

## **Problemática actual de las Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS): avance tecnológico y atraso normativo<sup>(\*)</sup>**

*Current issues in Assisted reproduction techniques (ART): technological advance and outdated regulatory*

**Erika Zuta Vidal<sup>(\*\*)</sup>**

Pontificia Universidad Católica del Perú

**RESUMEN:** El presente ensayo muestra los problemas que se suscitan a propósito del atraso normativo que existe en la regulación de la filiación y cómo ello afecta a las personas que se someten a las técnicas de reproducción asistida, haciendo énfasis en los casos de sustitución por gestación que son los que mayores complicaciones generan. Asimismo, veremos cómo estos contratiempos afectan el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho a formar una familia haciendo lo propio con el derecho a la identidad y filiación de los niños y niñas procreados a través de estas técnicas. Para enfocar el tema, partiremos por definir qué se entiende por TERAS, cuáles son los derechos involucrados y cuál es la normativa aplicable. Finalmente, tomando casos reales resueltos jurisprudencialmente, analizaremos como el atraso normativo vulnera derechos humanos tanto de los padres, como de los niños procreados bajo las TERAS y por qué es necesaria una urgente regulación.

**PALABRAS CLAVE:** Técnicas de Reproducción Asistida - Infertilidad - Filiación - Gestación por sustitución - Derechos reproductivos – Identidad - Derechos Humanos

**ABSTRACT:** This essay shows the problems raised by outdated legislation that regulates the issue of paternal filiation and how this affects people who undergo assisted reproductive techniques, emphasizing the cases of gestational surrogacy, which are the ones that bring us the greatest complications. In addition, we will see how these affect the right to equality and non-discrimination, the right to found a family and, on the other hand, the right to identity and filiation of children procreated through these techniques. To focus on this topic, we will start by defining ART, what are the rights involved and the applicable regulation. Finally, taking real cases solved by jurisprudence, we will analyze how

---

(\*) Nota del Editor: este artículo fue recibido el 19 de mayo del 2021 y su publicación fue aprobada el 14 de noviembre del 2021.

(\*\*) Abogada y egresada de la Licenciatura de Educación para el Desarrollo por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. Magíster en Gerencia Social con mención en Gerencia de Programas y Proyectos de Desarrollo por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente de los cursos de Familia, Clínica Jurídica de Derecho de Familia y Sucesiones de la misma casa de estudios. Autora y expositora en temas vinculadas al derecho de Familia, sucesiones, acceso a la justicia y responsabilidad social. Correo electrónico: [zuta.ei@pucp.edu.pe](mailto:zuta.ei@pucp.edu.pe) ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8706-9446>

the regulatory backwardness violates human rights of parents and children procreated through the TERAS and why an urgent regulation is necessary.

**KEYWORDS:** Assisted reproduction techniques – Infertility – Filiation - Gestational surrogacy - Reproductive rights – Identity - Human Rights

## 1. INTRODUCCIÓN

Han transcurrido 43 años desde que, en julio de 1978, se logró el nacimiento, en Inglaterra, de la primera bebé “probeta”, producto de la realización de una técnica de reproducción humana asistida, específicamente, fertilización in vitro. Céspedes y Correa señalan que, aproximadamente, “a la fecha han nacido más de 8 millones de seres humanos gracias a las tecnologías de reproducción asistida (TRA) [...]. Sin embargo, [...] su acceso todavía es muy limitado y poco equitativo, alcanzando menos del 15% de la población a nivel global” (2021, p.189).

Como se puede apreciar, desde hace varias décadas que el desarrollo científico ha logrado hallar nuevas maneras de procrear y concebir a una persona humana, y coadyuvar con la formación de nuevas familias. Es así que, procedimientos como las TERAS se vienen realizando en nuestro país, a pesar de que existe una regulación insuficiente y desfasada, además, de las controversias de orden ético, religioso y jurídico en cuanto a su realización. En ese sentido, por un lado, podemos encontrar barreras para acceder a las TERAS, pero, también, encontramos dificultades para establecer el vínculo filiatorio cuando estas ya se han realizado. Ello se aprecia con mayor énfasis en los casos de sustitución por gestación.

No hemos avanzado legislativamente, ni con la velocidad, ni en la profundidad en que lo han hecho los avances científicos. Contamos con el artículo 7 de la Ley General de Salud y artículos en nuestro Código Civil que no solucionan los problemas de identidad y filiación de los niños y niñas procreados bajo las TERAS. Esta situación ha originado que las respuestas ante conflictos derivados de su utilización se hayan resuelto a través de la jurisprudencia de manera disímil. Es importante mencionar que en la práctica estas técnicas se siguen realizando, a pesar de que han existido proyectos de ley que han buscado regularlas, sin embargo, ello aún no se ha materializado.

## 2. ¿QUÉ SON LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (TERAS)?

Definir las TERAS nos lleva, por un lado, a enfocarnos en aspectos médicos y científicos, y, en simultáneo, a relacionar estos a dilemas éticos, provenientes de generar vida humana de forma distinta a la natural. Podemos tomar como referencia las siguientes definiciones:

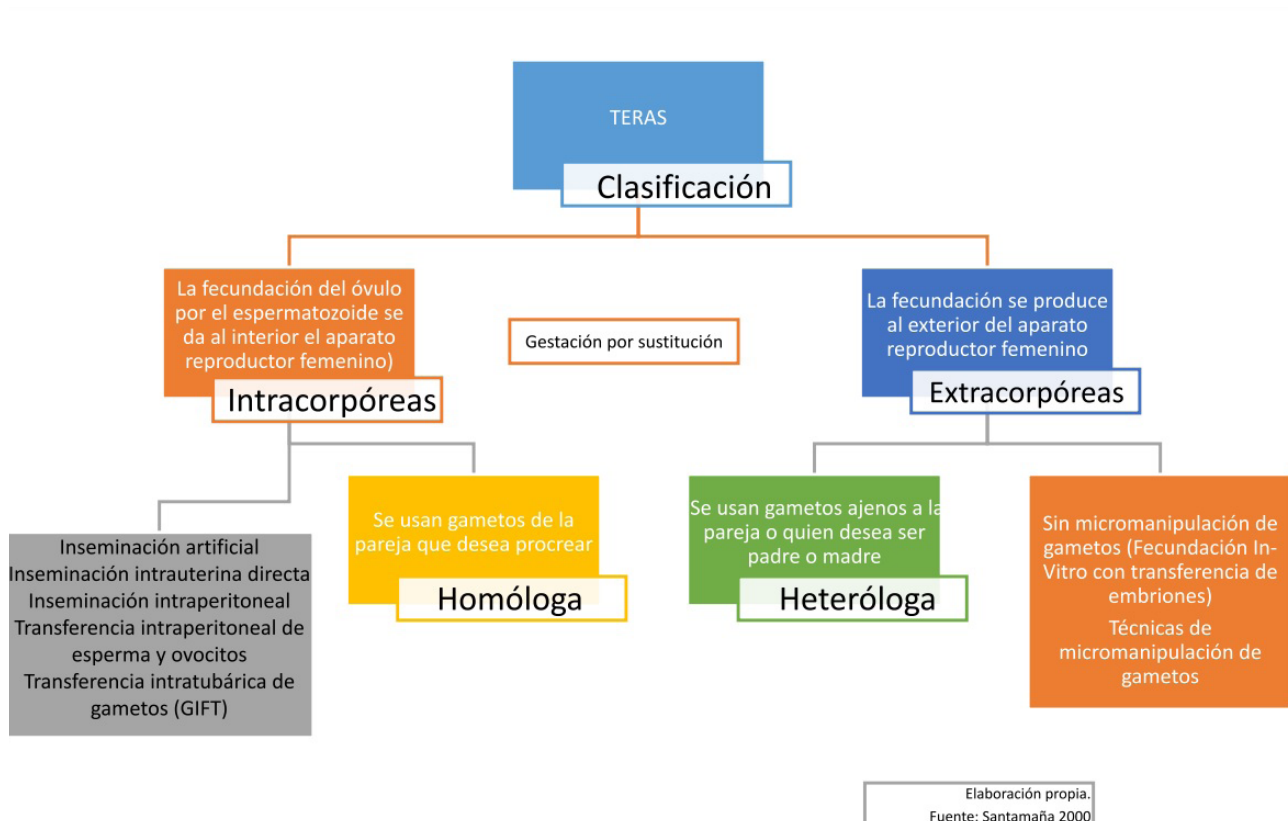
“Las técnicas de reproducción asistida (TERAS) son aquellos métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia” (Varsi, 1995, p. 62).

Las técnicas o procedimientos de reproducción asistida son un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo, las cuales incluyen “la manipulación, tanto de ovocitos como de espermatozoi-

des, o embriones [...] para el establecimiento de un embarazo”. Entre dichas técnicas se encuentran la FIV, la transferencia de embriones, la transferencia intra-tubárica de game-  
tos, la transferencia intra-tubárica de cigotos, la transferencia intra-túbárica de embriones,  
la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el úte-  
ro subrogado. Las técnicas de reproducción asistida no incluyen la inseminación asistida o  
artificial (CIDH, 2012, fundamento 63).

En principio, se recurren a estas técnicas por problemas de infertilidad asociada a un problema en la  
salud reproductiva de una pareja. Podemos definir la infertilidad “como la imposibilidad de alcanzar  
un embarazo clínico luego de haber mantenido relaciones sexuales sin protección durante doce  
meses o más” (CIDH, 2012, fundamento 62). Sin embargo, las TERAS no solo son utilizadas ante  
estos casos, sino también en personas solteras que desean tener hijos o en parejas igualitarias  
(infertilidad estructural).

Es así que encontramos distintas formas de concebir producto de la utilización de estas técnicas. A  
continuación, les presentamos la siguiente clasificación:



Como vemos, existe una diversidad de técnicas a ser utilizadas por las parejas o las personas que tienen dificultades para procrear de manera natural. La clasificación general en intracorpóreas y extracorpóreas está referida al lugar donde se produce la fecundación (dentro o fuera del aparato reproductor femenino); además, estas, a su vez, pueden ser homólogas o heterólogas, dependiendo de la titularidad de los gametos empleados (Santamaña, 2000, pp.38-43).

