

**UNIVERSIDAD SAN PEDRO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**  
**ESCUELA DE POSGRADO**



**Razones jurídicas para tipificar la figura de la maternidad  
subrogada como delito en el código penal peruano**

TESIS PARA OBTENER EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO CON  
MENCIÓN EN DERECHO PROCESAL PENAL Y LITIGACIÓN ORAL

**Autor**

Arévalo Escalante, Julio

**Asesor**

Alcántara Salazar, Henry Segundo

Cajamarca-Perú

2019

## **PALABRAS CLAVES**

Delito, nueva realidad vital, maternidad subrogada.

## **KEYWORDS**

Crime, new vital reality, surrogacy.

## **LÍNEA DE INVESTIGACIÓN**

**Línea de investigación:** Instituciones del derecho penal.

**Área** : Ciencias Sociales.

**Sub área** : Derecho.

**Disciplina** : Derecho.

**Sub línea** : Análisis de normas, doctrina y jurisprudencia del derecho penal.

Razones jurídicas para tipificar la figura de la maternidad subrogada como delito en el código penal peruano.

## RESÚMEN

La presente investigación tuvo como planteamiento del problema la siguiente interrogante: ¿Cuáles fueron las razones jurídicas para tipificar penalmente los contratos de alquiler de vientre en el Perú? Es así que, luego de haber culminado la misma, se logró determinar que los fundamentos legales para penalizar la figura de la maternidad por encargo en nuestra legislación fueron: vulneraciones a los bienes jurídicos vida y dignidad de la nueva realidad vital, dignidad de la madre sustituta e identidad del nuevo ser, así como de la directriz fundamental “lo más favorable para el menor”. Cabe precisar que, se evidenció mayormente en el extranjero, casos en los que las personas que recurrieron a estos procedimientos médicos, sólo aceptaron al nuevo ser cuando nacía sano, esto es, si no tenía ninguna deficiencia física o mental, ya que de lo contrario, no lo querían o solicitaban su aborto; asimismo, casos en los que algunas mujeres alquilaron sus vientres a cambio de una contraprestación económica. Por tales motivos, resulta necesario evitar que estas prácticas se permitan en nuestra sociedad, restringiéndose su uso únicamente para los supuestos de carácter altruista, los cuales deben estar indicados taxativamente en la Ley de Salud.

## **ABSTRACT**

The present research had as a proposal to the problem the following question: What were the legal reasons to classify in a criminalize way the belly rental contracts in Peru? Thus, after having completed it, it was determined that the legal arguments to penalize the figure of maternity by request in our legislation were: infringement of legal life rights and dignity of the new life reality, dignity of the substitute mother and identity of the new being, as well as the fundamental guideline “the most favorable for the child”. It should be noticed that, it was mostly evidenced abroad, cases in which the people who resorted to these medical procedures only accepted the new being when they were born healthy, that is, if they did not have any physical or mental deficiencies, since otherwise, they did not want them or they requested his or her abortion; also, cases in which some women rented their bellies in exchange for a financial consideration. For these reasons, it is necessary to avoid these practices being allowed in our society, restricting their use only for altruistic cases, which must be restrictively indicated in the Health Law.

## ÍNDICE

<b>PALABRAS CLAVES</b> .....	i
<b>KEYWORDS</b> .....	i
<b>LÍNEA DE INVESTIGACIÓN</b> .....	i
<b>RESÚMEN</b> .....	iii
<b>ABSTRACT</b> .....	iv
<b>ÍNDICE</b> .....	v
<b>LISTA DE FIGURAS</b> .....	viii
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	1
<b>ANTECEDENTES Y FUNDAMENTACIÓN CIENTÍFICA</b> .....	2
1.1 ANTECEDENTES.....	2
1.2 FUNDAMENTACIÓN CIENTÍFICA.....	4
1.2.1 <i>Teoría del delito</i> .....	4
1.2.2 <i>Los derechos fundamentales de la persona</i> .....	8
1.2.3 <i>Sujeto de derecho</i> .....	26
1.2.4 <i>Las técnicas de reproducción asistida</i> .....	36
1.2.5 <i>Maternidad Subrogada</i> .....	45
1.2.6 <i>Principio del Interés Superior del Menor</i> .....	57
2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	58
3. PROBLEMA.....	59
4. CONCEPTUACIÓN Y OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES .....	60
5. HIPÓTESIS .....	61
6. OBJETIVOS .....	61
6.1. <i>General</i> .....	61
6.2. <i>Específicos</i> .....	61

<b>METODOLOGÍA</b> .....	62
2.1 TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN .....	62
2.1.1 <i>Tipo</i> .....	62
2.1.2 <i>Diseño</i> .....	62
2.2 POBLACIÓN - MUESTRA .....	62
2.3 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN .....	63
2.3.1 <i>Técnicas de investigación</i> .....	63
2.3.2 <i>Instrumentos</i> .....	63
2.4 ANÁLISIS Y PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN .....	64
 <b>RESULTADOS</b> .....	 65
3.1 RESULTADOS OBTENIDOS RESPECTO A LA PRIMERA PREGUNTA.....	65
3.2 RESULTADOS OBTENIDOS RESPECTO A LA SEGUNDA PREGUNTA .....	66
3.3 RESULTADOS OBTENIDOS RESPECTO A LA TERCERA PREGUNTA .....	68
3.4 RESULTADOS OBTENIDOS RESPECTO A LA CUARTA PREGUNTA.....	69
3.5 RESULTADOS OBTENIDOS RESPECTO A LA QUINTA PREGUNTA .....	71
3.6 RESULTADOS OBTENIDOS RESPECTO A LA SEXTA PREGUNTA.....	72
 <b>ANÁLISIS Y DISCUSIÓN</b> .....	 74
4.1 ANÁLISIS .....	74
4.2 DISCUSIÓN .....	77
4.2.1 VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA Y A LA DIGNIDAD DE LA NUEVA REALIDAD VITAL CON EL USO DE LOS CONTRATOS DE ALQUILER DE VIENTRE..	77
4.2.2 TRANSGRESIÓN DEL DERECHO A LA DIGNIDAD DE LA GESTANTE SUSTITUTA CON EL USO DE LOS CONTRATOS DE ALQUILER DE VIENTRE.....	79
4.2.3 ATENTADO CONTRA EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL SER HUMANO QUE NACE COMO CONSECUENCIA DEL EMPLEO DE LOS CONTRATOS DE ALQUILER DE	

VIENTRE.....	82
4.2.4 QUEBRANTAMIENTO DE LA DIRECTRIZ “LO MÁS FAVORABLE PARA EL MENOR” POR EL USO DE LOS CONTRATOS DE ALQUILER DE VIENTRE .....	84
<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....</b>	<b>87</b>
5.1 CONCLUSIONES.....	87
5.2 RECOMENDACIONES.....	88
<b>LISTA DE REFERENCIAS .....</b>	<b>89</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>94</b>

## LISTA DE FIGURAS

Figura 1. Vulneración del derecho a la vida de la nueva realidad vital con el uso de los “contratos de alquiler de vientre” .....	65
Figura 2. Contravención del derecho a la dignidad de la nueva realidad vital mediante el empleo de los “contratos de alquiler de vientre” .....	66
Figura 3. Transgresión del derecho a la dignidad de la gestante sustituta con el uso de los “contratos de alquiler de vientre” .....	68
Figura 4. Atentado contra el derecho a la identidad del ser humano que nace como consecuencia del empleo de los “contratos de alquiler de vientre” .....	69
Figura 5. Quebrantamiento de la directriz “lo más favorable para el menor” por el uso de los “contratos de alquiler de vientre” .....	71
Figura 6. Tipificación de la maternidad subrogada como delito en el Código Penal Peruano .....	72

## INTRODUCCIÓN

Antiguamente, en Roma, la maternidad siempre estuvo asociada al fenómeno natural del nacimiento del ser humano; sin embargo, siglos después, se ha convertido en incierta, esto como consecuencia de la aparición y evolución de los métodos de creación de vida artificial (Cárdenas, 2017, p. 13).

Así tenemos la maternidad por sustitución que consiste en el proceso biológico por el cual una tercera persona, que es una mujer ajena a la relación entre esposos o convivientes (madre contratada), va a llevar en su vientre a un nuevo ser, al que, luego del parto, tendrá que entregar a éstos (padres contratantes). Actualmente ésta gestación suscita fuertes controversias éticas, legales y sociales (Pande, 2014, p. 3) debido a que no es aceptada en nuestra sociedad, ni se encuentra regulada como un contrato civil. Pese a ello, el órgano jurisdiccional constitucional correspondiente, el 21 de febrero de 2017 decretó la admisibilidad de los contratos de alquiler de vientre, ello a consecuencia de un proceso seguido por dos parejas de esposos y sus menores hijos contra el organismo estatal encargado de la identificación de las personas.

Nuestra legislación penal no regula ni sanciona como delito a esta forma de generar vida humana, lo cual genera que algunas personas se lucren con su uso; tal es así que, la única normativa que hace referencia a esta realidad jurídica la encontramos en la Ley N° 26842 en cuyo artículo 7° establece: *“El ser humano puede hacer uso de diversos métodos médicos con la finalidad de combatir el problema de su esterilidad, y de engendrar valiéndose de modernas formas de generar vida de manera artificial, sí y solo sí la madre transmisora de los gametos o cromosomas es la madre que resulta embarazada”*. Esto genera incertidumbre jurídica debido a que el termino maternidad subrogada no se encuentra implícita en dicha norma, lo que genera que su práctica esté permitida, y esto debido a que todo lo que no está prohibido, está permitido.

## ANTECEDENTES Y FUNDAMENTACIÓN CIENTÍFICA

### 1.1 Antecedentes

A nivel internacional se ha encontrado una tesis elaborada por Rodolfo Federico Escobar Enríquez en la que resalta la utilidad del uso de la maternidad por sustitución, ello para combatir los problemas de esterilidad en los esposos; así mismo, hace ver los beneficios que traería su inclusión y regulación en el sistema legal guatemalteco, ya que con ello se evitaría que su práctica no permitida vulnere diversos derechos fundamentales del ser humano (Escobar, 2011, p. 129).

También se ha logrado encontrar otro trabajo de investigación de Cristóbal Antonio Santander en el que básicamente da a conocer que las técnicas artificiales para generar vida humana constituyen una solución a los problemas de infertilidad de las parejas, ya que con su uso podrían materializar sus sueños de ser padres y tener un/a hijo/a. Sin embargo, pese a ello, existen críticas por las características que posee esta técnica de reproducción debido a lo que denomina como “libertad procreativa”, dando pase a la pregunta de si es disponible o no su ejercicio. (Santander, 2012, p. 69).

La tesis titulada “Maternidad Subrogada” cuya autora es Blanca Eugenia Cué Viveros concluyó que las legislaciones de los países deben prever y permitir aquella forma de procreación de vida artificial que se lleve a cabo de manera gratuita, esto es, sin pago económico de por medio, siempre que para el proceso de embarazo se haya utilizado o no los gametos de la madre gestante o los óvulos de la madre genética, así como el material genético (espermatozoides) de la pareja de ésta o de un cedente anónimo, siendo que, producido el nacimiento, el/la hijo/a tendrá que ser entregado/a a éstos. (Cué, 2016, pp. 126-127).

De la búsqueda minuciosa a nivel nacional se ha encontrado una tesis de doctorado de Frieda Roxana del Águila Tuesta la cual sostiene que la reproducción asistida es un problema en nuestra legislación peruana, debiendo tener un adecuado tratamiento jurídico, máxime si se tiene en cuenta la infertilidad de la población, y que al no estar regulada la maternidad subrogada, ésta genera una creciente comercialización en el ámbito privado; finalmente debe velarse esta técnica en base al derecho reproductivo de las mujeres (Águila, 2009, p. 159).

Asimismo, en la Universidad Privada Antenor Orrego se halló una tesis titulada Maternidad Subrogada: ¿Una realidad en el Perú?, en la que se hace ver la necesidad de normatizar esta práctica, orientándose a que se permita siempre y cuando sea de modo altruista (Canelo, 2017, p. 10).

Además se ha encontrado un trabajo de investigación de maestría cuya autora es Marlene Susana Velásquez Vargas en el mismo que se destaca el problema de la determinación legal del parentesco de los niños/as procreados/as a través del uso de los métodos de creación de vida de manera artificial, ello debido a la carencia de normatividad en materia penal que regule esta situación, aunado al uso indiscriminado de estas técnicas (Velásquez, 2015, p. 137).

A nivel nacional se ha encontrado una publicación jurídica de Ronald Cárdenas Krenz en la que indica que nuestra normatividad prohíbe esta forma de creación de vida artificial; no obstante ello, en la actualidad se vienen dando casos de la utilización de estas técnicas, lo que debería de motivar la intervención de autoridades para velar el cumplimiento de la ley; finalmente el hecho de traer hijos al mundo no se debería de tercerizar (Cárdenes, 2017, p. 32).

A nivel regional y local no se han encontrado antecedentes relacionados con el presente trabajo de investigación.

## **1.2 Fundamentación científica**

### **1.2.1 Teoría del delito**

Esta referida al análisis de los elementos que una conducta debe revestir para ser catalogada como ilícita por el ordenamiento jurídico penal; siendo que, el tratamiento de estas categorías se encuentra dentro del campo correspondiente al derecho penal en su parte general; en tanto que, el derecho penal especial se encarga del análisis individualizado y pormenorizado de cada delito en forma particular (Muñoz, 1999, p. 1).

#### **A. Concepto de delito**

Conducta ejecutada por el sujeto activo que transgrede lo establecido en el ordenamiento jurídico penal, siendo que, a consecuencia de ello, su autor es merecedor de una sanción penal (Chanamé, 1995, p. 148).

Es la conducta que despliega el sujeto agente y que por acción u omisión causa un resultado que va contra lo establecido en el ordenamiento jurídico de un país, por lo que sus consecuencias son sancionadas con una determinada pena (Velásquez, 2015, p. 19).

Para el derecho, es el comportamiento que la norma castiga con una sanción penal (Muñoz, 1999, p. 2).

El delito es la infracción penal por antonomasia, y constituye el presupuesto conceptual y fundamento jurídico de la pena. El concepto de delito se configura dogmáticamente por la confluencia de varios

elementos, esto es, que la conducta sea penalmente relevante además de típica, antijurídica, culpable y el hecho sea punible. Cuando concurren todos esos elementos al mismo tiempo estamos en presencia de un delito, si faltare uno de los elementos, no hay delito (Polaino, 2015, p. 286).

Además del concepto dogmático del delito, suele configurarse la denominación legal de delito, que no es más que la propia definición que ofrece el Código Penal, esto es, qué entiende por delito el propio texto normativo, cuya misión es incriminar determinadas conductas como delito y sancionarlas con penas (Polaino, 2015, pág. 295). Nuestro Código Penal en el artículo 11 contiene una definición de delito al indicar que es *“toda conducta penalmente relevante, cometida de manera intencional o negligente, a la cual el Derecho Penal la conmina con una determinada pena”*.

## **B. Categorías del concepto de delito**

El estudio del hecho punible debe ser abordado desde dos perspectivas, la primera referida a la Antijuridicidad, que es la condenación o el reproche que se hace respecto al comportamiento que realiza el sujeto activo; en tanto que la segunda hace alusión a la Responsabilidad, que es la condenación o el reproche hacia la persona que comete el delito, por lo que ésta será merecedora de una pena (Muñoz & García, 2015, p. 217).

En tal sentido, la Antijuridicidad abarca el comportamiento penalmente relevante así como los elementos, instrumentos y las maneras con los que y cómo se produjo el hecho ilícito, además de las

personas que intervinieron en el mismo como autor y agraviado, también el desarrollo de la fase criminal. En cambio, en la Responsabilidad se analiza la posibilidad de atribución de culpabilidad al autor del delito, ello teniendo en cuenta si se trata de una persona mentalmente sana, si sufre de alguna enfermedad mental o tiene viciada la percepción de la conciencia; además el hecho de que si el sujeto activo supo perfectamente que la conducta que desplegaba no estaba permitida por el ordenamiento jurídico y que debió adoptar otra conducta.

Sin embargo, en la realidad se presentan diversos supuestos o casos que hacen que un hecho calificado como delito no sea sancionado penalmente por más que se haya acreditado la antijuridicidad del hecho y se haya comprobado la culpabilidad del autor; así, el comportamiento penalmente relevante queda eliminado cuando hay un acto reflejo; la relación causal entre la intención del agente y lo que se produjo queda excluida por el carácter fortuito de la acción; la legítima defensa autoriza que se perpetre el delito; y, las deficiencias mentales diagnosticadas en la persona, la convierte en inimputable.

**i. El comportamiento humano penalmente relevante: la acción como pauta seleccionadora de comportamientos punibles**

El Derecho es la disciplina que se encarga de regular el comportamiento de las personas en sociedad; en tal sentido, el Derecho Penal busca reprimir aquellas conductas manifestadas en la realidad que contravienen su normatividad por menoscabar diversos bienes jurídicos que protege, por tal motivo, sanciona al agente por lo que hizo y no por sus antecedentes (Muñoz, 1999, p. 7).

## **ii. La antijuridicidad material y formal**

Como se explicó anteriormente, la Antijuridicidad está referida a la contravención que se realiza al ordenamiento jurídico vigente en un país a consecuencia de la conducta penalmente relevante efectuada por el agente. Rocco la asocia al aspecto consustancial o inherente del hecho punible, esto es, a su propia esencia. Así, el comportamiento es contrario al derecho si se encuadra en una norma penal y además si no hay supuesto alguno que exima de responsabilidad a su autor (Chanamé, 1995, p. 64).

Sobre la antijuridicidad formal se dice que implica un hacer o un no hacer en contraposición a lo establecido por la norma penal (Muñoz, 1999, p. 66).

Mientras que la antijuridicidad material se produce cuando el hecho causa un daño o es nocivo para la sociedad, esto es, cuando vulnera un precepto legal, menoscabando o poniendo en peligro un valor material o inmaterial que la ley pretende tutelar.

## **iii. La tipicidad**

Es uno de los elementos del delito con el que se indica la subsumibilidad o adecuación de la conducta a un precepto legal incriminador; por ejemplo, si un sujeto mata a otro podemos subsumir tal conducta (mata a otro) en el tipo legal del delito de Homicidio Simple; por tanto, matar a una persona es una acción típica, porque es reconducible a un tipo legal de delito, en este caso el tipo del delito de homicidio (Polaino, 2015, p. 288).

### **1.2.2 Los derechos fundamentales**

Estos derechos los encontramos consagrados en las constituciones contemporáneas de los estados democráticos, ello debido a su envergadura al ser inherentes y consustanciales a la propia existencia del ser humano.

En este sentido, algunos países europeos reconocen como derechos fundamentales sólo a aquellos que de manera expresa se encuentren enunciados en sus respectivos textos supremos, por lo que serán merecedores de tutela a través del proceso constitucional de amparo.

En cambio, la Constitución Peruana no hace ningún tipo de diferenciación taxativa en cuanto al tratamiento de los términos “Derechos Fundamentales” y “Derechos Constitucionales”, protegiéndolos íntegramente a ambos en caso de una eventual vulneración a través de los diferentes procesos constitucionales; además de ello, también concede la prerrogativa de derechos principales a aquellos que sin estar enunciados de manera expresa se encuentran contenidos dentro de la llamada “cláusula apertus”, y a los que se encuentran plasmados en los pactos internacionales de los cuales el Perú es parte (Bastos et. al., 2012, p. 195).

La razón de ser de estos derechos de primer orden obedece a la propia esencia del ser humano, de allí que la norma sólo los admite y protege ante su eventual vulneración, pero no encuentran en ésta su sustrato fundamental; por esto se los conoce como derechos inherentes a la raza humana.

Para Rivera, estos derechos están referidos a aquellos que no son susceptibles de medirse en valor económico y que lo ostentan los seres humanos por ser tales, a partir de la concepción inclusive luego del deceso de la persona (EGACAL, 2001, p. 61).

En suma diremos que, los derechos primordiales son aquellos derechos humanos que han sido reconocidos y se encuentran regulados taxativamente en las cartas magnas de las naciones en las que prima el estado de derecho, encontrando estos derechos su fundamento en el respeto y la honra de la persona.

Ahora bien, podemos concluir que, los derechos subjetivos de la persona hacen alusión a la gama de prerrogativas que tiene el ser humano para exigir de otro un determinado comportamiento respecto a su vida en sociedad, las mismas que se encuentran establecidas y reguladas en las diferentes ramas del Derecho (Civil, Penal, etc.) que conforman el sistema jurídico de un país (Bastos et. al., 2012, p. 204).

## **A. Clasificación de los derechos fundamentales**

La doctrina moderna, por sugerencia de la UNESCO, acepta la clasificación por generaciones de derechos.

### **i. Derechos fundamentales de primera generación**

Son aquellos que protegen las libertades individuales de la persona de su vulneración ilegítima por parte de quienes ostentan el poder de turno. Reconocidos en las primeras manifestaciones de lo que

hoy vienen a ser las constituciones de los Estados. Además, estos derechos permiten que los ciudadanos tengan la posibilidad de intervenir en la vida civil y política de la nación. Su contenido es una derivación del reconocimiento de dos valores fundamentales dentro del Estado Constitucional de Derecho: la dignidad humana y la soberanía popular (Henrique, 2012, p. 161).

Son derechos individuales y subjetivos, en consecuencia, oponibles frente a las amenazas o vulneraciones por parte de los agentes del poder público. Dentro de estos tenemos a la vida, libertad, inviolabilidad del domicilio, ser escuchado ante un tribunal, al sufragio y a la formación de partidos políticos, etc.

## **ii. Derechos fundamentales de segunda generación**

Estos derechos tienen su origen entre guerras. Aparecen no en declaraciones como los derechos de primera generación, sino en las cartas constitucionales de los Estados. Se caracterizan por ser de naturaleza colectiva, cuya objetivación se realiza a través de la participación del Estado que asume el compromiso de hacerlos efectivos, aunque sea en forma progresiva, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales con las que cuente. Dentro de estos derechos tenemos a la salud, a una vivienda digna, a tener una familia, a una enseñanza y aprendizaje adecuados, a recibir una contraprestación económica por el servicio prestado, etc. (Henrique, 2012, p. 161).

