

*“Atenta contra los derechos fundamentales de la mujer infértil. Este criterio separa de un trato igualitario, porque las demás mujeres que no presentan estos problemas si pueden recurrir a técnicas de reproducción asistida; sin embargo, la única vía para la mujer infértil pueda tener descendencia no está permitida”.*

# Derechos reproductivos de la mujer infértil en el Perú: acceso a la técnica de reproducción asistida de maternidad subrogada

89

Comisión de Investigaciones  
André Núñez Merejildo\*

## Introducción

El tema sobre el derecho de la mujer infértil al acceso a la TERA<sup>1</sup> de maternidad subrogada en el Perú es muy importante y controversial por las distintas posiciones que se toman respecto de ella. La técnica de maternidad subrogada, mal llamada como “alquiler de vientres” por algunos especialistas, no ha sido materia de análisis desde los derechos fundamentales, es decir, desde una perspectiva constitucional, sino que la mayoría de investigaciones exploran este tema en el ámbito del negocio jurídico, en concreto, del contrato. La conclusión, en general, a la que llegan diversos artículos jurídicos nacionales sobre el tema, es que debe descartarse la posibilidad de toda mujer de recurrir a esta técnica reproductiva.

No obstante, después de haber revisado y analizado la legislación extranjera encontramos que este método de reproducción extrauterina ha sido prohibido de la misma manera que en nuestro país. La razón principal es que el contrato que celebran la madre genética y la madre portante es inválido por el hecho de no tener un objeto jurídicamente posible, por lo que se estaría celebrando un contrato nulo. Empero, nadie se pregunta por la situación jurídica en la que se encuentran las mujeres infértiles. Y la cuestión es ¿por qué? ¿es que ellas no tienen derecho a planificar y concretar su proyecto de vida? He ahí la relevancia de este tema, porque no es posible que el Estado no las incorpore a una política reproductiva.

\* Alumno de 8vo ciclo en la Facultad de Derecho de la PUCP. Miembro de la Comisión de Investigaciones de la Asociación Civil Foro Académico desde el ciclo 2014-1

<sup>1</sup> Técnicas de Reproducción Asistida

Ello origina la necesidad en la mujer infértil de recurrir a este método aunque se encuentre prohibido. En consecuencia, origina que estos contratos se celebren en un entorno de clandestinidad, en donde, por ejemplo, si la persona que va a gestar se le niega la entrega del recién nacido, esta no podrá demandar ni pretender que se ejecute la prestación. A todo ello, el legislador no ha tenido un pronunciamiento al respecto. Por consiguiente, es un tema transcendental desde el punto de vista de los derechos fundamentales de la mujer infértil.

Por otra parte, nos cuestionamos acerca de los derechos reproductivos que no se han manifestado de manera expresa dentro de la normativa constitucional. Es evidente que existe en principio relación con otros derechos como, por ejemplo, la dignidad de la persona humana, el derecho a la salud, a la libertad, etc. Ello implica que los derechos reproductivos se sitúan en el artículo 3 de la Constitución, en él se señala que la enumeración de los derechos establecidos en dicho artículo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre (*numerus apertus*). De ahí que, podría interpretarse que en el Perú sí se admiten los derechos reproductivos.

Ahora, sucede que la mujer infértil solo tiene una forma de concebir, porque la técnica de inseminación artificial no funciona con ella, debido a que no puede culminar la etapa de embarazo. La misma suerte corre la fertilización *in vitro*: la culminación de la etapa del embarazo no es posible. Por lo tanto, el único medio eficiente es recurrir a otra persona y, solo así, la paciente podrá llegar a tener descendencia.

Ergo, el problema que se ha planteado es el siguiente: ¿La utilización de la TERA de maternidad subrogada constituye un derecho reproductivo de la mujer infértil?

Al respecto, cabe resaltar que existen una gama de derechos como, por ejemplo, a decidir sobre el momento oportuno para tener hijos, disponer de la información y los medios para hacerlo, acceder a un nivel de salud reproductiva y sexual más alta, etc.

En efecto, como podemos analizar nos encontramos frente a un contexto en el que la mujer infértil ha sido separada de una protección que pueda velar por sus derechos reproductivos. De esta manera, la discusión se centra en si es que la técnica de maternidad subrogada puede ser un derecho que esté dentro del marco de los derechos productivos para que la mujer pueda cumplir con el proyecto de vida que tiene previsto.

### *I. La infertilidad en la mujer*

En primer término, nos preguntamos ¿qué se entiende por infertilidad?, ¿acaso es igual a la esterilidad? Pues bien, estas preguntas se prestan a múltiples confusiones, debido a que la mayoría de personas asocia el término infertilidad como si se tratara de esterilidad; sin embargo, son dos condiciones distintas. Según la psicóloga Carmen Moreno, “la infertilidad se da cuando una mujer puede concebir un hijo, pero no puede llegar a término, por ello, la mujer infértil es considerada abortera habitual; mientras que, la esterilidad ocurre cuando la pareja (o mujer) jamás ha conseguido el embarazo”<sup>2</sup>.

Estamos de acuerdo con la distinción que realiza esta especialista en el tema, porque esclarece de manera sencilla una diferencia que es de vital importancia en las próximas líneas. Sin embargo, respecto a la definición de infertilidad no existe consenso alguno. Por ejemplo, la postura que plantea Florencia Luna es que “la infertilidad no es una enfermedad fisiológica, sino que es sólo un problema que tiene consecuencias psico-sociales y es una importante causa de una enfermedad psicológica”<sup>3</sup>.