Veremos que nuestra legislación no regula, claramente, si todas estas técnicas están permitidas o solo algunas; también, debemos tener en cuenta que las técnicas heterólogas son las que pueden generar mayores complicaciones legales porque intervienen gametos distintos al de los padres o las madres volitivas. Por otro lado, cuando se generan embriones sobrantes que no van a ser usados para la gestación, pueden ser destruidos o usados con fines experimentales, lo cual ha merecido críticas puesto que se ha discutido, incluso, sobre el estatuto jurídico del embrión no implantado y si este es equiparable al concebido. A continuación, brindaremos algunos alcances particulares sobre la gestación subrogada o por sustitución, que es una de las técnicas más complejas de abordar.

Herrera nos señala que el mejor término para denominar a esta técnica es gestación por sustitución y no maternidad subrogada, porque “lo que se subroga no es el rol de madre o la «maternidad» sino la gestación, la cual realiza una tercera persona que nada tiene que ver en términos de roles parentales”, es decir, “quien gesta no es considerada jurídicamente madre”. Quien gesta “lleva adelante un embarazo a favor de otra u otras personas que son quienes tienen la intención de ser progenitores” (2018, pp. 366-367).

Es la gestación por sustitución la que nos trae mayores dilemas éticos y legales, ya sea que se utilicen técnicas intracorpóreas o extracorpóreas, porque en esta ocasión, madre no es quien gesta. Esta puede ser intracorpórea si emplean, por ejemplo, inseminación artificial y se utilizan los gametos de la gestante o podrá ser extracorpórea cuando, por ejemplo, se realiza una fecundación in vitro y se usan los gametos de la pareja que quiere concebir, los gametos de donantes o se emplee la ovodonación (óvulo donado y fecundado por el gameto del hombre que busca tener un hijo).

Hay legislaciones que no la regulan, como nuestro país; otras que la prohíben expresamente, puesto que consideran que cosifica el cuerpo de la mujer; otras que la permiten de manera abierta; y aquellas que solo facultan aquella que se realice con fines altruistas.

### **3. NUESTRA NORMATIVA**

Veamos, a continuación, algunas de las normas más relevantes sobre este tema.

#### **3.1. LEY GENERAL DE SALUD**

Artículo 7º.- 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.

Este artículo, en primer lugar, reconoce el derecho de toda persona a buscar soluciones ante problemas de infertilidad y a procrear mediante el uso de las TERAS. No obstante, genera muchas confusiones en su interpretación y es tan incompleta que nos lleva a vacíos normativos, a saber:

- “La madre genética y la madre gestante recaiga sobre la misma persona”. Si solo nos ceñimos a esta afirmación, no podrían utilizarse técnicas heterólogas, tales como, ovodonación o embriodonación, porque en estas se utilizarían los óvulos de una donante. Pero sí podrían utilizarse técnicas heterólogas en las cuales se utilice un donante de esperma, porque la restricción solo es para la madre. En ese sentido, se estarían solucionando los problemas de infertilidad de los hombres, pero no de las mujeres, lo cual de por sí es discriminatorio. Si se interpreta este artículo de dicha forma se estaría instrumentalizando a la mujer como “mero objeto de tránsito reproductivo para preservar la descendencia del varón, no solo es éticamente inaceptable sino, además, contraria a derecho” (Siverino, 2014, p. 110-111). Igualmente, en el caso de gestación por sustitución, la mujer que gesta puede utilizar sus propios gametos (madre gestante coincide con la genética) y se cumple el supuesto de la norma. No obstante, en esta situación no se toma en cuenta que existe una madre volitiva que es quien busca ser la madre legal.
- “Consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos”, situación complicada en los casos en los cuales intervengan donantes anónimos quienes exigen confidencialidad. Pues, no quieren asumir una paternidad o maternidad, sino solo contribuir con solucionar el problema de infertilidad de una pareja o el derecho de una persona de querer formar una familia y procrear un hijo. Por demás, pareciera que solo estaría permitido para parejas y no para personas solteras que quieran procrear.
- En el último párrafo de este artículo, se alude a las prohibiciones, las cuales están vinculadas a la no utilización de la tecnología para fines distintos a la procreación y la clonación de seres humanos. No haciendo referencia a alguna prohibición expresa respecto a la realización de alguna técnica de reproducción asistida.

Más adelante, analizaremos la variada jurisprudencia que ha resuelto distintos casos sobre filiación por TERAS y la diversa y confusa aplicación de este artículo en la práctica.

### **3.2. LEY 27337, CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES**

Artículo 1.- A la vida e integridad. -

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

Este artículo va en concordancia con lo señalado en el artículo 2 inciso 2 de nuestra Constitución y el artículo 1 del Código Civil que otorgan protección al concebido. Por consiguiente, el concebido, si bien no es considerado persona, si es un sujeto de derecho protegido por nuestro ordenamiento. Es importante destacar que el Código de los Niños y Adolescentes, además, protege al concebido de experimentos o manipulaciones genéticas. Queda pendiente es dilucidar desde cuándo se considera concebido y si el embrión no implantado tiene igual estatuto jurídico que el concebido.

### 3.3. CÓDIGO CIVIL

#### Artículo 409: Declaración judicial de maternidad extramatrimonial

La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo.

#### Artículo 371: Impugnación de la maternidad

La maternidad puede ser impugnada en los casos de parto supuesto o de suplantación de hijo.

Estos artículos evidencian que existe una vinculación entre la gestación, el parto y la filiación del hijo o hija. Por lo tanto, se parte de la premisa que madre es quien gesta al niño o niña en su vientre (“mater semper certa est”, “matrem designat venter”). Los procedimientos de gestación por sustitución quiebran esta premisa puesto que madre será quien quiso serlo y promovió ese embarazo (madre volitiva) y, además, será quien asuma una maternidad social. No obstante, esto no está regulado en nuestro ordenamiento. No contamos con una norma específica sobre las TERAS, ni una solución legislativa a los problemas de identidad y filiación derivados de ellas.

### 3.4. PROYECTOS DE LEY

En el año 2018, se presentaron tres proyectos de Ley:

- A. Ley 00313/2018-CR<sup>(1)</sup> - Ley que garantiza el acceso a Técnicas de Reproducción Asistida, el cual tiene como propósito garantizar el acceso integral a técnicas de reproducción humana asistida reconocidas por la Organización Mundial de Salud (OMS), así como reconocer la infertilidad como enfermedad, con el fin de otorgar posibilidades de solución necesarios para el fin de la procreación humana. En este proyecto refiere que las entidades públicas y privadas de seguro incorporarán como prestación obligatoria la cobertura integral a estas técnicas.
- B. Proyecto de Ley 03404/2018-CR<sup>(2)</sup> - Ley que regula los requisitos y procedimientos de la maternidad solidaria mediante el uso de técnicas de reproducción asistida como derecho humano a ser madre, si bien este proyecto se centra principalmente en la maternidad solidaria, reconoce en unos de sus artículos el derecho de las parejas infértiles a acceder a los procedimientos de reproducción humana asistida en las instituciones prestadoras de servicios de salud pública, aunque hace referencia al carácter progresivo conforme al presupuesto del Estado.
- C. Proyecto de Ley 03542/2018 CR<sup>(3)</sup> - Ley que regula el uso y el acceso a los tratamientos de reproducción humana asistida, el cual propone regular la utilización y el acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida por parte de la población, así como los requisitos mínimos que deben cumplir los centros y/o servicios de salud que las realicen.

---

(1) Revisar el siguiente link: <http://www.proyectosdeley.pe/p/rp2tgd/>

(2) <http://www.proyectosdeley.pe/p/r278ba/>

(3) <http://www.proyectosdeley.pe/p/rvhd9y/>

Actualmente, la Comisión de Salud y Población del Congreso de la República (2020) aprobó el dictamen<sup>(4)</sup>, tomando en cuenta principalmente el primer proyecto de Ley con algunas modificaciones. Este documento establece que los seguros públicos y privados deben incorporar, de manera progresiva y de acuerdo a la viabilidad presupuestal, la cobertura integral del abordaje, diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo de algunas TERAS. No obstante, hasta el momento no contamos con una norma que regule de manera específica y completa las TERAS.

## 4. DERECHOS INVOLUCRADOS

Tanto a nivel doctrinal, jurisprudencial e, incluso, en la percepción de la sociedad no existen consensos en cuanto la regulación de las TERAS. Existen dudas acerca de si debe permitirse o no la realización de todas las técnicas de reproducción humana asistida o solo de algunas. Sin embargo, en nuestro país, no hay una prohibición expresa para la no realización de las mismas y es, por ello, que estas se ofrecen en distintas clínicas privadas.

Vamos a desarrollar algunos de los derechos que están involucrados en el acceso y utilización de las TERAS.

### 4.1. DERECHO A LA VIDA PRIVADA:

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 12, reconoce lo siguiente:

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Del mismo modo, el artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocen el derecho a la vida privada.

El Tribunal Constitucional ha estipulado sobre la vida privada lo siguiente:

“[...] implica necesariamente la posibilidad de excluir a los demás en la medida que protege un ámbito estrictamente personal, y que, como tal, resulta indispensable para la realización del ser humano, a través del libre desarrollo de su personalidad, de conformidad con el artículo 2° inciso 1 de la Constitución”. Además, la define “como el ámbito personal en el cual un ser humano tiene la capacidad de desarrollar y fomentar libremente su personalidad” (2005, fundamento 38).

