

Derecho y familia

LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN EN AMÉRICA LATINA



Nicolás Espejo Yaksic
Claire Fenton-Glynn
Fabiola Lathrop Gómez
Jens M. Scherpe
Editores



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

CFL | CAMBRIDGE
FAMILY LAW

**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación**

Primera edición: julio de 2022

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

CAPÍTULO 9

La gestación por subrogación en Perú

Paula Siverino Bavio*

* Abogada en derechos humanos y doctora en Derecho (Universidad de Buenos Aires). Miembro del International Bioethics Committee, UNESCO.

SUMARIO: A. Introducción. B. Contexto adverso al reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos y a los derechos de las personas LGBTQ+; C. Regulación y praxis de las técnicas de reproducción humana asistida en Perú; D. El emplazamiento filiatorio y la transferencia de la filiación en la gestación por sustitución; I. Soluciones jurisprudenciales; 1. Casación 5003-2007: ADN, legitimidad procesal y ovodonación; 2. Casación 4323-2010: la legalidad de la ovodonación; 3. Impugnación de la maternidad en un caso de subrogación solidaria, C.M.S.A. c/ L.A.U.O. y otro s/ impugnación de maternidad; 4. Casación 563-2011, una supuesta adopción especial; E. Nuestra lectura sobre el artículo 7 de la Ley General de Salud; F. Acuerdos de subrogación; G. Acuerdos transnacionales; H. Criminalización y agencias; I. Propuestas de regulación de la gestación por sustitución; J. Conclusiones. Bibliografía.

A. Introducción

La gestación por sustitución es una práctica legal no regulada en Perú que presenta aristas ética y legalmente complejas, sobre todo en lo relativo a garantizar los derechos humanos de las mujeres gestantes, que pueden encontrarse en situaciones de vulnerabilidad¹ y, en particular, "ante la existencia de grandes brechas económicas y sociales [...] entre quienes buscan acceder a estas técnicas de reproducción humana asistida para lograr su anhelo de paternidad/maternidad y quienes buscan ser donantes a cambio de una retribución económica", cuestionando la libertad —y el consentimiento informado— de esta decisión.² Pero también

¹ International Bioethics Committee-Unesco, "IBC Report on Assisted Reproductive Technologies (ART) and Modern Parenthood", París, 20 de diciembre de 2019. Disponible en: «<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367957>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

² Garcés Peralta, Carolina, "Vientre de alquiler, maternidad subrogada o gestación por sustitución ¿Debe el derecho evitar los abusos?", *Ius 360*, 2018. Disponible en: «<https://ius360.com/vientre-de-alquiler-maternidad-subrogada-o-gestacion-por-sustitucion-debe-el-derecho-evitar-los-abusos/>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

se han dado situaciones de niños y niñas sin filiación ni nacionalidad esclarecida durante años, personas que no han podido dejar el país con sus hijos y parejas detenidas y procesadas por tráfico de niños. Resulta fundamental, en este tema, el enfoque de derechos humanos y bioética, así como el enfoque de género y diversidades.³

En este artículo analizaremos la gestación por sustitución en Perú, dando un breve contexto de los derechos sexuales y reproductivos en el país y el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTQ+, para luego analizar la regulación y praxis de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), enfocándonos en la gestación por sustitución y su problema principal: el emplazamiento filiatorio y si es o no posible la transferencia de la filiación en la regulación actual.

Luego, veremos cuál ha sido la posición jurisprudencial en el tema, mencionaremos la cuestión de las agencias y la criminalización de la práctica, para cerrar mencionando las propuestas de reforma legislativa y las conclusiones.

B. Contexto adverso al reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos y a los derechos de las personas LGBTQ+

Perú es uno de los países con peores estándares en materia de violencia por prejuicio y protección de los derechos de las personas LGBTQ+ en la región;⁴ no cuenta con ley de identidad de género ni se admite el matrimonio igualitario, ni siquiera de aquellas personas legalmente casadas

³ Siverino Bavio, Paula, "Derechos humanos y técnicas de reproducción asistida en Perú: relevo jurisprudencial y principios para el análisis", en Llaja Villena, Jeanette (ed.), *Los derechos de las mujeres en la mira. Informe anual del Observatorio de Sentencias Judiciales*, Lima, Demus, 2014. Disponible en: «https://www.demus.org.pe/wp-content/uploads/2015/05/771_observatorio_ok.pdf». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

⁴ Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y Otra vs. Perú*, sentencia del 12 de marzo de 2020 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

en el extranjero.⁵ Si bien en los últimos años se ha logrado incluir los enfoques de derecho, género y multiculturalidad en la legislación, todo lo referido a avances en materia de derechos sexuales y reproductivos encuentra una firme oposición en el Congreso y una opinión ciudadana dividida y mayormente inclinada a posiciones conservadoras, al tener la religión cristiana (católica y evangélica) un fuerte peso en la opinión pública y el cabildeo político.⁶

Los proyectos para regular la reproducción asistida no han prosperado a lo largo de los años, y los que existieron no contemplaban a las personas sexualmente diversas. En 2009, el Tribunal Constitucional reconoció al óvulo fecundado como sujeto de derecho, jaqueando la reproducción asistida, si bien, posteriormente,⁷ la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *Artavia Murillo*⁸ despejaría las dudas sobre la legalidad de las prácticas, fijando los parámetros de convencionalidad. A la fecha de redacción de este texto (julio de 2021) se espera el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre un caso de ovodonación y gestación por sustitución que será clave para dilucidar la legalidad y extensión de las prácticas en el futuro cercano.

C. Regulación y praxis de las técnicas de reproducción humana asistida en Perú

Perú no cuenta aún con una ley de reproducción asistida; sin embargo, desde hace al menos 30 años existen centros privados que ofrecen tratamientos de reproducción asistida de alta y baja complejidad, rigiéndose

⁵ Tribunal Constitucional, Pleno Sentencia 676/2020, del 3 de noviembre de 2020, Exp. núm. 01739-2018 PA/TC, Oscar Ugarteche Galarza.

⁶ Cfr. Siverino Bavio, Paula, "Bioética y derechos humanos: la «bioética» confesional como estrategia", en Mujica, Jaris y Vaggione, Marco (comp.), *Grupos conservadores en América Latina*, Córdoba, CONICET, 2013, pp. 195-236. Disponible en: «<https://programadddssrr.files.wordpress.com/2015/08/vol7coleccionp.pdf>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

⁷ Tribunal Constitucional EXP. núm. 02005-2009-PA/TC LIMA, ONG "Acción de Lucha anticorrupción Sin Componenda", sentencia del 16 de octubre de 2009.

⁸ Corte IDH., *Artavia Murillo y otros c. Costa Rica*, sentencia del 28 de noviembre de 2012 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

mediante autorregulación, difiriendo en los tipos de tratamiento, los costos y las prácticas consideradas problemáticas. Atienden a parejas casadas, unidas de hecho y a mujeres solteras, tanto peruanas como extranjeras; alguna clínica ha aceptado a parejas de mujeres, pero no suelen atender a personas sexualmente diversas. Las clínicas que ofrecen tratamientos de alta complejidad incluyen la ovodonación, el diagnóstico preimplantatorio, la crioconservación de embriones y la gestación por sustitución. El sistema público de salud solamente brinda acceso a tratamientos de baja complejidad a parejas casadas o unidas de hecho.⁹ No existen criterios uniformes en el abordaje, salvo las sugerencias de la Red Lara,¹⁰ entidad regional a cargo de la acreditación de las clínicas de reproducción asistida.

La legislación vigente cuenta con un solo artículo referido a las TRHA, el polémico artículo 7 de la Ley General de Salud (LGS):

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 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.