Al respecto, consideramos que esta es una definición parcial, porque deja de lado el aspecto natural o fisiológico de la infertilidad que es ocasionada por un problema genético o, incluso, debido a una variación del medio ambiente que tiene consecuencias en el organismo de una mujer. No obstante, cabe mencionar la postura manifestada a través de Priscilla Solano, con la cual concordamos, quien considera que se trata de una enfermedad que presenta dos caracteres que la involucran, los cuales son el carácter fisiológico y el psi-

<sup>2</sup> MORENO, Carmen. *Infertilidad y reproducción asistida: guía práctica de intervención psicológica*. Madrid: Ediciones Pirámide, pp. 37

<sup>3</sup> LUNA, Florencia. *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*. San José: IIDH, pp. 17

cológico, porque ella señala que la infertilidad lleva a la depresión extrema en una mujer.

Ahora bien, analizar el aspecto psicológico de la infertilidad es muy difícil, ya que presenta consecuencias devastadoras en la mujer por el hecho de que ser madre se convierte en un anhelo tan importante para su vida. Para Herman Witkin<sup>4</sup>, la infertilidad puede considerarse como un factor de estrés de sobrecarga crónica, porque se convierte en una preocupación constante que implica, por ejemplo, frecuentes visitas al médico y un control estricto. La infertilidad produce sensaciones de culpa e insuficiencia y esto se puede verificar en el primer momento en el que “la mujer infértil entra en shock por el diagnóstico de infertilidad, puesto que la negación es la primera reacción, es decir, se resisten a aceptar el diagnóstico y buscan segundas opiniones”<sup>5</sup>.

En conclusión, la infertilidad es una enfermedad que ataca a la mujer de manera fisiológica y psicológica. No obstante, el efecto que tiene sobre la psiquis de ella es aún mayor porque crea un sentimiento de frustración por el hecho de no poder tener descendencia.

La infertilidad es el punto de partida para nuestra investigación, porque dicha enfermedad sí tiene solución y se encuentra en la técnica de reproducción asistida de maternidad subrogada. La técnica de inseminación artificial y la de fecundación in vitro no solucionan este problema, en tanto, a pesar de que la mujer infértil puede concebir, esta no podrá dar a luz. Por esta razón, la técnica de maternidad subrogada se presenta como la única vía para que pueda llegar a tener hijos. Sin embargo, en nuestra legislación se encuentra prohibida como veremos a continuación.

## II. La TERA de maternidad subrogada: Perspectivas y Análisis

“La tecnología médica y biológica ha permitido modificar la capacidad reproductora individual de los seres humanos, mediante la creación de medios que favorecen o la limitan. Así la capacidad reproductora está determinada, en mayor o menor grado, por los niveles

de desarrollo tecnológico existentes (tratamientos a la infertilidad)”<sup>6</sup>. En efecto, debido al avance científico, la mujer infértil ya no puede sentir que este problema no tiene solución. De tal manera que, la técnica de maternidad subrogada es el remedio para que la mujer infértil pueda cumplir su proyecto de vida de ser madre.

Así, el método de maternidad subrogada consiste en una mujer que lleva la gestación de un embrión, que le es genéticamente ajeno, implantado en su útero obtenido mediante la unión de gametos, en este caso, de la mujer infértil y su pareja. No obstante, dicho método ha generado controversia y hay un debate en torno a ella, en el cual un sector de académicos y especialistas están a favor de su uso; mientras que, contrario sensu, hay expertos que rechazan de manera categórica su aplicación y posible regulación en nuestro ordenamiento jurídico. De esta forma, este tema presenta perspectivas que analizaremos a continuación a través de los diversos especialistas que han escrito al respecto.

Rodolfo Ramos sostiene que está en desacuerdo con el hecho que la mujer, sin causa especial, pueda recurrir a la técnica de maternidad subrogada, o como también él lo llama la técnica de “vientres mercenarios”. Este autor subraya que este método tiene que ser prohibido por las legislaciones. Sin embargo, establece una excepción, la cual consiste en que “debe ser permitido únicamente para los casos de problemas físicos insalvables en la mujer que hagan imposible encontrar otra solución”<sup>7</sup>.

Estamos de acuerdo con el enfoque que realiza Ramos, porque el uso de este método no debe convertirse en una forma “natural” para poder tener hijos, sino que como toda técnica de reproducción asistida presenta el carácter de supletoriedad. En otras palabras, solo una mujer o pareja puede recurrir a esta técnica si es que hay un problema de infertilidad.

Por otra parte, Enrique Varsi señala que cada vez más se recurren a las denominadas técnicas de reproducción asistida, debido a los problemas de salud que se presentan. En su texto esboza una encuesta en donde

<sup>4</sup> Psicólogo americano que se especializó en la psicología cognitiva. Fue pionero en la teoría de los estilos cognitivos.

<sup>5</sup> MORENO, Carmen. *Ibidem*, pp. 47.

<sup>6</sup> BULLARD, Alfredo. “Advertencia: el presente artículo puede herir su sensibilidad jurídica. El alquiler de vientre, las madres sustitutas y el derecho contractual”. *Ius Et Veritas*, año 5, n°10, Lima, pp. 55.