### **iii. Derechos fundamentales de tercera generación**

Estos derechos se caracterizan por ser difusos, en el sentido de que su afección no es a una persona, ni siquiera a un grupo, sino que ella abarca a sectores indeterminados de la población. Su realización requiere la participación de todos, sin excepción, por lo que se les conoce como derechos de solidaridad. Los principales textos normativos internacionales sobre derechos humanos los contemplan de manera taxativa. Comprenden derechos como a la información, al patrimonio cultural, a gozar de un entorno saludable y equilibrado, a la tranquilidad, etc. (Henrique, 2012, p. 162).

## **B. Características de los derechos fundamentales**

Debido a su naturaleza, y al estar incorporados en los diversos pactos transnacionales sobre derechos humanos, podemos advertir que éstos son (Henrique, 2012, pp. 156-160):

### **i. Inherentes**

Ya que lo ostentan todas las personas por simplemente ser tales, toda vez que es una cualidad consustancial a su propia naturaleza y existencia, por lo que se encuentran plasmados y protegidos por el derecho internacional; en tal sentido, no pueden ser suprimidos ni restringidos ilegítimamente por la colectividad o por los diferentes organismos gubernamentales; siendo esto así, se busca que el ser humano logre su pleno desarrollo.

## **ii. Universales**

Porque su titularidad es reconocida a todos los seres humanos del mundo, indistintamente de su nacionalidad, condición económica, posición social o cargo que ostenten; por tal motivo, se encuentran sobre la nación y el dominio que ejerce un país, a tal punto que son protegidos por los tribunales internacionales cuando se ha agotado la vía del derecho interno en aras de buscar su protección plena.

## **iii. Transnacionales**

Por cuanto su regulación, promoción y protección trasciende al ámbito nacional, lo que se evidencia con las celebraciones de tratados internacionales y promulgaciones de leyes transnacionales. El derecho internacional no puede ser indiferente frente a los abusos y a los atropellos de los derechos personalísimos por decisiones antojadizas y arbitrarias de los órganos jurisdiccionales de los países; de allí que resulta necesaria la ventilación de la causa en los fueron internacionales.

## **iv. Irreversibles**

Dado que el reconocimiento de nuevos derechos no enerva la vigencia de los derechos ya regulados, y que los derechos amparados con anterioridad no implican un obstáculo a fin de que otros sean consagrados y tengan plena vigencia.

#### **v. Progresivos**

Es decir, que el reconocimiento y la consagración de nuevos derechos, a nivel nacional e internacional, depende de la evolución de las formas de interrelación de los seres humanos y de los avances científicos y tecnológicos. Además, hace alusión a aquellos derechos que dependen de las acciones y/o disposiciones de las autoridades, a fin de que puedan lograr su operatividad. Dentro de estos derechos están la salud, educación, trabajo, etc.

#### **vi. Históricos**

Ya que su reconocimiento y regulación en las cartas magnas de los diferentes Estados es resultado de los múltiples movimientos, acontecimientos y luchas suscitados a lo largo de la historia de la humanidad con el fin de desaparecer los abusos y hacer prevalecer la igualdad y la dignidad entre todos los seres humanos.

#### **vii. Vinculantes**

Toda vez que al estar consagrados en las cartas magnas de los países así como en los textos supranacionales, su acatamiento se convierte en obligatorio, por lo que su inobservancia acarreará a las consecuencias legales respectivas para su autor.

#### **viii. No son Absolutos**

Es decir, son relativos ya que su disfrute o actuación está

condicionado al respeto de los derechos de las demás personas y de las limitaciones y/o restricciones que la propia ley establece o contempla para determinados casos.

## **C. Principales derechos fundamentales del ser humano**

### **i. Dignidad Humana**

Referida al valor consustancial que ostenta toda persona por ser tal, esto es, a que se la considere por encima de sus virtudes, defectos, estado físico, posición social y económica.

La esencia propia de la persona no se ve circunscrita netamente al plano del ser, sino que trasciende al del deber ser, lo que demuestra el afán del legislador de lograr su protección total, constituyendo esto el fin mayor de la colectividad y del gobierno (Canales, 2010, p. 10).

Para el Derecho, el ser humano es el sujeto de derechos a quien la ley le concede facultades y obligaciones, definición que ha sido elaborada teniendo en cuenta los principios que inspira su propia existencia así como los que se desprenden de su relación con las demás personas.

Este principio supremo junto al precepto “todos los seres humanos nacen libres e iguales” constituyen el cimiento a partir del cual se estructura la organización política, social, económica y jurídica de

un Estado, otorgando legitimidad a los funcionarios en cuanto a la toma de decisiones y actuaciones. En tal sentido, tiene preferencia sobre los demás principios legales y políticos existentes en un Estado de Derecho, al punto de decir que las constituciones actuales la considera como la base de los valores públicos (Canales, 2010, p. 26).

La dignidad humana como valor tiene dos elementos (Canales, 2010, p. 26), el primero como mediador en las relaciones sociales, fijando una serie de objetivos; de esta manera, guía a las personas en una perspectiva activa. Por tanto, constituye el punto de partida del análisis de cómo se han venido dando las leyes a lo largo del tiempo así como permite entender la razón de ser de las normas constitucionales.

En tanto que, el segundo actúa como pauta calificadora de las actuaciones de los ciudadanos y de las entidades públicas, advirtiendo dos vertientes, la primera referente a las relaciones entre personas; y, la segunda, referida a las relaciones de personas con las instituciones estatales.

Por tal motivo, a este valor supremo se lo concibe como una directriz general que inspira el ordenamiento normativo de un país, bajo la cual deben desarrollarse e interactuar los ciudadanos y éstos respecto a las instituciones del Estado, así como la base de su organización política y social; por lo que además su cumplimiento reviste carácter imperativo, ello en concordancia con lo preceptuado por las leyes que han sido dadas y están escritas.

La dignidad humana como principio abarca deberes y valores éticos con vínculos comunes entre sí (Canales, 2010, p. 25).

Así, dentro de su primer carácter deontológico se la considerada como una norma fundamental, ello debido a que su esencia reviste contenido ius filosófico, lo que hace que las leyes que conforman el engranaje jurídico de un Estado se entiendan y se apliquen conforme a su sentido y teniendo en cuenta la razón de ser de las mismas, logrando así, la eficacia de su alcance. Por esto se dice que funciona como una directriz que interrelaciona a todas las normas que conforman la “pirámide legal” de un Estado, desde la de mayor jerarquía, esto es la Ley de Leyes o Constitución, hasta las de menor jerarquía, regulando el “deber ser” y “el ser” de la norma escrita, ello de conformidad con la aparición de nuevas formas de avances científicos y tecnológicos, los cambios que se dan en los campos sociales, económicos, políticos, etc., y lo regulado en tratados internacionales sobre derechos humanos.

En cambio, por su segundo carácter deontológico se advierte a las personas a no realizar las diversas conductas que se encuentran reguladas en los distintos artículos de un determinado texto legal (vgr. Código Penal), ya que de hacerlas, incurrirán en responsabilidad penal y serán pasibles de una sanción penal. Así por ejemplo, la ley penal castiga a quien mata a otra persona, pero el deber ser de la norma que regula ese comportamiento pregona que no se debe de matar. En consecuencia, obra como un verdadero precepto legal.

## **ii. Derecho a la vida**

Es por excelencia, el más importante que tiene el ser humano, pues, de él depende el ejercicio y la protección del resto de prerrogativas,

a las cuales el ordenamiento jurídico reconoce y tutela. Está relacionado al respeto por la existencia física de la persona por parte de sus semejantes, por lo que se prohíbe cualquier intervención humana externa que tenga por finalidad atentar contra la misma; en tal sentido, los actos de disposición sobre la vida, como el suicidio y la eutanasia, no se encuentran dentro de este derecho, por el contrario, resultan impropios e ilógicos respecto de su significado (EGACAL, 2001, p. 62).

Por tal razón, es considerado la base de las demás prerrogativas que ostenta todo sujeto de derecho, ya que al no tener presencia física la persona humana, a ésta no se le puede conferir derechos ni obligaciones que luego pueda ejercer o exigir un determinado comportamiento respecto de los demás (Bastos et al., 2012, p. 153).

#### - **La vida desde un enfoque jurídico**

De un lado actúa como un principio de rango superior o valor legítimo que por su significado y alcance ha alcanzado su aprobación y protección legal desde la norma de jerarquía superior (Constitución) hasta los textos normativos de menor jerarquía (Código Civil, Código Penal, etc.); ello como consecuencia del reconocimiento de su importancia que le ha concedido la sociedad producto de los logros que se ha conseguido a lo largo de las gestas obtenidas por el hombre a fin de lograr un sistema democrático y justo. Por ello, constituye el pilar base para lograr una interpretación sistemática y óptima entre las normas que configuran el entramado normativo,

teniendo siempre como prelación la existencia del hombre (Sáenz, 2010, p. 34).

De otro lado, como derecho es la facultad originaria y preferente que tiene todo ser humano de exigir que se respete su existencia, y, por tanto, de no ser objeto de actos que vulneren o menoscaben su integridad física; máxime si de la misma depende la tutela de los demás derechos conferidos a las personas y la maximización de éstos (Sáenz, 2010, p. 35).

Así, en las constituciones nacionales, los términos “vida” y “persona” se encuentran íntimamente vinculados, al punto de considerar a la persona como el presupuesto primordial del pensamiento humano que sustenta la base normativa de un Estado de Derecho.

La Constitución no sólo tutela a la persona como ser individual sino que también la protege en torno a su relación con las demás personas, sean éstas ciudadanos o representantes, esto es, en sus diferentes ámbitos de interacción o de su desarrollo (Sáenz, 2010, p. 36).

- **Contenido**

Abarca los aspectos existencial y sustancial (Sáenz, 2010, p. 37).

## - Dimensiones

El ámbito formal hace alusión a la existencia del ser humano en la tierra como un ser racional, con características físicas (somáticas y biológicas) y psicológicas propias y distintas a los demás seres que lo hacen único (Sáenz, 2010, p. 37).

En tanto que, el ámbito material va más allá al reconocimiento de la persona como ente individual, pues le otorga la capacidad de realizar su plan de vida según sus posibilidades o expectativas, así como de cubrir sus propias exigencias, buscando siempre alcanzar un bienestar personal, familiar y social (Sáenz, 2010, p. 50).

### iii. El derecho a la identidad

Para Rubio Correa este derecho comprende dos vertientes, la primera referida al aspecto físico que proyecta la persona como por ejemplo los rasgos corporales, la constitución somática, la confluencia de genes, etc.; la segunda, referida a las capacidades y/o cualidades que inspira la persona como por ejemplo aptitudes, habilidades, pensamiento, honra, etc. En síntesis, la identidad es como una moneda de dos caras, una referida a como la persona se presenta a los demás, y la otra, como los demás la perciben (EGACAL, 2001, p. 63).

Es un derecho inherente y personalísimo del ser humano que trae consigo el reconocimiento y protección de otros derechos constitucionales conexos como el derecho al nombre, a la

nacionalidad, a la identidad étnica y cultural, etc., los mismos que también se encuentran regulados y protegidos en otras ramas del Derecho como el Derecho Civil.

Se lo vincula a la realización de un acontecimiento (vgr. registro del nacimiento de una persona a través de la partida respectiva o la obtención de la mayoría de edad que se acredita con el correspondiente DNI), de allí radica su incidencia en el ámbito legal (Bastos et al., 2012, p. 116).

- **Aspectos**

Para Fernández Sessarego, este derecho tiene una perspectiva activa que tiene que ver con el plano ideológico, valorativo, social, formativo y ético de la persona; en tanto que, la dimensión pasiva está referida a las características propias y que la individualizan de otras personas como el seudónimo, etc. (Siverino, 2010, p. 61).

Ya desde otro ángulo de análisis, este derecho tiene una fase interna que está determinada por las experiencias y los comportamientos que asume el ser humano en la sociedad; mientras que la fase externa está referida a la forma de convivir e interactuar de la persona con los demás miembros de su comunidad, como parte de su proceso de aprendizaje y evolución, siendo una de sus manifestaciones la individualización de la persona (Siverino, 2010, p. 62).

- **El derecho a la identidad en el ordenamiento jurídico nacional**

Al ser un derecho fundamental, se encuentra regulado en los artículos 2° y 19° de nuestra Carta Magna así como en el artículo 6° del Código de los Niños y Adolescentes (Siverino, 2010, p. 65).

Es así que, para su protección se puede hacer uso de las garantías constitucionales como por ejemplo el hábeas corpus, por lo que no puede ser objeto de tutela a través del proceso de amparo, máxime si este derecho no ha sido incorporado de manera expresa dentro de los alcances del artículo 37° del Código Procesal Constitucional (Siverino, 2010, p. 66).

Para el máximo intérprete de nuestra Constitución, este derecho constitucional abarca el nombre, saber cuál es su origen biológico (quiénes son sus progenitores) y llevar sus apellidos, así como obtener la ciudadanía (Cas. N° 2726-2012-Del Santa).

*“21. Al respecto, el Tribunal Constitucional considera que la identidad es un derecho constitucional principal que corresponde a toda persona, el mismo que comprende dos planos, el objetivo que está determinado por los rasgos físicos propios de cada ser humano y que lo hacen único y diferente respecto a los demás como el nombre, el documento nacional de identidad, el origen biológico, etc.; y, el subjetivo, que es el resultado del análisis o valoración que las personas hacen de uno producto de su desempeño, experiencias, vivencias e interrelación, destacándose aquí las posiciones, pensamientos, creencias, hábitos, el honor, etc.” (STC N° 2273-2005-PH/TC).*

## - **Derecho a la identidad e identidad genética**

En la actualidad, con el avance de la ciencia y la tecnología se ha dado una significativa relevancia a la identidad genética, ello a raíz del estudio pormenorizado que se le viene dando al tema de los genes o cromosomas de la especie humana. Se encuentra ligada íntimamente a los derechos: vida, integridad física, dignidad e información, por tal motivo, resulta necesaria su tutela frente a posibles actos de divulgación o manipulación, al contener datos valiosísimos relacionados al origen biológico del ser humano (Siverino, 2010, p. 67).

El derecho a la identidad genética comprende el análisis del ADN, esto es, la técnica mediante la cual se logra diferenciar a individuos de una misma especie con las muestras de su ADN, así como la información de genes o cromosomas que tiene un organismo.

Por eso se dice que, todo ser vivo es exclusivo, irreplicable e irremplazable debido a que cada una de sus células han evolucionado según unas “indicaciones genéticas”, las que han influido en la determinación de sus propios rasgos como la forma de la cara, color de ojos, grupo sanguíneo, etc.

Por tal motivo, el genoma humano es considerado como un valor o bien jurídico, por lo que la Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos lo reconocen y protegen, con lo que se busca tutelar el pleno ejercicio de los derechos a la integridad, identidad y vida en relación a la herencia cromosómica.

Con frecuencia el término identidad genética está asociado con temas relacionados a los procedimientos artificiales para generar vida humana, el reconocimiento legal de los padres contratantes respecto del niño que nació producto de una fecundación in vitro, el derecho del niño nacido a través de una técnica de reproducción asistida de conocer su origen biológico, la protección de la vida desde los estadios incipientes de evolución del ser en formación, etc. (Siverino, 2010, p. 68).

- **Protección de la nueva realidad vital en formación a partir de las instancias incipientes de su evolución**

Un tema que en la actualidad se ha puesto muy en boga y ha causado polémica tanto en el ámbito de la salud (Embriología) como en el campo legal, es el relativo al cigoto; es decir, la controversia respecto a la clasificación legal de las instancias primigenias de evolución de la nueva realidad vital en formación, ello a efectos de su tutela por el ordenamiento jurídico vigente.

La Embriología distingue dos formas de procreación humana, la primera es la llamada sexual o natural, que se produce con la fusión de los gametos masculinos y femeninos, dando lugar a un nuevo ser; y, la segunda es la asexual o anormal, en la que se utiliza métodos médicos artificiales que permiten la transmisión del material genético con la finalidad de generar vida humana; no obstante, muchos países en la actualidad, dentro de los que se encuentra el Perú, prohíben el uso de estas técnicas toda vez que van en contra del derecho a la identidad genética de las personas, ya que el nuevo ser así generado, carecería de un auténtico sello

hereditario, quedando a la suerte genética, por lo que se lo consideraría como réplica hereditaria; además, el uso indiscriminado de éstas prácticas ocasiona que los “padres contratantes” quieran tener a toda costa el “hijo ideal”, ya que al existir manipulación en el procedimiento médico, el mismo tendría las características corporales solicitadas por éstos, dando también cabida a la posibilidad de escoger el sexo del nuevo ser; en tal sentido, el uso de éstas técnicas han merecido el repudio ético de las sociedades donde prima el Estado de Derecho (Espinoza, 2001, p. 70).

#### - **Identidad y filiación**

La identidad resulta importante a efectos de establecer el grado de parentesco o vinculación, genético o legal, de los padres respecto de sus hijos/as. Bajo esta perspectiva, resulta caótico a todas luces, fijar la filiación del/de la hijo/a que nace producto de una técnica de reproducción asistida, si la madre gestante rehúsa entregar al ser que concibió a los “padres contratantes” o quienes quieren darle sus apellidos.

Resulta importante indicar que el término “identidad filial” es una creación normativa con la finalidad de generar lazos o vínculos legales o de parentesco entre los padres e hijos/as, generando entre estos, derechos y obligaciones (Siverino, 2010, p. 73).

Teniendo en cuenta la fecundación in vitro heteróloga, en la que se requiere y utiliza cromosomas o genes de un cedente externo a los miembros de una relación sentimental con la finalidad de crear vida

humana artificial (en la que se le debe otorgar una tasación distinta a la prueba del ADN a efectos de determinar la maternidad o paternidad de las personas, ello en concordancia con los lineamientos que pregonan la Bioética y teniendo en cuenta la preeminencia del Principio del Interés Superior del Menor), cabe hacer una diferenciación en la clasificación de padres. Así tenemos los genéticos, que son los que proporcionan los gametos o cromosomas masculinos y femeninos; los legales, aquellos que voluntariamente han reconocido y han dado sus apellidos a sus hijos/as (vgr. datos consignados en las partidas de nacimiento), o aquellos cuya condición ha sido atribuida mediante sentencia por la autoridad judicial competente; los sociales, referidos a las personas extrañas que conviven con niños/as que no son sus hijos/as, aportando en su atención, formación y aprendizaje; y, la madre biológica, referida a la mujer que es “contratada” a efectos de someterse a esta técnica (con o sin la utilización de su óvulo) y llevar un niño/a en su vientre por 9 meses, entregándolo/a a los “padres contratantes” luego de acontecido el nacimiento.

Las prácticas de creación de vida humana artificial a nivel mundial han traído consigo la discusión respecto a si se encuentra permitido, ética y legalmente, que un cedente anónimo de gametos tenga la posibilidad de conocer al niño/a nacido/a producto del uso de estas técnicas alegando su derecho a la identidad genética; siendo que, en la realidad, casi todas las naciones niegan esta eventualidad, pudiendo ser factible cuando con ello se contribuya a mejorar el estado y la integridad física de la persona.

En la actualidad, los diferentes centros de salud privados en nuestro país llevan a cabo estos métodos utilizando gametos masculinos y

femeninos proporcionados por cedentes, ya sean éstos anónimos o no, no obstante, encontrarse estas técnicas prohibidas a tenor del contenido de la Ley de Salud. Estadísticamente se ha llegado a determinar la existencia de un elevado porcentaje de embarazos utilizando óvulos cedidos, no así con óvulos personales (Siverino, 2010, p. 74).

### **1.2.3 Sujeto de derecho**

#### **A. Noción Jurídica**

Calderón y Guido, citando a Fernández Sessarego indican que este término hace alusión al ser a quien la ley le concede prerrogativas y obligaciones. Aquí encontramos al ser en formación, al ser humano como individuo, a la creación normativa que representa a un gran número de personas individuales y se halla inscrita y a la persona que no estando registrada desarrolla actividades con efectos legales. (2001, p. 57).

En un sentido similar la doctrina ha establecido que se refiere a *“la persona natural o colectiva a quienes el derecho les reconoce tanto facultades como exigencias”* (Korzeniak, 1988, p. 25).

#### **B. El concebido**

##### **i) Concepto**

Es el producto resultante de la fusión del óvulo con los espermatozoides, dando lugar a una nueva realidad vital,

totalmente diferente y autónoma respecto de su progenitora, de quien sólo necesita para poder alimentarse. Comúnmente se lo conoce como “ser que nacerá”.

Al ser el concebido un sujeto de derechos, le asiste la posibilidad de que en su nombre se puedan ejercer derechos valiables en dinero como derechos no patrimoniales, siempre y cuando logre concretizar su propia existencia (Calderón & Guido, 2001, p. 58).

El concebido es un ser humano en formación que aún no ha nacido, por lo que mal se haría al pretender compararlo y darle el mismo tratamiento que a un ser individual, coincidiendo únicamente entre ambos el hecho de que se les aplica lo más beneficioso, y siempre, en el caso del feto, que nazca vivo (Diez-Picazo, 1982, p. 266).

Pierde el concebido la condición de tal en los siguientes casos: logra nacer convirtiéndose en un ser individual, al nacer pero muerto; y, al ser extraído del vientre materno por acción de una tercera persona (Calderón & Guido, 2001, p. 59).

Juega un rol relevante en el reconocimiento y otorgamiento de derechos así como en la vinculación conyugal, el tiempo de fecundación del nuevo ser. De esta manera, la ley civil faculta a la madre en cinta a pedir legalmente el reconocimiento de su gestación o de su alumbramiento.

Nuestra ley civil regula la figura legal de la curatela a efectos de tutelar los bienes del ser en formación siempre que el progenitor ya

no esté vivo y se suspenda la tenencia legal de la progenitora. Sin embargo, no prevé el instituto de la representación.

## ii) Teorías que definen la naturaleza jurídica del concebido

El ser en formación ha sido objeto de estudio y tratamiento diferenciado por parte de los juristas a lo largo de las diversas épocas que ha atravesado la humanidad. Así, se destacan las siguientes posiciones:

### - **Portio mulieris**

Tuvo su origen en el antiguo Derecho Romano, y básicamente equiparó al feto con una víscera o un miembro de la gestante, por lo que ésta podía disponer del mismo a su libre antojo (Espinoza, 2001, p. 41).