⁹ Concebir: «<https://www.concebir.com/fecundacion-in-vitro/>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].; Inmater: «<https://www.inmater.pe/somos-clinica-fertilidad/>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].; Procrear: «<https://procrear.com.pe/>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021]; «<https://procrear.com.pe/tratamientos/#INVO>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021]; Fertilidad gestar: «<https://fertilidadgestar.com/tratamientos>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021]; IGF: «<https://www.igf.com.pe/>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021]; Fertigyn: «<http://fertigyn.com.pe/#>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021]; Fecundar: «<https://fecundarperu.com/infertilidad/>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021]; Clínica Angloamericana: «<https://clinicaangloamericana.pe/servicios/fertilidad/>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021]; Nacer: «<http://www.nacer.com.pe/nosotros>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021]; Clinicafer: «<https://www.clinifer.pe>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

¹⁰ Red Latinoamericana de Reproducción Asistida: «<https://redlara.com>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

El artículo considera que tratar la infertilidad es un derecho y requiere consentimiento informado por escrito, admitiendo la fecundación heteróloga sólo con material genético masculino y exigiendo que la condición de madre gestante y madre genética coincidan, lo que obstaculizaría la ovodonación, la embriodonación y la gestación subrogada. Sin embargo, una correcta lectura del artículo 7 de la LGS ampara la legalidad de estas técnicas y las falencias del razonamiento contrario,¹¹ posición sostenida en la casación 4323-2010 de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, que determina que "al no estar expresamente legislada la ovodonación, no constituye ilícito ni delito", aunque excluye a la gestación subrogada.

En la posición contraria, existe doctrina que la considera ilegal y antiética, por configurar "una forma de explotación económica donde una mujer por necesidad económica se compromete a llevar en el vientre a un embrión de otras personas a cambio de dinero", recomendando que deben auditarse las clínicas de fertilidad para dismantelar "el mercado negro" existente.¹² También se ha postulado que constituye una "desnaturalización" de varias instituciones jurídicas e instrumentaliza a la mujer.¹³

D. El emplazamiento filiatorio y la transferencia de la filiación en la gestación por sustitución

Para la legislación peruana, la madre es la mujer que lo dio a luz al infante. Si esa mujer es casada, el recién nacido o nacida tiene al esposo como padre (presunción de paternidad, artículo 361, Código Civil peruano [CC]); si no es casada, el padre puede reconocer de manera voluntaria la

¹¹ Siverino Bavio, Paula, "Derechos humanos y técnicas de reproducción asistida en el Perú: relevo jurisprudencial y principios para el análisis".

¹² Mosquera, Clara, "Otra vez los vientres de alquiler, *La Ley*, 2018. Disponible en: «<https://laley.pe/art/6071/otra-vez-los-vientres-de-alquiler>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

¹³ Valdivieso López, Erika, "Ventre de alquiler, presupuestos de su antijuridicidad", *Legispe*, 2018. Disponible en: «<https://pderecho.pe/ventre-alquiler-presupuestos-antijuridicidad/>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

paternidad o ser obligado mediante una acción legal. Es un indicador interesante de resabios patriarcales que en el Código Civil peruano la presunción de maternidad no está explicitada, mientras que la presunción de paternidad encabeza el capítulo sobre filiación. Se ha entendido que el Código Civil en su artículo 409 recepta el principio *mater semper certa est*: "La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo". Así se deduciría del artículo 362 del CC, el cual señala que: "El hijo se presume matrimonial, aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera".

Como en Perú no están reguladas las TRHA, en general, ni la gestación por sustitución, en particular, el parto determina la atribución de maternidad y el matrimonio o el reconocimiento posterior —voluntario o mediante sentencia judicial— hace lo propio con la paternidad. La filiación surge del hecho natural con consecuencias jurídicas del parto y de actos jurídicos tales como el reconocimiento y la adopción. La voluntad procreacional no es reconocida como fuente filiatoria, para lo cual haría falta una modificación del Código Civil, por vía sustitutoria o complementaria, pudiendo, sin embargo, ser declarada por el juez en un caso concreto.

A la fecha, han trascendido muy pocos casos en los que se ha acudido a la justicia para solicitar el cambio del emplazamiento filiatorio de niños nacidos mediante gestación por sustitución, en relación con la cantidad de procedimientos que se estima se realizan en Perú, de los cuales, una buena parte serían gestaciones altruistas.¹⁴ De los casos judicializados que tomamos conocimiento, el ciento por ciento lo son luego del nacimiento de la criatura, por considerar que el interés superior del infante inclinaría a la justicia a fallar a favor de los comitentes.

¹⁴ Tal es el caso en *C.M.S.A. c/ L.A.U.O. y otro s/ impugnación de maternidad*, resuelto por el Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia Lima, 2009.

Considerando la experiencia de países con un registro más largo de prácticas de gestación por sustitución, como Argentina, y teniendo en cuenta el enorme grado de incertidumbre legal al que se exponen las personas que buscan formar una familia por esta vía en Perú, existen alternativas legales. En lugar de esperar al nacimiento para petitionar la regularización filiatoria, podría iniciarse un proceso judicial, mediante el cual —con la documentación requerida, los consentimientos informados y el acuerdo de subrogación— se solicite a un juez o jueza que ordene la inscripción en el certificado de nacido vivo y en el Registro como hijo o hija de la persona o pareja comitente.

El juez o la jueza suele pedir una audiencia con las partes, para tomar conocimiento del caso y tiene la posibilidad de entrevistar a la potencial gestante para descartar situaciones irregulares o de potencial explotación. Estos procesos suelen iniciarse una vez logrado el embarazo. Ciertamente es que los largos plazos legales a veces atentan contra la obtención de una inscripción a tiempo y también se duda de la posición de un magistrado en una sociedad conservadora como la peruana, temiendo la negativa *a priori*. Debido a ello y por considerar que el peso casi ineludible del interés superior del niño, una vez nacido, hará más viable lograr el resultado positivo, las personas suelen optar por regularizar después la situación.

El conservadurismo en materia de derechos sexuales y reproductivos, así como la poca formación de la mayoría de los magistrados y las magistradas en temas relacionados con la bioética jurídica, en general, y a la reproducción asistida, en particular, podría ser una razón. Frente al temor de una respuesta judicial negativa o el escenario de largas dilaciones antes de lograr una autorización legal, las clínicas prometen resultados médicos positivos soslayando las dificultades legales, tal como se comentará en el acápite sobre criminalización.

I. Soluciones jurisprudenciales

En Perú, las vías procesales elegidas para determinar la filiación en casos de gestación por sustitución han sido: a) el proceso de amparo, enfocado

en el derecho a la identidad del infante y el interés superior del niño; b) el proceso civil de impugnación de la maternidad, y c) el proceso de adopción especial. Comentaremos brevemente los casos que han alcanzado notoriedad pública, incluyendo dos casaciones de la Corte Suprema de Justicia sobre un caso de ovodonación, ya que esta práctica está presente en la mayoría de las gestaciones por sustitución.

1. Casación 5003-2007: ADN, legitimidad procesal y ovodonación¹⁵

Se trató de un caso que involucraba ovodonación. La señora A y el señor B convivieron varios años como pareja estable y, al no lograr un embarazo, recurrieron a la fecundación *in vitro* en la Clínica P, primero con material genético de la pareja y luego con óvulos de una donante anónima, logrando finalmente el embarazo. En el transcurso de este proceso, el señor B, que mantenía una relación afectiva paralela, contrajo matrimonio con la segunda mujer (la señora C), quien quedó embarazada, por lo que dejó en abandono afectivo y material a la señora A. Sumado a ello, el señor B desconoció la filiación de la niña que estaba gestando la señora A. Al nacer la niña, la señora A inició un proceso de filiación y, producto de ello, el señor B reconoció a la nacida como su hija. De manera simultánea, nació su hijo con la mujer con quien se había casado. Luego de que el señor B reconociera a la niña, la señora C inició en contra de la señora A una demanda por impugnación de la maternidad basada en que sabía, por su relación con el señor B, que la señora A no era la madre biológica de la menor al haberla concebido mediante ovodonación y, para hacerlo, en representación de su hijo —medio hermano de la menor—, alegó un interés legítimo en develar la "verdadera identidad" de la madre, pues lo contrario le ocasionaba un grave daño a la identidad de su propio hijo.¹⁶

¹⁵ Siverino Bavio, Paula, "Derechos humanos y técnicas de reproducción asistida en el Perú: relevancia jurisprudencial y principios para el análisis".