<sup>7</sup> RAMOS, Rodolfo. *Fecundación asistida y derecho*. Santa Fe: Juris, pp. 31.

se pregunta acerca de la técnica de maternidad subrogada. Los resultados fueron los siguientes: “el 34.5% conviene en que una mujer que se encuentre imposibilitada de soportar el embarazo o el parto implante su embrión en el útero de otra mujer; el 38% considera que no debe aceptarse esta posibilidad; y el 27.5% no sabe si opinar a favor o en contra de esta situación”<sup>8</sup>. Como podemos verificar, subyace un margen estrecho entre ambas posturas.

Ahora, el 38% que está en contra de la técnica en referencia, deben su negativa a prejuicios subjetivos como, por ejemplo, que la utilización de este método va en contra de las buenas costumbres. Varsi se muestra conforme, a partir de la regulación de la Ley General de Salud N° 26842 en su artículo 7, contraponiéndose a la excepción planteada por Ramos. Así las cosas, el mencionado autor califica jurídicamente esta técnica como un negocio jurídico ilícito, por lo siguiente:

(i) Presenta un objeto física y jurídicamente imposible, en lo cual no estamos de acuerdo, porque en este negocio jurídico no se trata de identificar al nasciturus como una mercancía. El nasciturus es deseado por la madre genética, hay vínculo de amor, si bien de manera indirecta, pero existe y no es como señalan los especialistas como argumento de que esta técnica frivuliza la relación tan personal de una madre con su hijo. Es jurídicamente imposible, porque la ley lo prescribe de esa manera. Sin embargo, las normas no son estáticas y estas pueden cambiar, si la sociedad modifica la forma de pensar. El Derecho no es una ciencia exacta ni absoluta, es decir, el desarrollo social del ser humano está en constante cambio y el Derecho tiene que adecuarse a ello.

(ii) Presenta un fin ilícito, también discrepamos con el autor, debido a que la finalidad no necesariamente tiene que ser sinalagmática, es decir, contraprestativa, sino que puede realizarse como una donación, como un acto de liberalidad. La causa o fin es que la mujer a través de otra pueda tener descendencia y esto debe ser constitucionalmente protegido, porque la realización de la mujer infértil está fundamentada en el reconocimiento de su dignidad prima facie.

(iii) Atenta contra el orden público pues se comercializa con el cuerpo humano. De igual manera, no compartimos el criterio del autor porque dentro de la ponderación se tienen que privilegiar los derechos fundamentales de la mujer infértil como, por ejemplo, la igualdad.

(iv) Es contrario a la ley al contradecir las normas naturales de filiación, en este punto si la ley regula este tratamiento a favor de la mujer infértil se establecerá la regulación de la filiación de acuerdo a lo normado en el Código Civil.

(v) Es un fraude a la institución de la adopción. Si se permite el uso de este método, la regulación debe cambiar y establecer que la madre legal, en ese caso concreto, sea la madre genética. De ahí que, no habría ningún fraude.

(vi) Es contrario a la moral y a las buenas costumbres, se asemeja al contrato de prostitución. De igual manera, no estamos de acuerdo con este autor, porque este argumento no tiene un valor objetivo y jurídico, lo cual debe primar en un trabajo de investigación más allá de toda apreciación subjetiva.

Ahora bien, se suma a la posición de Enrique Varsi, la especialista María Del Rosario Rodríguez-Cadilla, quien considera que:

*(...) esta técnica comporta una grave lesión a la dignidad humana, especialmente cuando la operación se realiza por medio de un contrato oneroso”<sup>9</sup>. Este rechazo a la técnica en referencia se debe al análisis restrictivo contractual, sin analizar el tema de fondo, es decir, cuál es la razón por la que una mujer decide optar libremente por recurrir a este método. Siguiendo esta línea, Rodríguez-Cadilla sostiene que con esta técnica se lesiona el derecho fundamental de la dignidad. Esta posición es compartida en parte por Manuel Miranda, que señala que esta técnica afecta a la dignidad humana, pero que se debe dar “protección constitucional de este principio y derecho fundamental, sólo si este acto de disposición del propio cuerpo se tratase de un acto gratuito y, por consiguiente*

<sup>8</sup> VARSÍ, Enrique. Derecho Genético: principios generales. Lima: San Marcos, p. 250.

<sup>9</sup> BRODRÍGUEZ-CADILLA, María. Derecho Genético. Técnicas de reproducción humana asistida. Su trascendencia en el Perú. Lima: San Marcos, pp. 38.

*te, calificado en la ley como donación, para aplicarle por analogía la ley de transplante de órganos<sup>10</sup>.*

Si bien estas dos posiciones proponen que aceptar este método conlleva a la lesión de la dignidad humana, nos preguntamos ¿qué pasa con la dignidad de la mujer infértil? Pues, ella como toda persona posee los mismos derechos que una mujer que no presenta ningún problema en su salud reproductiva. Así que, la defensa de los derechos fundamentales se da para el más débil como en este caso se da para la mujer que no puede optar por este método. No debemos descartar, por otra parte, la propuesta que da Manuel Miranda que consiste en que la técnica de maternidad subrogada se asimile a una donación, lo que demuestra que hay diversas soluciones que pueden ser planteadas.