La Corte Interamericana ha ido más allá y ha señalado que el ámbito de protección de este derecho abarca, incluso, una serie de factores vinculados con la dignidad del individuo. En esa línea, dispone lo siguiente:

El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarro-

(4) Información completa del dictamen en el link: [https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/Dictámenes/Proyectos\\_de\\_Ley/03313DC21MAY20200601.pdf](https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictámenes/Proyectos_de_Ley/03313DC21MAY20200601.pdf)

llar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. [...] es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. *Por lo tanto*, [...] la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico (CIDH, 2012, fundamento 143).

## 4.2. DERECHO HUMANO A FORMAR UNA FAMILIA

La Constitución, en su artículo 4, refiere a que la comunidad y el Estado protegen a la familia. El artículo 6 reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir en torno al ejercicio de una paternidad y maternidad responsable. En diversos instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, se ha reconocido el derecho humano a formar una familia. El artículo 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos estipula que:

Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, [...].

Asimismo, este derecho a fundar una familia lo podemos encontrar en el artículo 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Adicionalmente, el derecho a la vida privada que veíamos anteriormente está vinculado con el derecho a fundar una familia reconocido en diversos instrumentos internacionales. En ese sentido, “el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia” (CIDH, 2012, fundamento 145). Es así que se observa que la decisión de tener descendencia está enmarcada dentro del ámbito de la vida privada y familiar, no obstante, esa decisión parte de su autonomía y de su identidad tanto en su dimensión individual como de pareja. En esa dirección, vemos que existe un reconocimiento del derecho a formar una familia, con hijos o sin ellos, sea a través del matrimonio, de la convivencia u hogares monoparentales y cuando exista imposibilidad de procrear de manera natural, poder adoptar o utilizar las TERAS.

## 4.3. DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Nuestra Constitución en sus artículos 6 y 7 reconoce el derecho de las familias y personas a decidir cuántos hijos tener y promueve una maternidad y paternidad responsable, así como, establece que todos tienen derecho a la protección de su salud. El artículo 9 añade que el Estado determina la política nacional de salud y el artículo 11 refiere que el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud.

El profesor César Landa define el derecho de salud, como derecho subjetivo, lo cual supone el derecho a conservar un estado de bienestar físico y mental. Desde una perspectiva objetiva, impone una serie de deberes de actuación al estado y desde una dimensión relacional, puesto que “la conservación de un estado de salud adecuado tiene una indudable conexión con el derecho a la



vida y la integridad, así como con el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad personal”. (2017, pp.161-162).

En esa línea, el artículo 6 inciso i) de la Ley 28983, Ley de Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, instaura como uno de los lineamientos del Poder Ejecutivo, gobiernos regionales y gobiernos locales, el siguiente:

- i). Garantizar el derecho a la salud en cuanto a la disponibilidad, calidad, aceptabilidad y accesibilidad a los servicios, 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.

Para el profesor Samuel Abad, si bien en nuestro ordenamiento, los derechos sexuales y reproductivos no han sido reconocidos expresamente, constituyen derechos constitucionales implícitos al amparo del artículo 3 de la Constitución. Estos “son una manifestación de los derechos fundamentales a la libertad, a la salud y a la intimidad de las personas; por lo que deberán ser garantizados a cabalidad” (2012, p. 143).

En cambio, para la profesora Siverino:

El derecho a la salud comprende la tutela y promoción de la salud sexual y reproductiva, siendo clave en este sentido la Convención para la Eliminación de Toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y su Protocolo Facultativo, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, la Convención de los Derechos del Niño y la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo. Estos derechos deben ser entendidos como necesidades socialmente reconocidas, y en un todo exigibles, plasmados por el ordenamiento jurídico y derivados de la dignidad humana, sustrato de los derechos fundamentales. [...] La sexualidad humana y las relaciones entre los sexos están estrechamente vinculadas e influyen conjuntamente en la capacidad del hombre y la mujer de lograr y mantener la salud sexual y regular su fecundidad [...] (2013, p. 305).

#### **4.4. DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN**

Nuestra Constitución, en su artículo 2 inciso 2, reconoce que toda persona tiene derecho a:

A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Landa menciona que “todos somos iguales en dignidad y derechos”. Asimismo, señala que la igualdad es un “derecho- principio y tiene un doble carácter: subjetivo y objetivo”.

Como derecho subjetivo supone el derecho a la idéntica dignidad entre todos los ciudadanos para ser tratados de igual modo en la ley. Como derecho objetivo supone la obligación, a cargo del Estado y de los particulares de no discriminar entre las personas, lo que no impide brindarles tratamientos diferenciados, siempre que dicho tratamiento esté justificado por razones objetivas (2017, p.17).

## 4.5. DERECHO A LA IDENTIDAD

El artículo 18 de la Convención Americana sobre los Derechos del niño prescribe: “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos [...]”. El artículo 24.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que: “Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre”.

Además, nuestra Constitución en su artículo 2 reconoce el derecho a la identidad. En esa misma línea el artículo 6 y 7 del Código de los Niños y adolescentes consagran el derecho a la identidad del niño, la niña o el adolescente, así como su derecho a ser inscrito en el Registro del Estado Civil correspondiente.

El Tribunal Constitucional ha reconocido que el derecho a la identidad comprende “el derecho a un nombre –conocer a sus padres y conservar sus apellidos, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica” (2012, fundamento 5). Adicionalmente, refiere que comprende:

[...] el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.) (2006, fundamento 21).

El Poder Judicial, a través de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido lo siguiente:

[...] el concepto de identidad personal, presupone dos supuestos fundamentales: la identidad genética de una persona y su identidad filiatoria. La primera, se conforma con el patrimonio genético heredado de los progenitores biológicos; y la identidad filiatoria, es en cambio, un concepto jurídico, que resulta del emplazamiento de una persona de un determinado estado de familia, en relación a quiénes aparecen jurídicamente como sus padres, está habitualmente en concordancia con la identidad genética, pero puede no estarlo (2013, considerando 11).

## 5. NUESTRA JURISPRUDENCIA EN LOS CASOS DE FILIACIÓN POR TERAS

Lo primero que vamos a recordar es que existe una normativa insuficiente y confusa para la resolución de los conflictos suscitados a propósito de la filiación por TERAS, siendo, estos, llevados a cabo a través de procesos administrativos o judiciales. Dentro de los procesos judiciales, los casos han sido resueltos a través de procesos de impugnación de maternidad, adopción, nulidad de acto jurídico y acción de amparo. Veamos, a continuación, algunos de los casos adaptados tomando como base la jurisprudencia indicada.

## 5.1. NIÑA ES DESPOJADA DE SU MADRE, A PROPÓSITO DE LA CASACIÓN 5003-2007<sup>(5)</sup> SOBRE IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD (OVODONACIÓN)

La señora Rosa tenía problemas de infertilidad, ella podía gestar, pero no ovular. Ante ello, recurre a la técnica de ovodonación; es decir, poder concebir utilizando el óvulo de una donante anónima y los espermatozoides de su pareja, el señor Pedro. Producto de ello, conciben una niña llamada Susy.

El señor Pedro contrae matrimonio con una persona distinta, la señora Mónica, con quien tiene un hijo llamado Benjamín. La señora Mónica, en representación de su hijo Benjamín, inicia un proceso de impugnación de maternidad contra la señora Rosa alegando que ella no es la madre genética de la niña Susy, a pesar que la había gestado y dado a luz. Sustenta su pretensión en los artículos 45-A y 399 del Código Civil.

Primero, se debatió la legitimidad procesal de la señora Mónica para impugnar la maternidad de la ex pareja de su esposo en relación a su hija Susy. En primera y segunda instancia la demanda fue rechazada porque consideraron que la señora Mónica no contaba con legitimidad para obrar y que, aun teniéndola, no se había acreditado la existencia de un daño. No obstante, en casación, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema establece que la señora Mónica si tiene legitimidad procesal puesto que su hijo Benjamín y la niña Susy son medio hermanos y existe un “interés moral” en el esclarecimiento de la verdad biológica. Se declaran nulas las resoluciones y se ordena al juez de primera instancia que se pronuncie.

Asimismo, la Sala tildó de “ilegal” la maternidad impugnada porque la niña Susy no es “hija biológica” de la señora Rosa, tal como lo demostró la prueba de ADN. Desde esa perspectiva, se aseveró que la técnica denominada “ovodonación”, no está permitida en nuestro país, conforme se colige de lo previsto en el artículo 7 de la Ley General de Salud, puesto que la condición de madre genética y de madre gestante no recae sobre la misma persona.

Ante lo resuelto en este caso, surgen varias interrogantes ¿Cómo se protege a la niña si es despojada de su única filiación materna? ¿Tendríamos que buscar a una madre genética que fue anónima para que asuma su maternidad? ¿Una madre que no tuvo voluntad procreacional, ni gestó a la niña Susy tendría mejor derecho que la señora Rosa?

Por otro lado, la niña Susy solo tendría una filiación paterna que sería la de su padre (señor Pedro) y la señora Mónica (madrasta) podría, incluso, adoptarla. Por lo tanto, ejercerían su patria potestad, las personas que originaron todo esto y la niña iría a vivir con su madrastra quien fue la persona que la apartó de su madre. La madre (señora Rosa) que la crio y la dio a luz podría ser denunciada por secuestro si no quiere entregar a su hija porque no tendría un vínculo filiatorio con ella.

Esta resolución es, claramente, atentatoria contra el derecho a la identidad de la niña, la cual no solo está compuesta de datos biológicos, sino, además, de una identidad social construida con su madre (señora Rosa), quien no solo fue su madre gestante y volitiva, sino también, su madre legal y social. Asimismo, se la despoja de su única filiación materna, desprotegiéndola totalmente, vulnerando su interés superior, su derecho a la identidad, su derecho a vivir en una familia. Asimismo, por otra parte, se desconocen los derechos sexuales y reproductivos de su madre y la maternidad social que ella ha ejercido respecto de su hija.