¹⁶ Habiendo tomado conocimiento directo del caso hacia el final del proceso en la Corte, quien suscribe este artículo considera que es uno de los casos de violencia de género más crudos e inverosímiles que haya visto en su vida profesional.

El planteamiento de la señora C —enmarcado en una situación más propia de una telenovela que de un proceso judicial— fue rechazado en primera y segunda instancias por entender, sobre distintas bases, que ella carecía de legitimación procesal y que, aun teniéndola, no se había acreditado la existencia de un daño. Estos sensatos razonamientos fueron revertidos por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, la cual defendió la legitimidad procesal de la señora C sobre la base del ligamen biológico que une a los medio hermanos (infantes que no se conocían ni convivían al tiempo de la demanda). La Sala Civil aceptó el recurso de casación por entender afectado el derecho a un debido proceso, interpretando que no era preciso probar afectación o daño, sino que, acreditado este vínculo (ADN), se presumía el "interés moral" en el esclarecimiento de la verdad biológica de la niña que tendría el medio hermano. Así, declaró nulas las resoluciones judiciales anteriores y ordenó que el juez de primera instancia volviera a pronunciarse sobre la base de la decisión resultante. Además de la acción civil, la señora A fue demandada penalmente por adulteración de instrumento público y sufrió detención y privación de la libertad y un sinnúmero de violencias a lo largo del proceso civil y penal, hasta que, luego de siete años, los reclamos fueron desestimados.

La Sala Civil de la Corte consideró "ilegal" y "falsa" la maternidad de la señora A por no ser la madre genética, ignorando completamente las implicancias de la fecundación heteróloga, el interés superior de la niña, varios tratados de derechos humanos y 30 años de doctrina en el derecho comparado sobre el tema. Asimismo, parece no advertir la falta de valor social de esta demanda, cuyo único interés era causar daño a una mujer con una limitación reproductiva y dejar sin filiación a una niña, la cual, de prosperar la demanda, enfrentaría estos escenarios, cual más perjudicial: *a*) quedar irremediablemente privada de filiación materna, contra la realidad de una madre que la gestó, alimentó y amó desde el primer momento; *b*) que se le atribuya la maternidad a la donante del óvulo (que sería la madre "verdadera" según el criterio de la Sala que sólo admite el vínculo biológico), lo cual sería un absurdo, pues implicaría levantar

el anonimato de la donación y atribuir voluntad procreacional a quien sólo realizó una donación de gametos, en una injerencia arbitraria e inaceptable en su derecho a la intimidad, sus derechos reproductivos y su proyecto de vida; c) promover la adopción de la cónyuge de su progenitor, mujer que no sólo no tiene ningún vínculo con la menor, sino que es quien promueve la impugnación de la maternidad que le causa un daño irreparable, en un escenario digno de una historia de terror.

La segunda cuestión que quedó planteada ante la Sala fue la denuncia que hizo la señora C de que el embarazo se logró con el óvulo de una donante y el semen de su marido, utilizado sin el consentimiento de éste y en abierta contradicción con la prohibición del artículo 7 de la LGS. Ello fue resuelto un par de años después en la casación 4323-2010 mediante un recurso interpuesto por la Clínica P., que comentamos a continuación.

2. Casación 4323-2010: la legalidad de la ovodonación

El recurso fue interpuesto por la Clínica P y por la señora A en contra de la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, fundado en una incorrecta interpretación del artículo 7 de la LGS, que consideró la ovodonación como una práctica prohibida, y en que las cláusulas de los acuerdos de Autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria y el Convenio de Realización de Técnica de Reproducción Asistida, celebrados entre la clínica y la pareja que entonces formaban la señora A y el señor B, violaban el orden público. La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema consideró que la Corte de Lima violó el derecho a la motivación de las sentencias judiciales al basar su decisión en una interpretación incorrecta del artículo 7 de la LGS.

¿Qué sostiene la casación 4323-2010?: a) que al no estar expresamente legislada la ovodonación, conforme al principio de clausura, no constituye ilícito ni delito; b) siendo legal la técnica empleada, es válido el

acuerdo suscrito; c) reconoce que de esta unión nace una niña que es sujeto de derecho y que debe ser protegida (un gran avance si consideramos la casación anterior en el mismo caso), y d) considera que la no permisión se refiere a la gestación por sustitución.

3. Impugnación de la maternidad en un caso de subrogación solidaria, C.M.S.A. c/ L.A.U.O. y otro s/ impugnación de maternidad¹⁷

En el caso *C.M.S.A. c/ L.A.U.O. y otro s/ impugnación de maternidad*, resuelto por el Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia, en 2009, la señora X y su esposo, el señor Y, recurrieron a la fertilización *in vitro* utilizando su propio material genético y contando con el apoyo de la madre de la señora X, la señora Z, quien gestó a su nieta, ya que la señora X padece una insuficiencia renal severa y es candidata a un trasplante. Al nacer, la niña fue anotada en la clínica como hija de la señora Z y su yerno, el señor Y. La señora X interpuso una acción de impugnación de la maternidad a fin de que se le reconociera el carácter de madre legal de la niña. La jueza entendió que era preciso contemplar nuevas formas de maternidad, pidió una prueba de ADN y, ante el resultado positivo, estimó que no existiendo una prohibición respecto de la maternidad subrogada y con mayor razón cuando la gestación, asumida por la madre de la accionante, fue un acto altruista y amoroso, cabía definir la filiación biológica a favor de la señora X, dando lugar a la acción.

Sin embargo, lo que hace notable esta sentencia es que al saber que como consecuencia del procedimiento de fecundación *in vitro* realizada resultaron sobrantes tres óvulos fecundados congelados, el tribunal ordenó

¹⁷ Este acápite reproduce lo sostenido en Siverino Bavio, Paula, "Impugnación de la maternidad, identidad y reproducción asistida heteróloga en el Perú: cuando los genes ganan y las personas pierden", *Revista de Derecho de Familia* 55, 2012.

que éstos fueran "traídos a la vida, por sí o por una nueva maternidad subrogada", en el plazo perentorio de dos años desde la sentencia, bajo apercibimiento de que el Ministerio Público iniciara "el proceso de abandono de los citados embriones congelados y pueda otorgarse en adopción a padres sustitutos, con la finalidad de hacer efectivo el derecho a la vida que tienen dichos embriones en su calidad de niños y, por ende, sujetos de derechos y de protección específica", ordenando a la Defensoría del Pueblo que controlara la ejecución de esta sentencia.

Esta es una determinación de dudosa legitimidad legal y ética; la jueza no sólo soslayó la patología que llevó a la accionante a pedir a su madre que gestara a su propia nieta, sino que es válido preguntarse si cabe dentro de la competencia de una magistrada ordenar "que se traiga a la vida" a esos embriones, desconociendo las violaciones de derechos fundamentales en las que se podría incurrir (derechos reproductivos, derecho a la privacidad, al proyecto de vida, a la salud, entre otros), asumiendo que los óvulos fecundados crioconservados son niños y tienen iguales o mejores derechos que sujetos ya nacidos.

