

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
ESCUELA DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO



***“ASPECTOS JURÍDICOS INTERVINIENTES EN LA
CONTRATACIÓN DE LA MATERNIDAD DISOCIADA
(VIENTRE DE ALQUILER) Y LA NECESIDAD DE SU
REGULACIÓN LEGAL EN EL PERÚ, 2012”***

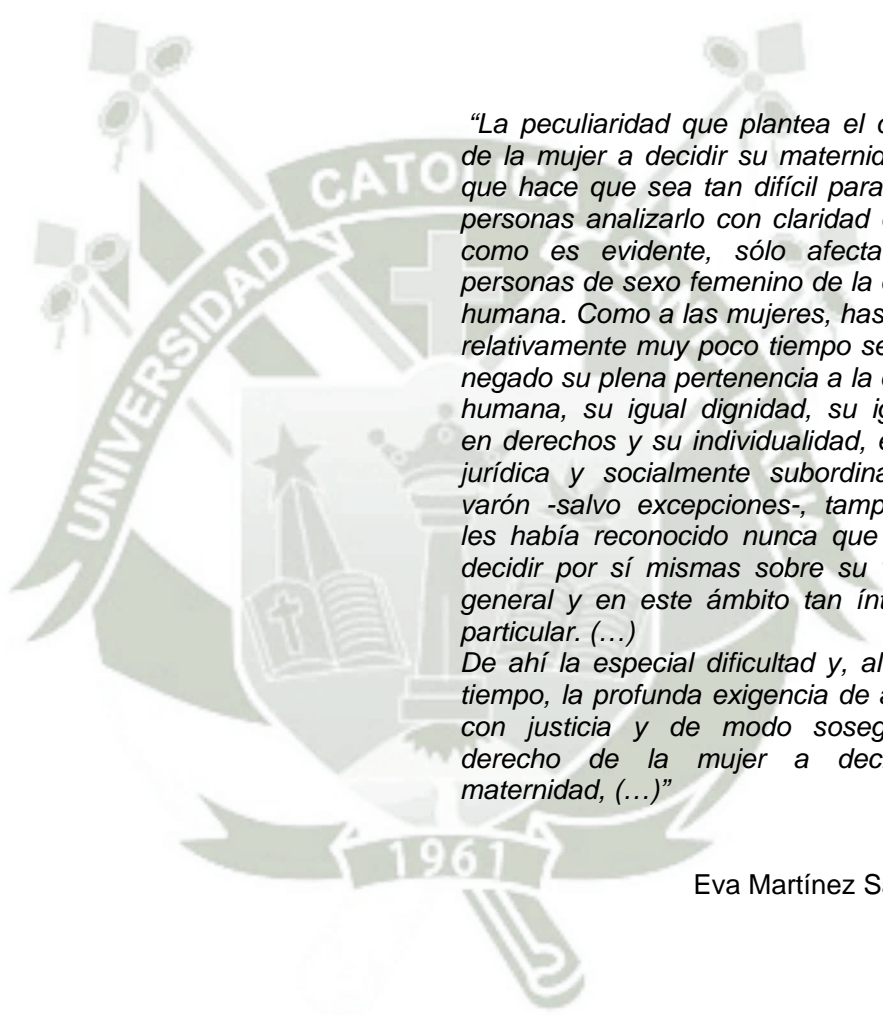
Tesis Presentada por la Magíster:

Yovana Isabel Zegarra Torres, para optar
el Grado Académico de:

Doctora en Derecho

AREQUIPA – PERÚ

2014



“La peculiaridad que plantea el derecho de la mujer a decidir su maternidad y lo que hace que sea tan difícil para ciertas personas analizarlo con claridad es que, como es evidente, sólo afecta a las personas de sexo femenino de la especie humana. Como a las mujeres, hasta hace relativamente muy poco tiempo se les ha negado su plena pertenencia a la especie humana, su igual dignidad, su igualdad en derechos y su individualidad, estando jurídica y socialmente subordinadas al varón -salvo excepciones-, tampoco se les había reconocido nunca que podían decidir por sí mismas sobre su vida en general y en este ámbito tan íntimo en particular. (...) De ahí la especial dificultad y, al mismo tiempo, la profunda exigencia de analizar con justicia y de modo sosegado el derecho de la mujer a decidir su maternidad, (...)”

Eva Martínez Sampere



A mi familia, a mis padres Víctor y Nieves por todas sus enseñanzas e invaluable ayuda; y a José Luis, mi esposo, por su constante apoyo y comprensión.

RESUMEN

Hasta hace unas pocas décadas, la maternidad para el Derecho no traía mayores dificultades en el sentido de que había una correspondencia entre la madre biológica, la madre gestante y la madre legal, todas ellas estaban subsumidas en una sola persona; sin embargo, con el advenimiento de los procedimientos científicos no naturales de fecundación humana, denominadas Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS), que se usan ante problemas de fertilidad de uno de los miembros de la pareja o de ambos, tenemos que esa maternidad ahora se puede disociar y ya no corresponder a una sola persona sino a dos o más, con lo cual tenemos que al mismo tiempo surgen diversos aspectos problemáticos que el Derecho debiera meditar para luego proponer una regulación que siendo positiva a la vez establezca procedimientos, requisitos y protocolos a seguir para evitar que la práctica de la maternidad disociada genere mayores inconvenientes tanto a las partes involucradas como al seno de la sociedad en general en donde se busca que toda práctica social mantenga el respeto a los más importantes derechos fundamentales.

Al efecto hemos dividido el trabajo en cuatro capítulos. En el primero nos dedicamos a analizar a la familia y la maternidad desde un punto de vista estrictamente jurídico, en cuanto a la familia buscamos comprender como se ha dado su evolución que ha permitido la aparición de nuevos grupos familiares también protegidos por la ley y, también, como hoy en día es posible que la maternidad, antes una unidad integral, puede disociarse en sus diversas facetas; por último, en cuanto a esta parte, describimos las principales técnicas de reproducción humana asistida, desde las cuales parte la práctica de la disociación de la maternidad.

En el segundo capítulo abordamos la problemática específica de la maternidad disociada determinando las posiciones que existen al respecto, tanto

las que abogan por su regulación positiva al permitir la práctica del vientre de alquiler, como también los que la rechazan e indican que su regulación debiera ser negativa y que dicha práctica sea abolida y sancionada, incluimos también el análisis que la doctrina y la jurisprudencia han efectuado sobre esta materia, sobre todo en los últimos años en donde este tema ha venido cobrando relevancia jurídica. Por último, debemos también verificar como es que la legislación y la jurisprudencia comparadas han tratado este tema y cuáles son las soluciones que se han planteado ante sus principales problemas.

En el tercer capítulo analizamos y proponemos diversos aspectos de forma y de fondo que deberían formar parte de un régimen de regulación legal positiva en el Perú, así como el respeto a determinados principios y derechos, por ejemplo: el derecho a la identidad genética, el principio de consentimiento informado previo e, incluso, apuntalamos algunos conceptos sobre el polémico “derecho al hijo”, en cuanto a los aspectos de fondo señalamos que debe existir: estado de necesidad, protección del derecho a la identidad y respeto del principio de consentimiento informado, mientras que en cuanto a los requisitos de forma debiera establecerse que: la forma del acuerdo de disociación sea por escrito, que se prohíba que la madre que da su vientre en alquiler también aporte óvulos para la fecundación, que la compensación económica sea por única vez, que la actividad como subrogante se de por una sola vez, y que la mujer subrogante debe tener por lo menos un hijo.

En el cuarto y último capítulo presentamos los resultados de nuestra investigación de campo, la cual hemos creído importante incorporar por constituir un magnifico complemento a la investigación documental, más aun si nuestras preguntas están dirigidas a especialistas en el Derecho de Familia que, en sus respuestas, nos ayudarán a configurar una opinión profesional y especializada sobre la maternidad disociada, por lo menos en los siguientes aspectos: frecuencia de la maternidad disociada, permitir o sancionar la maternidad disociada, existencia del derecho al hijo, estado de necesidad en la maternidad disociada, contraprestación económica en la maternidad disociada, usuarios de la maternidad disociada, filiación en la maternidad disociada y sobre la práctica personal de la maternidad disociada.

ABSTRACT

Until a few decades ago, motherhood brought to the Law no major difficulties in the sense that there was a correspondence between the biological mother, the pregnant mother and legal mother, all were subsumed into one person, but with the advent of scientific procedures unnatural human fertilization, Assisted Reproductive Technologies (TERAS) called, used to fertility problems of one of the partners or both, we have now that motherhood can be dissociated and no longer correspond to a single person but two or more, so we have at the same time various problem areas that the law should meditate and then propose a regulation to be positive at the same time establish procedures, requirements and protocols to follow to avoid that arise practice of a separate maternity generate significant inconvenience to both parties as to the bosom of society in general where it is intended that all social practice maintains respect for the most important fundamental rights.

In effect, we divided the work into four chapters. In the first analysis, we carry the family and motherhood from a strictly legal point of view, in terms of the family as we seek to understand its evolution that has enabled the emergence of new family groups also protected by law and, also, as today is possible that motherhood before an integral unit, can dissociate into its various facets, finally, as to this part, we describe the main techniques of assisted human reproduction, from which part of the practice of dissociation of motherhood.

In the second chapter we address the specific problem of determining the positions maternity dissociated exist about both the advocates of its positive regulation by allowing the practice of surrogacy, as well as those who reject it and indicate that regulation should be negative and that the practice be abolished and penalized, the analysis also included the doctrine and jurisprudence on the matter have been made, especially in recent years where this topic has been gaining legal significance. Finally, we must also check how is that comparative law and jurisprudence have addressed this issue and what are the solutions that have been raised against major problems are.

In the third chapter we analyze and propose various aspects of substantive and should be part of a system of positive legal regulation in Peru, as well as respect for certain principles and rights, for example: the right to genetic identity, principle of prior informed consent and even propped up some thoughts on the controversial " right to a child ", as to the substantive aspects of note that should exist: state of need, protection of the right to identity and the principle of informed consent while as to the formal requirements should be established that: the shape of the dissociation agreement is in writing, that forbid the mother giving her womb for rent also supply eggs for fertilization, that the allowance is one time, the activity of surrogate is only once, and that the surrogate woman should have at least one child.

In the fourth and final chapter we present the results of our field research, which we believe to be important to incorporate a magnificent complement the desk research, even more if our questions are addressed to specialists in family law, in their responses we will help you set up a professional and specialized review dissociated motherhood, at least in the following aspects: frequency of dissociated maternity allow or sanction dissociated maternity existence of the right child of necessity in the dissociated maternity economic consideration in the dissociated, dissociated users maternity, filiation in the maternity dissociated and personal practice of a separate maternity motherhood.

ÍNDICE GENERAL

ASPECTOS JURÍDICOS INTERVINIENTES EN LA CONTRATACIÓN DE LA MATERNIDAD DISOCIADA (VIENTRE DE ALQUILER) Y LA NECESIDAD DE SU REGULACIÓN LEGAL EN EL PERÚ, 2012

RESUMEN	4
ABSTRACT	6
ÍNDICE GENERAL	8
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I	
1. FAMILIA Y MATERNIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO: CONCEPCIÓN TRADICIONAL Y NUEVAS TENDENCIAS	15
1.1. Familia tradicional y nuevos tipos de familia desde el punto de vista jurídico	15
1.1.1. Familia matrimonial	18
1.1.2. Familia concubinaria	19
1.1.3. Familia ensamblada	22
1.1.4. Familia homosexual	23
1.2. Evolución de la maternidad y tipología de su disociación	24
1.2.1. El principio <i>mater semper certa est</i>	25
1.2.2. Tipología de una maternidad disociada	26
1.2.2.1.- Madre infértil	26
1.2.2.2.- Madre genética	27
1.2.2.3.- Madre gestante	27
1.2.2.4.- Madre legal	27
1.3. Principales técnicas de reproducción humana asistida	28
1.3.1.- Inseminación artificial	28
1.3.1.1.- Inseminación artificial homóloga	28

1.3.1.2.- Inseminación artificial heteróloga	29
1.3.2.- Fecundación in vitro	29
1.3.2.1.- Fecundación in vitro homóloga	30
1.3.2.2.- Fecundación in vitro heteróloga	30
1.4.- Naturaleza jurídica de la maternidad disociada	30
1.4.1.- Concepto de maternidad disociada	31
1.4.2.- Tipología de la maternidad disociada	33
CAPÍTULO II	
2. SITUACIÓN LEGAL DE LA DISOCIACIÓN DE LA MATERNIDAD EN EL PERÚ Y EN EL DERECHO COMPARADO	
2.1.- Regulación legal de la maternidad disociada en el Perú	36
2.2.- Jurisprudencia nacional sobre la maternidad disociada	38
2.3.- Posiciones doctrinales a favor (o no) de la regulación positiva de la maternidad disociada	45
2.3.1.- Regulación negativa de la maternidad disociada	46
2.3.2.- Regulación positiva de la maternidad disociada	47
2.4.- La maternidad disociada en el derecho comparado	49
2.4.1.- Argentina	49
2.4.2.- Colombia	50
2.4.3.- España	52
2.4.4.- México	56
2.4.5.- Chile	59
2.4.6.- Estados Unidos	60
2.4.7.- Uruguay	61

2.5.- La maternidad disociada en la jurisprudencia comparada	62
--	----

CAPÍTULO III

3. ASPECTOS JURÍDICOS NECESARIOS EN LA REGULACIÓN LEGAL DE LA MATERNIDAD DISOCIADA EN EL PERÚ

3.1.- Respeto al derecho a la identidad genética en la práctica de la maternidad disociada	66
3.1.1.- Identidad e identidad genética desde la perspectiva de la identidad personal	67
3.1.2.- Vulneración del derecho a la identidad genética	69
3.1.3.- Ponderación entre identidad genética versus intimidad genética	72
3.2.- Principio de consentimiento informado (autonomía de la voluntad)	75
3.3.- El derecho a ser madre o el derecho al hijo	77
3.3.1.- El derecho a ser madre	77
3.3.2.- El derecho al hijo	79
3.4.- Aspectos de forma y de fondo aplicables en un régimen de regulación legal positiva de la maternidad disociada	82
3.4.1.- Requisitos de fondo	83
3.4.1.1.- Estado de necesidad	83
3.4.1.2.- Protección del derecho a la identidad	83
3.4.1.3.- Respeto del principio de consentimiento informado	84
3.4.2.- Requisitos de forma	85
3.4.2.1.- Forma escrita	85
3.4.2.2.- Prohibición de que la madre que da su vientre en alquiler también aporte óvulos para la fecundación	86
3.4.2.3.- Compensación económica por única vez	86

3.4.2.4.- Actividad como subrogante por una sola vez	86
3.4.2.5. La mujer subrogante debe tener por lo menos un hijo	87

CAPÍTULO IV

4. LA REGULACIÓN LEGAL DE LA MATERNIDAD DISOCIADA EN EL PERÚ COMO UNA SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS DE SU CONTRATACIÓN

	88
4.1. Frecuencia de la maternidad disociada	90
4.2. Permitir o sancionar la maternidad disociada	93
4.3. Existencia del derecho al hijo	96
4.4. Estado de necesidad en la maternidad disociada	98
4.5. Contraprestación económica en la maternidad disociada	101
4.6. Usuarios de la maternidad disociada	103
4.7. Filiación en la maternidad disociada	106
4.8. Práctica personal de la maternidad disociada	108

CONCLUSIONES	113
---------------------	-----

SUGERENCIAS	115
--------------------	-----

PROPUESTA	116
------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA	119
---------------------	-----

ANEXOS

ANEXO 1.- Proyecto de Tesis	125
ANEXO 2.- Resultados generales de la Investigación de campo	151
ANEXO 3.- Ley 14/2006, Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida de España	155
ANEXO 4.- Ley de maternidad subrogada para el Distrito Federal	192

ANEXO 5.- Casación Nro. 563-2011-Lima, de fecha 06 de diciembre del 2011
emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la
República

209



INTRODUCCIÓN

Señor Presidente y señores miembros del Jurado:

Una de las principales aspiraciones del Derecho es la de regular el orden social existente y las relaciones entre las personas, la intención no es la de entrometerse en la amplia esfera de la libertad individual de las personas y de los grupos humanos, sino más bien la de impedir que esas acciones desborden dicho orden y atenten contra los derechos fundamentales de los demás.

Son pocas las actividades humanas en donde el Derecho no ha aportado algún tipo de mandato, una de estas vertientes la constituyen las nuevas tecnologías que permanentemente exigen considerable atención al sistema jurídico, a efecto de lograr una regulación adecuada, dentro de estas nuevas tecnologías hay dos grandes ramas, cuya asimilación jurídica se vuelve incesante con el paso de los años: La de las tecnologías informáticas cuya consolidación en nuestra vida social es evidente y ha permitido la aparición del denominado Derecho Informático, y la biotecnología cuyas aplicaciones han sido tan exitosas que han permitido su desarrollo y, al mismo tiempo, el surgimiento de la rama llamada Derecho Genético.

Justamente, dentro de esta última nueva disciplina se encuentra la práctica que comúnmente se ha rotulado como “vientre de alquiler” y que consiste en la realización de una intervención médica especializada a efecto de lograr dissociar las funciones de la fecundación y la gestación de modo tal que, la madre aportante del óvulo fecundado sea diferente de la mujer que lo gaste durante nueve meses aproximadamente. Esta situación, no muy general pero tampoco infrecuente en el Perú¹, se presenta muchas veces por problemas de salud de la madre en su imposibilidad de llevar a cabo una gestación natural por riesgo grave (incluso de muerte) o a veces por cuestiones menores relacionadas con la vanidad o los prejuicios de la mujer contratante del vientre de alquiler.

¹ El especialista en Derecho Genético, Dr. Enrique Varsi Rospigliosi, señala con propiedad que la maternidad disociada es más frecuente en el Perú de lo que se piensa, y que por ello merecería ser regulado: *“Se calcula que cada mes se realizan, aproximadamente, entre 30 y 40 maternidades subrogadas, aunque, en lo particular, me parece que deben de ser muchas más. Creo que el Congreso debe emitir una norma especial para regular las técnicas de reproducción humana asistida. Esto se puede conseguir a través de la modificación del Código Civil.”*. En: *“Congreso debería legislar Vientres de Alquiler”*. Diario Perú 21, edición del 27 de del 2012. p. 3

En cualquier caso resulta claro que el Derecho no ha planteado aún una regulación satisfactoria acerca de esta práctica, lo cual, en nuestra opinión, como mujer y profesional del Derecho, implica un peligro no solo por la omisión que por sí misma es absurda frente a la exigente realidad social sino porque la evidente practica informal de la maternidad disociada crea problemas relativos a: la salud física y emocional de las mujeres contratantes, el consentimiento formal del varón, la identidad del niño por nacer, y otros que son derivados de los deficientes mecanismos de contratación. Por supuesto que no se trata de abrir todas las puertas a las diversas modalidades de maternidad disociada para que esta práctica se vuelva eminentemente comercial y lucrativa y distorsione los fines de la familia y los derechos derivados de la maternidad y la filiación, sin embargo tampoco se trata de negar una realidad existente sobre todo cuando su regulación tiene que ver con todos los derechos y peligros que hemos mencionado, cuestiones que si bien implican una reflexión multidisciplinaria entre la práctica médica, la bioética, la opinión de la madre respecto del derecho a tener un hijo, etc., es claro que el Derecho debiera aportar su voz reguladora en la procura de minimizar esos peligros y riesgos, y en la de maximizar la defensa de esos derechos, intención que buscamos con ilusión e intensidad en el largo camino que hemos seguido para realizar la presente investigación que nos ha brindado desafíos, pero también satisfacciones, sin duda que es un tema interesante y de profundo impacto social que, por ello, merecía toda nuestra atención y esperamos cubrir las expectativas al respecto, siempre en la intención que el Derecho se acerque a la realidad.

Arequipa, Octubre del 2014.

La Autora

CAPÍTULO I

1. FAMILIA Y MATERNIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO: CONCEPCIÓN TRADICIONAL Y NUEVAS TENDENCIAS

En este capítulo, consideramos importante la evolución de la familia por estar íntimamente relacionada con la maternidad, aspectos que también nos serán de gran utilidad para establecer la naturaleza jurídica de la maternidad disociada como una técnica de reproducción humana asistida, su evolución y tipología de su disociación para su posterior regulación positiva.

1.1. FAMILIA TRADICIONAL Y NUEVOS TIPOS DE FAMILIA DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO

En la primera parte de nuestra investigación debemos considerar el tratamiento jurídico de la familia y la particular tipología que ha ido adoptando en los tiempos modernos no solo porque en efecto la maternidad está íntimamente asociada con el desarrollo de la familia sino, principalmente, porque cuando evaluemos los requisitos de la maternidad disociada dentro del ámbito de su regulación positiva deberemos estar en condiciones de establecer si dicha

práctica será permitida únicamente a la familia tradicional (matrimonial) o también será posible que dicho procedimiento lo realicen los miembros de los demás tipos de familias que están reconocidas constitucionalmente (por ejemplo, la unión de hecho y las familias ensambladas) o incluso aquellas que no estando aún reconocidas jurídicamente se conoce de su existencia social (por ejemplo, la familia homosexual).

En este contexto debemos señalar que entendemos a la familia como el grupo de personas con vínculo consanguíneo y afín que se unen para establecer vínculos afectivos y de seguridad; Carlos López Díaz define a la familia como: *“la unión socialmente aprobada por los vínculos de filiación, alianza y consanguinidad, de un hombre, una mujer y sus hijos”*², este concepto es breve y por ello valoramos su enfoque basado en los vínculos mencionados, sin embargo es excesivo mencionar, en nuestra época donde los prejuicios están disminuyendo considerablemente, que la familia sea (o deba ser) aquel grupo humano que cuente con “aprobación social”, cuestión que es harto discutible porque ni siquiera la ley llega a alcanzar tan alto nivel de coerción, por citar un ejemplo la familia homosexual no está regulada jurídicamente pero no cabe duda que estas siguen existiendo y se siguen formando; otro concepto de familia tiene también por virtud la de su sencillez y fue esbozada por Juan Jacobo Rousseau, como nos lo recuerda Alicia Pérez Duarte, en los siguientes términos:

*“Rousseau afirmó que la familia es la más antigua de las sociedades y la única que surge espontáneamente por razones naturales. Aunque la continuidad en la misma se da por una voluntad de sus miembros de seguir unidos.”*³.

Nos parece relevante que el concepto de familia de Rousseau aluda a la *voluntad* de los miembros que la conforman (la cual es equivalente al moderno concepto de *consentimiento*), sin embargo hoy en día podríamos confundir la alusión a lo “natural” sea porque suena a una postura naturalista o jusnaturalista,

² LÓPEZ DÍAZ, Carlos, *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*, Tomo I, Editorial Librotecnia, Santiago, 2005. p. 17.

³ PEREZ DUARTE, Alicia Elena, *Derecho de Familia*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1990. p. 7.

o porque entraría en colisión con aquellas situaciones en las que la procreación ya no se da por medios naturales sino a través de técnicas artificiales. Quizás un concepto más extenso pueda ayudarnos a lograr una comprensión más amplia de la familia que sea válido para los tiempos modernos, veamos cómo se refiere al concepto de familia Miguel Carbonell, que al citar a Anthony Giddens, a la vez nos recuerda una tipología que puede resultar el inicio de la clasificación que nosotros también intentaremos, sobre la familia Carbonell dice:

“La familia es un concepto que, antes de ser jurídico, es sobre todo sociológico. Desde esa perspectiva, Anthony Giddens explica que una familia “es un grupo de personas directamente ligadas por nexos de parentesco, cuyos miembros adultos asumen la responsabilidad del cuidado de los hijos”; de acuerdo con el mismo autor, se puede hablar de “familia nuclear”, que “consiste en dos adultos que viven juntos en un hogar con hijos propios o adoptados” y de “familia extensa”, en la cual, “además de la pareja casada y sus hijos, conviven otros parientes, bien en el mismo hogar, bien en contacto íntimo y continuo”⁴.

Se ha denominado, en efecto, *familia nuclear* tradicionalmente a la familia en donde sus miembros principales, varón y mujer, se unen conjuntamente con sus hijos en una relación de afecto y parentesco, y en la que todos tiene determinados derechos y obligaciones entre sí que al Derecho le interesa dictar para asegurar su protección; por lo tanto, desde nuestra perspectiva consideramos que este es un concepto más cercano y menos cerrado que los demás, sin embargo debe admitir que Carbonell tiene razón al plantear que todo concepto de familia se corresponderá con la sociedad de su tiempo y, por ende, todos los intentos de definirla de una manera unánime serán absurdos en tanto la familia es una institución en evolución. Por otro lado Miguel Carbonell es aún más lúcido cuando, al recordar uno de los primeros textos constitucionales que se refieren directamente a la familia (nos referimos a la Constitución mexicana de 1917) nos dice que el estudio jurídico de la familia entra dentro del ámbito del

⁴ CARBONELL, Miguel, *Familia, Constitución y Derechos Fundamentales*. En: ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María (Coordinadora), *Panorama Internacional de Derecho de Familia, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Tomo I, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2006. p. 82.

derecho constitucional y no precisamente dentro del derecho civil⁵, camino que seguiremos a continuación y que a la vez nos servirá para mencionar la tipología de la familia moderna que jurídicamente el Perú ha adoptado.

1.1.1. FAMILIA MATRIMONIAL

La familia tradicional conformada por padre, madre e hijos (llamada también, como queda dicho, *familia nuclear*) es la familia que históricamente y hasta la actualidad ha estado indisolublemente ligada al matrimonio; por supuesto que al estudiar constitucionalmente no podremos hallar referencias a la familia ya que desde la primera de nuestras Constituciones (1823), y por casi más de un siglo, nuestras Cartas no contemplaron a la familia ni como núcleo fundamental de la sociedad ni como sujeto de protección estatal.

Solo es hasta la Constitución peruana de 1933 (cuya base jurídica es, por supuesto, la Constitución mexicana de 1917) en la que se le asigna a la familia la protección del Estado, esto en su artículo 51 que indica que: “*El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley.*”, texto en la que se hace evidente la ligazón entre estos tres institutos como si fueran uno solo, y es que se entenderá que tanto el concubinato o “unión de hecho” así como los hijos extramatrimoniales (llamados *ilegítimos*) no estaban protegidos y, más bien, eran objeto de repudio. Luego la Constitución de 1979 mantiene la protección estatal que debe recibir la familia y añade un aspecto fundamental que es la de su ubicación como núcleo básico de la sociedad, al indicar en su artículo 5 que: “*El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación.*”, y asignándole también un conjunto de derechos fundamentales conexos a ella, tales como: el derecho a la intimidad familiar, el derecho a la salud, el derecho a una vivienda digna, entre otros; si bien se mantenía la correlación entre familia y matrimonio, en la

⁵ “El primer párrafo del artículo 4 de la Constitución mexicana de 1917 establece que: “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”. A partir de este precepto podemos afirmar que el estudio jurídico de la familia entra en la órbita del derecho constitucional y, concretamente, en el campo de estudio de los derechos fundamentales.

El tema de la familia ha sido tradicionalmente estudiado por los especialistas en derecho civil, los cuales -como es comprensible- han aplicado en su análisis las categorías propias del derecho privado. Al haberse constitucionalizado su protección, el tema cambia radicalmente de perspectiva y requiere de un enfoque realizado desde el derecho público; esto supone que algunos de los conceptos con los que tradicionalmente se ha estudiado a la familia en el derecho civil no sean aplicables en este nuevo contexto.”. *Ibidem*, p. 81.

Constitución de 1979 hizo su aparición la “unión de hecho” como una nueva forma de familia, cuestión que veremos seguidamente. Antes debemos decir que nuestra Constitución vigente, en su artículo 4, mantiene la simbiosis entre familia y matrimonio y de hecho señalan que ambas son las instituciones básicas de la sociedad:

“Artículo 4.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”.

Del mismo modo, otros artículos de la Carta de 1993 enmarcan a la familia en una variedad de derechos fundamentales que conforman su ámbito concreto de protección, siempre dejando establecido que el matrimonio es objeto de una promoción especial, es decir se promueve el hecho de que la familia matrimonial sea el modelo a seguir por las parejas que se vinculan afectiva y materialmente, aun cuando ello no corresponda a la realidad ni a un patrón único.

1.1.2. FAMILIA CONCUBINARIA

El concubinato o “unión de hecho” tiene reminiscencias históricas tan antiguas como el matrimonio, sin embargo desde la aparición de las Constituciones como las normas supremas del ordenamiento jurídico, y por un aspecto sociológico y cultural, fue por mucho tiempo relevada e incluso estigmatizada, la sola referencia a una relación extramatrimonial o también a los hijos extramatrimoniales era motivo de escarnio. Sin embargo, justamente con la evolución de la sociedad y la cultura, y la consolidación de los derechos fundamentales (sobre todo el principio/derecho de igualdad) vemos como la práctica del concubinato va alcanzando connotaciones jurídicas hasta lograr su aceptación y reconocimiento por primera vez en la Constitución de 1979, la misma que en su artículo 9 señalaba lo siguiente:

“Artículo 9. La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable.”

Con esto se admitía que la familia matrimonial no era el único tipo de familia existente en la sociedad ni la única que debía de obtener reconocimiento y protección jurídica, sino que también la “unión de hecho” era un tipo de familia que igualmente merecía protección y reconocimiento de nivel constitucional, a lo cual debemos añadir que si bien la Constitución de 1993 equiparaba desde su promulgación a ambos tipos de familias en el sentido patrimonial en la práctica dicha igualdad no alcanzaba a otros ámbitos. Dicha situación con el paso del tiempo se ha ido superando con la dación de normas que buscaban su mayor formalización e igualdad, por ejemplo la Ley 29560, Ley que amplía la Ley N° 26662, Ley de competencia notarial en asuntos no contenciosos, añade una nueva función a los notarios sobre este asunto, y consiste en poder hacer una declaración formal y legal de la existencia de la unión de hecho siempre que se cumpla con las condiciones fijadas por el artículo 326 del Código Civil⁶. Más recientemente, otra norma ha venido a reconocer derechos sucesorios dentro del concubinato, se trata de la Ley 30007, Ley que modifica los artículos 326, 724, 816 y 2030 del Código Civil, el inciso 4 del artículo 425 y el artículo 831 del

⁶ Ley 29560, Ley que amplía la Ley N° 26662, Ley de competencia notarial en asuntos no Contenciosos:

“Artículo 1.- Modificación del artículo 1 de la Ley núm. 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos

Modifícase el artículo 1 de la Ley núm. 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, el cual queda redactado de la siguiente forma:

“Artículo 1.- Asuntos No Contenciosos.- Los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante el notario para tramitar según corresponda los siguientes asuntos:

(...)

8. Reconocimiento de unión de hecho.

(...)

Artículo 2.- Incorporación de los títulos VIII y IX a la Ley núm. 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos:

Incorpóranse el título VIII, Declaración de unión de hecho, y el título IX, Convocatoria a junta obligatoria anual y a junta general de accionistas, a la Ley núm. 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, los cuales quedan redactados de la siguiente forma:

“TÍTULO VIII

DECLARACIÓN DE UNIÓN DE HECHO

Artículo 45.- Procedencia.- Procede el reconocimiento de la unión de hecho existente

entre el varón y la mujer que voluntariamente cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 326 del Código Civil.”

Código Procesal Civil y los artículos 35, 38 y el inciso 4 del artículo 39 de la Ley 26662, a fin de reconocer derechos sucesorios entre los miembros de Uniones de Hecho, la cual como indica su nombre modifica varios artículos de nuestra legislación civil para reconocer, conforme lo señala en su artículo 1, “*derechos sucesorios entre un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que conforman una unión de hecho*”⁷, empero este reconocimiento podrá darse siempre que se presenten los requisitos del referido artículo 326 del Código Civil, es decir: que la pareja concubinaria este compuesta por hombre y mujer (no hay convivencia homosexual reconocida por ley), que ninguno de los dos concubinos tenga impedimento matrimonial, es decir que no esté casado con otra persona, que el hogar de hecho exista, que formen un hogar de hecho, es decir con deberes similares al matrimonio y que el tiempo de convivencia supere los dos años. Se trata, en efecto, de una norma que, como decimos, busca la igualdad entre la familia matrimonial y la concubinaria, adjudicándole derechos que aún no tenía el concubinato y que ya habían reconocido otras legislaciones, como Bolivia⁸ por ejemplo. Retomando la fórmula constitucional que ha usado la Constitución vigente para regular el concubinato diremos que su texto es similar al de su predecesora ya que su artículo 5 señala sin mayores modificaciones lo siguiente:

“Artículo 5.- La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.”

Tenemos entonces que la familia concubinaria está reconocida por nuestro ordenamiento jurídico y que, con el tiempo, va teniendo menos

⁷ Ley 30007, Ley que modifica los artículos 326, 724, 816 y 2030 del Código Civil, el inciso 4 del artículo 425 y el artículo 831 del Código Procesal Civil y los artículos 35, 38 y el inciso 4 del artículo 39 de la Ley 26662, a fin de reconocer derechos sucesorios entre los miembros de Uniones de Hecho:

Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto reconocer derechos sucesorios entre un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que conforman una unión de hecho.