### - **De la Ficción**

El Código de Justiniano o Cuerpo de Derecho Civil Romano consideró al ser en formación como una expectativa de existencia en tanto se encontrara en el vientre de la madre, esto es, de nacer y ser persona. Por tal motivo, varios países han recogido este fundamento en sus respectivas leyes civiles actuales, las mismas que le han dado una mayor protección al establecer que “*en todo lo que le sea favorable, se lo reputa como vivo*”; siendo que, la doctrina y jurisprudencia le han concedido la

posibilidad de ejercer derechos de carácter netamente económicos en caso naciera con vida (Espinoza, 2001, pp. 42-43).

- **De la personalidad**

Equipara al feto con una persona que si bien aún no nace, no obstante, tiene existencia propia dentro del vientre de la madre, por lo que el derecho le atribuye la posibilidad de ejercer derechos civiles, los mismos que quedan supeditados a la realización de un acontecimiento resolutorio (Espinoza, 2001, p. 44).

- **De la subjetividad**

Con mayor tino nuestro Código Civil actual incorpora el término “sujeto de derecho” para hacer referencia a toda manifestación de vida humana, desde su forma más incipiente (formación del nuevo ser), hasta su forma más avanzada (organización colectiva de personas naturales registrada ante la entidad respectiva), a la misma que le concede facultades y obligaciones así como le brinda una protección especial. Bajo esta perspectiva, Espinoza citando a Fernández Sessarego sostiene que, *“el ser en formación todavía no es persona por cuanto aún no ha sido alumbrado; sin embargo, ya es una entidad real y jurídica diferente a la persona natural, por lo que el ordenamiento jurídico le brinda un amparo especial en lo que le resulte más beneficioso; por ello se dice que es el ser humano preferido”* (2001, p. 45).

No obstante, en el aludido cuerpo legal existe un vacío ya que no se indica los parámetros que se deben de tener en cuenta cuando exista incertidumbre en torno al nacimiento del ser en formación con o sin vida (Espinoza, 2001, p. 48).

### **C. El derecho a la vida y el tratamiento jurídico diferencial entre el concebido y la persona**

Si bien es cierto, la perspectiva extensiva de la vida humana abarca tanto al ser humano en formación que todavía no nace así como al ser humano que logró concretizar su propia existencia con el nacimiento; no obstante ello, la ley les da un tratamiento diferente al no tratarse de acontecimientos similares, pues, hablar de concebido es hablar de vida dependiente, en tanto que, hablar de persona es hablar de vida separada (Sáenz, 2010, p. 38).

En tal sentido, al feto no se le reconoce la aptitud de ser considerado un sujeto activo o pasivo de las relaciones que generen efectos legales, por lo que únicamente será favorecido cuando ciertas situaciones le sean más beneficiosas; por el contrario, al que ya nació el Derecho le reconoce personalidad jurídica; por consiguiente, es receptor de todas las circunstancias que le resulten beneficiosas o no (Sáenz, 2010, p. 38).

#### **D. La vida del concebido y de la persona en nuestra Constitución, en la legislación interna y en el Pacto de San José de Costa Rica**

La vida al ser el derecho más importante que tiene el ser humano goza de una tutela jurídica integral, tanto en el ordenamiento jurídico interno como en el ordenamiento jurídico internacional; así, nuestra Carta Magna, el Código Civil y la Convención Americana de Derechos Humanos de manera uniforme en sus respectivos artículos han reconocido que a la vida se la protege desde la concepción, que el ser humano en formación es centro de atribución de derechos, aplicándosele lo que le resulte más beneficioso (en este sentido también lo ha regulado el Título Preliminar de la Ley de Política Nacional de Población y el Título Preliminar de la Ley General de Salud); y que al ser humano individual le asiste el derecho a que se le respete su existencia.

De lo antes señalado se llega a concluir que, nuestras leyes escritas consideran al ser humano en formación una realidad vital (Sáenz, 2010, p. 43).

#### **E. El inicio de la vida y el concebido: Proceso vs. individualidad genética**

##### **i) La concepción**

Se refiere al instante en el que el óvulo es fecundado por el/los espermatozoide/s, dando lugar a la vida del ser humano. Es a partir de aquí que el Derecho brinda una adecuada protección a la vida, considerando a la nueva realidad vital como sujeto de derechos

pasible de ser beneficiario, por ejemplo, de las diferentes formas de adquirir la propiedad (Quispe, 2011, p. 101).

Este proceso natural no sólo se limita a la fusión de los órganos sexuales del varón y de la mujer, sino que también implica, como consecuencia lógica, la evolución de las nuevas células en cigoto conllevando al desarrollo del feto, su posterior fijación y alojamiento en el vientre de la madre (Quispe, 2011, p. 102).

Al concebir a la vida como el material genético singularizado, entonces se permitirá cualquier clase de intervención efectuada previamente a la culminación de los 720 minutos de producida la unión de los gametos masculinos y femeninos. Pero, al percibirla como un suceso que se inicia con la unión del óvulo con el/los espermatozoide/s, entonces no se permitirá ninguna clase de procedimiento, ya sea éste anterior o posterior a la referida unión (Espinoza, 2001, p. 37).

## **ii) La pretendida validez del concepto “pre-embrión”**

Para tal efecto, el término “pre embrión” debe ser analizado desde una doble perspectiva. Así, desde el punto de vista limitado, está referido al “huevo” en su evolución más incipiente; en tanto que, para el plano extensivo, es el ser humano que ha logrado alcanzar casi las dos primeras semanas de existencia.

Al respecto, España en 1988 emitió una ley referente a los métodos de procreación de vida humana de manera artificial, en la que en uno de sus fundamentos abordó el término “embrión pre

implantatorio” para referirse a la evolución de la nueva entidad vital como consecuencia de la fragmentación del óvulo fecundado y su implantación en el vientre materno, debiendo pasar para ello alrededor de unas dos semanas de producida la fusión de los gametos masculinos y femeninos (Espinoza, 2001, p. 38).

Ahora bien, resulta necesario indicar que, el “embrión post implantatorio” hace alusión a aquella etapa preliminar de la evolución de un ser vivo en el útero de la madre, en donde luego de los 75 días de haber quedado anidado, a alcanzado el desarrollo de los órganos (se ha producido la división de las células del cigoto).

Posteriormente, en marzo de 1990, se llevó a cabo en Roma la Declaración sobre el Embrión en donde se tuvo como tema central el relacionado al papel y la importancia de la Bioética para la adecuada tutela del embrión; además se abordó la necesidad de que los Estados promulgaran leyes concordantes con los progresos tecnológicos y científicos en relación al uso de los diferentes métodos artificiales para procrear vida humana, ello a fin de lograr conseguir el respeto por esta manifestación primitiva de vida humana. Por tal motivo, resulta conveniente utilizar la palabra “pre embrión” para referirnos a la fase relativa a la división del óvulo fecundado durante las dos primeras semanas de producida la fusión nuclear; descartándose, de esta manera, que en esta etapa cuente con “existencia individual” (Espinoza, 2001, p. 39).

Se critica a esta declaración por cuanto adolece de bases contundentes para concluir que dentro de las dos primeras semanas

luego que el óvulo es fecundado no hay aún existencia humana, ello debido a que a ciencia cierta no se ha llegado a determinar el momento exacto en que comienza la vida. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico se admite el principio que “*en caso de duda se aplica el criterio favorable al concebido*”, ello por tratarse de un ser totalmente indefenso de ejercer por cuenta propia todas las prerrogativas que le concede la ley. Por tal motivo, al ordenamiento jurídico vigente le correspondería velar por la plena vigencia y el cumplimiento estricto de las leyes que tutelan al ser humano en formación desde su manifestación más primigenia, evitando de esta manera, el uso de técnicas médicas artificiales que vayan en contra de su propio desarrollo (Espinoza, 2001, p. 40).

Para Espinoza Espinoza, hablar de pre embrión es innecesario toda vez que, lo relevante no radica en hacer una diferenciación terminológica, esto es, si a la nueva realidad vital se le atribuye la condición de ser humano en formación o de persona, sino de la adecuada tutela que los sistemas normativos deben otorgarle a la vida a partir de su manifestación más inicial (2001, p. 40).

## **F. Debate sobre el inicio de la concepción**

A lo largo de los años, la ciencia ha tenido como tarea pendiente determinar con exactitud el momento a partir del cual comienza la concepción. Para ilustrar este tema tenemos las siguientes posturas (Sáenz, 2010, p. 46).

### **i. Teoría de la fecundación**

Sostiene que, la creación de la nueva realidad vital -"huevo" a consecuencia de la unión de los gametos masculinos y femeninos, es lo que determina el comienzo de la concepción. Es así que, a partir de ahí se habla que la nueva entidad vital adquiere rasgos propios que lo diferencian de cualquier otro ser humano.

### **ii. Teoría de la anidación**

Sustenta que, el comienzo de la concepción se da cuando una vez producida la división progresiva de la nueva realidad vital, ésta se ubica y permanece en el vientre materno para continuar con su evolución al haber encontrado un ambiente favorable, lo que ocurre a la semana de la unión del óvulo con el/los espermatozoide/s, requiriendo otra semana a fin de que el proceso quede terminado. En tal sentido, según esta teoría ya existe una gestación en marcha, lo que para el ordenamiento jurídico constituye el "proceso natural" a partir del cual se protege la vida del nuevo ser humano.

El Código Penal Peruano acoge esta postura ya que regula y sanciona el ilícito penal del aborto referido a la eliminación del ser humano en formación que se encuentra en la cavidad uterina de la madre; mas no a la agresión que se comete en perjuicio del cigoto (Sáenz, 2010, p. 48).

#### **1.2.4 Técnicas de reproducción asistida**

El uso de los métodos médicos artificiales para generar vida humana surgen a manera de respuesta frente a las “necesidades” y/o “anhelos” de los esposos por tener su “propio/a hijo/a”, ello debido, entre otros supuestos, a problemas de infertilidad; no obstante, dichas técnicas son criticadas y rechazadas por algunas personas y la Iglesia (Espinoza, 2001, p. 65).

Además, aparecen con la finalidad de estar a la vanguardia de las situaciones cambiantes que atraviesan nuestras sociedades propias del avance de la ciencia y la tecnología en el campo de la salud; de allí que, resulta indispensable la dación de leyes a efectos de prevenir que la utilización de estas técnicas se den de manera indiscriminada y clandestina, conllevando a la vulneración de derechos fundamentales.

En 1949 se llevó a cabo una conferencia mundial de galenos que profesaban la religión católica en la que se concluyó lo siguiente: i) Previo a la utilización de las técnicas de creación de vida humana asistida, se tiene que valorar los aspectos clínicos, genéticos, ético y legal de manera conjunta; ii) La fecundación artificial que no se lleve a cabo dentro de la unión legal o religiosa de un varón y una mujer resulta ser, pura y sencillamente, reprochable; iii) La unión del óvulo con el/los espermatozoide/s que se logra en los laboratorios con material genético de un cedente anónimo que no pertenece a ninguno de los esposos (al interior del casamiento), resulta censurable además de indecente; y, iv) No constituye causa de justificación, el anhelo de los esposos por lograr, a toda costa, ser padres a través del uso de los métodos médicos artificiales para generar vida humana (Espinoza, 2001, p. 66).

En cuanto a las voces de protestas realizadas por particulares, se tiene la marcha de la juventud de comunistas de URSS en Moscú el 20 de marzo de 1986, con la que se dio a conocer a la opinión pública el rechazo total a la “maternidad por sustitución” y a los “contratos de vientres arrendados” por constituir prácticas no comunes realizadas únicamente por personas con poder económico; además, equipararon al feto creado con técnicas de laboratorio con una “cosa” susceptible de ser adquirida o puesta al tráfico del comercio. Por último, señalaron que, la admisión de éstos métodos conllevaría al quebrantamiento de lo establecido por la ciencia en el sentido que, la gestante tendría que entregar al/a la hijo/a que concibió durante 9 meses a los “padres contratantes”, lo cual no resulta ser lógico ni cierto ello en atención al vínculo físico y mental fuerte generado entre la madre biológica y el/la niño/a por nacer, o si se tiene en consideración que aquella se niega a entregárselo/a. Estos jóvenes condenan a las mujeres que han “alquilado sus vientres” para gestar y dar a luz a un/a niño/a ha favor de las personas más pudientes, pero al mismo tiempo las ven como “máquinas” en una civilización manejada por el dinero y el egocentrismo (Espinoza, 2001, p. 67).

#### **i. Conceptos básicos relacionados a la Reproducción Asistida**

##### **- Fecundación in vitro (FIV)**

Procedimiento médico tendiente a lograr la fecundación del óvulo por el/los espermatozoide/s utilizando técnicas e instrumentos especializados en un centro de salud calificado, toda vez que dicho proceso biológico no puede llevarse a cabo al interior del cuerpo de la mujer (vgr. la esposa no tiene la capacidad de generar sus propios ovocitos, pero sí puede gestar). Luego de ello y obtenido el/los embrión/es, el galeno

se encarga de trasladarlo/s al vientre materno en busca de alcanzar una gestación. Existen dos tipos, Homóloga cuando el óvulo fecundado es introducido en el útero de la esposa o conviviente; y, Heteróloga, esto es, cuando se acuden a los contratos de alquiler de vientre (Calderón & Guido, 2001, p. 59).

- **Técnicas de reproducción asistida (TERA)**

Referidas al conjunto de métodos e instrucciones biomédicos que se siguen para facilitar o reemplazar al proceso biológico natural de la fecundación con la utilización de los gametos masculinos, femeninos y fetos haciendo uso del laboratorio, ello a fin de encaminar una adecuada gestación. Abarca desde el traspaso del óvulo fecundado hacia las trompas de falopio, la transmisión del “huevo” y de fetos en el útero materno, la conservación de óvulos y embriones, hasta el uso del vientre de alquiler (O.M.S., pár.5, 2017).

- **Donante de gametos o pre embriones**

Referido al ser humano con capacidad para obrar, esto es, varón o mujer que ha alcanzado la mayoría de edad dispuestos a ceder sus espermatozoides, óvulos o pre embriones con la finalidad de ser empleados en individuos que no son sus parejas, solo para efectos procreativos (Awad, 2017, p. 103).

- **Donante homólogo**

Varón que proporciona sus cromosomas a fin de que sean introducidos a su mujer, pero únicamente para efectos procreativos (Awad, 2017, p. 103).

- **Receptora de gametos o pre embriones**

Mujer a quien se le introduce el material genético cedido por un varón u otra mujer, o una “nueva realidad vital”, sólo a efectos procreativos (Awad, 2017, p. 103).

- **Unidades de biomedicina reproductiva**

Referidas a las áreas especializadas de la salud dedicadas a la averiguación de las causas y a la realización de terapias para combatir y hacer frente al problema de la infertilidad en los esposos o convivientes, abarcando incluso operaciones con carácter de evaluación, y los procedimientos tendientes a producir los gametos o cromosomas para lograr una fecundación y optimizar una probable gestación (Awad, 2017, p. 103).

- **Útero subrogado**

Una vez obtenidos los embriones de los gametos de sus padres, se les transfiere a un útero subrogado debido a problemas en la madre genética como: histerectomía previa, síndromes de

Asherman severos, tuberculosis genital con gran afectación del endometrio, síndrome de Rokitanski, y enfermedad materna incompatible con embarazo (Pacheco, 2007, p. 432).

## **ii. Delimitación del objeto de la inseminación artificial y la fecundación in vitro**

Los métodos de procreación asistida constituyen una solución para aquellas parejas que por problemas biológicos o fisiológicos no pueden tener hijos/as; en tal sentido, con el uso del laboratorio se pretende que el óvulo sea fecundado, reemplazando de esta manera a las relaciones íntimas del varón y de la mujer; de esta manera se procreará a un nuevo ser humano pero de modo no natural.

Si bien es cierto, éstas técnicas persiguen como objetivo fundamental conceder a la pareja la posibilidad de ejercer el rol de padres ante la sociedad, lo que conllevaría a cumplir con su plan existencial; sin embargo, no se debe permitir manipulaciones, ensayos o pruebas incluso desde las manifestaciones más rudimentarias de existencia humana, esto es, antes que la nueva realidad vital haya quedado alojada en el vientre materno (Espinoza, 2001, p. 71).

No obstante, dentro de quienes defienden la admisibilidad de las técnicas de procreación asistidas, a nivel real y legal, no hay un consenso uniforme respecto al uso de éstas en su forma Heteróloga en la que los esposos o convivientes necesitan que una persona externa a su relación les ceda su material genético (Espinoza, 2001, p. 71).

Quienes están en contra de la inseminación y fertilización artificial heteróloga sostienen que se crearía una serie de conflictos respecto de la paternidad de aquel que es concebido por medios artificiales. La crítica no resiste al análisis por cuanto, si bien es cierto que los cedentes son anónimos, el material genético donado debe ser preseleccionado y limitado. Ahora bien, el problema radica en el caso de la mujer oferente, es decir, quien “alquila” su vientre a efectos de que el nuevo ser humano alcance su plena formación. El hecho de optar por el uso de este método debe ser entendido sólo como una necesidad frente a la imposibilidad física de uno de los miembros de la pareja (Espinoza, 2001, p. 72).

En el Reino Unido se ha aprobado la clonación de embriones humanos que todavía no han alcanzado las dos semanas, pero únicamente a efectos curativos o de rehabilitación; no obstante, en estos procedimientos se ejecutan maniobras que, de algún modo, alteran la vida en su manifestación más inicial, ello, según nos dan a entender, en aras de lograr avances científicos y tecnológicos que resulten provechosos para la humanidad. De esta manera, se le pretende dar al inicio de la vida humana una finalidad distinta: convertirse en una suerte de “elemento básico” de epitelios o capas.

El ser humano ya no es concebido como un fin en sí mismo sino como un medio. Sin embargo, a nivel de doctrina nacional, se ha dejado notar la existencia de incongruencias en los diversos ordenamientos jurídicos, ya que si bien es cierto, por un lado propugnan la defensa y el respeto por la vida humana desde sus primeras manifestaciones; sin embargo, por otro lado, también incentivan y favorecen la práctica y el desarrollo de la ciencia y la tecnología como mecanismos a través de los cuales se lograría

prevenir el deceso de varios individuos. En consecuencia, conviene interrogarse sobre el rol que corresponde al Derecho. Corresponde a la comunidad internacional organizada “afirmar valores, no derechos absolutos, pues de lo que se trata es de encontrar una solución de conciliación ante la presencia de un conjunto de intereses que producen conflictos. En todos los casos la prudencia debe imponerse” (Espinoza, 2001, p. 74).

### **iii. Situación de la mujer que oferta su vientre**

El dilema de fondo que concita el uso de las técnicas de procreación asistida radica en el hecho en que la “madre contratada” “alquila” su vientre a los “padres contratantes” a fin de que allí se lleve a cabo el proceso de crecimiento de la nueva realidad vital creada en el laboratorio y que le fuera implantada, siendo que, luego de acaecido el nacimiento, quedaría obligada a dárselos (Espinoza, 2001, p. 83).

Es inapropiado pretender asociar este hecho al término “acto jurídico”, ello por cuanto no está referido a una situación susceptible de ser valuada económicamente. Si seguimos el orden de ideas que se dirigen a considerar esta situación como un contrato, se llegaría a la aberración de discutir si se trataría de uno que implique el cumplimiento de objetivos, en el que el pago estaría sujeto a la realización de los servicios ofrecidos; tal vez de uno que implique una obligación por parte de la persona contratada de hacer una obra, y de la persona contratante de cancelarle por el resultado; siendo que, de considerarse ambos supuestos, los mismos traerían consecuencias inimaginables.

Por tal motivo, resulta inconcebible pensar que la figura de la maternidad por sustitución llegue a ser incorporada en los textos legales civiles como una modalidad de contrato, ello bajo la justificación del “anhelo” de los padres por formar una familia a como de lugar. En consecuencia, resultaría muy jalado de los cabellos establecer condiciones que regulen “el acuerdo”, toda vez que el contenido de lo “pactado” para nada debe versar sobre la nueva realidad vital. Resultaría insólito argumentar legalmente bajo las instituciones reguladas dentro del rubro de los contratos si, por ejemplo, se trajo al mundo a más de un/a niño/a cuando en realidad se “acordó” por uno/a solo/a; o si éste/a naciera con alguna enfermedad o discapacidad física o mental y ninguna de las partes estaría dispuesta a quedárselo/a (Espinoza, 2001, p. 84).

Los erróneamente denominados “contratos de vientre de alquiler” comprenden los siguientes supuestos: i) Madre biológica o “contratada” únicamente brinda su vientre a fin de albergar al nuevo ser humano creado artificialmente a fin de lograr su desarrollo; y, ii) Madre biológica o “contratada” proporciona tanto su material genético como su vientre a efectos de alcanzar un embarazo. Por tal motivo, estos “acuerdos” están prohibidos en muchas legislaciones.

No sólo existe discusión doctrinaria acerca de la aceptación o no de lo que desacertadamente se denomina “alquiler de útero”. Dentro de quienes aceptamos esto, surge una discrepancia respecto a la onerosidad o gratuidad del acto. Al respecto se opina que: *“por ser un acto altruista, está desprovista de onerosidad y constituye por tanto, una disposición a título gratuito”* (Espinoza, 2001, p. 85).

Respecto a ¿Qué pasaría si la madre biológica, “contratada” o subrogada no quisiera entregar al ser humano fecundado artificialmente, a quien lo tuvo alojado en su vientre por nueve meses, a las personas que pretenden ser sus padres? Se vuelve a repetir que tal hecho no se trata de un contrato, mucho menos se discutirá dentro del mismo las reglas de la *pacta sunt servanda* o de la *rebus sic stantibus*. Y ello puede llegar a pasar por cuanto se ha comprobado científicamente que la gestación genera un fuerte vínculo de madre hacia hijo/a, pudiendo aflorar en aquella los sentimientos más sublimes para con éste/a (Espinoza, 2001, p. 86).

Sostiene Espinoza Espinoza que si la madre biológica, “contratada” o subrogada manifiesta su deseo de maternidad y tiene las condiciones necesarias para tal efecto, ese/a niño/a será suyo/a. Sin embargo, esta decisión, dada la naturaleza de la pretensión, debe ser declarada judicialmente (2001, p. 86).