Al respecto, comparte esa perspectiva Clara Mosquera quien afirma que

*(...) cuando hay dinero de por medio significa un maltrato para el niño y una degradación para la mujer (...) pero si en la cesión de útero no hay una contraprestación, esta debe ser aceptada, ya que sería de gran ayuda para mujeres que no pueden gestar<sup>11</sup>. Marcial Rubio, por su parte, señala que la doctrina de la Iglesia Católica y la Teoría General del Derecho rechazan este tipo de convenios por razones atendibles. Asimismo, Rubio piensa que “este tipo de reproducción humana asistida no debe ser permitida por el derecho, porque produce una serie de fenómenos que desnaturalizan la base sobre la cual se han fundado las relaciones humanas en el derecho.<sup>12</sup>*

En esta parte, no estamos de acuerdo con la posición que plantea Marcial Rubio, porque no explica esta oposición desde un enfoque objetivo. Menciona que desde la teoría general del derecho se rechazan estos convenios, sin una explicación más a fondo, porque de qué forma podríamos entender a la teoría general del derecho.

De otro lado, presenta un enfoque distinto Juan Espinoza, que consiste en que el mal llamado alquiler de útero, sí es admisible y para ello se remite al art. 6º del Código

Civil. Espinoza lo asemeja como un acto de disposición del propio cuerpo, en donde sería válido si corresponde a un estado de necesidad. Por tanto, haciendo una interpretación extensiva del mencionado artículo debería ser permitido. Esta posición nos parece que esta fuerza el espíritu de esta norma, ya que se puede llegar a admitir esta técnica a través de una posición constitucional, que acabaría con cualquier confusión respecto al acceso de la maternidad subrogada.

Después de haber realizado una explicación de las distintas posturas sobre la TERA de maternidad subrogada, es necesario analizar los argumentos de las mismas. Sobre ello, Javier Gafo expone una serie de argumentos a favor y en contra de la maternidad subrogada, los cuales presentaremos a continuación.

La procreación humana debe limitarse a las relaciones de amor recíproco de dos personas. Introducir a una tercera en el proceso de procreación constituye un ataque contra los valores fundamentales del matrimonio. Consideramos que este razonamiento no es idóneo, porque no valora a la mujer que presenta problemas de infertilidad. No tiene por qué tener un trato diferenciado. La infertilidad es una enfermedad, debido a causas que son genéticas o adquiridas en la formación, pero no por ello se puede decir que esta técnica debe prohibirse porque no está conforme a una relación de amor recíproco.

De ninguna manera puede concebirse este argumento, debido a que atenta contra los derechos fundamentales de la mujer infértil. Ese criterio la separa de un trato igualitario, porque las demás mujeres que no presentan estos problemas si pueden recurrir a técnicas de reproducción asistida; sin embargo, la única vía para que la mujer infértil pueda tener descendencia no está permitida.

El segundo argumento es que la capacidad de gestar es intransferible, porque deforma la relación madre-hijo; empero, no resulta de esa manera. La mujer infértil desea y quiere tener al niño, quiere ser madre y este derecho no puede ser negado, porque, lamentablemente, presenta una enfermedad.

<sup>10</sup> MIRANDA, Manuel. Derecho de familia y Derecho Genético. Lima: Ediciones Jurídicas, p. 322.

<sup>11</sup> MOSQUERA, Clara. Derecho y genoma humano: incluye estudios de técnicas de reproducción, p. 24-26.

<sup>12</sup> RUBIO, Marcial. Las reglas del amor en probetas de laboratorio: reproducción humana asistida y derecho. PUCP: Fondo Editorial, p. 125

El tercer argumento es que el cuerpo femenino quedará sometido al comercio; no obstante, no se da de esa forma, porque no hay mayor acto de bondad que una mujer pueda albergar en su vientre a un embrión para que otra pueda llegar a ser madre, si es que lo vemos desde esa perspectiva.

Y el último argumento es que la maternidad subrogada adelanta a un primer plano la autonomía individual de las partes interesadas en detrimento del interés público y del bien común. Ese argumento olvida la dignidad de la mujer infértil, la cual es soporte y límite de todos los derechos fundamentales y en ningún caso puede ser vulnerada. De ahí también que sea un derecho relacional, es decir, vinculado con todos los derechos fundamentales como la igualdad, la salud, la libertad. Así que, no solo se prioriza la autonomía de la voluntad, sino ante todo está la dignidad de un ser humano.

*En contraposición, este autor menciona los principales argumentos a favor, los cuales son: que “la infertilidad es una situación que debe remediarse en lo posible y no hay por qué excluir la maternidad subrogada, único camino que les queda a determinadas parejas. El segundo argumento es que la maternidad subrogada puede ser un acto de generosidad de determinada mujer hacia otra que no conlleva necesariamente a una comercialización del embarazo. El tercer argumento es que no debe exagerarse la vinculación de la madre subrogada con el niño por el tiempo que lo ha llevado en su seno. El cuarto argumento es que si se impide o coarta la maternidad subrogada, se lesiona o manipula la libertad de la mujer que la desea. El último argumento es que la adopción como alternativa no satisface con la misma plenitud que la maternidad subrogada”.<sup>13</sup>*

Otra especialista, que argumenta a favor y en contra de esta técnica, es Florencia Luna. El primer argumento a favor es la ayuda a la maternidad y se basa en la necesidad de los seres humanos a tener hijos biológicos. Este argumento considera que la infertilidad puede ser

superada. Consideramos que este argumento es válido, porque la mayoría de personas desean tener hijos biológicos y no adoptar niños.

