la mujer que subroga. Sin embargo, esta afirmación es totalmente falsa, pues este método se basa justamente en el altruismo por parte de esta mujer al prestar su útero para un fin noble. No se está usando su cuerpo como instrumento, sino que ella está aceptando voluntariamente a prestar una ayuda desinteresada con el deseo de cumplir el sueño de dos personas de convertirse en padres.

22 María Gesurmino, *Las técnicas de reproducción humana asistida y las relaciones de familia* (Buenos Aires: Universidad Empresarial Siglo 21, 2013), 21-22, https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/11982/Tesis_T%C3%A9cnicas_de_Reproducci%C3%B3n_Asistidaa.pdf?sequence=1 (consultada el 15 de noviembre de 2017).

23 Encarna Serna, «Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica» (Trabajo final de grado, Universidad de Murcia, 2012), 284.

24 Gesurmino, *Las técnicas...*, 22.

25 Serna, «Las técnicas de reproducción», 285.

En el plano internacional, distintos instrumentos, ratificados por el Perú, han establecido la importancia de la dignidad humana y, por dicho motivo, la han reconocido expresamente.

La Declaración Universal de Derechos Humanos que, si bien no desarrolla con amplitud el concepto de dignidad, señala en su preámbulo que la libertad, la justicia y la paz tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca al hombre; asimismo, reconoce en su primer artículo que todos los seres humanos nacen iguales en dignidad. En el mismo sentido, la Convención de Belem do Pará establece en el literal e) del artículo 4º que toda mujer tiene derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona; y como consecuencia esta disposición resulta siendo el sustento del desarrollo de todo el instrumento²⁶. No considerar lo afirmado por dichos instrumentos a la hora de regular la referida técnica de reproducción, vulneraría la cuarta disposición final y transitoria de nuestra norma fundamental, en la que se menciona que las normas relativas a los derechos que esta reconoce se interpretan de acuerdo a la Declaración Universal de Derechos Humanos y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado la importancia de la dignidad humana en diversas sentencias:

- Expediente 00010-2002-AI/TC: La dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales. El principio genérico 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.
- Expediente 02273-2005-HC/TC: La dignidad del ser humano representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y que, además, constituye el fundamento esencial de todos los derechos; de allí se desprende la posición preferente de la dignidad en nuestro ordenamiento jurídico, en función a que se le atribuye un doble carácter.

Es preciso recalcar que es la dignidad la que permite la realización de los demás derechos inherentes a todas las personas. Por eso, se le puede considerar como piedra angular de nuestro ordenamiento jurídico. Todas las personas nacemos iguales en dignidad, no puede haber distinción por ningún motivo. Por esta razón, al regularse la maternidad subrogada gestacional altruista en una normativa especial debe de tomarse en cuenta que esta dignidad debe ser el presupuesto de todas sus estipulaciones.

3.3.2 Autonomía reproductiva

“El derecho a la autodeterminación reproductiva tiene sustento en base a dos vertientes, por un lado está su amparo bajo el derecho a la vida privada, en virtud del cual toda persona tiene la facultad de tomar decisiones sobre su sexualidad y reproducción; de otro lado se entiende como una manifestación del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad”²⁷. Se puede desprender, entonces, que este derecho se relaciona con el derecho al libre desarrollo de la personalidad en cuanto es decisión de una persona determinar si desea tener hijos o la forma de engendrarlos porque corresponde al ámbito personal de su vida.

“La Constitución peruana no reconoce expresamente a los derechos sexuales, ni a los derechos reproductivos de las personas. Sin embargo, si establece una serie de derechos intrínsecamente relacionados con ellos; nos referimos al derecho a la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, además del derecho a la vida, a la integridad física y mental, a la libertad de conciencia, a la libertad de información, a la intimidad personal, entre otros”²⁸.