#### **iv. Inseminación artificial y fecundación in vitro en nuestro país**

Por el año 85 en el Perú ya se comenzaba a poner en práctica, en uno de los principales centros de salud públicos, la aplicación de los métodos de procreación humana asistida, ello como consecuencia de un arduo trabajo de investigación encabezado por distinguidos profesionales médicos y asistenciales; noticia ésta que había sido reportada en un periódico de la ciudad de Lima (Espinoza, 2001, p. 87).

En 1989, periódicos capitalinos dieron a conocer a la población sobre el alumbramiento del primer ser humano concebido a través

del método de la reproducción artificial homólogo, procedimiento que si bien es cierto se llevó a cabo en Colombia, sin embargo, el monitoreo del embarazo se suscitó en suelo patrio (Espinoza, 2001, p. 87).

De un modo similar, vio la luz por primera vez el niño Arrieta Noriega el 03 de enero del mismo año producto de una fertilización *in vitro*, practicada por el ginecólogo cajamarquino Pedro Rojas en el “IVF Australia Program AT United Hospital” con sede en Nueva York, EE.UU. El alumbramiento se dio en el país por un equipo médico encabezado por Enrique Villanueva Guibovich y Nelly Benvenuto (Espinoza, 2001, p. 87).

Hoy en día en nuestra sociedad mayor es la afluencia de personas que optan por recurrir a establecimientos especializados de salud con el fin de hacer uso de éstos procedimientos médicos artificiales en cualquiera de sus dos clases o tipos.

### **1.2.5 Maternidad Subrogada**

También conocida como maternidad por encargo o “contrato de vientre de alquiler”, implica la utilización de los métodos de procreación de vida humana artificial con el fin de conseguir la gestación de un nuevo ser humano al interior del útero de la madre subrogada, ello para posibilitar su ulterior nacimiento; teniendo en cuenta siempre que estos procedimientos deben darse con el debido cuidado para el concepturus (Velásquez, 2015, p. 19).

Esta figura comprende tres supuestos: i) Embarazo por reemplazo, cuando la madre biológica o “contratada” únicamente cede su útero a fin de que allí se implante y desarrolle la nueva realidad vital fecundada artificialmente, teniendo que entregarla a los “padres contratantes” luego que se haya producido el nacimiento; ii) Maternidad subrogada propiamente dicha, cuando la madre biológica o “contratada” proporciona tanto su gameto a fin de que sea fecundado artificialmente, como su útero a efectos de que el nuevo ser humano logre su desarrollo, siendo que, acontecido el nacimiento, lo entregará a quienes le solicitaron este procedimiento; y, iii) Maternidad dividida, en la que se distingue claramente la intervención de tres mujeres: la genética, quien da su gameto; la embarazada, quien se encarga de llevar a cabo el proceso de gestación, y posteriormente, de alumbrar al/a la niño/a; y, la “beneficiada” o “contratante”, quien finalmente va a recibir al/a la hijo/a nacido/a mediante el uso de las diferentes técnicas de procreación de vida humana artificial (Brema, 2012, p. 140).

## **i. Tipos**

### **- Madre sustituta**

Es aquella que recibe en su vientre al óvulo fecundado artificialmente a fin de que allí se desarrolle, reemplazando de esta manera a la función que le correspondería realizar al vientre de la madre biológica. Esta técnica es adecuada para señoras que han sufrido, de forma continua, las pérdidas de sus fetos; que tienen alguna enfermedad o defecto en el vientre; o, que el proceso de gestación les conlleve a un daño inminente para su vida e integridad física (Schorge, 2009, p. 464).

Esta situación encara problemas jurídicos pero también psicosociales. En la mayor parte de los Estados, la madre sustituta es la madre legal, por lo tanto, luego de acontecido el alumbramiento, la madre biológica tiene que efectuar el prohiamiento del/de la recién nacido/a para poder ejercer la patria potestad sobre éste/a. Sin embargo, en muy pocos Estados existen leyes específicas que protegen a quienes cedieron sus gametos masculinos o femeninos.

- **Madre portadora**

Referida a la madre que tiene la capacidad de producir sus propios gametos; sin embargo, no puede quedar embarazada debido a un defecto en su vientre; en tal sentido, necesita de otra mujer para que “facilite” su vientre a efectos de llevar a cabo el proceso de gestación. El esposo y la esposa proporcionan sus gametos, pero la receptora del óvulo fecundado es otra mujer.

- **Embriodonación**

Se trata de casos de esterilidad del esposo y de la esposa; es decir, él no tiene la capacidad para provocar un embarazo debido a que el volumen normal de producción de sus espermatozoides no es el adecuado; en tanto que ella no tiene la capacidad de producir sus gametos ni de quedar embarazada. Por tales motivos tienen que recurrir a un varón que done sus espermatozoides, así como a una fémica que también done su gameto, luego de lo cual, el óvulo fecundado en el laboratorio es introducido en el vientre de ésta o de otra mujer a fin de que se lleve a cabo el embarazo.

- **Ovodonación**

Según la Casación N° 4323-2010-Lima, se ha establecido sobre la ovodonación lo siguiente:

*(...) la esposa no tiene la capacidad de generar sus propios óvulos pero sí tiene la capacidad para quedar embarazada; en tal sentido, necesita de otra mujer que le proporcione su gameto. Esta técnica no está regulada en nuestro sistema normativo, por lo que su uso deviene en tolerable al no merecer un reproche jurídico penal, ello en atención al fundamento legal que prescribe que “lo que no se prohíbe, se permite”, el mismo que ha sido admitido por el máximo intérprete de la Constitución (...)(Casación N° 4323-2010-Lima).*

**ii. Maternidad Subrogada, Bioética y Derechos Humanos**

En términos generales diremos que, la Bioética busca establecer directrices, pautas o preceptos rectores que actúen como lineamientos del comportamiento del ser humano en torno al respeto por la vida de sus semejantes así como de los animales y de las plantas, ello de conformidad con lo que dictan los valores y lo que indica la razón, en pos de lograr una sociedad con leyes más justas. De esta manera, la dignidad constituye su centro de atención y protección, toda vez que significa para los derechos de primer orden, su fundamento último (Gonzales, 2011, pp. 347-348).

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, llevó a cabo una ponencia internacional en la que se logró asociar el pensamiento bioético a los derechos humanos, destacándose la importancia de brindar una mayor consideración y tutela a la dignidad

y a la vida del ser humano. El Convenio Europeo sobre Bioética, aprobado en Oviedo - España en 1997, en su artículo segundo dejó sentado lo siguiente: *“El centro de atención y protección recae en toda manifestación de vida humana, la misma que siempre estará por encima de todo aquello que pudiera resultar más beneficioso para la colectividad, incluyéndose los avances científicos”* (Gonzales, 2011, p. 349).

La protección jurídica de la nueva realidad vital o del embrión humano no es un pedido que se formula recientemente desde la reflexión jurídica. Ya desde el 2001, Jacques Testart indicaba en uno de sus libros: *“creo que en el mercado de la medicina del mañana es la fabricación del hombre sin cualidades”* (Gonzales, 2011, p. 350).

Al respecto, es instructivo ver que con facilidad aceptamos hoy los presupuestos de una práctica médica ya remanida de la IAD (Inseminación Artificial con Donador), y las redes internacionales encubiertas en “salud sexual reproductiva” obedecen a los caprichos de aquellos a los que procuran “la felicidad” a costa de la vida de su propia descendencia (Gonzales, 2011, p. 351).

Con relación a la reproducción humana y, principalmente, a los temas de infertilidad, la Bioética debe ser considerada en cada nuevo procedimiento descubierto y aplicada por la ciencia. En la reproducción humana están involucrados los problemas de pareja, sexualidad, concepción, aborto, reducción embrionaria, embarazo múltiple, manipulación embrionaria y genética, donación y venta de gametos, embriones y tejidos embrionarios o fetales, maternidad sustituta, fetos malformados, bancos de sangre de cordón, y muchos otros temas. El

gineco-obstetra dedicado a la fertilización asistida debería también considerar aspectos como la edad, las infecciones actuales y pasadas, el empleo juicioso de los inductores de ovulación y de medicina sofisticadas, los costos de procedimientos, los resultados colectivos y propios, los riesgos de los embriones de portar alguna enfermedad paterna principalmente genética y que fue causa de la infertilidad, y otros asuntos que usualmente no figuran en la revisiones sobre Bioética en reproducción (Pacheco, 2007, p. 823).

Ahora bien, el Comité de Bioética de España indica que, la aspiración de la pareja por atesorar un/a niño/a mediante el uso de estas técnicas de reproducción, no garantiza que se le vaya a dar una adecuada formación y que sea querido/a, ello tendrá cabida si dicho afán no es interesado (Cárdenes, 2017, p. 21).

### **iii. Problemas suscitados respecto a la maternidad subrogada**

Las técnicas para generar vida humana con el apoyo del laboratorio pueden traer consecuencias negativas para la madre subrogada como la adquisición de diversas enfermedades por el hecho de la gestación, las mismas que pueden poner en riesgo su integridad y vida, así como anomalías congénitas y/o malformaciones en el concebido, lo que podría conllevar a posibles abortos; desperdicios de embriones; deficiencias físicas y/o mentales en el/la nacido/a que implicaría su abandono por los “contratantes”; su derecho a amar al fruto de su gestación y ha rehusarse a entregarlos a los contratantes; y, repercusiones de carácter psicológico en su persona (Velásquez, 2015, pp. 28-29).

Aunado a ello resulta difícil saber cuáles serán las reacciones y/o consecuencias psicológicas de la madre subrogada al momento de dar a luz y tener que entregar a los “contratantes” al ser humano que gestó en su vientre (Velásquez, 2015, p. 28).

Ahora bien, el hecho de gestar a un/a hijo/a para otra persona no constituye un medio de cura para la esterilidad, toda vez que si la madre o la pareja quieren tener otro/a hijo/a, nuevamente deberán recurrir al uso de estos métodos (Velásquez, 2015, p. 28).

#### **iv. ¿Cómo se determina legalmente la maternidad o la paternidad en la maternidad subrogada?**

Al respecto, nuestra jurisprudencia ha establecido lo siguiente:

*(...) La maternidad por sustitución o los “contratos de vientre de alquiler” no se encuentran taxativamente admitidos ni vetados jurídicamente, por lo que estas prácticas resultan ser tolerables según el fundamento constitucional que establece que “está permitido todo aquello que no está prohibido por la norma”; siendo esto así, se pasará a evaluar el petitorio de lo demandado a efectos de poder concluir si hay mérito para su concesión ... la condición de madre está definida por los vínculos genéticos y sanguíneos ... ; en tal sentido, se concede lo demandado (Exp. N° 183515-2006-113 - 15 Juzgado de Familia de Lima).*

Además, también se afirma que:

*(...) la técnica reproductiva de la madre subrogada, así como de otras técnicas que no sean la de la reproducción asistida por fecundación in vitro homóloga, quedarían al parecer proscritas en nuestra legislación, no obstante, debe*

*considerarse, que al margen del dispositivo legal precitado, la legislación nacional guarda el más absoluto silencio sobre este tema en el que por lo demás tampoco se ha visto enriquecida por la jurisprudencia nacional (Consulta N° 2141-2009-Lima).*

#### **v. Acerca del riesgo de generar un turismo reproductivo**

Caso preocupante fue el que padeció la India en donde estos métodos fueron utilizados de modo indiscriminado, llevándose a cabo incluso en centros de salud, ello disque promoviendo la familia; además a las madres subrogadas se les pagaba la cuarta parte del monto total. De esto se concluye que estos métodos en ese país eran vistos desde un punto de vista comercial (Cárdenes, 2017, p. 31).

Con la aprobación de estas prácticas, la India sufrió sus consecuencias ya que empezaban a haber gestaciones múltiples, privación de la libertad de las gestantes y aglomeración de mujeres en esta situación, advirtiéndose que las mujeres allí eran tratadas como fábricas de hacer hijos/as (Cárdenes, 2017, p. 32).

Por tal motivo, en el 2016 se vetó su práctica, lo propio hicieron países como Tailandia, Nepal y Camboya. También es sabido que jóvenes europeas eran incorporadas en Italia por personas inescrupulosas a fin de dedicarse a estas prácticas por precios ínfimos (Cárdenes, 2017, p. 32).

Se ha visto que actualmente los “contratantes” acuden a países tercermundistas donde la necesidad económica es apremiante, ello con el fin de hacer uso de estos métodos, haciendo prevalecer su deseo de tener un hijo/a (Cárdenes, 2017, pp. 32-33).

## vi. Tratamiento de la maternidad subrogada a nivel internacional

### - Países que no la permiten

Por el año de 1984 se conformó una comisión de médicos alemanes con la finalidad de estudiar los métodos de procreación de vida humana artificial, concluyéndose que la dupla gestante - concebido resulta fundamental para el desarrollo pleno de éste. Por tal motivo, el Congreso Médico dispuso el rechazo a estas prácticas por resultar perjudiciales para el/la niño/a y por el riesgo de caer en el uso indiscriminado del alquiler de vientre, así como también opinó por el veto de estas prácticas en los establecimientos de salud. A tal efecto, en 1990 se emitió una disposición legal referente a la tutela de la “nueva realidad vital”, estableciendo en su artículo 1 numeral uno la prohibición de la maternidad subrogada al indicar que:

*“Incorre en delito o será merecedor del pago de una sanción económica, toda persona que: i) Implante en el vientre materno, un gameto femenino ajeno; ii) Logre fusionar, mediante el uso del laboratorio, los gametos masculinos y femeninos pero no para buscar una gestación respecto de la fémmina que cedió su gameto; iii) Separe del cuerpo de la madre a la nueva realidad vital previo a quedar anidada en su vientre, para implantarla en otro vientre materno, tal vez para ser empleada en otros propósitos; e, iv) Implante la nueva realidad vital en el vientre de una mujer, siendo que, después del alumbramiento, ésta terminará por cederla a otras personas” (Velásquez, 2015, pp. 33-35).*

En Francia (1994) se estableció: *“Será nulo todo acuerdo referente a la gestación de un/a hijo/a por otra persona”*. Luego, el Senado presentó una propuesta de ley la misma que serviría para la emisión de normas sobre Bioética. (Velásquez, 2015, p. 35).

En tanto que, en España, la disposición legal del año 2006, que regulaba sobre los métodos de procreación de vida humana artificial, no permitía la maternidad subrogada al indicar: *“Será nulo el contrato de útero subrogado altruista o remunerado, siempre que ello suponga una renuncia de la filiación del/de la hijo/a; el vínculo será determinado por el nacimiento; pudiendo el progenitor biológico solicitar judicialmente tal condición”* (Velásquez, 2015, pp. 35-36).

- **Países que la permiten sólo de manera gratuita o altruista**

La ley Británica sobre reproducción asistida se basó en los estudios llevados a cabo en el campo de la fecundación humana durante los años 1982 a 1984, la misma que prohibía todo tipo de contrato de maternidad por sustitución, así como sancionaba penalmente la apertura de locales que promovían y favorecían estas prácticas. Es a partir del año 1985 que se comenzó a permitir la homologación judicial de estas prácticas siempre que tuviesen una finalidad altruista, no sean ofertadas y no existan terceros intervinientes (Velásquez, 2015, p. 36).

En Australia se concede cierta validez a los acuerdos de útero subrogado, ello de acuerdo a lo establecido en la Surrogacy Act de Western Australia del 2008; de esta manera, los “padres contratantes” podían obtener la filiación del/de la nacido/a por disposición judicial, ello por cuanto se tenía en cuenta que era mejor considerarlo/a hijo/a legal de aquellos en mérito al fundamento jurídico: *“lo que resultare más favorable para el menor”*, salvo se llegara a acreditar una situación totalmente

opuesta; pero estaban prohibidos aquellos acuerdos para gestar un/a hijo/a para otro/a por dinero o con fines comerciales, esto bajo sanción de cárcel y/o multa (Velásquez, 2015, pp. 36-37).

En 1992, la Junta Médica Brasileña emitió un dictamen favoreciendo el uso de los métodos de fecundación in vitro únicamente cuando la vida o integridad física de la madre genética se viera en peligro a consecuencia de un posible embarazo, ello en atención a advertencias médicas, y, cuando exista una relación de familiaridad entre la madre genética y la subrogada; no permitiéndose su realización con fines económicos (Velásquez, 2015, p. 37).

Mientras que en Canadá, se facilita la utilización de la maternidad por suplantación bajo ciertas condiciones de acuerdo a la Assisted Human Reproduction Act de 2004, siendo una de ellas que la madre subrogada tenga mínimamente veintiún años, mas no se permite que ésta reciba una contribución remunerativa ni el pago a un tercero (Velásquez, 2015, p. 38).

- **Países que la regulan y la permiten de manera gratuita y onerosa**

En Italia esta figura se encuentra regulada por normas tolerantes a partir del año 2002, concibiéndola como una práctica con fines lucrativos. Así, el 29 de setiembre del año 2008, la Corte Suprema se pronunció al respecto habiendo indicado que quedaba permitida su utilización, ello además por contar con una buena logística sanitaria, los elevados contratos de útero subrogado, la

alta oferta de madres subrogadas a costos módicos y la rapidez en las gestiones y obtención de documentos (Velásquez, 2015, p. 38).

La maternidad por sustitución se encuentra permitida en Rusia, y se encuentra regulada en los artículos 51.4 y 52.3 de su Código de Familia y en la Ley n° 5487-1 respecto a la salud de su población (Velásquez, 2015, p. 39).

En Ucrania se permite utilizar la técnica de útero subrogado siempre y cuando el pre embrión sea generado con los gametos del padre y de la madre biológicos, ello según lo estipulado en su Código de Familia; siendo que de esta manera, el recién nacido estará ligado filialmente a éstos. Sin embargo, ello debe darse en coordinación con la Orden 771 emitida por el Ministerio de Sanidad que estipula ciertas condiciones para su procedencia (Velásquez, 2015, p. 39).

Y, en EE.UU, Estados como California, Texas, Kentucky, Florida, Illinois y otros permitían los acuerdos de maternidad subrogada; por el contrario, en los Estados de Arizona, Michigan y Columbia no se permitían estos contratos; en tanto que en los Estados de Arizona, Nueva York, Indiana y otros éstos acuerdos carecían de eficacia; mientras que en Virginia dichos acuerdos podían ser permitidos previa calificación integral de la situación y posterior autorización del magistrado (Velásquez, 2015, pp. 39-40).

### **1.2.6 Principio del Interés Superior del Menor**

En el año 2002, los integrantes del Pacto de San José de Costa Rica emitieron un dictamen jurídico en el que señalaron que esta directriz fundamental hacía alusión a la promoción y a la protección de todas las prerrogativas que las leyes les conceden a los/as menores tomando como fundamento exclusivo la dignidad humana por sobre aquellas disposiciones que pudieran resultarles, de cualquier modo, perjudiciales. Así mismo, se estableció que, estos sujetos de derechos requerían de unas “atenciones privilegiadas” teniendo en cuenta su desarrollo, edad y grado de indefensión o vulnerabilidad, de allí el merecimiento para una tutela integral. Por tal motivo, se cuenta con un dispositivo legal en donde se desarrolla los lineamientos y los procedimientos legales a seguir con la finalidad de hacer efectivo este principio (Ramos, 2016, p. 15).

Así pues, tiene las siguientes acepciones: i) Como derecho, ya que el operador jurisdiccional tendrá en cuenta “lo más conveniente para el bienestar del menor” al momento de ponderar “situaciones” previo a la emisión de la sentencia respectiva; además de la seguridad que “lo más beneficioso para el menor” será tomado en cuenta cuando nuevamente haya que resolver otro caso en el que también esté de por medio “el mismo derecho”, que al no ser reconocido y/o admitido, resultaría nocivo para el/la menor; y, ii) Como principio interpretativo, pues ante la existencia de un abanico de soluciones respecto a lo que establece una norma, se optará por aquella que mejor optimice el bienestar y los intereses del menor.

## **2. Justificación de la investigación**

Es importante conocer que la maternidad subrogada mediante una fecundación in vitro constituye un método poco eficaz, al implicar un alto coste de vidas de embriones humanos (Marco & Tarasco, 2009, p. 227), lo cual conlleva a riesgos relacionados a problemas con la anestesia y el sangrado en la madre gestante junto con el desarrollo del síndrome de hiperestimulación ovárica severa que le provocaría dolor, fallo renal, infertilidad futura, ascitis, tromboembolia e incluso la muerte (Cárdenas, 2017, p. 17). Siendo importante que las personas conozcan los riesgos de este método de procreación de vida humana artificial, a fin de estar protegidas frente a los malestares y daños que puedan acarrear la maternidad subrogada, y más aún si nuestra legislación penal no establece los parámetros normativos adecuados para su regulación.

Esta investigación advierte y busca evitar el tráfico de menores, la cosificación del/de la menor y de la reproducción, así como la explotación de mujeres, teniendo como principal finalidad el respeto y la tutela de la dignidad y de la vida de la nueva realidad vital y de las mujeres que se someten a esta prácticas. Motivos éstos por los que resulta relevante la misma.

Es importante porque, al regularse la Técnica de Reproducción Asistida, se restringiría su uso, evitando malformaciones físicas o alteraciones congénitas en los/as menores por nacer, lo que conllevaría a evitar grandes índices de abortos; además se evitaría repercusiones psicológicas negativas en las madres gestantes sometidas a éstas prácticas al tener que entregar al/a la niño/a al/a la cual físicamente estuvo ligada.

Finalmente, esta investigación es importante para que las mujeres objeto de subrogación no sean tratadas como mercancías; es decir, reducidas al estatus

de incubadora, evitando con ello una posible comercialización, basada en el lucro del cuerpo de las madres gestantes.

### **3. Problema**

¿Cuáles son las razones jurídicas para considerar la figura de la maternidad subrogada como delito en el Código Penal peruano?