El segundo argumento es del pluralismo, que complementa al primero, ya que legislar sobre este tipo de técnica implica que la gente pueda elegir, pero no que todas las personas deban someterse a esta técnica. De ahí se desprende el uso especial que debe resultar a favor de la mujer infértil.

Respecto a los argumentos en contra mencionamos lo siguiente. En principio, está el argumento de lo natural, es decir, enfatiza que la técnica es artificial; además, que se da por contratos sin amor los cuales llevan a la destrucción del matrimonio y de la institución de la familia. Argumento, que no compartimos, porque el sentimiento de querer tener un hijo por parte de la mujer infértil es por amor. El hecho de que pueda cumplir con su proyecto de vida no destruye el matrimonio porque puede recurrir a esta técnica aún siendo soltera como cualquier mujer que opta por la técnica de inseminación artificial y presenta el mismo estado civil. Ese argumento tiene por efecto la concepción del argumento de pendiente resbaladiza. Este razonamiento plantea que la aceptación de la técnica de maternidad subrogada nos lleva a aceptar otras prácticas sociales, lo cual destruiría la estructura social; en otras palabras, todo sería un caos. Esta práctica afectaría de manera total el status quo.

Consideramos que este argumento tiene un carácter fatalista y es, en general, una falacia. No hay una razón lógica para que la aceptación de esta técnica pueda destruir la familia, sino lo que más bien busca es que se originen nuevas. Además, el concepto de familia no puede ser delimitado porque el contexto social en el que vivimos está en constante cambio. Por lo tanto, el proyecto de vida de las mujeres infértiles solas o con pareja se podrá hacer realidad y nos preguntamos ¿cuál es la aberración para no poder aceptar esta técnica reproductiva?

<sup>13</sup> GAFO, Javier. *Nuevas técnicas de reproducción humana*. Madrid: UPCM, pp. 84.

### *III. El acceso a la TERA de maternidad subrogada constituido como un derecho reproductivo*<sup>14</sup> 15 16 17 18

El problema planteado en esta investigación es si es que la utilización de la técnica de maternidad subrogada constituye un derecho reproductivo de la mujer infértil. Esto significa que se debe incorporar a su esfera jurídica como un derecho subjetivo en el marco de los derechos fundamentales. Ahora bien, entendemos que la técnica de maternidad subrogada debe permitirse en nuestro ordenamiento jurídico porque es necesario que ya no se excluya de la legislación nacional a la mujer infértil. Es por esta razón que a continuación explicaremos los criterios que determinan si puede concebirse como un derecho reproductivo o no.

#### *III.1. Criterios axiológico-jurídicos que la determinan como un derecho fundamental*

Los criterios axiológicos que analizaremos a continuación son explicados por Luigi Ferrajoli en su obra sobre los fundamentos de los derechos fundamentales. Consideramos que este aporte responde a la pregunta ¿qué hechos jurídicos deben ser tutelados como derechos fundamentales?. Lo cual implica que si la utilización de la técnica de maternidad subrogada cumple con los cuatro criterios que todo derecho fundamental debe tener, sería catalogado como un derecho inherente a la mujer infértil, porque está sobre la base de los derechos reproductivos.

Ferrajoli explica lo siguiente: “es posible identificar cuatro criterios axiológicos, todos ellos referidos al valor de la persona humana asumida como fin y nunca como medio, según la cláusula máxima de la moral kantiana”<sup>19</sup>. Así las cosas, el valor de la persona humana se concretiza, en el ordenamiento jurídico, en la

dignidad que es soporte y límite de los demás derechos fundamentales (supra).

#### *III.1.1. El primer criterio: vínculo entre los derechos fundamentales y la igualdad.*

Ello significa que un derecho fundamental debe asegurar la igualdad entre los sujetos. En concreto, las técnicas de reproducción asistida como la inseminación artificial o fecundación in vitro sí están permitidas en nuestro país, por lo que muchas mujeres recurren a estos. Sin embargo, el tratamiento de maternidad subrogada está prohibido y, en consecuencia, la mujer infértil ve impedida su posibilidad de ser madre. La configuración del acceso a la TERA de maternidad subrogada iguala los derechos reproductivos de las mujeres infértiles con las que no presentan esta enfermedad. Nuestra Constitución prescribe que todos somos iguales ante la ley. Asimismo, lo señala el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

“Por eso, los derechos en los que se ha afirmado la igualdad, son aquellos que, garantizando las diferencias personales y reduciendo las desigualdades materiales, aseguran el (igual) valor o la (igual) dignidad de todas las personas”<sup>20</sup>. En efecto, la utilización de la técnica de maternidad subrogada posiciona a la mujer infértil en el mismo lugar que una mujer sin problemas reproductivos. Ergo, concibe un valor esencial en la dignidad relacionado con la libertad para optar por este método.

