



Este artículo se encuentra disponible  
en acceso abierto bajo la licencia Creative  
Commons Attribution 4.0 International License

# IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 11, n.º 11, enero-junio, 2022 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v11n11.4632

## LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

The surrogate motherhood in assisted human  
reproduction

CARMEN ROCÍO ARÉVALO MARTOS  
Universidad Ricardo Palma  
(Lima, Perú)

Contacto: [carmen.arevalo@urp.edu.pe](mailto:carmen.arevalo@urp.edu.pe)  
<https://orcid.org/0000-0001-9496-3382>

### RESUMEN

En el presente artículo la autora expone la problemática jurídica de la maternidad subrogada en la reproducción humana asistida. Evidencia, así, la insuficiencia de normatividad peruana para enfrentar esta realidad permitida por la biotecnología. Al respecto, realiza un análisis de la normatividad sobre la materia, así como de algunas sentencias de casación de la Corte Suprema de Justicia y de las iniciativas legislativas presentadas en el Congreso de la República sobre la maternidad subrogada.

**Palabras clave:** maternidad subrogada; técnicas de reproducción humana asistida; convenio de maternidad subrogada; procreática; interés superior del niño.

**Términos de indización:** reproducción humana; derechos reproductivos; fecundidad (Fuente: Tesaurus Unesco).

## ABSTRACT

In this article, the author discusses the legal problems of surrogate motherhood in assisted human reproduction. Thus, she evidences the insufficiency of Peruvian regulations to face this reality allowed by biotechnology. In this regard, she analyzes the regulations on the subject, as well as some cassation judgments of the Supreme Court of Justice and the legislative initiatives presented in the Congress of the Republic on surrogate motherhood.

**Key words:** surrogacy; assisted human reproduction techniques; surrogacy agreement; procreative; best interests of the child.

**Indexing terms:** human reproduction; reproductive rights; fertility (Source: Unesco Thesaurus).

**Recibido:** 30/07/2021

**Revisado:** 30/11/2021

**Aceptado:** 31/03/2022

**Publicado en línea:** 29/06/2022

**Financiamiento:** Autofinanciado.

**Conflicto de interés:** La autora declara no tener conflicto de interés.

## 1. INTRODUCCIÓN

La ciencia ha avanzado en las últimas décadas de manera tal que nos presenta escenarios antes impensados con repercusiones en múltiples disciplinas.

La maternidad subrogada en particular es una figura muy compleja que genera diversos planteamientos éticos y jurídicos y se contrapone a categorías normativas surgidas hace varios siglos, tiempos en los que era imposible que una mujer llevase a cabo la gestación de una criatura por encargo de otra mujer que desea ser madre, con el material genético de esta última o incluso con los óvulos de una tercera mujer. Esta posibilidad actual destruiría el principio romano que consagra la maternidad por el hecho del parto, dejando de ser un hecho cierto e incuestionable.

Dado el orden natural de la gestación, resultaba lógico el arraigo del principio *mater semper certa est*, recogido en nuestra legislación nacional como presunción de derecho, en virtud del cual se entiende que la maternidad es un hecho biológico evidente

debido al embarazo y posterior parto, por lo que este último determina la certeza de quién es la madre, sin posibilidad de impugnación. Así, nuestro sistema jurídico romanista en materia de filiación está lleno de presunciones que tienen como premisa las mismas situaciones biológicas naturales por las que se gestaron en el derecho romano. Estas presunciones ya no corresponden con las posibilidades que nos otorga la biotecnología, y por ello los vacíos normativos (sobre las consecuencias de la subrogación de la gestación) generan una atribución errónea de la filiación.

Esta posibilidad de disociar la maternidad biológica de la gestación nos pone ante plurales situaciones, es así que la maternidad subrogada está siendo empleada en escenarios distintos a los reconocidos por nuestra legislación en lo que respecta a la familia. En tal sentido, nos encontramos ante la necesidad de contar con una normatividad suficiente para enfrentar esta realidad, de manera tal que no solo brinde seguridad jurídica, sino que tenga como principio fundamental la protección del interés superior del niño.

Es preciso ahondar entonces en la valoración de los aspectos positivos y negativos de reconocer normativamente la maternidad subrogada y la posible afectación de derechos con la incorporación en nuestra legislación de la figura materia de análisis.

## **2. MATERNIDAD SUBROGADA Y EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY N.º 26842, LEY GENERAL DE SALUD**

Son diversos los términos empleados para referirse a la maternidad subrogada, entre ellos encontramos: vientre de alquiler, gestación por sustitución, alquiler de útero, madre suplente, madre sustituta, madre portadora y madre de encargo. En muchos casos se ha preferido no emplear el término «maternidad subrogada» o «maternidad sustituta», puesto que se considera que debe minimizarse la expresión de manera tal que aluda específicamente a la gestación y no al concepto de «maternidad», que podría asociarse con una participación mayor de la mujer que llevará

a cabo el embarazo (como podría ser el caso de aportar también el material genético).

La Organización Mundial de la Salud (OMS, 2010) considera a la maternidad subrogada como una técnica de reproducción asistida y hace referencia a esta en su glosario de términos como «útero subrogado». Así menciona que las técnicas de reproducción asistida (TRA) son

todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado solo a, la fecundación *in vitro* y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, y el útero surrogado.

Ahora bien, la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida puede presentar al menos tres distintos escenarios:

- a) Aquel en que la mujer llevará a cabo el embarazo, recibiendo la transferencia de un embrión fecundado a partir del óvulo de la madre de intención.
- b) El de la mujer que desarrollará el embarazo habiendo aportado además el óvulo. Es decir, en este caso la mujer que realizará la gestación será también la madre biológica del embrión. Este supuesto no requeriría el uso de una técnica de reproducción asistida extracorpórea como la fecundación *in vitro*, sino que bastaría una inseminación artificial. A esta situación un sector de la doctrina la denomina «maternidad sustituta».
- c) El caso en que la que mujer que llevará a cabo el embarazo recibirá la transferencia de un embrión fecundado a partir del óvulo donado por una tercera mujer.

Frente a esto, cabe preguntarse si la legislación peruana actual permite tales situaciones. Si bien no contamos con una ley que regule las técnicas de reproducción asistida, existe una disposición sobre la materia en la Ley General de Salud que señala lo siguiente:

Artículo 7°.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre **que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona**. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos (el resaltado es mío).

Al respecto, ha existido una discusión doctrinaria sobre los alcances del artículo 7, a propósito de la maternidad subrogada, así como sobre la ovodonación.

Espinoza (2015) explica que

Un sector de la doctrina sostiene que este numeral de modo alguno prohíbe «la cesión de óvulos ni de espermatozoides», otro que «está proscrita [...] pues no existe identidad entre la madre genética y la madre gestante» y no falta quien sostiene que «es un acto ilícito y constituye un abuso de derecho». Me parece que la finalidad de esta prohibición debe circunscribirse a la denominada maternidad subrogada. Hay que superar la interpretación literal por una constitucional ¿acaso está prohibida la cesión de espermatozoides? Prohibir la cesión de óvulos y no la de espermatozoides es evidentemente discriminatorio (pp. 97-98).

Asimismo, considera que

de una interpretación sistemática del art. IX del Título Preliminar y 7 de la Ley General de Salud (las normas de salud son de orden público), se entiende que la prescripción que madre gestante y madre genética recaigan en la misma persona tiene el carácter de orden público y no de imperatividad (Espinoza, 2015, p. 103).

Al respecto Varsi (2017) sostiene:

En el Perú no existe una prohibición, como *ab initio* se creía, a la fecundación extracorpórea con óvulo de cedente (ovodonación), a la transferencia de embrión ajeno (embriodonación) y a

los servicios de gestación subrogada (maternidad portadora). Supuestamente la limitación se fundamentaba en dos principios: la maternidad se prueba por el hecho del parto (artículo 409, cc), y la calidad de madre genética debe coincidir con la de madre biológica (Ley General de Salud, artículo 7) (p. 130).

Esto ha sido dilucidado con la Casación n.º 4323-2010, Lima, de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, como veremos a continuación. Agrega sin embargo que

La ley peruana, en especial la Ley General de Salud, no se ha pronunciado sobre la madre sustituta; es decir, cuando una mujer acepta ser inseminada con material genético del marido de otra a fin de entregar a la criatura una vez nacida. Aquí, la maternidad genética coincide con la biológica. La madre lo concibe y lo gesta, restando solo la entrega. La prohibición indicada en la Ley General de Salud resultaría inaplicable, pues ambas maternidades guardan equidad. Lo ilícito se generaría con la vulneración del Código Civil en su norma citada (artículo 409, cc) (Varsi, 2017, p. 131).