(5) Pueden ver la resolución completa en el siguiente link: <http://www.articulacionfeminista.org/a2/objetos/adjunto.cfm?aplicacion=APP003&cnl=3&opc=4&codcontenido=266&codcampo=21>

Este tipo de procesos, requieren ser resueltos con la actuación de un equipo multidisciplinario. Si bien del caso no se desprende la edad de la niña, es importante reconocer que los niños y las niñas son sujetos de derechos y, como tal, debemos hacerlos partícipes en los procesos que los involucren, tomando en cuenta su opinión y promoviendo su participación puesto que se está decidiendo sobre su vida. Al respecto, el Protocolo de participación Judicial del Niño, Niña y Adolescentes (R.A. N° 228-2016-CE-PJ) establece lo siguiente:

El niño, niña y adolescente tienen el derecho a ser oídos y a expresar su opinión en sus propias palabras sobre las decisiones que le afecten, y a que sus puntos de vista sean tomados en consideración, según sus aptitudes, edad, madurez intelectual y la evolución de su capacidad.

## **5.2. ME “ENGAÑARON” Y ME VOLVÍ PADRE, A PROPÓSITO DE LA CASACIÓN 4323-2010<sup>(6)</sup> SOBRE NULIDAD DE ACTO JURÍDICO – OVODONACIÓN**

Este caso es la continuación del anterior. El señor Pedro demanda a la Clínica de Fertilidad donde se practicó la procreación asistida y pide la nulidad de los acuerdos suscritos para la realización de la fertilización realizada a la señora Rosa. Se discute la atribución de la maternidad originada en una ovodonación, la cual había sido ya reputada por la misma Sala, tres años antes, como ilegal (Cas 5003-2007).

Aquí se vuelve a discutir la legalidad de la práctica de la ovodonación y, adicionalmente, se analiza el consentimiento del progenitor en la realización de la TERA.

La Sala tomando, como referencia, el axioma jurídico de que “todo lo que no está prohibido está permitido”, reconocido en el artículo 2, inciso 24 a) de nuestra Constitución, aclara que la “ovodonación” no es ilícita, ni su realización calza en un delito, constituyendo, más bien, un vacío normativo y jurisprudencial. Como es legal, el acuerdo suscrito es válido (procedimiento y consentimiento de la pareja).

Esta resolución corrige la anterior en el sentido de que toma como sujeto protegido, de manera clara, a la niña al amparo de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 1 de nuestro Código Civil, que regulan los principios rectores sobre el interés superior del niño.

Sin embargo, hace una distinción entre la ovodonación, la cual es considerada legal frente a la maternidad subrogada, entendiendo que esta última no estaría permitida por nuestro ordenamiento cuando el sustento sería el mismo, puesto que tampoco existe una norma expresa que la prohíba, ni una norma penal que sancione su realización.

---

(6) Pueden ver la resolución completa en el siguiente link: <http://www.articulacionfeminista.org/a2/objetos/adjunto.cfm?aplicacion=APP003&cnl=3&opc=4&codcontenido=4166&codcampo=21>

### 5.3. ADOPTANDO A NUESTRA HIJA, A PROPÓSITO DE LA CASACIÓN 563-2011<sup>(7)</sup> SOBRE ADOPCIÓN POR EXCEPCIÓN- GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Gustavo está casado con Diana, quien no puede tener hijos. Diana tiene un sobrino Pablo, hijo de su hermano, que está casado con Irina y acude a ellos para que la ayuden a ella y a su esposo con la gestación de su hijo. Irina y Pablo dan su consentimiento y se realiza la gestación por sustitución. En este procedimiento, se utilizan los óvulos de una donante anónima, los espermatozoides de Gustavo y el útero de Irina. Producto de esta técnica nace la niña Victoria.

Gustavo y Diana, padres de intención, inician un proceso de adopción por excepción al amparo del artículo 128 inciso b)<sup>(8)</sup> del Código de Niños y Adolescentes, puesto que son parientes colaterales de cuarto grado de consanguinidad de Victoria. Diana vendría a ser la tía abuela de la niña; además, Gustavo y Diana agregan que, a los pocos días de nacer, la niña les fue entregada y son ellos quienes la tienen en su poder asumiendo los roles de padre y madre.

Uno de los requisitos de la adopción es el asentimiento de los padres legales, Pablo e Irina, estipulado en el artículo 378 inciso 6 del Código Civil, elemento que no se cumple. Ahora, la Sala prescinde de ello porque prefiere salvaguardar el interés superior de la niña Victoria y fundamenta su postura en el hecho que la niña debe permanecer con la familia que le ha brindado protección, atención y cariño. Si bien los padres legales tienen la patria potestad, estos, desde la concepción de Victoria y posterior nacimiento, actuaron desvalorizando la condición humana de la niña, tratándola como un objeto de mercancía.

Por otro lado, en esta historia, el padre biológico era el pre adoptante Gustavo, puesto que se utilizaron sus gametos para la concepción de la niña; no obstante, no era el padre legal. De esta manera, para los fines del proceso, el señor Pablo era el padre legal, puesto que en el acta de nacimiento constaba su paternidad con la niña Victoria. Este documento público es válido, mientras no sea declarado nulo mediante una sentencia judicial firme. Es preciso mencionar que, adicionalmente, en ese momento, existía una restricción legal para que una mujer casada, como era la señora Irina, pueda registrar a su hijo con una filiación paterna distinta a la de su cónyuge, ya que, previamente, se requería la negación de la paternidad del señor Pablo<sup>(9)</sup>. Por lo tanto, quedaba claro que los padres legales eran los señores Pablo e Irina, y que la niña Victoria sí era la sobrina nieta de la pre adoptante Diana, por lo cual si cabía la adopción por excepción.

La Sala se enfoca en proteger y asegurar el interés superior de la niña Victoria; para ello, se basa en los informes del equipo multidisciplinario, con los cuales corroboran que la niña vive, desde su

(7) Pueden ver la resolución completa en el siguiente link: <https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/53f1df80469c5c91b51bfdac1e03f85e/CAS%2B563-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=53f1df80469c5c91b51bfdac1e03f85e>

(8) Artículo 128: En vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción ante el juzgado especializado, los peticionarios siguientes: [...]

b) El que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción.

(9) Artículo 396°.- El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable. (*artículo actualmente modificado*)

nacimiento, con los adoptantes en un ambiente de afecto y buenas condiciones. Adicionalmente, se indica que existe un “conflicto de derechos”; por un lado, el ejercicio de la patria potestad de los padres legales y, por otra parte, el derecho de la niña de tener una familia idónea que le brinde un desarrollo integral. En esa línea, quedó acreditado que los padres legales solo apuntaban a un beneficio económico y no al bienestar de la niña, por lo cual declaran padres a los adoptantes.

Como vemos, esta sentencia si protege, adecuadamente, a la niña, tanto en su derecho a la identidad como en su derecho a vivir en una familia. La Sala no menciona que el caso se trate de una gestación por sustitución o una maternidad subrogada, tampoco hace alguna referencia sobre la legalidad o no de la misma y, menos aún, si la contraprestación que hubo está permitida o no por nuestro ordenamiento.

También es preciso acotar que, originalmente los padres legales, Pablo e Irina, se allanan a la demanda, pero luego exigen más dinero y extorsionan a los padres de intención. Debido a esta situación, el Ministerio Público inicia contra ellos un proceso penal por extorsión y alteración del estado civil de la menor.

#### **5.4. YO SOY LA MADRE Y ELLA ES LA ABUELA, A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE 183515-2006-0113<sup>(10)</sup> SOBRE IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD - GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

La señora Cecilia está casada con el señor Luis y no puede tener hijos, y le pide a su madre, la señora Julia (gestante), que sea quien geste a su hijo. Para este procedimiento, se utilizan los óvulos de Cecilia (madre genética) y los espermatozoides del señor Luis. Como vemos, la señora Cecilia sí tenía óvulos aptos para la fecundación, pero debido a una enfermedad, su cuerpo no podía retener el embarazo.

Utilizando los gametos de la pareja que desea procrear (homóloga) y con la técnica de fecundación In Vitro, se realiza la fecundación de 6 óvulos. Le implantan 3 embriones a su madre, la señora Julia, y quedan 3 embriones congelados. Su madre da a luz a una niña llamada Sol, quien es registrada con los datos de su padre Luis y los datos de su abuela, la señora Julia, porque ella fue quien la gestó.

La señora Cecilia interpone demanda de impugnación de maternidad contra su esposo Luis y su madre Julia, a fin de que se declare su maternidad con la niña Sol. Con la actuación de los medios probatorios, se evidencia la enfermedad de la señora Cecilia y su imposibilidad de quedar embarazada; además, de la utilización de la técnica de fecundación in vitro y la realización de la gestación por sustitución a la que se sometió. Se ordena de oficio la realización de la prueba de ADN y se corrobora que la madre genética es Cecilia.

La demanda es declarada fundada y se dispone la inscripción de la niña con la filiación de Cecilia. En esta resolución, se pone en evidencia las limitaciones de nuestra legislación, puesto que no existe un procedimiento administrativo ante RENIEC para este tipo de situaciones; por otro lado, el artí-

(10) Pueden ver la resolución completa en el siguiente link: <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?muestra&codcontenido=267&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=4>

culo 371 del Código Civil solo contempla la posibilidad de impugnar la maternidad cuando estemos ante parto supuesto o de suplantación del parto. Asimismo, el artículo 395 del Código Civil estipula que el reconocimiento es irrevocable y el artículo 409 de la misma norma vincula el hecho del parto con la maternidad. Aunque el juzgado reconoce que con el avance de la ciencia y las TERAS, el aforismo “*mater semper certa est etiam si vulgo conceperit*” (la maternidad será siempre cierta con solo ver a una mujer gestante y después, con el infante en brazos) ha dejado de ser cierto en su totalidad e inaplicable en esta ocasión.

Al interpretarse el artículo 7 de la Ley General de Salud, nuevamente, se pone como sustento que, si bien en este caso, la madre gestante y la madre genética no coinciden, la jueza entiende que la maternidad subrogada no está prohibida legalmente, pero tampoco está expresamente permitida. De esta manera, aplica el principio de reserva recogido en el artículo 2 inciso 24 a de la Constitución y, por consiguiente, considera lícita esta técnica para gestar.