#### *III.1.2. El segundo criterio: nexo entre los derechos fundamentales y la democracia.*

En este criterio, Ferrajoli formula que las cuatro clases de derechos, los cuales son derechos políticos, civiles, de libertad y sociales configuran la base de la democracia. Ahora bien, sabemos que los derechos reproductivos

<sup>14</sup> Los derechos reproductivos han sido valorados internacionalmente a partir de conferencias que fueron realizadas por la ONU. Por ejemplo, “la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo (1994), que en su principio 8 señala que todas las parejas y todas las personas tienen el derecho fundamental a decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y de disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo”<sup>14</sup>. También, la “cuarta conferencia mundial sobre la mujer de Beijing, en donde se reafirmó que los derechos a la procreación se basan en decidir libre y responsablemente sobre la salud reproductiva”<sup>15</sup>. Esto demuestra que hay preocupación por la salud sexual y reproductiva de la mujer. Una primera pregunta en donde surge el debate es si es que estos derechos realmente existen o no. Clara Mosquera señala que hay una postura en donde la libertad reproductiva es aquella libertad concerniente a las actividades y elecciones relacionadas con la procreación, pero no indica las actividades que abarca. En contraste, la otra postura entiende que los derechos reproductivos consisten en conocer el derecho de los individuos o parejas a decidir sobre su futura descendencia. Lo cierto sobre este punto es que los derechos reproductivos se derivan, por naturaleza, de los derechos humanos, pero aún no se ha plasmado en nuestro ordenamiento jurídico, es decir, como señala Sofia Gruskin, estos “derechos no son legalmente vinculantes y (sic) de cumplimiento obligatorio”<sup>16</sup>. Por último, desde el punto de vista de Cecilia Anicama, los “derechos reproductivos se fundamentan en otros derechos humanos como son el derecho a la vida, a la libertad, el derecho a formar una familia, el derecho al desarrollo, el reconocimiento de su personalidad jurídica (...) Estos derechos humanos permiten dar contenido a los derechos reproductivos”<sup>17</sup>

<sup>15</sup> MOSQUERA, Clara. Derecho y genoma humano: incluye estudios de técnicas de reproducción Humana asistida. Lima: San Marcos.

<sup>16</sup> MOSQUERA, Clara. Avances genéticos y dignidad humana: reflexiones éticas y jurídicas. Lima: Jemagraf.

<sup>17</sup> GRUSKIN, Sofia. Derechos sexuales y reproductivos: Aportes y diálogos contemporáneos. Lima: Centro de la Mujer Flora Tristán, pp. 48.

<sup>18</sup> ANICAMA, Cecilia. Derechos sexuales y reproductivos: avances y retrocesos. Lima: CAJ.

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta. Tercera Edición, pp. 315.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

vos están enmarcados en los derechos de libertad, por lo tanto, la institución del uso de la técnica de maternidad subrogada como derecho fundamental para la mujer infértil no contraviene en la configuración democrática de nuestro país. La democracia asegura la garantía de los derechos y, en este caso, tiene el deber de proteger la salud reproductiva de la mujer infértil como toda persona. Regula, pone límites a la técnica para que no pueda llegar a excesos como, por ejemplo, los contratos masivos sinalagmáticos. Los “derechos fundamentales no suponen ni requieren el consenso de todos, porque su papel es la tutela de los sujetos más débiles frente a la ley”<sup>21</sup>.

### *III.1.3. El tercer criterio: el vínculo entre los derechos fundamentales y la paz.*

Señala Ferrajoli, que “deben garantizarse como derechos fundamentales todos los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria de la convivencia pacífica”<sup>22</sup>. La utilización de la maternidad subrogada en relación con los derechos de dignidad, igualdad, libertad es esencial para la convivencia en un estado de paz. Es más, la mujer infértil podrá ver concretizado su proyecto de vida como madre. La autodeterminación es presupuesto de la paz, en consecuencia, la libertad para optar por esta técnica reproductiva también se basa sobre este criterio.

### *III.1.4. El cuarto criterio: el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil*

Con ello, todos los derechos fundamentales pueden ser definidos en el plano axiológico como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte. De esta manera, la mujer infértil en nuestro ordenamiento jurídico no tiene ninguna protección ni tampoco existe una regulación para tratar de solucionar su problema. El Estado no se preocupa por ella a través de una política de salud. La mujer infértil no está siendo escuchada y, por ende, la protección de los derechos fundamentales debe asistir, urgentemente, a ella.

Consideramos que este criterio es uno de los más importantes, porque al constituirse esta técnica como un derecho reproductivo, que es un derecho fundamental, nos refleja que el contexto en el que se encuentra la mujer infértil no ampara sus derechos y solo es olvidada,

porque solo se ha analizado el tema de la maternidad subrogada desde un enfoque contractual y no desde una óptica constitucional. La ley del más débil se refleja en la ley de la minoría como se adecúa al caso de la mujer infértil, puesto que no hay una mayoría de mujeres que presenten esta enfermedad; sin embargo, hay un sector menor que no tiene por qué ser excluido.

Por consiguiente, hemos analizado los cuatro criterios que esboza Luigi Ferrajoli en su obra sobre los fundamentos de los derechos fundamentales. Llegamos a la conclusión de que la utilización de la técnica de maternidad subrogada sí cumple con los cuatro criterios que otorgan la calidad de ser un derecho fundamental. Este nuevo derecho constituido se encuentra en el marco especial de los derechos reproductivos. Por lo tanto, estamos de acuerdo en que el acceso a este método por parte de la mujer infértil sí constituye un derecho reproductivo. Ahora bien, en el siguiente y último punto explicaremos el contenido esencial que propugnamos sobre el acceso a la maternidad subrogada, es decir, determinaremos sobre qué principios se encuentra enmarcado este derecho.