En este orden de ideas, ese mismo año, el Tribunal Constitucional consideró al óvulo fecundado como sujeto de derechos, en una polémica sentencia al pronunciarse sobre la distribución de la píldora del día siguiente.¹⁸ El valor de esta posición quedará soslayado por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* (2012), que fijó los parámetros de convencionalidad para la región estableciendo claramente que el ovocito fecundado crioconservado no puede considerarse sujeto de derechos, menos aún tener el estatus de niño.

¹⁸ Siverino Bavio, Paula, "El derrotero de la píldora del día después en Perú. Algunos comentarios en torno a las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano sobre el particular", *Revista de Análisis especializado en jurisprudencia RAE Jurisprudencia* 16, 2009, pp. 63-88; publicado también en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* 2, 2010, pp. 244-269.

4. Casación 563-2011, una supuesta adopción especial

En este caso de 2011, la Sala Civil de la Corte Suprema rechazó un recurso de casación interpuesto por la madre biológica de una niña dada en adopción habiendo mediado una (oculta) maternidad subrogada. El caso gira en torno a una demanda de adopción por excepción que al asumir la existencia de un enlace familiar entre adoptado y adoptantes, se tramita por vía judicial. Se trata de un proceso civil de adopción especial de una niña de —a esa fecha— seis años, que desde los nueve días de nacida fue entregada por una pareja a los "preadoptantes" mediando incluso acuerdo notarial. Entre la mujer preadoptante y el supuesto padre de la criatura mediaba parentesco (tía-sobrino). En el medio del proceso de adopción, iniciado de común acuerdo entre la pareja preadoptante y los supuestos padres de la niña, la madre legal se arrepintió, negó desearla en adopción, alegó que lo hizo por necesidad económica y denunció que en realidad los preadoptantes no calificaban por dos razones: falta de solvencia moral, ya que todo el tiempo habían mentido al tribunal, y por no proceder la adopción especial, ya que no existía parentesco entre la preadoptante y su marido, al no ser el padre biológico de la niña.

Así, la señora denunció que se trató desde el inicio de un vientre subrogado, que el preadoptante era en realidad el padre biológico (lo que se comprobó por la prueba de ADN) y que ella aceptó dinero para irse a Italia y mejorar las condiciones de sus hijos. De la sentencia se conoció que la madre legal exigió dinero para no abortar en más de una ocasión y que extorsionó a la pareja comitente. Los informes ambientales se mostraron favorables a la pareja preadoptante, los magistrados justificaron lo ocurrido en el fuerte deseo de tener un hijo, reprocharon duramente la actitud de la pareja que entregó a la niña por dinero y recalcaron la importancia del interés superior de la niña, lo amada y cuidada que era por la pareja a la cual finalmente se le dio la adopción de la niña. Consideraron que si bien un padre biológico no puede adoptar a una niña, al no ser el padre legal, ello no obsta a proseguir el trámite. La Corte no se pronunció

sobre la gestación por sustitución ni sobre la voluntad procreacional. Al develarse la maniobra fraudulenta y paralelamente al proceso de adopción, el Ministerio Público inició contra la pareja que gestó y entregó a la niña un proceso penal por extorsión y alteración del estado civil de la menor.¹⁹

E. Nuestra lectura sobre el artículo 7 de la Ley General de Salud²⁰

Dada la constante invocación en sede judicial del artículo 7 de la LGS, se sistematizan, a continuación, argumentos para reforzar las conclusiones sobre la legalidad de la ovodonación y la gestación subrogada:

- a) Metodología: la norma no contiene una prohibición respecto de la ovodonación, la maternidad subrogada o la embriodonación. Si atendemos a su metodología, el último párrafo del artículo contiene las dos prohibiciones respecto de las técnicas (fecundación para fines distintos de la reproducción humana y clonación reproductiva). Si el legislador hubiera querido prohibir la ovodonación o la gestación por subrogación, lo lógico hubiera sido enumerarlas en esta parte de la norma.
- b) Principios de legalidad y de clausura: las prohibiciones no pueden interpretarse de manera analógica, lo cual vulneraría el principio de clausura que establece que "aquello que no está prohibido, está permitido" y el principio de legalidad. Por lo tanto, la frase "siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona", podría considerarse una exhortación del legislador, mas no una prohibición.

¹⁹ Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia Cas 563-2001, sentencia del 6 de diciembre de 2011.

²⁰ Siverino Bavio, Paula, "Derechos humanos y técnicas", *op. cit.*

- c) Principio de igualdad y no discriminación: integrando el artículo 7 a la legislación peruana, consideramos que la distinción entre admitir el uso de material genético masculino y prohibir el uso de material genético femenino de terceras personas constituiría una inaceptable discriminación por razón de género, ya que sólo permitiría el acceso a las técnicas en el caso que las dificultades o problemas para concebir radiquen en el varón, pero no admitiría soluciones a la gran mayoría de los problemas vinculados a la infertilidad de origen femenino.
- d) Legalidad y utilidad social: si conforme a lo dicho sólo tuvieran acceso a las técnicas de reproducción asistida las mujeres sanas, con óvulos viables, sin dificultades para lograr y mantener un embarazo, ¿cuál sería la utilidad de las técnicas en reproducción asistida? ¿Permitir paliar la infertilidad masculina? Conforme esta lectura, el valor social de las técnicas de reproducción asistida residiría en que permitirían superar exclusivamente la infertilidad del hombre. Esta interpretación, que instrumentaliza a la mujer como mero objeto de tránsito reproductivo para preservar la descendencia del hombre, no sólo es éticamente inaceptable sino, además, contraria a derecho.
- e) Eficacia normativa: por otro lado, si lo que se pretende es evitar los conflictos en torno a la configuración de la identidad de los niños y las niñas que nacieran producto de las técnicas de reproducción asistida heterólogas, entonces la prohibición debería ser total, no justificándose la donación de espermatozoides, motivo que no alcanzaría a la maternidad subrogada. Se ha alegado que la disposición pretende proscribir la gestación por subrogación. Esto mismo deja entrever la casación 4323-2010. Tampoco estamos de acuerdo. Si esa fuera la razón, entendemos que la medida es, cuanto menos, ineficiente ya que es factible que, coincidiendo madre genética y madre gestante, la gestación por subrogación tenga lugar utilizando material genético de un donante anónimo o del varón

de la pareja. Más propio, en todo caso, sería establecer una clara prohibición de la gestación por subrogación, aunada a la ya existente determinación de la maternidad legal por el parto. Aunque vale aclarar al respecto —y sin que ello implique en modo alguno desconocer la complejidad que puede revestir el caso concreto— que disposiciones como la presunción de maternidad respecto de la mujer gestante (mismo por su carácter de presunción) no podría ser alegada para impedir u obstaculizar el reconocimiento de la identidad y adecuado emplazamiento filiatorio de un infante nacido mediante una gestación por subrogación.

- f) Viabilidad ética y técnica de la embriodonación: el artículo 7 cerraría la posibilidad de la embriodonación, la cual puede ser una alternativa válida para parejas infértiles, ya que constituye un tratamiento menos gravoso (físicamente para la mujer, al evitar la estimulación ovárica, y en términos económicos, por su costo mucho menor) y que permitiría la experiencia de la gestación, consolidando el vínculo filial y utilizando embriones congelados, dando una solución concertada al problema de los embriones supernumerarios y evitando que se sigan generando embriones "sobrantes".
- g) Inconveniencia de la interpretación literal: por último, si quisieramos abogar por la validez de la literalidad de la norma, nos encontraríamos con otro obstáculo, éste es el muy cuestionable requerimiento del consentimiento expreso de los "padres biológicos", ya que, al admitirse la donación de esperma (siendo este hombre el padre biológico), se estaría exigiendo la presencia y firma de un donante anónimo que asumiría, entonces, ¿obligaciones? ¿derechos? ¿configuraría adulterio?, en un curioso cuadro jurídico que sólo se entiende a merced de una errónea técnica legislativa, lo que demuestra claramente cuán conflictivo e inadecuado resulta ceñirse exclusivamente a su aplicación literal.