Este también es un derecho implícito o innominado de acuerdo al artículo 3 de dicha norma. Por lo tanto, merece igual protección que los derechos establecidos explícitamente y debe de asegurarse también el acceso de todos los ciudadanos a los aspectos que protege.

En ese sentido, la Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres – Ley 28983- es la única norma, con rango de ley, que reconoce expresamente la existencia de los derechos sexuales y los derechos reproductivos. En ella se señala que es obligación del Poder Ejecutivo, gobiernos regionales y locales de adoptar políticas, planes y programas para garantizar el derecho a la salud, con especial énfasis en la vigencia de los derechos sexuales y reproductivos, la prevención del embarazo adolescente, y en particular el derecho a la maternidad segura. Asimismo, la Norma técnica de planificación familiar, aprobada mediante Resolución Ministerial N° 536-2005/MINSA del 28 de julio del 2005. Esta norma reconoce entre sus enfoques,

26 Villamarín Zúñiga, «La maternidad subrogada en el Perú: ¿Problema o solución?», 45.

27 Villamarín Zúñiga, «La maternidad subrogada en el Perú: ¿Problema o solución?», 60.

28 Jeannette LLaja, *Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos en el Perú*, Informe para el cumplimiento de la Cedaw (2010), 8, https://www.demus.org.pe/wp-content/uploads/2015/06/2dd_doc_diagnostico_ddssr1.pdf (consultada el 18 de noviembre de 2017)

el enfoque de derechos humanos y el enfoque de género; en el primero de ellos desarrolla los “derechos sexuales y reproductivos” indicando que “toda persona tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo”²⁹.

De acuerdo al artículo 16° de la Convención de Belem do Pará, a toda persona le corresponde el derecho de determinar libre y responsablemente el número de hijos que desea tener, así como el intervalo entre el nacimiento de los mismos. Esto quiere decir que el Estado tiene un límite de interferir en este ámbito personal y debe respetar las decisiones en cuanto a este aspecto.

En adición a lo antes expuesto, encontramos que en el ámbito internacional se han desarrollado distintos documentos que resultan trascendentes para este tópico, así tenemos al Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, que se llevó a cabo en El Cairo (1994), en él se consignó una recomendación específica a la comunidad internacional, en virtud de la cual se exigen metas cualitativas y cuantitativas respecto al acceso universal a servicios de salud reproductiva, en particular de planificación de la familia y de salud sexual, entre otras, la que fuera consagrada en su Principio 8³⁰.

Los derechos reproductivos tienen como premisa que el cuerpo humano es un territorio individual, que las decisiones que los ciudadanos adopten son autónomas y por eso deben ser respetadas por el Estado y las demás personas. En ese orden de ideas, no se encuentra justificación que impida a una pareja procrear por medio de la maternidad subrogada gestacional altruista. Esta decisión le incumbe solo a esta en cuanto cada uno tiene el derecho de determinación reproductiva y, por ello, pueden elegir cómo, cuándo y dónde reproducirse, sobre todo, si se considera que esta opción puede ser la única alternativa que les permita a dos personas ser padres.

Ahora bien, esta investigación se atañe al sinsentido que resulta prohibir a una pareja acudir a esta técnica, pese a que padece de infertilidad. En ese sentido, no se puede alegar que al permitirse este supuesto se atentaría contra algún valor fundamental de este ordenamiento en tanto la técnica sobre la cual versa este apartado tiene un fin loable y requiere el consentimiento expreso de dicha pareja y de la mujer que gestará.

3.3.3 Protección familiar

La familia es reconocida como un grupo fundamental de la sociedad y medio para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, en particular de los niños. El derecho organiza y estructura al grupo familiar a través de normas de carácter imperativo e irrenunciables con las cuales protege los intereses de los integrantes del grupo³¹. Sin la familia resulta inconcebible la sobrevivencia y el desarrollo del ser humano desde su nacimiento hasta la madurez que le permita su incorporación en la sociedad. La familia, por tanto, es el ente más importante del Estado y merece una adecuada protección que permita su desarrollo.