Como lo mencionamos, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la Casación n.º 4323-2010 Lima, del 11 de agosto de 2011, ha dejado determinado que el artículo 7 de la Ley General de Salud no prohíbe la ovodonación y se trata de un vacío normativo. Este fallo responde a un caso en el que una mujer decidió utilizar los espermatozoides criopreservados de su expareja para realizar una fecundación *in vitro* con óvulo de donante, llevar a cabo la gestación y convertirse de esta manera en madre de una niña.

Esto originó varios procesos. En uno de ellos la expareja (que había reconocido a la recién nacida como su hija) sostuvo que el material genético que entregó al centro de reproducción asistida tenía como fin llevar a cabo un análisis de espermatozoides y no una fecundación. Esta declaración se contrasta con su propia pretensión en el proceso materia de la casación, en el que busca la declaración de nulidad de la «Autorización de fertilización *in vitro* y transferencia embrionaria» y el «Convenio de técnicas

de reproducción asistida», que él, médico de profesión, firmó pero que considera nulos por trasgresión al artículo 7.º de la Ley General de Salud.

Al respecto, la Sala manifiesta lo siguiente:

SEXTO.- Que, habiendo sido desestimada la causal *in procedendo*, corresponde resolver la causal *in iudicando*, respecto a la infracción normativa por interpretación errónea del artículo 7 de la Ley 26842 [...]; en ese contexto, se puede advertir que nuestra legislación admite las técnicas de reproducción asistida —TERAS—, por lo que conviene señalar que tal y como se les ha reconocido en la declaración de Mónaco, sobre bioética y derechos del niño, son métodos supletorios no alternativos. Supletorios, pues buscan superar una deficiencia biosíquica que impide a la pareja tener descendencia cuando otros métodos han fracasado; al respecto resulta oportuno indicar que existen dos tipos de TERAS: a) inseminación artificial y b) fecundación *in vitro*, siendo que en el primer caso, el semen es introducido en la vagina de la mujer, siendo homóloga cuando el donante del material es el cónyuge o concubino y heteróloga cuando el donante es un tercero cuyas células reproductivas han sido obtenidas de un banco, mientras que en la fecundación *in vitro*, el espermatozoide y óvulo son unidos en un laboratorio y luego implantado en las entrañas de la madre para dar lugar a la gestación, siendo este último supuesto el caso de autos.

SÉPTIMO.- Que, debemos observar que la inseminación artificial permite la posibilidad de la maternidad subrogada o vientre en alquiler, lo cual no es nuestro caso y que además no se encuentra reconocida legalmente en nuestro país, sin embargo, los hechos acaecidos tienen sustento en la técnica de reproducción asistida, denominada ovodonación en virtud de la cual la mujer puede gestar, pero es incapaz de ovular, por lo que se requiere de una donante para que le ceda el óvulo necesitado, al respecto se debe señalar que si bien dicho procedimiento no se encuentra legislado, sin embargo en virtud del axioma jurídico de que «todo lo que no está prohibido está permitido», reconocido por el Tribunal Constitucional: «En el ámbito del derecho constitucional opera el apotegma jurídico que dice que “solo le está permitido al Estado aquello que expresamente le ha sido conferido” ello a diferencia de lo dispuesto para la ciudadanía, la que se rige por el principio

de que “aquello que no está prohibido, está permitido”», **por consiguiente el aludido procedimiento de «ovodonación» no es ilícito ni constituye delito, constituyendo más bien un vacío normativo y jurisprudencial.**

OCTAVO.- Que, habiendo quedado establecido que el proceso de fecundación cuestionado no deviene ilegal, corresponde verificar si los actos jurídicos contenidos en los documentos denominados Autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia embrionaria, y Convenio de realización de Técnica de Reproducción Asistida, se encuentran inmersos en causal de nulidad, en ese sentido se aprecia de la cláusula cuarta del segundo documento que los intervinientes (demandante y demandada) admiten expresamente: «Que tal fecundación se realizará mediante la técnica de reproducción asistida denominada FIV TE, la cual consiste en que el semen extraído y capacitado de EL ESPOSO, se combina con el óvulo donado, también previamente recogido en un plato de laboratorio donde se lleva a cabo la fecundación. Los gametos a utilizar son provenientes de terceros donados de manera anónima, y sin ánimo de lucro. [...]» y en la cláusula octava declaran haber leído el documento que suscriben, lo cual configura una manifestación de voluntad válida y además ratificada en el documento denominado autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria; no debe dejar de mencionarse que como consecuencia del proceso de fecundación se produjo el nacimiento de una niña, quien resulta protegida en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 del Código Civil, artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y artículos 2, 3, 6 y 12 de la Convención sobre los derechos del niño, que regulan los principios rectores sobre el interés superior del niño; en tal sentido se cumple con los requisitos previstos en el artículo 140 del Código Civil [...] (Corte Suprema de Justicia de la República, 2011a).

La sentencia aludida no se refiere específicamente a una situación de subrogación de la gestación; sin embargo, es la Casación n.º 563-2011 Lima, del 6 de diciembre de 2011, de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, la que se convierte en un fallo histórico por tratar un caso en el que sí había de por medio un contrato de maternidad subrogada.



Para comprender esta resolución es necesario explicar previamente los hechos relativos al caso. La pareja de esposos Dina y Giovanni, al no poder tener hijos, contrataron a Paúl (sobrino de Dina) y su conviviente Isabel, para que esta última sea sometida a una técnica de reproducción asistida con el esperma de Giovanni. Como resultado de esto nació una niña que fue inscrita en el Reniec como hija de Paúl e Isabel, aunque en realidad era hija biológica de Giovanni. La niña fue entregada a Dina y Giovanni, que la criarían como sus padres.

Con el fin de lograr ser legalmente los padres de la niña, Dina y Giovanni recurren al Primer Juzgado Transitorio de Familia Tutelar de la Corte Superior de Lima para pedir la adopción por excepción. Esto tomando en cuenta que Dina es tía de Paúl (quien fue registrado como padre de la menor) y, conforme al Código de los Niños y Adolescentes, quien «posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción» tiene la posibilidad de iniciar acción judicial en vía de excepción.

Es preciso anotar que si bien Paúl e Isabel habían entregado a la menor conforme a lo acordado, posteriormente pedían que les sea devuelta. Hecho que contrasta con su actuación expuesta en la resolución, en la que se hace conocer sobre una denuncia penal contra Paúl e Isabel por cuanto durante el embarazo extorsionaban a Dina y Giovanni con la amenaza de llevar a cabo un aborto si no se les entregaba dinero. Es respecto de este fallo, desfavorable para los demandados, que interponen el recurso de casación, que fue declarado infundado.

No puede perderse de vista que en este caso no se discutía la maternidad ni estaba en tela de juicio la validez del contrato de maternidad subrogada, puesto que la demanda era una de adopción por excepción. Es decir, no estaba en discusión la maternidad de Isabel, sino que para resolver la demanda de adopción se partía de la premisa de que ella era la madre. Queda evidenciada en el caso la falta de instrumentos normativos. Es así como finalmente Giovanni, padre biológico de la niña, termina siendo adoptante de su propia hija.

El hecho más importante del pronunciamiento es que la Sala prioriza el principio del interés superior del niño, como se expone a continuación:

QUINTO.- Que, al respecto se debe precisar previamente que, encontrándonos ante un proceso en el que se encuentran involucrados derechos fundamentales de una niña, corresponde aplicar el derecho bajo estricta sujeción del Interés Superior del Niño y el Adolescente, consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, según el cual «En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos», principio que guarda relación con la Constitución Política del Perú que asumiendo el principio protector del niño y del adolescente ha señalado en su artículo 4 que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño y al adolescente; asimismo se encuentra consagrado en la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos de las que somos Estado parte; y cuenta con legislación supranacional que regula los derechos del niño en el mismo sentido otorgándole un tratamiento especial, las que también constituyen fuente de regulación en el tratamiento de protección a los niños y adolescentes; tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su artículo 25 reconoce el principio de protección especial al señalar que la infancia tiene derecho a cuidados especiales; asimismo la Declaración Americana sobre Derechos Humanos que ha reconocido en su artículo 19 que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, la sociedad y el Estado.

[...]

SÉTIMO.- Que, asimismo el Tribunal Constitucional mediante la sentencia expedida en el expediente 02079-2009-PHC/TC, al interpretar los alcances del principio del interés superior del niño y del adolescente, así como el presupuesto de interpretación constitucional; en su fundamento trece ha interpretado: «[...] el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula

no solo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente. En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos.

[...]