Es relevante mencionar que la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso, en ocasión del predictamen del Proyecto de Ley 1722/2012 sobre THRA, consideró, al analizar el supuesto de la gestación por sustitución (prohibida en el proyecto de ley, pero ya con antecedentes jurisprudenciales), refiriéndose al artículo 7 de la LGS y al caso en que no coincidan madre gestante y genética: "[E]sta situación fáctica no está prohibida legalmente, conforme a lo dispuesto por el artículo 2o., numeral 24, inciso a), de la Constitución Política del Estado que regula el Principio de Reserva, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni prohibido de hacer lo que ella no prohíbe".²¹

F. Acuerdos de subrogación

En Perú, al no estar reguladas las técnicas de reproducción asistida, no resultan vinculantes ni exigibles los acuerdos o contratos de gestación por sustitución, puesto que se tratarían de un objeto ilícito (artículo 129, CC) y, por ello, nulo de nulidad absoluta (no subsanable). Y ello debido a que si bien el procedimiento médico mediante el cual se lleva adelante el embarazo de la gestante no está prohibido, un acuerdo de subrogación regula los derechos y obligaciones de las partes, siendo el objeto principal la entrega del infante gestado. En el derecho peruano no existe aún una norma general que legitime la voluntad procreacional en las técnicas de reproducción asistida como fuente filiatoria y, por ende, no puede pactarse la transferencia de la filiación mediante un instrumento privado, ya que ello colisiona con las normas de orden público que determinan la filiación. Agravaría aún más este hecho el que tal acuerdo contemplara cláusulas de retribución económica a cambio de la entrega del recién nacido para emplazarlo en una filiación distinta a la prevista legalmente.

²¹ Predictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, recaído en el Proyecto de Ley núm. 1722/2012, que propone la ley que regula la reproducción asistida. Disponible en: «[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2011/com2011jusderhum_nsf/746aabb1ed76b49a05257a6900618267/d0e75694414894cb05257cdb000272f1/\\$FILE/PL-1722Predictamen.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2011/com2011jusderhum_nsf/746aabb1ed76b49a05257a6900618267/d0e75694414894cb05257cdb000272f1/$FILE/PL-1722Predictamen.pdf)». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

Por esta razón, las clínicas de fertilidad no publicitan la práctica de la gestación por sustitución en sus páginas web ni la incluyen entre los tratamientos ofrecidos, si bien es un hecho que esas prácticas se realizan, habiéndolo constatado mediante entrevistas a médicos y abogados que han tenido conocimiento directo de casos, por las demandas que llegan a los tribunales e, incluso, habiendo tenido a la vista, quien suscribe este texto, modelos de acuerdos de subrogación.

Así las cosas, la realidad indica que en Perú se practica regularmente la gestación por sustitución y se celebran acuerdos para este fin, si bien no se incluyen cláusulas de retribución económica, las que pueden constar en un registro privado paralelo. Todos los casos son asumidos y registrados como gestaciones solidarias, aun aquellos en los que la gestante no tiene ninguna relación con la persona o pareja comitente. Hasta donde ha sido posible averiguar, no se registran casos de controversia o disputa por querer conservar o negarse a asumir la tenencia del infante nacido mediante uno de estos acuerdos, aunque sí un caso en el cual en medio del proceso se generó la controversia.²² Lo que sí ha sucedido es que, en los casos en los cuales se ha judicializado el emplazamiento filiatorio, los acuerdos de subrogación son utilizados como un elemento probatorio clave para probar la voluntad procreacional de la pareja comitente y la falta de ella por parte de la mujer colaboradora.

Un acuerdo típico de subrogación contiene la declaración de voluntad libre y esclarecida de la gestante —"la colaboradora"— de ayudar a la pareja beneficiaria o beneficiarias a que sean padres biológicos, mediante la intervención de un profesional que se detalla, debido a la incapacidad de la señora X de gestar por sí misma. Se entiende que la gestante está haciendo uso de su útero como parte disponible del cuerpo humano. Se firma un acuerdo por embarazo y, de fallar la transferencia y no lograrse el embarazo, se firmará otro acuerdo. Previamente a éste, las partes han

²² Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia Cas 563-2001, sentencia del 6 de diciembre de 2011.

pasado por una asesoría psicológica y existe un estudio de la personalidad de la gestante, la cual también accede a que se le haga seguimiento psicológico durante el embarazo y hasta 40 días después del parto. También se deja constancia de haber tenido asesoría legal para comprender los alcances del acuerdo.

En segundo lugar, se deja constancia de que la colaboradora no intentará establecer un vínculo con el niño gestado, con quien no tendrá vínculo genético. Se utilizarán técnicas de reproducción asistida y se transferirán máximo dos embriones, se indican las tasas de embarazo por transferencia en ciclo, así como de embarazo múltiple. La colaboradora acuerda someterse a una cesárea y a no realizarse un aborto, salvo que se trate de un aborto terapéutico, medicamento indicado.

Asimismo, se advierte sobre la posibilidad de que el recién nacido o nacida presente alteraciones genéticas o congénitas y que, en todos los casos, serán los beneficiarios quienes se harán cargo de los infantes nacidos aun si presentaran cualquier patología. Luego, la colaboradora manifiesta "estar de acuerdo en firmar todas las declaraciones juradas necesarias y otros documentos posteriores luego del nacimiento del niño" y participar voluntariamente en cualquier procedimiento de paternidad o maternidad para que los nombres de la pareja beneficiaria figuren en la partida de nacimiento como los padres biológicos.

En caso de muerte de uno de los beneficiarios, la colaboradora acuerda entregar al niño o niña a quien lo sobreviva (nada dice sobre si mueren ambos). En cuanto a los cuidados y responsabilidades, la gestante o colaboradora "asume el embarazo de manera humanitaria, libre, informada, consciente, responsable y gratuita. Acepta su compromiso de poner en práctica las indicaciones médicas a fin de procurar un embarazo exitoso, tranquilo y sin exposiciones perjudiciales de cualquier género para el concebido". En este acuerdo se reconoce "que el hijo producto de la misma, conforme lo disponen nuestras normas legales, es de la mujer que lo gesta y, en su caso, tiene como padre al marido de ésta"; sin embargo,

en función de una serie de consideraciones éticas y legales, quien gesta "se compromete expresamente a entregar al menor [a la pareja beneficiaria] después del alumbramiento".²³

G. Acuerdos transnacionales

Dado que la gestación por sustitución no es una práctica regulada, no hay acuerdos transnacionales formales y, hasta donde se ha podido averiguar, tampoco hay acuerdos informales con los consulados para regularizar la situación de los niños o niñas nacidos en Perú de padres extranjeros, residentes en el exterior o de quien acude a TRHA en países donde la gestación subrogada es legal.

Ello deja en un "limbo" legal fuertemente lesivo de derechos a familias y a niños nacidos en el extranjero, donde la gestación subrogada es legal, al ingresar a Perú. Tal es el caso del productor y activista Ricardo Morán, quien hizo público, en diciembre de 2020, su caso, cuando el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) le negó la inscripción registral de sus hijos, nacidos en Estados Unidos mediante gestación subrogada. Los niños tienen partida de nacimiento y pasaporte estadounidense, pero se les ha negado la inscripción en Perú, por no constar la madre, y tampoco se les permite salir del país, para lo cual se les exige autorización de la "madre".²⁴ El Reniec alega no haber negado la inscripción, sino haberla observado, pudiendo él subsanar dicha observación "cumpliendo los requerimientos de la normativa vigente",²⁵ es decir, colocando los

²³ "Acta de Colaboración. Acuerdo de Subrogación" (copia facilitada a la autora).