Ahora bien, la maternidad subrogada gestacional altruista es una nueva forma de crear familia, de fracturar la clásica concepción que se tenía de esta, compuesta por una mujer que se embarazaba con los gametos de su pareja y después de nueve meses daba a luz. La maternidad no se limita a la mujer que aporta un óvulo y lo gesta, y la paternidad no se restringe al hombre que provee el esperma. Todos los avances que se han suscitado en este campo, permiten que se cree nuevos modelos de familia y el Derecho tiene la obligación de otorgarles la misma protección.

Diversos instrumentos internacionales regulan dicha protección en sus disposiciones:

Por un lado, el artículo 16 de la Declaración Universal de 1948 establece que la familia es el elemento primordial de la sociedad y tiene derecho a la protección del Estado, además, resalta la relación intrínseca de esta con la generación de nuevos seres humanos. Por otro lado, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 19 de diciembre de 1966, señala que se debe conceder a la familia, como elemento fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución, y mientras sea responsable del cuidado de los hijos a su cargo.

La conformación de una familia, muchas veces, constituye el mayor objetivo de los seres humanos. Estos tienen la libertad de fundar una familia de acuerdo a sus aspiraciones personales y de elegir cómo construir su proyecto de vida. Resulta contradictorio, por ello, amparar los derechos de libre desarrollo de la

29 Llaja, *Derechos Sexuales...*,9.

30 Villamarín Zúñiga, «La maternidad subrogada en el Perú: ¿Problema o solución?», 61.

31 Ingrid Brena, «La gestación subrogada ¿una nueva figura del derecho de familia?» (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012), 149, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3155/10.pdf> (consultada el 15 de noviembre de 2017).

personalidad y autonomía reproductiva para después no considerar, sin justificación válida, el derecho a la protección familiar porque el concepto de familia no se adapte al tradicional.

Tal como está contemplado en la Constitución peruana, la protección familiar es un derecho social. "Los derechos sociales poseen un contenido esencial, que se sustenta en el principio de solidaridad y respeto a la dignidad humana; de allí que su reconocimiento conlleve a obligar al Estado a adoptar una posición abstencionista en relación de la autonomía del individuo, la misma que está delimitada por los derechos fundamentales, en adición, el Estado debe otorgar las garantías mínimas para que cada individuo pueda lograr el desarrollo de su personalidad y la libre elección de sus planes de vida"³². Es en ese último supuesto que el Estado está fallando porque al no regular de forma adecuada una técnica que permite la creación de una familia, la está dejando desamparada y, con ello, expuesta a un sinnúmero de vulneraciones que podrían desintegrarla. Esto se debe a que no está tutelando los derechos de cada integrante que la conforma y, de esta forma, se pone en peligro su conservación.

Se están ignorando los derechos de los padres biológicos al no considerárseles como padres legales del niño o niña que nace como consecuencia de este tipo de maternidad, a pesar del nexo biológico y de la voluntad procreacional que determinó que accedan a esta técnica. Así, se está vulnerando la unidad familiar que debería ser promovida por el Estado, tal como lo señala el artículo 4 de la Constitución, porque se está desmembrando a una familia.

Toda esta situación, sin duda, se origina por la falta de una regulación pertinente que otorgue adecuada tutela a los derechos de dos personas que quieren convertirse en padres de un niño o una niña, pero que no cuentan con mecanismos legales que los amparen cuando se presenten situaciones como las descritas en el capítulo tercero.

4. Desafíos de regular la maternidad subrogada gestacional altruista

Regular la maternidad subrogada gestacional altruista demanda grandes esfuerzos de los legisladores para otorgar adecuada protección a todos los implicados en esta. Por ello, debe regirse de acuerdo a parámetros limitados para que no sea posible distorsionarla a través de ficciones legales. A continuación se desarrollarán cinco de los principales desafíos que se presentarán cuando se decida legalizar un hecho de la realidad.