DÉCIMO.- Que, la tercera y cuarta causal denunciadas no pueden ser amparadas, dado que, si bien es requisito que los padres del adoptado asientan y la adopción no puede hacerse bajo modalidad alguna, se debe resaltar que la sentencia de vista ha resuelto bajo estricta observancia del Interés Superior del Niño y del Adolescente [...], dado que nos encontramos ante un «conflicto de derechos» de una parte el de los padres de la menor a ejercer su patria potestad y de la otra, el derecho de la menor a tener una familia idónea que le proporcione todo lo necesario para su desarrollo integral y a no alterar su desarrollo integral; derechos que no pueden coexistir en el caso de autos, a la luz de los hechos detallados en el octavo considerando, pues nos encontramos ante padres que premeditadamente han acordado procrear un ser humano con la finalidad de entregarlo a otras personas, para a cambio recibir beneficios, que si bien los demandados niegan que hayan sido económicos, de sus propias declaraciones se advierte que su proceder tenía por finalidad mejorar su situación y viajar a Italia con su familia, además de haber aceptado recibir dinero mensualmente durante el tiempo de gestación de la demandada y en otros casos como una «ayuda económica» quedando evidenciado que el actuar de los

demandados ha estado plagado en todo momento por un interés económico lo que dista totalmente de los sentimientos de padres que aluden tener (Corte Suprema de Justicia de la República, 2011b).

Quizá el pronunciamiento más amplio en torno al contrato de maternidad subrogada es de la primera sentencia del Perú en vía de amparo sobre la materia. Esta se dio en el Expediente n.º 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, mediante la Resolución n.º 5, del 21 de febrero de 2017, del Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, confirmada el 28 de junio del mismo año por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Nuevamente, para entender el fallo es preciso narrar la situación de los involucrados. Francisco y Aurora, ante la reiterada imposibilidad de lograr un embarazo exitoso, decidieron recurrir a las técnicas de reproducción asistida, concretamente, a la maternidad subrogada. Con ese fin, suscribieron un acuerdo privado de útero subrogado con los esposos Fausto y Evelyn, para que esta última llevase a cabo el embarazo mediante la transferencia de dos embriones fecundados *in vitro*, con los óvulos de una donante anónima.

Como resultado nacieron dos niños y el médico que atendió el parto consignó en el certificado de nacido vivo como madre a Evelyn. Así los niños fueron registrados como hijos de Evelyn, por ser ella quien los parió, y de Francisco, por declaración de Evelyn en el sentido de que el padre no era su esposo.

Dado que las partidas de nacimiento de los niños contemplaban tal información, Francisco y Aurora (esta última sin vínculo biológico con los menores) inician dos procedimientos de rectificación de acta de nacimiento. Francisco solicitó que se le declare padre de los menores y se proceda al respectivo reconocimiento, mientras que Aurora solicitó que se le declare madre de los menores y se proceda a la rectificación.

Frente a esto, el Reniec declaró improcedentes ambas solicitudes a través de las resoluciones registrales que se impugnaron

mediante el proceso de amparo, por considerar los demandantes que se estaba vulnerando el derecho a la identidad de los menores y el principio de interés del niño, así como los derechos del libre desarrollo de la personalidad, a la vida íntima y familiar, y los derechos sexuales y reproductivos de los demandantes. La demanda fue interpuesta tanto por Francisco y Aurora como por Fausto y Evelyn.

En torno a la regulación de las técnicas de reproducción asistida el fallo señala:

OCTAVO: La regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida en el ordenamiento jurídico peruano: Sin perjuicio de lo anterior, este Juzgado considera importante tener en cuenta una cuestión adicional. Y es que la defensa del Estado ha deslizado la idea de que la llamada «maternidad subrogada» estaría prohibida en el Perú, a partir de la norma contenida en el artículo 7 de la Ley General de Salud [...]. El texto citado puede tener una lectura que limita el ejercicio del derecho de acudir a Técnicas de Reproducción Asistida (TERAs) solo para los casos en donde sirva para una procreación en donde el elemento genético de la madre coincida con su condición de gestante. Ciertamente, ese es el supuesto que recoge el artículo 7 de la Ley General de Salud. Lo anterior no significa, sin embargo, que los otros supuestos no previstos en la norma estén proscritos. Es decir, no puede realizarse una interpretación *a contrario sensu* del texto citado para concluir que proscribiera el uso de TERAs para otras situaciones. Lo único que puede afirmarse es que EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY GENERAL DE SALUD NO REGULA MÁS SUPUESTOS QUE LA MADRE GESTANTE COMPARTA CARGA GENÉTICA CON SU BEBÉ.

NOVENO: En efecto, de un lado podría decirse que el supuesto de hecho previsto en el artículo 7 de la Ley General de Salud que habilita el uso de TERAs, tácitamente quiso proscribir los otros supuestos que no menciona o, de otro lado, también podría afirmarse que la omisión de aquella norma significa que simplemente no quiso regular otros supuestos. Tal situación, el hecho que una interpretación *a contrario sensu* de la norma citada nos lleve a dos respuestas posibles, hace inviable usar esa técnica interpretativa.

Además del uso de esa técnica para la interpretación de textos, existen motivos constitucionales que imponen descartar la opción de que el artículo 7 de la Ley General de Salud tácitamente proscriba los otros supuestos que no menciona.

Y eso porque este Juzgado considera inconstitucional o contrario a la presunción de libertad, «presumir» limitaciones de derecho, en este caso del derecho a la salud reproductiva. Siendo que el artículo 7 de la Ley General de Salud y ninguna otra norma del ordenamiento jurídico nacional impone limitaciones o prohibiciones expresas para los otros supuestos en donde pueden ser aplicable las TERAs, este Juzgado no puede sino reconocer que en tales casos es legítimo aplicar esas técnicas.

El mismo razonamiento puede aplicarse para el caso que es materia de este proceso, pues para la situación objeto de este amparo no existe ninguna norma con rango de ley que establezca una prohibición, de modo que en aplicación del artículo 2, inciso 24, literal a) de la Constitución Política, la TERAs realizada descansa en un pacto legítimo, pues «Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe». Al respecto, debe recordarse que, **«el Tribunal Constitucional ha establecido que el principio de legalidad exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones»** (Expediente n.º 3954-2006-PA/TC, fundamento 34).

Entretanto que no exista una clara y expresa prohibición de celebrar contratos acuerdos de maternidad subrogada o de aplicar TERAs a supuestos distintos a los previstos en el artículo 7 de la Ley General de la Salud, se entiende que se trata del ejercicio legítimo de los derechos a la salud reproductiva y otros vinculados.

Esta interpretación, además, encuentra respaldo en el criterio de la Corte Suprema de Justicia (Casación n.º 563-2011-Lima) en donde una sociedad conyugal discutía la adopción de una menor de edad, concebida con la carga genética del esposo demandante, donde la esposa no aportó carga genética, ni gestó al menor. Una situación similar a la actual. En ese caso, la Corte Suprema no puso en duda la validez del acuerdo de maternidad subrogada, sino que además exigió su cumplimiento. Por tanto, para

este Juzgado no quedan dudas que, al tratarse de un supuesto no regulado, ni menos prohibido, en el sistema jurídico peruano, es perfectamente válido (Corte Superior de Justicia de Lima, 2017).

La sentencia bajo análisis destaca los derechos sexuales y reproductivos como manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la vida privada, por lo que considera que el Reniec, al no inscribir a los menores, atenta contra los citados derechos de los demandantes, en la medida que no les permite desarrollar un proyecto de vida familiar a partir de su elección reproductiva. Asimismo, la resolución no es ajena al interés superior del niño, al señalar que Aurora se encuentra en una mejor posición para ser considerada como madre de los menores, que en ese momento se encuentran bajo sus cuidados, que son propios de una auténtica madre.

Sin embargo, esta resolución contrasta con la sentencia de la Segunda Sala Constitucional Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el Expediente n.º 01286-2017-0-1801-JR-CI-11, que revisaremos más adelante.

### **3. VOLUNTAD PROCREACIONAL Y FILIACIÓN EN LA MATERNIDAD SUBROGADA**

Como ya hemos podido apreciar, el parto no siempre determina la maternidad ni esta se encuentra necesariamente identificada con la carga genética, conforme a las consideraciones de las resoluciones de la Corte Suprema antes mencionadas.

La tendencia actual, nos dice Varsi (2017),

es que el aporte de la ciencia genética en la determinación biológica de la paternidad con el ADN se aplique exclusivamente a la filiación por naturaleza (por procreación natural). Mientras, la voluntad y el afecto (socioafectividad) son la base para la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida —como lo ha dado a entender un criterio de nuestra Corte Suprema—, *a simili* de la adopción (p. 113).

La legislación civil distingue entre filiación por naturaleza y por adopción, de esta manera se atribuye por matrimonio con la madre (salvo declaración en contrario de esta), por la prueba genética o por adopción.