### *III.2. Contenido esencial de un nuevo derecho reproductivo: derecho al acceso a la TERA de maternidad subrogada*

Luego de haber analizado cada criterio que otorga fundamento para que se pueda definir la técnica reproductiva de maternidad subrogada como un derecho reproductivo, es primordial establecer su contenido esencial. Ahora bien, este nuevo derecho a favor de la mujer infértil se enmarca dentro de los derechos reproductivos que, si bien no están estipulados de manera expresa en la Constitución, se puede colegir que en el Perú sí están reconocidos, debido a que en nuestra Carta Magna deja una puerta abierta para aquellos nuevos derechos que estén vinculados con la dignidad de la persona humana. En efecto, todo derecho reproductivo está basado en principios y como el acceso a la técnica de maternidad subrogada es un derecho reproductivo más presenta los mismos principios que todo derecho de esta categoría, constituyendo así su contenido esencial.

Los derechos reproductivos se fundamentan en tres principios: el principio de no discriminación, el prin-

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 347.

<sup>22</sup> *Ibidem*.



cipio de autonomía de la voluntad y el principio de igualdad. En este ámbito destacamos la relevancia que presenta el principio de no discriminación. De ahí que se colige que el nuevo derecho de maternidad subrogada goza de este principio, es decir, como señala Cecilia Anicama, el principio de no discriminación debe ser entendido como “toda distinción, exclusión o restricción basada en menoscabar el ejercicio de los derechos de la mujer”<sup>23</sup>. En la misma línea, para Leticia Kabusacki, “la falta de autonomía reproductiva pone en riesgo la salud y vida de la mujer; también, cercena directamente su libertad personal para controlar sus propios proyectos”<sup>24</sup>.

En este sentido, a la mujer infértil no puede privársele de este nuevo derecho y de sus derechos reproductivos, es decir, no puede restringírsele la voluntad de tener descendencia. La mujer infértil no puede ser separada o excluida de este derecho, porque, simplemente, vulnera el principio de no discriminación que lo constituye. La mujer infértil está en plena capacidad de poder disfrutar y ejercer este derecho de acceso a la maternidad subrogada y demás derechos reproductivos.

Ahora bien, los principios de igualdad, de no discriminación y de autonomía de la voluntad constituyen elementos esenciales de los derechos reproductivos, como sostiene el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En consecuencia, a estos principios le corresponden al derecho de acceso a la maternidad subrogada.

Cabe mencionar, que respecto a los destinatarios de los derechos reproductivos, que también se adecúa a la técnica de maternidad subrogada existe una pequeña controversia. Yolanda Gómez explica que el derecho a la reproducción humana tiene carácter general. Entonces, se puede aplicar el método de maternidad subrogada, ya como derecho reproductivo, en mujeres casadas o solteras. De ahí se deduce que esta técnica, sin ningún impedimento, debe ser usada por la mujer infértil, ya que estaría actuando de acuerdo al nuevo derecho que se ha constituido. En otras palabras, “puede fundar libre y responsablemente su propia familia, aun en el caso de no poder acreditar la existencia de una pare-

ja estable”<sup>25</sup>. Sin embargo, Fernando Pantaleón “niega que la mujer sola tenga un derecho reproductivo que le permita traer al mundo a un niño sin padre”<sup>26</sup>.

Sobre el particular no compartimos esta última opinión, debido a que la mujer infértil, siguiendo los principios de este nuevo derecho, tiene derecho a utilizar la técnica de maternidad subrogada sin condición alguna. Entonces, una vez que se ha determinado que, para la mujer infértil, el acceso a la maternidad subrogada constituye un derecho reproductivo nos preguntamos por qué en el Perú, la legislación prohíbe dicha técnica. La respuesta es la siguiente: Sólo se ha analizado este problema desde un enfoque del negocio jurídico y el legislador no se ha dado cuenta que hay un buen porcentaje de mujeres infértiles en nuestro país que también tienen derechos. He ahí la relevancia de nuestra investigación. ¿Por qué excluirla? si todo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos opta porque la mujer pueda desarrollarse, a través de técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada es una de ellas.

De esta manera, hemos llegado a desarrollar el contenido esencial del derecho reproductivo de utilización de la técnica de maternidad subrogada. El contenido se basa en tres principios, los cuales son: el principio de no discriminación, de igualdad y de autonomía de la voluntad. Todo lo analizado anteriormente nos permite concluir que sí constituye un derecho reproductivo, por ello se ha analizado cada tema relevante sobre la técnica de maternidad subrogada a fin de luego adecuar los criterios que refiere Ferrajoli para poder otorgar calidad de derecho fundamental a la situación jurídica por la que pasa la mujer infértil.

### Conclusión

La técnica de reproducción asistida de maternidad subrogada sí es un derecho fundamental correspondiente a los derechos reproductivos y, en consecuencia, debería permitirse que toda mujer infértil recurra a dicha técnica para que pueda cumplir su proyecto de vida. El desarrollo de este derecho reproductivo se basa en el respeto de tres principios, los cuales son: no discrimi-

<sup>23</sup> ANICAMA, Cecilia. *Derechos sexuales y reproductivos: avances y retrocesos*. Lima: CAJ, p. 20.