²⁴ El Comercio, "Ricardo Morán reveló que la Reniec no le permite inscribir a sus hijos por ser solo un padre", *El Comercio Digital*, 9 de diciembre de 2020. Disponible en: «<https://elcomercio.pe/tvmas/farandula/ricardo-moran-revelo-que-la-reniec-no-le-permite-inscribir-a-sus-hijos-por-solo-tener-un-padre-noticia/>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021]; Massi, Diana, "Ricardo Morán sobre ser padre subrogado: 'Yo soy gay, no estéril. Son dos cosas completamente diferentes'", *BBC News Mundo*, 8 de noviembre de 2019. Disponible en: «<https://www.bbc.com/mundo/noticias-50169907>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

²⁵ República Digital, "Ricardo Moran sobre sus hijos: 'Somos familia aunque el Reniec no quiera'", *La República Digital*, 12 de mayo de 2021. Disponible en: «<https://larepublica.pe/espectaculos/2021/05/12/ricardo-moran-sobre-sus-hijos-familia-aunque-el-reniec-no-quiera/>». [Consultado el 3

datos de la mujer que es "la madre". El caso está judicializado y pendiente de respuesta actualmente.

H. Criminalización y agencias

En Perú no se ha registrado a la fecha la existencia de agencias facilitadoras de gestaciones subrogadas. No ha surgido ni del relevamiento de la práctica legal o médica ni de las entrevistas a personas vinculadas a la reproducción asistida.

En cuanto a la criminalización de la gestación por sustitución, como se ha mencionado, es una práctica legal no regulada, pero la falta de precisión normativa y de un apropiado asesoramiento legal brindado por las clínicas que ofrecen servicios a quienes optan por este método —el cual es ofrecido, mas no públicamente— han derivado en situaciones dramáticas o en la comisión de delitos contra la fe pública y el estado civil de las personas, de cuya gravedad ni las clínicas ni los comitentes parecieran tomar cabal conciencia.

Cuando un infante nace es inscrito en la clínica donde la mujer lo dio a luz y se labra un certificado de nacido vivo con los datos de la gestante. Luego, este certificado es llevado al Reniec, donde, a partir de estos datos, se confecciona la partida de nacimiento y se emite el documento nacional de identidad. Con la partida de nacimiento se consolida el emplazamiento filiatorio del menor.

El Código Penal prohíbe y castiga hasta con cinco años de prisión a quienes alteren el estado civil de una persona, finjan un embarazo, sustituyan a un menor por otro, le atribuyan falsa filiación o expongan u oculten al menor (artículos 143-145).

de septiembre de 2021]; RPP Noticias, "Ricardo Morán tras rechazo del registro de sus hijos: 'Vamos a pelear hasta que RENIEC los inscriba'", *RPP Noticias*, 14 de marzo de 2021. Disponible en: <<https://rpp.pe/famosos/farandula/ricardo-moran-rechazo-de-reniec-registro-de-sus-hijos-vamos-a-pelear-hasta-que-los-inscriba-noticia-1325681>>. [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

Pese a ello, es sabido que se han realizado prácticas de falseamiento de los documentos de identidad de la gestante (a la que se provee de un documento de identidad con su foto y los datos legales de la madre de intención) para que cuando se registre el nacimiento se consignen los datos de la madre comitente. Otra estrategia consiste en adulterar los certificados de nacido vivo: la clínica de reproducción asistida conserva el certificado original donde consta como madre la mujer que dio a luz y elabora uno nuevo con el nombre de la madre de intención, siendo este último certificado el que se lleva al Registro Público para la inscripción del nacido.

Se da entonces la paradoja de que si bien el procedimiento médico de gestación por sustitución es una práctica legal, permitida por no estar prohibida, cuando se trata de realizar el emplazamiento filiatorio de los padres de intención de manera irregular, los involucrados infringen la ley, cometiendo una serie de delitos contra la fe pública y el estado civil de las personas al intentar transferir la filiación mediante medios ilícitos. La digitalización en el registro de los nacimientos en las clínicas de casi todo el país y la centralización en la expedición de los certificados de nacido vivo en los últimos años ha obstaculizado la continuidad de estas maniobras irregulares.

Lamentablemente, la desactualizada normativa peruana, unido a un deseo tan intenso de formar una familia que conduzca a soslayar los riesgos legales, pueden llevar a personas bien intencionadas a avalar o participar de prácticas irregulares o, incluso, derivar en la comisión de delitos. Otras veces se presentan situaciones de "limbo legal", en las que los progenitores tienen niños que no figuran como sus hijos legales, o bien que habiendo obtenido una inscripción irregular, no pueden regresar con ellos a sus países de origen.²⁶

²⁶ En las entrevistas se mencionó el caso de una ciudadana peruano-estadounidense que desde hace cinco años está impedida de regresar a Estados Unidos de América con su hija, por no poder justificar su nacimiento conforme a las leyes requeridas para ingresar al país e inscribirla legalmente como suya.

Algo muy llamativo —que quien suscribe este texto ha podido observar de manera sostenida a lo largo de más de una década de trabajo como abogada y bioeticista que asesora en fertilidad humana— es la resistencia de no pocos profesionales de la salud frente a las normas legales. En muchas entrevistas ha surgido la dificultad de comprender el alcance real de la gravedad de pretender desconocer las normas de orden público que establecen la filiación legal. Estos últimos años ha ido ganando terreno una visión más legalista en materia de gestación subrogada, a fuerza de casos en los que parejas comitentes, profesionales de la salud y dueños de clínicas han sido objeto de imputaciones penales, que han obligado a mayor previsión y cautela.

En Perú, uno de los casos más sonados fue uno protagonizado en 2018 por una pareja de ciudadanos chilenos que, luego de más de una década de intentos infructuosos y por recomendación de sus médicos tratantes, acudieron a una reconocida clínica peruana para llevar adelante un proceso de fecundación *in vitro*. Dada las características de la pareja, se les recomendó una gestación subrogada con material genético del padre comitente. Iniciado el embarazo en la mujer gestante, que no tenía vínculo afectivo con los comitentes, pero con quien no medió acuerdo económico, la pareja retornó a Chile. El parto, de mellizos, se adelantó un par de semanas y los padres de intención ingresaron a Perú un día después del nacimiento. En el certificado de nacido vivo original, los niños figuran como hijos del varón comitente, que es el padre biológico, y de la gestante. La clínica, basándose en una supuesta recomendación legal, redactó un nuevo certificado de nacido vivo, en el que los niños figuraban como nacidos del padre biológico y su esposa, la mujer comitente. Con ese certificado irregular, los niños fueron inscritos en el Reniec. Según la clínica, se les aconsejó a los comitentes buscar asesoría legal para realizar el trámite ante el consulado chileno para poder obtener el pasaporte chileno para sus hijos y evitar cualquier problema al regresar.