El primer desafío de regularla es que se despejen todas las dudas referidas a la errónea interpretación del artículo 7 de la Ley General de Salud. De otra manera, será imposible proteger los derechos constitucionales de los integrantes de la nueva familia que nace, pues seguirían emitiéndose pronunciamientos contradictorios respecto a este artículo. Asimismo, que se establezca que la maternidad subrogada gestacional altruista solo podrá ser utilizada ante la infertilidad certificada de la pareja que desee acudir a esta.

El segundo desafío es que la regulación debe enmarcarse en la gratuidad de esta técnica, es decir, deben centrarse en la solidaridad y en el altruismo. El simple hecho de que en un pacto o contrato de este tipo se incluya alguna cláusula referida a un pago que no se relacione con los gastos propios del embarazo deberá ocasionar la nulidad de aquel.

El tercer desafío es que deje en claro cómo se procedería ante la negativa de la madre gestacional de entregar al bebé al término del embarazo, y de ceder todos los derechos que le corresponderían a los padres biológicos. Sin duda, este aspecto es sumamente controversial porque la opción que se escoja afectará derechos constitucionales ya sea de la pareja que recurrió a este método o de la mujer que gestará. Desde el punto de vista de este apartado, debería primar el nexo biológico que une al bebé y a la pareja que decidió procrear por medio de esta. La razón es que esta pareja fue la que buscó el embarazo y la mujer que aceptó portarlo brindó su consentimiento, conociendo a cabalidad que debía entregar al bebé y que su ayuda permitiría que dos personas se conviertan en padres. No parece justo que se rechace el vínculo genético existente y que se prefiera otorgar la custodia a una mujer que voluntariamente decidió prestar su vientre y que conocía de las implicancias de esta técnica. Por ello, es fundamental que se estipule que la mujer que subrogará deberá ser informada de todas las consecuencias de portar un embarazo con estas características antes de aceptar prestar su ayuda.

El cuarto desafío es que se establezca un límite de edad para la mujer que subroga, pues podría atentarse contra la vida de esta al permitirse que gaste un embarazo a una avanzada edad. Asimismo, se reduciría el porcentaje de éxito de la implantación y del término del embarazo porque la edad es un factor determinante para el éxito de este.

32 Villamarín Zúñiga, «La maternidad subrogada en el Perú: ¿Problema o solución?», 54.

El quinto desafío es que se establezca la cantidad de embriones que serán implantados y el número de intentos de fecundación in vitro, así como el intervalo de tiempo entre estos, que se realizarán en total. Esto debido al desgaste físico, emocional y psicológico que representaría para la gestante, e incluso para los padres biológicos, en caso de que se desarrolle un embarazo con más de tres bebés o que sea evidente que la técnica no está funcionando y que a pesar de ello, se siga intentando y poniendo en riesgo su salud y el éxito del embarazo, respectivamente. En esa línea, se recomienda que sean tres los embriones a ser implantados y el número de intentos a realizarse, puesto que muchas veces la técnica no funciona de inmediato y requiere la adaptación al cuerpo de la mujer que gestará.

5. Conclusiones

Las principales conclusiones de esta investigación son las siguientes:

1. Los avances en la biogenética han permitido que se desarrollen nuevas formas de reproducción que superan a la forma tradicional de engendrar. El principal avance en este campo lo constituyen los métodos de reproducción asistida. Dichos métodos se clasifican dependiendo de la procedencia de los gametos y si se efectúan al interior del aparato reproductor femenino o fuera de este. Cuando se realizan al exterior del aparato reproductor femenino se les denomina Fertilización In Vitro (FIV).
2. Una clase de FIV es la maternidad subrogada gestacional altruista. En esta técnica de procreación asistida se une el material genético de una pareja en un laboratorio para luego implantarse en una mujer que libre y voluntariamente acepta prestar una ayuda desinteresada que les permita convertir su sueño en realidad: formar una familia.
3. Este método ha permitido que muchos ciudadanos se conviertan en padres y el Derecho no puede omitir la existencia de una figura que cada vez cobra mayor importancia en la sociedad peruana y, por ello, su labor consiste en regularla de forma adecuada.
4. La legislación peruana no regula de forma específica a esta técnica. La única referencia a las técnicas de reproducción, en general, la hace la Ley General de Salud, en su artículo 7, en la cual se menciona que la calidad de madre genética deberá recaer en la misma mujer que llevará el embarazo, en caso se decida recurrir a dichas técnicas para procrear. Esta situación permite una errónea interpretación de dicho artículo, puesto que se piensa que explícitamente se está prohibiendo los demás métodos de procreación, pero no puede ser así, puesto que se vulnerarían distintos principios y derechos que ampara el ordenamiento jurídico peruano.
5. La falta de claridad en la única disposición relacionada a las técnicas de reproducción asistida genera una insuficiencia normativa de la maternidad subrogada gestacional altruista. Esta situación conlleva graves inconvenientes sociales y legales.
6. La presente investigación pretende justificar la regulación de esta técnica a través de tres derechos reconocidos en la Constitución peruana que están íntimamente vinculados: libre desarrollo de la personalidad, autonomía reproductiva y protección familiar.
7. Por último, se esboza una serie de desafíos que deben de tenerse en cuenta a la hora de regularla, pues dicha normativa deberá abarcar distintos aspectos que permitan que se brinde una adecuada protección a todos los intervinientes en esta técnica.

6. Bibliografía

Acosta, Martín. 2014. "Peruanas ofrecen alquilar su vientre a S/.70 mil en internet". El Comercio. Lima. <http://elcomercio.pe/lima/peruanas-ofrecen-alquilar-vientre-s-70-mil-internet-332746> (consultada el 20 de septiembre de 2017).

Agencia Peruana de Noticias. 2009. "Parejas invierten hasta 12 mil soles en tratamientos de fertilidad en el Perú". Lima. <http://www.andina.com.pe/agencia/noticia-parejas-invierten-hasta-12-mil-soles-tratamientos-fertilidad-el-peru-estiman-225546.aspx> (consultada el 10 de noviembre de 2017).

Brena, Ingrid. 2012. La gestación subrogada ¿una nueva figura del derecho de familia? México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3155/10.pdf> (consultada el 15 de noviembre de 2017).

Carcaba, María. 1995. "Los avances de la ciencia en materia de procreación humana". *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor S.A.

Carracedo, Sara. 2015. La fertilización *in vitro* y el debate sobre el estatuto del no nacido. Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho. Tesis para optar por el Título de Abogada. Lima. http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/7212/CARRACEDO_URIBE_SARAH_FERTILIZACION.pdf?sequence=1 (consulta el 5 de septiembre de 2017).

Chávez, Juan. 2014. "La historia de la abuela peruana que dará a luz a su nieta". *El Comercio*. Lima. <http://archivo.elcomercio.pe/mundo/eeuu/historia-abuela-peruana-que-dara-luz-su-nieta-noticia-1684671> (consultada el 13 de noviembre de 2017).

Corte Superior de Justicia. Expediente 183515-2006-00113 del Juzgado Décimo Quinto de Familia de Lima.

Corte Suprema de Justicia. Casación N° 5003-2007- Lima, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, sentencia del 8 de mayo del 2008.

Del Águila, Frieda. 2009. *Maternidad subrogada y sus efectos jurídicos: nueva perspectiva en Derecho de Familia*. Lima. Universidad San Martín de Porres. http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/MATERNIDAD_SUBROGADA_Y_SUS_EFECTOS_JURIDICOS_2009/MATERNIDAD_SUBROGADA_Y_SUS_EFECTOS_JURIDICOS.pdf (consultada el 21 de septiembre de 2017).