Artículo 2. Procedencia para el reconocimiento de derechos sucesorios

Para que la unión de hecho dé lugar a derechos sucesorios es requisito que reúna las condiciones señaladas en el artículo 326 del Código Civil y se encuentre vigente al momento del fallecimiento de cualquiera de sus miembros.”

⁸ Código Civil de Bolivia:

“Artículo 1108. Las uniones conyugales libres o de hecho reconocidas por la Constitución Política del Estado y el Código de Familia, producen, respecto a los convivientes, efectos sucesorios similares a los del matrimonio”.

limitaciones respecto de la familia tradicional, puesto que las leyes supraconstitucionales en la medida de lo posible están tratando de disminuir dicha brecha y de asignarle, en la práctica, derechos similares a los de la familia matrimonial⁹.

1.1.3. FAMILIA ENSAMBLADA

El término de familia ensamblada ya no resulta tan extraño para el lenguaje jurídico de la actualidad, más aún cuando ya han pasado varios años desde la correcta asimilación a nuestro ordenamiento jurídico de las denominadas “familias ensambladas”, cuestión que fue lograda mediante una sentencia del supremo intérprete de la Constitución, es decir el Tribunal Constitucional, el mismo que en la sentencia en el Expediente N° 9332-2006-PATC (Caso Shols Pérez) define a la familia ensamblada como: *“la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa”*. Varios aspectos relevantes son, en nuestra opinión, puestos de manifiesto con la sentencia del Tribunal: en primer lugar el reconocimiento de la familia ensamblada como un nuevo tipo de familia, en segundo lugar el señalamiento de que dicho reconocimiento se hace merced a los *nuevos contextos sociales*; en tercer lugar, que la familia ensamblada merece protección jurídica estatal; en cuarto lugar, que así como no cabe hacer distinciones entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales debe regir el mismo principio/derecho de igualdad hacia los hijos “ensamblados”; en quinto lugar, el reconocimiento se logra con tan solo un caso judicializado al respecto (caso emblemático); en sexto lugar, y quizás lo más importante para nuestros fines, reconoce la sentencia del Tribunal que este nuevo tipo de familia, la familia ensamblada, puede adoptar la forma matrimonial o la forma concubinaria, con lo cual tampoco permite hacer exclusiones respecto de estos otros tipos de familia.

⁹

Código Civil de 1984.-

“Artículo 326.- Efectos de uniones de hecho. La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos”.

1.1.4. FAMILIA HOMOSEXUAL

La familia homosexual (sea conformada por una pareja masculina o una pareja femenina) está siendo objeto de discusión en distintas partes del mundo, en nuestro país por ejemplo, impera aún el prejuicio y los leves intentos de llevar a cabo su regulación han caído inmediatamente en su archivamiento debido a la ignorante presión mediática; sin embargo, más allá de nuestras posiciones personales, no debe desestimarse su estudio puesto que: en cuanto al futuro su regulación puede ser inminente y formar parte de las nuevas tendencias del Derecho de Familia próximas a establecerse, y en cuanto al presente siempre que no se regule con suficiente exactitud algunos aspectos del nuevo Derecho de Familia (por ejemplo los referidos a una probable regulación positiva de la maternidad disociada) podría abrirse una puerta jurídica para que estas familias puedan hacer uso de estas nuevas posibilidades legales. Por otra parte, la tendencia es tan fuerte que en el escenario latinoamericano, que se creía conservador y cerrado, ya se ha legalizado el matrimonio homosexual, nos referimos al caso de Argentina en donde una norma, la Ley 26.618 dictada en julio del 2010 y denominada Ley del Matrimonio Igualitario, modificó el artículo 172 del Código Civil argentino referido al matrimonio (antes “entre hombre y mujer”) incluyendo ahora el siguiente texto:

“Artículo 172: Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo.

El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.” (El subrayado es nuestro).

Es evidente entonces que la familia homosexual, por lo menos en el caso argentino, alcanza un status jurídico sin precedentes que lo ubica al nivel de la familia matrimonial y que, consecuentemente, en la medida que la regulación se

siga dando permitirá a este nuevo tipo de familia acceder a situaciones de hecho y de derecho que antes estaban vetados, por ejemplo: la adopción, la sucesión, o incluso las técnicas de reproducción asistida incluida la disociación de la maternidad.

1.2. EVOLUCIÓN DE LA MATERNIDAD Y TIPOLOGÍA DE SU DISOCIACIÓN

Existe un fenómeno que definitivamente es mucho más antiguo al de la celebración del matrimonio y es: la maternidad, el cual como hecho biológico ha estado presente desde la aparición de la humanidad. Desde el punto de vista jurídico la maternidad está determinada por la filiación: no hay madre sin hijo, en este sentido se ha expresado Francisco López Herrera al señalar que:

“La maternidad es la filiación en cuanto esta se refiere a la relación de parentesco entre el hijo y su madre.

La prueba de la maternidad, tanto en la filiación matrimonial como en la extramatrimonial, suele ser bastante fácil, puesto que resulta del hecho del nacimiento del hijo, como consecuencia del parto...”¹⁰.

Este definición, que tiene por virtud situar a la maternidad en una relación inmediata con la filiación, tiene el defecto de ser reduccionista por lo menos en dos sentidos: El primero de que hoy en día la determinación de la maternidad no está tan clara como hace algunas décadas ya que la disociación de la maternidad es un hecho social bastante claro, no solo por el influjo de las Técnicas de Reproducción Asistida, sino también por la consolidación y mayor acceso de los procedimientos de adopción, con lo cual el parto ya no es el único elemento constitutivo de la maternidad; y segundo porque la maternidad debiera ser abordada desde una perspectiva más amplia que la estrictamente jurídica ya que como señala Silvia Tubert, citada por Ana Marrades Puig: *“la maternidad es un conjunto de fenómenos de una gran complejidad que no podría ser abarcado por una única disciplina: La reproducción de los cuerpos es un hecho biológico que se localiza, efectivamente, en el cuerpo de la mujer pero, en tanto que se*

¹⁰ LOPEZ HERRERA, Francisco, *Derecho de Familia*, Tomo II, segunda edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005. p. 312.

trata de la generación de un nuevo ser humano, no es puramente biológico sino que integra otras dimensiones.”¹¹; esto también lleva a decir a Ana Marrades que en este enfoque multidisciplinario el mejor conocimiento de los hechos permitirá llegar al derecho¹², y que no solo se estudiará de mejor manera la *maternidad* como derecho, sino que ello llevará inevitablemente a la discusión sobre la *reproducción* como derecho. Ahora bien, si hemos dicho que la disociación de la maternidad permite crear dudas sobre la antes absoluta determinación de la maternidad, en realidad estamos diciendo que el principio *mater semper certa est* debería estar perdiendo su poder jurídico, por lo tanto antes de pasar a la tipología de la maternidad en los nuevos tiempos hagamos una aproximación a este principio.

1.2.1. EL PRINCIPIO *MATER SEMPER CERTA EST*

La aplicación del principio “*mater semper certa est*” nos llevaba a la aplicación de la presunción de la maternidad por razón del parto, es decir que si una mujer se encontraba gestando pues ella es indudablemente la madre del hijo por nacer o del hijo nacido, de hecho la significación de esta expresión indica que “la madre siempre es cierta”, es decir que el Derecho tiene la certidumbre jurídica de la determinación de la maternidad de una persona. En este sentido, cuando quedaba acreditada la maternidad lo que en realidad el Derecho estaba diciendo era que determinada mujer era la que había aportado el óvulo mediante una relación sexual directa y natural (madre genética), que ella misma había llevado el embrión en su vientre permitiendo su desarrollo por nueve meses (madre gestante), y que luego del nacimiento ella misma era reconocida como la madre del nacido sin lugar a dudas (madre legal). Sin embargo, como ya venimos explicando, el surgimiento de las nuevas tecnologías reproductivas que buscan superar los problemas de infertilidad de parejas y personas, ha hecho de que la plenitud de estas características de la maternidad se disocien en dos o más personas con lo cual es posible que la madre genética ya no coincida con la madre gestante, y en este sentido la presunción *mater*

¹¹ MARRADES PUIG, Ana, *Luces y Sombras del Derecho a la Maternidad: Análisis Jurídico de su Reconocimiento*, Universidad de Valencia, Zaragoza-España, 2002. p. 23.

¹² “Así será necesario dar un tratamiento multidisciplinario a la cuestión de la maternidad, conocer bien los hechos para llegar al derecho”. *Ibidem*.

semper certa est se vería sumamente relativizada porque ya no se podría asumir “por razón del parto” que tal mujer es la madre del hijo que ha llevado en su vientre o que ha dado a luz. En nuestro país al parecer el debilitamiento de este principio no sería tan importante puesto que el artículo 7 de la Ley 26842, Ley General de Salud, obliga a que todo tratamiento de infertilidad sea hecho con el requisito de que la condición de madre genética y madre gestante recaigan en la misma persona; sin embargo, a nuestro juicio la realidad social resulta mucho más intrépida ya que la práctica de las TERAS y de la maternidad subrogada supera el mandato de la ley presuntamente por el estado de necesidad de las partes involucradas en dicha relación contractual, cuestiones que seguiremos estudiando a lo largo del presente estudio.

1.2.2. TIPOLOGÍA DE UNA MATERNIDAD DISOCIADA

Si la maternidad no se disocia podríamos estar hablando de una maternidad plena en donde los caracteres antes descritos (carga genética, gestación, alumbramiento) coinciden en una misma persona, y por lo tanto la presunción *mater semper certa est* opera plenamente, salvo comprobación en contrario¹³; sin embargo si disociamos la maternidad debemos tener en cuenta que esos caracteres no necesariamente van a coincidir en la misma persona, y a efecto de considerar como se aplican las TERAS y como podría presentarse los casos de maternidad subrogada, podríamos entender que las posibilidades nos derivan hacia una nueva tipología de la maternidad en el siguiente sentido, yéndonos a la disociación más extrema y teniendo en cuenta que algunos de estos subtipos podrían coincidir en la misma persona mas no todos.

1.2.2.1. MADRE INFÉRTIL: Es la mujer que tiene problemas diagnosticados científicamente para dar a luz un niño, sea por la incapacidad para lograr su fecundación o por la imposibilidad real de llevar a cabo la gestación de ese niño, en el primero de los casos mencionados requerirá de una madre donante (que inevitablemente será la madre genética) y en el segundo de los casos necesitará solamente

¹³ Código Civil.-
“Artículo 371.- Impugnación de la maternidad.
La maternidad puede ser impugnada en los casos de parto supuesto o de suplantación del hijo.”

una madre gestante para llevar a cabo el alumbramiento subrogado.

1.2.2.2. MADRE GENÉTICA: Es la mujer que aporta el óvulo para la fecundación, y al aportar el óvulo lo que está haciendo es otorgar la mitad de la carga cromosómica completa que recibirá el hijo (la otra mitad la aporta el padre); ahora bien, la madre genética puede ser la propia madre infértil (cuyo ovulo ha sido tratado científicamente para superar sus problemas de fertilidad) o también puede ser un óvulo proveniente de una mujer donante (generalmente “bancos de semen y óvulos” o, también, algún familiar cercano).

1.2.2.3. MADRE GESTANTE: La madre gestante es aquella que lleva en su vientre el ovulo fecundado (embrión) en donde se lleva a cabo todo el proceso gestacional durante aproximadamente nueve meses, en este caso puede tratarse de que la propia mujer infértil sea la mujer gestante luego de haber recibido tratamiento reproductor o también de que reciba un ovulo de donante anónimo (o conocido) que haya sido fecundado artificialmente; asimismo este es el caso también de la maternidad disociada *strictu sensu* en donde la madre infértil contrata a una mujer gestante para que lleve a cabo la gestación de un embrión cuyo ovulo ha sido proveído por ella o por un donante.

1.2.2.4. MADRE LEGAL: La determinación de la madre legal no será fácil mientras se disocie la maternidad y se relativice el principio *mater semper certa est*¹⁴, ya que con las modalidades de maternidad que hemos expuesto las variantes son mucho mayores de las que existían con la madre plena o, incluso, con la madre adoptiva; en todo caso queda claro que el Derecho tiene la dura tarea de que en el uso de la maternidad subrogada, y el empleo de las variantes mencionadas, pueda determinar adecuadamente la maternidad y darle su debido reconocimiento legal.

¹⁴ “...el principio paulino de *mater semper certa est* fue enunciado para el caso en que el óvulo de una mujer era fecundado a través de una relación sexual. Una vez fecundado el óvulo, la mujer gestaba el embrión y alumbraba el hijo.

Con la maternidad subrogada se presenta una nueva realidad: la existencia de una mujer que, en principio, no desea un hijo, no realiza un acto sexual, aporta o no su óvulo para la concepción de la criatura, pero pone su organismo para la gestación de un hijo que entregará a otra mujer que no puede gestar.” GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *La Fecundación In Vitro y la Filiación*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993. p. 227.

1.3. PRINCIPALES TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Como ya se ha mencionado, cada uno de los miembros de la pareja, o a veces ambos, tienen una serie de limitaciones en su capacidad fértil (hombre o mujer) o en su capacidad gestacional (mujer) lo cual les impide tener hijos y realizarse como personas y como familia; sin embargo, con la consolidación de los avances y procedimientos médicos ahora para cada problema de fertilidad hay una o varias opciones que las personas y las parejas pueden realizar a efecto de superar dichas dificultades y llevar a cabo su anhelo de ser padres. Estas prácticas, siendo novedosas, ya se están realizando hace mucho tiempo en el Perú y de hecho la mencionada Ley General de Salud contempla algunas de ellas, por ello a continuación queremos saber cuáles son las principales Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TERAS) para poder luego determinar cuáles de ellas conducen a la maternidad disociada (vientre de alquiler).

1.3.1. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

La Inseminación Artificial es también conocida como Inseminación intrauterina ya que el procedimiento se realiza dentro del aparato reproductor femenino colocando una cantidad determinada de semen del varón de modo tal que el recorrido que estos tengan que hacer sea mucho más corto dependiendo del lugar donde se haya depositado el esperma, por eso esta inseminación artificial puede ser: intravaginal, cuando se coloca cerca del cuello uterino; intracervical, cuando se coloca en el mismo cuello uterino; o intratubárica, cuando se coloca en una o en ambas de las trompas de Falopio. Sin embargo lo que interesa al Derecho no es el lugar de la ubicación del esperma sino el portador del mismo, en este sentido la inseminación artificial se divide en: homóloga y heteróloga¹⁵.

¹⁵ "La inseminación artificial es un proceso sencillo que consiste en depositar semen fresco o congelado en el fondo de la vagina de una mujer fértil (cuando está ovulando). Puede ser homóloga (con semen de la pareja) o heteróloga (con semen de donante)". TABOADA, Leonor, *La Maternidad Tecnológica: De la Inseminación Artificial a la Fertilización*, Icaria Editorial, Barcelona, 1986. p. 33.

1.3.1.1. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA: La inseminación artificial homóloga se presenta cuando el tratamiento se realiza a una pareja (matrimonial o concubinaria) en la que estamos seguros que la administración del espermatozoides es del varón que la mujer sobre la cual se realiza el tratamiento reconoce como su pareja, en consecuencia ambos miembros de la pareja aportan su carga cromosómica completa al hijo por nacer y, por ello, no hay discusión alguna sobre la paternidad o maternidad del concebido.

1.3.1.2. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA: En la inseminación artificial heteróloga el espermatozoides que se deposita en la cavidad vaginal de la mujer no proviene de su pareja, sea porque no tiene pareja matrimonial o concubinaria, o si es que la tiene este también adolece de problemas insolubles de fertilidad en sus espermatozoides; por lo tanto se usa, generalmente, semen de donante anónimo para lograr la inseminación intrauterina. La inseminación artificial heteróloga, en sus posibilidades más abiertas, permite también la utilización de sus técnicas en: la pareja en donde solo la mujer sea infértil, es decir con donación de óvulo; también en el caso de una mujer que desee ser madre soltera; y en parejas de lesbianas y parejas de homosexuales (por lo menos en el caso en donde la familia homosexual haya sido reconocida legalmente, recuérdese el caso de Argentina).

1.3.2. FECUNDACIÓN IN VITRO

La fecundación in vitro es en un sentido exacto una inseminación extrauterina ya que todo su procedimiento inicial (el más importante que es el que está dirigido a lograr la fecundación) se realiza fuera del cuerpo de la mujer¹⁶, en un laboratorio especializado en donde a través de instrumental especializado se lleva a cabo la unión entre óvulo y espermatozoide hasta lograr la fecundación y el surgimiento del embrión, el cual una vez viable recién es

¹⁶ "La inseminación artificial y la fecundación in vitro tienen en común que no requieren de la relación sexual de un hombre y una mujer para fines procreativos. Se diferencian en cuanto a la inseminación artificial se lleva a cabo dentro del vientre de la mujer: en cambio, la fecundación in vitro se realiza fuera del cuerpo de la mujer." GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *Op. Cit.*, p. 13.

implantado en el útero de la mujer. Más allá de los detalles específicos y técnicos que permiten que la fecundación in vitro tenga una sub clasificación de acuerdo a sus métodos, debemos decir en lo pertinente que esta también admite dos modalidades, a saber:

1.3.2.1. FECUNDACIÓN IN VITRO HOMÓLOGA: La fecundación in vitro de tipo homólogo utiliza las células reproductoras de la propia pareja involucrada en el tratamiento de fertilidad, vale decir el óvulo de la mujer y el espermatozoides del varón, por consiguiente ambos aportarán su porcentaje de carga genética que recibirá el futuro hijo.

1.3.2.2. FECUNDACIÓN IN VITRO HETERÓLOGA: En la fecundación in vitro de tipo heterólogo se trata de aplicar los mismos procedimientos aplicables a la inseminación extrauterina, sin embargo la fecundación se logra con una célula reproductora donada (puede ser espermatozoides u óvulos, y a veces ambas) ya que uno de los miembros de la pareja es absolutamente estéril; en este caso se cuestiona que el niño por nacer no vaya a tener la carga cromosómica completa de la pareja¹⁷, sin embargo al mismo tiempo se reclama el derecho de la pareja y sobre todo de la mujer a la maternidad y que el hecho de que no se tenga la carga genética no debiera representar ninguna dificultad ya que por ejemplo en la adopción los hijos adoptivos no tienen ningún vínculo consanguíneo (y mucho menos genético) con sus padres y sin embargo ello no impide su realización personal y familiar, fundamento que deberán tenerse en cuenta en una probable regulación positiva de la maternidad disociada.

1.4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA MATERNIDAD DISOCIADA

La maternidad disociada es un tema enteramente nuevo para el Derecho moderno a tal punto que a la fecha no existe regulación legal positiva al respecto y pese a que su práctica se presenta en nuestra realidad social con mayor frecuencia de lo que ordinariamente se piensa; asimismo en el derecho

¹⁷ “Cuando en la fecundación in vitro interviene una donante de óvulos, se produce una disociación del elemento genético y biológico, ya que a través de esta técnica se logra una criatura que presenta un patrimonio genético materno distinto al de su madre biológica o gestacional.”, *Ibidem*, p. 24.

comparado este tema ya ha generado varios debates y no pocas propuestas de regulación al respecto que, dentro de nuestros análisis, también deberemos sopesar ya que la discusión sobre la maternidad disociada no parte solamente de definir si debe permitirse o no, sino también la de poder determinar cuáles son los requisitos específicos sobre los cuales podría lograrse su aceptación legal y su práctica por parte de las familias. Ahora bien, nosotros entendemos por “disociación de la maternidad” a la situación que se presenta cuando una mujer está en una condición de infertilidad tal que su cuerpo no puede permitir la fertilización natural de su óvulo o que no puede aguantar el proceso gestacional sin riesgo de muerte, en ambos casos es probable que la pareja requiera de contratar a una tercera persona para que lleve a cabo la gestación implantándole en su vientre el embrión previamente fecundado con las células reproductoras de la pareja, situación que comúnmente se denomina como “vientre de alquiler”, o más técnicamente, como: subrogación de la maternidad, maternidad subrogada o, simplemente, maternidad disociada, cuyo concepto final intentaremos desentrañar a continuación.

1.4.1. CONCEPTO DE MATERNIDAD DISOCIADA

La estudiosa española Aitziber Emaldi-Cirion al vertir una definición de maternidad disociada nos explica que: *“Se trata de una técnica que estaría indicada en el caso de una mujer con ausencia de útero, o con útero pero sin capacidad de implantación embrionaria, por lo que podríamos plantear la posibilidad de que la maternidad subrogada fuera utilizada como alternativa a la procreación para aquellas parejas que pudiesen aportar sus gametos pero que tuvieran problemas reproductivos”*¹⁸, en este caso Emaldi-Cirión parece limitar el campo de acción de la maternidad disociada al caso singular de las mujeres sin útero, sin embargo como queda dicho esa no es la única situación posible sobre la cual aplicar dichas técnicas. En todo caso antes de continuar con este punto es conveniente hacer algunas precisiones, la necesidad de encontrar un concepto adecuado de maternidad disociada no parte de un afán meramente ilustrativo, sino que tiene por objeto cumplir algunos fines que podríamos

¹⁸ EMALDI-CIRION, Aitziber, *Legislación Sobre El Genoma Humano En España*. En: MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia (Coordinadora), *Reflexiones en torno el Derecho Genómico*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2002. pp. 151-152.

enumerar de la siguiente manera: en primer lugar analizar la naturaleza jurídica de la maternidad disociada requiere elaborar un concepto coherente que pueda abarcar todos los matices de su problemática y servir como punto de partida para su discusión; en segundo lugar, nosotros entendemos que el concepto de maternidad disociada podría ser más completo si es que incluye dentro de su texto el hecho de que la maternidad disociada pueda ser usada no solo por la pareja matrimonial sino también por la pareja extramatrimonial (concubina) o incluso por la familia ensamblada (sea la forma matrimonial o concubinaria que ella adopte), de hecho que sabemos que en la práctica clandestina de esta actividad estas formalidades no se consideran pero nosotros creemos que técnicamente debe quedar claro cuáles son las parejas (o personas) que podrían recurrir a esta técnica en el caso de que se le legalice; en tercer lugar, un concepto adecuado de maternidad disociada se hace necesario si es que se pretende su regulación legal positiva ya que la norma no podría contener vacíos de concepto ni ambigüedades que más bien creen confusión en vez de aliviar las considerables dudas que existan al respecto.

Retomando el aspecto central en esta parte diremos que Rafael Bernad Mainar al definir a la maternidad disociada indica que es aquella *“que se origina por la gestación de un ser humano en el útero de una mujer, en nombre y por comisión o encargo de otra a quien se le entregará el recién nacido como a madre propia”*¹⁹, este concepto siendo escueto añade el hecho de que la subrogación de la maternidad se realiza por comisión o encargo, sin embargo aun cuando se acerca a definir a esta práctica como un acuerdo de voluntades aún su texto no es lo suficientemente claro. Por su parte, Ana Delgado Calva nos proporciona el siguiente concepto de maternidad disociada:

“Es el acto jurídico mediante el cual un médico con experiencia en la materia, aplicará alguna de las técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial y fecundación in vitro), a una mujer denominada subrogada, quien será soltera, y lo permitirá por única vez, previo convenio que haga con otra mujer denominada subrogante, a fin de que

¹⁹ BERNAD MAINAR, Rafael, *Efectos Jurídicos de las Nuevas Técnicas de Reproducción Humana*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2000. p. 106.

*se le implante el óvulo de la subrogante y el semen del esposo o concubina de esta, ambas mujeres y hombres mayores de edad, a cambio de que la subrogada reciba de la subrogante cierta cantidad de dinero más los gastos médicos necesarios, de modo que al finalizar el embarazo, la subrogada haga entrega del bebé a la subrogante*²⁰.

A nuestro juicio esta es la definición más cabal de maternidad disociada por varios motivos, entre ellos: porque de plano afirma que se trata de un acto jurídico con lo cual el procedimiento bien puede atenerse a algunas de las formalidades para su constitución (por ejemplo, la forma escrita, la declaración de voluntad, etc.); porque acepta que los contratantes son una pareja de esposos o concubinos; porque señala con que existe una contraprestación económica vinculada al acto jurídico, lo cual, lejos de estar de acuerdo o no, es una realidad connatural al acuerdo de subrogación de la maternidad; y por último señala que dicha subrogación se realizará solo por una vez en el caso de la mujer contratada, lo cual perfectamente ayuda a evitar la ambición o uso desmedido de dicha práctica; por lo tanto, puede decirse que las bondades de esta definición bien pueden ser estudiadas como parte integrante de una propuesta de regulación positiva de la maternidad disociada en el Perú.

1.4.2. TIPOLOGÍA DE LA MATERNIDAD DISOCIADA

Es evidente que el novedoso tema de la disociación de la maternidad ha llegado a nuestra sociedad debido al avance de la tecnología médica y los procedimientos de fecundación artificial, todo ello llamado genéricamente como biotecnología; lo cual actualmente representa un considerable desafío al Derecho ya que se trata de dar una regulación ahí donde no existen antecedentes jurídicos y en donde han de tomarse otras consideraciones no solo legales sino también éticas ya que, en un sentido que no es exagerado esta tecnología permite manipular la vida humana desde el embrión lo cual podrá permitirse siempre con la prevención de no excederse en dichas prácticas ni de violentar los derechos humanos de las partes involucradas. Es de tener en

²⁰ Citado en: ARAMBULA REYES, Alma, *Maternidad Subrogada*, Centro de Documentación, Información y Análisis de la Cámara de Diputados de México, México D.F., 2008. p. 40.

cuenta también que al existir diversos procedimientos la maternidad disociada asume diversas modalidades, ya no solo relacionada con la pareja o persona que la solicita, digamos: una pareja matrimonial, una pareja de convivientes, una pareja homosexual masculina o femenina, una mujer soltera, un hombre soltero, sino que, ya a nivel de las posibilidades biomédicas, las variantes que asume la disociación de la maternidad pueden ser diversas²¹, tal y como lo menciona Luis González Morán que menciona una clasificación propia del siguiente modo:

“a) Maternidad subrogada fruto de espermatozoide y óvulo de la pareja. Sólo hay prestación de útero por parte de tercera persona.

b) Maternidad subrogada fruto de espermatozoide u óvulo de donante con autorización de la comparte. Se dona espermatozoide u óvulo por persona distinta de la pareja y se presta el útero por tercera mujer.

c) Espermatozoide y óvulo de donantes con consentimiento mutuo de los miembros de la pareja. Se dona espermatozoide y óvulo por personas distintas de la pareja, se presta el útero por tercera mujer.

d) Espermatozoide y óvulo de donante con consentimiento mutuo de los dos miembros de la pareja con la peculiaridad de ser donante del óvulo la misma mujer que presta el útero. Se dona espermatozoide y óvulo por personas distintas de la pareja y presta el útero tercera mujer como en c) con la coincidencia de que la donación del óvulo y prestación del útero se realiza por esa misma tercera mujer.”²².

Los tipos anotados tienen por común denominador el de estar dirigidos a la pareja, aún queda por definir si se trata de la pareja matrimonial o de la pareja extramatrimonial (concubinaria) o de ambas; lo que sí parece claro es que difícilmente en nuestro país pudiera aceptarse que la pareja homosexual utilice

²¹ Otra clasificación que también puede tomarse en cuenta es la de Maricruz Gómez de la Torre que al respecto indica:

“Puede recurrirse a la maternidad subrogada en las siguientes situaciones:

- cuando la mujer de la pareja carece de ovarios y útero;

- cuando la mujer de la pareja es estéril, por anomalías en el útero, pero tiene ovarios normales;

- cuando la pareja es estéril por anomalías o taras genéticas;

- cuando la mujer ha muerto v antes de morir dejó un embrión congelado, producto de una fecundación in vitro de un óvulo de ella y esperma de su marido;

- cuando una pareja de hombres homosexuales o un hombre solo insemina artificialmente a una madre subrogada con esperma de uno de los hombres de la pareja o del hombre solo”. GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *Op. Cit.*, pp. 197-198.

²² GONZÁLEZ MORÁN, Luis, *Aspectos Jurídicos De La Procreación Asistida*. En: GAFO, Javier (Editor), *Procreación Humana Asistida, Aspectos Técnicos, Éticos Y Legales*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1998. p. 148.

esta u otras técnicas de fecundación artificial, decimos esto no por un carácter excluyente o discriminatorio sino sencillamente porque en el Perú el matrimonio homosexual no está permitido legalmente²³ (tal y como lo está en Argentina, conforme hemos reiterado) entonces mal podría discutirse o permitirse un aspecto específico de ese tipo de unión si su figura general aún no ha sido regulada jurídicamente; por ende nos quedamos con que la maternidad disociada es más probable que se aplique a la pareja matrimonial o concubinaria de relación heterosexual.



²³ "La utilización de la maternidad subrogada por la pareja homosexual es la que experimenta más rechazo, puesto que muchos países no permiten la adopción de niños por parte de parejas homosexuales y de lesbianas. Por ejemplo, en Dinamarca se permite el matrimonio de homosexuales, pero no que éstos adopten niños.". GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *Op. Cit.*, p. 198.

CAPÍTULO II

2. SITUACIÓN LEGAL DE LA DISOCIACIÓN DE LA MATERNIDAD EN EL PERÚ Y EN EL DERECHO COMPARADO

En este capítulo, se pone en evidencia la ausencia de norma legal especial que regule la Maternidad Disociada en el Perú y cómo, a pesar de ello, se ha resuelto un caso de vientre de alquiler, las posiciones doctrinales a favor y en contra de su regulación legal positiva y cuál es el actual panorama existente en el derecho comparado.

2.1. REGULACIÓN LEGAL DE LA MATERNIDAD DISOCIADA EN EL PERÚ

Las Técnicas de Reproducción Asistida en el Perú no han sido objeto de regulación legal directa a través de una norma especial, dicha situación no sólo se opone a la práctica real de estas técnicas por parte de las parejas usuarias que acuden a los centros médicos especializados en fertilidad sino que resulta más absurda por cuanto sobre este tema ya ha habido diversos pronunciamientos de la doctrina nacional que ha estudiado diversos aspectos de la problemática de las TERAS y ha postulado, por supuesto, modelos normativos para resolverlos. La norma existente, la Ley 26842, Ley General de Salud, hace

una cita tangencial respecto de estos procedimientos que incluso, por su texto, ha terminado siendo ambiguo y, por supuesto, insuficiente para constituir una regulación jurídica eficaz de las TERAS en el Perú; empero es preciso detenernos a analizar el escaso texto que la norma referida contiene al respecto. Esta ley fue promulgada en julio de 1997 y no ha tenido, hasta la fecha, grandes modificaciones²⁴ que alteraran su texto original; en cuanto a lo que nos corresponde el artículo 7 de dicha norma es el único que se refiere a las Técnicas de Reproducción Asistida y lo hace en los siguientes términos:

“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.”.

Como vemos, este artículo habilita la práctica de las TERAS en nuestro país para lo cual es necesario, conforme la norma, que dichos procedimientos se realicen de manera homóloga en el caso de la mujer, es decir que la condición de madre genética recaiga también en el de la madre gestante, esto nos lleva a una primera interpretación que consiste en que, claramente, se prohíbe las TERAS que llevan a la disociación de la maternidad ya que justamente en estos casos la madre genética (aquella que aporta el ovulo para la fecundación) no es la misma que aquella que lleva a cabo el proceso gestacional (la mujer que da su vientre en “alquiler”), en consecuencia podemos decir que como resultado de la interpretación cierta y literal del artículo en cuestión: la maternidad disociada está prohibida en el Perú. Es verdad también que la norma nacional, por el contrario,

²⁴ Una de esas modificaciones, por ejemplo, provino de la Ley 27604, Ley que modifica la Ley General de Salud N° 26842, respecto de la obligación de los establecimientos de salud a dar atención médica en casos de emergencias y partos, norma que en realidad modifica levemente los artículos 3 y 9 de la Ley General de Salud en el sentido de otorgar la atención medica especial que allí se indica, mas no se trata de una modificación sustantiva en cuanto a los temas que en este estudio estamos abordando.

no penaliza²⁵ a la pareja que contrata un vientre en alquiler, ni a la persona que en si misma realiza la gestación por contrato ni tampoco a los médicos que practican la intervención médica en la maternidad disociada, quizás por ello y también por el estado de necesidad de las parejas o personas con problemas de fertilidad la práctica de la disociación de la maternidad se sigue dando y no tiene visos de que vaya a disminuir de manera natural, más bien su uso tenderá a proliferar en tanto que las parejas y personas infértiles recaben información de las ventajas y el éxito de dichos procedimientos. Quizás por lo mismo nos parece extraño que en la norma pertinente, la Ley General de Salud, no existan modificaciones que la actualicen y que recoja la realidad social de una manera más adecuada, dicha norma tiene ya 25 años de vigencia cumplidos y en vez de regular la realidad de una manera integral sus postulados resultan ambiguos e insuficientes no solo por lo escaso de su contenido sino porque la jurisprudencia, al parecer, está dirigiéndose en una posición diferente a lo que dicha norma establece²⁶, conforme veremos a continuación.