Sin embargo, como señala Lamm (2011):

los problemas que surgen con las TRA no se ajustan a ninguna de estas situaciones. Como se vio, mientras que en la filiación por naturaleza la determinación de la filiación tiende a asegurar la identidad personal en referencia a la realidad biológica; las TRA provocan la disociación del elemento genético, biológico y volitivo en distintas personas, pasando a ser este último el decisivo en la determinación de la filiación. [...] Mientras que en la filiación por naturaleza la impugnación se funda en la falta de vínculo biológico, es lo que la habilita; en la filiación derivada de las TRA no es la falta de vínculo biológico que en realidad es genético lo que habilita la impugnación, sino la falta del elemento volitivo.

Agrega que se asemeja a la filiación en la adopción

porque en ambos supuestos el vínculo se determina por el elemento volitivo, pero se diferencian porque esa voluntad, que, como se vio, en la filiación derivada de las TRA debe ser manifestada a través de los consentimientos requeridos legalmente, debe prestarse con carácter previo al nacimiento. Consecuentemente, mientras en la filiación derivada de las TRA el elemento volitivo está presente desde el mismo origen de la persona, es decir, el niño nace y existe como consecuencia de esa voluntad; en la filiación por adopción el vínculo surge con posterioridad al nacimiento del niño, es decir, el niño ya existe cuando surge la voluntad de adoptarlo (Lamm, 2011, p. 131).

#### **4. EL CONVENIO DE MATERNIDAD SUBROGADA**

Como vimos anteriormente, la sentencia correspondiente al Expediente n.º 06374-2016-0-1801-JR-CI-05 no solo se pronuncia sobre la inexistencia de una prohibición en el artículo 7 de la Ley



General de Salud, sino que, como consecuencia de ello, considera que el acuerdo de maternidad subrogada tampoco tiene prohibición alguna en nuestra legislación. Así, señala que

el derecho a fundar una familia como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, [permite] el uso de técnicas de reproducción asistida [...] y que, por tanto, los contratos celebrados al amparo del mismo (contrato de útero subrogado, por ejemplo) también son válidos. Más aún si ese mecanismo ha sido reconocido por el ordenamiento convencional como parte del derecho a la salud reproductiva (Corte Superior de Justicia de Lima, 2017, considerando décimo).

El primer elemento que surge en torno a la figura de la maternidad subrogada es el acuerdo entre los participantes, por el que una mujer se compromete a llevar a cabo el embarazo para posteriormente entregar el recién nacido a otra que tiene la voluntad procreacional. Estos convenios han sido utilizados como medio probatorio en los casos que dieron origen a las sentencias revisadas.

En los antecedentes históricos más destacados encontramos que fue el abogado norteamericano Noel Keane quien dio inicio a la formulación de «contratos de maternidad subrogada». Ello originó el primer y famoso juicio para determinar la filiación de «Baby M» (seudónimo utilizado para referirse a la bebé nacida el 27 de marzo de 1986 mediante maternidad subrogada, cuya filiación legal estuvo en cuestión)<sup>1</sup>.

Fue en 1976 que Noel Keane negoció y redactó el primer contrato formal entre una madre sustituta y una pareja casada en los Estados Unidos. Posteriormente continuó su defensa de la maternidad subrogada. A su muerte en 1997, Keane había arreglado por lo menos seiscientos nacimientos bajo maternidad subrogada en el mundo. Abrió Centros de Infertilidad en regiones

---

1 William Stern vs. Mary Beth y Richard Whitehead (Baby M Case), 109 N.J. 396 (1988), 537 A.2d 1227. Tribunal Supremo de Nueva Jersey. Argumentado el 14 de septiembre de 1987 y resuelto el 3 de febrero de 1988.

como California, Indiana, Michigan, Nueva York y Nevada para reunir a parejas sin hijos y posibles madres (Van Gelderjan, 1997).

El caso de Baby M fue el primero en poner en el debate mundial esta problemática y se convirtió en el primer fallo judicial estadounidense sobre la validez de un contrato de «vientre de alquiler». Fue William Stern quien suscribió el «contrato de maternidad subrogada» con Mary Beth Whitehead, a quien él y su esposa Elizabeth Stern encontraron a través de un anuncio en el periódico<sup>2</sup>. Según el contrato, Mary Beth Whitehead sería inseminada con el esperma de William Stern (es decir, ella sería la aportante del óvulo que iba a fecundarse), luego de ello debía renunciar a sus derechos en favor de Elizabeth Stern. A cambio recibió la cantidad de diez mil dólares, así como el pago de los gastos médicos. Sin embargo, después del nacimiento Mary Beth decidió quedarse con la bebé, razón por la que los Stern interpusieron la demanda para ser reconocidos como los padres legales de la niña.

Como es de verse Mary Beth Whitehead tenía importantes argumentos para la determinación de su maternidad, no solo la presunción *iuris et de iure mater certa est*, sino que además podía comprobarse fácilmente que era la madre biológica. La Corte Suprema de Nueva Jersey reconoció a Mary Beth Whitehead como madre legal de la niña y a William Stern como su padre<sup>3</sup>. Asimismo, consideró que correspondía al Tribunal de Familia determinar la custodia legal de la menor, que —privilegiando el interés superior del niño— fue otorgada a William Stern, y se le dio a Whitehead derechos de visita.

---

2 Whitehead había respondido a un anuncio en el *Asbury Park Press* en busca de mujeres dispuestas a ayudar a parejas infértiles a tener hijos. El Centro de Infertilidad de Nueva York, que había colocado el anuncio, la contactó con William y Elizabeth Stern de Tenafly, Nueva Jersey.

3 Si bien anteriormente, el 31 de marzo de 1987, el juez Harvey Sorkow del Tribunal Superior del Estado en el condado de Bergen confirmó el contrato y rescindió los derechos parentales de Whitehead, ella apeló y de esta manera obtuvo el fallo del 3 de febrero de 1988 de la Corte Suprema de Nueva Jersey, que anuló el contrato.

Si bien Mary Beth Whitehead nombró a Baby M al momento de su nacimiento como Sara Elizabeth Whitehead, luego del reconocimiento de su paternidad y otorgamiento de la custodia a William Stern, fue rebautizada como Melissa Elizabeth Stern. Cumplidos los dieciocho años, Melissa Stern inició el proceso para permitir que Elizabeth Stern la adoptara, lo que implicó poner fin a su vínculo con Whitehead.

«I love my family very much and am very happy to be with them,» Melissa Stern says, referring to the Sterns. «I'm very happy I ended up with them. I love them, they're my best friends in the whole world, and that's all I have to say about it.» [Amo mucho a mi familia y estoy muy feliz de estar con ellos —dijo Melissa refiriéndose a los Stern—. Estoy muy feliz de haber terminado con ellos. Los amo, son mis mejores amigos en todo el mundo, y eso es todo lo que tengo que decir al respecto] (Weiss, 2007, p. 2).

El fallo de la Corte Suprema fue considerado por muchos como una reafirmación de que priman los aspectos biológicos en la determinación de la maternidad. Asimismo, sirvió de sustento para argumentar la nulidad del contrato de maternidad subrogada. Al respecto la Corte Suprema determinó que el convenio de subrogación entraba en conflicto con el orden público estatal y con las normas que prohibían el uso del dinero en relación con adopciones, las que requerían una serie de requisitos para determinar que los padres naturales no son aptos y dar por terminada la patria potestad para conceder una adopción. Desde entonces algunos Estados han aceptado la maternidad subrogada, mientras otros la prohíben o no la han regulado.

El debate sobre la viabilidad jurídica de la maternidad subrogada reviste muchas aristas. Los defensores consideran a la maternidad subrogada como una forma humana y ética para permitir que las mujeres infértiles se conviertan en madres. Los opositores en cambio la consideran una técnica perversa de la ciencia, que permite equiparar la vida con un producto vendido con fines de lucro.

Varsi (2013), compartiendo entonces el criterio de Cárcaba Fernández, sostenía que la maternidad subrogada es un acto jurídico ilícito por tener un objeto física y jurídicamente imposible, fin ilícito, y atenta contra el orden público, pues se comercializa con el cuerpo humano. Es contrario a la ley al oponerse a las normas naturales de la filiación, es un fraude a la institución de la adopción, es contrario a la moral y a las buenas costumbres, se asemeja al contrato de prostitución y tipifica casos delictuales como el tráfico de niños, fingimiento de preñez, suposición de parto, alteración de la filiación y del estado civil falsos reconocimientos (p. 435).

En opinión de Trazegnies (2011):

el orden jurídico no es el reino del sí y de no, sino un tejido de derechos y de obligaciones alrededor del sí y del no que constituyen un basamento de la sociedad. Pretender que la ley debe simplemente desconocer el alquiler de vientres porque es inmoral y resolver las controversias que puedan surgir simplemente declarando que el contrato es nulo porque es contrario a las buenas costumbres, es meter la cabeza dentro de la arena como el avestruz. Si bien el contrato de alquiler de vientre puede ser nulo, el hijo que nazca como efecto de ese contrato de alquiler de vientre no es nulo: necesita un nombre, una nacionalidad, una familia, alguien que esté obligado a sostenerlo, etc. El nacido en estas penosas circunstancias, ¿de quién es hijo?, ¿quién debe correr con los gastos del embarazo y parto?, ¿ese hijo alumbrado por una mujer ajena a los cónyuges que la contrataron podría heredar a sus padres biológicos?, etc. [...] (p. 124).