Dema, Veronica. 2013. "Mi amiga me dijo: «Sé que querés ser mamá; te ofrezco mi panza»". *El país*. Argentina. <http://www.lanacion.com.ar/1630221-mi-amiga-me-dijo-se-que-quieres-ser-mama-te-ofrezco-mi-panza> (consultada el 11 de noviembre de 2017).

Di Laura, Giovanna. 2014. *Participación de la mujer en actividades productivas y empresariales*. Lima: Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. <https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgignnd/publicaciones/Libro3-Participacion-de-la-Mujer-en-Actividades-Productivas-y-Empresariales-2014.pdf> (consultada el 11 de noviembre de 2017).

Gesurmino, María. 2013. Las técnicas de reproducción humana asistida y las relaciones de familia. Buenos Aires: Universidad Empresarial Siglo 21. Trabajo Final de Grado. https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/11982/Tesis_T%C3%A9cnicas_de_Reproducci%C3%B3n_Asistidaa.pdf?sequence=1 (consultada el 15 de noviembre de 2017).

Llaja, Jeannette. 2010. Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos en el Perú. Informe para el cumplimiento de la Cedaw. Lima. https://www.demus.org.pe/wp-content/uploads/2015/06/2dd_doc_diagnostico_ddssrr1.pdf (consultada el 18 de noviembre de 2017).

Levy, Lea. 2003. "Identidad, Filiación y Reproducción Humana Asistida". *Bioética y Derecho*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.

Mosquera, Clara. 2004. "Mujeres solteras y Técnicas de Reproducción Humana". *Avances Genéticos y Dignidad Humana: Reflexiones Éticas y Jurídicas*. Lima.

Organización Internacional Del Trabajo. 2010. Women in labour markets: Measuring progress and identifying challenges.

Osset, Miguel. 2000. "Procreación asistida". *Ingeniería genética y derechos humanos*. Barcelona: Icaria Editorial S.A.

Pandey, Geeta. 2016. "India: El verdadero precio de alquilar el vientre por US\$3.000". *BBC Mundo*. Chennai. <http://www.bbc.com/mundo/noticias-37085231> (consultada el 20 de septiembre de 2017).

Porras, Jaime. 2017. "Canadá y los vientres altruistas". *El país*. https://elpais.com/internacional/2017/02/20/actualidad/1487608787_068654.html (consultada el 12 de noviembre de 2017).

Serna, Encarna. 2012. Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica. España: Universidad de Murcia.

Siverino, Paula. 2010. ¿Quién llamó a la cigüeña? Maternidad impugnada e identidad genética, reflexiones a propósito de dos sentencias peruanas. Lima. http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/906/Quien_llamo_cig_Silverino.pdf?sequence=1 (consultada el 12 de noviembre de 2017).

Siverino, Paula. 2012. Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú. Revista peruana de ginecología y obstetricia. Volumen 58, número 3. Lima. http://sisbib.unmsm.edu.pe/bvrevistas/ginecologia/vol58_n3/pdf/a09v58n3.pdf (consultada el 12 de noviembre de 2017).

Villamarín, Carlos. 2014. La maternidad subrogada en el Perú: ¿Problema o solución? Arequipa. Universidad Católica de Santa María, facultad de ciencias jurídicas y políticas, programa profesional de derecho. <http://tesis.>

ucsm.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/UCSM/2084/62.1146.D.pdf?sequence=1&isAllowed=y (consultada el 4 de octubre de 2017).

Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia recaída sobre el Expediente 00010-2002-AI/TC

Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia recaída sobre el Expediente 02273-2005-HC/TC.

Zegers-Hochschild. 2010. Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida (TRA). Organización Mundial de la Salud. Traducido y publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción asistida. http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1 (consultada el 4 de octubre de 2017).

20 Minutos. 2016. "La regulación de la gestación subrogada, de país a país". <http://www.20minutos.es/noticia/2744893/0/gestacion-subrogada-paises/> (consultada el 12 de noviembre de 2017).