2.2. JURISPRUDENCIA NACIONAL SOBRE LA MATERNIDAD DISOCIADA

La Ley 26842, Ley General de Salud, en lo pertinente a la maternidad subrogada la prohíbe expresamente puesto que en ella no se presenta el requisito de la identidad entre la madre genética y la madre gestante, en consecuencia el veto legal a estas prácticas debería hacer casi imposible su ocurrencia en la realidad social; sin embargo, lejos de esta perspectiva, todos hemos podido escuchar alguna vez un caso de gestación por sustitución, llamado comúnmente “vientre de alquiler”; al respecto el especialista en Derecho Genético Dr. Enrique Varsi Rospigliosi ha afirmado que al mes se efectúan aproximadamente entre treinta y cuarenta maternidades subrogadas e incluso

²⁵ El Código Penal peruano penaliza únicamente el tratamiento o la actividad dirigida a la clonación de seres humanos, esto mediante una modificación a su texto realizada mediante norma modificatoria promulgada en el año 2002, que incorpora el artículo 324 con el siguiente tenor:

“Artículo 324.- Toda persona que haga uso de cualquier técnica de manipulación genética con la finalidad de clonar seres humanos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al Artículo 36, incisos 4 y 8.”.

²⁶ *“...la Ley pone como condición para el uso de las técnicas de reproducción asistida QUE LA MADRE GENÉTICA Y MADRE GESTANTE SEA LA MISMA, por tanto los llamados vientres de alquiler se encuentran prohibidos, pues si el óvulo pertenece a una mujer y es otra la gestante, no existirá la identidad reclamada por ley”.* AQUÍZE CÁCERES, Rocío, *Derecho Genético y Familia*, Universidad Católica Santa María-Unidad de Estudios a Distancia, Arequipa, 2009. p. 74.

más²⁷.

En este sentido, pese a esta recurrencia y al hecho de que la norma es claramente insuficiente resulta extraño que estos casos reales no se hayan judicializado anteriormente, quizás ello se deba precisamente a que los actores en este tipo de intervenciones eran conscientes de que la norma prohibía expresamente la disociación de la maternidad; recién una sentencia casatoria de finales del año 2011 se convierte en la primera sentencia nacional referida directamente a la problemática de los vientres de alquiler, veamos ahora si esta sentencia es coherente con el camino señalado por la Ley 26842, Ley General de Salud, en el sentido de establecer la prohibición de la maternidad disociada en el Perú.

El 06 de diciembre del 2011, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República emite sentencia en la Casación N° 563-2011-LIMA, de cuyos considerandos es posible desprender los siguientes hechos (nominamos a los involucrados de diferente manera para lograr una mejor comprensión): la pareja matrimonial A-B no ha podido tener hijos ya que la mujer (B) tiene serios problemas de fertilidad, por eso recurren a un centro médico para que les asistan en su tratamiento y puedan tener un hijo mediante subrogación de la maternidad para lo cual contratan a una mujer (D) (integrante de la pareja matrimonial C-D) para que donando su óvulo y siendo inseminado artificialmente con el esperma de A pueda formarse el embrión que se desarrollará en su vientre por nueve meses, por dicho acto D recibirá una contraprestación económica. Luego de la exitosa gestación y en los primeros días de nacido la mujer D entrega el bebé a la pareja A-B, sin embargo conforme la legislación convencional dicho niño había sido inscrito en su partida de nacimiento con los apellidos de la pareja C-D (esto en base a la presunción *mater semper certa est*), por lo cual la pareja A-B además de brindar los cuidados y atenciones al recién nacido inicia un procedimiento de adopción para intentar salvar el vacío legal al respecto. Se inicia el proceso judicial civil de adopción por parte de la pareja A-B respecto del niño X que se encuentra bajo su cuidado y protección casi desde su nacimiento, para esto cuentan con el consentimiento de la pareja C-D que incluso se allanan inicialmente a la

²⁷ “Se calcula que cada mes se realizan, aproximadamente, entre 30 y 40 maternidades subrogadas, aunque, en lo particular, me parece que deben de ser muchas más.” VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Congreso Debería Legislar*. En: Entrevista a Diario Perú 21, edición del 27 de enero del 2012, p. 3.

demanda, durante el séquito del proceso la mujer D trata de desistirse del proceso pero no lo logra ya que sus escritos de desistimiento son defectuosos, finalmente la sentencia se expide en primera instancia declarándose fundada la demanda de adopción en base al principio de Interés Superior del Niño que hace decidirse al Juez a favor de la adopción y con la cual resolvía la colisión entre el derecho (aparente, ya que en un momento se había allanado y en otro momento buscaba desistirse) de la madre a prestar su asentimiento o no en el proceso de adopción y el derecho del niño a tener una familia. Apelada dicha sentencia, la segunda instancia la confirma en base a nuevos y esclarecedores argumentos, que los resumimos así:

- a) La pareja C-D entregó libre y voluntariamente la niña X a la pareja A-B a los pocos días de nacida y desentendiéndose de sus responsabilidades como padres.
- b) Las pericias e informes dan cuenta que la niña X está adaptada al entorno afectivo y material que le brinda la pareja A-B.
- c) La prueba de ADN vincula al señor A con la hija X, por lo tanto esa relación paterno-filial es indubitable.
- d) La pareja C-D participó de todo el procedimiento de inseminación artificial y la gestación por contrato brindando su pleno consentimiento y con la finalidad de obtener una contraprestación económica, mientras que la pareja A-B siempre otorgó a la menor X los cuidados y atención debidos, por lo que debe privilegiarse el derecho de la niña a tener una familia que precisamente le brinde amor y protección.

Ante la sentencia de vista se interpone recurso de Casación con base en la presunta infracción del Código de los Niños y Adolescentes en sus artículos 115²⁸ y 128 inciso b²⁹), y del Código Civil en sus artículos 378 numerales 1) y

²⁸ "Artículo 115.- Concepto.-

La Adopción es una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea."

²⁹ "Artículo 128.- Excepciones.-

En vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción ante el Juez especializado, inclusive sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente, los peticionarios siguientes:

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

5)³⁰, y 381³¹; la misma que es declara infundada por la Sala Civil de la Corte Suprema mediante la sentencia que nos encontramos analizando y en base a diversos fundamentos entre los cuales destacamos los siguientes:

“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 del 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 considerara 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; ...”.

La sentencia casatoria valora, en primerísimo lugar, el hecho de que se trata en este caso de los intereses de un menor de edad y que, en consecuencia, debe valorarse el principio de Interés Superior del Niño el cual además de la norma especial que la regula (el Código de los Niños y Adolescentes) tiene sustento constitucional directo; nos parece sensato que uno de los principales fundamentos se dirija a poner de relieve este principio puesto que la Sala, seguramente estudiando los hechos con prolijidad, ha podido observar que no se trataba de un caso común sino de uno muy singular en el que una interpretación básica de las normas en conflicto no iban a servir para resolverlo de manera satisfactoria,

“Noveno- Que corresponde analizar las infracciones denunciadas, así tenemos que la primera y segunda causal denunciadas carecen de sustento,

³⁰ *“Artículo 378.- Para la adopción se requiere:
1.- Que el adoptante goce de solvencia moral.
5.- Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela.”.*

³¹ *“Artículo 381.- La adopción no puede hacerse bajo modalidad alguna.”.*

dado que si bien es cierto, la adopción entre "padres e hijos" no corresponde, en el caso de autos, se debe considerar que si bien existe una prueba de ADN que acredita que el demandante G.S. es padre biológico de la menor, es de tener en cuenta que la prueba legal de paternidad es el acta de nacimiento, en la cual el demandado P.F.P.C. declara a la menor como su hija, por lo que el acta de nacimiento constituye documento único que mantiene su eficacia jurídica al no haberse ostentado en autos sentencia judicial firme que declare su nulidad; no correspondiendo a este proceso de adopción determinar la paternidad de la menor..."

En este fundamento la Sala rechaza el recurso casatorio que se había basado en la presunta infracción de los artículos del Código de los Niños y Adolescentes, los mismos que se refieren a la prohibición de la adopción entre padres e hijos; sin embargo aquí con gran juicio recaba el hecho de que legalmente no hay aún dicha relación entre padre-adoptante e hijo-adoptado puesto que la prueba de ADN que posee en su favor el padre biológico (A en nuestra nomenclatura) no ha sido reconocida legalmente (judicialmente, como debería ser), mientras que la partida de nacimiento en la que C participa con su firma sí es un documento determinante de su paternidad respecto del menor X, en consecuencia no hay conflicto ni imposibilidad de adopción a ese nivel legal.

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 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 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..."

A nuestro juicio, esta es una de aquellas veces en las que el criterio jurisdiccional supera la interpretación literal de la norma y de los procedimientos judiciales, puesto que en un caso en el cual al parecer no había mayor conflicto (ya que se trataba originalmente de un proceso de adopción en donde incluso existía allanamiento) la judicatura detecta la conducta procesal de la pareja C-D y va obteniendo una serie de hechos que los convoca a aplicar un criterio que va más allá del elemental derecho a la patria potestad de la pareja mencionada y valora, por encima de él, el derecho de la menor X a tener una familia idónea que le garantice su desarrollo integral; no puede negarse que dicha ponderación a favor de la pareja contratante del “vientre de alquiler” puede resultar polémica en una sociedad como la nuestra que es conservadora, pero sin embargo, no se negará que tampoco el principio de interés superior del niño ha logrado su objetivo puesto que la pareja contratada no solo nunca deseó dicho embarazo, y habiendo nacido la niña X el 26 de diciembre del 2006 la entregan a la pareja A-B el 4 de enero del 2007 (es decir solo 9 días después, conforme la propia sentencia ha puesto de manifiesto varias veces), sino porque la pareja C-D tienen otros hijos a los cuales atender y la necesidad de obtener una contraprestación por el “vientre de alquiler” es un signo fiel de que sus condiciones económicas no son ventajosas ni suficientes para garantizar siquiera la manutención material de un nuevo niño; todos estos aspectos han sido considerados por la judicatura en todas sus instancias, y en la sentencia casatoria final que, sin excesos, y con adecuados fundamentos legales brinda justicia y protección a la parte más vulnerable de la familia y la sociedad como lo son los niños.

“Duodécimo: Que, en suma, la materia de litis ha sido correctamente resuelta no habiéndose infringido norma alguna, pues debe primar el Interés Superior de la Niña, quien se encuentra viviendo con los preadoptantes desde que contaba con nueve días de nacida, habiéndose acreditado con los informes psicológicos y sociales que la menor se encuentra viviendo en un adecuado ambiente familiar recibiendo el amor de madre de la demandante, quien pese a no tener vínculos consanguíneos con la misma le prodiga todo lo necesario para su desarrollo integral, y el amor de padre por parte del demandante quien sí es padre biológico de la menor, por lo que la carencia moral de los demandantes

que alega la recurrente, no es tal justificándose el accionar de los mismos por los imperiosos deseos de ser padres, conducta que no puede ser reprochada dada la conducta que han demostrado al interior del proceso y fuera de este con la menor...”.

En el último de los considerandos en donde la Sala Civil expone sus fundamentos, los colegiados reiteran su posición respecto en el caso de autos no existe infracción a ninguna norma y que la pareja A-B es la que mejor trato ha brindado al menor y la que mejor conducta procesal ha manifestado durante el decurso del mismo; sin embargo, de todos los considerandos que constan en dicha casación a nosotros nos parece muy importante la siguiente frase: *“los imperiosos deseos de ser padres, conducta que no puede ser reprochada”*, puesto que con ella la Sala redirige el camino que la Ley General de Salud había señalado respecto de prohibir tajantemente la maternidad disociada y, ahora, la permite e incluso entiende que dicho procedimiento no puede serle reprochado a los ciudadanos que lo practican, como en el caso de autos, siempre que se presenten los siguientes requisitos que trascienden de su texto: el estado de necesidad de la pareja contratante y su comportamiento afectivo y material hacia el nuevo ser. De otro lado también podría decirse, críticamente, que la referida Casación no hace mención alguna a la Ley General de Salud y a su conocido artículo 7, aspecto que en efecto parece que los colegiados han tratado de evitar o que les ha sido innecesario pronunciarse al respecto; otro aspecto crítico que podemos mencionar, y que sí consideramos indiscutible, es el referido al que se soslaya el derecho a la identidad de la niña X respecto de lo cual no hay pronunciamiento ni se deja a salvo el reconocimiento de ese derecho, ya que si recordamos la madre gestante que da su vientre en alquiler es también la madre genética debido a que aportó su óvulo, y por tanto existe un derecho de la niña X a saber la verdad sobre su origen biológico³² en cuanto vaya tomando

³² La especialista Clara Mosquera Vásquez también se ha pronunciado en este sentido, en un artículo en el que preliminarmente comenta la pre-citada Casación N° 563-2011-LIMA, y en la que indica lo siguiente: *“Un tema que no deja de preocupar es el referente al derecho de la niña a conocer su origen biológico. Finalmente, la niña es hija biológica de la madre de alquiler; y por, ello tiene derecho, independientemente de que haya sido adoptada, a conocer a su madre, y si bien por la adopción se da fin a todo vínculo legal entre la niña adoptada y su familia biológica, lo cierto es que esto: no puede ser tan estricto, más aún en un caso sui generis como el que nos ocupa, donde ambas partes son familiares.*

Considero que llegado el momento no solo la niña debe reconocérsele el derecho a conocer cómo fue concebida, sino además a saber quiénes fueron los “que cedieron los gametos que dieron lugar a su existencia, y tener contacto con su madre biológica.”. MOSQUERA VASQUEZ, Clara Celinda, El Primer Caso

conocimiento y raciocinio acerca de ello, derecho que ni siquiera los padres adoptantes pueden negarle a su hija; precisamente, en las próximas páginas daremos forma a este derecho (el derecho al conocimiento sobre el origen biológico) que como formularemos no es nuevo (pese a que la identidad genética es de reciente data) sino que es un componente del derecho a la identidad, que es un derecho de primera generación, y que entonces toda probable regulación sobre la maternidad disociada y las TERAS de tipo heterólogo³³ deberá contemplar no solo el respeto al principio de interés superior del niño sino también la no vulneración del derecho a la identidad genética.

2.3. POSICIONES DOCTRINALES A FAVOR (O NO) DE LA REGULACIÓN POSITIVA DE LA MATERNIDAD DISOCIADA

Como acabamos de ver, mientras que la legislación parecía que le daba un claro tono prohibitorio a la disociación de la maternidad, una sentencia nacional ha optado por un camino que es el de no rechazar su práctica sino más bien tutelar los derechos de los niños que nacen bajo este tipo de procedimientos, se trata entonces de dos fuentes de Derecho enfrentadas en donde, al parecer, esta sentencia más bien está llenando el vacío dejado por la ley; sin embargo esta aparente antinomia no es propia de las dos fuentes formales citadas, dentro de la doctrina se experimentan también posiciones encontradas que es menester contemplar antes de pasar a la revisión del derecho comparado en la materia.

de "Ventre de Alquiler" en la Corte Suprema, En: Revista Dialogo con la Jurisprudencia N° 167, Año 18, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2012. p. 66.

³³ La ovodonación es una técnica heteróloga de reproducción asistida en donde se presenta la circunstancia de que la mujer no produce óvulos pero sí puede gestar, por consiguiente recurre a una donación de ovulo de tercera persona generalmente no identificable, en el Perú dicha práctica también está prohibida porque en tal caso no se presenta el requisito de que la madre genética coincida con la de la madre gestante, sin embargo una jurisprudencia también reciente se dirige en un sentido opuesto a esta interpretación porque señala que al existir vacío al respecto dicha práctica está permitida:

"TERCERO: 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 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." Considerando Tercero de la Casación N° 4323-2010-LIMA, del 11 de agosto del 2011, Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República.

2.3.1. REGULACIÓN NEGATIVA DE LA MATERNIDAD DISOCIADA

Los que propugnan esta posición indican que la maternidad disociada sí debe constar en norma escrita pero para avalar su prohibición total, tanto en su forma homóloga como en su forma heteróloga; el rechazo a la forma homóloga de maternidad disociada podría parecer inexplicable ya que ahí sí se presenta el requisito de identidad entre la madre biológica y la madre gestante, sin embargo esto no es suficiente para los que participan de esta posición ya que indican que en el caso de la inseminación artificial se fecundan una variedad de embriones humanos que luego de lograda la implantación exitosa de uno de ellos lleva a los especialistas a desechar o “archivar” los demás embriones que, en esta postura, son sujetos de derecho desde la fecundación y por ende se estaría vulnerando su derecho a la vida. Como puede verse, se trata más bien de una oposición o rechazo a todo procedimiento no natural destinado a la concepción de nueva descendencia, por supuesto que esta posición está sustentada en gran parte en modelos tradicionalistas y seculares en donde la Iglesia ejerce gran poder e influencia, sin embargo algunos juristas y estudiosos expresan también su antipatía por estas prácticas, por ejemplo Carlos Cárdenas Quirós nos recuerda lo siguiente:

“Entre las opiniones contrarias se encuentra la de Llambías, quien expresa que no basta la generosidad ‘para justificar arbitrios que lesionen la moral social y degraden la honestidad del acto sexual, ya por la injerencia extraña en su realización que repugna a su natural privacidad, ya por la masturbación inicial que supone el trámite de la fecundación in vitro, sin apuntar a la secuela ruinosa para la unión de los esposos que pueda traer para ellos la inseminación heteróloga a la que hubiesen recurrido.

Raffo Magnasco señala por su parte que ‘la ciencia debe estar al servicio de la defensa del hombre en su intangible dignidad. Si los experimentos en las diversas especies animales parecen legítimos y razonables, no lo son cuando se intenta desarrollar artificialmente un embrión humano, porque no constituiría un intento de cooperación con la

obra del Creador;... ”³⁴.

Como es de ver estas posiciones son dogmáticas y ultraconservadoras y no admiten ni siquiera las variantes menos complicadas de las Técnicas de Reproducción Asistida, por ejemplo ¿qué daño hace una pareja con problemas de fertilidad asistiendo a una clínica especializada para que les asistan con un tratamiento a efecto de lograr una concepción artificial pero que se logre con los gametos de ambos miembros de la pareja sin intervención de terceros?. En fin, queda claro que en esta posición lo que se busca solo es prohibir la maternidad disociada (vientre de alquiler) y penalizar su práctica, sino que dicho rechazo está dirigido a todas las Técnicas de Reproducción Asistida en general, lo cual puede resultar absurdo con los avances de la medicina y la ciencia actual que más bien buscan consolidar algunos derechos en aquellos casos en donde hay una circunstancia que causa insatisfacción de los mismos a algunas personas.

2.3.2. REGULACIÓN POSITIVA DE LA MATERNIDAD DISOCIADA

La regulación positiva de la maternidad disociada, es decir que la norma faculte a los ciudadanos la posibilidad de realizar dicha práctica de manera legal y no de manera clandestina, tiene cuantitativamente más adeptos que aquellos que demandan su prohibición total, esto se debe quizás al hecho de que la regulación positiva de la maternidad disociada (dentro de determinados requisitos) implica más beneficios que perjuicios a la familia moderna, y al fin y al cabo la familia es la institución fundamental de la sociedad. Dicho de otro modo, toda actividad médica siempre implica un nivel de riesgo o de contraindicación en el uso de determinado medicamento³⁵, y no por ello vamos a prohibir los usos farmacológicos de la medicina moderna, lo que hay que hacerla es regularla y no

³⁴ CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, *Algunas Reflexiones Acerca de la Inseminación Artificial y la Fecundación Extrauterina*. En: *La Familia en el Derecho Peruano*, Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1990. pp. 170-171.

³⁵ “...si los esposos, manteniendo entre sí actos sexuales por sí aptos para la generación no logran procrear (que constituye uno de los fines primarios del matrimonio, según la teología tradicional), el recurrir a los métodos o técnicas que la ciencia moderna pone a su alcance para la consecución del fin no importa una afrenta a la naturaleza. Es que el hombre mediante la ciencia ha logrado, gracias a la razón, superar carencias naturales. Del mismo modo que extirpa un tumor canceroso que la naturaleza produce espontáneamente en su cuerpo conduciéndolo a la muerte en caso de no hacerlo, o que interviene quirúrgicamente en la apendicitis o acepta una transfusión de sangre o un trasplante de riñón, el hombre asume su naturaleza y la completa, la perfecciona”. ZANNONI, Eduardo, *Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina*, Citado en: *Ibidem*. p. 70.

permitir alteraciones extremas que en vez de proteger la vida y la dignidad humana, la alteren o menoscaben; del mismo modo las Técnicas de Reproducción Asistida traen más beneficios que perjuicios a la pareja puesto que no se trata solamente del acto material de engendrar un niño, sino de realizar un conjunto de procedimientos en los que interviene su proyecto de vida como pareja y su deseo de realización personal de tener un hijo, estado de necesidad que se justifica no en el hecho de considerar al coito como no natural sino que realizándolo precisamente de manera natural no se logra la fecundación por problemas de fertilidad de uno o de ambos miembros de la pareja, o también aun cuando realizada dicha fecundación la gestación es totalmente inviable por poner en grave riesgo la salud y la vida de la madre; en tales casos las TERAS aparecen como una opción sana y viable de llegar al mismo objetivo: el de ser padres. Contestando la acusación de que las TERAS, en general, son totalmente opuestas a la procreación natural Carlos Cárdenas Quirós, citando a Eduardo Zannoni, dice lo siguiente:

“No compartimos esta opinión y hacemos nuestra la crítica que a esta posición formula Zannoni, cuando sostiene que “la inseminación artificial homóloga durante el matrimonio no contradice la naturaleza en cuanto a lo fundamental: la fecundación del ser humano, con los componentes genéticos de marido y mujer. Falta el coito o cópula perfecta entre ellos, pero no porque éstos la excluyan del objeto de su matrimonio sino porque, por sí, ese coito o cópula no logra satisfacer un fin a que está ordenado por la naturaleza: la procreación (...). Si se recurre a la técnica para procrear es porque los esposos no logran superar su infertilidad, no obstante haberlo intentado mediante el coito por sí mismo apto para la procreación. Es más, podríamos llegar a pensar que el no recurrir a la inseminación en estos supuestos, frustra el fin natural de la unión matrimonial, desde la perspectiva ética que analizamos. En efecto, si los esposos no han excluido la cópula, recurrir a la inseminación es un medio que facilita el concurso de los componentes genéticos naturales para fecundar sin contrariar el objeto de la prestación natural del matrimonio. La masturbación del marido para la obtención del semen no es, entonces, inmoral; es sólo el medio para posibilitar el fin natural. (...) Queda dicho

*pues que, en nuestro sentir, la técnica conducente a la inseminación homóloga no afrenta la naturaleza ni los fines del matrimonio y merece aprobación como un medio para superar, siendo posible, la infertilidad de los cónyuges.*³⁶.

Ahora bien, pese a que nuestra posición se ha inclinado siempre por la regulación positiva de la maternidad disociada, conforme lo hemos venido reiterando, es el momento de insistir también en dos hechos fundamentales: en primer lugar, la maternidad disociada puede ser homóloga cuando participan las células sexuales de ambos miembros de la pareja, en consecuencia el hijo gestado en vientre ajeno posee el 100% de la carga genética de los padres respecto de lo cual está claro que no habría ningún inconveniente, ni siquiera respecto al derecho a la identidad del menor el cual está asegurado; pero también puede ser heteróloga, es decir que uno o ambos miembros de la pareja sean absolutamente infértiles y se requiera óvulos y/o esperma donado, en tal caso la gestación se realiza igualmente en un “vientre de alquiler” pero el nacido ya no posee el total de las características genéticas de sus padres sino tan solo el 50% o incluso nada, con lo cual su derecho a la identidad puede verse afectado en tanto que se le omite la información acerca de su origen; en segundo lugar, y precisamente por lo señalado anteriormente, tenemos que decir que la regulación positiva debe darse, por consiguiente, asegurando el respeto a determinados principios y derechos básicos que en la ponderación debida deben estar por encima de cualquier otro derecho o interés subsidiario.

2.4. LA MATERNIDAD DISOCIADA EN EL DERECHO COMPARADO

2.4.1. ARGENTINA

En Argentina no existe una norma que regule las Técnicas de Reproducción Asistida, en consecuencia es difícil pensar que la maternidad disociada pueda estar permitida legalmente; en efecto, como resulta de la lectura del Código Civil argentino en su artículo 243 tenemos que el principio *mater semper certa est* sigue vigente en dicho país, ya que dicho artículo indica que:

³⁶ *Ibidem*, p. 27.

“La maternidad quedará establecida, aun sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido”; empero es de saber que este Código Civil está en ciernes de ser reformado completamente y es posible que sus innovaciones tengan que ver también con esta parte; sin embargo mas allá de la especulación y el optimismo, sabemos que a la fecha existen dos proyectos de ley específicos sobre maternidad disociada, a saber: 1) el Proyecto Prieto de Ley de Maternidad Subrogada, y 2) el Proyecto Monti de maternidad gestacional Subrogada, estos proyectos buscan regular los diferentes aspectos de la maternidad disociada, si bien ellos contienen diferentes matices podemos destacar los siguientes:

- La filiación del niño se establece a favor de la pareja que solicita el tratamiento a condición de que por lo menos uno de ellos haya aportado sus células reproductoras.
- Se prohíbe que la madre que da su vientre en alquiler done sus óvulos para la fecundación.
- Asimismo se prohíbe que la madre que da su vientre en alquiler reciba algún tipo de compensación.
- Es también un requisito obligatorio que la madre gestante tenga como mínimo un hijo propio.

2.4.2. COLOMBIA

Colombia tampoco tiene una legislación especial sobre las Técnicas de Reproducción Asistida, sin embargo sucede una situación muy especial, esa ausencia de regulación específica se ve suplida de forma magnífica por la más importante de todas las normas: la Constitución, en efecto la Carta Magna colombiana en el quinto párrafo del artículo 42 no solo reconoce la posibilidad de que existan niños concebidos mediante técnicas no naturales de reproducción sino que incluso deja claro que estos tienen igualdad de derechos frente a los demás hijos, conforme es de ver de su texto que literalmente indica:

“Artículo 42.-

(...)

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.”

Empero, como decíamos, no hay regulación específica en la materia de las TERAS, y menos aún en lo que se refiere a la maternidad disociada, lo cual se hace más patente si tenemos en cuenta que la presunción *mater semper certa est* no ha sido objeto de modificación alguna desde su formulación original en el Código Civil colombiano que, por cierto, es uno de los más antiguos de Sudamérica ya que data de 1887; el artículo en referencia es el signado con el número 92 que literalmente indica lo siguiente:

“Artículo 92.- Se presume que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento.”

Sobre esta materia es de anotar que en Colombia existió el Proyecto de Ley 46-2003 que regula el Contrato de Técnicas de Reproducción Asistida, el mismo que si bien ha sido rechazado por el Poder Legislativo colombiano en el 2004 (conforme ha informado ACIPRENSA) parecía no regular la posibilidad de la maternidad disociada, ya que el artículo 19 del proyecto más bien avalaba la presunción de que la filiación se prueba en razón del parto:

“Artículo 16. Prohibición de renuncia a la filiación materna. Será nulo de pleno derecho cualquier contrato por el que se convenga la gestación, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero.

La filiación de los hijos nacidos por la aplicación de las técnicas reguladas por esta ley, estará determinada por el parto o la cesárea en su caso.”.

Como decíamos, si bien este proyecto no permitía la gestación por sustitución (maternidad disociada) tampoco existe otra norma que la avale

legalmente, de modo tal que puede decirse que este tema no está legislado en Colombia pese a su evidente práctica social.

2.4.3. ESPAÑA

En España se presenta una situación particular puesto que en dicho país cuentan con una moderna ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, sin embargo la práctica de la maternidad disociada está completamente prohibida; en cuanto a la norma se trata de la Ley 14/2006, Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que además de regular los aspectos relativos a la reproducción artificial humana también, de manera innovadora se preocupa de otros aspectos, tal y como es de ver de su primer artículo que a la letra dice:

“Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación de la Ley.

1. Esta Ley tiene por objeto:

Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditada científicamente y clínicamente indicadas.

Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley.

La regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados.”

En lo que nos interesa que es lo relativo a la reproducción humana asistida, la nueva ley española³⁷ plantea una serie de requisitos personales interesantes y muy válidos tales como: la aplicación de las TERAS solo cuando no implique riesgo alguno para la mujer o los hijos concebidos bajo estas

³⁷ Recordemos que esta norma, la Ley 14/2006, es la segunda norma relativa a la materia ya que en realidad sustituyó a la anterior que fue una de las primeras a nivel mundial en regular los diferentes aspectos de la reproducción humana asistida, se trató de la Ley 35/1988 que, por cierto, contiene un artículo 10 prohibiéndose la gestación por sustitución (conforme transcribimos) idéntico al texto de la norma vigente que veremos más adelante:

“Ley 35/1988.-

Artículo 10.

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 en 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.”

técnicas, el consentimiento libre e informado, la necesidad de que esa información abarque todas las etapas del proceso y todas sus implicancias, la posibilidad de la suspensión de todo el procedimiento antes de la transferencia embrionaria, y la confidencialidad de todos los datos que son integrados en archivos individuales, tal y como es de ver del completo artículo 6 de la referida ley española:

“Artículo 3. Condiciones personales de la aplicación de las técnicas.

- 1. Las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación.*
- 2. En el caso de la fecundación in vitro y técnicas afines, sólo se autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones en cada mujer en cada ciclo reproductivo.*
- 3. La información y el asesoramiento sobre estas técnicas, que deberá realizarse tanto a quienes deseen recurrir a ellas como a quienes, en su caso, vayan a actuar como donantes, se extenderá a los aspectos biológicos, jurídicos y éticos de aquéllas, y deberá precisar igualmente la información relativa a las condiciones económicas del tratamiento. Incumbirá la obligación de que se proporcione dicha información en las condiciones adecuadas que faciliten su comprensión a los responsables de los equipos médicos que lleven a cabo su aplicación en los centros y servicios autorizados para su práctica.*
- 4. La aceptación de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por cada mujer receptora de ellas quedará reflejada en un formulario de consentimiento informado en el que se hará mención expresa de todas las condiciones concretas de cada caso en que se lleve a cabo su aplicación.*
- 5. La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspenda su aplicación en cualquier momento de su realización anterior a la*

transferencia embrionaria, y dicha petición deberá atenderse.

6. Todos los datos relativos a la utilización de estas técnicas deberán recogerse en historias clínicas individuales, que deberán ser tratadas con las debidas garantías de confidencialidad respecto de la identidad de los donantes, de los datos y condiciones de los usuarios y de las circunstancias que concurren en el origen de los hijos así nacidos. No obstante, se tratará de mantener la máxima integración posible de la documentación clínica de la persona usuaria de las técnicas.”.

La ley española trata estos y otros varios aspectos de la reproducción humana asistida, ahora bien como habíamos mencionado pese a que esta norma se mantiene a la delantera en cuanto a los demás países del mundo, esta ha optado por prohibir la disociación de la maternidad considerando que los contratos en donde se efectúe tal pacto son nulos de pleno derecho, e incluso restaura la presunción *mater semper certa est* que, como largamente hemos estudiado, asume que la maternidad está determinada por el parto, veamos si no el artículo 10 de la Ley 14/2006

“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.”.*

No solo extraña esta posición, que puede resultar retrograda en un país que fue de los primeros en regular jurídicamente la reproducción asistida, sino que extraña adicionalmente que en la exposición de motivos de la ley no consten los fundamentos por los cuales se impide la disociación de la maternidad más aún si tenemos en cuenta que un extenso artículo 5 regula diferentes aspectos de la donación de óvulos y espermatozoides, es decir se permite la posibilidad de que el nuevo ser sea concebido con óvulos o espermatozoides donados y, sin

embargo, se impide la práctica del vientre de alquiler para todos los casos, incluidos aquellos en los que si existiría el aporte total de las células reproductoras masculina y femenina de la pareja solicitante. Una de las explicaciones conservadoras que se han dado al respecto indican que el contrato de disociación de la maternidad es nulo porque el objeto es física y jurídicamente imposible, la explicación es más o menos como sigue:

“Nulidad de un contrato por carencia de objeto: el cuerpo humano está fuera del comercio de los hombres (res extra commercium). El hijo futuro no puede ser objeto de contrato entre el comitente y la gestante: las personas están fuera del comercio. Este argumento de Derecho Civil se refuerza, a mayor redundamiento, desde una visión constitucional, pues el reconocimiento de la dignidad humana impide que sea objeto de un contrato pactado entre partes, en el que una de las dos tendría derecho al nuevo ser.

Además, desconoce exigencias de orden moral y natural, e introduce un elemento perturbador en la paz familiar, que socava los valores nucleares en Derecho, cuales son los de la seguridad jurídica, como lo pone de manifiesto y evidencia el hecho de la proliferación de los litigios que se suscitan en reivindicación de la maternidad, bien por la gestante, bien por la donante del óvulo.”³⁸.