No cabe duda de que más allá de la jurisprudencia existente, resulta imprescindible contar con un marco normativo que determine la naturaleza jurídica del acuerdo de maternidad subrogada, las consecuencias de su práctica, y todas las implicancias en su formulación. Incluso los profesionales del derecho pueden terminar inmersos en una controversia por el acuerdo de maternidad subrogada. Así, por ejemplo, en el caso mismo del contrato para la maternidad subrogada de Baby M, la Sra. Whitehead

demandó al abogado Keane —quien había formulado el acuerdo de subrogación— con el argumento de que ella no había sido examinada adecuadamente para formar parte de este contrato. En 1988 firmaron un acuerdo extrajudicial al respecto.

El debate sobre la validez del acuerdo de maternidad subrogada encuentra algún consenso cuando no se trata de un acto jurídico de carácter patrimonial, y no existe de por medio una contraprestación, es decir, cuando se realiza de modo altruista de manera tal que el fin es puramente humanitario y solidario. Quienes defienden esta posición consideran que, sin embargo, es posible que se involucre una suma de dinero cuya naturaleza no es la de ser un pago sino una suerte de indemnización por los gastos propios de un embarazo u otras necesidades relacionadas con este, como atención psicológica, alimentación, vestimenta especial, o incluso las pérdidas económicas que hubiera en razón del estado de gravidez.

Pero si bien existe un sector mayoritario de la doctrina que considera admisible el acuerdo de maternidad subrogada siempre que el fin sea humanitario, para ayudar a una pareja a cumplir su proyecto de vida, sin una contraprestación económica de por medio, también hay posturas que defienden el contrato, cuyo fin es el de recibir una contraprestación económica a cambio de llevar a cabo el embarazo y entregar finalmente el bebé a los padres de intención. A decir de Bullard (2006):

siempre habrá personas de menos ingresos que para cubrir sus necesidades tendrán que recurrir a establecer relaciones que, de algún modo, implican una dependencia económica. Ello no quiere decir que se puedan amparar extremos como la esclavitud o el servilismo. [...] Es muy fácil criticar una situación dada partiendo de un igualitarismo utópico. Pero la comparación valedera debe ser entre la situación dada y las consecuencias de su inexistencia. Prohibir los convenios de subrogación se basa en la aspiración a una utopía y no en la realidad de los hechos (p. 303).

## Agrega que

La capacidad reproductiva humana es, a pesar de la tecnología, un recurso relativamente escaso en cuanto muchas personas, que, con el legítimo interés de tener hijos, han sido privados biológicamente de tal posibilidad. Y nadie puede dudar que la experiencia de ser padre o madre es uno de los más hermosos canales para conseguir la realización humana. No dejar que la capacidad reproductiva pueda ser puesta al servicio de dicha realización, no solo puede ser económicamente ineficiente, sino incluso humanamente injusto (Bullard, 2006, p. 312).

Desde esta perspectiva económica, un uso eficiente de un recurso escaso podría ser razón suficiente para considerar válido el contrato de maternidad subrogada. Sin embargo, si desde la perspectiva del derecho el objetivo es permitir que una pareja logre cumplir con su proyecto de vida y ejercer así sus derechos reproductivos, mediante la elección de una técnica de reproducción asistida como la maternidad subrogada, el acuerdo altruista permitiría tal posibilidad.

En este punto, resulta necesario comentar la sentencia de la Segunda Sala Constitucional Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 14 de agosto de 2018, en el Expediente n.º 01286-2017-0-1801-JR-CI-11. Dicha resolución revoca la sentencia de primera instancia y declara improcedente la demanda de amparo cuyo contexto pasaré a explicar.

Los esposos Nilton y Carmen no podían tener hijos puesto que el primero de ellos es estéril y la segunda tuvo una histerectomía completa (cirugía de extirpación del útero) a la edad de 18 años. Por tal razón, después de veinte años de matrimonio decidieron recurrir a las técnicas de reproducción asistida, que en su caso no podía ser otra que la maternidad subrogada con gametos donados por terceros. Para ello, suscribieron un «Acuerdo privado de útero subrogado» con Zovelina, a fin de que esta última llevase a cabo el embarazo mediante la transferencia de un embrión fecundado *in vitro* con los óvulos y espermatozoides procurados por una clínica de reproducción asistida, provenientes de donantes anónimos.

Finalmente nació una niña y el médico que atendió el parto consignó en el certificado de nacido vivo como madre a Zovelina, por haber sido quien alumbró a la menor y como padre a Nilton, por declaración de Zovelina sobre la paternidad. Hechos que quedaron anotados consecuentemente en la partida de nacimiento.

Al igual que en el caso del Expediente n.º 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, los padres de intención solicitan al Reniec la rectificación del acta de nacimiento de la niña respecto del apellido materno para que corresponda con el apellido de la madre de intención. Asimismo, solicitan que se declare a Nilton como padre de la menor y que se proceda al respectivo reconocimiento, y que se declare a Carmen como madre de la niña y se efectúe la rectificación.

Frente a esto, el Reniec declaró improcedentes ambas solicitudes a través de las resoluciones registrales que se impugnaron mediante el proceso de amparo. Sin embargo, a diferencia de lo resuelto en el caso anterior, esta vez la Segunda Sala Constitucional Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró improcedente la demanda de proceso de amparo por las consideraciones que veremos a continuación.

En principio la sala considera que el acta de nacimiento de la menor no es susceptible de ser corregida en la vía administrativa registral, pues no existe error u omisión de acuerdo con la documentación de sustento que le dio origen. Por tal razón sostiene:

4.16. En el presente caso, en realidad nos encontramos frente a una demanda de cambio del apellido materno de una menor de edad y/o de filiación y/o que se reconozca a una persona como madre, a pesar de no ser la madre biológica, ni haber aportado el óvulo que generó el embrión implantado en la persona que fue atendida en el parto de la menor. Es decir, no se trata de un simple error material o formal consignado en la partida de nacimiento, sino se trata de un verdadero cambio de su identidad, en cuanto quién debe ser considerada como la madre de la menor, controversia que no puede ser resuelta por la RENIEC, entidad

administrativa que no tiene competencia para ello; razón por la cual, la rectificación del segundo apellido de la menor, que figura como madre, deviene en manifiestamente improcedente en sede administrativa; más aún, si la expedición del acta de nacimiento materia de corrección o rectificación contiene los datos de los padres de la menor [...], los cuales fueron transcritos del Certificado de Nacido Vivo y declarados por ellos mismos, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico.

4.17. Aunado a ello tenemos que, mediante una simple solicitud de rectificación de cambio de apellido materno en sede administrativa no se puede pretender determinar a quién se debe reconocer como madre de una niña o quién debería ser la madre de acuerdo al documento denominado «Acuerdo Privado de Útero Subrogado», pues para ello se requiere previamente que un Juez de Familia determine a quién le asiste ese derecho y en donde se debe velar la protección del interés superior de la niña; es decir, el sustento de lo pretendido es de una materia que es propiamente del derecho de familia, concerniente a la sociedad paterno-filial [...] (Corte Superior de Justicia de Lima, 2018).

La sala considera además que dado que los gametos no pertenecen a ninguno de los participantes, habría que hacer pruebas para determinar «quiénes serían los verdaderos padres de la menor», ya que el embrión habría sido «donado» por una clínica de reproducción asistida, hecho que no se habría probado en el proceso.

Otra de las consideraciones trascendentes de la sentencia en mención es que «la vida se inicia desde la fecundación y tiene que ser objeto de protección desde que se forma el embrión humano, es decir, no puede ser sujeto de libre disposición privada». Esto trae a colación la necesidad de reconocer la naturaleza jurídica del embrión ex útero y en esa línea regular toda intervención sobre este, de manera tal que al reconocérsele la condición de concebido no podría pensarse en una «donación» de embriones, ni en el «descarte» de embriones supernumerarios o en su manipulación para extraer células madre embrionales ocasionando su destrucción, entre otros.



A criterio de la sala, las estipulaciones del «Acuerdo privado de útero subrogado», firmado entre las partes, ponen al embrión en la categoría de «objeto, como cualquier otro, susceptible de libre donación o disposición, y no como un concebido, que es objeto de protección en sí mismo y como persona en todo lo que le favorece» y por ello no podría producir efectos jurídicos.