#### 4. Conceptuación y operacionalización de las variables

<b>Variables</b>	<b>Definición Conceptual</b>	<b>Definición Operacional</b>	<b>Dimensiones</b>	<b>Instrumento</b>	<b>Indicadores</b>
Derecho a la vida de la nueva realidad vital.	A la nueva realidad vital le asiste el derecho constitucional de que se respete su vida.	La vida de la nueva realidad vital debe ser considerada en los diversos procedimientos médicos que involucren la manipulación de óvulos fecundados.	Vida de la nueva realidad vital.	Encuesta.	Por la pérdida de los óvulos fecundados artificialmente previos al implante.
Derecho a la dignidad de la nueva realidad vital.	La dignidad es la prerrogativa constitucional por excelencia, de la cual es titular la nueva realidad vital.	La nueva realidad vital al ser titular del derecho a la dignidad, le da la calidad de ser humano, la cual no puede ser vulnerada bajo ninguna circunstancia.	Dignidad de la nueva realidad vital.	Encuesta.	Se cosifica a la nueva realidad vital, es vista como un producto.
Derecho a la dignidad de la madre subrogada.	La gestante al tener la calidad de persona, el ordenamiento jurídico le reconoce el derecho a su dignidad.	Debe ser considerada como persona en cualquier procedimiento médico, para que así haya respeto de su dignidad.	Dignidad de la gestante.	Encuesta.	Es un instrumento, no una persona en sí misma.
Derecho a la identidad del niño nacido por TERA.	Todo/a niño/a tiene derecho a su identidad, la cual le permitirá desarrollarse adecuadamente.	La identidad de un/a menor debe reflejarse en el conocimiento de su procedencia genética y/o gestacional.	Identidad del/ de la niño/a.	Encuesta.	Por la procedencia de su origen genético y/o gestacional.
Principio del Interés Superior del Menor.	Garantiza la aplicación de lo más favorable para el bienestar y los intereses de los/as niños/as.	Se le debe tener en cuenta cuando se lleven a cabo procedimientos médicos que tengan como fin procrear un nuevo ser.	Principio del Interés Superior del Menor.	Encuesta	Se le da un fin distinto. (objeto de comercio)

## **5. Hipótesis**

Las razones jurídicas para considerar la figura de la maternidad subrogada como delito en el Código Penal peruano son: vulneraciones a los bienes jurídicos vida y dignidad de la nueva realidad vital, dignidad de la madre sustituta e identidad del nuevo ser, así como de la directriz fundamental “lo más favorable para el menor”.

## **6. Objetivos**

### **6.1. General**

Determinar las razones jurídicas para considerar la figura de la maternidad subrogada como delito en el Código Penal peruano.

### **6.2. Específicos**

- a. Interpretar lo establecido en la legislación nacional en materia de salud sobre procreación humana artificial en torno a los “contratos de vientre de alquiler”.
- b. Analizar la legislación comparada respecto a la regulación y el uso de los “contratos de vientre de alquiler”.
- c. Determinar la importancia del Principio “lo más favorable para el/la menor” con relación a lo que se persigue con el uso de los “contratos de vientre de alquiler”.

## METODOLOGÍA

### 2.1 Tipo y diseño de investigación

#### 2.1.1 Tipo

De “*lege ferenda*” porque propone, fundamenta su cambio; ya que la presente investigación tiene por finalidad evitar que en nuestra sociedad se permita el uso de los “contratos de alquiler de vientre”.

#### 2.1.2 Diseño

“*Ex post facto*” debido a que la investigación no se basa en experimentos, tampoco cuenta con una variable independiente, por lo que el investigador en su estudio sólo se limita a observar e interpretar conceptos y sucesos tal cual se dieron u ocurrieron con anterioridad, ello a fin de obtener información seleccionada y útil para arribar a determinadas conclusiones (Hernández, 2010, p. 148); en tal sentido, se analizarán los casos de maternidad subrogada.

### 2.2 Población - muestra

Por su estudio es de corte mixto: i) Art. 7° de la Ley General de Salud, ii) 13 encuestas aplicadas a 9 Fiscales de Familia y a 4 Jueces de Familia de Cajamarca, y, iii) 6 Opiniones de autores.

Se ha utilizado el muestreo práctico e inexacto, toda vez que la investigación presenta las vertientes explorativa y cualitativa, habiéndose basado en el método de la observación y en la experiencia del investigador, quien procedió, según su criterio, a escoger los elementos de una forma que no fue aleatoria, con el fin de

que formaran parte de la muestra, la misma que no representa la totalidad de la población; ello a efectos de poder indagar respecto a determinados casos mediante el empleo de las encuestas (Ferrer, 2010, p. 1).

## **2.3 Técnicas e instrumentos de investigación**

### **2.3.1 Técnicas**

Se acude a la *observación documental*, ya que se ha procedido a revisar, seleccionar y estudiar toda la información posible recopilada proveniente de libros, revistas y artículos jurídicos así como de libros de ginecología, obstetricia y reproducción que guardan íntimamente relación con el tema investigado (Hernández, 2010, p. 418).

### **2.3.2 Instrumentos**

*Lista de cotejo*, herramienta que permite establecer de manera precisa la relación de comportamientos, circunstancias, temas, actitudes, acciones y eventos que son materia de evaluación, respecto de los cuales se podrán consignar conceptos o criterios como ayuda. Se recomienda asociarla a un determinado objetivo (Peñaloza & Morella, 2005, p. 9).

- a. Encuesta.
- b. Documental.
- c. Fichaje de información doctrinaria.

## **2.4 Análisis y procesamiento de la información**

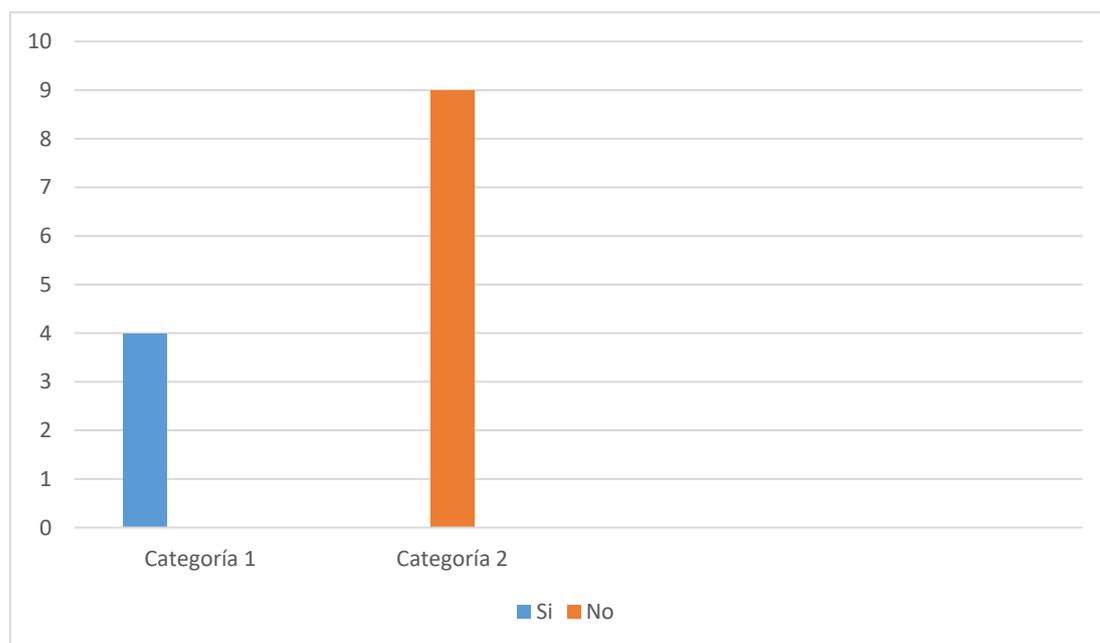
Son materia de análisis: i) Art. 7° de la Ley General de Salud, ii) Legislación comparada sobre los “contratos de vientre de alquiler”, además, iii) Aplicación de encuestas a jueces y fiscales de familia de la ciudad de Cajamarca.

Para la presentación de los datos recopilados (muestras) se ha creído conveniente utilizar la representación gráfica de resultados en formato Excel.

## RESULTADOS

Se han aplicado cuestionarios a jueces y fiscales de familia de la ciudad de Cajamarca, pues son ellos quienes tienen conocimiento de las consecuencias de no tener regulados a los “contratos de alquiler de vientre” en nuestro ordenamiento jurídico, en el sentido que se los considere como delito en el Código Penal. Por lo que, para la elaboración de los cuestionarios se tuvo en consideración formular 6 preguntas relacionadas a saber cómo es que estos órganos de justicia consideran a la maternidad subrogada y al/ a la niño/a que nace de este procedimiento médico. Resultan ser 13 entrevistas realizadas, cuyos resultados se presentan a continuación:

### 3.1 Resultados obtenidos respecto a la primera pregunta:



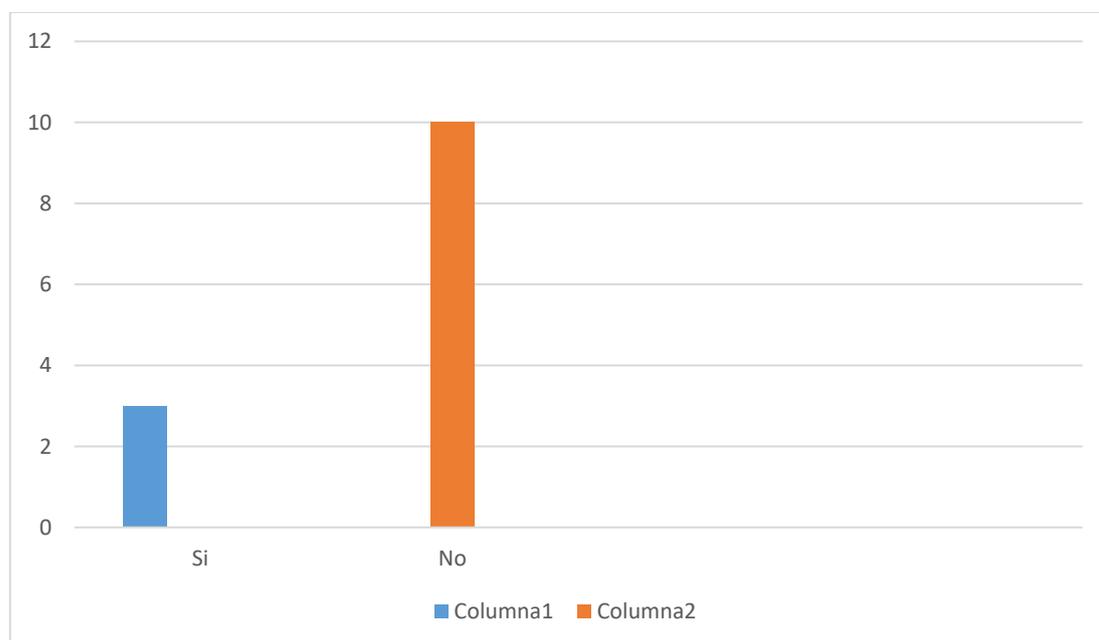
**Figura 1.** Vulneración del derecho a la vida de la nueva realidad vital con el uso de los “contratos de alquiler de vientre”.

Del cuadro precedente se puede evidenciar que, 4 de los/as entrevistados/as manifestaron que si existía vulneración al derecho a la vida en aquellos supuestos

donde la nueva realidad vital no lograba continuar con su desarrollo, pues indicaron que esta prerrogativa se origina en el preciso instante en el que el cigoto se aloja en la cavidad uterina, siendo que, una vez sucedido ello, se puede entender que éste ya es sujeto de derechos, y, por tanto, si no logra continuar con su desarrollo se pondría fin a su existencia, y, por ende, se menoscabaría su derecho a la vida.

Sin embargo, 9 de los/as entrevistados/as señalaron que no se estaría vulnerando el referido derecho debido a que el momento en que se inicia el proceso de la vida se encuentra aún en discusión, y no es posible determinar con exactitud en qué instante se inicia la vida como tal y se convierte en un sujeto de derechos; además, todo proceso de fecundación tiene riesgos, sea de forma subrogada o normal.

### 3.2 Resultados obtenidos respecto a la segunda pregunta:



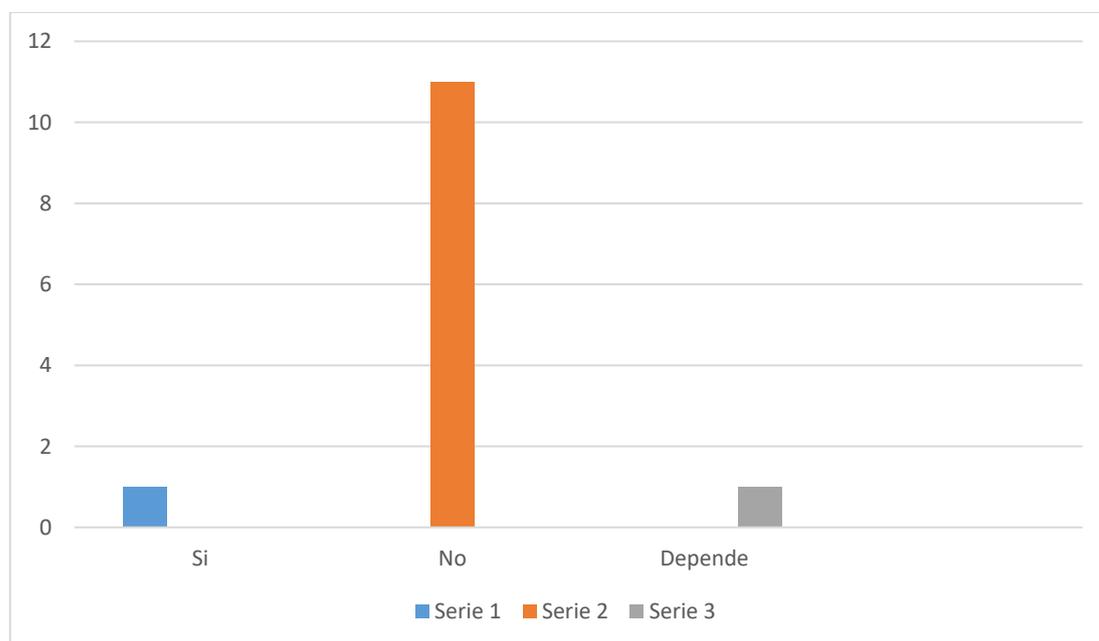
**Figura 2.** Contravención del derecho a la dignidad de la nueva realidad vital mediante el empleo de los “contratos de alquiler de vientre”.

Del gráfico mostrado se evidencia que, 10 de los/as entrevistados/as no consideraron a la nueva realidad vital alojada en la cavidad uterina de la gestante subrogada como una cosa antes que un ser humano, pues indicaron que la calidad humana no es reemplazada por ninguna otra a pesar de que haya sido producto de una técnica de reproducción asistida, correspondiéndole todos los derechos inherentes a esta nueva vida. Además, existen padres quienes ven en el/la niño/a nacido/a mediante el empleo de los contratos de alquiler de vientre como una nueva vida deseada y esperada con ansias, más no como un producto.

Mientras que 3 de los/as entrevistados/as indicaron que el/la niño/a si es considerado/a un producto debido a que este tipo de procreación humana debería ser permitida solo por disposición judicial y no a libre elección de los futuros padres.

De éstos/as entrevistados/as, 1 indicó que además de la nueva vida que se pretende dar, también existen fines patrimoniales, pues la nueva realidad vital será vendida, siendo parte de una transacción netamente comercial, en donde existe un interés meramente económico, de ahí que sea considerado/a únicamente como un objeto y no sólo como una nueva vida, tal y como debería de ser.

### 3.3 Resultados obtenidos respecto a la tercera pregunta:



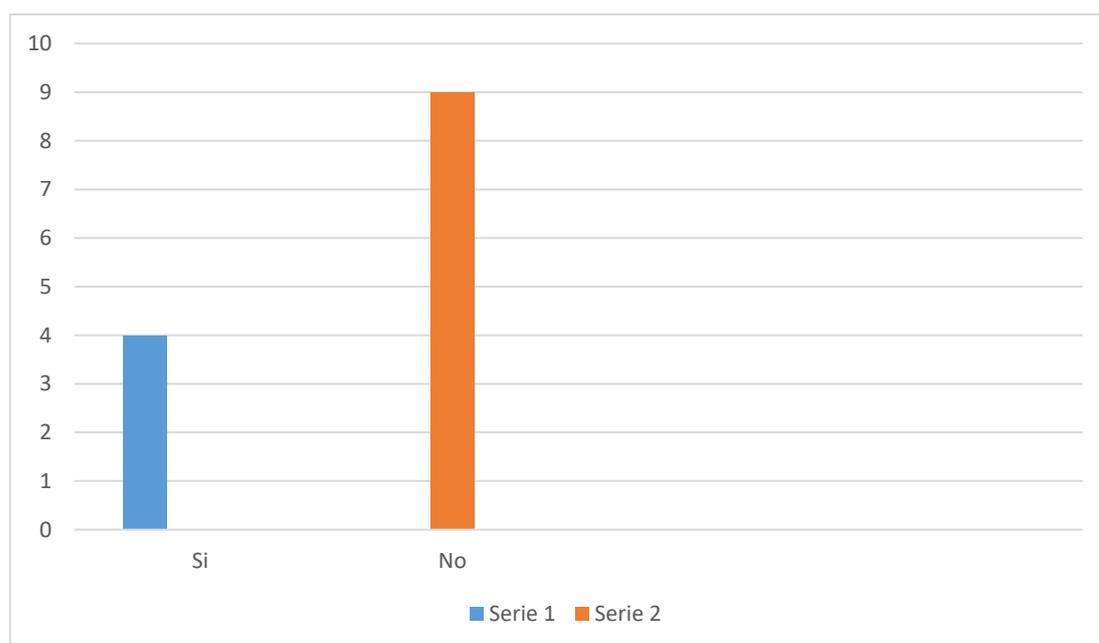
**Figura 3.** Transgresión del derecho a la dignidad de la gestante sustituta con el uso de los “contratos de alquiler de vientre”.

Siendo así se tiene que, 1 de los/as entrevistados/as refirió que depende de la finalidad del contrato que realice la madre subrogada, pues si se lleva a cabo el procedimiento médico bajo términos estrictamente económicos, se estaría vulnerando los derechos de ésta, convirtiéndola en un mero instrumento para un fin lucrativo, convirtiéndose en un medio para llevar a cabo un contrato.

De otro lado, 1 de los/as entrevistados/as hizo alusión de que la madre subrogada si estaría convirtiéndose en un objeto perdiendo su calidad de ser humano, pues su útero estaría siendo utilizado como una incubadora para traer al mundo a un nuevo ser; habiendo agregado además que la misma no tiene interés de tener al/a la niño/a, sino que su finalidad es obtener un determinado monto de dinero, existiendo de por medio un fin únicamente económico, obligación pecuniaria que recae sobre los “padres contratantes”.

Asimismo, 11 de los/as entrevistados/as consideraron que la madre subrogada no se estaría convirtiendo en un mero instrumento para traer al mundo a un nuevo ser humano, esto debido a que las empresas y las instituciones contratan a personas para realizar determinadas actividades, lo que no significa que las mismas sean utilizadas como instrumentos. Del mismo modo ocurre con la maternidad subrogada, en donde no se debe valorar el cómo se llevó a cabo un determinado acto, sino para qué o por qué. Además refirieron que el hecho de llevar en el útero una nueva realidad vital no es un acto ilícito en sí, sino la finalidad de para qué, ya que podría conllevar a un acto que atente contra derechos o principios.

### 3.4 Resultados obtenidos respecto a la cuarta pregunta:



**Figura 4.** Atentado contra el derecho a la identidad del ser humano que nace como consecuencia del empleo de los “contratos de alquiler de vientre”.

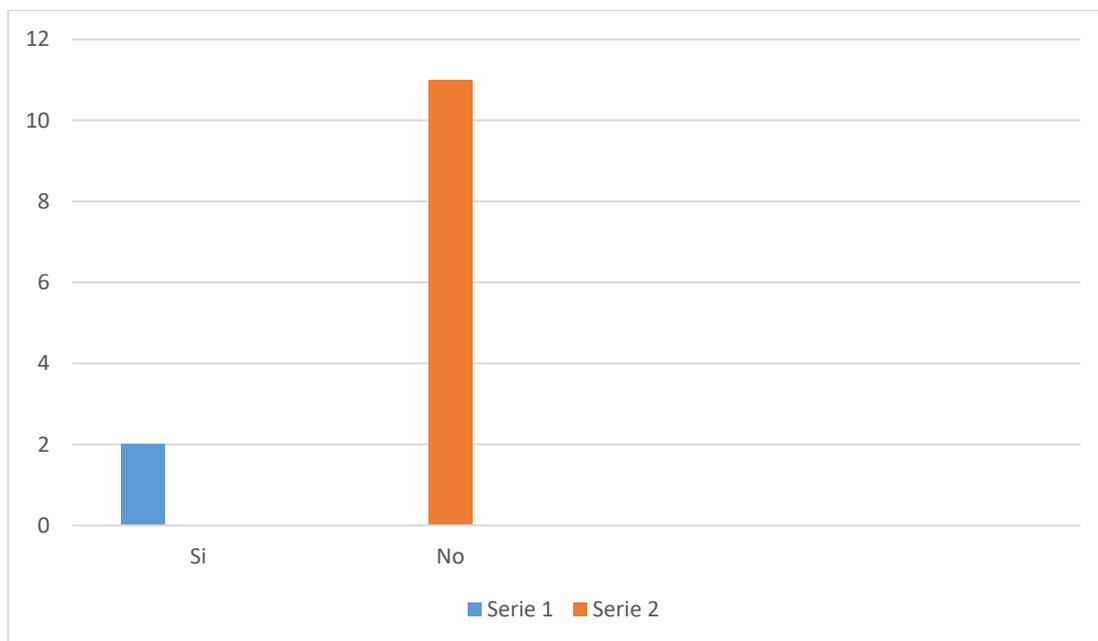
Del esquema presentado podemos evidenciar que, 4 de los/as entrevistados/as indicaron que si existiría una vulneración de la prerrogativa a la identidad del/de

la menor, pues al ignorar éste/a su procedencia genética, le podría causar confusión y graves daños psicológicos. Ahora bien, al tener vida independiente el/la niño/a se adulteran los documentos de nacimiento para hacer pasar como madre biológica a la persona que contrató a la madre subrogada, lo que indicaría que el/la menor no llegaría a conocer su identidad biológica, desconociendo la verdad acerca de su nacimiento y de la forma como fue fecundado/a, derecho que no le puede ser negado.

De otro lado, 9 de los/as entrevistados/as refirieron que no se menoscabaría su identidad pues contarían con apellidos y estarían reconocidos/as legalmente como hijos/as; además, nadie le negaría su verdadera identidad biológica, que no impedirá que formen una identidad familiar con los padres que los cuidaron desde su nacimiento.