Los principales argumentos de los que defienden esta posición son, resumidamente, los siguientes: que no hay contrato sobre las partes del cuerpo humano, que no hay derechos sobre el nuevo ser, y que perturba la paz familiar. Todos estos argumentos son erróneos y falaces, el primero porque la donación de óvulos y esperma, o por ejemplo las de trasplantes de órganos, son contratos especiales que el Derecho admite plenamente; el segundo argumento es falaz también porque en realidad toda maternidad implica derechos y deberes sobre el nuevo ser sin que ello implique “cosificarlo”, por ejemplo en la maternidad adoptiva se establecen de pronto deberes y derechos (antes inexistentes) entre madre e hijo sin que nadie discuta su viabilidad o nulidad; por último el tercer argumento es excesivamente cruel e inexacto porque más bien el nuevo ser,

³⁸ BERNAD MAINAR, Rafael, *Op. Cit.*, p. 108.

anhelado con mayor énfasis por una pareja en la que uno o ambos miembros son infértiles, tiene por virtud la de reconstituir el hogar familiar y unirlo en sus auténticos fines como son el amor y la ayuda mutua. Por todo lo antes dicho creemos que la maternidad disociada debería ser sometida a revisión en España y ser reconsiderada³⁹ para aquellos casos especiales en los que la pareja presenta grandes dificultades para concebir y afectación en su deseo de ser padres.

2.4.4. MÉXICO

México tampoco cuenta con una Ley especial acerca de las denominadas Técnicas de Reproducción Humana Asistida, sin embargo es una sorpresa grata que cuente con una norma específica acerca de la maternidad disociada; la referida norma es la Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal que como su nombre indica regula diferentes aspectos de esta práctica respecto de los cuales resaltaremos aquí los más importantes. El segundo párrafo del artículo 2 de esta ley indica que la: *“Maternidad Subrogada es la práctica médica consistente en la transferencia de embriones humanos en una mujer, producto de la unión de un óvulo y un espermatozoide fecundados por una pareja unida mediante matrimonio o que vive en concubinato y que aportan su material genético”*, si bien el concepto es importante más relevante nos es aún que la referida ley mexicana permita que la disociación de la maternidad pueda realizarse tanto por una pareja unida en matrimonio como también aquellas que se encuentran en concubinato, lo cual nos parece un acierto porque equipara los derechos reproductivos de ambos tipos de familia. Más aun, esta norma parece dejar la puerta abierta para que las mujeres solteras también puedan hacer uso de esta práctica ya que el cuarto párrafo del mismo artículo 2 señala que las

³⁹ Recordando que en España el matrimonio homosexual está legalmente permitido, vemos que el debate sobre la prohibición de la maternidad disociada alcanza incluso a este tipo de familias: *“En tales circunstancias han aumentado progresivamente las situaciones en las que, ante la imposibilidad de adoptar, se recurre a otros medios sustitutorios a veces, para conseguir la paternidad (fundamentalmente de parejas casadas o no, varones ambos, o personas solteras, varones igualmente), o como única vía posible: al denominado “vientre de alquiler” (maternidad subrogada), prohibido expresamente por el ordenamiento español en el artículo 10 de la vigente Ley de Técnicas de Reproducción asistida de 2006 y, que es objeto de debate jurídico actualmente en España a raíz de la controvertida Resolución de la D.G.R.N de 18 de febrero de 2009 (RJ/2009/1735), conforme a la cual se permitió la inscripción en el Registro Civil de los hijos de dos ciudadanos españoles, varones, casados en 2005, nacidos en San Diego, California (Estados Unidos) en octubre de 2008 mediante “gestación de sustitución”.* BERNAL CRESPO, Julia Sandra, *Bioética y los Derechos Humanos: Un reto para el Derecho del Siglo XXI*. En: Guzmán Mendoza, Carlos; e, INSIGNARES CERA, Silvana (Editores), *Política y Derecho: Retos para el Siglo XXI*, ediciones Uninorte, Barranquilla, Colombia, 2010. p. 53.

“mujeres en estado civil diferente al señalado en el presente artículo podrán acceder a esta práctica médica, siempre y cuando cumplan con los requisitos señalados para la madre biológica en la presente Ley”, es decir que las mujeres que no estén casadas ni sean concubinas (es decir mujeres solteras, viudas, etc.) podrían acudir al “vientre de alquiler” siempre que tengan las condiciones que la ley mexicana exige para la madre biológica, las cuales de acuerdo al apartado VII del artículo 3⁴⁰ de la citada ley son los siguientes:

- Que tenga capacidad de goce y ejercicio.
- Que esté imposibilitada de llevar a cabo la gestación.
- Que aporte sus óvulos para la fecundación.
- Que asuma sus derechos y obligaciones como madre.

Entonces, conforme a la ley mexicana es posible interpretar que no solo la mujer viuda y la mujer soltera pueden acceder a la maternidad disociada sino que, incluso, la mujer lesbiana (que conforma una pareja con otra mujer) podría eventualmente recaer en esas condiciones y, según la norma, recurrir a la gestación por sustitución. Por último, el quinto párrafo del artículo 2 de la Ley comentada señala la exigencia de que todas las partes directas (madre, padre, mujer sustituta) en la maternidad disociada actúen sin fines de lucro.

Por otra parte, el artículo 14 de la norma mexicana regula los requisitos para las partes que intervienen en la maternidad disociada, entre las cuales tenemos:

- Poseer capacidad de goce y ejercicio.
- Que la madre biológica acredite, mediante certificado médico, la imposibilidad permanente para llevar a cabo la gestación.
- que la mujer gestante acepte la implantación del embrión ajeno y se comprometa a llevar a cabo la gestación de manera saludable.

⁴⁰ “Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal:
Artículo 3°. Para efectos de esta Ley se define y entiende por:
VII. Madre biológica: mujer con capacidad de goce y ejercicio que posee una imposibilidad permanente o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que aporta sus óvulos para la fecundación, y que se compromete mediante el Instrumento para la Maternidad Subrogada desde el momento de la implantación con las reglas que dispone la legislación vigente respecto a la maternidad, velando por el interés superior del menor y ejercer los derechos y obligaciones que emanan de la maternidad biológica.”

- que, de ser el caso, la mujer gestante informe a su pareja y que esta brinde su opinión al respecto.

Estas condiciones son usuales en la maternidad disociada, sin embargo hay una condición establecida en el artículo 16 de la ley mexicana que es singular porque establece la exigencia de que la mujer que es convocada para el préstamo de su vientre sea familiar de uno de los miembros de la pareja, esto a tenor del texto que indica que: “La mujer gestante deberá tener algún parentesco por consanguinidad o afinidad con la madre biológica o el padre”, por supuesto que a renglón seguido la norma señala que “en caso de que no exista una candidata que cumpla con dicha característica, podrá participar cualquier mujer en la práctica de Maternidad Subrogada” lo cual no evita el hecho de que el mandato inicial de la ley sea el de convocar a un pariente consanguíneo o afín para que lleve a cabo la gestación. Respecto de este requisito no tenemos mayores apremios siempre y cuando se expresa con mayor claridad que aun existiendo un pariente del sexo femenino con capacidad para concebir esta podría no prestar su consentimiento, con lo cual tal exigencia sería inútil ya que toda participación en la disociación de la maternidad requiere, como sabemos, la voluntad de la persona involucrada. Dicho sea de paso que la forma de la manifestación de voluntad no quedara al libre albedrío de las personas que la brindaran, es decir que no bastará que el consentimiento sea verbal o por medio de cualquier escrito, sino que a tenor del artículo 18 de la ley mexicana sobre maternidad subrogada que venimos comentando se requiere que el consentimiento de las partes se realice ante notario público⁴¹, lo cual nos parece otro acierto de la norma ya que el consentimiento para un caso tan delicado como el de la disociación de la maternidad debe ser indubitable.

Finalmente, quizás el planteamiento más importante de la norma mexicana consta en su artículo 22⁴² y se refiere al hecho de dejar claro que la

⁴¹ *“Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal:*
Artículo 18. El consentimiento que otorguen las partes que intervienen en la práctica de la Maternidad Subrogada deberá realizarse ante Notario Público, mediante el Instrumento para la Maternidad Subrogada que para tal efecto disponga la Consejería Jurídica y de Servicios Legales del Distrito Federal.
El consentimiento que manifiesten las partes debe ser indubitable y expreso. Los derechos y obligaciones que de él emanan son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal para su firma.
Dicho consentimiento deberá manifestarse antes de cualquier transferencia de embriones humanos.”.

⁴² *“Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal:*

gestación subrogada no genera parentesco entre la mujer gestante y el menor nacido, es decir queda abolida la presunción “mater semper certa est” ya que en este caso la madre no está determinada en razón del parto sino que se considerará madre a aquella que aporta los óvulos, con lo que toda posible controversia o incertidumbre quedará resuelta en ese sentido, y por ende la mujer gestante no podrá considerar que el menor que ha dado a luz es su hijo, resolviéndose así uno de los dilemas y cuestionamientos más serios que se hacían a la maternidad disociada sobre todo en sus argumentos más conservadores y menos fundados que daban valor a una presunción antiquísima en vez de la verdad que procedía de la ciencia moderna, aspectos que esperemos algún día sean puestos de manifiesto en la regulación peruana conforme es nuestra aspiración.

2.4.5. CHILE

En Chile tampoco existe norma especial sobre las Técnicas de Reproducción Asistida y, de hecho, no hay legislación concreta que trate el tema de la maternidad disociada; algunas referencias tangenciales pueden encontrarse, por ejemplo, en el artículo 182 del Código Civil chileno que señala que: *“El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”*, si bien este artículo permite el uso de las TERAS y parecería validar la maternidad disociada, la primera parte del artículo 183 del mismo cuerpo de leyes parece sentar una posición definitiva al respecto al declarar que: *“La maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil”*, es decir se valora al principio “mater semper certa est” que adjudica la maternidad al hijo que la mujer ha dado a luz y por ende la disociación de la maternidad carecería de sentido. En todo caso también es de observar el artículo 145 del Código Sanitario chileno que indica que: *“El aprovechamiento de tejidos o partes del cuerpo de un donante vivo para*

Artículo 22. El consentimiento otorgado en el Instrumento para la Maternidad Subrogada y la realización de esta práctica médica, no produce ninguna relación de parentesco o materno filial entre el menor nacido y la mujer gestante. En todos los casos los derechos de filiación serán a favor de la madre biológica y el padre.”

su injerto en otra persona, solo se permitirá cuando fuere a título gratuito y con fines terapéuticos”, dentro de este mandato legal puede considerarse que estaría permitida la donación de óvulos o esperma sin embargo ello no se acerca al establecimiento formal de una aceptación de la disociación de la maternidad, lo cual parece estar lejos en el caso chileno ya que ni siquiera existe un proyecto de ley al respecto.

2.4.6. ESTADOS UNIDOS

No solo las dificultades del idioma se presentan al intentar analizar la legislación estadounidense relativa a la maternidad disociada, sino que, como sabemos, en EEUU la principal fuente de derecho no es la ley sino la jurisprudencia por la predominancia del sistema *common law*; empero debemos salvar esta dificultad considerando algunas fuentes indirectas que sean fiables, por ejemplo Hildara Araya en un artículo denominado “Maternidad Subrogada: consideraciones legales” nos comenta de manera más específica cómo es que esta práctica se encuentra regulada en los diferentes estados de EEUU, indicando que: *“En estados donde la ley ampara esta técnica de reproducción asistida, puedes firmar un contrato y hacer una solicitud oficial para que los padres biológicos sean nombrados como tales en el certificado de nacimiento (la madre gestacional no tiene derecho alguno sobre el bebé). Por el contrario, en los estados más restrictivos, los contratos de este tipo no tienen validez y debes esperar a que la madre gestacional te ceda al bebé en adopción”*; seguidamente afirma que *“Illinois es el único estado que tiene leyes específicas que regulan y permiten la maternidad subrogada. En Florida, Nuevo Hampshire, Nevada, Texas, Utah, Virginia y Washington, esta técnica se permite en tanto se cumplan requisitos específicos. En otros estados, como Arkansas, Connecticut, Iowa, Dakota del Norte, Nuevo México, Tennessee y Virginia Occidental, se practica pero las leyes no son muy detalladas y existen diferencias entre los tipos de maternidad subrogada”*⁴³. Lo importante de esta fuente es que no solo menciona genéricamente que la maternidad disociada está permitida en Estados Unidos sino que, de manera más concreta, distingue los diferentes matices que alcanza

⁴³ ARAYA, Hilda, *Maternidad Subrogada: Consideraciones Legales*, Disponible en internet (actualizado al 13 de febrero del 2013): <http://embarazoyparto.about.com/od/QuedarEnEmbarazo/a/Maternidad-Subrogaa-Consideraciones-Legales.htm>

esta práctica en los diferentes estados; ahora bien, es cierto que la jurisprudencia americana sobre maternidad disociada es más conocida, por lo menos en su caso más saltante como lo fue Baby M.

2.4.7. URUGUAY

Si bien el sistema jurídico uruguayo es particularmente receptivo a las nuevas tendencias en Derecho de Familia (por ejemplo fueron los primeros en abordar el tema de la asimilación jurídica de las familias ensambladas y, también, son los primeros en legalizar la adopción a parejas gays), tal parece que en lo que corresponde a la maternidad disociada el sistema jurídico uruguayo aún demuestra severas reticencias; en primer lugar diremos que en este país no existe norma particular ni sobre las Técnicas de Reproducción Asistida ni sobre la disociación de la maternidad, empero existe un Proyecto de Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, promovido por el senador Alberto Cid, que a continuación comentaremos por lo menos en los aspectos pertinentes a nuestro tema principal. De plano diremos que este proyecto de ley rechaza la maternidad disociada denominándola falsa maternidad, lo cual se desprende claramente de su artículo 9 que literalmente indica lo siguiente:

“Artículo 9.- (Filiación. Falsa maternidad. Prohibiciones y delito).

La filiación materna de los hijos nacidos por la aplicación de las técnicas reguladas por esta ley, estará determinada por el parto o la cesárea en su caso.

Es nulo todo contrato, oneroso o gratuito, por el cual una de las partes provee un embrión humano para su gestación en el útero de una mujer, obligándose ésta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero.

Si se llevare a cabo igualmente lo prohibido, la madre del nacido será, a todos los efectos, quien le gestare.

Quien de su consentimiento, intervenga como intermediario, o realice o colabore con la transferencia embrionaria, en las condiciones referidas a este artículo, o la fomente a través de la publicidad, será castigado con seis meses de prisión a tres años de penitenciaría.”

Resulta particularmente extraño que un proyecto de ley que busca afirmarse en las modernas tecnologías reproductivas mantenga una presunción tan antigua y clásica como es aquella que está regida por el principio “mater semper certa est” y que indica, en términos sencillos, que la maternidad se adjudica en razón del parto, lo cual este proyecto de ley busca mantener ya que indica que la filiación materna estará determinada por el parto o la cesárea; seguidamente el artículo bajo comentario declara que es nulo todo contrato sobre subrogación de útero e, incluso, afirma que si dicha práctica se llevara a cabo se considerará como madre del menor nacido a la mujer que lo gestó con lo que, evidentemente, la disociación de la maternidad sería prohibida en Uruguay de aprobarse dicho proyecto, más aún si tenemos en cuenta que expresamente se señala que todos los que incurran en tales procedimientos de manera directa o indirecta serán pasibles de sanción penal. Este artículo es el único que se relaciona con la maternidad disociada en el proyecto de ley comentado, por ello finalmente diremos que si bien la prohibición anotada se parece mucho a la establecida en la norma peruana (Ley General de Salud, artículo 7) que impide el uso de las TERAS cuando no coincida la madre genética con la madre gestante, es de admitir que nuestra norma parece más ambigua y, en efecto, no dispone sanciones de carácter penal en caso de incumplimiento; en todo caso queda vigente la virtud del derecho comparado que permite intercambiar experiencias y recoger lo positivo de las legislaciones nacionales de países que, como el nuestro, se enfrentan a una problemática o vacío legal similar.

2.5. LA MATERNIDAD DISOCIADA EN LA JURISPRUDENCIA COMPARADA

Como resultará lógico, la falta de regulación positiva acerca de la maternidad disociada en el Perú y el mundo ha hecho que sean muy escasas las situaciones en las que la jurisprudencia ha podido asumir la resolución de la problemática en dichos casos, por lo cual las partes en conflicto han preferido muchas veces resolver sus controversias de manera privada ya que la norma no tenía respuestas para sus inquietudes. Sin embargo, existen algunos casos emblemáticos en la jurisprudencia comparada que es menester conocer no solo para entender los orígenes de la maternidad disociada dentro de la jurisdicción

comparada, sino también para comprender como ha sido resuelto dichos conflictos en otras latitudes. Uno de los casos más conocidos de la jurisprudencia comparada es el conocido como el “caso Baby M” sucedido en EEUU y cuyos aspectos más saltantes podemos resumir de la siguiente manera: La Sra. Stern es infértil, por ello, con el acuerdo de su esposo (el Sr. Stern) deciden contratar un vientre de alquiler para lo cual efectúan en 1985 un acuerdo de subrogación de maternidad con Mary Whitehead para que esta conciba y lleve a cabo el proceso de gestación de un bebé con el esperma del Sr. Stern; en efecto la Sra. Whitehead da a luz a la niña Melissa en marzo de 1986 (Baby M) pero se niega a entregarla a la pareja Stern alegando no solo un encariñamiento súbito sino que ella había aportado el óvulo para la fecundación. Llegado este caso al Tribunal de Nueva Jersey el Juez dispone que la niña debe ser entregada a la pareja Stern en cumplimiento del contrato acordado, impugnada esta decisión el Tribunal de Apelaciones revoca el fallo anterior declarando nulo el contrato pero, a la vez, ordenando que la niña se mantenga en custodia de la pareja Stern por constituir esta una unidad familiar que podía satisfacer de mejor manera las necesidades de la niña. En la instancia final, la Corte Superior de Justicia de EEUU mantiene la postura de dejar a la familia Stern en custodia de la menor pero reconoce a la Sra. Whitehead como la madre biológica y le otorga un régimen de visitas. Como podemos ver en el resumen que acabamos de efectuar, el Caso Baby M resuelto por la jurisprudencia norteamericana ha sufrido diversas variantes en el desarrollo de sus instancias, por ejemplo en materia contractual el acuerdo de maternidad disociada fue inicialmente declarado válido, luego anulado y, posteriormente, nuevamente fue validado, aspecto que debe resultar importante puesto que llegó a determinarse que al no haber vicios sobre la voluntad el acuerdo debía cumplirse; ahora bien también es cierto que pese a los cambios de opinión jurisprudencial la justicia norteamericana tenía claro que la menor debía estar en manos de la familia que le brindara mayor afecto y mejor calidad de vida en aplicación de su interés superior.

Otra sentencia relevante proviene de la jurisprudencia colombiana, nos

referimos a la sentencia T-968 del 2009 de la Corte Constitucional de Colombia⁴⁴ que toca varios aspectos importantes referidos a la maternidad disociada, por ejemplo señalando que cuando la legislación no contiene prohibición expresa acerca de su práctica pues, entonces, su uso está permitido, tal como citamos a continuación: *“En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo convenios o acuerdos. Sin embargo, respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta, la doctrina ha considerado que están legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo 42-6 constitucional, el cual prevé que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes.” La doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas.”* Como es de ver la sentencia es clara en manifestar que dentro de una posible regulación de la maternidad disociada debe comprenderse los derechos de los menores que nacerían mediante el uso de tales prácticas, un segundo aporte que podemos destacar es que la Corte Constitucional reconoce que los contratos de maternidad disociada son válidos aun cuando inmediatamente señala que estos deberán perfeccionarse a través de ciertos requisitos que impidan un desvío de los verdaderos objetivos de tales acuerdos, por ejemplo evitando el lucro excesivo o la falta de manifestación de voluntad de los participantes en el acuerdo.

Por último daremos cuenta de una sentencia dada en Valencia-España, que resulta muy peculiar puesto que se trata de una pareja de homosexuales que tienen un hijo nacido por gestación subrogada en California (EEUU) y que buscan su inscripción en la Dirección General de Registro y del Notariado la cual

⁴⁴ El contenido literal de la sentencia T-968 del 2009 de la Corte Constitucional colombiana puede verse en la página web de la referida entidad, en el siguiente enlace (actualizado al 20 de febrero del 2013): http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm#_ftn1

es aceptada y con lo cual ambos obtienen su partida de nacimiento en calidad de padres del menor, sin embargo el Ministerio Fiscal impugna la decisión y el Juzgado de Primera Instancia N° 15 de Valencia resuelve dejar sin efecto dicha inscripción, la cual es apelada tomando conocimiento el Tribunal Provincial de Valencia Sección 10 que finalmente dicta la sentencia 949/2011 826⁴⁵, en noviembre del 2011, desestimando la apelación en base a fundamentos como los que siguen: 1) que la gestación subrogada está prohibida en España desde las dos normas (una derogada, la otra vigente) que tratan el tema de la reproducción humana asistida, 2) que si bien el exequatur es aplicable en España este no puede superar a sus normas imperativas, 3) que existen indicios de que la pareja gay acudió a la gestación por sustitución en California para huir del ordenamiento jurídico español que la prohíbe. Como decíamos esta sentencia es peculiar puesto que, como sabemos, en España está permitida la unión homosexual con derechos iguales a los de un matrimonio heterosexual, quizás por ello existía la pretensión de esta pareja gay de inscribir a su hijo nacido en Estados Unidos en el Registro Nacional Español, sin embargo los argumentos de las instancias jurisdiccionales son claros al afirmar que la maternidad subrogada no está permitida a ningún tipo de parejas y que, por ende, toda inscripción es nula.

⁴⁵ El contenido literal de la sentencia 946/2011 826 del Tribunal Provincial de Valencia puede verse en la siguiente página web (actualizado al 20 de febrero del 2013):
<http://www2.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/jurisprudencia-actual/civil/sentencia-audiencia-provincial-num-9492011-de-valencia-826-23-11-2011>

CAPÍTULO III

3. ASPECTOS JURÍDICOS NECESARIOS EN LA REGULACIÓN LEGAL DE LA MATERNIDAD DISOCIADA EN EL PERÚ

En este capítulo, por una parte se realiza un análisis sobre el respeto y ponderación existente entre el derecho a la identidad e intimidad genética y el principio del consentimiento informado de los intervinientes en la contratación de un vientre de alquiler y, por otro lado, se plantea cuáles serían los aspectos de forma y fondo aplicables dentro de un régimen de regulación legal positiva de la Maternidad Disociada.

3.1. RESPETO AL DERECHO A LA IDENTIDAD GENÉTICA EN LA PRÁCTICA DE LA MATERNIDAD DISOCIADA

Antes de llegar a nuestra posición acerca de que el respeto al derecho a la identidad genética constituiría un aspecto de fondo importante, e incluso infaltable, en un régimen de regulación positiva de la maternidad disociada debemos desglosar este derecho y ubicarlo dentro de los derechos fundamentales de modo que su sustento pueda asentarse, como deseamos, en la Constitución y no en alguna otra norma menor, para cumplir ello es menester que vayamos por partes y veamos de dónde aparece este derecho y cómo se logra su consolidación.

3.1.1. IDENTIDAD E IDENTIDAD GENÉTICA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA IDENTIDAD PERSONAL

La identidad está tan ligada al ser humano tanto en su singularidad individual como en su forma colectiva, que puede hablarse, por ejemplo, de identidad religiosa o de identidad cultural como derecho individual y también como derechos de naturaleza colectiva; en el caso presente nos referiremos a la identidad genética desde una perspectiva enteramente singular y, por lo mismo, es nuestro deber delimitar a qué nos referimos con identidad desde el plano individual. Por “identidad” entendemos que incluye a todos los rasgos que nos diferencian de los demás y, por tanto, a nuestra individualidad, al hecho de ser únicos; en este sentido toda aquella característica que logre nuestra singularidad puede ser calificada como *identidad*, tales como: identidad sexual, identidad racial, identidad social, identidad cultural, identidad biológica, etc.; en cuanto a esta última, la expresión de *identidad biológica*, con la que antes nos podíamos referir por ejemplo a la prueba sanguínea como prueba positiva o negativa de paternidad, ha sido sustituida por la de “identidad genética” ya que la prueba de ADN ha resultado ser mucho más confiable porque otorga mayor grado de certeza al Derecho cuando dicha prueba es requerida, y esto porque la individualidad genética es aún más indubitable que la sanguínea. Como vemos, la *identidad* puede significar muchas cosas ya que, conforme afirma Esteban Agulló Tomas, es una palabra de varios significados⁴⁶ de lo que surge su complejidad, en este sentido la “identidad genética” es posible que tenga también varias connotaciones y, por lo tanto, se hagan necesarias mayores precisiones al respecto. El Diccionario Latinoamericano de Bioética, con el aporte de la estudiosa Genoveva Keyeux define a la identidad genética dentro de estos términos:

⁴⁶ “Pocos términos del lenguaje cotidiano ... ofrecen un despliegue de significados tan amplio como el de “identidad”, lo cual refleja su importancia en la cultura actual... Esta polisemia se ha visto reflejada en la diversidad terminológica (¿ambigüedad?) que se ha ido gestando en torno al concepto que aquí estamos tratando. Un ejemplo ilustrativo de lo dicho podría ser esta pregunta; ¿qué diferencias encontramos entre los siguientes términos: autoconcepto, autoimagen, yo, persona, sí mismo, personalidad, autodefinición, self, por citar unos ejemplos?. La verdad es que resulta complejo, en principio, el intento de apostar por cualquiera de ellos. Por tanto, ¿a qué podemos denominar “identidad”? ¿qué es la identidad?. ¿Una esencia, un carácter, una cualidad, una capacidad, un sentimiento, una sensación, un constructo mental, una estructura cognitiva, una concepción, una percepción, una definición, una abstracción? (...)

Lo primero que uno se percata al abordar la identidad humana es, por tanto, la falta de homogeneidad conceptual y la proliferación terminológica que existe y ha existido en torno al fenómeno.”. AGULLÓ TOMAS, Esteban, *Jóvenes, Trabajo e Identidad*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Asturias-España, 1997. pp. 175-176.

*“...la expresión “identidad genética” hace referencia, en términos generales y lato sensu, al patrimonio hereditario o a la secuencia de ácidos nucleicos (ADN) o genoma, que identifica e individualiza a un ser vivo, sea este un animal o un ser humano. Sin embargo, el término se ha utilizado en sentido restrictivo, refiriéndose más a la especie humana, para designar con él el bagaje genético de cada persona. (...) La identidad genética es entonces el conjunto de características genéticas propias de un ser humano que se pueden encontrar cuando se realiza un estudio del ADN de esta persona”.*⁴⁷

Si bien con esta definición arribamos a la conclusión, antes abordada, de que la identidad genética constituiría la singularidad genética por la cual un individuo es diferente a otro, aún no es posible establecer cuál es la importancia que tiene este concepto en el Derecho moderno, para lo cual quizás sea preciso su abordaje desde una definición que ya contemple su abordaje jurídico, en este sentido es necesario en nuestra opinión ligar la identidad no con sus componentes de “idéntico” o, más bien, de “singular” que ciertamente llevan a confusión cuando se les desglosa, sino con su característica de “identificación” que lleva la identidad hacia la perspectiva de la identidad personal, tal y como lo describen claramente Nelly Minyersky y Lili Flah, las que afirman lo siguiente:

“La identidad personal en su dimensión jurídica es reconocida dentro de los derechos esenciales que gozan los seres humanos por el solo hecho de serlo. ...La jurisprudencia reiteradamente ha sostenido que pocos derechos humanos pueden ser más dignos de protección que el de conocer las propias raíces. En este estadio debe diferenciarse la identidad estática de la identidad dinámica. La primera se vincula con la filiación genética, o sea la realidad biológica que se integra con los caracteres identificatorios propios de cada uno, como huellas dactilares, caracteres físicos, fecha de nacimiento, nombre, cuya síntesis se

⁴⁷ KEYEUX, Genoveva, *Identidad Genética*. En: TEALDI, Juan Carlos (Director), *Diccionario Latinoamericano De Bioética*, UNESCO y Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2008. p. 321.

*exterioriza en el genotipo único e irrepetible.*⁴⁸.

Esta identidad estática es la que el Derecho acoge de una manera inmediata porque, de hecho, es lo que surge apenas se gesta la vida humana, por ejemplo el niño al nacer es sujeto de derecho en cuanto: el derecho a tener un nombre, el derecho a conocer su origen biológico, el derecho a ser único, entre otros. Por exclusión debemos decir que la identidad dinámica a la que se seguían refiriendo las autoras mencionadas tiene que ver con el bagaje cultural, educativo, social, que la persona va adquiriendo en el curso de su vida⁴⁹, allí podemos encontrar precisamente a su, identidad religiosa, identidad cultural, identidad étnica, etc., que como ya es evidente no se relacionan con el derecho a la identidad genética.

3.1.2. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD GENÉTICA

La importancia del derecho a la identidad genética no solo está dada por su concepto, cuyo encuadre ya hemos adelantado, sino también porque es necesario indicar de qué maneras puede ser vulnerado este derecho de modo tal que sea preciso anticiparse a su protección; en este sentido, si la identidad genética se encuentra en relación directa con la identidad como derecho humano, o dicho de otro modo si las innovaciones científicas han permitido que el derecho a la identidad se vea engrosado por nuevos elementos y circunstancias⁵⁰, es posible pensar también que hay formas y situaciones en las que este “derecho a la identidad genética” puede ser vulnerado. Antes de analizar cuáles son estas posibilidades queremos resolver una inquietud acerca

⁴⁸ MINYERSKY, Nelly; y, FLAH, Lili, *Identidad Familiar y Derecho a la Identidad*. En: TEALDI, Juan Carlos (Director), *Diccionario Latinoamericano de Bioética*, UNESCO y Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2008. p. 324.

⁴⁹ “El contenido dinámico de la identidad personal se integra con el desarrollo psicofísico, con su formación cultural, educación y esencialmente en la proyección histórica existencial de cada persona.”. *Ibidem*, p. 324.

⁵⁰ “Esa novísima interpretación, basada en la biotecnología, amplía extraordinariamente los contenidos de los términos “identidad”, “intimidad” e “integridad” que aparecen incluidos en algunos de los instrumentos de derechos humanos y en algunas constituciones nacionales, los cuales ofrecen un marco deficiente para regular los avances de la ciencia biotecnológica de los últimos quince años que ha rebasado dichos contenidos ampliándolos en lo que se conoce como “identidad genética”, “intimidad genética” e “integridad genética”. Esta circunstancia exige una revisión de la interpretación que actualmente se está dando a dichos términos, la cual debiera conducir a una nueva valoración de los mismos previa a su inclusión en los textos constitucionales que estarán vigentes en los años dos mil”. LERET, María Gabriela, *Derecho, Biotecnología y Bioética*, Editorial CEC, Caracas, 2005. p. 12.

de si este derecho a la identidad genética tiene base normativa propia, en lo que corresponde al derecho internacional al parecer ni siquiera su norma más importante se refiere a la identidad genética como un derecho, nos referimos a la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO en 1997; dicha omisión por supuesto no representa que el derecho se encuentre limitado o, peor aún, que se considere que tal derecho no existe, la interpretación correcta es que el derecho a la identidad genética no es un derecho nuevo (de tercera o cuarta generación) sino que más bien se trata de un componente nuevo de un derecho ya existente, como es el derecho a la identidad (de primera generación) que, por supuesto, es un derecho humano plenamente reconocido por la legislación internacional de la materia y por la mayoría de Constituciones nacionales. En el caso peruano, por ejemplo, el derecho a la identidad está establecido en el primero de los artículos referido a los derechos fundamentales, el artículo 2 numeral 1⁵¹, y la identidad genética connatural al individuo tanto como su identidad cultural, religiosa, social, etc., es también parte de sus componentes tal y como lo afirmara Marcial Rubio al analizar precisamente esta parte del texto constitucional:

“El derecho a la identidad es aquel que protege a la persona en lo que constituye su propio reconocimiento: quién y cómo es. Comprende diversos aspectos de la persona que van desde los estrictamente físicos y biológicos (su herencia genética, sus características corporales, etc.) hasta los de mayor desarrollo espiritual (sus talentos, su ideología, su identidad cultural, sus valores, su honor, reputación, etc.).”⁵²

Es momento de ver, entonces, si la identidad genética como derecho puede ser vulnerada, y si es que acaso es posible determinar desde un plano más concreto y real cómo puede darse dicha vulneración. En nuestra opinión dos son las principales maneras en las que se puede vulnerar la identidad

⁵¹ Constitución de 1993:
“Artículo 2. Toda persona tiene derecho:
1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.”

⁵² RUBIO CORREA, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo 1, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999. p. 127.

genética de un individuo: en primer lugar, no es fantasioso decir que la clonación humana (sea con el propósito que sea) constituye un grave atentado a la singularidad humana en donde cada individuo es único no solo por su dignidad intrínseca sino, más aun, por su constitución genética; en ese sentido la posibilidad de reproducir a uno o varios seres humanos es aberrante y contrario al sistema de protección brindado por los derechos humanos, justamente la Declaración sobre el Genoma Humano al que antes nos hemos referido hace un importante y contundente aporte en este sentido condenando en su artículo 11⁵³ la clonación humana con fines reproductivos. Empero es de admitir que la probabilidad de emplear este recurso, la clonación humana, en el Perú es muy baja no sólo por su prohibición legal⁵⁴ sino que técnicamente es impracticable por los recursos materiales y humanos que ello implicaría; en todo caso, ello no debe evitar que el Estado y los particulares descuiden brindar atención permanente a la legislación que tajantemente prohíbe su uso.