No obstante, lo paradójico de esta resolución es que considera a los embriones sobrantes congelados como vivos y ordena hacer efectivo el derecho a la vida de los tres embriones sobrantes, ya sea en la implantación en el vientre de Cecilia o de una tercera persona. Realiza una equiparación de estos embriones congelados con el concebido. Hay que recordar que Cecilia no puede procrear porque pondría en peligro su vida y, por ello, lo hace su mamá, quien dada su avanzada edad tampoco podría implantarse, nuevamente, los embriones sobrantes. En ese sentido, aceptar esto implicaría una vulneración y afectación de otros derechos como la intimidad, la salud, el libre desarrollo de la personalidad, elegir cuantos hijos tener, entre otras expresiones de los derechos reproductivos de la pareja involucrada. Al elevarse esta resolución a consulta<sup>(11)</sup>, la Sala Constitucional y Social señaló que respecto al abandono de los embriones existe un vicio de congruencia extrapetita porque no fue una pretensión demandada y, así pues, desestima lo ordenado por el Juzgado de Primera Instancia respecto a los embriones.

El tema de los embriones trae a discusión desde cuándo hay vida y si es equiparable o no al concebido. Desde cuándo se considera qué es concebido, desde que el óvulo es fecundado por el espermatozoide (teoría de la fecundación), o desde la implantación del embrión en el útero materno (teoría de la anidación).

---

(11) Consulta Expediente N° 2141-2009. Pueden descargar la resolución completa en el siguiente link [https://www.academia.edu/8423052/Caso\\_para\\_la\\_practica\\_calificada](https://www.academia.edu/8423052/Caso_para_la_practica_calificada)

## 5.5. NOSOTROS SOMOS LOS PADRES, A PROPÓSITO DEL EXPEDIENTE 06374-2016-0-1801-JR-CI-05<sup>(12)</sup> - PROCESO DE AMPARO- GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Los señores Frank y Ana se casan, pero la señora Ana no puede gestar, por lo cual acuden a la gestación por sustitución y utilizaron las técnicas de la Fertilización In Vitro y la ovodonación, técnica heteróloga, debido a que la señora Ana tampoco contaba con óvulos aptos para la fecundación.

Luis y Rosa son esposos, pareja colaboradora, y consintieron que la señora Rosa sea quien geste los hijos de Ana y Frank; para ello, recurrieron a óvulos donados, anónimamente, y al esperma de Frank. Nacieron dos gemelos: Nicolás y Eva, quienes fueron registrados en el RENIEC con los datos de los esposos Luis y Rosa.

Las dos parejas, como representantes de los niños, iniciaron dos procedimientos ante RENIEC sobre rectificación de acta de nacimiento y solicitaron lo siguiente:

- El señor Frank solicita que se le declare padre de los niños Nicolás y Eva. Recordemos que la señora Rosa, al estar casada, la filiación de su hijo solo podría corresponderle a su esposo, el señor Luis, por la presunción *pater est*. Para que el señor Frank pueda reconocer a su hijo, previamente, el señor Luis debía iniciar un proceso judicial de negación de paternidad<sup>(13)</sup>.

- La señora Ana solicita que se le declare como madre de los niños, puesto que ella era la que había tenido voluntad procreacional y quien se venía comportando como la madre social de los niños.

El Reniec declara improcedente ambos pedidos, por lo que ambas parejas inician un proceso de amparo, puesto que consideran que se han afectado el derecho a la identidad y su interés superior de los niños, y, respecto a los demandantes, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar y a los derechos sexuales y reproductivos.

En ese sentido, se pretende que se otorgue protección a los derechos a la identidad de los niños, por lo que se solicita se dejen sin efecto las resoluciones registrales emitidas por el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil (Reniec) y se declare, formalmente, la paternidad y maternidad, respectivamente, de los señores Frank y Ana. Se declara fundada la demanda de amparo, tanto en primera y en segunda instancia, y se ordena al RENIEC que emitan nuevas partidas de nacimiento de los niños donde consten como sus progenitores los señores Frank y Ana.

Para la resolución de este proceso, se toma en cuenta el ordenamiento internacional y, específicamente, lo resuelto en el caso Artavia Murillo. Asimismo, interpreta el artículo 7 de la Ley General

(12) Pueden ver la resolución completa en el siguiente link

[https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/04/Descargue-aqu%C3%AD-en-PDF-la-sentencia-que-ordena-a-Reniec-a-reconocer-como-padres-a-pareja-que-alquil%C3%B3-vientre-Legis.pe\\_.pdf](https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/04/Descargue-aqu%C3%AD-en-PDF-la-sentencia-que-ordena-a-Reniec-a-reconocer-como-padres-a-pareja-que-alquil%C3%B3-vientre-Legis.pe_.pdf)

(13) Con la dación del Decreto Legislativo N° 1377, publicado el 24 de agosto de 2018, se modifican diversos artículos del Código Civil, dentro de los cuales se encuentran el artículo 362 y 396, permitiéndose actualmente que el hijo o hija de mujer casada pueda ser reconocido por su progenitor cuando la madre declare expresamente que no es de su cónyuge, sin ser necesario que su marido lo hubiese negado previamente.



de Salud, según lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la Casación N° 4323-2010, en el sentido de que, cuando la madre gestante no coincida con la madre genética, estamos ante un vacío normativo y no ante una prohibición para la realización de las TERAS. Por lo tanto, es aplicable el principio de reserva, reconocido en el artículo 2, inciso 24, a de la Constitución, en tanto “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. En ese escenario, queda aclarado que, en dicho supuesto, el uso de las TERAS no está prohibido por nuestro ordenamiento, su utilización forma parte del derecho a la salud reproductiva y, en consecuencia, los contratos celebrados al amparo de ellas son válidos, como lo es la gestación por sustitución.

Algunas de las consideraciones interesantes que se hacen en ambas instancias son las siguientes:

- Se reconoce la validez del acuerdo, como ya se había hecho antes, en la Casación 563- 2011, Lima. Hace hincapié que el empleo de las TERAS solo es posible cuando tuvieran como destino la formación de una familia. Por ende, se sostiene que la postura del RENIEC vulnera el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución, puesto que frustra el proyecto de vida familiar, que incluye los derechos sexuales y reproductivos, y el derecho a la vida privada.
- Se hace referencia a que esta gestación efectuada, mediante útero subrogado, ha sido realizada en términos altruistas, llevándose a cabo con un motivo humanitario, en los términos del artículo 6° del Código Civil<sup>(14)</sup>. Pareciera ser que se acepta la validez de los acuerdos de maternidad subrogada, pero siempre que no medie contraprestación económica.
- Otro de los aspectos que también se analiza es que la utilización de este procedimiento ha sido en forma supletoria y no alternativa, puesto que se comprobó la imposibilidad de la señora Ana de producir óvulos y de sostener un embarazo, habiendo recurrido a tratamientos reproductivos anteriores sin éxito.
- Por otro lado, si bien la señora Ana no es quien aportó los gametos, ni gestó a los niños, sí es quien tuvo voluntad procreacional, a diferencia de la gestante, y es quien, actualmente, tiene a los niños, es decir, es una verdadera madre, socialmente, se comporta como tal. En ese sentido, se debe garantizar el derecho a la identidad de los niños reconociéndoles su verdadera filiación materna. Además, la señora Rosa, la gestante, no comparte el material genético con los niños, no tuvo voluntad procreacional, y no es quien cría y cuida de los niños.
- El RENIEC formula excepción de falta de representación legal de los demandantes en relación con los niños, porque el señor Frank no los reconoció, el señor Luis no es el padre biológico y la señora Ana no es la madre y, es más, se señala que debería adoptar. El señor Frank no podía hacerlo porque era el hijo de una mujer casada y, por presunción *pater est*, el padre era el señor Luis. Sin embargo, resulta contradictorio que el RENIEC formule esta excepción cuando esta situación fue generada por esta entidad al no reconocer la filiación de Frank y Ana y, por lo

---

(14) **Artículo 6.-** Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios [...].

tanto, su representatividad. Esta excepción no hace más que evidenciar el perjuicio generado en contra de los niños, pues ni el padre biológico, ni la madre volitiva, ni los subrogantes podrían ejercer la representatividad de los niños; es decir, no contaban con padres que asuman, legalmente, su patria potestad y los derechos conexos que ello implica.

## **6. PRINCIPALES PROBLEMAS DETECTADOS**

A propósito de lo desarrollado anteriormente y después de haber revisado algunos casos, evidenciamos que existe una vulneración en los derechos de los padres, y de los niños y niñas producto de un vacío normativo en la regulación de las TERAS y, específicamente, en la gestación por sustitución. Esta situación genera que las mismas se vengán dando en diversas clínicas privadas sin una regulación adecuada. En ese sentido, es relevante generar algunas posturas y propuestas sobre los principales problemas legales encontrados:

### **6.1 DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO Y LA UTILIZACIÓN DE LAS TERAS Y SU VINCULACIÓN CON EL DERECHO A LA SALUD REPRODUCTIVA**

En la utilización de las TERAS se pueden evidenciar situaciones de discriminación por razones de género y socioeconómica. Al analizar el artículo 7 de la Ley General de Salud, por un lado, habíamos referido que el solo permitir la realización de TERAS en los casos que la madre genética y la madre gestante coincidan, definitivamente, implicaba un trato discriminatorio puesto que solo se buscaría solucionar problemas de infertilidad masculina.

Por otro lado, la Corte Interamericana (2012) también ha advertido:

El ideal de mujer aún en nuestros días se encarna en la entrega y el sacrificio, y como culminación de estos valores, se concreta en la maternidad y en su capacidad de dar a luz. [...] La capacidad fértil de la mujer es considerada todavía hoy, por una buena parte de la sociedad, como algo natural, que no admite dudas. Cuando una mujer tiene dificultades fértiles o no puede embarazarse, la reacción social suele ser de desconfianza, de descalificación y en ocasiones hasta de maltrato. [...] El impacto de la incapacidad fértil en las mujeres suele ser mayor que en los hombres, porque [...] la maternidad le[s] ha sido asignada como una parte fundante de su identidad de género y transformada en su destino. [...], si bien la infertilidad puede afectar a hombres y mujeres, la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres” (Fundamentos 298- 299).