Por otro lado, la interpretación de la sala sobre el contenido del artículo 7 de la Ley General de Salud confirma las discrepancias a las que está sujeto. La sentencia considera que si bien se permite el uso de técnicas de reproducción asistida para solucionar una enfermedad como la infertilidad, esto sería solo para el caso de identidad entre la madre genética y la gestante,

sin embargo, no permite para los casos en que no se dé la identidad entre madre genética y la madre gestante, esto es, no se permite que se realice el TRA cuando los supuestos padres no hayan o no puedan aportar los gametos (ni espermatozoide, ni óvulo), para ser implantados en una tercera persona, como ocurre en el presente caso. Tampoco se conoce la identidad de los supuestos donadores del embrión, ni existe prueba o consentimiento previo y por escrito sobre la supuesta donación realizada por los padres biológicos a favor de los demandantes, quienes, además, afirman que fue la Clínica quien les habría donado el embrión (Corte Superior de Justicia de Lima, 2018).

Esta sentencia no reconoce en la voluntad procreacional efecto jurídico alguno para el caso.

4.32. En consecuencia, la afirmación de la demandante [...], en el sentido que la menor es su hija por ser fruto de su deseo de ejercer la maternidad, con ayuda de la ciencia moderna, plasmado en el Contrato Privado antes citado, no tiene respaldo legal alguno, puesto que se trata al embrión como un objeto, sin derecho ni protección alguna, lo cual afecta los principios elementales de la dignidad humana y de las costumbres de nuestra sociedad, dado que la persona es siempre un valor en sí y por sí misma y no puede ser tratada como objeto utilizable ni desechable, como instrumento o como medio, por esta (Corte Superior de Justicia de Lima, 2018).

La sala se expresa en torno a los dos casos que vimos anteriormente (la Casación n.º 4323-2010 Lima de la Corte Suprema y la sentencia de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el Expediente n.º 06374-2016-0-1801-JR-CI-05). Al respecto considera que ambos pronunciamientos son distintos en materia de resolución, puesto que en los casos anteriores el material genético masculino fue aportado por el padre de intención, es decir, el padre de intención era en realidad el padre desde el punto de vista genético, por lo que

ambas sentencias invocadas por los demandantes no solo coadyuvan a la conclusión antes arribada, sino refuerzan el hecho que la declaración de paternidad o maternidad de una menor tiene que ser dilucidada ante la jurisdicción ordinaria de familia y dentro de un proceso que cuente con etapa probatoria amplia, con la que no cuenta el presente proceso constitucional, de acuerdo a lo establecido por el artículo 9 del Código Procesal Constitucional, razón por la cual se deja a salvo del derecho de los demandantes para acudir a la vía judicial respectiva (Corte Superior de Justicia de Lima, 2018).

Finalmente, cabe precisar que, sobre la sentencia bajo comentario, la parte demandante presentó un recurso de agravio constitucional al Tribunal Constitucional, para que resuelva en instancia definitiva. A la fecha de la elaboración de este artículo, aún no ha sido resuelto.

## **5. NECESIDAD DE CONTAR CON LA NORMATIVIDAD ADECUADA E INICIATIVAS LEGISLATIVAS RELATIVAS A LA MATERNIDAD SUBROGADA**

Como se ha podido apreciar, la inexistencia de una legislación que establezca los lineamientos para el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, entre ellas la maternidad subrogada, genera incertidumbre entre las personas que recurren a estas.

La laxitud de la Ley General de Salud al tratar el tema de las técnicas de reproducción asistida es indiscutible, sin embargo, ello no justificaría la aprobación de algunas iniciativas legislativas que pretenden abordar el tema de la maternidad subrogada de manera aislada y por ende insuficiente, esto es, sin legislar integralmente sobre las técnicas de reproducción asistida, lo que nos pondría en situaciones de incertidumbre mayores. No puede obviarse que la maternidad subrogada involucra una serie de pasos y actores que pueden generar una gama diversa de problemáticas jurídicas.

Así, se olvida que el empleo de las técnicas de reproducción asistida involucra la actuación de varios profesionales de las ciencias médicas y conexas, que durante el desarrollo de los procedimientos serán quienes sabrán de primera mano los resultados de cada paso en el proceso: por ejemplo, el número de óvulos extraídos a una mujer, el destino que se les dará a estos, la cantidad y la calidad de los embriones fecundados, el origen de los óvulos o espermatozoides en el caso de donación de gametos, el estado de criopreservación de los embriones no transferidos al útero de la mujer, etc. Es una realidad que en la actualidad existen centros de reproducción asistida que imponen a los usuarios un contrato de adhesión en torno a sus servicios, que involucran cláusulas de cesión de embriones, o los eximen de toda responsabilidad en su actuación; no obstante, los pacientes no tienen más alternativa que suscribirlos o perder el sueño de convertirse en padres.

El proceso conlleva varias fases que no podemos perder de vista. Solo una de ellas es la fecundación *in vitro*, pero puede continuar con una biopsia del embrión y la preparación celular. Las células biopsiadas serán materia de un análisis denominado diagnóstico genético preimplantacional, que se utiliza para detectar embriones con anomalías cromosómicas antes de su transferencia (como sería el caso del síndrome de Down). Es común que un embrión con estas anomalías no sea transferido o también cabe la posibilidad de que, al contar con muchos embriones

sin anomalías, la pareja no llegue a utilizar algunos de estos, a los que se denomina embriones supernumerarios, cuyo destino es de relevancia jurídica. También es posible que un embrión sufra daños durante la biopsia para el mencionado análisis y deje de desarrollarse o no sea apto para la transferencia aún con un embriólogo experto de por medio (aunque este riesgo es muy bajo, existe). En este punto cabe destacar la necesidad de que la regulación sobre la materia prevea la protección de los derechos de todos los involucrados en cada paso, sin desconocer el estatuto jurídico del embrión ex útero.

Desde el año 2001, se han presentado en el Congreso de la República únicamente nueve iniciativas legislativas sobre la materia. Entre estas encontramos el Proyecto de Ley n.º 685/2001-CR, propuesto el 13 de septiembre de 2001 por el congresista Iván Calderón Castillo, del Grupo Parlamentario Unión Parlamentaria Descentralista, que planteaba la Ley que Regula las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Dicha iniciativa consideró nulos los acuerdos de maternidad subrogada en el siguiente sentido:

#### Capítulo VIII

##### De la maternidad subrogada

Son nulos los acuerdos por los que se convenga la maternidad subrogada. Para estos casos la filiación será determinada por el parto. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

También se encuentra en los archivos del Congreso de la República el Proyecto de Ley n.º 1722/2012-CR, presentado el 15 de noviembre de 2012 por el Grupo Parlamentario Nacionalista Gana Perú, a iniciativa del congresista Tomás Zamudio Briceño, que proponía la Ley que Regula la Reproducción Humana Asistida. Dicho proyecto de ley contemplaba una fórmula prohibitiva respecto de la maternidad subrogada de la siguiente manera:

### Artículo 10. Gestación por sustitución

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales (Congreso de la República, 2012, p. 8).

Posteriormente, el 11 de marzo de 2013, el Grupo Parlamentario Concertación Parlamentaria, a iniciativa del congresista Elías Rodríguez Zavaleta, presentó el Proyecto de Ley n.º 2003/2012-CR, que proponía modificar el artículo 7 de la Ley n.º 26842, Ley General de Salud, referida al uso de las técnicas de reproducción humana asistida.

Dicho proyecto de ley admitía la posibilidad de recurrir a la maternidad subrogada previa autorización judicial y como última alternativa de la mujer. Así, contemplaba:

Art. 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad. Los miembros de un matrimonio o concubinato que tengan problemas de infertilidad pueden procrear mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida. El uso de las técnicas de reproducción humana asistida heteróloga y en especial la maternidad subrogada, deben ser autorizadas por el Juzgado de Familia y/o Mixto del domicilio de los solicitantes, debiéndose adjuntar a su solicitud de autorización el informe médico del especialista que indique que la única forma de procrear es mediante el uso de las técnicas de reproducción humana asistida heteróloga y/o maternidad subrogada, debiendo fundamentar por qué no se opta por otras técnicas. El proceso de autorización de uso de técnicas de reproducción humana asistida se tramita como proceso no contencioso (Congreso de la República, 2013a, p. 1).

El 30 de octubre de 2013, el Grupo Parlamentario Solidaridad Nacional presentó el Proyecto de Ley n.º 2839/2013-CR, que

proponía modificar el artículo 7 de la Ley n.º 26842, Ley General de Salud, a fin de incorporar la modalidad de maternidad sustituta parcial altruista. La iniciativa suscrita por el congresista Vicente Zeballos Salinas planteaba el siguiente texto normativo:

La maternidad sustituta parcial y altruista, se realizará con el aporte del material genético femenino y con el gameto masculino para su concepción, mediante la fecundación in vitro de la concepción de su propio hijo, cuyo embrión será implantado en el vientre de la mujer que aceptará de manera altruista la gestación del nuevo ser (Congreso de la República, 2013b, p. 19).