Otra posibilidad de vulneración del derecho a la identidad genética tiene mayores posibilidades de ocurrencia en nuestro país debido al aumento en el uso de las llamadas Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS) en donde a veces se permite la utilización de células reproductoras donadas (vale decir, óvulos y/o espermatozoides) o de embriones previamente fecundados (embriodonación) o, también, la posibilidad de que la gestación se lleve a cabo en vientre ajeno (maternidad disociada o vientre de alquiler), en todos estos casos, y en otros que dichas técnicas permiten, es muy probable que la donación esté amparada contractualmente en el secreto de la identidad del donador, denominada como “intimidad genética” el cual constituye también un derecho

⁵³ Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos:
“Artículo 11.- No deben permitirse las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos. Se invita a los Estados y a las organizaciones internacionales competentes a que cooperen para identificar estas prácticas y a que adopten en el plano nacional o internacional las medidas que corresponda, para asegurarse de que se respetan los principios enunciados en la presente Declaración.”

⁵⁴ En el Perú las normas que expresamente prohíben la clonación humana son: la Ley General de Salud y el Código Penal, en los artículos siguientes:
- Ley General de Salud:
“Artículo 7.- (...) Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.”
- Código Penal:
“Artículo 324.- Toda persona que haga uso de cualquier técnica de manipulación genética con la finalidad de clonar seres humanos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al Artículo 36, incisos 4 y 8.”

humano y, por tanto, susceptible de protección jurídica. La intimidad genética es un componente del derecho a la intimidad, protegido por el artículo 2 numeral 7⁵⁵ de la Constitución, e implica el derecho a que se mantenga la confidencialidad de los datos genéticos de un individuo y la de prohibir su difusión o revelamiento sin la autorización indubitable del mismo, tal y como también consta en la Declaración Universal del Genoma Humano que en su artículo 7 prescribe que: *“Se deberá proteger en las condiciones estipuladas por la ley la confidencialidad de los datos genéticos asociados con una persona identificable, conservados o tratados con fines de investigación o cualquier otra finalidad.”*. Entonces, si el derecho a la identidad genética implica, en uno de sus aspectos (quizás el más importante) el derecho a conocer el origen biológico (genético) del cual uno procede, es decir el derecho a saber quién fue su padre o su madre, o ambos, claramente el derecho a la intimidad genética implicaría una violación de dicho derecho puesto que la obligatoria cláusula de confidencialidad impediría el conocimiento de la verdad biológica, dicho de otro manera: si disociamos la maternidad y resulta que la madre gestante es una persona, la madre genética es otra e incluso el padre ha sido gestado con semen de donante anónimo ¿tendría el hijo nacido bajo estas técnicas el derecho a conocer su identidad genética verdadera?. Es momento de decir que sí, en efecto en nuestra opinión por muy válidas que sean las TERAS, contribuyendo a que muchas personas y parejas se realicen en su proyecto de vida teniendo descendencia, existen circunstancias como las mencionadas en las que hay una afectación evidente del derecho a la identidad genética que es preciso resolver ponderadamente.

3.1.3. PONDERACIÓN ENTRE IDENTIDAD GENÉTICA VERSUS INTIMIDAD GENÉTICA

Es cierto que es posible que dos o más derechos fundamentales entren en conflicto ante lo cual es necesario que la autoridad jurisdiccional efectúe una ponderación que permite valorar ambos derechos y decidirse por la defensa de uno de ellos y por la temporal inaplicabilidad del otro; esta ponderación ha sido

⁵⁵ Constitución de 1993:
*“Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:
7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.”*

denominada por el Tribunal Constitucional como un *test de proporcionalidad*⁵⁶ cuyas secuencias (subtest de idoneidad, de necesidad y de ponderación) deberán seguir los magistrados al calificar dichos casos. No es nuestro propósito, en la presente investigación, efectuar dicho tratamiento metodológico para resolver la inquietud que acabamos de esbozar, nos bastará usar el método lógico y de integración para poder determinar cuál es el camino que se debe seguir ante la colisión entre identidad genética e intimidad genética como derechos. El caso es claro, un niño ha sido gestado en un vientre de alquiler (madre gestante) mediante el aporte del ovulo de la madre (madre genética) y del esperma de donante anónimo (padre genético) debido a que la pareja de la madre genética tiene problemas insolubles de fertilidad, por eso recurren a esta técnica de reproducción asistida heteróloga, recordemos que la fecundación *in vitro* o la inseminación artificial heteróloga son aquellas en las que se usa esperma o óvulos de hombre o mujer cedentes a veces anónimos o a veces familiares, amigos o terceros identificables, aquí hablamos por supuesto de un donante que apela a su derecho a la intimidad (confidencialidad genética) puesto que simplemente ha aportado sus células reproductoras en “bancos de esperma” que se ocupan de guardar la correspondiente confidencialidad y, por ende, cuando luego llega la pareja que desea hacer uso de dichas células no tiene modo de conocer a la persona que realizó dicho aporte; por consiguiente un niño que es concebido en este contexto se forma en el seno de una familia amorosa y protectora con la cual, empero, no guarda relación de identidad (total o parcial) genética debido al uso de células sexuales donadas. En el ejemplo propuesto, un día el ahora joven mayor de edad se entera de dicha situación y recurre a sus padres los cuales, en efecto, no conocen la identidad del “padre genético”, acude

⁵⁶ “25. Tal como lo ha establecido este Colegiado, el test de proporcionalidad incluye, a su vez, tres sub principios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone, como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.”. Fundamento 25 de la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp.N. 579-2008-PA/TC, Caso Becerra Leiva, del 05 de junio del 2008.

al centro médico donde se realizó la intervención e igualmente estos señalan que no tienen esa información porque el esperma llega al centro médico sin una identificación en particular, acude finalmente al “banco de semen” y ahí le dicen que sí poseen esa información pero que no pueden revelarla por mandato expreso del donante. Entonces es el momento de resolver: ¿Qué debe primar?, ¿el derecho a la intimidad del donante anónimo o el derecho a la identidad del solicitante?, ambos son derechos constitucionales de igual rango.

En auxilio de este debate llega un derecho que recientemente ha sido catalogado como de nivel constitucional por nuestro Supremo Intérprete⁵⁷, nos referimos al “derecho a la verdad”; este derecho implica la facultad que tiene toda persona de investigar sus orígenes cuando estos son difusos o indeterminados, en este sentido el derecho a la verdad es un derecho a la verdad biológica y se trasunta en un objetivo fundamental que el Derecho no podría negar y es el de conocer la verdadera filiación, por ende la intimidad genética aun cuando se trata de un derecho constitucionalmente reconocido no podría impedir la investigación de la paternidad puesto que ello haría recaer en “abuso del derecho” y en una arbitrariedad oponible justamente a la esencia de los derechos fundamentales. Dicho de otro modo, mientras que la intimidad genética recae opcional y coyunturalmente en un individuo que desea proteger su anonimato (el cual debe protegerse en tanto no exista conflicto), la identidad genética es un derecho también personalísimo pero cuyo interés es colectivo, es decir a la sociedad y al Estado nos interesa saber que a la persona que está investigando su verdadero origen biológico se le brinde todas las garantías y protección jurídica posible, más aun si es un niño o un joven cuyo proyecto de vida depende en buena medida de la satisfacción de su deseo de conocer la verdad; en este contexto no debe caber duda que nuestro ordenamiento jurídico permite la investigación de la paternidad usando incluso el examen de ADN como prueba determinante para su reconocimiento judicial⁵⁸, es así que el

⁵⁷ “13. Así, el derecho a la verdad, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, es un derecho plenamente protegido, derivado en primer lugar de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional.”. Fundamento 13 de la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 2488-2002-HC/TC, Caso Villegas Namuche, del 18 días de marzo del 2004.

⁵⁸ Código Civil peruano:

“Artículo 402.- La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

“6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.”

derecho a la identidad genética alcanza un significado fundamental para cualquier posible regulación de las TERAS, en general, o de la maternidad disociada en particular.

3.2. PRINCIPIO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO (AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD)

Tanto o más aberrante que el atentado al derecho a la identidad genética de una persona permitiendo que viva en la ignorancia o acceda a la verdad respecto de su origen biológico, es el hecho de que uno de los miembros de la pareja que ha sido sometida a estos procedimientos desconozca en todo o en parte las implicancias de sus aplicaciones, es decir resultaría absurdo que una persona sea sometida al procedimiento de maternidad disociada (sea como padre, donador, madre genética o gestante, etc.) sin su voluntad o, incluso, en contra de su voluntad. Justamente, al principio de consentimiento informado se le conoce también como principio de autonomía, y se refiere no solo al acto de consentir la práctica de determinada intervención médica sino de haber sido previamente informada de ella. Este principio se encuentra establecido en la Declaración Universal sobre el Genoma Humana que en su artículo 5.b⁵⁹ refiere que toda actividad, tratamiento o diagnóstico en relación con el genoma de un individuo requiere el consentimiento libre, previo e informado de la persona interesada; del mismo modo como ya hemos reiterado, nuestra Ley General de Salud refiere en la última parte que: *“para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos”*. Ahora bien es cierto que este requisito de fondo ya se encuentra en nuestra legislación, sin embargo debemos manifestar nuestras aprensiones a dicha formulación: en primer lugar porque se habla aquí de un consentimiento previo y escrito pero no se dice que dicho consentimiento tenga que ser informado ni se delimita claramente el procedimiento por el cual se va a llegar a dicha manifestación de voluntad, y en segundo lugar (lo que es más importante) dicho consentimiento tal y como está escrito en dicho texto no está

⁵⁹ “Declaración Universal sobre el Genoma Humano:
Artículo 5.-

b) *En todos los casos, se recabará el consentimiento previo, libre e informado de la persona interesada. Si ésta no está en condiciones de manifestarlo, el consentimiento o autorización habrán de obtenerse de conformidad con lo que estipule la ley, teniendo en cuenta el interés superior del interesado.*

dirigido a la regulación de la maternidad disociada puesto que allí precisamente no se presenta la condición que ha puesto la Ley General de Salud de que todo tratamiento reproductivo está permitido siempre que la condición de madre genética recaiga en la de madre gestante, por ende si proponemos que la maternidad disociada se regule positivamente en el Perú debemos también proponer que este principio sea reformulado alcanzando los lineamientos básicos que la declaración Universal sobre el Genoma ha establecido, es decir:

- Que el consentimiento sea libre
- Que el consentimiento sea informado
- Que el consentimiento sea previo

Adicionalmente nosotros decimos que debido al estado de fragilidad en la que se encuentra la pareja y la mujer infértiles y, sobre todo, al estado de necesidad que experimentan y por el cual acuden a las TERAS y al vientre de alquiler para poder cumplir sus expectativas de ser padres, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- Que en el consentimiento libre la voluntad de las partes no puede ser sometida a coacción, manipulación, o presión de cualquier tipo; de este modo debe impedirse que las personas que tomarán las decisiones sobre la aplicación de tales procedimientos puedan ser objeto de presión o persuasión debido al interés de la clínica o de la mujer que prestará su vientre en alquiler en practicar los procedimientos a fin de obtener una contraprestación.
- Que en el consentimiento informado se establezca claramente que la información tiene que ser clara y transparente brindando las ventajas y desventajas del procedimiento reproductivo, asimismo esta información debe alcanzar a describir todo el procedimiento desde su etapa inicial hasta incluso la etapa del postparto con las consecuencias físicas y psicológicas que podría acarrear tanto en la mujer gestante como en la madre que ha solicitado, por último dicha información debe ser comprensible para las personas que van a tomar las decisiones de aplicar dichas técnicas en su propio cuerpo y no necesariamente quedarse en el

lenguaje científico-médico del especialista que las va a aplicar.

- Que el consentimiento sea previo ha de implicar no solo que sea anterior a la práctica de cualquier tratamiento sobre la fertilidad de la pareja, sino que se les brinde tiempo suficiente para poder tomar adecuadamente sus decisiones.

De este modo, sometiendo al principio de consentimiento informado a una reformulación en el cual normativamente se establezcan sus alcances, estaremos minimizando y/o evitando un uso nocivo y excesivo de la maternidad disociada restringiéndolo a un estado de necesidad y a una situación muy singular y meditada de la pareja que solicita su práctica.

3.3. EL DERECHO A SER MADRE O EL DERECHO AL HIJO

Hemos hablado hace unas líneas de que las parejas infértiles que anhelan un hijo se encuentran en un especial estado de necesidad ya que creen firmemente que su descendencia es parte de su proyecto de vida como personas y como pareja, dicho pensamiento no puede ser juzgado de ninguna manera ya que todo ciudadano tiene el suficiente libre albedrío como para albergar sus propios pensamiento y deseos sin que el Estado o los particulares puedan intervenir en ellos. Sin embargo, aquí se plantea una cuestión muy importante: si el Estado no puede impedir el anhelo de una pareja o persona infértil de tener un hijo, ¿debe participar en su logro?, dicho en otras palabras ¿puede ser el anhelo a tener un hijo un componente del derecho a la maternidad y por ende constituir un derecho al hijo?. En la resolución de la inquietud referida adicionalmente deberemos precisar si el derecho a ser madre es equivalente al derecho al hijo, en consecuencia vayamos por partes:

3.3.1. EL DERECHO A SER MADRE

Se suele asociar e incluso confundir los derechos de ser mujer con los derechos asociados a la maternidad, en realidad no toda mujer llega a ser madre y sin embargo posee todas los derechos relacionados con su género y con su condición intrínseca de ser humano, tales como: el derecho a la salud, el

derecho a la educación, entre otros. Por eso mientras que los derechos de la mujer son inherentes, los derechos de la maternidad se activan en un momento determinado, (por ejemplo una mujer no podría invocar su derecho al descanso pre y post-natal si en realidad no se encuentra embarazada), en nuestra opinión es aquí donde puede haber problemas en la determinación de la existencia de este derecho: algunos dirán que la maternidad y sus derechos asociados solo se activan con el hecho de dar a luz, otros dirán que el proceso gestacional es suficiente para determinar la maternidad, etc.; nosotros decimos, por el contrario, que los derechos de la maternidad efectivamente están relacionados con todos estos momentos pero desde una etapa aún más anterior: desde el instante en el que la mujer toma la decisión de ser madre. Ahora bien cuando las normas base se están refiriendo a la maternidad ¿se estarán refiriéndose a un derecho fundamental equivalente, por ejemplo, a algún derecho del hombre, o se estarán refiriendo a un derecho especialísimo de la mujer?. Veamos: la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 25 numeral 2 indica que: *“La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”*; asimismo, nuestra Constitución Política en la primera parte del artículo 4 señala que: *“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono”*, de ambas normas puede entenderse que en este cuidado asignado a la madre no se determina con exactitud en qué momento comienza dicha tutela, sin embargo ello ha de verificarse en concordancia con el artículo 6 de la propia Carta Magna que indica que el Estado peruano: *“Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir”*. Marcial Rubio, al analizar esta parte de la Constitución, advierte que el Estado puede intervenir en casi todos los aspectos de una Política de Población (o Políticas de Planificación Familiar y Paternidad Responsables); sin embargo, no puede intervenir en absoluto en el *derecho a decidir*⁶⁰ por el cual la Carta Magna le asigna en exclusividad a la pareja las decisiones relativas a sus hijos. En este contexto el derecho a ser madre va alcanzando un contenido mucho más concreto y por ello es posible que este derecho involucre a la vez:

⁶⁰ *“Como se puede apreciar la política de población que existe en el Perú es compleja y comprende diversos objetivos que son todos jurídicamente exigibles. En varios de ellos el Estado tiene un rol importante que jugar. En el único que no lo tiene es en el de la libre decisión de padre y madre sobre los hijos que tendrán.”* RUBIO CORREA, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Tomo 2, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999. p. 61.

- El derecho a decidir tener hijos
- El derecho a decidir no tener hijos
- El derecho a decidir en qué momento tener hijos
- El derecho a decidir cuántos hijos tener
- El derecho a mantener en custodia a sus hijos menores siempre que no medien causales de pérdida de la patria potestad

Ahora bien, hay dos sentidos más en el que debe entenderse este derecho a ser madre y se encuentra comprendido, nada menos que, en la Ley General de Salud en el recordado artículo 7, dichos sentido son los siguientes:

- El derecho a decidir el tratamiento de su infertilidad
- El derecho a decidir usar alguna técnica de reproducción asistida

Son precisamente todos estos elementos los que le dan contenido a la protección a la maternidad que la Constitución establece, caso contrario tendríamos un derecho sin contenido lo cual es improbable en un Estado Constitucional de Derecho; es por eso que si alguien cuestionara que el derecho a ser madre implicara el respeto y la tutela de los elementos antes descritos (y de otros que le están relacionados, por ejemplo el mencionado descanso pre y post natal) estaría vaciando de contenido el referido derecho y contraviniendo el mandato constitucional.

3.3.2. EL DERECHO AL HIJO

Con el planteamiento antes señalado es aún más fácil entender de donde procede el derecho al hijo, pues proviene del derecho a decidir cuyos componentes más destacados son los que hemos citado y que conforman los derechos a ser madre; en este caso se trata claramente del “derecho a decidir tener hijos” cuya invocación no puede ser prohibida no por el Estado ni por los particulares, y del “derecho a usar alguna técnica de reproducción asistida” lo cual por supuesto puede incluir la disociación de la maternidad siempre que se realice sin generar ningún prejuicio en las partes y respetando los principios y derechos establecidos para tal fin. Sin embargo, si bien el derecho al hijo es una

realidad jurídica innegable como componente de los derechos asociados a la maternidad cabe preguntar ¿es un derecho exigible al Estado?, ¿si es exigible al estado la maternidad disociada (vientre de alquiler) podría estar incluida dentro de los sistemas nacionales de salud?. Es aquí donde el tema es delicado y, como puede verse con nuestra exageración intencional, conduce a extremos que en vez de colaborar con un régimen de regulación de la maternidad disociada más bien lo entorpecen dibujando una atmósfera de materialismo que no se ajusta a la realidad de las parejas infértiles que más bien lo que buscan es repartir su afecto a su descendencia, una pareja que no puede tener hijos pero los anhelan es más probable que los quieran y prodiguen el amor debidos mucho más que algunas parejas que habiendo tenido hijos no deseados los abandonan o los cuidan sin la mejor disposición. Es cierto que ante la valoración del derecho al hijo y, en consecuencia una probable regulación de la maternidad disociada, se ciernen las siguientes presuntas amenazas: el aumento de la práctica del vientre de alquiler y su uso por cuestiones no relacionadas con el estado de necesidad (vanidad, estética personal, etc.), su práctica por personas que en realidad no son infértiles, la cosificación de la vida humana, el lucro y consecuente tráfico de espermatozoides y óvulos humanos, entre otros; sin embargo hay que decir que muchos de estos miedos son más bien prejuicios de personas con actitudes extremadamente conservadoras ante las nuevas oportunidades que nos brinda la ciencia médica, de lo que se trata más bien es de que el Derecho pueda regular esos posibles excesos y no más bien de prohibirlo o de seguir manteniéndolo en el limbo. Por citar un ejemplo es cierto que el libre tránsito es un derecho inherente al ser humano, pero no por el hecho de que haya habido algunos robos en nuestro distrito vamos a restringir dicho derecho en toda la ciudad o el país, lo que debe hacerse es garantizar el libre tránsito porque en su ejercicio libre y responsable no se encuentra el problema sino en su abuso y su interacción con otros delitos.

Algunos autores emparentan el derecho al hijo con el derecho a la procreación, integrando a la vez este derecho con el derecho a la vida, a la integridad y a la libertad; por ejemplo el especialista peruano Dr. Enrique Varsi Rospigliosi define el derecho a procrear indicando que es:

“...[la] facultad individual que tiene la persona para procrear con quien quiera, cuando quiera y como quiera. Este derecho ha obtenido mayor connotación con la utilización de las técnicas de reproducción asistida en los casos de fecundación en mujeres solas, en homosexuales, maternidad subrogada, crioconservación, clonación, entre otros.

Como facultad inherente al ser humano la procreación es un derecho derivado del derecho a la vida, de la integridad y de la libertad de la persona”⁶¹.

En el mismo sentido se ha expresado Miguel Soto Lamadrid⁶², el mismo que adicionalmente ha criticado la lasitud del Estado con respecto a las Técnicas de Reproducción Asistida (dentro de las cuales se incluye la maternidad disociada) y ha señalado incluso que aun cuando el sistema jurídico las prohibiera ello sería materialmente imposible: *“Si el Estado no puede prohibir a la pareja el tener o no tener hijos, tampoco le puede prohibir el recurso a la inseminación artificial, además de que, cualquier medida en este sentido, sería absolutamente inútil”⁶³*, ha afirmado.

No es que queramos que este tema se resuelva desde una condición de género, sin embargo es probable que exista un prejuicio de la sociedad y el sistema en contra de las mujeres como seres pensantes que pueden elegir libremente su derecho a la procreación sin límites arbitrarios; nosotros mismos hemos dicho aquí largamente que la regulación positiva de la maternidad disociada no implicará su práctica abierta y sin restricciones, proponemos más bien que ella se regule en base a normas estrictas en las que se aseguren determinados principios y derechos y en base a un procedimiento pre-establecido que le libre de los vicios que se han mencionado, del mismo modo

⁶¹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Derecho Genético: Principios Generales*, Tercera Edición, Editorial San Marcos, Lima, 1998, p. 191.

⁶² *“Se dice que ‘el derecho a procrear’ es un derivado de varios derechos fundamentales, como el derecho a la vida, a la integridad física y a la libertad. De aquí que algunos consideren que el derecho a procrear no es un derecho de la familia, sino de la persona, y que su justificación se encuentra en el derecho a la libre regulación de la vida privada, por lo que el interés de tener hijos forma parte de la tutela asegurada por el ordenamiento jurídico a la personalidad.”* SOTO LAMADRID, Miguel Angel, *Biogenética, Filiación Y Delito: La Fecundación Artificial Y La Experimentación Genética Ante El Derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990. p. 140.

⁶³ *Ibidem*, p. 140.

tampoco decimos que el derecho al hijo sea un derecho que pueda abolir los demás derechos, nuestro deber es ser cautos y diligentes con la regulación de un derecho nuevo, de nuevas formas de ver la maternidad, de un nuevo procedimiento, de nuevas técnicas de reproducción, en fin de aspectos delicados referidos a la vida humana, a la pareja y a la familia que no tienen antecedentes en ninguna época de la historia del Derecho lo cual es una oportunidad que debemos asumir con respeto y sin prejuicios, haciéndonos eco también de las palabras de Javier Gafo que al respecto decía que: *“Los hijos representan para la pareja la plenitud de la unión y del amor conyugal. Por eso mismo la pareja que trata de vencer las dificultades de la esterilidad ha de ser animada y apoyada por todos, individuos e instancias sociales.”*⁶⁴.

3.4. ASPECTOS DE FORMA Y DE FONDO APLICABLES EN UN RÉGIMEN DE REGULACIÓN LEGAL POSITIVA DE LA MATERNIDAD DISOCIADA

A estas alturas estamos en condiciones de esbozar un régimen de regulación legal positiva de la maternidad disociada, es decir no solo proponemos que deba aprobarse legalmente la práctica de la maternidad disociada (contrario a algunas posiciones que se inclinan a pensar que toda disociación de la maternidad debe prohibirse penalmente) sino que adicionalmente pensamos que esta debe contener algunos requisitos de fondo y forma que permitan defender otros derechos igualmente válidos e importantes, de modo que la práctica de la maternidad disociada no se derive hacia abusos y vicios que podrían terminar desnaturalizándola y afectando otros derechos. Como se entenderá estos requisitos son concurrentes, es decir todos ellos deben coexistir al mismo tiempo en cada situación particular, ya que no se trata de condiciones opcionales o excluyentes que permitan hacer una distinción de cada caso en particular o de hacer excepciones que afecte el constitucional derecho a la igualdad que también entraría en juego. En este sentido hemos dividido los requisitos en los de forma y los de fondo, siendo todos ellos obligatorios y concurrentes como hemos insistido.

⁶⁴ GAFO, Javier, *Nuevas Técnicas de Reproducción Humana*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1986. p. 58.

3.4.1. REQUISITOS DE FONDO

En cuanto a los requisitos de fondo hemos considerado los siguientes sin ningún orden en particular, más bien insistiendo en la necesidad de que todos ellos concurren bajo el mismo régimen.

3.4.1.1. ESTADO DE NECESIDAD

Este que podría parecer el menos esencial de los requisitos es, sin embargo, el más importante ya que debe quedar claro para toda política regulativa de las Técnicas de Reproducción Asistida en general, y de la maternidad disociada en particular, que su aceptación jurídica se permite únicamente para casos de necesidad, es decir en los casos de infertilidad de uno o de ambos miembros de la pareja, en este caso la exigencia es evidente de que la mujer contratante del vientre de alquiler debe de adolecer de una incapacidad sea para ovular o para llevar dentro de su vientre el proceso gestacional, por lo cual debe quedar expresamente prohibida su práctica en los casos de que no exista dicho estado de necesidad, tales como: vanidad, miedo a engordar, temor al embarazo, o cualesquier otra situación que no se relacione precisamente con el anhelo de tener un hijo para prodigarle amor y cuidados; por ello será necesario que la interesada sea sometida a un examen médico especializado en donde, al finalizar, emitan un certificado en el que se acredite de manera indubitable y científica la incapacidad de la mujer en ovular y/o gestar, lo que podría constituir recién el inicio para una probable práctica de la maternidad disociada, de ser el caso.

3.4.1.2. PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD

Si bien en los casos de uso de las Técnicas de Reproducción Asistida y en la maternidad disociada se presentan casos de donación de óvulos (ovodonación) o, incluso, donación de esperma de terceros anónimos a lo cuáles se les garantiza plenamente la confidencialidad de sus datos genéticos, incluida la de su identidad, es preciso reiterar que es

necesario proteger un bien superior que es el derecho a la identidad genética del niño que ha sido concebido mediante la aplicación de estas técnicas, de modo que en los casos que estos deseen conocer su origen biológico debe permitirse el acceso a toda la información relativa a su caso a nivel administrativo y, caso contrario, debe permitirse su judicialización a efecto de que el juez ordene las pesquisas necesarias para llegar a la verdad. Así pues quedara garantizado el derecho a la identidad genética por encima del derecho al anonimato del donante, por lo cual las nuevas relaciones familiares generadas por la disociación de la maternidad seguirán basadas en la verdad y, por tanto, en el amor y respeto mutuos de sus integrantes.

3.4.1.3. RESPETO DEL PRINCIPIO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

Asimismo resulta exigible que todo procedimiento relacionado directamente o asociado con la maternidad disociada cuente con el consentimiento de todas las partes involucradas, tanto los integrantes de la pareja solicitante como también, incluso, de la mujer que dará en alquiler su vientre. Ahora bien, este consentimiento no puede basarse simplemente en la afirmación de las partes o, por ejemplo, en el anhelo de la mujer de ser madre; se trata, como también hemos dicho, de un consentimiento que debe tener características concretas tales como las de ser; libre, informado y previo; por lo tanto en nuestro régimen de regulación positiva de la maternidad disociada debe quedar claro que:

a) El consentimiento *libre* debe significar no solo la afirmación de la voluntad de las partes a someterse a los trámites y tratamientos de rigor, sino también a la ausencia de presión o coacción que vicie esa voluntad.

b) El consentimiento *informado* debe implicar que la información sea clara y neutral, que brinde todos los matices del tratamiento reproductivo incluyendo las posibles consecuencias en las mujeres que estarán involucradas en la práctica del vientre de alquiler.

c) El consentimiento *previo* debe obtenerse, por supuesto, antes de efectuar cualquier práctica médica sobre los integrantes de la pareja o sobre terceras personas, puesto que en primer lugar se requiere que exista el estado de necesidad debidamente certificado, es decir que se haya acreditado fehacientemente que la mujer se encuentre en una situación de incapacidad ovulatoria o gestativa y que, por tanto, recién empieza a informarse de todas las implicancias del procedimiento de disociación de la maternidad para llegar a una decisión que es libre, informada y previa.

3.4.2. REQUISITOS DE FORMA

En cuanto a los requisitos de forma de un régimen de regulación positiva (permisiva) de la maternidad disociada proponemos los siguientes:

3.4.2.1. FORMA ESCRITA

Nos inclinamos a pensar que todos los procedimientos relacionados con la maternidad disociada, desde al comienzo hasta el final, deben constar por escrito no solo porque es la manera más indubitable de hacer constar la voluntad de una persona y, por ende su consentimiento, sino que incluso sirve para hacer constar que ese consentimiento sea efectivamente libre, informado y previo, conforme hemos propuesto. Del mismo modo la formalidad escrita nos asegura que en el procedimiento conducente a la disociación de la maternidad (siempre que sea anterior a la fecundación) es posible que haya un desistimiento de las partes involucradas, lo cual podrá quedar registrado y, en consecuencia, detenerse toda práctica médica invasiva.

3.4.2.2. PROHIBICIÓN DE QUE LA MADRE QUE DA SU VIENTRE EN ALQUILER TAMBIÉN APORTE OVULOS PARA LA FECUNDACIÓN

Con esta exigencia podemos evitar la situación común de que la mujer que da su vientre en alquiler se considere madre del hijo nacido por aportar efectivamente el 50% de la carga genética del menor o que posteriormente demande la maternidad por dicho vínculo genético, el problema de dicha situación por supuesto es la de preservar la integridad psicológica de las personas involucradas en el procedimiento de disociación de la maternidad ya que la mujer subrogante puede tener, casi con toda seguridad, sentimientos de afecto naturales hacia el menor aun cuando haya firmado un contrato en el que ceda la maternidad a favor de la subrogada; por esto, para evitar toda posible confrontación entre las partes y, sobre todo, los posibles daños psicológicos sobre el menor que podría ser extraído de su hogar para ser trasladado a un nuevo hogar, es que proponemos que la mujer que da en alquiler su vientre no aporte también el óvulo para la fecundación.

3.4.2.3. COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR ÚNICA VEZ

Es difícil disponer, para una realidad como la nuestra, que la maternidad disociada sea gratuita, lo cual fácilmente sería incumplido por las partes ya que, de hecho, la gestación genera un considerable gasto en tiempo y bienes materiales que por supuesto debe ser asumido por la pareja solicitante, motivo por el cual planteamos que deba aceptarse una compensación económica a favor de la mujer subrogante solo por única vez, con esto nos aseguramos de que no se pacten secretamente acuerdos onerosos ya que (como veremos seguidamente) la subrogante solo podrá ejercer dicha acción en una sola oportunidad,

3.4.2.4. ACTIVIDAD COMO SUBROGANTE POR UNA SOLA VEZ

Es decir que la mujer que es contratada para dar su vientre en alquiler a fin de que se desarrolle allí el proceso gestacional debe hacerlo

por una sola vez en toda su vida, con ello queremos hacer coherente este acuerdo con la anterior disposición y así lograr evitar todo posible abuso de la práctica de la maternidad disociada con fines de ambición económica o material, llegando incluso al tráfico u oficio de madres de alquiler. Creemos que al ser la maternidad uno de los actos más nobles y dignos de la mujer, y que dan vida no solo a un nuevo ser sino también a la formación de la familia que es un instituto fundamental de la sociedad debemos protegerla de toda práctica o abuso que la vicie de sus verdaderos fines.

3.4.2.5. LA MUJER SUBROGANTE DEBE TENER POR LO MENOS UN HIJO

Del mismo modo que con nuestros anteriores requisitos, con el presente queremos evitar que la mujer subrogante que acepta llevar un ovulo fecundado en su vientre durante nueve meses y luego darlo a luz, desarrolle un proceso afectivo por ser la primera vez en vivir esa experiencia y por no haber tenido hijos aún y que luego proceda a negarse en entregar al niño a la pareja solicitante que inició el procedimiento, estos casos son relativamente frecuentes y, tal y como hemos visto en la legislación comparada, es preciso evitarlo con reglas claras que impidan toda perturbación del proceso.

Son todos estos requisitos, los de forma y los de fondo, los que constituirían un adecuado régimen de regulación positiva de la maternidad disociada (vientre de alquiler), y que respetando los derechos de las personas involucradas, sobre todo el de respeto a la identidad genética del nuevo ser y de su derecho a la verdad biológica, permitirían que varias parejas accedan a estos tratamientos y les permitan cumplir su ansiado deseo de ser padres.



CAPÍTULO IV

4. LA REGULACIÓN LEGAL DE LA MATERNIDAD DISOCIADA EN EL PERÚ COMO UNA SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS DE SU CONTRATACIÓN

Una de las primeras inquietudes que surgieron al elaborar una investigación de campo se refiere a si los datos que arroja el estudio documental podría ser refrendado en la realidad social; empero, al no ser esta una investigación sociológica o clínica, debimos procurar que el campo de estudio contenga respuestas de importancia jurídica por eso hemos consultado a diversos especialistas de la materia sobre varios tópicos relativos a la maternidad disociada.