La pareja comitente no realizó ninguna gestión consular ni legal y se dirigió al aeropuerto para regresar con los niños, peruanos, a Chile. Alertados

por las diferencias en la nacionalidad de padres e hijos, y al constatar que en el sello de ingreso a Perú era posterior a la fecha de nacimiento, la pareja fue detenida en Migraciones a la espera de una fiscal de familia. Según el relato del dueño de la clínica donde se realizó el procedimiento de subrogación, al escuchar explicar a la pareja que se trataba de un "vientre de alquiler" habría exclamado "¡eso es pecado!". La pareja fue detenida en el acto, separada de los niños, que fueron derivados a una institución de cuidado estatal mientras sus padres eran privados de su libertad. Durante un mes se les negó la realización de la prueba de ADN hasta que la presión mediática,²⁷ sumada a otras estrategias, logró que se autorizara la realización de las pruebas genéticas que descartaron la filiación con la gestante y confirmaron la filiación del padre de intención.²⁸

Con esta prueba se autorizó la libertad de la pareja y se les entregó a los niños, aunque se les prohibió en un primer momento salir del país. Tanto la pareja comitente como el director de la clínica fueron objeto de un proceso penal por tráfico de niños, el cual fue finalmente desestimado, pero los procesos por adulteración de documentos públicos continúan.²⁹

I. Propuestas de regulación de la gestación por sustitución

El Anteproyecto de Propuesta de Mejoras al Código Civil peruano,³⁰ publicado en febrero de 2020, propone cambios en la regulación vigente

²⁷ Siverino Bavio, Paula, "Cuando tu madre no te parió", *El Comercio*, 5 de noviembre de 2018. Disponible en: «<https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/madre-pario-paula-siverino-noticia-553974-noticia/>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

²⁸ Mosquera, Clara, "¿Llegó el momento de regular las técnicas de procreación asistida?", *La Ley*, 2019. Disponible en: «<https://laley.pe/art/6131/llego-el-momento-de-regular-las-tecnicas-de-procreacion-asistida>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

²⁹ Vargas, Mónica, "El drama de una pareja chilena encarcelada en Perú", *Univision*, 8 de septiembre de 2018. Disponible en: «<https://www.univision.com/noticias/america-latina/el-drama-de-una-pareja-chilena-encarcelada-en-peru-tras-intentar-viajar-con-sus-bebes-nacidos-por-vientre-de-alquiler>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

³⁰ Anteproyecto de Mejoras al Código Civil Peruano. Grupo de Trabajo de Revisión y Mejoras al Código Civil (RM N° 0300-2016-JUS y modificatorias), publicado mediante Res. Min. N° 0046-2020-JUS,

en relación con las técnicas de reproducción asistida, en general, y de la gestación por sustitución, en particular, si bien de manera confusa y deficiente. En síntesis, se reconoce la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida y se admite la gestación por sustitución solidaria. El Anteproyecto, en el artículo 415-A, exige el consentimiento informado y reconoce la voluntad procreacional. Asimismo, mantiene la presunción *mater est* —madre es la mujer que da a luz (proyectado artículo 415-D)— y regula la gestación por sustitución:

Artículo 415-D.- Determinación de la maternidad.

1. El parto determina la maternidad.
2. La regla establecida en el numeral 1 no se aplica al concebido con el uso de material genético proveniente de otra mujer o pareja, o, en su caso, de un embrión de la pareja o de terceros.
3. En los supuestos descritos en el numeral 2 se deberá tener en cuenta la voluntad procreacional de la mujer o pareja que solicitó la procreación, o gestación por cuenta de otro, el interés superior del niño o el principio de identidad genética. Estos criterios no son excluyentes entre sí.
4. Los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro no tienen contenido patrimonial.

La propuesta avalaría la gestación solidaria al exigir que los acuerdos no tengan contenido patrimonial. Pero ¿qué se entenderá por contenido patrimonial? El pago de los gastos médicos, la contratación del seguro médico y de un seguro de vida, por ejemplo, prestaciones elementales y de indudable contenido patrimonial en protección de la gestante y el infante por nacer ¿no podrían, entonces, ser incluidas en el acuerdo de subrogación?

5 de febrero de 2020. El trabajo se llevó a cabo entre el 24 de octubre de 2016 y el 4 de julio de 2018; en el grupo de trabajo no participó ninguna mujer jurista.

La compensación por la gestación, cuando constituye un acto económicamente neutro, algo también usualmente aceptado como éticamente apropiado ¿se entendería que no podrían ser incluidos? Por otra parte, recordemos que las restricciones no pueden interpretarse analógicamente, y decir que no tienen contenido patrimonial es diferente a prohibir que lo tengan.

El inciso 1 del artículo 415-D establece como regla que el parto determina la maternidad, salvo que el infante nacido no sea hijo genético de la mujer que lo da a luz, por tener material genético de "otra mujer o pareja o, en su caso, de un embrión de la pareja o de terceros". ¿Y qué sucede en el caso de una mujer que gesta a su propio hijo, pero mediante ovodonación? ¿Se podría denunciar que no es madre de ese niño?³¹ Pareciera colocar así, en la falta de vínculo genético, el peso para poder desvirtuar la presunción de maternidad, en lugar de reconocer claramente la voluntad procreacional como fuente filiatoria y el valor legal de los acuerdos de subrogación. Pero, además, resulta muy difícil interpretar qué quiere decir "no se aplica al concebido con el uso de material genético proveniente de otra mujer o pareja, o, en su caso, de un embrión de la pareja o de terceros"; la última parte del enunciado es realmente inescrutable.

El inciso 3 no clarifica demasiado la situación al declarar que, en el caso de falta de correspondencia genética que permita dejar de lado la presunción de maternidad, "se deberá tener en cuenta la voluntad procreacional de la mujer o pareja que solicitó la procreación, o gestación por cuenta de otro, el interés superior del niño o el principio de identidad genética. Estos criterios no son excluyentes entre sí". Esta redacción enumera los criterios que viene utilizando la jurisprudencia para emplazar a los niños o niñas nacidas mediante gestación por sustitución, por lo cual el artículo, aparentemente, dejaría en manos de los jueces la determinación de la filiación, pese a que la reforma del Código apuntaría a la certeza jurídica al regularla legalmente.

³¹ Recordemos que eso sucedió en el caso comentado de la casación y fue avalado por la Corte; la mujer incluso estuvo presa, pues se consideró que había cometido varios delitos.

De aprobarse el Anteproyecto con el articulado que comentamos, podría generar todo tipo de inconvenientes y situaciones a dirimir judicialmente, que es lo que, ante todo, se debería evitar para salvaguardar especialmente el interés superior de los infantes nacidos mediante esta tecnología.

Otra propuesta, mucho más sólida, fue la propiciada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que convocó a una mesa de expertos en 2014 para redactar un Proyecto de Ley sobre Reproducción Humana Asistida; éste contemplaba la regulación de la gestación por sustitución, la creación de una Comisión Nacional de Reproducción Humana Médicamente Asistida y de un Registro Nacional de Donantes de Gametos, Embriones y Gestantes, incluyendo sanciones de conductas delictivas e irregulares y disposiciones modificatorias de los Códigos Civil y Penal.

La propuesta incluía a la voluntad procreacional como fuente filiatoria en casos de nacimientos mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, la cual debe expresarse de manera formal en el formulario de consentimiento informado, constituyendo un medio probatorio. Admite la gestación altruista como método excepcional, previamente autorizada por la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. La gestación por sustitución se rige por el principio de solidaridad, presumiendo la finalidad altruista y vedando la transacción comercial, aunque se contempla la cobertura de gastos y la recompensa por las molestias pasadas a raíz de la práctica.

Existen al menos otros dos proyectos de ley que sí recibieron tratamiento parlamentario: uno sobre TRHA de 2012, que prohibía expresamente la gestación por sustitución, atribuyendo la filiación materna a la mujer que da a luz y dejando a salvo la acción de paternidad por parte del "padre biológico".³² Este proyecto tuvo predictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del parlamento en el periodo de sesiones

³² Artículo 10, Proyecto de Ley núm. 1722/201. Disponible en: «<http://proyectosdeley.pe/p/4sceuX/seguimiento/>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

2012-3 y se recomendó la conformación de una Comisión Especial de Estudio, encargada de elaborar el anteproyecto de la ley de reproducción humana asistida.³³

En 2013 se presentó el proyecto núm. 2839/2013-CR, que tenía como finalidad modificar el mencionado artículo 7 de la LGS e incorporar la modalidad de "maternidad sustituta parcial altruista", el cual fue elevado a la Comisión de Salud y Población, donde quedó pendiente de dictamen en el periodo parlamentario 2011-6.³⁴

J. Conclusiones

La falta de regulación en Perú genera una situación de incertidumbre legal que expone a las personas que optan por una gestación por sustitución a graves violaciones de sus derechos humanos, particularmente, a los nacidos mediante este sistema y, por otra parte, propicia la comisión de irregularidades y delitos.