Por lo tanto, es necesario que las técnicas sean permitidas tanto para solucionar problemas de infertilidad de hombres como de mujeres. La Corte Interamericana (2012) ha establecido en el caso *Artavia Murillo* que el derecho a la vida privada se vincula con i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho a reproducirse y de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho y tener descendencia. (Fundamento 146). En ese sentido, el artículo 16 e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, dispone que los Estados partes garantizarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;

En esa línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática en establecer que existe una vinculación directa e inmediata entre la atención de la salud y los derechos a la vida privada y a la integridad personal. La ausencia de salvaguardas legales para proteger la salud reproductiva afecta el derecho a la autonomía y la libertad reproductiva. “Existe por tanto una conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica” (2012, Fundamento 147).

En cuanto a la discriminación socioeconómica, somos conscientes que existen costos elevados en cuanto la realización de técnicas de reproducción de alta complejidad que no están al alcance de todas las personas y los servicios públicos de salud de nuestro país no cubren todos los tratamientos de infertilidad.

La Organización Mundial de la Salud ha definido la infertilidad como una enfermedad del sistema reproductivo del hombre o la mujer debido a la imposibilidad de lograr un embarazo después de 12 meses o más de haber tenido relaciones sexuales sin protección<sup>(15)</sup>.

Empero, en nuestro país al ser la infertilidad una enfermedad debería convertirse en un problema de salud pública y, en consecuencia, de inmediata actuación estatal. Sin embargo, al ser no transmisible y sin riesgo inminente de muerte, no forma parte de la lista de enfermedades de interés desde un enfoque preventivo de salud pública, lo cual genera que las personas que la padecen, “se vean afectadas y socialmente marginadas por sus familias y comunidades” (Neciosup, 2018, p.10). Por lo tanto, las personas que acceden a las TERAS, sobre todo aquellas de alta complejidad, lo hacen a través de clínicas privadas, generando pues una barrera económica de acceso para quienes no pueden pagar los costos privados que ellas implican.

En el Perú, las Técnicas de Reproducción Humana no están consignadas como métodos para combatir la infertilidad, ni se encuentran registradas como prestaciones básicas en el Listado Priorizado de Intervenciones Sanitarias ni en el Plan Esencial de Aseguramiento en Salud ni en el listado de las prestaciones de la Capa Simple (Neciosup, 2018, p. 14). Por consiguiente, debemos deslindar si nos encontramos ante personas que son clientes y demandan un servicio, que padecen una enfermedad o discapacidad o estamos ante un problema de salud pública (Siverino, 2012, p. 2), situación que, en nuestro país, no queda clara. No existe ningún proceso en el cual se haya demandado al Estado peruano para que asuma que estamos ante una enfermedad que, también, debería ser cubierta por las entidades prestadoras de salud, como ocurrió en Argentina, a través de acciones de amparo que planteaban el pedido de cobertura del Estado ante la falta de recursos para acceder a ellas, sobre todo a las más costosas. En dicho país, estas acciones sirvieron de cimiento para la dación de la Ley de acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida (Herrera, 2017, p.89). Esta norma refiere lo siguiente:

(15) Revisar el siguiente link: <https://sochog.cl/wp-content/uploads/2020/10/Infertility.pdf>

«En los términos que marca la Ley N.º 26.862, una persona podrá acceder a un máximo de cuatro (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta tres (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de tres (3) meses entre cada uno de ellos»; asimismo se agrega que «Se deberá comenzar con técnicas de baja complejidad como requisito previo al uso de las técnicas de mayor complejidad. A efectos de realizar las técnicas de mayor complejidad deberán cumplirse como mínimo tres (3) intentos previos con técnicas de baja complejidad, salvo que causas médicas debidamente documentadas justifiquen la utilización directa de técnicas de mayor complejidad [...]» (Herrera, 2017, p.90).

Como vemos, en Argentina existe una cobertura mínima de las mismas por parte del Estado y, además, se da en situaciones de imposibilidad de procrear de manera natural.

En nuestro país, al no estar prohibidas, las mismas se vienen realizando, principalmente, a nivel privado y solo para aquellos que puedan costear dichas técnicas. En ausencia de una normativa completa que proteja, adecuadamente, a los pacientes y que garantice los derechos reproductivos de todos quienes padecen de infertilidad, solo algunos pueden acceder a las TERAS.

Si bien, como hemos visto, anteriormente, a propósito de los proyectos de ley, la Comisión de Salud y Población del Congreso de la República (2020)<sup>(16)</sup> consideró que los seguros públicos y privados deben incorporar, de manera progresiva y tomando en cuenta el presupuesto, la cobertura integral del abordaje, diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo de algunas TERAS, sin embargo, ello aún no es ley.

Urge contar con una Ley sobre las TERAS que garantice el acceso y cobertura integral, las cuales deben estar permitidas de manera excepcional cuando este acreditada la infertilidad, prefiriéndose usar técnicas de baja complejidad y, en última instancia, aquellas de alta complejidad y mayor costo. Es de vital importancia que esta ley contemple y defina el rango de edad en la que podrán ser utilizadas, que se cuente con un consentimiento previo debidamente informado, que sea accesible a la diversidad de familias, que se lleve un registro de donantes de gametos y embriones, y que se contemplen reglas de determinación de la filiación en los casos de las TERAS.

## **6.2. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD Y FILIACIÓN DE LOS NIÑOS Y NIÑAS NACIDOS PRODUCTOS DE LAS TERAS**

En la realización de las TERAS pueden intervenir distintas personas, aquellas que proporcionan sus gametos, la gestante, la madre o el padre legales, la madre o el padre sociales, la madre o el padre volitivos. Por lo tanto, en la utilización de las TERAS podemos encontrar más de dos personas que intervienen en la gestación de un niño o niña y es ahí, donde nos preguntamos quién o quiénes deben gozar de la filiación.

Como vimos en uno de los casos donde se recurrió a la técnica de ovodonación y fue la misma madre quien gestó a su hija, pero utilizando material genético de una donante, la Sala estableció que al amparo del artículo 7 de la Ley General de Salud, esa maternidad era “ilegal” porque la madre

(16) Información completa del dictamen en el link: [https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/Dictámenes/Proyectos\\_de\\_Ley/03313DC21MAY20200601.pdf](https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictámenes/Proyectos_de_Ley/03313DC21MAY20200601.pdf)

genética y la madre gestante debía recaer en la misma persona. Por lo tanto, bajo ese razonamiento una niña podría quedar despojada de su filiación materna, pretendiendo establecer una filiación con una donante anónima y con ello, dejándola sin una madre y en el total desamparo. Razonamiento contrario al interés superior de esta niña, quien tiene el derecho a vivir con su familia, con la madre que tuvo voluntad procreacional y, además, se comportó como tal y le brindó cuidado y protección. También, vulnera el derecho a la identidad de la niña la cual es dinámica y no solo está vinculado a datos genéticos. Asimismo, el arrebatarle su filiación materna afecta los derechos conexos que involucran el gozar de la patria potestad.

La situación se complejiza en la gestación por sustitución debido a que, por el hecho del parto, se genera, automáticamente, una filiación materna que no corresponde a la voluntad procreacional. Para nuestro Código Civil, madre siempre es la gestante. La filiación paterna es más sencilla de establecer en estos casos y con la modificación de que la mujer casada puede declarar que el niño que lleva en su vientre no es de su marido, cuando la que gesta al niño o niña es una mujer casada podrá reconocerlo el padre volitivo sin inconvenientes. Por lo tanto, podríamos tener garantizada la filiación paterna, pero aún queda en el limbo la filiación materna de la madre volitiva. Es así que debemos recurrir a procesos judiciales para que se reconozca la verdadera identidad y filiación de los niños y niñas nacidos producto de la gestación por sustitución porque, a nivel administrativo, la respuesta siempre ha sido negativa. En otras situaciones, para eludir estos procesos judiciales largos y engorrosos se pueden incurrir en delitos contra la fe pública, contra el estado civil o, incluso, ser acusados por delito de trata en la modalidad de venta de niños, como ocurrió en el mediático caso de una pareja chilena que gestó dos niños en nuestro país bajo la gestación por sustitución<sup>(17)</sup>.

Por lo tanto, es fundamental que, a nivel administrativo, ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (en adelante RENIEC) se puedan establecer procedimientos adecuados que coadyuven a garantizar de manera inmediata el derecho a la identidad y la filiación de estos niños y niñas con su verdadera filiación. Aplicando el interés superior del niño, podemos asegurar que lo mejor es que este niño goce de una filiación con aquella madre que lo deseó, tuvo voluntad procreacional y es, adicionalmente, con quien desarrolló lazos socioafectivos, puesto que es quien lo cuida, le provee de cuidados y es quien en la realidad se viene comportando como tal. Cuanto más tiempo transcurra en que se reconozca la filiación de los niños y las niñas con sus padres o madres de intención, la vulneración de sus derechos se agrava porque no gozan de la patria potestad, ni de los derechos conexos que ello trae consigo.

Por otro lado, el artículo 7 de la Ley General de Salud señala que, para la actuación de las TERAS, se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos; no obstante, en la práctica, ello no se da en el caso de los donantes anónimos. Entonces, se cuestiona si en los casos en los cuales los gametos utilizados provengan de donantes anónimos se estaría vulnerando el derecho a la verdad biológica y a conocer su origen de las niñas y los niños procreados bajo las TERAS.