Es así que nuestra investigación documental, vigorosamente construida en base a los aportes de la doctrina, la jurisprudencia, la legislación, e incluso el derecho comparado, se ha visto reforzada por una investigación de campo cuyos resultados, esperamos, deben satisfacer no solo la curiosidad de los interesados en estos temas sino también el rigor y la coherencia que se requiere de las investigaciones de tesis, ya que en nuestro caso los resultados de campo

coinciden con el estudio documental pese a que ambas líneas de investigación tienen metodologías y escenarios diferentes. Precisamente a continuación, antes de brindar los resultados finales, queremos describir el contexto metodológico que hemos usado en la investigación de campo que ahora nos ocupa, de modo que se establezca con claridad la idoneidad de los datos obtenidos. Así podemos decir que para complementar el estudio y el análisis que ha producido la investigación documental, hemos decidido optar por aplicar una encuesta (cédula de recolección de datos) compuesta de 8 preguntas objetivas, todas ellas relativas a diferentes aspectos de la maternidad disociada, y que estuvieron dirigidas a una cantidad determinada y específica de profesionales del Derecho (50 Encuestas) que estén especializados en Derecho de Familia, tales como: Jueces de Familia, Fiscales de Familia, abogados especializados en dicha materia, entre otros; de modo que la información que nos puedan brindar sea lo más fidedigna y veraz posible y, sobre todo, refleje la opinión muestral de la comunidad jurídica especializada en el tema.

Es importante anotar, que nuestro tamaño de muestra no ha sido elegido arbitrariamente sino que nos hemos basado en un dato y en varias inferencias que reseñamos a continuación: hemos sabido que en la ciudad de Arequipa hay aproximadamente 5000 abogados colegiados en ejercicio, de ellos hemos considerado que aproximadamente el 10% tiene algún grado importante de especialización en Derecho de Familia desempeñándose actualmente en la materia, tales como; abogados especialistas, jueces, fiscales, conciliadores en Familia, entre otros, estamos hablando así de 500 profesionales. De esta cantidad elegimos encuestar y contactarnos con el 10% de modo tal que nuestra encuesta sea lo suficientemente representativa de este sector, es así que tendremos que aplicar por lo menos 50 encuestas dirigidas a estos profesionales especializados. Sin embargo, para disminuir todo porcentaje de error, que es usual en estos muestreos, decidimos añadir 10 encuestas más, es decir nuestra muestra final consta de 60 encuestados. Procediendo a identificar a nuestros probables encuestados teniendo en cuenta que el parámetro principal que nos hemos fijado es el de que tengan como especialidad al Derecho de Familia, ello lo pudimos determinar conociendo el cargo laboral que ocupan nuestros colegas, tales como: jueces de familia, fiscales de familia y conciliadores; asimismo,

información publicitaria relativa al área laboral especializada de abogados que radiquen en nuestra ciudad, y también preguntando personalmente a amigos y colegas sobre su especialización profesional. De esta forma, estando determinado nuestro público potencial, nos presentamos ante ellos en sus oficinas, centros de trabajo, o áreas de esparcimiento, para aplicarles la encuesta previo consentimiento y habiéndoles consultado su disposición de tiempo y de voluntad al respecto. La resolución de la encuesta se ha desarrollado dándole la total libertad al encuestado para que use su tiempo y criterio como crea necesario, e indicándole el objetivo de la encuesta que es el de servir a una investigación de tesis. Por último hemos de decir que la mayoría de nuestros encuestados se sintió atraído por el tema y nos manifestó su deseo de conocer los resultados finales, tanto de la encuesta como de nuestra investigación.

A continuación, brindamos los resultados finales de la investigación de campo, los cuales contienen la descripción del contenido de las tablas y gráficas de cada una de las preguntas realizadas en la encuesta, en las cuales se tuvo siempre presente el objetivo al que se refiere cada tabla aplicada, así como también, el análisis, principalmente jurídico, de la información obtenida:

4.1. FRECUENCIA DE LA MATERNIDAD DISOCIADA

Lo primero es poder determinar si estamos hablando de un suceso común o medianamente frecuente en nuestra realidad, de modo que podamos descartar el hecho de que dicha práctica sea escasa o incluso muy excepcional como para ser regulada, por ello la pregunta inicial que hicimos a nuestras especialistas fue la relativa a la frecuencia con las que habían escuchado la existencia de casos de maternidad disociada (vientre de alquiler) en nuestro país, la cual arrojó los resultados que pueden verse en la siguiente tabla:

TABLA 1
FRECUENCIA DE LA MATERNIDAD DISOCIADA

1.- ¿SEÑALE LA FRECUENCIA APROXIMADA EN LA QUE HA ESCUCHADO DE ALGÚN CASO DE MATERNIDAD DISOCIADA (VIENTRE DE ALQUILER)?		
RESPUESTA	NÚMERO	PORCENTAJE
a) Muchas veces	5	8.3 %
b) Algunas veces	30	50 %
c) Una vez	5	8.3 %
d) Nunca	20	33.4 %
e) No Sabe/No Opina	0	0 %
TOTAL	60	100 %

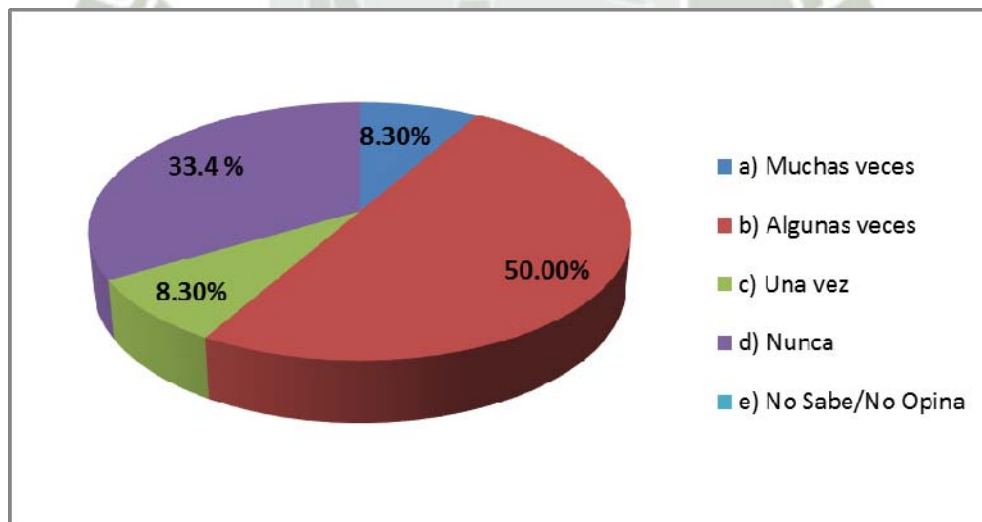
Fuente: Elaboración Propia.

Del total de encuestados (60 personas) tenemos que un 8.3 % manifestó que habían escuchado “muchas veces” casos de maternidad disociada (es decir: vientre de alquiler), mientras que un mayoritario 50 % señaló que “algunas veces” habían escuchado casos de este tipo, y un 8.3 % manifestó que solo “una vez” han tenido conocimiento de algún caso de este tipo; en tanto que un 33.4 % de encuestados señaló que “nunca” había escuchado casos de vientre de alquiler y, asimismo, nadie marcó la opción de No sabe/No Opina. Si consolidamos los resultados obtenidos veremos que la frecuencia de personas que ha tenido conocimiento de algún caso de maternidad disociada llega al 66.6 %, es decir técnicamente estaríamos hablando de dos tercios de la población encuestada, esto en oposición del 33.4 % que más bien manifestó no conocer de ningún caso similar, lo cual aún es un porcentaje alto si tenemos en cuenta que se trata de profesionales especialistas o vinculados al Derecho de Familia, sin embargo ello puede deberse también a la falta de regulación legal del tema y a la consecuente discreción que buscan las familias que se someten a estas prácticas a fin de que sus casos no sean conocidos.

Resulta claro, entonces, que no puede tratarse de casos aislados o únicos relativos a la práctica del vientre de alquiler, sino que conforme hemos reseñado en la investigación documental, y ahora ampliamente confirmada en esta parte, la disociación de la maternidad es una actividad más frecuente de lo que pensábamos y, no nos cabe duda, que se realiza tratando de evitar no solo el rechazo social basado en prejuicios e incomprensiones sino, sobre todo, la ambigüedad de la ley que aún con su deficiente regulación no ha podido evitar que dicha situación se siga presentando. Nosotros abogamos porque la ley establezca una mejor regulación que no sancione sino que más bien permita la maternidad disociada dentro de algunos imprescindibles requisitos de fondo y de forma.

Una gráfica de estos resultados sería como sigue:

GRÁFICA 1
FRECUENCIA DE LA MATERNIDAD DISOCIADA



Fuente: Elaboración Propia.

4.2. PERMITIR O SANCIONAR LA MATERNIDAD DISOCIADA

Sobre la maternidad disociada (vientre de alquiler) pueden presentar las opiniones más polarizadas, dirigidas tanto a su acuerdo sobre dicha práctica como también a su rechazo, lo cual es una característica en realidad de la mayoría de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y de toda nueva tendencia relacionada con el Derecho de Familia cuyas prácticas se van acrecentando en la población pero resultan aún de difícil comprensión y asimilación social. Por ello dirigimos la siguiente pregunta a nuestros especialistas dirigida a revelarnos si estarían de acuerdo con la regulación de la maternidad disociada o con su prohibición tajante, ante lo cual obtuvimos las siguientes respuestas:



TABLA 2
PERMISIBILIDAD O SANCIÓN DE LA MATERNIDAD DISOCIADA

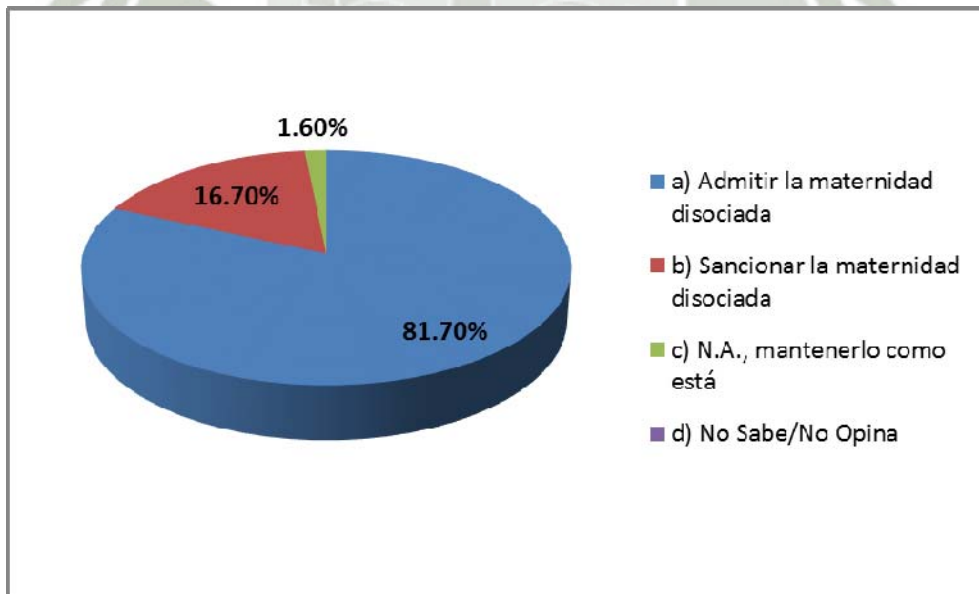
2.- EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY GENERAL DE SALUD PROHIBE LA DISOCIACIÓN DE LA MATERNIDAD, PERO NO LA SANCIONA; Y SIN EMBARGO LA PRÁCTICA DEL VIENTRE DE ALQUILER CONTINÚA PRESENTE EN NUESTRA REALIDAD PERUANA. SIENDO ASÍ: ¿ESTARÍA UD. DE ACUERDO EN MODIFICAR NUESTRA LEGISLACIÓN PARA ADMITIR DICHA PRÁCTICA DENTRO DE REQUISITOS ESPECIALES O PARA SANCIONARLA DE MANERA EFECTIVA?		
RESPUESTA	NÚMERO	PORCENTAJE
a) Admitir la maternidad disociada (vientre de alquiler) con requisitos especiales	49	81.7 %
b) Sancionar la práctica de la maternidad disociada (vientre de alquiler).	10	16.7 %
c) N.A., mantenerlo tal como está	1	1.6 %
d) No Sabe / No Opina	0	0 %
TOTAL	60	100 %

Fuente: Elaboración Propia.

En este caso también tenemos resultados concluyentes ya que un mayoritario 81.7 % de los encuestados manifestó que debería admitirse la maternidad disociada con requisitos especiales, mientras que un 16.7 % de ellos se manifestó en contra señalando más bien que se debe sancionar la práctica del vientre de alquiler, en tanto que solo un 1.6 % indica su favorecimiento por ninguna de las respuestas anteriores y que más bien el tema debía mantenerse tal como está, mientras que nuevamente la opción de No Sabe/No Opina tiene un 0 % lo cual resulta interesante ya que puede evidenciar de que nuestros encuestados son personas verdaderamente informadas. Si observamos la tasa de respuestas veremos que entonces que un alto nivel de encuestados se

manifestó en favor de una regulación legal de la maternidad disociada en el Perú, siempre con un condicionante importante el cual es de que esta práctica sea tamizada por la existencia de requisitos especiales que permitan su práctica sana y eficaz, evitando abusos y situaciones que perviertan su origen fundamental que es el de formar familias generando descendencia por vías no tradicionales. Este es otro punto importante por el cual debería abrirse el camino hacia la legalización de la práctica del “vientre de alquiler” en el Perú puesto que, como vamos viendo, no se trata de una liberalización excesivamente permisiva sino más bien de una práctica que, conforme iremos viendo a continuación, requiere de permisos y situaciones especiales que el Derecho debe establecer como parte de una política reguladora que evite que dicha práctica se realice fuera del alcance de la ley y afectando los derechos de las partes o de terceros; para nosotros no cabe duda de que la maternidad disociada debería permitirse legalmente siempre que la pareja solicitante cumpla con determinadas condiciones especiales. Una gráfica de los resultados obtenidos en esta pregunta es como sigue:

GRÁFICA 2
PERMISIBILIDAD O SANCIÓN DE LA MATERNIDAD DISOCIADA



Fuente: Elaboración Propia.

4.3. EXISTENCIA DEL DERECHO AL HIJO

La discusión sobre la maternidad disociada genera, a su vez, varios temas de debate relacionado a sus requisitos especiales, a su regulación, a la filiación sobreviniente, entre otros; una de esas discusiones está relacionada con la presunta existencia de un derecho al hijo que se convierte precisamente en uno de los fundamentos de la maternidad disociada; por ello hemos querido preguntar a nuestros especialistas acerca de su criterio particular al respecto, lo cual ha arrojado los siguientes reveladores resultados:

TABLA 3
EXISTENCIA DEL DERECHO AL HIJO

3.- LA PRÁCTICA DE LA MATERNIDAD DISOCIADA (VIENTRE DE ALQUILER) LO USAN, GENERALMENTE, MUJERES QUE TIENEN PROBLEMAS CON LLEVAR UN EMBARAZO NORMAL, EN ESTOS CASOS ¿CREE UD. QUE PODRÍA HABLARSE DE QUE EXISTE UN DERECHO AL HIJO COMO COMPONENTE DE LOS DERECHOS DE LA MUJER?		
RESPUESTA	NÚMERO	PORCENTAJE
a) Si, existe el derecho al hijo	40	66.7 %
b) No, no existe el derecho al hijo.	16	26.7 %
c) No Sabe / No Opina	4	6.7%
TOTAL	60	100 %

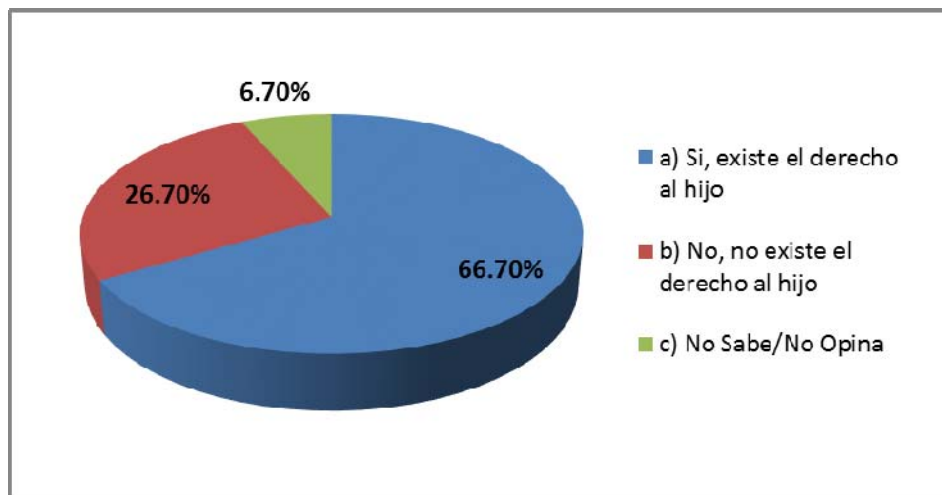
Fuente: Elaboración Propia.

Las respuestas a esta inquietud son también importantes puesto que vienen confirmando la tendencia de la admisibilidad legal de la maternidad disociada y la de sus fundamentos, en este sentido un mayoritario 66.7 % de los encuestados se manifestó a favor de la creencia en la existencia de un derecho al hijo, mientras que en oposición a ello un 26.7 % señaló que el derecho al hijo

sencillamente no existe y un todavía minoritario pero creciente 6.7 % se inclinó por la opción de No Sabe/No Opina. Si bien creemos que está consolidada la posición a favor de la regulación positiva de la maternidad disociada, aún queda mucho trabajo por hacer sobre todo al intentar disminuir el porcentaje de aquellos que se oponen a su práctica o, como en este caso, informar debidamente a los que aún no conocen los fundamentos en los que se ella se sustenta, pero a pesar de ello, los resultados son sorprendentes en el sentido de que la posición mayoritaria se inclina a señalar que sí existe el denominado derecho al hijo, lo cual sorprende por lo menos en dos sentidos principales: en primer lugar, el llamado derecho al hijo es un derecho todavía en discusión derivado de otro derecho igualmente debatible que es el derecho a ser madre, en ambos casos, el debate se desarrolla en torno a si estos derechos son exigibles al Estado o si es que son derechos de realización propia en los que no cabe intervención estatal, cuestión que todavía no ha hallado una respuesta unánime o uniforme; en segundo lugar, resulta evidente por lo señalado anteriormente, que este derecho no ha sido aún desarrollado suficientemente por la doctrina y, menos aún, por la legislación nacional o comparada, en donde más bien se le considera como un sucedáneo de los derechos relacionados con la maternidad. Por tales motivos nos entusiasmó gratamente que los profesionales encuestados puedan inclinarse, con tanta seguridad y certeza, a señalar positivamente sobre la existencia de un derecho al hijo, posición que seguramente nos posiciona como una comunidad jurídica en donde los derechos fundamentales no están encasillados en su formulación original, sino que más bien se evalúa y admite constantemente nuevas modalidades de derechos que es menester tener en cuenta a riesgo de no parecer arbitrarios.

Veamos ahora una gráfica de estos resultados:

GRÁFICA 3
EXISTENCIA DEL DERECHO AL HIJO



Fuente: Elaboración Propia.

4.4. ESTADO DE NECESIDAD EN LA MATERNIDAD DISOCIADA

Otra inquietud fundamental en la maternidad disociada se refiere a si su práctica debe darse de manera libre o si es que acaso debe existir un estado de necesidad por el cual la práctica del vientre de alquiler se vea como un recurso último para poder cumplir el sueño de tener hijos; ante esta pregunta obtuvimos los siguientes resultados:

TABLA 4
ESTADO DE NECESIDAD EN LA MATERNIDAD DISOCIADA

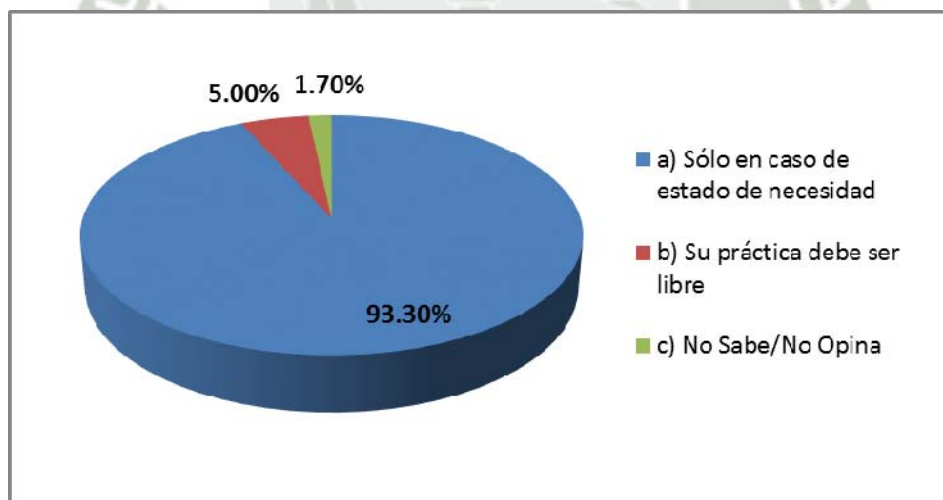
4.- EN SU OPINIÓN ¿LA MATERNIDAD DISOCIADA DEBE DARSE SOLO EN EL CASO DE ESTADO DE NECESIDAD (INFERTILIDAD) DE LA MUJER QUE SOLICITA EL VIENTRE EN ALQUILER O SU PRÁCTICA DEBE SER LIBRE?		
RESPUESTA	NÚMERO	PORCENTAJE
a) Sólo en el caso de estado de necesidad	56	93.3 %
b) Su práctica debe ser libre.	3	5.0 %
c) No Sabe / No Opina	1	1.7 %
TOTAL	60	100 %

Fuente: Elaboración Propia.

En esta oportunidad hemos obtenido una de las respuestas más categóricas de todas las que hemos efectuado a nuestros especialistas en Derecho de Familia, ya que un mayoritario 93.3 % ha señalado que la maternidad disociada debe ser usada solo en los casos que exista estado de necesidad, en oposición a esta posición un minoritario 5.0 % señaló que su práctica debe ser libre y solo un 1.7 % señaló no saber ni opinar nada al respecto. Esta respuesta que favorece con una amplia mayoría a la opción de que el estado de necesidad sea un requisito indispensable de la maternidad disociada se relaciona perfectamente con la opción mayoritaria de nuestra segunda pregunta que señala que la maternidad disociada en el Perú debe permitirse positivamente pero con requisitos especiales, siendo el del estado de necesidad uno de ellas, asimismo queda claro que la mayoría de nuestros encuestados se opone a que el vientre de alquiler pueda ser una práctica libre, sin requisitos, lo cual por cierto sería peligroso porque podría incurrirse en abusos que perviertan su finalidad fundamental. Si la maternidad disociada se pudiera permitir legalmente sin la existencia de condiciones esenciales

podríamos tener que las mujeres y las parejas que acudan a ella podrían señalar cualquier motivo banal o, incluso, no indicar ningún motivo para someterse a dicha práctica, y con ello tendríamos considerables problemas, tales como: una desnaturalización completa de la familia y de la filiación, puesto que el propósito de tener descendencia como un anhelo de realización de la unidad familiar se vería desplazado más bien por un capricho o una moda pasajera; las mujeres podrían señalar que la maternidad les causa problemas psicológicos no probados o problemas estéticos y que por ello contratan a una mujer subrogante, las cuales son excusas insuficientes para subrogar la maternidad; existirían muchas personas cuyo origen biológico sea incierto y que demandarían al Estado no solo el hecho de conocer a su padre o madre biológicos (de ser el caso) sino que precisamente le exigirían que dicte políticas más restrictivas en el uso de la maternidad disociada, no prohibiéndola sino estableciendo mecanismo más rigurosos para su práctica, aspecto que nosotros venimos solicitando y argumentando largamente.

GRÁFICA 4
ESTADO DE NECESIDAD EN LA MATERNIDAD DISOCIADA



Fuente: Elaboración Propia.

4.5. CONTRAPRESTACIÓN ECONÓMICA EN LA MATERNIDAD DISOCIADA

Otro aspecto importante y medular al estudiar y/o proponer un régimen de regulación legal positiva de la maternidad disociada es el referido a su onerosidad o gratuidad, las posiciones al respecto divergen conforme hemos visto en nuestro análisis documental y si bien nosotros hemos asumido una posición al respecto, decidimos consultar a nuestros especialistas su opinión particular al respecto, obteniendo los siguientes resultados:

TABLA 5
CONTRAPRESTACIÓN ECONÓMICA

5.- ¿LA MUJER QUE ALQUILA SU VIENTRE DEBE RECIBIR UNA CONTRAPRESTACIÓN ECONÓMICA POR DICHO ACTO?		
RESPUESTA	NÚMERO	PORCENTAJE
a) Si, todas las veces que lo haga	5	8.3 %
b) Si, pero solo una vez, para evitar el lucro	37	61.7 %
c) No, nunca, debe ser gratuito.	16	26.7 %
d) No Sabe / No Opina	2	3.3 %
TOTAL	60	100 %

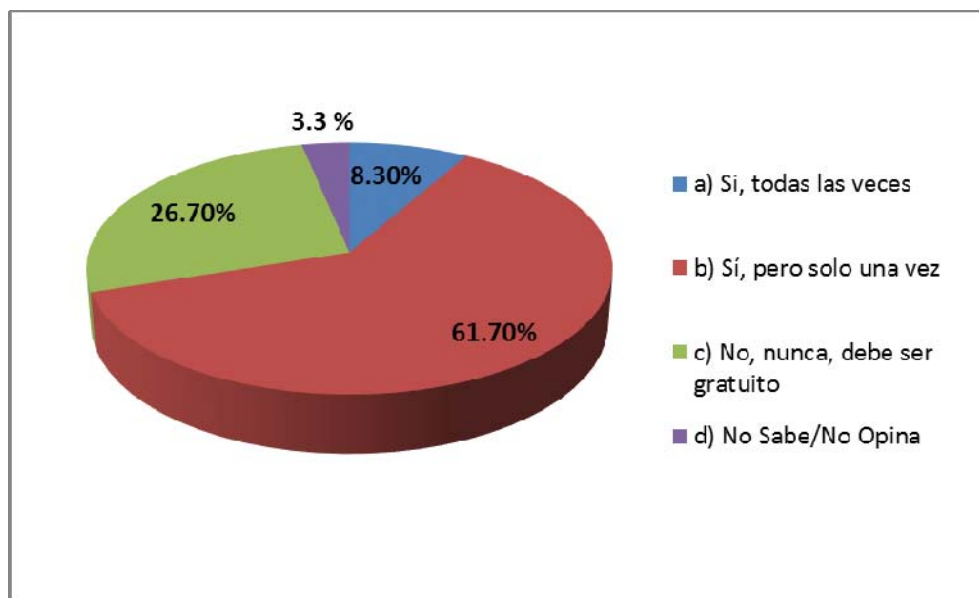
Fuente: Elaboración Propia.

Las opiniones de los encuestados fueron como sigue: el 8.3 % de ellos respondió que las mujeres que alquilen su vientre deberían obtener una contraprestación económica todas las veces que realice dicho acto, mientras que un mayoritario 61.7 % ha señalado que sí debe haber contraprestación económica pero que ésta debe darse solo una vez con el fin de evitar el lucro, mientras que un 26.7 % ha señalado que no debe haber ningún tipo de pago y que por ende dicha práctica debe ser gratuita, en tanto que finalmente un 3.3 % se inclinó por la opción de No Sabe/No Opina. Estos resultados son igualmente

coherentes con la materia central de nuestra investigación, ya que nuestros encuestados tienen una opinión concluyente respecto a que se permita la regulación de la maternidad disociada pero al mismo tiempo son muy cautelosos y, en nuestra opinión, poseen buen criterio puesto que esta permisibilidad de la maternidad disociada no la admiten dentro de un plano liberal sino que proponen, como en el caso presente, ciertos límites y restricciones que hagan viable esta institución en el tiempo, y que no se desnaturalice su uso no solo por el deseo de orden social que el Derecho debe guardar sino, sobre todo, porque no podemos permitir que la práctica extrema y libre del vientre de alquiler pueda conducirnos a una situación en donde se favorezca el lucro y el tráfico de niños, lo cual sería aberrante y contrario al deseo de promover el amor familiar. Precisamente por ello la opinión mayoritaria revelada en los datos de la encuesta, y la nuestra, indican que la contraprestación económica a favor de la mujer subrogante debe realizarse por una sola vez; con esta exigencia podemos evitar dos acciones muy importantes: en primer lugar evitamos que la mujer subrogante pueda usar su cuerpo y su vientre en dos o más oportunidades para subrogar la maternidad y que, por ende, convierta dicho acto en un negocio eminentemente comercial, muy similar al tráfico humano o al tráfico de embriones; en segundo lugar, enviamos un mensaje a la sociedad y, sobre todo, a las demás mujeres a que no piensen que la práctica del “vientre de alquiler” pueda ser un negocio al cual quieran incorporarse para obtener un beneficio económico. En este sentido, la circunstancial práctica de la maternidad disociada debe ser, en efecto, una práctica singular permitida por ley dentro de determinadas condiciones especiales, siendo una de ellas la de que el posible lucro por parte de la mujer subrogante sea por una única vez.

Una gráfica representativa de los resultados a esta pregunta sería la siguiente:

GRÁFICA 5
CONTRAPRESTACIÓN ECONÓMICA



Fuente: Elaboración Propia.

4.6. USUARIOS DE LA MATERNIDAD DISOCIADA

La maternidad disociada está dirigida, ciertamente, a las mujeres que tienen graves problemas de fecundación y/o gestación; sin embargo, en su regulación legal, nos convoca la inquietud acerca de qué tipo de estado civil han de tener las mujeres que acuden a esta práctica; sobre este punto nuestra posición también ya ha sido fundamentada en las páginas precedentes, sin embargo hemos querido igualmente extender la inquietud a nuestros especialistas para que nos ilustren con sus opiniones totalmente neutrales con respecto de la nuestra, siendo los resultados los siguientes:

TABLA 6

USUARIOS DE LA MATERNIDAD DISOCIADA

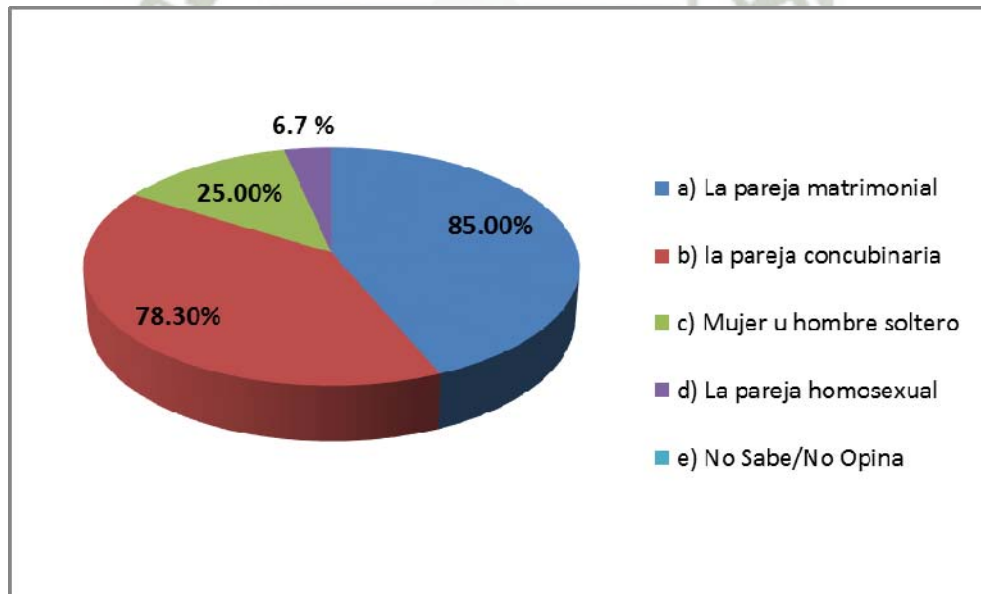
6.- ¿QUIÉNES PUEDEN ACUDIR A LA PRÁCTICA LEGAL DE LA MATERNIDAD DISOCIADA? (en este caso señale una o varias opciones según su criterio).		
RESPUESTA	NÚMERO	PORCENTAJE
a) Solo la pareja legalmente constituida en matrimonio	51	85.0 %
b) La pareja concubinaria (unión de hecho)	47	78.3 %
c) Una mujer o un hombre soltero.	15	25.0 %
d) La pareja homosexual	4	6.7 %
e) No Sabe / No Opina	0	0 %
TOTAL	--	--

Fuente: Elaboración Propia.