Una futura reforma del Código Civil debería dejar claramente establecido:

1. De manera general: los derechos de las personas LGBTQ+ a la identidad de género, el matrimonio igualitario y el derecho a formar una familia acudiendo a los beneficios de la ciencia y la tecnología, en conformidad con los parámetros de convencionalidad establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
2. De manera específica: *a)* la legalidad de la práctica de gestación por sustitución; *b)* la voluntad procreacional como fuente filiatoria en los casos de reproducción médicamente asistida emanada de los

³³ Predictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República.

³⁴ Estrada Mora, Himilce, Informe de Investigación "Maternidad subrogada: Desarrollo conceptual y normativo", Legislatura 2018-19-número 26, Septiembre de 2018, p. 15. Disponible en: «[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/0EC35ECB8FC015E80525830C006C25FC/\\$FILE/N%C2%B009_2018-2019_maternidad.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/0EC35ECB8FC015E80525830C006C25FC/$FILE/N%C2%B009_2018-2019_maternidad.pdf)». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

consentimientos informados y reafirmada en el acuerdo de subrogación; c) la validez de los acuerdos de subrogación y su condición de prueba suficiente, junto con los consentimiento informados, de la voluntad procreacional; d) el procedimiento registral para seguir en casos de gestación por sustitución; e) la referencia al dictado de una ley que regule los pormenores del procedimiento para garantizar los derechos humanos de todas las partes involucradas y los mecanismos de control respectivo, y f) la existencia de un órgano independiente que analice caso a caso y tutele los derechos humanos de las gestantes, descartando cualquier posibilidad de explotación o coacción.

Bibliografía

Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y Otra vs. Perú*, sentencia del 12 de marzo de 2020 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

El Comercio, "Ricardo Morán reveló que la Reniec no le permite inscribir a sus hijos por ser solo un padre", *El Comercio Digital*, 9 de diciembre de 2020. Disponible en: «<https://elcomercio.pe/tvmas/farandula/ricardo-moran-revelo-que-la-reniec-no-le-permite-inscribir-a-sus-hijos-por-solo-tener-un-padre-noticia/>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

Estrada Mora, Himilce, Informe de Investigación "Maternidad subrogada: Desarrollo conceptual y normativo", Legislatura 2018-19-número 26, Septiembre de 2018, p. 15. Disponible en: «[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/0EC35ECB8FC015E80525830C006C25FC/\\$FILE/N%C2%B0092018-2019_maternidad.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/0EC35ECB8FC015E80525830C006C25FC/$FILE/N%C2%B0092018-2019_maternidad.pdf)». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

Garcés Peralta, Carolina, "Ventre de alquiler, maternidad subrogada o gestación por sustitución ¿Debe el derecho evitar los abusos?",

Ius 360°, 2018. Disponible en: «<https://ius360.com/vientre-de-alquiler-maternidad-subrogada-o-gestacion-por-sustitucion-debe-el-derecho-evitar-los-abusos/>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

International Bioethics Committee-Unesco, "IBC Report on Assisted Reproductive Technologies (ART) and Modern Parenthood", París, 20 de diciembre de 2019. Disponible en: «<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367957>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

Massi, Diana, "Ricardo Morán sobre ser padre subrogado: 'Yo soy gay, no estéril. Son dos cosas completamente diferentes'", *BBC News Mundo*, 8 de noviembre de 2019. Disponible en: «<https://www.bbc.com/mundo/noticias-50169907>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

Mosquera, Clara, "Otra vez los vientres de alquiler, *La Ley*, 2018. Disponible en: «<https://laley.pe/art/6071/otra-vez-los-vientres-de-alquiler>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

Mosquera, Clara, "¿Llegó el momento de regular las técnicas de procreación asistida?", *La Ley*, 2019. Disponible en: «<https://laley.pe/art/6131/llego-el-momento-de-regular-las-tecnicas-de-procreacion-asistida>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

Predictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, recaído en el Proyecto de Ley núm. 1722/2012, que propone la ley que regula la reproducción asistida. Disponible en: «[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2011/com2011jusderhum.nsf/746aabb1ed76b49a05257a6900618267/d0e75694414894cb05257cdb000272f1/\\$FILE/PL-1722Predictamen.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2011/com2011jusderhum.nsf/746aabb1ed76b49a05257a6900618267/d0e75694414894cb05257cdb000272f1/$FILE/PL-1722Predictamen.pdf)». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

Proyecto de Ley núm. 1722/201. Disponible en: «<http://proyectosdeley.pe/p/4sceux/seguimiento/>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

República Digital, "Ricardo Moran sobre sus hijos: "Somos familia aunque el Reniec no quiera", *La República Digital*, 12 de mayo de 2021. Disponible en: «<https://larepublica.pe/espectaculos/2021/05/12/ricardo-moran-sobre-sus-hijos-familia-aunque-el-reniec-no-quiera/>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

RPP Noticias, "Ricardo Morán tras rechazo del registro de sus hijos: 'Vamos a pelear hasta que RENIEC los inscriba'", *RPP Noticias*, 14 de marzo de 2021. Disponible en: «<https://rpp.pe/famosos/farandula/ricardo-moran-rechazo-de-reniec-registro-de-sus-hijos-vamos-a-pelear-hasta-que-los-inscriba-noticia-1325681>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

Siverino Bavio, Paula, "El derrotero de la píldora del día después en el Perú. Algunos comentarios en torno a las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano sobre el particular", *Revista de Análisis especializado en jurisprudencia RAE Jurisprudencia* 16, 2009.

Siverino Bavio, Paula, "El derrotero de la píldora del día después en el Perú. Algunos comentarios en torno a las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano sobre el particular", *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* 2, 2010, pp. 244-269.

Siverino Bavio, Paula, "Impugnación de la maternidad, identidad y reproducción asistida heteróloga en el Perú: Cuando los genes ganan y las personas pierden", *Revista de Derecho de Familia* 55, 2012.

Siverino Bavio, Paula, "Bioética y derechos humanos: la 'bioética' confesional como estrategia", en Mujica, Jaris y Vaggione, Marco (comp.), *Grupos conservadores en América Latina*, Córdoba, CONICET,

2013, pp. 195-236. Disponible en: «<https://programaddsrr.files.wordpress.com/2015/08/vol7coleccionp.pdf>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

Siverino Bavio, Paula, "Derechos humanos y técnicas de reproducción asistida en el Perú: relevo jurisprudencial y principios para el análisis", en Llaja Villena, Jeanette (ed.), *Los derechos de las mujeres en la mira. Informe anual del Observatorio de Sentencias Judiciales*, Lima, Demus, 2014. Disponible en: «https://www.demus.org.pe/wp-content/uploads/2015/05/771_observatorio_ok.pdf». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

Siverino Bavio, Paula, "Cuando tu madre no te parió", *El Comercio*, 5 de noviembre de 2018. Disponible en: «<https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/madre-pario-paula-siverino-noticia-553974-noticia/>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

Tribunal Constitucional, Pleno Sentencia 676/2020, del 3 de noviembre de 2020, Exp. núm. 01739-2018 PA/TC, Oscar Ugarteche Galarza.

Valdivieso López, Erika, "Ventre de alquiler, presupuestos de su antijuridicidad", *Legispe*, 2018. Disponible en: «<https://lpderecho.pe/ventre-alquiler-presupuestos-antijuridicidad/>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

Vargas, Mónica, "El drama de una pareja chilena encarcelada en Perú", *Univision*, 8 de septiembre de 2018. Disponible en: «<https://www.univision.com/noticias/america-latina/el-drama-de-una-pareja-chilena-encarcelada-en-peru-tras-intentar-viajar-con-sus-bebes-nacidos-por-ventre-de-alquiler>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].