(17) Pueden conocer más sobre este caso en los siguientes links: <https://www.youtube.com/watch?v=B-FUCoFDWYHQ>  
<https://www.youtube.com/watch?v=ID5Jtz92GRg>

En el proyecto de Ley 3313-2018<sup>(18)</sup> - Ley que garantiza el acceso a técnicas de reproducción humana asistida se contempla la confidencialidad del donante, pero, al mismo tiempo, se hace referencia de que los hijos nacidos mediante TERAS tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Adicionalmente, agrega que solo cuando exista peligro la vida del niño, se podrá revelar la identidad de los donantes. Concordamos que el anonimato de los donantes debe ser relativo<sup>(19)</sup> y solo en circunstancias extremas debe ser revelado.

### **6.3. VULNERACIÓN O NO DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y SU INTERÉS SUPERIOR**

El artículo 2 de la Ley 30466, recogiendo normas internacionales, define al interés superior del niño como “un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos”. El cuestionamiento, en los casos de la aplicación de las TERAS, es si estamos anteponiendo los derechos de los adultos a querer ser padres o madres por encima de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y su interés superior.

Herrera analiza que algunos autores apuntan a que el deseo de tener un hijo traspasa los límites y vulnera los derechos de los niños y niñas. Incluso, se recalca que lo que se estaría reclamando es el derecho a tener un hijo. Esta autora nos menciona que no debemos mirar el deseo de los adultos de ser padres como algo negativo, lo cual se da incluso en la filiación por naturaleza. Los hijos, en su mayoría, son una decisión, como es la adopción o el acceder a las TERAS. En esa línea, agrega lo siguiente:

Así, oponerse a las TRHA bajo el manto de una supuesta decisión «adultocéntrica» que sería –de manera falaz– contraria de por sí al interés superior del niño implica, en el fondo, resistir el reconocimiento y consecuente aceptación de que nos encontramos ante un derecho de las familias, en plural con todo lo que ello significa (2017, p. 78).

El reclamo es el derecho a procrear y formar una familia, y cuando existen problemas de infertilidad asociada a la salud o infertilidad estructural (personas solteras o uniones igualitarias), el medio para lograr ese derecho puede ser las TERAS o la adopción. Aquí, estamos ante una decisión de adultos responsables en pleno ejercicio de su autonomía de querer tener un hijo o una hija con todo lo que ello implica.

(18) Revisar el siguiente link: <http://www.proyectosdeley.pe/p/rp2tgd/>

(19) Asimismo, en el proyecto de Ley 3452/ 2018-CR también se contempla el anonimato relativo en el sentido que los donantes tienen derecho a mantener en reserva su identidad, salvo la dación de información general o que en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del nacido, o previa resolución judicial con arreglo a las leyes procesales vigentes, se pueda revelar, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto.

En esa línea, es la gestación por sustitución una de las técnicas más complejas de entender, comprender y regular, adicionalmente, se la contrapone con los derechos de los niños. No obstante, hay que tener en cuenta que ese niño o niña llegará a una familia que lo espera y que tuvo que hacer denodados esfuerzos para concebirlo. Cuando ya existe lo que debemos buscar es protegerlo, garantizar su interés superior y dotarlo de los mismos derechos que un niño nacido de manera natural. Asimismo, es importante reconocerlo como sujeto de derecho y tener en consideración su opinión en los procesos que lo involucren, en la medida que ello sea posible.

[...] la gestación por sustitución no viola el interés superior del niño debido a que el niño nace en una familia que lo deseó y no hubiera existido de no haberse recurrido a la gestación por sustitución. Además, el interés superior del niño exige la regularización de la gestación por sustitución, es decir, de un marco legal que lo proteja y le brinde seguridad jurídica. Sin perjuicio de lo dicho, no se puede dejar de advertir que de esa práctica nace un niño y el interés superior exige que las personas que quieren ser padres puedan serlo, y que esa filiación sea reconocida legalmente (Lamm, 2012, p.10).

Más bien, se vulneran los derechos de los niños y las niñas nacidas bajo las TERAS cuando al nacer, debido a vacíos normativos, normas desfasadas y regulación insuficiente, no pueden gozar a plenitud de todos los derechos que les corresponden.

#### **6.4. EMBRIÓN NO ES EQUIPARABLE AL CONCEBIDO**

Es preciso recordar que la Convención Americana, en su artículo 4.1, reconoce que toda persona tiene derecho a que se respete su vida; además, agrega que este derecho está protegido a partir del momento de la concepción. Nuestra legislación, en el artículo 1 del Código Civil, también, señala que la vida humana comienza con la concepción y, en esa misma línea, lo reconoce el artículo 1 del Código de los Niños y Adolescentes.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia que prohíbe la distribución gratuita de la Anticoncepción Oral de Emergencia (AOE), conocida como la píldora del día siguiente, consideró que “la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna, con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser”. Del mismo modo, establece que “la anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, más no constituye su inicio” (2009, fundamento 38). Por lo tanto, un embrión gozará de protección sea este que haya sido generado de forma natural o por fertilización in vitro y nos llevaría a entender que, en tanto, ser vivo debe implantarse en el útero materno.

No obstante, esta sentencia viene siendo cuestionada a través del Expediente 30541-2014-0-1801-JR-CI-01<sup>(20)</sup>, a través de un proceso de amparo contra el Ministerio de Salud, a fin de que informe y distribuya en forma gratuita la AOE. Tomando en consideración que la sentencia del Tribunal Constitucional señaló, en su fundamento 52, que no es inmutable, el Primer Juzgado Constitucional ha

(20) Se puede ver la resolución completa en el siguiente link: [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/07/Exp.-30541-2014-0-1801-JR-CI-01-Legis.pe\\_.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/07/Exp.-30541-2014-0-1801-JR-CI-01-Legis.pe_.pdf)

resuelto, según el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo; por lo cual, refiere que “no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión”, se descarta la teoría de la fecundación y, tomando en cuenta la teoría de la anidación, entiende que la concepción tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero y antes de ese evento no habría vida que proteger. (CIDH, 2012, fundamento 223). Por ende, los embriones congelados, mientras no sean implantados en el útero materno, no podrán considerarse equiparables al concebido.

Como vimos en uno de los casos analizados, en el caso de las TERAS, la equiparación del concebido al embrión y, por lo tanto, la obligatoriedad que estos sean implantados, podría vulnerar el derecho a la vida de la gestante. En el caso analizado, la madre volitiva no podía gestar por una enfermedad que padecía y la gestante era una persona de avanzada edad que ya no podía someterse a un embarazo adicional porque, también, estaría en peligro su vida. Adicionalmente, en este caso también podría colisionar con otros derechos como la intimidad, la salud, el libre desarrollo de la personalidad, elegir cuantos hijos tener, entre otras expresiones de los derechos reproductivos de la pareja involucrada.

## **6.5. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: ¿LA PERMITIMOS EN TODOS LOS CASOS?**

En la gestación por sustitución, existen posturas a favor y en contra. Algunos de los argumentos planteados por Lamm (2012), son los que a continuación se detallan:

La postura contraria a la gestación por sustitución se basa en que son contratos nulos por ser inmorales. Supone una explotación y utilización de las mujeres pobres por las ricas, una manipulación y cosificación del cuerpo de la mujer puesto que la gestante se convierte en una “incubadora humana”. También, se agrega que convierte al hijo en objeto de comercio, que pueden ocurrir problemas en casos de aborto o de fraude, pudiendo lindar con temas delictivos vinculados a la compraventa de niños y la supresión de identidad. En ese sentido, tenemos países que se acogen a esta postura y en los cuales está prohibida y esos acuerdos son nulos, por ejemplo, España, Francia, Alemania, Italia.

La postura a favor se sustenta en el derecho a procrear y el derecho a la protección del matrimonio o de la familia. De la misma manera, refiere que el argumento de que es inmoral es antiguo y está desacreditado, ya que no debe limitar la libertad de las personas a participar en actividades consensuadas cuando éstas no puedan dañar a otros. Sobre la explotación o cosificación de la mujer gestante, se sostiene que, al ser un acuerdo voluntario y libre, no hay por qué hablar de explotación, ni aún en caso exista dinero por ello. Se dice que este argumento es paternalista y subestima la capacidad de consentir de la mujer. “También se recurre a los principios de igualdad y no discriminación para argumentar a favor de la regulación y admisión de esta figura atento a que es la única opción que tiene una pareja de dos varones de tener un hijo, genéticamente, propio”. Por otro lado, muchas veces no queda otra salida para quien quiere ser madre jurídica que necesitar a otra que geste para ella, no existiendo diferencia en quien gesta con óvulos donados y quien logra la maternidad recurriendo a la donación de la “capacidad de gestación”. Adicionalmente, se argumenta que no atenta contra la salud de la gestante.



Esta postura, a favor de la gestación por sustitución, solo es admitida en algunos países cuando es altruista, y según algunos requisitos y condiciones, por ejemplo, en países como Canadá, Brasil, México. En algunos países, se requiere de autorización previa, por ejemplo, del juez, para que la gestación se pueda realizar; en otros, el procedimiento se realiza con un acuerdo de los involucrados y lo central de esta regulación es la transferencia de la filiación post parto. En países como Rusia, algunos estados de EE.UU. e India es permitida de manera amplia (pp.5-15).

En los proyectos de ley sobre este tema presentados en el Congreso, se apunta a que esta debe ser altruista. En el proyecto de Ley 3404-2018-CR<sup>(21)</sup> - Ley que regula los requisitos y procedimientos de la maternidad solidaria mediante el uso de técnicas de reproducción asistida como derecho humano a ser madre, se estipula que esta debe ser altruista, empleada de manera excepcional, por pareja casada o en unión de hecho certificada por notario público; por consiguiente, quedarían excluidas las parejas igualitarias o las personas solteras. Se permite la utilización de gametos de donantes, se plantea la suscripción de acuerdo previo por la vía notarial donde también se reconozca la filiación de los padres de intención. No se hace referencia a que la gestante voluntaria tenga algún parentesco con los padres de intención. Sin embargo, en el proyecto de Ley 3313-2018-CR – Ley que garantiza el acceso a técnicas de reproducción humana asistida, difiere de la anterior en que solo estaría permitida cuando la madre gestante sea un familiar de segundo grado de consanguinidad, y la implantación y gestación del embrión sea formado por los gametos de la pareja de intención o solicitantes de la gestación subrogada. Además, se debe analizar si sería necesario contar con una autorización previa, por ejemplo, de un juez, o bastaría con el acuerdo entre las partes.