Antes de describir y analizar estos resultados debemos tener en cuenta que en esta pregunta hemos optado por la respuesta múltiple libre, por la cual el encuestado podía marcar una o más opciones por ende la sumatoria total no podrá dar 60 personas (conforme es nuestra muestra encuestada) ni tampoco la sumatoria podrá llegar al 100 %; lo que aquí nos interesaba era obtener las tendencias mayoritarias aun cuando sean respuestas concurrentes. Ahora bien, en cuanto a los resultados tenemos que un 85 % (sobre el total) de encuestados señaló que la pareja matrimonial debería ser usuaria de la maternidad disociada, al mismo tiempo y en relación de concurrencia puede advertirse que un 78.3 % (sobre el total) de encuestados señaló que la pareja concubinaria también podría ser usuaria de los denominados “vientres de alquiler”; distanciándose de esta tendencia tenemos que un 25 % (sobre el total) señaló que un hombre o una mujer soltera también podría ser usuarios de la maternidad disociada, estos

resultados sorprenden puesto que aun cuando no están en el grupo mayoritario que opinan que el matrimonio y el concubinato son instituciones que pueden acceder a esta práctica, se trata de un importante porcentaje que supera incluso al que reseñamos a continuación; un minoritario 6.7 % señaló que la pareja homosexual también podría ser usuaria del vientre de alquiler, lo cual, creemos, es una frecuencia aún muy baja, pero que puede explicarse de algún modo si tenemos en cuenta que la reciente discusión de un Proyecto de Ley de Unión Civil Homosexual en el Poder Legislativo ha generado un polarizado debate y no menor rechazo; por último nadie marcó la opción del No Sabe/No Opina, lo cual parece indicar que en esta pregunta todos los encuestados manifestaron su opinión en algún u otro sentido. Una gráfica representativa de estos resultados sigue a continuación.

GRÁFICA 6
USUARIOS DE LA MATERNIDAD DISOCIADA



Fuente: Elaboración Propia.

4.7. FILIACIÓN EN LA MATERNIDAD DISOCIADA

Un aspecto delicado sobre la maternidad disociada, que a veces parece francamente resuelto, y otras veces parece difuminarse y perderse en un debate interminable, es el relativo al establecimiento de la filiación en el caso de usarse un vientre de alquiler; la doctrina especializada concuerda en afirmar que con el advenimiento de las Técnicas de Reproducción Asistida y las pruebas biológicas de validez científica y jurídica el principio de que la madre se determina en razón de parto ha sido relativizado de tal manera que cada caso ha de requerir una comprobación especial a través de dichas pruebas y ya no a través de la presunción. Sin embargo, aún la opinión general (no precisamente especializada) divaga a veces en el sentido de afirmar que la maternidad del parto es absoluta y determinante; por ello hemos decidido consultar a nuestros encuestados sobre este tópico y hemos obtenido los siguientes resultados.

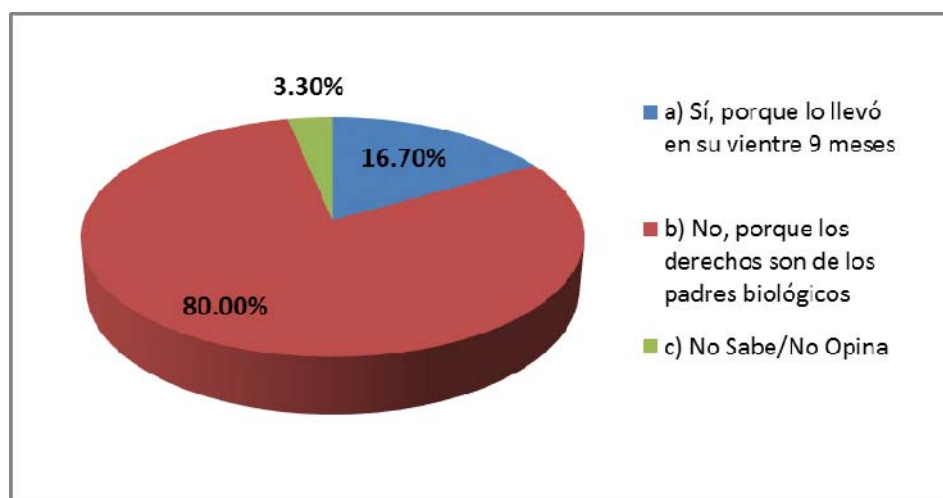
TABLA 7
FILIACIÓN EN LA MATERNIDAD DISOCIADA

7.- EN SU OPINIÓN ¿LA MUJER QUE ALQUILA SU VIENTRE TIENE ALGÚN DERECHO (DE FILIACIÓN, ALIMENTARIO, ETC.) SOBRE EL HIJO GESTADO?		
RESPUESTA	NUMERO	PORCENTAJE
a) Si, porque lo llevó en su vientre nueve meses	10	16.7 %
b) No, porque los derechos le corresponden a los padres biológicos	48	80.0 %
c) No Sabe / No Opina	2	3.3 %
TOTAL	60	100 %

Fuente: Elaboración Propia.

Un 16.7 % de nuestros encuestados indicó que la mujer que presta su vientre en alquiler tiene derechos de filiación sobre el niño que ha gestado durante nueve meses, mientras que un mayoritario 80.0 % contestó negativamente a la pregunta formulada señalando más bien que los derechos de filiación les asisten a los padres biológicos, y solo un 3.3 % manifestó no saber ni opinar nada al respecto. Estas respuestas indican no solo lo informada que está nuestra población encuestada sino, por sobre todo, la coherencia con la posición asumida en los últimos años por la doctrina y la jurisprudencia especializadas que han indicado y fundamentado vigorosamente que la carga genética es determinante para conocer la paternidad y la maternidad de un individuo; dicho de otro modo, son padres aquellos que aportan la carga cromosómica sobre la cual se desarrolla la fecundación del embrión el cual es trasplantado a un vientre de alquiler que lo gesta durante nueve meses aportándole el medio ideal para su desarrollo celular (como son: los nutrientes, por ejemplo) pero sin aportarle ningún tipo de información genética adicional a la que se deriva de los cromosomas existentes en las células sexuales (óvulo y espermatozoide) de sus padres. Pese a que este asunto está notablemente explicado por la ciencia moderna, es de admitir que seguirá motivando polémicas que habrá que asumir con inteligencia y esmero, y en donde todos los operadores jurídicos y estudiosos del Derecho deben obrar con ahínco y paciencia para lograr que la comunidad comprenda los diversos matices de este problema. La siguiente es una gráfica representativa de los resultados para esta pregunta.

GRÁFICA 7
FILIACIÓN EN LA MATERNIDAD DISOCIADA



Fuente: Elaboración Propia.

4.8. PRÁCTICA PERSONAL DE LA MATERNIDAD DISOCIADA

En la última pregunta de nuestra encuesta queríamos referirnos a la práctica personal de la maternidad disociada, es decir deseábamos saber si nuestros especialistas, de darse el caso, acudirían a esta práctica especializada; nuestro propósito no consistía en involucrarnos en el ámbito de su intimidad decisoria, sino más bien queríamos entender si en el caso de que los especialistas apoyaran la regulación legal positiva del “vientre de alquiler”, ellos mismo pudieran ser usuarios de ella, ya que puede ser fácil opinar sobre determinada disciplina o actividad pero personalmente seguir teniendo resistencias o, incluso, rechazo. Veamos, entonces, las respuestas que a este respecto hemos encontrado:

TABLA 8
PRÁCTICA PERSONAL DE LA MATERNIDAD DISOCIADA

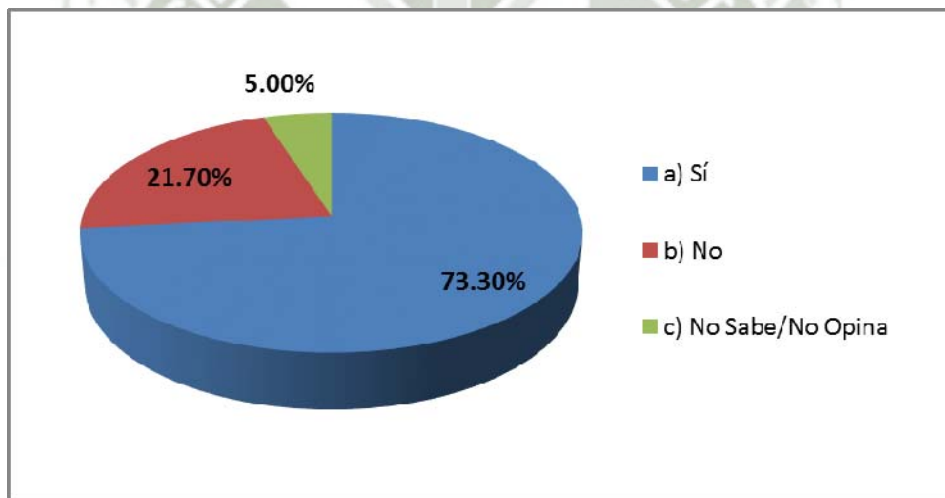
8.- DE SER EL CASO ¿ACUDIRÍA UD. CON SU PAREJA A LA PRÁCTICA DE ALGUNA TÉCNICA DE FECUNDACIÓN ARTIFICIAL O A LA MATERNIDAD DISOCIADA (VIENTRE DE ALQUILER)?		
RESPUESTA	NUMERO	PORCENTAJE
a) Si	44	73.3 %
b) No	13	21.7 %
c) No Sabe / No Opina	3	5.0 %
TOTAL	60	100 %

Fuente: Elaboración Propia.

Los resultados no solo son optimistas sino que son coherentes con el cuerpo principal de la encuesta realizada, ya que un mayoritario 73.3 % señaló que de ser el caso acudirían con su pareja a realizarse alguna práctica de fecundación artificial o de vientre de alquiler, mientras que un 21.7% señaló que no se realizarían dichas técnicas, y un 5.0 % no se decidió por ninguna de estas opciones y marcó la alternativa de No Sabe/No Opina. El hecho de que la muestra de profesionales encuestados, en su mayoría, respondan positivamente a una posible práctica de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en cualquiera de sus modalidades o de la maternidad disociada refleja, por un lado, que estos especialistas saben que estas técnicas no representan ningún riesgo a la vida o la salud de las personas involucradas ya que si bien se trata de intervenciones médicas de alto nivel de especialización hemos de tener en cuenta que si el procedimiento médico se lleva a cabo con las formalidades y exigencias del caso esta no ha de representar ninguna amenaza seria para la integridad física de las mujeres participantes; por otro lado, estos resultados también reflejan que nuestros especialistas encuestados no solo tienen una visión abierta y entendida sobre las técnicas de reproducción humana asistida,

en general, y sobre la maternidad disociada, en particular, sino que incluso ellos aceptan que podrían ser usuarios de dichas prácticas si se diera el caso, lo cual es positivo ya que a su vez esto puede entenderse que es la información y el conocimiento el que permite ampliar los horizontes y eliminar las barreras y los prejuicios que existen sobre ciertos temas, sobre todo aquellos que constituyen nuevas tendencias y que, por desconocimiento, generan dudas y temores que luego se demuestra que son infundados, tal y como sucede y sucederá con algunos temas relacionados con las modernas tendencias del Derecho de Familia, motivo por el cual profesionales y especialistas debemos estar atentos para que nuestras investigaciones y estudios tengan un mayor alcance social en su difusión y aporte. Una gráfica de estos resultados es como sigue:

GRÁFICA 8
PRÁCTICA PERSONAL DE LA MATERNIDAD DISOCIADA



Fuente: Elaboración Propia.

Si consolidamos todos nuestros resultados en simples oraciones que las simplifiquen tendríamos que los resultados de la encuesta han permitido comprobar lo siguiente: que la práctica de la maternidad disociada (vientre de alquiler) es más frecuente de lo que suponíamos en nuestra sociedad ya que no solo algunos medios de comunicación dan cuenta de su uso social sino que incluso profesionales en el Derecho de Familia afirman que conocen o han escuchado de varios casos al respecto, que se debe permitir legalmente la

práctica de la maternidad disociada planteando a su vez la existencia de requisitos especiales para su acceso de modo tal que su práctica no sea excesivamente libre ni informal sino que esté sujeta al control de la ley; asimismo es posible interpretar que uno de los derechos derivados del derecho a la maternidad es el del derecho al hijo o, lo que es lo mismo, de un derecho de acceso a las nuevas tecnologías reproductivas de modo que las parejas puedan cumplir el anhelo de tener descendencia; que, sin embargo, la práctica de la maternidad disociada debe estar sujeta siempre a la existencia de un estado de necesidad, es decir que la mujer integrante de la pareja solicitante tenga problemas comprobados clínicamente de fertilidad o incapacidad para llevar a cabo la gestación de su propio hijo, y que por ello sea necesario acudir a la subrogación de la maternidad como único medio para tener descendencia; que en el caso de que se llegue a un acuerdo de disociación de la maternidad la pareja solicitante podrá efectuar una contraprestación económica a favor de la mujer subrogante por una sola y única vez, esto para evitar que la subrogante u otras mujeres interpreten que dicha actividad puede constituirse en un negocio lucrativo; que los recurrentes a la práctica de la maternidad disociada pueden ser las parejas unidas en matrimonio, las que estén unidas en forma concubiniaria, las personas solas e, incluso, la pareja homosexual de darse el caso que este tipo de unión fuera aprobada legalmente; que la determinación de la filiación en los casos de subrogación de la maternidad se hace señalando como padres a la pareja solicitante que ha aportado la carga genética incluida en las células reproductoras masculina y femenina, y no a través del principio *mater semper certa est*, que establece que la maternidad se determine en razón del parto; por último también resulta claro que la posibilidad de la práctica personal de la maternidad disociada es ahora una realidad tangible porque, en lo general, los profesionales en Derecho de Familia están exentos de prejuicios o de falsedades con respecto a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y la maternidad disociada, empero nuestro deber imperativo es que nosotros, profesionales y estudiosos del Derecho, podamos extender nuestro ámbito de conocimientos a la comunidad en general para poderles ilustrar acerca de los verdaderos alcances de estos nuevos temas en donde la tecnología ha sido puesta al servicio de las personas, de sus sueños y expectativas.

En cuanto a lo que corresponde a nuestra investigación hemos probado sobradamente nuestra hipótesis en el sentido de que ha quedado demostrado que es necesaria la regulación legal de la maternidad disociada en el Perú, y que esta debe efectuarse respetando varios principios y derechos, y una formalidad pre-establecida, entre los cuales cabe citar: respeto al derecho a la identidad genética y al principio de consentimiento informado previo, existencia de un estado de necesidad, formalidad escrita en el acuerdo de disociación, prohibición que la mujer subrogante aporte óvulos para la fecundación, obligatoriedad de que la compensación económica y la actividad como subrogante sea por única vez, y condición de que la mujer subrogante deba tener por lo menos un hijo; todo lo cual coadyuvará en la defensa de los derechos de todos los involucrados en esta práctica.



CONCLUSIONES

PRIMERA La maternidad disociada es el acto por el cual se permite la gestación por tercera persona (vientre de alquiler) de un embrión cuyos gametos han sido aportados por una pareja contratante a efecto de que la mujer subrogante lleve a cabo el proceso gestacional.

SEGUNDA La maternidad disociada la realizan generalmente las mujeres que tienen comprobadas dificultades para producir óvulos o para llevar a cabo la gestación.

TERCERA Al término del proceso gestacional efectuado por la mujer subrogante, ésta entregará el recién nacido a la madre subrogada.

CUARTA Los distintos tipos de maternidad disociada se generan de acuerdo al aporte (o no) del óvulo, del espermatozoide, o de ambos gametos, en la fecundación del embrión y en la gestación por parte de la mujer subrogante.

QUINTA En el Perú La maternidad disociada se presenta socialmente como una práctica informal y clandestina debido a que jurídicamente su regulación en el artículo 7 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud es ambigua y deficiente.

SEXTA La Ley N° 26842, Ley General de Salud, por un lado permite los casos de fecundación artificial en estado de necesidad, mientras que por otro lado establece que el uso de la fecundación artificial solo se dará cuando la madre genética coincida con la madre gestante, lo cual permite interpretarse como una prohibición del ejercicio de la maternidad disociada.

SÉPTIMA La práctica informal de la maternidad disociada presenta varios problemas en los contratantes y terceros, entre ellos: la falta de seguimiento de un protocolo médico y, por ende, la realización clandestina del vientre de alquiler puede producir consecuencias indeseables en la salud de las personas que son sometidas a tratamiento quirúrgico como, por ejemplo, la madre que aporta el óvulo, la mujer gestante, e incluso el recién nacido.

OCTAVA Como dificultad subsanable en la práctica informal del vientre de alquiler es el que se genera cuando la mujer subrogante se queda con el recién nacido sin entregarlo a la subrogada, atribuyéndole el carácter de hijo.

NOVENA En el Perú la regulación legal positiva de la maternidad disociada debería incluir el respeto al derecho a la identidad genética del niño por nacer, que incluye su identidad propiamente dicha y, también, el derecho a conocer su origen biológico

DÉCIMA En los casos en que la identidad genética se conflictúa con la intimidad genética de los donantes, deberá preferirse la primera en tanto este derecho asegura una protección más segura e integral de los derechos de la persona que ha nacido bajo estos procedimientos.

DÉCIMO PRIMERA Los aspectos jurídicos intervinientes que deberían formar parte de la contratación de la maternidad disociada, en un régimen de regulación legal positiva en el Perú, están dados por el respeto a determinados principios y derechos, como son: el derecho a la identidad genética, el principio de consentimiento informado, libre y previo e, incluso, por el derecho al hijo y a ser madre, además de los aspectos de fondo que deben existir en dicha regulación como el estado de necesidad, protección del derecho a la identidad y respeto del principio de consentimiento informado y los requisitos de forma como son: que la forma del acuerdo de disociación sea por escrito, que se prohíba que la madre que da su vientre en alquiler también aporte óvulos para la fecundación, que la compensación económica sea por única vez, que la actividad como subrogante se de por una sola vez, y que la mujer subrogante debe tener por lo menos un hijo.

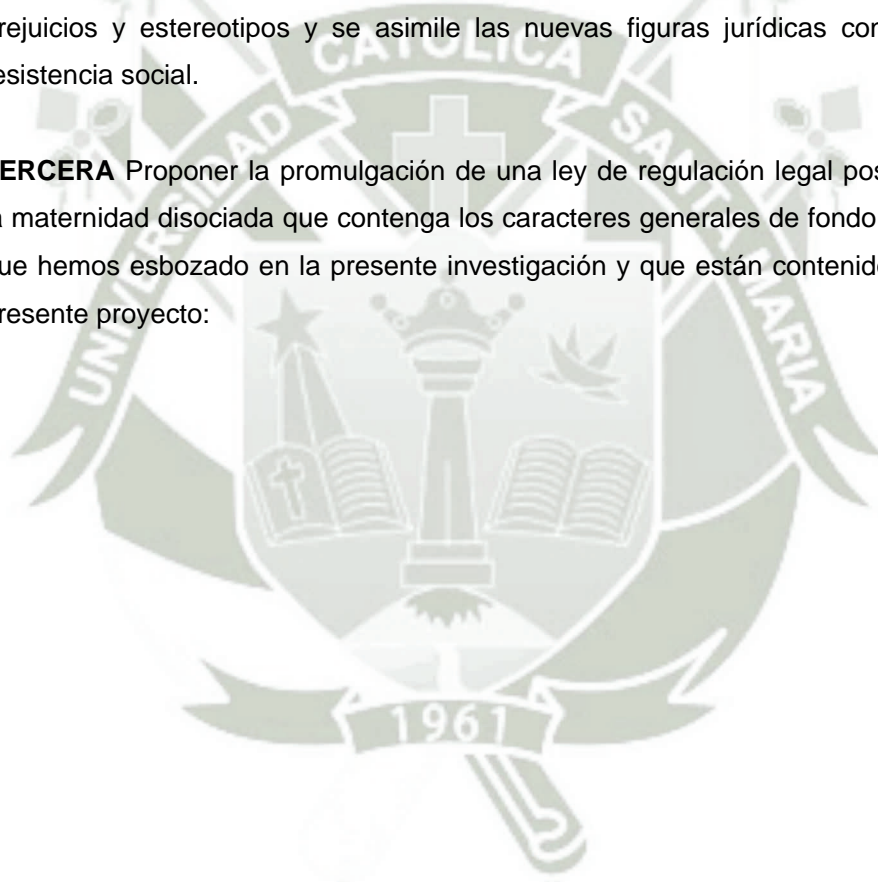
DÉCIMO SEGUNDA Se ha probado plenamente la hipótesis ya que ha quedado demostrado que es necesaria la regulación legal de la maternidad disociada en el Perú, siempre en respeto a varios principios y derechos que coadyuven en la defensa de los derechos de todos los involucrados en esta práctica.

SUGERENCIAS

PRIMERA Propender a un mayor estudio y especialización de las modernas tendencias del Derecho de Familia en general, y en particular con aquellas que están asociadas a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, como es el caso de la maternidad disociada.

SEGUNDA Difundir los estudios y las investigaciones arriba anotadas a efecto de lograr en la comunidad en general un mejor conocimiento y comprensión de estos temas, y así evitar que se genere rechazo y discriminación hacia las nuevas tendencias del Derecho de Familia, y más bien se dejen de lado los prejuicios y estereotipos y se asimile las nuevas figuras jurídicas con menor resistencia social.

TERCERA Proponer la promulgación de una ley de regulación legal positiva de la maternidad disociada que contenga los caracteres generales de fondo y forma que hemos esbozado en la presente investigación y que están contenidos en el presente proyecto:



PROPUESTA

PROYECTO DE LEY

CONSIDERANDO:

Que el artículo 4 de la Constitución de 1993 señala claramente que el Estado protege a la maternidad y reconoce a la familia como instituto natural y fundamental de la sociedad y que, por ende, debe proveer facilitar el acceso a los mecanismos que logren su fortalecimiento moral y material; más aún si estos provienen del empuje de las nuevas tecnologías y descubrimientos médicos que, en lo posible, deben estar al alcance de todos en condiciones igualitarias.

Que las Técnicas de Reproducción Humana Asistida están ofreciendo una nueva oportunidad a las parejas cuyos integrantes tenían serios problemas para concebir hijos, una de estas técnicas consiste en la disociación de la maternidad por la cual el embrión fecundado de la pareja puede trasladarse a una tercera persona (mujer subrogante) para que lleve a cabo el proceso gestacional y a cuyo término entregará el niño concebido a sus padres. Esta práctica ya se realiza en el Perú, por tanto es menester brindar una regulación legal específica que permita defender los derechos de las personas involucradas y que establezca un acuerdo en donde se respeten determinados principios y derechos específicos a fin de que el acceso a la maternidad disociada se logre en un escenario de igualdad y legalidad para los adultos y las familias involucradas, pero también se protejan los derechos del niño por nacer.

Por cuanto:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA
HA DADO LA LEY SIGUIENTE:

LEY DE REGULACIÓN POSITIVA DE LA MATERNIDAD DISOCIADA

Artículo 1.- Maternidad Disociada. Concepto. La maternidad disociada es la

técnica de fecundación artificial que permite que una pareja solicitante efectúe un acuerdo de subrogación de maternidad para que una tercera persona (mujer subrogante) lleve a cabo el proceso gestacional. La práctica de la maternidad disociada en el Perú se regirá de acuerdo a los lineamientos señalados en la presente ley, de manera obligatoria y en su integridad.

Artículo 2.- Acuerdo de Disociación de la Maternidad. Toda práctica relativa a la disociación de la maternidad será suscrita mediante un Acuerdo de Disociación de la Maternidad que, en forma escrita, contendrá el consentimiento informado previo que brindarán sus participantes durante todas las etapas del proceso.

Artículo 3.- Estado de Necesidad. Sólo se permitirá la suscripción de un Acuerdo de Disociación de la Maternidad a las parejas cuya mujer posee graves y comprobadas deficiencias en su capacidad reproductiva, sea a nivel de ausencia de aporte de óvulos, inexistencia de útero, o incapacidad para llevar a cabo el proceso gestacional por riesgo de incapacidad física o de muerte. El estado de necesidad debe estar clínicamente comprobado.

Artículo 4.- Derecho a la Identidad.- El Estado, los contratantes, las clínicas de reproducción asistida y los particulares garantizarán que en los actos presentes y futuros relativos a la suscripción de un Acuerdo de Maternidad Disociada harán prevalecer, en caso de petición o conflicto, el derecho a la identidad genética de la persona que haya nacido bajo dicho procedimiento.

Artículo 5.- Determinación de la identidad del niño por nacer. El niño que nace bajo un Acuerdo de Disociación de la Maternidad tiene por padres a la pareja solicitante que suscribe el Acuerdo, y así deberá constar en la partida de nacimiento. Esta disposición prevalecerá aún en los casos de que dicha práctica se haya realizado con donación de óvulos, de esperma, o de ambos.

Artículo 6.- Prohibición. En los casos de donación de óvulos, queda terminantemente prohibido que la mujer subrogante aporte también los óvulos para la fecundación.

Artículo 7.- Requisitos especiales y concurrentes. Las Clínicas de Reproducción Asistida que suscriban Acuerdos de Maternidad Disociada deberán comprobar válidamente que la mujer subrogante posee, concurrentemente, los siguientes requisitos:

- a) Que sea la primera vez que realiza dicha práctica.
- b) Que tenga por lo menos un hijo al momento de suscribir el Acuerdo.
- c) Que reciba una compensación económica por una sola vez y por todo concepto.

Artículo 8.- Certificación y Protocolo Médico. Las Clínicas de Reproducción Asistida que realicen la práctica de Maternidad Disociada deberán contar con una certificación especial expedida por la Dirección Regional de Salud. Asimismo deberán seguir un Protocolo Médico Especializado aprobado por el Ministerio de Salud en donde consten todas las intervenciones médicas realizadas a los participantes y el consentimiento informado previo de ellos en cada uno de los pasos a seguir. En el cumplimiento del Protocolo Médico Especializado debe garantizarse que no se pondrá en riesgo la integridad física y mental de los participantes en el Acuerdo ni las del niño por nacer.

DISPOSICIÓN MODIFICATORIA.-

Primera.- Modifícase el artículo 7 de la Ley 26482, Ley General de Salud, que, en lo sucesivo, contendrá el siguiente texto:

“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. 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.”.

BIBLIOGRAFÍA

- AGULLÓ TOMAS, Esteban, *Jóvenes, Trabajo E Identidad*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Asturias-España, 1997.
- AQUIZE CÁCERES, Rocío, *Derecho Genético y Familia*, Universidad Católica Santa María-Unidad de Estudios a Distancia, Arequipa, 2009.
- ARAYA, Hilda, *Maternidad Subrogada: Consideraciones Legales*, Disponible en internet (actualizado al 13 de febrero del 2013): <http://embarazoyparto.about.com/od/QuedarEnEmbarazo/a/Maternidad-Subrogaa-Consideraciones-Legales.htm>
- ARÁMBULA REYES, Alma Rosa, *Maternidad Subrogada*, s.e., Centro de Documentación, información y Análisis, México, 2008.
- BERNAD MAINAR, Rafael, *Efectos Jurídicos De Las Nuevas Técnicas De Reproducción Humana*, 1era. Ed., Publicaciones UCAB, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2000.
- BERNAL CRESPO, Julia Sandra, *Bioética y los Derechos Humanos: Un reto para el Derecho del Siglo XXI*. En: Guzman Mendoza, Carlos; y, Insignares Cera, Silvana (editores). *Política y derecho: Retos para el Siglo XXI*, Ediciones Uninorte, Barranquilla-Colombia, 2010.
- CARBONELL, Miguel, *Familia, Constitución y Derechos Fundamentales*. En: ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María (Coordinadora), *Panorama Internacional de Derecho de Familia, Culturas y sistemas Jurídicos Comparados*, 1era. Ed., T. I, s.e., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigación Jurídica, México, 2006.
- CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, *Algunas Reflexiones acerca de la Inseminación Artificial y la Fecundación Extraterina*. En: *La Familia en el Derecho Peruano, Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez*, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1990.

- EMALDI-CIRION, Aitziber, *Legislación sobre El Genoma Humano en España*. En: MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia (Coordinadora), *Reflexiones en torno al Derecho Genómico*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2002.
- GAFO, Javier (Editor), *Nuevas Técnicas De Reproducción Humana*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1986.
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *La Fecundación In Vitro y la Filiación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.
- GONZÁLEZ MORÁN, Luis, *Procreación Humana Asistida: Aspectos Técnicos Éticos y Legales*. En: GAFO, Javier (Editor), Ortega Ediciones Gráficas, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1998.
- KEYEUX, Genoveva, *Identidad Genética*. En: TEALDI, Juan Carlos (Director), *Diccionario Latinoamericano De Bioética*, UNESCO y Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2008.
- LERET, María Gabriela, *Derecho, Biotecnología Y Bioética*, Editorial CEC, Caracas, 2005.
- LÓPEZ DIAZ, Carlos, *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*, Tomo I, Editorial Librotecnia, Santiago, 2005.
- LÓPEZ HERRERA, Francisco, *Derecho de Familia*, segunda edición, Tomo II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005.
- MARRADES PUIG, Ana I., *Luces y Sombras del Derecho a la Maternidad: Análisis Jurídico de su Reconocimiento*, Impresión INO Reproducciones, Universidad de Valencia, Zaragoza, España, 2002.
- MINYERSKY, Nelly; y, FLAH, Lili, *Identidad Familiar Y Derecho A La Identidad*. En: TEALDI, Juan Carlos (Director), *Diccionario Latinoamericano De Bioética*, UNESCO y Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2008.

- MOSQUERA VASQUEZ, Clara Celinda, *El Primer Caso de “Ventre de Alquiler” en la Corte Suprema*. En: Revista Dialogo con la Jurisprudencia N° 167. Año 18. Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2012.
- PÉREZ DUARTE, Alicia Elena, *Derecho de Familia*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1990.
- RUBIO CORREA, Marcial, *Estudio De La Constitución Política De 1993*. Tomo 1, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.
- RUBIO CORREA, Marcial, *Estudio De La Constitución Política De 1993*, Tomo 2, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.
- RUIZ DE LA CUESTA, Antonio (Coordinador), *Bioética y Derechos Humanos: Implicaciones Sociales y Jurídicas*, s.e., Universidad de Sevilla, España, 2005.
- SOTO LAMADRID, Miguel Angel, *Biogenética, Filiación Y Delito: La Fecundación Artificial Y La Experimentación Genética Ante El Derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990.
- TABOADA, Leonor, *La Maternidad Tecnológica: De la Inseminación Artificial a la Fertilización*, Icaria Editorial, Barcelona, 1986.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Derecho Genético: Principios Generales*, Tercera Edición, Editorial San Marcos, Lima, 1998.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, “*Congreso Debería Legislar*”. En: Entrevista Diario Perú 21, edición del 27 de enero del 2012.
- El contenido literal de la sentencia T-968 del 2009 de la Corte Constitucional colombiana puede verse en la página web de la referida entidad, en el siguiente enlace (actualizado al 20 de febrero del 2013):
http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm#_ftn1

- El contenido literal de la sentencia 946/2011 826 del Tribunal Provincial de Valencia puede verse en la siguiente página web (actualizado al 20 de febrero del 2013):

<http://www2.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/jurisprudencia-actual/civil/sentencia-audiencia-provincial-num-9492011-de-valencia-826-23-11-2011>







UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
ESCUELA DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO



***“ASPECTOS JURÍDICOS INTERVINIENTES EN LA
CONTRATACIÓN DE LA MATERNIDAD DISOCIADA
(VIENTRE DE ALQUILER) Y LA NECESIDAD DE SU
REGULACIÓN LEGAL EN EL PERÚ, 2012”***

Proyecto de Tesis presentado por la
Magíster:

Yovana Isabel Zegarra Torres, para optar
el Grado Académico de:

Doctora en Derecho

AREQUIPA – PERÚ

2012

CONTENIDO

Preámbulo

I PLANTEAMIENTO TEORICO

1. Problema de Investigación
 - 1.1. Enunciado del Problema
 - 1.2. Descripción del Problema
 - 1.1.1. Área del Conocimiento
 - 1.1.2. Análisis de variables
 - 1.1.3. Interrogantes Básicas
 - 1.1.4. Tipo y Nivel de Investigación
 - 1.3. Justificación
2. Marco Conceptual
3. Antecedentes Investigativos
4. Objetivos
5. Hipótesis

II PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1. Técnicas e Instrumentos
2. Campo de Verificación
 - 2.1. Ubicación espacial
 - 2.2. Ubicación temporal
 - 2.3. Unidades de estudio
3. Estrategias de recolección de datos
4. Cronograma de trabajo
5. Bibliografía básica.