<sup>24</sup> KABUSACKI, Leticia. *Derechos sexuales y reproductivos, autonomía de las mujeres sobre su propio cuerpo*. Santiago de Chile: Corporación Humanas, p. 71.

<sup>25</sup> Sistema Interamericano de DD.HH. *Derechos sexuales y reproductivos en acción*. Bogotá: Profamilia, p. 71.

<sup>26</sup> PANTALEÓN, Fernando. *Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción Humana*. Trivium. Madrid, p. 262.


nación, igualdad y autonomía de la voluntad.

Para ello, la legislación en nuestro país debe ser cambiada de tal forma que el artículo 7º de la Ley N° 26842 – Ley General de Salud – sea modificada para que la TERA de subrogación materna se constituya como un método reproductivo legítimo. Con ello, se reduciría la práctica clandestina de este método, porque los acuerdos que se celebren entre la madre genética y la madre subrogada, estarán amparados en la ley, en tanto no habrá contraprestación alguna directa, sino que deben establecerse mecanismos que asemejen esta técnica a un acto de liberalidad.

### *Nuevos problemas derivados de la investigación*

A raíz de esta investigación y del problema que hemos planteado, encontramos nuevos problemas que deben ser tratados posteriormente. El primero de ellos se formula respecto a cómo debe cambiar la regulación sobre política de salud para incorporar a la técnica de maternidad subrogada. Es un problema que debe ser tratado de manera muy especial porque hay un mercado clandestino en donde hay mujeres que cobran sumas de dinero elevadas para poder tener el hijo de la madre genética. El Estado debe optar por una política que destierre a esa práctica clandestina con la solución, por ejemplo, de crear una institución que se encargue de esos tratamientos y que las mujeres infértiles puedan recurrir a ella.

El segundo problema, se formula respecto al acceso a la técnica de maternidad subrogada para las mujeres estériles, en este problema se trataría de determinar si existe el método de maternidad subrogada cuando no hay ningún vínculo genético entre la mujer estéril y el niño que quiere tener. ¿Acaso no sería como una especie de adopción? En efecto, sobre el problema que hemos tratado en esta investigación se desprenden otros de ella.

Por último, la interrogante del tercer problema sería ¿las parejas homosexuales pueden también recurrir a la TERA de maternidad subrogada? Lo que hemos podido describir son tan solo tres problemas; no obstante, en el marco del tema de la técnica de maternidad subrogada hay muchas interrogantes que el Derecho tiene el deber de responder, debido a que es una práctica social que se encuentra en constante cambio. 

### *Bibliografía*

ANICAMA, Cecilia  
2003 *Derechos sexuales y reproductivos: avances y retrocesos*. Lima: CAJ.

BULLARD, Alfredo  
1995 *Advertencia: el presente artículo puede herir su sensibilidad jurídica. El alquiler de vientre, las madres sustitutas y el derecho contractual*. Ius Et Veritas, año 5, n°10, Lima.

ESPINOZA, Juan  
1996 *Estudios de derecho de las personas*. Lima: Huallaga.

FERRAJOLI, Luigi  
2007 *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta. Tercera Edición.

FLORENCIA, Luna  
*Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*. San José: IDH.

GAFO, Javier  
1986 *Nuevas técnicas de reproducción humana*. Madrid: UPCM.

GOMEZ, Yolanda  
1994 *El derecho a la reproducción humana*. Ediciones Jurídicas. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

GRUSKIN, Sofía  
2001 *Derechos sexuales y reproductivos: Aportes y diálogos Contemporáneos*. Lima: Centro de la Mujer Flora Tristán

KABUSACKI, Leticia  
2007 *Derechos sexuales y reproductivos, autonomía de las mujeres sobre su propio cuerpo*. Santiago de Chile: Corporación Humanas.

MIRANDA, Manuel  
*Derecho de familia y Derecho Genético*. Lima: Ediciones Jurídicas.

MORENO, Carmen  
*Infertilidad y reproducción asistida: guía práctica de intervención psicológica*. Madrid: Ediciones Pirámide.

MOSQUERA, Clara

1997 *Derecho y genoma humano: incluye estudios de técnicas de reproducción humana asistida*. Lima: San Marcos.

MOSQUERA, Clara

2004 *Avances genéticos y dignidad humana: reflexiones éticas y jurídicas*. Lima: Jemagraf.

PANTALEÓN, Fernando

1998 *Procreación artificial y responsabilidad civil, la filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. Triivium. Madrid

RAMOS, Rodolfo

1992 *Fecundación asistida y derecho*. Santa Fe: Juris.

RODRIGUEZ-CADILLA, María del Rosario

*Derecho Genético. Técnicas de reproducción humana asisti-*

*da. Su Trascendencia en el Perú*. Lima: San Marcos.

RUBIO, Marcial

1996 *Las reglas del amor en probetas de laboratorio: reproducción humana asistida y derecho*. PUCP: Fondo Editorial.

SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

2001 *Derechos sexuales y reproductivos en acción*. Bogotá: Profamilia.

SOLANO, Priscilla

2003 *El derecho a la salud y a la reproducción asistida*. Costa Rica.

VARSÍ, Enrique

*Derecho Genético: principios generales*. Lima: San Marcos.