Ese mismo año, el 5 de diciembre de 2013, nuevamente el Grupo Concertación Parlamentaria, a iniciativa del mismo congresista Rodríguez Zavaleta, presenta otra iniciativa legislativa, Proyecto de Ley n.º 3034/2013-CR, que contemplaba una fórmula mucho más amplia, proponiendo una Ley General de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TERAS), que regulaba los distintos procedimientos que tuvieran por finalidad fundamental paliar la infertilidad humana con carácter subsidiario, cuando otros métodos hubieran sido desechados por inadecuados, ineficientes o clínicamente inconvenientes.

En dicha iniciativa el tratamiento de la maternidad subrogada de igual forma consideraba la autorización judicial:

Art. 12.- El uso de las TERAS en sus formas heterólogas, en la maternidad subrogada, en la implantación de pre embriones en mujer viuda y en la inseminación artificial en la mujer viuda con material genético del marido [...] deben ser autorizadas por el Juzgado de Familia y/o Mixto del domicilio de los solicitantes, debiéndose adjuntar a su solicitud de autorización el informe médico del especialista que indique que la única forma de procrear es mediante el uso de las técnicas de reproducción humana asistida heteróloga y/o maternidad subrogada, debiendo fundamentar el por qué no se opta por otras técnicas [...]. El proceso de autorización de uso de técnicas de reproducción humana asistida se tramita como proceso no contencioso (Congreso de la República, 2013c, pp. 3-4).

Aunque no trata precisamente sobre la maternidad subrogada, se considera importante mencionar el Proyecto de Ley n.º 3744/2014-CR, del 26 de agosto de 2014, impulsado por el Grupo Parlamentario PPC-APP, suscrito por los congresistas Juan Carlos Eguren Neuenschwander, Luis Iberico Núñez, Javier Bedoya de Vivanco, Soledad Pérez Tello, Alberto Beingolea Delgado, Luis Galarreta Velarde y Richard Acuña Núñez. Dicho proyecto de ley proponía la conformación de una Comisión Especial de Estudio encargada de elaborar el Anteproyecto de la Ley de Reproducción Humana Asistida. La formación de esta comisión conllevaría al análisis de la problemática de la maternidad subrogada puesto que es uno de los asuntos más relevantes de la aplicación de técnicas de reproducción asistida.

No obstante, ninguna de las iniciativas legislativas mencionadas anteriormente fue dictaminada por las comisiones a las que fueron derivadas, ni incorporadas en las agendas legislativas para su debate, y se archivaron finalmente por concluir el período parlamentario en el que fueron presentadas.

Distinto es el caso de los Proyectos de Ley n.ºs 3313/2018-CR, 3404/2018-CR y 3542/2018-CR, todos presentados entre septiembre y octubre de 2018, que cuentan con un dictamen favorable de la Comisión de Salud, aprobado en su sesión del 26 de mayo de 2020, y que propone un texto sustitutorio de Ley que Garantiza el Acceso a Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que consta de 18 artículos, 2 disposiciones complementarias modificatorias y 5 disposiciones complementarias finales.

En relación con el contenido de las iniciativas, el Proyecto de Ley n.º 3313/2018-CR, presentado el 7 de septiembre de 2018 por el congresista Richard Acuña Núñez del Grupo Parlamentario Alianza Para el Progreso, propone la Ley que Garantiza el Acceso a Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que contempla reconocer la infertilidad como enfermedad, con el fin de otorgar posibilidades de solución para la procreación humana, y propone una serie de disposiciones que regulan las técnicas de reproducción asistida, entre ellas la maternidad subrogada. Sobre esta

última plantea que se dé sobre un «acuerdo de carácter gratuito y suscrito por las partes intervinientes» (Congreso de la República, 2018a, p. 4). A partir de ello, la filiación del nacido —señala— «corresponderá a quienes hayan solicitado y acordado la gestación por sustitución». «La filiación materna estará determinada por el aporte del material genético femenino o en su caso por la madre biológica del nacido» (Congreso de la República, 2018a, p. 4). Asimismo, propone la modificación del artículo 7 de la Ley General de Salud.

En el caso del Proyecto de Ley n.º 03404/2018-CR, del 18 de septiembre de 2018, presentado por un grupo de congresistas no agrupados a iniciativa de la parlamentaria Estelita Bustos Espinoza, vemos que su fin principal era modificar el artículo 7 e incorporar el artículo 7-A a la Ley n.º 26842, Ley General de Salud, para regular los requisitos esenciales para acceder a la maternidad subrogada, a la que denomina «maternidad solidaria», que sería de carácter altruista. La propuesta considera que la maternidad asistida y/o subrogada:

se realizará con el aporte genético (material genético femenino y/o con el gameto masculino para su concepción) al menos de uno de los padres que recurre a este procedimiento, a fin de que la mujer que voluntariamente gestará en su vientre al embrión, no sea considerada automáticamente como progenitora (Congreso de la República, 2018b, p. 2).

Y «en el caso de que ambos padres de intención sean infértiles podrán recurrir a donantes voluntarios para el aporte de material genético, conforme lo permiten las técnicas médicas de reproducción humana» (Congreso de la República, 2018b, p. 2).

Por su parte, el Proyecto de Ley n.º 03542/2018-CR, del 11 de octubre de 2018, del Grupo Parlamentario Célula Parlamentaria Aprista, a iniciativa de la congresista Luciana León Romero, propone la Ley que Regula el Uso y el Acceso a los Tratamientos de Reproducción Humana Asistida, que es más amplia y detallada que la fórmula legal contenida en los proyectos precedentes.



Respecto al tema de la maternidad subrogada, el proyecto propone que en ningún caso la gestante subrogada será donante de los óvulos fecundados para el procedimiento; asimismo, establece que dicha mujer podrá realizar el procedimiento una sola vez, siempre y cuando se lleve una gestación a término, para lo que existirá un Registro de Gestantes Subrogadas.

El embrión que será transferido estará formado como mínimo por un gameto de la pareja o en el caso de la mujer sola por su óvulo y excepcionalmente, cuando el diagnóstico médico así lo amerite, se podrá «solicitar la práctica de una gestación subrogada con transferencia de embriones formados con material genético de terceras personas, siempre y cuando la Comisión Especial de Reproducción Humana Asistida constituida por el Ministerio de Salud lo autorice» (Congreso de la República, 2018c, p. 26). La mujer que llevará a cabo el embarazo podrá revocar su decisión hasta antes de la transferencia embrionaria y la filiación del nacido corresponderá a quienes hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación con voluntad procreacional. Sobre este último punto la iniciativa legislativa es enfática al precisar que la filiación derivada de la reproducción humana asistida se determina por la voluntad procreacional «expresada de manera previa, formal y contenida en documento público de fecha cierta; constituyéndose medio probatorio válido a nivel administrativo y/o judicial» (Congreso de la República, 2018c, p. 33).

Otro asunto relevante en el proyecto es que, aun cuando propone la maternidad subrogada altruista, señala que es posible la entrega de «una compensación económica relativa a las molestias físicas, gastos de desplazamiento y/o laborales que puedan haberse derivado de esta. En ningún caso supone incentivo económico y/o lucrativo que desnaturalice la finalidad de la maternidad subrogada» (Congreso de la República, 2018c, p. 6).

Sin embargo, el dictamen que finalmente aprueba la Comisión de Salud sobre las tres últimas iniciativas mencionadas, acumulándolas en un Texto Sustitutorio, no recoge muchas de las disposiciones propuestas por los proyectos de ley en mención.

Sin hacer mayor referencia a las razones que llevan a dejar de lado la incorporación de algunos temas, diera la impresión de que no se ha querido ahondar en los detalles del procedimiento de reproducción asistida y se han dejado diversos vacíos.

El dictamen señala como objeto de la ley regular la utilización y el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida y se aplicará a todas las personas que se sometan a estos tratamientos. Entre otros, establece que la técnica de reproducción asistida solo debe ser realizada como un procedimiento excepcional cuando los padres de intención hubieran agotado todos los métodos o procedimientos para tener descendencia y solo deberá ser aplicada a la mujer cuando existan posibilidades razonables de éxito y esto no suponga riesgos graves para la salud.

En cuanto al tema que nos atañe, el texto sustitutorio propuesto en el dictamen prevé la gestación por sustitución y señala que esta deberá llevarse a cabo únicamente en aquellos casos en que la mujer no pueda gestar su embarazo por enfermedades genéticas, ausencia de útero o enfermedad que contraindique la gestación, entre otros. En dicho caso solo podrá llevar a cabo la técnica de maternidad subrogada con un familiar de segundo grado de consanguinidad y de manera altruista.