También indicaron que no se estaría vulnerando ningún tipo de identidad porque el/la menor llevaría los genes de sus padres, habiéndose ayudado éstos de una técnica únicamente para utilizar el útero de una mujer, lo que no significa que su nacimiento haya sido de forma antinatural, sino todo lo contrario, que demostraría que a pesar de no contar con los suficientes medios biológicos para que la dueña de los genes lo lleve en su vientre, se esforzaron por traerlo/a al mundo.

### 3.5 Resultados obtenidos respecto a la quinta pregunta:



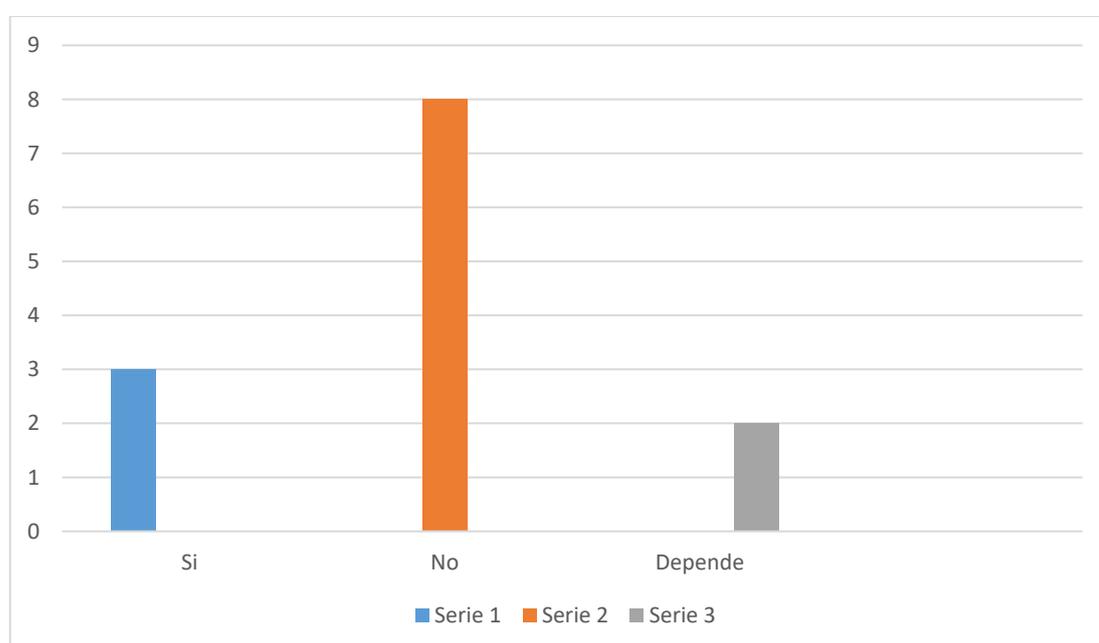
**Figura 5.** Quebrantamiento de la directriz “lo más favorable para el menor” por el uso de los “contratos de alquiler de vientre”.

De esta representación podemos evidenciar que, 2 de los/as entrevistados/as consideraron que si hay vulneración de la directriz fundamental “Lo más favorable para el/la menor” por cuanto se menoscaba sus derechos como la identidad y a desarrollarse con sus verdaderos padres. Además, se les/as estaría considerando como “productos” y no como personas con capacidad para ejercer las prerrogativas que la ley les concede, existiendo únicamente fines económicos, lo que hace ver la vulneración de este principio como tal.

Mientras que, 11 de los/as entrevistados/as indicaron que no se estaría vulnerando dicha directriz pues más allá del procedimiento que se haya tenido que seguir para lograr el nacimiento del/de la niño/a, éste/a continúa siendo protegido/a por el ordenamiento jurídico a partir del momento en el que fue concebido/a; en consecuencia, tiene el respeto de todos sus derechos fundamentales. Así mismo

refirieron que, al haber sido engendrado/a el/la menor con el uso de un método de procreación humana artificial, se estaría satisfaciendo todos sus derechos, teniendo en consideración que su concepción fue deseada; por tanto, existe una familia que lo espera con ansias, y, el haber recurrido a una técnica, no es sinónimo de que haya vulneración de derechos sino todo lo contrario.

### 3.6 Resultados obtenidos respecto a la sexta pregunta:



**Figura 6.** Tipificación de la maternidad subrogada como delito en el Código Penal Peruano.

En este último gráfico se evidencia que, 3 de los/as entrevistados/as indicaron que sí debería de penalizarse la maternidad subrogada, pues mientras haya dolo y culpa de las personas que optan por esta técnica, deberían ser tipificadas penalmente dichas acciones. Además señalaron que debería permitirse únicamente cuando existe de por medio una disposición judicial, haciendo una valoración adecuada de la familia y demás aspectos a considerar para tener un/a hijo/a. Otra razón para que se penalice la maternidad subrogada es la muerte de las nuevas

realidades vitales y/o embriones, los mismos que representan vida, y, por tanto, deberían ser merecedores de una adecuada protección normativa.

Por otro lado, 8 de los/as entrevistados/as refirieron que no debería penalizarse debido a que no existirían las suficientes razones morales y jurídicas para apoyar esta medida.

Siendo que, 1 de éstos/as entrevistados/as indicó que en vez de penalizarse e incluirse como un tipo penal, debería ser regulada dentro del ámbito civil-contractual para evitar que se cometan abusos, debiendo existir reglas específicas y claras sobre esta técnica de reproducción asistida.

Finalmente, 2 de los/as entrevistados/as hicieron alusión que la penalización de la maternidad subrogada depende en primer lugar de la finalidad para la cual se aplica, pues, si se traen niños/as al mundo para que se desarrollen dentro de una familia respetando todos sus derechos, entonces no habría problema; por el contrario, si se los/as trae para criarlos/as para un fin ilícito como la trata de personas, entonces debería de ser una figura penal; opinión que es compartida por los/as demás entrevistados/as.

## ANÁLISIS Y DISCUSIÓN

La importancia de este capítulo reside en la interpretación de los datos recopilados conjuntamente con las opiniones vertidas por los entendidos sobre el asunto que es materia de investigación, los mismos que coinciden en algunos aspectos con lo obtenido en las encuestas. Siendo así, para un mejor entendimiento, es necesario dividir el capítulo en análisis y en discusión para interpretar tanto los gráficos como las opiniones.

### 4.1 Análisis

El análisis se centra básicamente en las opiniones vertidas por los diferentes autores que han escrito sobre la maternidad subrogada, y en específico, si con su uso se vulneran algunos derechos del ser humano como la identidad, la dignidad, la vida, etc.

Al respecto cabe mencionar que, parte de la doctrina sostiene que existe transgresión al derecho a la vida de la nueva realidad vital que es introducida en la cavidad uterina subrogada. Señala Cárdenas Krenz que existe un estudio llevado a cabo en Dinamarca el mismo que establece que, de 2166 casos, existe un riesgo de que 16,2 mil nazcan muertos cuando se ha llevado a cabo su fecundación mediante un procedimiento asistido; mientras que en los casos de reproducción normal, existe el riesgo de que 2,3 mil mueran (2017, p. 18).

Estos datos evidencian que existen riesgos y vulneraciones de los derechos de la nueva realidad vital o de los embriones, pues a pesar de ser implantados mediante tecnología, muchas veces estos no llegan a existir o si lo hacen no alcanzan a desarrollarse. El mismo autor hace alusión a diversos casos en donde

los/as menores han nacido con defectos físicos o del cerebro, como el síndrome de Down, quienes han sido dejados en abandono o dados en adopción a causa de ello. En otros casos, se ha visto que las madres subrogadas han sido obligadas a abortar debido a las mismas razones, teniendo así que en el año 2010 en Canadá, se dio a conocer el caso de una pareja que instó a la madre subrogada a abortar porque el bebé que gestaba tenía síndrome de Down. Caso similar sucedió en Estados Unidos en donde una niña que nació con dicho síndrome fue rechazada (Cárdenas, 2017, p. 28).

De otro lado, resulta necesario mencionar el gráfico 2 en donde se indica la opinión de los/as magistrados/as sobre si el/la menor es considerado/a como una cosa. En el mismo se obtuvieron resultados variados, pues en su mayoría 10 de los/as entrevistados/as indicaron que no, mientras que los/as 3 restantes dijeron que sí. El argumento que utilizaron los/as entrevistados/as que consideraron no se vulnera la calidad de ser humano de la nueva realidad vital o embrión en un vientre subrogado indicaron que la misma no se pierde ni se desnaturaliza por el uso de métodos de procreación humana artificial, además argumentan que para los futuros padres la nueva realidad vital o embrión es deseada/o con ansias, pues, de lo contrario, no hubieran optado por usar estos tipos de procreación humana. Sin embargo, sobre este argumento es necesario mencionar que, tal y como se venía diciendo líneas arriba, el niño/a es deseado/a siempre que su diagnóstico sea saludable, de lo contrario, se intenta que no nazca, o si lo hace, es rechazado por los padres. Por lo que, el “contrato de alquiler de vientre” se encuentra supeditado a que el/la niño/a nazca sano/a y no tenga ningún defecto como malformaciones o taras, pues, de lo contrario, sería rechazado/a, y, por ende, se le negaría el derecho a vivir dignamente.

Adicionalmente a ello se tiene que, la doctrina también ha indicado que *“el uso de los “contratos de alquiler de vientre” han permitido el incremento significativo de los ingresos monetarios de aquellos establecimientos de salud*

*privados donde se realizan dichas prácticas, los mismos que equiparan a la nueva realidad vital o al ser humano en formación a una cosa susceptible de ser adquirida” (De la Fuente y Hontañón, 2017, p. 51). Esto demuestra que la dignidad del/de la niño/a se reduce a nada debido al tratamiento que estas instituciones de la salud le dan, teniendo en consideración que a causa de la técnica utilizada se tiene la perspectiva de que el/la menor es un objeto de comercio que debe tener determinada calidad para la satisfacción de quienes contratan el servicio.*

Respecto al derecho a la identidad, Mella nos indica que:

*“comprende los datos identificatorios de una determinada persona consignados, por ejemplo, en su DNI, lo que permite que la misma sea plenamente individualizada, teniendo en cuenta además sus rasgos corporales y habilidades mentales, garantizando el desarrollo de su personalidad” (Mella, 2017, p. 75).*

Esto contribuye a entender como debe ser percibida esta prerrogativa, la cual se vincula al libre desarrollo del modo de ser del individuo, ello por haber adquirido un nombre y un apellido, dotándole de características especiales y únicas. Por lo que el Estado debe garantizar su protección desde la concepción.

Sobre la directriz “lo más favorable para el menor” se ha establecido que:

*“su argumento sustancial se basa en 3 componentes, los cuales deben ser analizados de forma concurrente en todos los casos planteados: i) Grado de indefensión del/la menor, ii) Ambientes en los que se desarrollan, y, iii) Criterio interpretativo del juzgador” (López-Contreras, 2015, p. 58).*

Entonces, este principio se encuentra constituido por tres elementos para así hacer referencia a una adecuada protección del mismo, debiendo tenerse en consideración especialmente en aquellos casos en donde existe manipulación de la nueva realidad vital o embrión. Por tanto se indica que: *“es deber del Estado velar por los derechos de los/as menores con sujeción a este principio, donde éstos/as deben anteponerse ante cualquier otro interés; es decir, que los derechos de una pareja estéril no deben ser contrarios al interés superior del/de la niño/a”* (Meléndez, 2017, p. 95). Evidentemente, la protección del/de la menor en cualquier ámbito en el que se vea involucrado/a debe ser la prioridad, dejando de lado otros intereses que no tienen el mismo rango, como por ejemplo el de una pareja estéril que anhela tener un/a hijo/a, tomando especial importancia en estos casos, pues la pareja recurrirá a métodos científicos que pueden vulnerar los derechos de los/as menores.

## **4.2 Discusión**

### **4.2.1 Vulneración del derecho a la vida y a la dignidad de la nueva realidad vital con el uso de los “contratos de alquiler de vientre”**

La vida resulta ser la prerrogativa principal que ostenta todo ser humano ya que gracias a ésta se pueden ejercer los demás derechos reconocidos tanto a nivel constitucional como derecho humano. Siendo así, al encontrarse revestida de tanta importancia, es necesario que sea respetada a cabalidad en todos los seres humanos, sin ningún tipo de distinción, encontrándose aquí la nueva realidad vital, el pre embrión, el embrión o feto concebido como entes reales y jurídicos. Ahora bien, en el Código Penal existen delitos que sancionan la vulneración de este derecho, teniendo así el homicidio y demás figuras penales, sin embargo, en la actualidad no existe un delito, que no sea el aborto, que proteja a la nueva

realidad vital o concebido procreada/o mediante el uso de la maternidad subrogada.

La maternidad subrogada da cabida a la posibilidad de afectación a la existencia de la nueva realidad vital o del embrión, pues no siempre ésta/e llega a desarrollarse de forma adecuada. Esto se encuentra demostrado con el gráfico 1 en donde 4 de los/as entrevistados/as consideraron que sí se vulneraría el derecho a la vida de las nuevas realidades vitales o de los concebidos, pues algunas/os no lograrían tener vida, ya que al realizarse el procedimiento médico, existe un porcentaje de pre embriones y embriones que no alcanzarían a nacer. Sin embargo, otro sector afirmó que no existiría ningún tipo de vulneración a esta prerrogativa, opinión, por cierto discutible.

Con lo antes expuesto se ha llegado a evidenciar los riesgos que se corren cuando se opta por la maternidad subrogada, pues al carecer de una adecuada regulación normativa, los/as niños/as procreados/as con el uso de esta técnica corren el riesgo de ser rechazados o abortados cuando no cumplen con las expectativas de los padres que contratan a la madre subrogada. La vida al ser un derecho fundamental, debe ser no sólo respetada sino valorada, pues no puede tomarse a la ligera el fecundar un óvulo que posteriormente se convertirá en un/a niño/a, el/la mismo/a que será deseado/a y ansiado/a únicamente si cumple con determinadas características, de lo contrario, no se le da la oportunidad de vivir o llevar una vida digna; situación que no se evidencia en los embarazos naturales, en donde más allá de como sea el/la niño/a, se lo/la acepta con las deficiencias con las que pueda nacer. Entonces, la maternidad subrogada permite que pueda hablarse de calidad del bebé, vulnerando su dignidad como tal, pues se le considera un producto que “debe ser”.

Cabe precisar que, los métodos de procreación de vida humana artificial no se encuentran vedados por nuestro ordenamiento jurídico al no ser considerados como actos contrarios a la legislación ni a los derechos humanos; sin embargo, su uso esta sujeto a que la condición de madre biológica y embarazada recaiga en la misma mujer, tal y como la establece nuestra legislación nacional en materia de salud. No obstante, respecto a la maternidad subrogada existe un vacío legal, pues hay opiniones contradictorias a nivel de doctrina, no dejando en claro los casos en donde podría aplicarse esta figura, situación que debe ser considerada por el Derecho y los legisladores, debiendo prohibirse aquella que se realiza con fines económicos, permitiéndose únicamente aquellos casos en donde la madre subrogada proporciona su vientre para albergar un/a niño/a con fines altruistas, pues así se evitaría la vulneración de la dignidad de éste/a, no existiendo cosificación de la nueva realidad vital, pre embrión o embrión.

Además, al regular esta técnica de reproducción asistida, se obligaría a los padres a aceptar al/a la menor aún cuando presentara alguna malformación o tara de nacimiento, protegiéndolo/la de posibles vulneraciones a sus derechos. Por lo que, aquellos casos en donde la maternidad subrogada se lleva a cabo con fines económicos, debe ser regulada en el Código Penal, tipificándola como delito.

#### **4.2.2 Transgresión del derecho a la dignidad de la gestante sustituta con el uso de los “contratos de alquiler de vientre”**

Se mencionaba con anterioridad que se vulnera de forma directa la dignidad del/de la niño/a al usarse un método de procreación de vida humana artificial poco eficaz al 100%. Sin embargo, también cabe mencionar la dignidad de la mujer contratada, quien lleva en su vientre durante nueve meses un/a niño/a que deberá entregar al finalizar el proceso de gestación. Por ello, para

determinar la opinión de los/as eruditos/as del Derecho sobre esta situación, se planteó la pregunta sobre si consideraban que la madre subrogada se estaría convirtiendo en un instrumento o medio únicamente, a lo que 11 de los/as entrevistados/as dijeron que no; mientras que 1 entrevistado/a dijo que sí, y 1 entrevistado/a dijo que dependía. En este último caso cabe precisar que, su argumento es válido pues indicó que dependía de la finalidad del contrato, ya que si la madre subrogada acepta gestar un/a niño/a para otra persona por dinero, se estaría desnaturalizando la maternidad y la vida del menor, además, la mujer que presta su vientre se convertiría únicamente en un medio para obtener determinado fin, situación que debe evitarse para no transgredir sus principales derechos.

Siendo así se tiene que, en la doctrina se afirma que se menoscaba la dignidad de la mujer sujeta a maternidad subrogada al prestar su vientre para llevar un embrión de una pareja que buscan ser padres, pero que, por cuestiones médicas no pueden; por lo que, *“a la gestante en la maternidad subrogada se le niega el elemental derecho de amar al/a la niño/a que está esperando. Y más bien, se la obliga a lo contrario, pues va a desprenderse de él/ella, ya que “no es bueno que se apegue””* (Cárdenas, 2017, p. 22). De esta afirmación se evidencia que, a la madre subrogada no se le permite que se apegue al menor que gesta, lo que generará que durante el embarazo se sienta utilizada para determinado fin, lo que evidencia la utilización de su cuerpo, y, por ende, la vulneración de su dignidad como persona.

Es de conocimiento científico que durante la gestación, tanto la madre como la nueva realidad vital o el embrión crean un lazo especial que los unirá de por vida, debido a la conexión interna que se generará con el embarazo. Sin embargo, al ser la madre una subrogada, no podrá emocionalmente crear ningún tipo de relación maternal con el/la niño/a, pues éste/a deberá ser entregado/a a los “padres solicitantes” quienes la contrataron para realizar el

“procedimiento biológico”, impidiéndole generar tal conexión. Siendo así, sería tratada únicamente como un recipiente temporal para el/la bebé, quitándole no sólo la posibilidad de crear la conexión emocional, sino también su dignidad como persona y madre, condición que no se pierde a pesar de que sus óvulos no siempre son utilizados, pero el sólo hecho de llevar al/a la menor en el vientre, la convierte en madre biológica.

La diferencia entre madre biológica y genética se basa principalmente en los genes que se transmiten al donar el óvulo, el cual generalmente es de una tercera persona, y no de la madre subrogada, aunque no existe ningún impedimento para que ésta sea quien done el óvulo. También puede darse el caso que el óvulo sea de quien solicita el vientre a una determinada mujer. Sin embargo, aún no existiría identidad entre ambos tipos de madres, situación que se encuentra en discusión, pues, la legislación en materia de salud menciona que los métodos de procreación de vida humana se aplican sólo si existe identidad entre ambas mujeres.

El hecho de que los “contratos de alquiler de vientre” no se encuentren previstos en ninguno de nuestros textos normativos, da cabida a la existencia de un vacío legislativo sobre este tema; en tal sentido, resulta conveniente limitar su utilización para aquellos supuestos que persigan fines altruistas más no económicos, pues, en este último caso, se estaría utilizando a la mujer como un instrumento, perdiendo así su dignidad y demás derechos fundamentales inherentes a ésta en su calidad de ser humano.

#### **4.2.3 Atentado contra el derecho a la identidad del ser humano que nace como consecuencia del empleo de los “contratos de alquiler de vientre”**

Nuestra Constitución reconoce esta prerrogativa a todo ser humano, por lo que también ostenta el carácter de derecho humano. En tal sentido, su importancia no sólo se encuentra reconocida dentro del territorio nacional sino también a nivel internacional, debiendo ser respetada en cualquier situación en la que se vea involucrada la identidad del/de la menor. Al respecto, tanto nuestra Carta Magna como la legislación que tutela los derechos de los/las menores regulan dicha prerrogativa, incluyéndose en la misma su nombre, nacionalidad y saber quiénes son sus progenitores (deberán portar sus apellidos), a efectos de lograr la identificación del/de la niño/a; por lo que *“corresponde al Estado cuidar el registro de su identidad, sancionando a quienes la alteren, lo que incluye el acceso a la verdad genética, quienes la decidirán sus padres”* (Sotomarino, 2017, p. 65). Resulta necesario precisar que, el aludido derecho también engloba la posibilidad de que el/la menor conozca a sus padres genéticos, pues así tendrá pleno conocimiento de sus orígenes desde la concepción.

Ahora bien, cuando a los/as especialistas se les cuestionó sobre si consideraban que existía vulneración a esta prerrogativa cuando el/la niño/a era procreado/a mediante el uso de los métodos de generación de vida humana de manera artificial, 4 de ellos/as refirieron que sí debido a que es necesario que los/as menores tengan conocimiento de cual fue su origen biológico para evitar que exista confusión y daños a nivel psicológico; esto se debe principalmente a que al nacer el/la menor, su origen biológico sería alterado, cambiándose los documentos en donde figura el nombre de la madre biológica. Sin embargo, de los/as entrevistados/as, 9 afirmaron que no existiría ningún tipo de vulneración a este derecho, ya que más allá de su identidad biológica, el/la menor contaría con los apellidos de sus padres aún cuando éstos no sean los biológicos, quienes

lo/la cuidarán desde su nacimiento y lo/la han esperado con ansias; además, no siempre la madre biológica y la que solicita el cumplimiento del “contrato de alquiler de vientre” son la misma persona.

Entonces, esta prerrogativa al tratarse de un conjunto de características propias de la persona, engloba diversos aspectos que determinan al ser humano. Por lo que debe ser respetada y tutelada en todos sus ámbitos y dimensiones, incluyendo el vínculo biológico del/de la niño/a con sus padres, teniendo éste/a el derecho a conocer de qué forma fue concebido/a, no siendo suficiente considerar que existe respeto a su identidad únicamente cuando tiene los apellidos de sus padres, siendo esta una concepción limitada del derecho fundamental, pues es parte de éste pero no es su totalidad.