Al ser una técnica que ya viene siendo empleada en nuestro país, debe ser regulada y utilizada solo en casos de infertilidad, debidamente, comprobada y en los cuales sea imposible la gestación de la madre volitiva. Asimismo, creemos que no debería existir algún impedimento para que la madre gestante pueda ser tanto algún familiar o también alguna persona que tenga vínculos de amistad con alguno de los padres o madres de intención.

Consideramos que, por ahora, el consenso medianamente ganado apuntaría solo a que la gestación por sustitución deba ser altruista para evitar a que se utilice el cuerpo de la mujer como objeto de comercialización y de instrumentalización, sobre todo de mujeres pobres, lo cual es el reflejo de las propuestas legislativas planteadas hasta ahora. No obstante, ante una regulación poco clara, en la práctica, esta se viene realizando en distintas clínicas de manera comercial, sin un marco normativo adecuado y vulnerando, muchas veces, los derechos de los niños que nacen producto de estos procedimientos, debido a que nuestra legislación responde únicamente a una filiación natural.

## 7. CONCLUSIONES

Algunas de las conclusiones que podemos rescatar de este ensayo son las siguientes:

Primero, la realización de las TERAS está vinculada al pleno ejercicio de los derechos humanos de los involucrados y, en ese sentido, jurisprudencialmente, se ha señalado que está permitida en

(21) \_\_\_\_\_ Revisar el siguiente link: <http://www.proyectosdeley.pe/p/r278ba/>

nuestro país. No obstante, existe un vacío normativo, hecho que deriva en la carencia de una norma clara y completa que regule su implementación y resuelva, los problemas de identidad y filiación.

Segundo, la incapacidad fértil en las mujeres suele tener un mayor impacto en ellas, porque la utilización de las TERAS se relaciona especialmente con su cuerpo. No obstante, evidenciamos que existe una regulación que apuntaría a proteger más los casos de infertilidad masculina que la femenina.

Tercero, en las técnicas de Reproducción Asistida, lo que prima no es el ADN, sino la voluntad procreacional sustentada en la socioafectividad, quien quiso ser padre o madre. Por lo tanto, la filiación no solo es aquella derivada de la naturaleza y la adopción, sino también aquella derivada de las TERAS.

Cuarto, no debemos de perder de vista que cuando los niños y las niñas son procreados bajos estos procedimientos tienen los mismos derechos que los niños procreados de manera natural. Por ende, es fundamental que en todos los procesos que los involucren se tome en cuenta su interés superior vinculándolo con el derecho a la identidad, a gozar de una filiación y a vivir en el seno de una familia que lo deseó, y no solo se debe tomar en cuenta el ADN o quien fue la gestante.

Quinto, la gestación por sustitución es la que más problemas trae, porque la madre no es la que gesta y nuestra regulación está pensada, únicamente, en una filiación natural. No obstante, parece ser que existe consenso en las propuestas legislativas que esta debe ser permitida, pero solo de manera altruista para evitar la utilización del cuerpo de la mujer, sobre todo, pobre, como objeto de comercialización.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abad, S. (2012). ¿Es el Perú un estado laico? Análisis jurídico desde los derechos sexuales y derechos reproductivos. Lima: católicas por el derecho a decidir.

Céspedes, P. y Correa, E. (2021). Reproducción asistida en Chile: una mirada global para el desafío de ofrecer un acceso oportuno. *Revista Médica Clínica Las Condes*, (Volume 32, Issue 2), 189-195. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0716864021000237>

Congreso de la República (2018). Proyecto de Ley N° 00313/2018-CR, Ley que garantiza el acceso a Técnicas de Reproducción asistida. <http://www.proyectosdeley.pe/p/rp2tgd/>

\_\_\_\_\_ (2018). Proyecto de Ley N° 03404/2018-CR, Ley que regula los requisitos y procedimientos de la maternidad solidaria mediante el uso de técnicas de reproducción asistida como derecho humano a ser madre, si bien este proyecto se centra principalmente en la maternidad solidaria. <http://www.proyectosdeley.pe/p/r278ba/>

\_\_\_\_\_ (2018). Proyecto de Ley N° 03542/2018 CR, Ley que regula el uso y el acceso a los tratamientos de reproducción humana asistida. <http://www.proyectosdeley.pe/p/rvhd9y/>

\_\_\_\_\_ (2020). Dictamen 06-2020-2021/CSP-CR [https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/Dictamenes/Proyectos\\_de\\_Ley/03313DC21MAY20200601.pdf](https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/03313DC21MAY20200601.pdf)

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2012). Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)
- Herrera, M. (2017). ¿Existe un derecho al hijo? El lugar y los límites de las técnicas de reproducción humana asistida. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* (35), 73-113. <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/8900>
- \_\_\_\_\_ (2018). Conflictos contemporáneos en Técnicas de Reproducción Asistida: la experiencia en el derecho argentino. *Revista De Antropología Social*, 27(2), 353-380. <https://doi.org/10.5209/RASO.61856>
- Landa, C. (2017) *Los derechos fundamentales. Colección lo esencial del Derecho 2*: Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Lamn, E. (2012). Gestación por sustitución”. *Realidad y Derecho. InDret Revista para el Análisis*. Barcelona, número 3, pp. 4-49. [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/909\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/909_es.pdf)
- Neciosup, V. (2018). *Problemas de política pública y estado situacional de las técnicas de reproducción humana asistida en el Perú. Informe de Investigación Legislatura 2018-2019, Número 20*. Lima: Congreso de la República. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5\\_uibd.nsf/25ADE7B6962521C-C0525834A00726952/%24FILE/reproduccion\\_asisitida\\_N20.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/25ADE7B6962521C-C0525834A00726952/%24FILE/reproduccion_asisitida_N20.pdf)
- Poder Judicial (2008). Casación 5003-2007 sobre impugnación de maternidad. <http://www.articulacionfeminista.org/a2/objetos/adjunto.cfm?aplicacion=APP003&cnl=3&opc=4&codcontenido=266&codcampo=21>
- \_\_\_\_\_ (2009a). Expediente 183515-2006-0113 sobre impugnación de maternidad - Gestación por sustitución. <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?muestra&codcontenido=267&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=4>
- \_\_\_\_\_ (2009b). Consulta Expediente N° 2141-2009. [https://www.academia.edu/8423052/Caso\\_para\\_la\\_practica\\_calificada](https://www.academia.edu/8423052/Caso_para_la_practica_calificada)
- \_\_\_\_\_ (2011a). Casación 4323-2010 sobre nulidad de Acto Jurídico. <http://www.articulacionfeminista.org/a2/objetos/adjunto.cfm?aplicacion=APP003&cnl=3&opc=4&codcontenido=4166&codcampo=21>
- \_\_\_\_\_ (2011b). Casación 563-2011 sobre adopción por excepción- Gestación por sustitución. <https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/53f1df80469c5c91b51bfdac1e03f85e/CAS%2B563-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=53f1df80469c5c91b51bfdac1e03f85e>
- \_\_\_\_\_ (2013). Casación 2726-2012 sobre impugnación de reconocimiento de paternidad [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9c16fa004a480496a500f57f091476ed/Resolucion\\_002726-2012-.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9c16fa004a480496a500f57f091476ed](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9c16fa004a480496a500f57f091476ed/Resolucion_002726-2012-.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9c16fa004a480496a500f57f091476ed)
- \_\_\_\_\_ (2017) Expediente 06374-2016-0-1801-JR-CI-05 - Proceso de Amparo. Sentencia de primera instancia. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/04/Descargue-aqu%->

[C3%AD-en-PDF-la-sentencia-que-ordena-a-Reciec-a-reconocer-como-padres-a-pareja-que-al-quil%C3%B3-vientre-Legis.pe\\_.pdf](#) y Sentencia de segunda instancia

<https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/busquedaform.html>

\_\_\_\_\_ (2019). Expediente N° 30541-2014-0-1801-JR-CI-01- Proceso de Amparo. [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/07/Exp.-30541-2014-0-1801-JR-CI-01-Legis.pe\\_.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/07/Exp.-30541-2014-0-1801-JR-CI-01-Legis.pe_.pdf)

Siverino, P. (2012). Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú. *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, 58(3), 213-220. [http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2304-51322012000300009&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-51322012000300009&lng=es&tlng=es).

\_\_\_\_\_ (2013). Bioética y Derechos reproductivos en el Perú: comentarios sobre algunos temas pendientes. *Foro Jurídico*, (12), 304-308. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13824>

\_\_\_\_\_ (2014). Derechos Humanos y Técnicas de Reproducción Asistida en el Perú: Relevo jurisprudencial y pautas para el análisis en J. Llaja (Ed.), *Los Derechos de las Mujeres en la Mira. Observatorio de Sentencias* (DEMUS – Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer, pp.101-138)

Santamaña, L. (2020). Técnicas de reproducción asistida. Aspectos Bioéticos. *Cuadernos de Bioética* 2000/1, p. 37-47. <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>

Tribunal Constitucional (2005). Expediente N.º 6712-2005-HC/TC <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.pdf>

\_\_\_\_\_ (2006). Expediente N° 2273-2005-PHC/TC <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html>

\_\_\_\_\_ (2009). Expediente N° 02005-2009-PA/TC <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.pdf>

\_\_\_\_\_ (2012). Expediente N° 00227-2011-PA/TC <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00227-2011-AA.html>

Varsi, E. (1995). *Derecho Genético. Principios Generales*. Trujillo: Editora Normas Legales. <https://repositorio.ulima.edu.pe/handle/20.500.12724/5088>