El texto legal señala además que el embrión deberá estar formado por los gametos de la pareja, y los padres de intención deben suscribir un acuerdo previo de consentimiento por vía notarial con la gestante voluntaria para ser declarados padres legales en el certificado de nacimiento cuando el niño nazca.

En relación con los gametos o embriones materia de cesión, el texto señala que las receptoras de estos solo tienen derecho a conocer información general de los donantes, salvo circunstancias extraordinarias que pongan en peligro la vida o la salud del niño (en dicho caso, se podrá revelar la identidad de los donantes por mandato judicial). Sin embargo, aunque este punto se encuentra ubicado en el artículo referido a útero subrogado, parece contradecirse con lo que manifestamos sobre la existencia

de una disposición que señala que el embrión debe estar formado por los gametos de la pareja.

Si bien el dictamen es un avance hacia una legislación integral sobre técnicas de reproducción asistida, tan necesaria en nuestro ordenamiento jurídico, aún contiene diversos vacíos, algunos de ellos elementales. Por ejemplo, no se refiere al número de transferencias de embriones a una mujer en cada ciclo reproductivo, disposiciones en torno a la suspensión de las técnicas de reproducción asistida, las condiciones referidas a los donantes (como un número máximo de hijos nacidos en el país con el material genético de un donante), los acuerdos que deban suscribirse entre los donantes y los centros autorizados que involucren información sobre los fines y las consecuencias de esta donación, el estado o la situación física de los donantes, la situación de los embriones que fueran abandonados, el estado civil de los interesados y las previsiones en relación con ello, el desistimiento de uno de los integrantes de la pareja en su intención de ser padre antes de la transferencia embrionaria, la premoriencia de los padres de intención, lo relativo al diagnóstico preimplantacional, entre otros.

Cabe resaltar que tampoco contiene alguna prohibición expresa sobre la utilización de embriones o gametos con fines de investigación. Y algo que resulta aún más trascendente es la ausencia de un régimen de infracciones en materia de aplicación de las técnicas de reproducción asistida que debiera prever una gradualidad de sanciones e inclusive la existencia de un tipo penal especial sobre la materia, lo que requeriría un mayor análisis.

Como se ve en la secuencia temporal de los proyectos de ley, a través de los años las iniciativas han pasado de proponer la prohibición absoluta de la maternidad subrogada, a concederla por autorización judicial, y finalmente la tendencia se ha inclinado hacia la opción de permitir la maternidad subrogada. Las iniciativas legislativas que la contemplan parecen guardar consenso en torno a que su incorporación en nuestra legislación sea únicamente con carácter altruista. Asimismo, la mayoría de iniciativas

legislativas consideran que esta debe ser una técnica de carácter excepcional, a la que deben recurrir las mujeres con imposibilidad de llevar a cabo una gestación, lo que debe comprobarse médicamente. Sin embargo, no existe la misma anuencia en torno a la procedencia de los gametos femeninos, ni sobre quiénes pueden recurrir a la maternidad subrogada, puesto que aunque la voluntad procreacional sea relevante para la determinación de la filiación y ser padre o madre sea la más importante aspiración de muchas personas, no puede perderse de vista que sobre el derecho de la persona a consolidar su proyecto de vida mediante la procreación, está el interés superior del niño y sus derechos para contar con un hogar adecuado en el cual desarrollar su vida.

## REFERENCIAS

Bullard, A. (2006). *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales* (2.<sup>a</sup> ed.). Palestra Editores.

Congreso de la República (2001, 13 de septiembre). Proyecto de Ley n.º 685/2001-CR. Ley que Regula las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. <http://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/clproley2001.nsf/pley/C0E57568E22D461F05256D25005D9FED?opendocument>

Congreso de la República (2012, 15 de noviembre). Proyecto de Ley n.º 1722/2012-CR. Ley que Regula la Reproducción Humana Asistida. [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01\\_2011.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/abd986bc87c6f8bd05257ab70071aeae/\\$FILE/PL01722151112.PDF](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/abd986bc87c6f8bd05257ab70071aeae/$FILE/PL01722151112.PDF)

Congreso de la República (2013a, 11 de marzo). Proyecto de Ley n.º 2003/2012-CR. Ley que modifica el artículo 7 de la Ley 26842, Ley General de Salud. [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01\\_2011.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/847082c44b030dbb05257b2b00812815/\\$FILE/PL02003110313.PDF](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/847082c44b030dbb05257b2b00812815/$FILE/PL02003110313.PDF)

- Congreso de la República (2013b, 30 de octubre). Proyecto de Ley n.º 2839/2013-CR. Ley que modifica el artículo 7 de la Ley 26842, Ley General de Salud. [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02\\_2011\\_2.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/b28cc8ea654fc2e705257c14007069f9/\\$FILE/PL02839301013.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/b28cc8ea654fc2e705257c14007069f9/$FILE/PL02839301013.pdf)
- Congreso de la República (2013c, 5 de diciembre). Proyecto de Ley n.º 3034/2013-CR. Ley General de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TERAS). [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02\\_2011\\_2.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/93ba8865e5264ef905257c38005ccc88/\\$FILE/PL03034051213.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/93ba8865e5264ef905257c38005ccc88/$FILE/PL03034051213.pdf)
- Congreso de la República (2014, 26 de agosto). Proyecto de Ley n.º 3744/2014-CR. Ley que Crea la Comisión Especial Encargada de Elaborar el Anteproyecto de la Ley de Reproducción Humana Asistida. [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02\\_2011\\_2.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/2aa1ac0ec802146905257d40007a39aa/\\$FILE/PL03744260814.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/2aa1ac0ec802146905257d40007a39aa/$FILE/PL03744260814.pdf)
- Congreso de la República (2018a, 7 de septiembre). Proyecto de Ley n.º 3313/2018-CR. Ley que Garantiza el Acceso a Técnicas de Reproducción Humana Asistida. [https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/Proyectos\\_de\\_Ley\\_y\\_de\\_Resoluciones\\_Legislativas/PL0331320180907..pdf](https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0331320180907..pdf)
- Congreso de la República (2018b, 18 de septiembre). Proyecto de Ley n.º 03404/2018-CR. Ley que Regula los Requisitos y Procedimientos de la Maternidad Solidaria Mediante el Uso de Técnicas de Reproducción Asistida como Derecho Humano a ser Madre. [https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/Proyectos\\_de\\_Ley\\_y\\_de\\_Resoluciones\\_Legislativas/PL0340420180918.pdf](https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0340420180918.pdf)

- Congreso de la República (2018c, 11 de octubre). Proyecto de Ley n.º 03542/2018-CR. Ley que Regula el Uso y el Acceso a los Tratamientos de Reproducción Asistida. [https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/Proyectos\\_de\\_Ley\\_y\\_de\\_Resoluciones\\_Legislativas/PL0354220181011..pdf](https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0354220181011..pdf)
- Corte Superior de Justicia de Lima (2017). Expediente n.º 06374-2016-0-1801-JR-CI-05. Resolución 05. Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional. Lima: 21 de febrero de 2017.
- Corte Superior de Justicia de Lima (2018). Expediente n.º 01286-2017-0-1801-JR-CI-11. Segunda Sala Constitucional. Lima: 14 de agosto de 2018.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2011a). Casación n.º 4323-2010 Lima. Sala Civil Permanente. Lima: 11 de agosto de 2011.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2011b). Casación n.º 563-2011 Lima. Sala Civil Permanente. Lima: 6 de diciembre de 2011.
- Espinoza, J. (2015). Sobre el binomio libertad-responsabilidad respecto de aquellos que se someten a las técnicas de reproducción médicamente asistidas: un tema de «derecho viviente» en el Perú. *Revista Persona y Familia*, (4), 93-112.
- Lamm, E. (2011, julio). La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal. *Revista de Derecho de Familia*, (50), 107-132.
- Organización Mundial de la Salud (OMS) (2010). Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida TRA.
- Trazegnies, F. de (2011). Trastornos bioéticos del derecho. En *Libro homenaje a Fernando Vidal Ramírez* (t. 1). Idemsa.
- Van Gelderjan, L. (1997, 28 de enero). Noel Keane, 58, Lawyer in Surrogate Mother Cases, Is Dead. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/1997/01/28/nyregion/noel-keane-58-lawyer-in-surrogate-mother-cases-is-dead.html>

- Varsi, E. (2013). *Derecho genético: principios generales* (5.<sup>a</sup> ed.). Grijley.
- Varsi, E. (2017). Determinación de la filiación en la procreación asistida. *Ius Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 11(39), 109-137.
- Weiss, J. (2007, marzo). Now it's Melissa's time. *New Jersey Monthly Magazine*. <http://claradoc.gpa.free.fr/doc/130.pdf>