Habiendo mencionado los aspectos doctrinarios y los obtenidos a través de las entrevistas, debe resaltarse la importancia de esta prerrogativa que ostenta el/la menor de edad, pues éste/a se encuentra en desarrollo de su personalidad y demás aspectos personales que determinarán sus características psicológicas. Sin embargo, al negársele la oportunidad de conocer su origen biológico y la forma en la que fue fecundado/a o concebido/a, se estaría vulnerando este derecho, pues no se permitiría que el/la niño/a tenga conocimiento del uso del método de procreación de vida humana de manera artificial que fue solicitado por sus padres con tal fin. De ahí que resulta indispensable que los “contratos de alquiler de vientre” sean incorporados a nuestra legislación, permitiéndose únicamente aquellos cuyos motivos sean altruistas, prohibiéndose los que persigan fines económicos por parte de las mujeres que prestan sus vientres, esto es, soliciten algún tipo de retribución dineraria, ello a efectos de evitar vulneraciones a sus derechos y a los de los/as niños/as nacidos/as a consecuencia del uso de estos tipos de procedimientos médicos, pues se los/as vería como “productos”.

Es necesario tener en consideración este derecho en todos los ámbitos en los que se ve involucrado/a un/a menor, sobre todo en aquellos casos en donde existe manipulación genética, pues la búsqueda y ansias de una pareja de tener un/a bebé, puede dañar de forma indirecta el derecho a su identidad, sobre todo cuando la esposa o conviviente que proporciona su óvulo y la gestante son distintas personas, o cuando interviene una tercera mujer quien dona su óvulo a fin de ser fecundado. Esta situación hace ver la urgencia por contemplar los “contratos de alquiler de vientre” en nuestra legislación a fin de posibilitar al/a la niño/a de conocer, en mérito a su propia decisión, cómo se llevó a cabo su fecundación y quiénes intervinieron en su concepción, así como el por qué sus padres recurrieron a técnicas médicas, de ahí que únicamente se deba permitir la maternidad subrogada con fines altruistas más no cuando de por medio existan intereses económicos que tergiversen las ansias de tener un/a hijo/a ha través de mecanismos médicos.

#### **4.2.4 Quebrantamiento de la directriz “lo más favorable para el menor” por el uso de los “contratos de alquiler de vientre”**

Esta directriz fundamental constituye una de las principales herramientas en aras de una adecuada tutela para los intereses de los/as niños/as quienes pueden verse afectados por el comportamiento de determinada persona. El proteger a este sector de la población es una necesidad, pues se debe tutelar su bienestar y adecuado desarrollo. Siendo así, esta protección debe evidenciarse desde que el/la menor es fecundado/a y/o concebido/a; es decir, inclusive antes de su nacimiento, lo que hace ver la necesidad de una regulación adecuada respecto a determinados aspectos adicionales a la protección de sus derechos fundamentales, y con ello también se evite la existencia de lagunas jurídicas que podrían conllevar a posibles vulneración de dichas prerrogativas. Este análisis resulta ser necesario para una mejor concepción de la maternidad subrogada, pues, en esta forma de reproducción asistida se manipulan las

células reproductivas de un varón y de una mujer para crear una nueva realidad vital que será depositada en el vientre de una tercera persona quien será la que lleve a cabo el proceso de embarazo.

Por consiguiente, 4 de los/as entrevistados/as consideraron que había vulneración de este principio, en tanto 9 de ellos/as señalaron lo contrario. Los primeros hicieron alusión a la modificación de documentos que se lleva a cabo para hacer pasar a la “madre contratante” como la madre biológica, lo que ocasiona que el/la menor no llegue a conocer a su verdadera madre biológica, negándole este derecho, lo que le podría originar daños psicológicos, debido a que en la mayoría de los casos, según se señala en la doctrina, *“el uso de los contratos de alquiler de vientre depende del afán interesado de los esposos por tener un/a hijo/a a como de lugar”* (De la Fuente y Hontañón, 2017, p. 51), lo que llevaría a preguntarse si prima esta directriz fundamental cuando el/la menor es asemejado/a ha una cosa, no siendo suficiente el deseo de ser padres para generar el derecho a la paternidad, situación diferente a la de la adopción en donde al/a la menor se le brinda una familia y no viceversa. En tanto los segundos argumentan que, a los/as menores le asiste el derecho de estar identificados con una determinada familia, en donde los esposos o convivientes asumirán su cuidado, lo cual no queda limitado al uso de los métodos de procreación de vida humana de manera artificial, pues si bien se ha utilizado un vientre diferente al de la madre genética, ello no significaría que su nacimiento se haya dado a través de un mecanismo antinatural.

Esta directriz fundamental al ostentar relevancia constitucional, debe ser considerada en primer lugar, para luego tener en cuenta los demás derechos, pues de lo contrario no existiría una adecuada protección. Sobre este principio también se ha dicho que *“Al ser humano le asiste la facultad de conocer respecto a su origen, tal y como lo reconoce la normatividad que regula las*

*prerrogativas de los/as menores. En tal sentido, resulta esencial respetar aquello que le favorece” (Sotomarino, 2017, p. 64).*

Siendo así, es necesario que en aquellos casos en donde exista una reproducción asistida, el/la niño/a tenga la oportunidad de saber su origen biológico y la forma en que fue concebido/a y ansiado/a por sus padres. El derecho a que el/la menor conozca su origen biológico hace ver la necesidad de tutelar urgentemente la maternidad subrogada, pues cada vez se ven más casos en donde las parejas eligen esta opción con el fin de tener su “propio/a” hijo/a.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### 5.1 Conclusiones

Las razones jurídicas para tipificar penalmente la figura de la maternidad subrogada en nuestra legislación son: vulneraciones a los bienes jurídicos vida y dignidad de la nueva realidad vital, dignidad de la madre sustituta e identidad del nuevo ser, así como de la directriz fundamental “lo más favorable para el menor”.

Se vulneran los derechos vida y dignidad de la nueva realidad vital cuando se opta por la maternidad subrogada, pues existen casos en donde los padres contratantes desean tener un/a niño/a sano/a, y, de no darse el caso, solicitan el aborto o no aceptan al/a la menor, casos evidenciados mayormente en el extranjero, siendo necesario evitar esta situación en el Perú.

El derecho a la dignidad de la gestante o de la madre contratada se ve vulnerada cuando ésta es considerada como un instrumento para traer al mundo a un/a niño/a, pues estaría perdiendo su calidad de ser humano para convertirse en un recipiente, pues se le exige que tenga determinadas características para ser considerada como madre subrogada.

Se menoscaba el derecho a la identidad del ser humano nacido mediante el uso de los “contratos de alquiler de vientre” al no permitírsele conocer su origen biológico, pues si bien cuenta con nombres y apellidos que lo hacen pertenecer a una familia, esto no es suficiente, pues es necesario que tenga conocimiento de cómo fue fecundado/a y/o concebido/a, para que así tenga la posibilidad de poder ejercer plenamente este derecho, debiendo respetarse todos los aspectos dentro de la identidad.

La directriz fundamental “lo más favorable para el/la menor” constituye el principal cimiento en aras de lograr una adecuada protección de sus derechos, ello a fin garantizarle su pleno desarrollo; debiéndosela tener siempre presente en todos los ámbitos que involucran a este sector de la población. Se vulnera este principio con el uso de los “contratos de alquiler de vientre”, pues, la fecundación y/o concepción del/de la niño/a no se hace en beneficio de éste/a sino pensando en los intereses de la pareja que solicita se lleve a cabo el “procedimiento médico de gestar para otro/a”, siendo totalmente distinto la figura de la adopción en donde se busca el bienestar del/de la niño/a dándole una familia, mientras que en la maternidad subrogada no siempre se da esta situación.

## **5.2 Recomendaciones**

Se recomienda que se regule penalmente en nuestra legislación los “contratos de alquiler de vientre” cuando éstos persigan fines netamente económicos; es decir, cuando la madre subrogada recibe un determinado monto dinerario a cambio de llevar en su vientre a un/a niño/a que luego de su nacimiento tendrá que entregar.

También se recomienda que la legislación en materia de salud contemple y permita el uso de los “contratos de alquiler de vientre” únicamente si persiguen fines altruistas, y de esta manera se evite la existencia de vacíos legislativos que generen incertidumbre en este tipo de casos.

## LISTA DE REFERENCIAS

- Águila Tuesta, F. R. (2009). *Maternidad subrogada y sus efectos jurídicos*. Lima: Universidad San Martín de Porres.
- Asamblea Constituyente. (1979). *Constitución para la República del Perú*. Obtenido de <http://hrlibrary.umn.edu/research/Peru-Constitucion%201979.pdf>
- Augusto, P., & Osorio, M. (2005). *Elaboración de instrumentos de investigación*. Caracas: Departamento de investigación del CUAM.
- Awad Cucalón, M. I. (24 de noviembre de 2017). *Aspectos Jurídicos en las Técnicas de Reproducción Asistida*. Obtenido de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis02.pdf>
- Bastos Pinto, M. et al. (2012). *Diccionario de derecho constitucional contemporáneo*. (Primera ed.). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Bianca. (1976). *Il problema del aborto: interessi tutelati e scelte social*.
- Breccia, B. G. (1992). *Derecho Civil*. Bogotá: Hinostroza.
- Brema Sesma, I. (2012). *La gestación subrogada: ¿Una nueva figura del derecho de familia?* México: UNAM.
- Calderón Sumarriva, A., & Guido, A. G. (2001). *El ABC del derecho civil*. Lince: San Marco.
- Canales Cama, C. (2010). *Los derechos fundamentales estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del derecho*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Canelo Garrido, K. L. (2017). *Maternidad Subrogada: ¿Una realidad en el Perú?* Trujillo: Universidad Privada Antenor Orrego.
- Cárdenes Krenz, R. (2017). Una discutible sentencia: A propósito del fallo emitido por un juez admitiendo los contratos de alquiler de vientre. *Gaceta Civil & Procesal Civil* (48), 13-36.

- Código Procesal Constitucional - Ley N° 28237. Diario Oficial El Peruano, 31 de mayo de 2004, Lima, Perú.
- Código de los Niños y Adolescentes - Ley N° 27337. Promulgado el 7 de mayo de 2004, Lima, Perú.
- Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución Política del Perú*. Obtenido de <http://pdba.georgetown.edu/Parties/Peru/Leyes/constitucion.pdf>
- Congreso de la República del Perú. (1984). *Código Civil*. Lima.
- Congreso de la República del Perú. (1991). *Código Penal Decreto Legislativo N° 635*. Obtenido de Ministerio de Justicia: [http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones\\_oficiales/img/CODIGOPENA L.pdf](http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPENA L.pdf)
- Cué Viveros, B. E. (2016). *Maternidad Subrogada*. México: Universidad Panamericana .
- Chanamé Orbe, R. (1995). *Diccionario Jurídico Moderno*. Lima: San Marcos.
- Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos. Recuperado de: [portal.unesco.org/es/ev.php-URL\\_ID=17720&URL\\_DO=DO\\_TOPI&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPI&URL_SECTION=201.html)
- De la Fuente y Hontañón, R. (2017). *La subrogación gestacional ¿vientre o persona en alquiler?* Gaceta Civil y procesal civil (48), 37-52.
- De Gruyter, V. W. (1987). *Diccionario pschyrembel de ginecologia y obstetricia*. Nueva York: De Gruyter.
- Diccionario enciclopédico océano* (Vol. II). (s.f.). Océano.
- Diez-Picazo, G. &. (1982). *Sistema de derecho civil*. Madrid: Tecnos.
- EGACAL. (2001). *El ABC del derecho civil*. Lima: San Marcos.
- Enneccerus, K. &. (Derecho civil parte general). 1953. Barcelona: Bosch.

- Escobar Enríquez, R. F. (2011). *Importancia de la institución jurídica de la maternidad subrogada, análisis de las consecuencias positivas legales de su incorporación al sistema jurídico guatemalteco*. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala.
- Espinoza Espinoza, J. (2001). *Derecho de las personas*. Lima: Huallaga.
- Ferrer Jesús, G. Y. (3 de Enero de 2010). *Higiene y Seguridad Industrial*. Obtenido de <http://metodologia02.blogspot.pe/p/tipos-de-muestreo.html>
- Gonzales Cáceres, A. (2011). *Gaceta constitucional, análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Gullón, D.-P. &. (1982). *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos.
- Henrique Franco, H. (2012). *Derecho constitucional peruano*. Lima: FFECAAT.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, M. d. (2010). *Metodología de la investigación* (Quinta ed.). México D.F.: McGRAW-HILL / INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V.
- Korzeniak. (1988). *Conceptos Fundamentales del Derecho*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Ley General de Salud N° 26842. Promulgada el 15 de julio de 1997, Lima, Perú.
- López-Contreras, R. E. (2015). Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*(13), 51-70.
- Meléndez Sotero, L. E. (2017). *Maternidad subrogada: cuando la condición de madre gestante y biológica no coinciden*. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, 89-95.
- Mella Baldovino, A. M. (2017). *La maternidad subrogada: parte del derecho a la reproducción y a la libre determinación de ser padres*. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, 67- 78.
- Muñoz Conde, F. (1999). *Teoría general del delito*. Santa Fe de Bogotá: Temis.

- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2015). *Derecho Penal Parte General*. (Novena ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Organización Mundial de la Salud. (2017). *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*. Obtenido de [http://www.cnrha.msssi.gob.es/bioetica/pdf/Tecnicas\\_Reproduccion\\_Asistida\\_TRA.pdf](http://www.cnrha.msssi.gob.es/bioetica/pdf/Tecnicas_Reproduccion_Asistida_TRA.pdf).
- Pacheco Romero, J. (2007). *Ginecología obstetricia y reproducción*. Lima: REP.
- Pande, A. (2014). *Transnational Commercial Surrogacy in India*. Nueva York: Columbia University Press.
- Polaino Navarrete, M. (2015). *Derecho penal parte general*. Lima: Ara.
- Quispe Villanueva, E. B. (2011). *Derecho de las personas*. Trujillo: FFECAAT.
- Ramos Vega, R.M. (2016). *Criterios para aplicar el principio de interés superior del niño y del adolescente*. Lima: ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA.
- Sáenz Dávalos, L. R. (2010). *Los derechos fundamentales*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Santander, C. A. (2012). *El Contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio Legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad?* Chile: Universidad Alberto Hurtado.
- Schorge, J. O. (2009). *Williams ginecología*. México: Mc Graw Hill.
- Siverino Bavio, P. (2010). *Los derechos fundamentales*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Sotomarinero Cáceres, R. (2017). Mamá, papá, los quiero mucho. Comentarios a la sentencia del Quinto Juzgado Constitucional de Lima sobre maternidad subrogada. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, 53-66.
- Velásquez, M. (2015). *Necesidad de incluir el delito de Contrato de Maternidad Subrogada en el Código Penal Peruano*. Arequipa: Universidad Andina "Néstor Cáceres Velásquez".
- Villagrasa Alcaide, C. (2011). *Derecho de familia*. Barcelona: BOSCH.
- Zavaleta Velarde, B. (2009). *Guía Didáctica de Integración del Derecho Civil y*

*Procesal Civil.* Chimbote: Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote.

## **ANEXOS**

**PROPUESTA DE MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 324 DEL CÓDIGO  
PENAL QUE REGULA LA MANIPULACIÓN GENÉTICA.**

Proyecto de Ley N° \_\_\_\_\_



**PROYECTO DE LEY**

**LEY QUE AGREGA EL ARTÍCULO 324-A  
DEL CÓDIGO PENAL**

**FÓRMULA LEGAL DEL PROYECTO DE LEY**

**LEY QUE AGREGA EL ARTÍCULO 324-A DEL CÓDIGO PENAL QUE  
REGULA LA MATERNIDAD SUBROGADA**

**Artículo 1. Agregar:**

El texto del artículo 324-A que regula la maternidad subrogada en los términos siguientes:

**Artículo 324-A.- Maternidad subrogada**

La mujer mayor de edad que haga uso de su vientre para gestar un/a hijo/a que no sea

suyo/a, y a cambio solicite una contraprestación económica, será reprimida con pena privativa de la libertad no menor de cinco ni mayor de siete años.

## **Artículo 2. Objeto de la Ley:**

La presente ley tiene por objeto incluir el artículo 324-A en el Código Penal Peruano que regula la maternidad subrogada, artículo destinado a establecer el adecuado uso de las técnicas de reproducción asistida, evitando que, la mujer mayor de edad que engendre un/a niño/a que no es de ella, solicite una contraprestación económica por tal hecho, y con ello se desnaturalice la dignidad humana de la nueva realidad vital y de la madre contratada.

## **Disposiciones finales**

**Primera.-** Deróguese toda norma que se oponga a las disposiciones dadas en esta ley.

**Segunda.-** La presente ley entrará en vigencia a los 15 días de su publicación.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los            días del mes de            del año

AL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los            días del mes de            del  
año

## **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

La maternidad subrogada es una técnica de reproducción asistida que en la actualidad viene siendo utilizada en el Perú, situación que amerita una adecuada regulación dentro del ordenamiento jurídico nacional, pues puede darse el caso que se utilice de forma inadecuada. Siendo así, en nuestra realidad el único artículo que hace referencia a las técnicas de reproducción asistida es el séptimo de la Ley General de Salud, el cual establece que éstas se permiten siempre que haya identidad entre la madre genética y la madre gestante.

La presente ley tiene por finalidad tutelar los derechos fundamentales de los/as niños/as que son engendrados/as a través del uso de una técnica de reproducción asistida, y los derechos de las madres subrogadas a efectos de que no sean tratadas como simples “incubadoras” a quienes se le paga sólo por llevar en sus vientres a un/a hijo/a que luego de acontecido el nacimiento tendrán que entregárselo/a a los “padres contratantes”.

En ese sentido, la presente ley busca resolver las falencias existentes en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida para que así no haya vulneraciones a derechos fundamentales ni derechos humanos. La solución que se propone es tipificar la figura de la maternidad subrogada como delito en el Código Penal Peruano para sancionar a aquellas mujeres mayores de edad que utilicen su vientre para lucrarse. En tal sentido, se la incorpore en el artículo 324 del Código Penal para lo cual se deberá tener en

cuenta que en este tipo de procreación humana se producen pérdidas de vidas de las nuevas realidades vitales. Así mismo, se tenga en consideración los límites legales fijados en el delito de manipulación genética.

El contexto nos permite evidenciar la necesidad de incluir un artículo en el delito de manipulación genética que tipifique la maternidad subrogada en aquellos casos donde se busca una contraprestación económica a cambio de engendrar un/a hijo/a para otra persona.

Por lo que, el presente proyecto de ley contribuirá a resolver dicho problema jurídico, pues, lo que se espera es que la maternidad subrogada sea regulada adecuadamente a fin de evitar la proliferación y clandestinidad de su práctica, y sólo se permita su uso en los casos que para tal efecto deberá contemplar la legislación en materia de salud.

### **EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN**

#### **NACIONAL**

La propuesta legislativa en estricto agrega el artículo 324-A que regula la maternidad subrogada incluyéndola como delito en el Código Penal.

### **ANÁLISIS COSTO BENEFICIO**

Se puede garantizar que la presente iniciativa legislativa no ocasionará gastos

extraordinarios al erario nacional por cuanto se trata únicamente de una modificatoria en cuanto a la regulación de la técnica de reproducción asistida de la maternidad subrogada.

## **MODELO DE ENCUESTA**

**CUESTIONARIO SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA APLICADO A FISCALES Y JUECES DE  
FAMILIA DE CAJAMARCA**

N° de Encuesta: ..... Fecha de aplicación: .....

Desde la Universidad San Pedro queremos dar a conocer las posibles consecuencias que ocasiona la Maternidad Subrogada y para esto necesitamos de la valiosa opinión y/o información que su persona nos proporcione.

Puede colaborar completando esta encuesta que será de utilidad para la culminación de una investigación de maestría. Los datos de la misma no serán difundidos, pero sí los resultados de su estudio.

1. Considera que al utilizar la Técnica de Reproducción Asistida de Maternidad Subrogada, ¿Se estaría vulnerando el derecho a la vida de los concebidos, ya que todos no lograrían continuar su existencia?

---

---

---

---

---

---

---

2. Considera que si se recurre a la Técnica de Reproducción Asistida de Maternidad Subrogada con la finalidad de tener un hijo, ¿El niño es considerado como un producto, es decir, una cosa, antes que un ser humano por sí mismo?

---

---

---

---

---

---

---

3. Si se contrata a una mujer (madre subrogada) para que geste el producto de la fecundación ¿Cree que esta persona se estaría convirtiendo en un instrumento, por lo que se la estaría utilizando como un medio?, en este sentido, ¿La persona dejaría de tener valor en sí misma?

---

---

---

---

---

---

---

4. Al tener un origen múltiple el concebido mediante la Técnica de Reproducción Asistida de Maternidad Subrogada (genético, biológico y legal), ¿Cree que se estaría vulnerando el derecho a la identidad del niño?

---

---

---

---

---

---

5. Tomando en cuenta el Principio del Interés Superior del Niño, ¿Considera que se les vulneraría este principio a los niños que han sido procreados mediante la Técnica de la Reproducción Asistida de la Maternidad Subrogada?

---

---

---

---

---

---

6. Finalmente, ¿Cree que debería incorporarse en el Código Penal Peruano un delito que sancione la Técnica de Reproducción Asistida de la Maternidad Subrogada?

---

---

---

---

---

---

Muchas gracias por su tiempo.

## **Razones jurídicas para tipificar la figura de la maternidad subrogada como delito en el código penal peruano**

### **Legal reasons to classify the maternal figure subrogated as a crime in the peruvian penal code**

### **Razões legais para classificar a figura da barriga de aluguel como um crime no código penal peruano**

**Autor: Julio Arévalo Escalante.**

julioarevaloescalante@gmail.com

**RESUMEN.** La presente investigación tuvo como planteamiento del problema la siguiente interrogante: ¿Cuáles fueron las razones jurídicas para tipificar penalmente los contratos de alquiler de vientre en el Perú? Es así que, luego de haber culminado la misma, se logró determinar que los fundamentos legales para penalizar la figura de la maternidad por encargo en nuestra legislación fueron: vulneraciones a los bienes jurídicos vida y dignidad de la nueva realidad vital, dignidad de la madre sustituta e identidad del nuevo ser, así como de la directriz fundamental “lo más favorable para el menor”. Cabe precisar que, se evidenció mayormente en el extranjero, casos en los que las personas que recurrieron a estos procedimientos médicos, sólo aceptaron al nuevo ser cuando nacía sano, esto es, si no tenía ninguna deficiencia física o mental, ya que, de lo contrario, no lo querían o solicitaban su aborto; asimismo, casos en los que algunas mujeres alquilaron sus vientres a cambio de una contraprestación económica. Por tales motivos, resulta necesario evitar que estas prácticas se permitan en nuestra sociedad, restringiéndose su uso únicamente para los supuestos de carácter altruista, los cuales deben estar indicados taxativamente en la Ley de Salud.

**Palabras claves:** Delito, nueva realidad vital, maternidad subrogada.

**ABSTRACT.** The present research had as a proposal to the problem the following question: What were the legal reasons to classify in a criminalize way the belly rental contracts in Peru? Thus, after having completed it, it was determined that the legal arguments to penalize the figure of maternity by request in our legislation were: infringement of legal life rights and dignity of the new life reality, dignity of the substitute mother and identity of the new being, as well as the fundamental guideline “the most favorable for the child”. It should be noticed that, it was mostly evidenced abroad, cases in which the people who resorted to these medical procedures only accepted the new being when they were born healthy, that is, if they did not have any physical or mental deficiencies, since otherwise, they did not want them or they requested his or her abortion; also, cases in which some women rented their bellies in exchange for a financial consideration. For these reasons, it is necessary to avoid these practices being allowed in our society, restricting their use only for altruistic cases, which must be restrictively indicated in the Health Law.

**Keywords:** Crime, new vital reality, surrogacy.

**RESUMO.** A presente investigação teve como abordagem para o problema a próxima pergunta: Quais foram as razões legais para classificar penalmente os contratos de aluguel de barriga no Perú? É assim que, após ter concluído o mesmo, foi possível determinar que os fundamentos legais para penalizar a figura da barriga de aluguel em nossa legislação foram: violações de bens legais vida e dignidade da nova realidade vital, a dignidade da mãe substituta e identidade do novo ser, bem como a diretriz fundamental “o mais favorável para o menor”. Deve ser especificado o que, foi principalmente evidenciado no estrangeiro, casos em que as pessoas recorreram esses tratamentos médicos, eles só aceitaram o novo ser quando ele nasceu saudável, isto é, se ele não tivesse uma deficiência física ou mental, já que de outra forma, eles não o queriam ou pediram seu aborto; da mesma forma, casos em que algumas mulheres alugaram sua barriga em troca de um pagamento econômico. Por tais razões, é

necessário evitar o que nessas práticas sejam permitidas em nossa sociedade, restringindo seu uso só para suposições altruístas, os quais deve ser indicado especificamente na Lei de Saúde.

**Palavras chave:** Crime, nova realidade vital, barriga de aluguel.

## INTRODUCCIÓN

Antiguamente, en Roma, la maternidad siempre estuvo asociada al fenómeno natural del nacimiento del ser humano; sin embargo, siglos después, se ha convertido en incierta, esto como consecuencia de la aparición y evolución de los métodos de creación de vida artificial (Cárdenas, 2017, p. 13). Así tenemos la maternidad por sustitución que consiste en el proceso biológico por el cual una tercera persona, que es una mujer ajena a la relación entre esposos o convivientes (madre contratada), va a llevar en su vientre a un nuevo ser, al que, luego del parto, tendrá que entregar a éstos (padres contratantes). En la actualidad, se cuestiona el uso de ésta práctica (Pande, 2014, p. 3) debido a que no es aceptada en nuestra sociedad ni se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico, pero pese a ello, el órgano jurisdiccional constitucional competente, decretó su admisibilidad el 21 de febrero de 2017.

Sobre el tema objeto de estudio, se ha encontrado a nivel internacional un trabajo de investigación de Cristóbal Antonio Santander en el que da a conocer que las técnicas artificiales para generar vida humana constituyen una solución a los problemas de infertilidad de las parejas, ya que con su uso podrían materializar sus sueños de ser padres y tener un/a hijo/a; sin embargo, se las critica por las características que poseen debido a lo que denomina como “libertad procreativa”, dando pase a la pregunta de si es disponible o no su ejercicio. (Santander, 2012, p. 69). En tanto que, a nivel nacional se cuenta con la tesis de doctorado de Frieda Roxana del Águila Tuesta en la que concluye que la reproducción asistida es un problema en nuestra legislación peruana, debiendo tener un adecuado tratamiento jurídico, máxime si se tiene en cuenta la infertilidad de la población, y que al no estar regulada la maternidad subrogada, ésta genera una creciente comercialización en el ámbito privado (Águila, 2009, p. 159).

Al respecto, resulta necesario señalar que, la vida al ser el derecho más importante que tiene el ser humano goza de una tutela jurídica integral, tanto en el ordenamiento jurídico interno como en el ordenamiento jurídico internacional. Por tal motivo, al ordenamiento jurídico vigente le correspondería velar por la plena vigencia y el cumplimiento estricto de las leyes que tutelan al ser humano en formación desde su manifestación más primigenia, evitando de esta manera, el uso de técnicas médicas artificiales que vayan en contra de su propio desarrollo (Espinoza, 2001, p. 40).

Así mismo cabe indicar que, la maternidad subrogada mediante una fecundación in vitro constituye un método poco eficaz al implicar un alto coste de vidas de embriones humanos. El presente trabajo de investigación también busca advertir y evitar el tráfico de menores, la cosificación del menor y de la reproducción, así como la explotación de mujeres, teniendo como principal finalidad el respeto y la tutela de la dignidad y de la vida de la nueva realidad vital y de las mujeres que se someten a estas prácticas. Es así que, al regularse la Maternidad Subrogada, su uso quedaría restringido únicamente

a casos altruistas y que no impliquen contraprestación económica.

Como problema se formuló la siguiente pregunta: ¿Cuáles son las razones jurídicas para considerar la figura de la maternidad subrogada como delito en el Código Penal peruano?, lo que nos llevó a la hipótesis de la vulneración a los bienes jurídicos vida y dignidad de la nueva realidad vital, dignidad de la madre sustituta e identidad del nuevo ser, así como de la directriz fundamental “lo más favorable para el menor”. Para poder demostrar esto, se planteó como objetivo general: Determinar las razones jurídicas para considerar la figura de la maternidad subrogada como delito en el código penal peruano; y, como objetivos específicos: a) Interpretar lo establecido en la legislación nacional en materia de salud sobre procreación humana artificial en torno a los “contratos de vientre de alquiler”, b) Analizar la legislación comparada respecto a la regulación y el uso de los “contratos de vientre de alquiler”, y, c) Determinar la importancia del Principio “lo más favorable para el menor” con relación a lo que se persigue con el uso de los “contratos de vientre de alquiler”.

Se propone un proyecto de ley referente a la modificatoria del artículo 324 del Código Penal que regula la Manipulación Genética, esto es, se incorpore en el aludido cuerpo normativo el artículo 324-A sobre la Maternidad Subrogada, estableciendo lo siguiente: *“La mujer mayor de edad que haga uso de su vientre para gestar un hijo que no sea suyo, y a cambio solicite una contraprestación económica, será reprimida con pena privativa de la libertad no menor de cinco ni mayor de siete años”*. De esta manera se pretende que las técnicas de reproducción asistida se usen adecuadamente, evitando que la mujer mayor de edad que engendre un hijo que no es de ella, solicite una contraprestación económica por tal hecho, y además porque en estos procedimientos médicos se producen pérdidas de vidas de las nuevas realidades vitales.

## **METODOLOGÍA**

El tipo de investigación es de *“lege ferenda”* porque propone, fundamenta su cambio, ya que tiene por finalidad evitar que en nuestra sociedad se permita el uso de los “contratos de alquiler de vientre”.

El diseño de investigación es *“Ex post facto”* debido a que no se basa en experimentos, tampoco cuenta con una variable independiente, por lo que el investigador en su estudio sólo se limita a observar e interpretar conceptos y sucesos tal cual ocurrieron con anterioridad, ello a fin de obtener información seleccionada y útil para arribar a determinadas conclusiones (Hernández, 2010, p. 148); siendo materia de análisis los casos de maternidad subrogada.

La investigación es de corte mixta, pues son objeto de interpretación el artículo 7° de la Ley General de Salud, 13 encuestas aplicadas a 9 Fiscales de Familia y a 4 Jueces de Familia de Cajamarca, 6 opiniones de autores, y, legislación comparada sobre maternidad subrogada. Se ha utilizado el muestreo práctico e inexacto, habiéndose basado en el método de la observación y en la experiencia del investigador quien procedió a escoger los elementos de una forma que no fue aleatoria con el fin de que

formaran parte de la muestra, la misma que no representa la totalidad de la población, ello a efectos de poder indagar respecto a determinados casos mediante el empleo de las encuestas (Ferrer, 2010, p. 1).

La técnica de investigación utilizada es la Observación Documental, ya que se revisó, seleccionó y estudió la información recopilada de libros, revistas y artículos jurídicos, así como de libros de ginecología, obstetricia y reproducción que guardan estrecha relación con el tema investigado (Hernández, 2010, p. 418).

Como instrumento de investigación se ha empleado la Lista de Cotejo, herramienta que permite establecer de manera precisa la relación de comportamientos, circunstancias, temas, actitudes, acciones y eventos que son materia de evaluación, respecto de los cuales se podrán consignar conceptos o criterios como ayuda. Se recomienda asociarla a un determinado objetivo. Se encuentran aquí la encuesta, la documental y el fichaje de información doctrinaria.

En cuanto a la presentación de los datos recopilados (muestras) se utilizó la representación gráfica de resultados en formato Excel.

## **RESULTADOS**

A la interrogante: ¿Con el uso de la maternidad subrogada se estaría vulnerando el derecho a la vida de los concebidos, ya que todos no lograrían continuar su existencia? 4 de los entrevistados manifestaron que sí, pues esta prerrogativa se origina en el instante en el que el cigoto se aloja en la cavidad uterina y se convierte en un sujeto de derechos, por tanto, si no logra continuar con su desarrollo, se pondría fin a su existencia. 9 de los entrevistados señalaron que no, debido a que el momento en que se inicia la vida se encuentra en discusión, y que toda fecundación normal o subrogada tiene riesgos.

A la pregunta: ¿Al recurrir a la maternidad subrogada para tener un hijo, el niño nacido es considerado como una cosa antes que un ser humano por sí mismo? 10 de los entrevistados refirieron que no, pues la calidad humana no es reemplazada por ninguna otra a pesar de que haya sido producto de una técnica de reproducción asistida, correspondiéndole todos los derechos inherentes al ser humano. 3 de los entrevistados indicaron que sí, toda vez que este tipo de procreación humana debería ser permitida solo por disposición judicial y no quedar a la elección de los futuros padres. De ellos 1 además manifestó que existen fines patrimoniales, pues la nueva realidad vital será vendida, siendo parte de una transacción netamente comercial.

A la interrogante: ¿La madre subrogada al haber sido contratada para gestar el producto de la fecundación, se convertiría en un instrumento, por lo que se la estaría utilizando como un medio, dejaría de tener valor en sí misma? 1 de los entrevistados refirió que dependía de la finalidad del contrato que realice la madre subrogada, ya que, si el procedimiento médico es realizado bajo términos económicos, se estaría vulnerando sus derechos, convirtiéndola en un instrumento para un fin lucrativo. 1 de los entrevistados señaló que sí, pues su útero estaría siendo utilizado como una incubadora para traer al mundo a un nuevo ser, siendo su finalidad la de obtener una suma de

dinero por el encargo, perdiendo su calidad de ser humano. 11 de los entrevistados consideraron que no, debiendo valorarse el para qué o porqué se llevó a cabo dicha práctica mas no el cómo, y que llevar en el útero una nueva realidad vital no constituye delito.

A la pregunta: ¿Se vulneraría el derecho a la identidad del niño concebido mediante el uso de la maternidad subrogada, toda vez que tendría un origen múltiple (genético, biológico y legal)? 4 de los entrevistados indicaron que sí, ya que el hecho de ignorar su procedencia genética podría llegar a ocasionarle confusión y graves daños psicológicos; de otro lado, una vez nacido, se adulterarían los documentos para hacer pasar como madre biológica a la persona que contrató a la madre subrogada, con lo que el menor no llegaría a conocer su identidad biológica, desconociendo la verdad acerca de su nacimiento y de la forma como fue fecundado. 9 de los entrevistados refirieron que no, por cuanto contaría con apellidos y estaría reconocido legalmente, además porque llevaría los genes de sus padres y no se le negaría su verdadera identidad biológica.

A la interrogante: ¿Se estaría vulnerando el Principio del Interés Superior del Menor cuando el niño es procreado mediante la maternidad subrogada? 2 de los entrevistados consideraron que sí, ya que se menoscaba su derecho a la identidad y a desarrollarse con sus verdaderos padres; y porque se lo consideraría como “producto”, existiendo únicamente fines económicos. 11 de los entrevistados indicaron que no, pues más allá del procedimiento que se haya tenido que seguir para lograr el nacimiento del niño, éste continúa siendo protegido por el ordenamiento jurídico a partir del momento en el que fue concebido, y que su concepción fue deseada.

A la pregunta: ¿Debería incorporarse en el Código Penal Peruano un delito que sancione la maternidad subrogada? 3 de los entrevistados refirieron que sí, en tanto exista dolo y/o culpa de las personas que recurren a esta técnica, permitiéndose únicamente los casos autorizados por disposición judicial, además debido a las muertes de las nuevas realidades vitales, las mismas que deberían ser merecedoras de una adecuada protección normativa. 8 de los entrevistados refirieron que no, ya que no existirían las suficientes razones morales y jurídicas; de ellos 1 indicó que, en vez de penalizarse, debería ser regulada dentro del ámbito civil-contractual para evitar abusos. 2 de los entrevistados refirieron que dependía de la finalidad, pues, si se traen niños al mundo para que se desarrollen dentro de una familia respetando sus derechos, no habría problema; pero si es para vincularlos a actividades delictivas (v.gr. trata de personas), debería considerarse como delito.

## **DISCUSIÓN**

La vida es el principal derecho que ostenta todo ser humano, por tanto, es necesario que sea respetada a cabalidad en todos los seres humanos sin ningún tipo de distinción, encontrándose aquí la nueva realidad vital, el pre embrión, el embrión o feto concebido como entes reales y jurídicos. En nuestro Código Penal no existe un delito, diferente al aborto, que proteja a la nueva realidad vital o concebido procreado mediante el uso de la maternidad subrogada. La maternidad subrogada da cabida a la posibilidad de

afectación a la existencia de la nueva realidad vital, pues no siempre llega a continuar con su desarrollo. Esto está demostrado con las respuestas de 4 entrevistados quienes indicaron que, con el procedimiento médico, un porcentaje de pre embriones y embriones no llegarían a desarrollarse; no obstante, otros refirieron que no existía vulneración de este derecho. De lo indicado se advierte que, se corren riesgos al recurrir a la maternidad subrogada, pues al carecer de una adecuada regulación normativa, los niños procreados con esta técnica pueden llegar a ser rechazados o abortados si no cumplen con las expectativas de los “padres contratantes”, situación que no ocurre en los embarazos naturales en donde más allá de como sea el niño, se lo acepta con las malformaciones o taras con las que pueda nacer. Entonces, la maternidad subrogada permite que se hable de calidad del bebé, con lo que se vulnera su dignidad, ya que se lo considera un producto que “debe ser”.

Según la doctrina, *“a la gestante en la maternidad subrogada se le niega el elemental derecho de amar al niño que está esperando; y más bien, se la obliga a lo contrario, pues va a desprenderse de él, ya que “no es bueno que se apegue”*” (Cárdenas, 2017, p. 22). De lo que se evidencia que, a la madre subrogada no se le permite que se encariñe con el menor que gesta, lo cual resulta ilógico debido a que durante el embarazo tanto la madre como la nueva realidad vital o el embrión crean un lazo especial que los unirá de por vida, por lo que se sentirá utilizada para un fin determinado, vulnerándose su dignidad como persona. Esto queda demostrado con la respuesta brindada por 1 entrevistado en la que indicó que con la maternidad subrogada se menoscaba la dignidad de la mujer “contratada”, ya que se la utiliza como un mero instrumento (incubadora); mientras 11 de los entrevistados refirieron que no, en tanto que, 1 refirió que dependía de la finalidad del contrato, ya que si la madre subrogada acepta gestar un niño para otra persona por dinero, se estaría desnaturalizando la maternidad y la vida del menor, convirtiéndose en un medio para un fin.

La identidad es una prerrogativa que ostenta todo ser humano, en tal sentido, se encuentra reconocida en nuestro derecho interno y en el derecho internacional, por tanto *“corresponde al Estado cuidar el registro de su identidad, sancionando a quienes la alteren, lo que incluye el acceso a la verdad genética, quienes la decidirán sus padres”* (Sotomarino, 2017, p. 65); de lo que se evidencia la posibilidad de que el menor conozca a sus padres genéticos, pues así tendrá pleno conocimiento de sus orígenes desde la concepción; siendo que con la maternidad subrogada se vulnera este derecho. Esto se encuentra corroborado con las respuestas de 4 entrevistados quienes manifestaron que, el menor no sabría su verdadero origen biológico ya que al nacer, los padres contratantes alterarían los documentos haciéndose pasar como sus padres biológicos, pudiendo ocasionarle confusión y daños psicológicos; sin embargo, 9 de los entrevistados señalaron que no existiría vulneración a este derecho por cuanto el menor contaría con apellidos, tendría una familia o porque no se le ocultaría su origen biológico o la forma en la que fue fecundado.

El Principio del Interés Superior del Menor constituye una de las principales herramientas en aras de una adecuada tutela para los intereses de los niños quienes pueden verse afectados por el comportamiento de determinada persona. En este sentido se afirma que *“Al ser humano le asiste la facultad de conocer respecto a su origen, tal*

*y como lo reconoce la normatividad que regula las prerrogativas de los/as menores. En tal sentido, resulta esencial respetar aquello que le favorece”* (Sotomarino, 2017, p. 64). Ahora bien, esta protección debe evidenciarse desde que el menor es fecundado y/o concebido, es decir, inclusive antes de su nacimiento. Para la doctrina, en la mayoría de los casos, *“el uso de los contratos de alquiler de vientre depende del afán interesado de los esposos por tener un hijo a como dé lugar”* (De la Fuente y Hontañón, 2017, p. 51); lo que evidencia que, prevalece el deseo de la pareja de ser padres sobre lo que mejor le conviene al menor, siendo que, el niño producto de la maternidad subrogada es asemejado a una cosa. Esto queda demostrado con las respuestas de 4 entrevistados quienes consideraron que había vulneración de este principio debido a la modificación de documentos que se lleva a cabo para hacer pasar a la “madre contratante” como la madre biológica, lo que ocasiona que el menor no llegue a conocer a su verdadera madre biológica, negándole este derecho, lo que le podría originar daños psicológicos; en tanto 9 de los entrevistados señalaron que no se vulneraba esta directriz fundamental.

## CONCLUSIONES

Las razones jurídicas para tipificar penalmente la figura de la maternidad subrogada en nuestra legislación son: vulneraciones a los bienes jurídicos vida y dignidad de la nueva realidad vital, dignidad de la madre sustituta e identidad del nuevo ser, así como de la directriz fundamental “lo más favorable para el menor”.

Se vulneran los derechos vida y dignidad de la nueva realidad vital cuando se opta por la maternidad subrogada, pues existen casos en donde los padres contratantes desean tener un hijo san, y, de no darse el caso, solicitan el aborto o no aceptan al menor, casos evidenciados mayormente en el extranjero, siendo necesario evitar esta situación en el Perú.

El derecho a la dignidad de la gestante o de la madre contratada se ve vulnerada cuando ésta es considerada como un instrumento para traer al mundo a un niño, pues estaría perdiendo su calidad de ser humano para convertirse en un recipiente, ya que se le exige que tenga determinadas características para ser considerada como madre subrogada.

Se menoscaba el derecho a la identidad del ser humano nacido mediante el uso de los “contratos de alquiler de vientre” al no permitírsele conocer su origen biológico, pues si bien cuenta con nombres y apellidos que lo hacen pertenecer a una familia, esto no es suficiente, pues es necesario que tenga conocimiento de cómo fue fecundado y/o concebido, para que así tenga la posibilidad de poder ejercer plenamente este derecho, debiendo respetarse todos los aspectos dentro de la identidad.

El Principio del Interés Superior del Menor constituye el principal cimiento en aras de lograr una adecuada protección de sus derechos, ello a fin garantizarle su pleno desarrollo; debiéndosele tener siempre presente en todos los ámbitos que involucran a

este sector de la población. Se vulnera este principio con el uso de los “contratos de alquiler de vientre”, pues, la fecundación y/o concepción del niño no se hace en beneficio de éste sino pensando en los intereses de la pareja que solicita se lleve a cabo el “procedimiento médico de gestar para otro”, siendo totalmente distinto la figura de la adopción en donde se busca el bienestar del niño dándole una familia, mientras que en la maternidad subrogada no siempre se da esta situación.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Cárdenes Krenz, R. (2017). *Una discutible sentencia: A propósito del fallo emitido por un juez admitiendo los contratos de alquiler de vientre*. *Gaceta Civil & Procesal Civil* (48), 13-36.
- Pande, A. (2014). *Transnational Commercial Surrogacy in India*. Nueva York: Columbia University Press.
- Santander, C. A. (2012). *El Contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio Legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad?* Chile: Universidad Alberto Hurtado.
- Águila Tuesta, F. R. (2009). *Maternidad subrogada y sus efectos jurídicos*. Lima: Universidad San Martín de Porres.
- Espinoza Espinoza, J. (2001). *Derecho de las personas*. Lima: Huallaga.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, M. d. (2010). *Metodología de la investigación* (Quinta ed.). México D.F.: McGRAW-HILL / INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V.
- Ferrer Jesús, G. Y. (3 de Enero de 2010). *Higiene y Seguridad Industrial*. Obtenido de <http://metodologia02.blogspot.pe/p/tipos-de-muestreo.html>
- Sotomarino Cáceres, R. (2017). *Mamá, papá, los quiero mucho. Comentarios a la sentencia del Quinto Juzgado Constitucional de Lima sobre maternidad subrogada*. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, 53-66.
- De la Fuente y Hontañón, R. (2017). *La subrogación gestacional ¿vientre o persona en alquiler?* *Gaceta Civil y procesal civil* (48), 37-52.