ANEXOS: Instrumentos de recolección de información

PREÁMBULO

Una de las principales aspiraciones del Derecho es la de regular el orden social existente y las relaciones entre las personas, no de modo que se entrometa en la libertad individual de las personas y grupos humanos sino más bien con la intención de que sus acciones no desborden dicho orden y atenten contra los derechos constitucionales. Son pocas las actividades humanas en donde el Derecho no haya aportado algún tipo de mandato, una de estas vertientes la constituyen las nuevas tecnologías que permanentemente exigen considerable atención al sistema jurídico a efecto de lograr una regulación adecuada, entre ellas tenemos al denominado “vientre de alquiler” que es una práctica que requiere, algunas veces, intervención médica especializada a efecto de lograr disociar las funciones maternas de la fecundación y la gestación de modo tal que la madre aportante del óvulo fecundado sea diferente de la mujer que lo gaste durante nueve meses aproximadamente. Esta situación, no muy general pero tampoco infrecuente en el Perú, se presenta muchas veces por problemas de salud de la madre en su imposibilidad de llevar a cabo una gestación natural por riesgo grave (incluso de muerte) o a veces por cuestiones menores relacionadas con la vanidad o los prejuicios de la mujer contratante del vientre de alquiler. En cualquier cosa resulta claro que el Derecho no ha planteado ninguna regulación acerca de esta práctica, lo cual, en nuestra opinión, como mujer y profesional del Derecho, es un peligro no solo por la omisión que por sí misma es absurda frente a la exigente realidad social sino porque la práctica informal de la maternidad disociada crea problemas relativos a: la salud física y emocional de las mujeres contratantes, el consentimiento formal del varón, la identidad del niño por nacer, y otros que son derivados de los deficientes mecanismos de contratación. No se trata de abrir todas las puertas a todas las modalidades de maternidad disociada para que esta práctica se vuelva eminentemente comercial y lucrativa y distorsione los fines de la familia y los derechos derivados de la maternidad y la filiación, sin embargo tampoco se trata de negar una realidad existente sobre todo cuando su regulación tiene que ver con todos los derechos y peligros que hemos mencionado, cuestiones que si bien implican una reflexión multidisciplinaria entre la práctica médica, la bioética, la opinión de la madre respecto del derecho a tener un hijo, etc., es claro que el Derecho debiera

aportar su voz reguladora en la procura de minimizar esos peligros y riesgos, y en la de maximizar la defensa de esos derechos, intención que buscaremos decididamente en la presente investigación.

I. PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Enunciado del Problema

ASPECTOS JURÍDICOS INTERVINIENTES EN LA CONTRATACIÓN DE LA MATERNIDAD DISOCIADA (VIENTRE DE ALQUILER) Y LA NECESIDAD DE SU REGULACIÓN LEGAL EN EL PERÚ, 2012.

1.2. Descripción del problema

1.2.1. Área del conocimiento

El problema de investigación se encuentra ubicado en:

- a) Campo : Derecho
- b) Área : Derecho Civil-Familia
- c) Línea : Maternidad Disociada

1.2.2. Análisis de las variables

TIPO	VARIABLE	INDICADORES	SUB INDICADORES
a) Dependiente	MATERNIDAD DISOCIADA (Variable Dependiente)	❖ Naturaleza jurídica de la maternidad.	- Concepto de maternidad, principio mater semper certa est,
		❖ Nuevos modelos de maternidad.	- Madre biológica, madre gestante, madre adoptiva.

		❖ Maternidad Disociada	- Reproducción humana asistida en la disociación de la maternidad.
b) Independiente	ASPECTOS JURÍDICOS INTERVINIENTES EN SU REGULACIÓN LEGAL	❖ Principios jurídicos.	- Principio de consentimiento informado.
		❖ Derechos.	- Derecho al hijo. - Derecho a la identidad genética.
		❖ Contratación especial.	- Formalidad escrita. - Infertilidad o inviabilidad en la gestación de la madre biológica. - La madre gestante solo podrá ser contratada una vez.

1.2.3. Interrogantes básicas

- a) ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la maternidad disociada y cuáles son las modalidades que el Derecho debería regular?
- b) ¿Cuál es la realidad social y jurídica de la maternidad disociada en el Perú?
- c) ¿Qué problemas genera en las partes contratantes y en terceros involucrados la práctica informal de la maternidad disociada?
- d) ¿Qué aspectos jurídicos intervienen en la regulación legal de la maternidad disociada en el Perú?
- e) ¿Cuáles son las condiciones especiales que deberían alcanzar los contratantes en un acuerdo legal sobre maternidad disociada?

1.2.4. Tipo y nivel de investigación:

La investigación será:

- | | |
|-----------------------------------|-----------------|
| a) Por su finalidad | : Aplicada. |
| b) Por el tiempo que comprende | : Longitudinal. |
| c) Por el nivel de profundización | : Explicativa. |
| d) Por el ámbito | : Documental. |

1.3. JUSTIFICACIÓN

- El tema de investigación es **actual** ya que la actividad denominada coloquialmente como “vientre de alquiler” es una práctica vigente en nuestra sociedad y respecto de la cual el Derecho no ha dado aún una respuesta definitiva limitándose a negarla de plano pese a su singular uso social.

- Nuestro problema tiene **relevancia jurídica** en la materia de la maternidad disociada ya que la falta de regulación legal y su anacrónica prohibición ubican al Derecho de espaldas a la realidad, cuando por el contrario debería ser el Derecho el que realice la principal contribución al esclarecimiento de esta problemática y al encauzamiento de las acciones humanas en la procura de la paz social y el mantenimiento del orden público.

- El tema de investigación tiene **relevancia científica** no solo porque se inscribe dentro de las llamadas Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS) involucrando conceptos derivados del Derecho Genético sino, sobre todo, porque lo antes dicho constituye la fuente de la que se va consolidando sucesivamente las denominadas nuevas tendencias del Derecho de Familia en el cual claramente se inserta la “maternidad disociada”, disciplina a la que venimos siguiendo por nuestra afinidad en la especialización académica y, también, por nuestro desempeño laboral.

- Nuestro tema es **útil** porque desde el Derecho y nuestro estudio podemos sentar las bases de una legalización de la maternidad disociada en el Perú de modo que podamos ayudar a resolver los problemas que la informalidad en esta materia acarrea y que se corresponda con los principios y derechos que la

Constitución y la ley le asignan a la familia, la maternidad y paternidad, y a la filiación.

- Asimismo nuestra investigación alcanzará **relevancia humana** puesto que nuestros postulados teóricos y sugerencias prácticas tendientes a la regulación de la maternidad disociada repercutirán favorablemente en las familias y parejas que acudan a esta práctica, de modo tal que sus derechos y expectativas estén mejor garantizadas y que así se eviten los problemas de su informalidad.

2. MARCO CONCEPTUAL

2.1.- CONCEPTO DE MATERNIDAD DISOCIADA

La maternidad disociada es un tema enteramente nuevo para el Derecho a tal punto que a la fecha no existe regulación legal permisiva al respecto, pese a que su práctica se presenta en nuestra realidad social con mayor frecuencia de la que ordinariamente se piensa; asimismo en el derecho comparado, y en otras sociedades, este tema ya ha generado varios debates y no pocas propuestas de regulación al respecto que, dentro de nuestros análisis, también deberemos sopesar ya que la discusión sobre la maternidad disociada no parte solamente de definir si debe permitirse o no, sino también la de determinar cuáles son los requisitos específicos sobre los cuales podría lograrse su aceptación legal y su práctica por parte de las familias. Ahora bien, nosotros entendemos por “disociación de la maternidad” a la situación que se presenta cuando la madre biológica (es decir aquella que aporta el óvulo para la fecundación y la consiguiente carga genética) no es la misma que la madre gestante (es decir aquella que lleva el ovulo fecundado en su vientre durante el período de gestación), por ello se le conoce comúnmente como “vientre de alquiler” ya que en este caso es la madre gestante, generalmente con su pareja varón, contrata a una mujer para que lleve a cabo el proceso de gestación de un niño que les será entregado al momento del parto. Estos casos se presentan sobre todo cuando la madre biológica tiene una incapacidad fisiológica para poder gestar su propio hijo, incluso con peligro de muerte si es que lleva a cabo la gestación. Otro concepto

interesante de maternidad disociada es el que aporta la estudiosa Aitziber Emaldi-Cirion, quién de manera más técnica indica que: *“Se trata de una técnica que estaría indicada en el caso de una mujer con ausencia de útero, o con útero pero sin capacidad de implantación embrionaria, por lo que podríamos plantear la posibilidad de que la maternidad subrogada fuera utilizada como alternativa a la procreación para aquellas parejas que pudiesen aportar sus gametos pero que tuvieran problemas reproductivos”*⁶⁵.

La necesidad de proponer un concepto y de analizar las definiciones ya existentes de maternidad disociada no parte de un afán meramente ilustrativo, sino que tiene por objeto cumplir algunos fines que podríamos enumerar de la siguiente manera: en primer lugar analizar la naturaleza jurídica de la maternidad disociada requiere elaborar un concepto coherente que pueda abarcar todos los matices de su problemática y servir como punto de partida para su discusión; en segundo lugar, nosotros entendemos que el concepto de maternidad disociada podría ser más completo si es que incluye dentro de su texto el hecho de que la maternidad disociada pueda ser usada solo por la pareja matrimonial o, también, por la pareja extramatrimonial (concubina), de hecho que en práctica clandestina de esta actividad esta formalidad no se considera pero creemos que técnicamente debe quedar claro cuáles son las parejas (o personas) que podrían recurrir a esta técnica en el caso de que se le legalice, por supuesto; precisamente, en tercer lugar, un concepto adecuado de maternidad disociada se hace necesario si es que se pretende su regulación legal permisiva ya que la norma no podría contener vacíos de concepto ni ambigüedades que más bien creen confusión en vez de aliviar las considerables dudas que existan al respecto.

⁶⁵ EMALDI-CIRION, Aitziber. **LEGISLACIÓN SOBRE EL GENOMA HUMANO EN ESPAÑA**. En: MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia (Coordinadora). **REFLEXIONES EN TORNO AL DERECHO GENÓMICO**. Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2002. pp. 151-152.

2.2.- TIPOS DE MATERNIDAD DISOCIADA

Es evidente que el novedoso tema de la disociación de la maternidad ha llegado a nuestra sociedad debido al avance de la tecnología médica y los procedimientos de fecundación artificial, todo ello llamado genéricamente como biotecnología; lo cual actualmente representa un considerable desafío al Derecho ya que se trata de dar una regulación ahí donde no existen antecedentes jurídicos y en donde han de tomarse otras consideraciones no solo legales sino también éticas ya que, en un sentido que no es exagerado, esta tecnología permite manipular la vida humana desde el embrión lo cual habrá de hacerse, como decimos, siempre con cuidado de no excederse en dichas prácticas ni de violentar los derechos humanos de las partes involucradas. Es de tener en cuenta también que al existir diversos procedimientos la maternidad disociada asume diversas modalidades, ya no solo relacionada con la pareja o persona que la solicita, digamos: una pareja matrimonial, una pareja de convivientes, una pareja homosexual masculina o femenina, una mujer soltera, un hombre soltero, sino que, ya a nivel de las posibilidades biomédicas, las variantes que asume la disociación de la maternidad pueden ser diversas, tal y como lo menciona Luis González Morán que enumera dichas variantes del siguiente modo:

- “a) Maternidad subrogada fruto de espermatozoide y óvulo de la pareja. Sólo hay prestación de útero por parte de tercera persona.*
- b) Maternidad subrogada fruto de espermatozoide u óvulo de donante con autorización de la comparte. Se dona espermatozoide u óvulo por persona distinta de la pareja y se presta el útero por tercera mujer.*
- c) Espermatozoide y óvulo de donantes con consentimiento mutuo de los miembros de la pareja. Se dona espermatozoide y óvulo por personas distintas de la pareja, se presta el útero por tercera mujer.*
- d) Espermatozoide y óvulo de donante con consentimiento mutuo de los dos miembros de la pareja con la peculiaridad de ser donante del óvulo la misma mujer que presta el útero. Se dona espermatozoide y óvulo por personas distintas de la pareja y presta el útero tercera mujer como en c)*

con la coincidencia de que la donación del óvulo y prestación del útero se realiza por esa misma tercera mujer.”⁶⁶.

Los tipos anotados tienen por común denominador el de estar dirigidos a la pareja, aún queda por definir si se trata de la pareja matrimonial o de la pareja extramatrimonial (concubinaria) o de ambas; lo que si parece claro es que difícilmente en nuestro país pudiera aceptarse que la pareja homosexual utilice esta u otras técnicas de fecundación artificial, decimos esto no por un carácter excluyente o discriminador sino sencillamente porque en el Perú el matrimonio homosexual no está permitido legalmente (como si lo está en Argentina) entonces mal podría discutirse o permitirse un aspecto específico de ese tipo de unión si su figura general aún no ha sido regulada jurídicamente,; por ende nos quedamos con que la maternidad disociada es más probable que se aplique a la pareja matrimonial o extramatrimonial de tipo heterosexual.

2.3.- POSICIONES A FAVOR Y EN CONTRA DE LA DISOCIACIÓN DE LA MATERNIDAD

Deberemos admitir también que el tema de la maternidad disociada genera, por lo antes dicho, un debate intenso y no menos apasionado sobre su regulación legal en cuanto a aceptarle plenamente o con restricciones, o si es que acaso prohibirla tajantemente, posiciones en las que nosotros deberemos profundizar a efecto de obtener las conclusiones más razonables y, luego, asumir una posición satisfactoria que nos permita efectuar una propuesta razonable y convincente; empero, es de anotar que los argumentos que vierten los partidarios que están a favor y en contra de la disociación de la maternidad son como siguen:

- *“Me inclino por una postura intermedia a favor de la maternidad subrogada pero sólo cuando es en forma gratuita, fundada en*

⁶⁶ GONZALEZ MORÁN, Luis. *ASPECTOS JURÍDICOS DE LA PROCREACIÓN ASISTIDA*. En: GAFO, Javier (Editor). *PROCREACIÓN HUMANA ASISTIDA, ASPECTOS TÉCNICOS, ÉTICOS Y LEGALES*. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1998. p. 148.

sentimientos de generosidad y solidaridad con quien no puede gestar un niño.

¿De qué tipo de imposibilidad para gestar debería tratarse? ¿Simplemente cuándo tal problema proviene de una mujer? ¿Y si un hombre pretende alcanzar la paternidad mediante la utilización de esta figura? Este es otro (te los interrogantes serios que se debe evaluar. En mi opinión, y salvo investigaciones serias que lo contradigan, por aplicación de un principio general del derecho como lo es la buena fe, entiendo que se debe presumir salvo prueba en contrario, que la solicitud proveniente de un hombre solo o una pareja del mismo sexo no es perjudicial para un niño.⁶⁷

- *“De conformidad con el minucioso estudio sobre los proyectos legislativos argentinos más actuales realizado por Kemelmajer de Carlucci, la mayoría de los proyectos analizados vedan este tipo de acuerdo, uno no dice nada y el restante elaborado por la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva y presentado por el diputado Samer en fecha 27/10/2005, reza en su art. 6 que "El contrato de maternidad subrogado es nulo, salvo específica autorización de la autoridad de la aplicación de la ley".*

Pareciera que no hay discusión alguna sobre su prohibición cuando se trata de un contrato oneroso por aplicación - en el derecho argentino -, de uno de los principios rectores en materia de actos jurídicos...⁶⁸.

Dentro de las posiciones generales a favor y en contra de la maternidad disociada, encontraremos también otros aspectos igualmente polémicos que requerirán una toma de posición al respecto, por ejemplo la de determinar si existe una obligación estatal de permitir estas prácticas basados en el argumento vertido por las mujeres respecto de que en el uso de tales técnicas de fecundación artificial o de cualquier otro procedimiento para igual fin (incluida la maternidad disociada) se está

⁶⁷ *Ibidem*, p. 188.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 187.

haciendo valer su “derecho al hijo” es decir el derecho a la reproducción que como mujeres poseen. Si bien este derecho aún está en observación y, aunque las posiciones sean igualmente contradictorias al respecto, deberemos explorar su alcance y determinar las implicancias que significaría validar este nuevo derecho que, al parecer, no se encuentra regulado directa o indirectamente por la Constitución:

3. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

Efectuada la revisión bibliográfica correspondiente, se aprecia que el tema de la maternidad disociada es una materia particular de la cual no existe mucha bibliografía al respecto en el caso del Perú; en cuanto al derecho comparado hemos podido encontrar alguna bibliografía interesante pero el tema igualmente está en estudio. En cuanto a investigaciones de tesis en nuestro medio no hemos podido encontrar alguna que sea relativa a nuestra materia.

4. OBJETIVOS

- 4.1.- Precisar la naturaleza jurídica de la maternidad disociada y determinar sus modalidades específicas que el Derecho debería regular.
- 4.2.- Establecer como se presenta la maternidad disociada en la realidad social y jurídica peruana.
- 4.3.- Analizar los posibles problemas que genera en las partes contratantes y en los terceros involucrados la práctica informal de la maternidad disociada.
- 4.3.- Identificar los aspectos jurídicos relevantes que intervendrían en la regulación legal de la maternidad disociada en el Perú.
- 4.4.- Determinar las condiciones especiales que deberán alcanzar los contratantes en un acuerdo legal sobre maternidad disociada.

5. HIPÓTESIS

Principio:

- 1) El uso de la maternidad disociada se presenta en la realidad social peruana en base a acuerdos (contratos) privados entre las partes; y que
- 2) Estos acuerdos no están regulados legalmente en el Perú; lo que,
- 3) Produciría problemas en las partes contratantes derivados de: la salud de las mujeres involucradas, el consentimiento del padre, y la filiación del niño por nacer.

Hipótesis: Es probable que sea necesaria la regulación legal de la maternidad disociada en el Perú, de modo que se solucionen los problemas entre los contratantes y los terceros involucrados en este tipo de contratos.



II PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

CUADRO DE SISTEMATIZACION DE TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

TIPO	VARIABLE	INDICADORES	SUB INDICADORES	TECNICAS	INSTRUMENTOS
a) Dependiente	MATERNIDAD DISOCIADA (Variable Dependiente)	Naturaleza jurídica de la maternidad.	- Concepto de maternidad, principio mater semper certa est,	- OBSERVACIÓN DOCUMENTAL. .	- Fichas Bibliográficas. - Fichas Hemerográficas. - Legislación nacional. - Webgrafía.
		Nuevos modelos de maternidad.	- Madre biológica, madre gestante, madre adoptiva.		
		Maternidad Disociada	- Reproducción humana asistida en la disociación de la maternidad.		
b) Independiente	ASPECTOS JURÍDICOS INTERVINIENTES EN SU REGULACIÓN LEGAL	Principios jurídicos.	- Principio de consentimiento informado.	- OBSERVACIÓN DOCUMENTAL Y DE CAMPO.	- Fichas Bibliográficas. - Fichas Hemerográficas. - Legislación comparada. - Webgrafía - Cédula de Recolección de Datos.
		Derechos.	- Derecho al hijo. - Derecho a la identidad genética.		
		Contratación especial.	- Formalidad escrita. - Infertilidad o inviabilidad en la gestación de la madre biológica. - La madre gestante solo podrá ser contratada una vez.		

1. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

1.1. Para la variable dependiente se empleará la técnica de la observación documental, utilizándose fichas bibliográficas y documentales (Anexo N° 1 y N° 02), en las que se anotarán las citas pertinentes que darán refuerzo argumental

a nuestras opiniones y análisis; asimismo usaremos la información proveniente de las normas legales nacionales y de páginas web.

1.2. Para la variable independiente también usaremos la observación documental usando los instrumentos anotados como fichas bibliográficas y hemerográficas, así como el derecho nacional y comparado; sin embargo requeriremos usar también la investigación de campo y por ello aplicaremos una encuesta (Anexo N° 03) dirigida a profesionales especializados en derecho de familia

2. CAMPO DE VERIFICACIÓN

2.1. Ubicación espacial

Perú.

2.2. Ubicación temporal

Entre el 01 de enero del 2011 hasta el 31 de diciembre del 2011

2.3. Unidades de estudio

a) De la Investigación Documental

- Legislación nacional y comparada
- Bibliografía
- Hemerografía
- Webgrafía

b) De la Investigación de Campo

- Hemos decidido introducir la investigación de campo para complementar de alguna manera el análisis producido por la investigación documental, en este sentido aplicaremos una Cedula de Recolección de Datos a una cantidad determinada y específica de profesionales del Derecho (50 Encuestas) que estén especializados en Derecho de Familia, tales como: Jueces de Familia, Fiscales de Familia, abogados especializados en dicha materia, entre otros; de modo que la información que nos puedan brindar sea lo más fidedigna y

veraz posible y, sobre todo, refleje la opinión muestral de la comunidad jurídica especializada en el tema.

Ahora bien, nuestro tamaño de muestra no ha sido elegido arbitrariamente sino que nos hemos basado en un dato y en varias inferencias que reseñamos a continuación: hemos sabido que en la ciudad de Arequipa hay aproximadamente 5000 abogados colegiados en ejercicio, de ellos hemos considerado que aproximadamente el 10% tiene algún grado importante de especialización en Derecho de Familia desempeñándose actualmente en la materia, tales como; abogados especialistas, jueces, fiscales, conciliadores en Familia, entre otros, estamos hablando así de 500 profesionales. De esta cantidad elegimos encuestar y contactarnos con el 10% de modo tal que nuestra encuesta sea lo suficientemente representativa de este sector, es así que tendremos que aplicar 50 encuestas dirigidas a estos profesionales especializados.

3. ESTRATEGIAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

En primer lugar recogeremos los datos de la investigación documental y la iremos analizando ordenadamente a través del sistema de fichaje (fichas bibliográficas y hemerográficas), además de tomar debida nota de la legislación nacional y comparada que sea pertinente; al mismo tiempo, y por la gran cantidad de tiempo y esfuerzo humano que consume, iremos aplicando nuestras encuestas de una manera clara y objetiva. Luego finalizaremos nuestra investigación documental con las primeras conclusiones al respecto, para luego extraer los resultados de la investigación de campo y analizarlos también, para finalmente redactar el informe final y proceder a su sustentación.

4. CRONOGRAMA DE TRABAJO

ACTIVIDADES	2012																
	SEMANA AÑO	JUNIO				JULIO				AGOSTO				SEPTIEMBRE			
		1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
PREPARACIÓN DEL PROYECTO		X	X														
APROBACIÓN DEL PROYECTO			X	X													
RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN			X	X	X	X											
PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN					X	X	X	X									
ANÁLISIS Y SISTEMATIZACIÓN DE DATOS						X	X			X	X						
CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS											X	X					
PREPARACIÓN DEL INFORME FINAL											X			X	X	X	
PRESENTACIÓN DEL INFORME FINAL																X	

5. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

AQUIZE CÁCERES, Rocío. DERECHO GENÉTICO Y FAMILIA. Universidad Católica Santa María-Unidad de Estudios a Distancia, Arequipa, 2009.

ARAMBULA REYES, Alma. MATERNIDAD SUBROGADA. Centro de Documentación, Información y Análisis de la Cámara de Diputados de México, México D.F., 2008.

BELLUSCIO, Cesar Augusto. MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA. Séptima edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004.

GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL NIÑO EN EL CONTEXTO DE LA FAMILIA. En: ALVAREZ DE LARA, Rosa María (Coordinadora). PANORAMA INTERNACIONAL DE DERECHO DE FAMILIA, CULTURAS Y SISTEMAS JURÍDICOS COMPARADOS. Tomo I, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.

GONZALES MANTILLA, Gorky. LA CONSIDERACIÓN JURÍDICA DEL EMBRIÓN IN VITRO. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1996.

KEYEUX, Genoveva. IDENTIDAD GENÉTICA. En: TEALDI, Juan Carlos (Director). DICCIONARIO LATINOAMERICANO DE BIOÉTICA. UNESCO y Universidad Nacional de Colombia, Colombia, 2008.

RODRIGUEZ-CADILLA PONCE, María del Rosario. DERECHO GENÉTICO, TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. SU TRASCENDENCIA JURÍDICA EN EL PERÚ. Editorial San Marcos, Lima, 1997.

SIVERINO BAVIO, Paula. CUANDO DECIDIR SER MADRE ES TAN DRAMÁTICO COMO DECIDIR NO SERLO: COMENTARIOS A PROPÓSITO DE UNA SENTENCIA SOBRE IMPUGNACIÓN DE LA MATERNIDAD EN EL PERÚ. En: DERECHOS DE LAS MUJERES Y DISCURSO JURÍDICO. Demus-Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer, Lima, 2010.

SOTO LAMADRID, Miguel Angel. BIOGENÉTICA, FILIACIÓN Y DELITO. LA FECUNDACIÓN ARTIFICIAL Y LA EXPERIMENTACIÓN GENÉTICA ANTE EL DERECHO. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. DERECHO GENÉTICO: PRINCIPIOS GENERALES. Tercera Edición, Editorial San Marcos, Lima, 1998.



**ANEXO Nº 01
FICHA BIBLIOGRÁFICA**

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Autor:	Editorial:	
Título:	Lugar:	Año:
Fecha:	Página:	Otros:



ANEXO Nº 02

FICHA HEMEROGRÁFICA

FICHA HEMEROGRÁFICA

Autor:	Editorial:	
Título:	Lugar:	Año:
Revista:	Página:	Otros:



ANEXO Nº 03
CÉDULA DE RECOLECCIÓN DE DATOS

ENCUESTA

Nombre (opcional):

Área en la que labora:

- Juez especializado en Familia:
- Fiscal especializado en Familia:
- Abogado especializado en Familia:
- Otro (especifique):

1.- ¿SEÑALE LA FRECUENCIA APROXIMADA EN LA QUE HA ESCUCHADO DE ALGUN CASO DE MATERNIDAD DISOCIADA (VIENTRE DE ALQUILER)?

- a) Muchas veces.
- b) Algunas veces.
- c) Una vez.
- d) Nunca.
- e) No Sabe/No Opina.

2.- EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY GENERAL DE SALUD PROHIBE LA DISOCIACIÓN DE LA MATERNIDAD, PERO NO LA SANCIONA; Y SIN EMBARGO LA PRÁCTICA DEL VIENTRE DE ALQUILER CONTINÚA EN NUESTRA REALIDAD PERUANA. SIENDO ASÍ: ¿ESTARÍA UD. DE ACUERDO EN MODIFICAR NUESTRA LEGISLACIÓN PARA ADMITIR DICHA PRÁCTICA DENTRO DE REQUISITOS ESPECIALES O PARA SANCIONARLA DE MANERA EFECTIVA?

- a) Admitir la maternidad disociada (vientre de alquiler) con requisitos especiales.
- b) Sancionar la práctica de la maternidad disociada (vientre de alquiler).
- c) N.A., mantenerlo tal como está.
- d) No Sabe/No Opina.

3.- LA PRÁCTICA DE LA MATERNIDAD DISOCIADA (VIENTRE DE ALQUILER) LO USAN, GENERALMENTE, MUJERES QUE TIENEN PROBLEMAS CON LLEVAR UN EMBARAZO NORMAL, EN ESTOS CASOS ¿CREE UD. QUE PODRÍA HABLARSE DE QUE EXISTE UN DERECHO AL HIJO COMO COMPONENTE DE LOS DERECHOS DE LA MUJER?

- a) Si, existe el derecho al hijo.
- b) No, no existe el derecho al hijo.
- c) No Sabe/No Opina.

4.- EN SU OPINIÓN ¿LA MATERNIDAD DISOCIADA DEBE DARSE SOLO EN EL CASO DE ESTADO DE NECESIDAD DE LA MUJER QUE SOLICITA EL VIENTRE EN ALQUILER O DEBERÍA SER PARA CUALQUIER CASO?

- a) Sólo en el caso de estado de necesidad.
- b) Su práctica debe ser para cualquier caso.
- c) No Sabe/No Opina.

5.- ¿LA MUJER QUE ALQUILA SU VIENTRE DEBE RECIBIR UNA CONTRAPRESTACIÓN ECONÓMICA POR DICHO ACTO?

- a) Si, todas las veces que lo haga.
- b) Si, pero solo una vez, para evitar el lucro.
- c) No, nunca, debe ser gratuito.
- c) No Sabe/No Opina.

6.- ¿QUIÉNES PUEDEN ACUDIR A LA PRÁCTICA LEGAL DE LA MATERNIDAD DISOCIADA? (señale una o varias opciones según su criterio).

- a) Solo la pareja legalmente constituida en matrimonio.
- b) La pareja concubinaria (unión de hecho).
- c) Una mujer o un hombre soltero.
- d) La pareja homosexual.
- c) No Sabe/No Opina.

7.- EN SU OPINIÓN ¿LA MUJER QUE ALQUILA SU VIENTRE TIENE ALGUN DERECHO (DE FILIACIÓN, ALIMENTARIO, ETC.) SOBRE EL HIJO GESTADO?

- a) Si, porque lo llevó en su vientre nueve meses.
- b) No, porque los derechos le corresponden a los padres biológicos.
- c) No Sabe/No Opina.

8.- DE SER EL CASO ¿ACUDIRIA UD. CON SU PAREJA A LA PRÁCTICA DE ALGUNA TÉCNICA DE FECUNDACIÓN ARTIFICIAL O A LA MATERNIDAD DISOCIADA (VIENTRE DE ALQUILER)?

a) Si.

b) No.

c) No Sabe/No Opina.

De acuerdo a su respuesta señale porque:

.....
.....
.....

Arequipa, agosto del 2012



ÍNDICE GENERAL

RESUMEN

SUMMARY

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

**FAMILIA Y MATERNIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO:
CONCEPCIÓN TRADICIONAL Y NUEVAS TENDENCIAS**

CAPÍTULO II

**SITUACIÓN LEGAL DE LA DISOCIACIÓN DE LA MATERNIDAD EN EL PERÚ
Y EL MUNDO**

CAPÍTULO III

**ASPECTOS JURÍDICOS NECESARIOS EN LA REGULACIÓN LEGAL DE LA
MATERNIDAD DISOCIADA EN EL PERÚ**

CAPÍTULO IV

**RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO: APLICACIÓN DE
CÉDULA DE RECOLECCIÓN DE DATOS A PROFESIONALES DEL
DERECHO ESPECIALIZADOS EN DERECHO DE FAMILIA**

CONCLUSIONES

SUGERENCIAS Y PROPUESTA

BIBLIOGRAFÍA

ANEXOS



ANEXO 2

RESULTADOS GENERALES DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO

RESULTADOS GENERALES TABULADOS

1.- ¿SEÑALE LA FRECUENCIA APROXIMADA EN LA QUE HA ESCUCHADO DE ALGÚN CASO DE MATERNIDAD DISOCIADA (VIENTRE DE ALQUILER)?		
RESPUESTA	NÚMERO	PORCENTAJE
a) Muchas veces	5	8.3 %
b) Algunas veces	30	50 %
c) Una vez	5	8.3 %
d) Nunca	20	33.3 %
e) No Sabe/No Opina	0	0 %
TOTAL	60	100 %
2.- EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY GENERAL DE SALUD PROHIBE LA DISOCIACIÓN DE LA MATERNIDAD, PERO NO LA SANCIONA; Y SIN EMBARGO LA PRÁCTICA DEL VIENTRE DE ALQUILER CONTINÚA PRESENTE EN NUESTRA REALIDAD PERUANA. SIENDO ASÍ: ¿ESTARÍA UD. DE ACUERDO EN MODIFICAR NUESTRA LEGISLACIÓN PARA ADMITIR DICHA PRÁCTICA DENTRO DE REQUISITOS ESPECIALES O PARA SANCIONARLA DE MANERA EFECTIVA?		
RESPUESTA	NÚMERO	PORCENTAJE
a) Admitir la maternidad disociada (vientre de alquiler) con requisitos especiales	49	81.7 %
b) Sancionar la práctica de la maternidad disociada (vientre de alquiler).	10	16.7 %
c) N.A., mantenerlo tal como está	1	1.6 %
d) No Sabe / No Opina	0	0 %
TOTAL	60	100 %
3.- LA PRÁCTICA DE LA MATERNIDAD DISOCIADA (VIENTRE DE ALQUILER) LO USAN, GENERALMENTE, MUJERES QUE TIENEN PROBLEMAS CON LLEVAR UN EMBARAZO NORMAL, EN ESTOS CASOS ¿CREE UD. QUE PODRÍA HABLARSE DE QUE EXISTE UN DERECHO AL HIJO COMO COMPONENTE DE LOS DERECHOS DE LA MUJER?		
RESPUESTA	NÚMERO	PORCENTAJE

a) Si, existe el derecho al hijo	40	66.7 %
b) No, no existe el derecho al hijo.	16	26.7 %
c) No Sabe / No Opina	4	6.7%
TOTAL	60	100 %
4.- EN SU OPINIÓN ¿LA MATERNIDAD DISOCIADA DEBE DARSE SOLO EN EL CASO DE ESTADO DE NECESIDAD (INFERTILIDAD) DE LA MUJER QUE SOLICITA EL VIENTRE EN ALQUILER O SU PRÁCTICA DEBE SER LIBRE?		
RESPUESTA	NÚMERO	PORCENTAJE
a) Sólo en el caso de estado de necesidad	56	93.3 %
b) Su práctica debe ser libre.	3	5.0 %
c) No Sabe / No Opina	1	1.7 %
TOTAL	60	100 %
5.- ¿LA MUJER QUE ALQUILA SU VIENTRE DEBE RECIBIR UNA CONTRAPRESTACIÓN ECONÓMICA POR DICHO ACTO?		
RESPUESTA	NÚMERO	PORCENTAJE
a) Si, todas las veces que lo haga	5	8.3 %
b) Si, pero solo una vez, para evitar el lucro	37	61.7 %
c) No, nunca, debe ser gratuito.	16	26.7 %
d) No Sabe / No Opina	2	3.3 %
TOTAL	60	100 %
6.- ¿QUIÉNES PUEDEN ACUDIR A LA PRÁCTICA LEGAL DE LA MATERNIDAD DISOCIADA? (en este caso señale una o varias opciones según su criterio).		
RESPUESTA	NÚMERO	PORCENTAJE
a) Solo la pareja legalmente constituida en matrimonio	51	85.0 %
b) La pareja concubinaria (unión de hecho)	47	78.3 %
c) Una mujer o un hombre soltero.	15	25.0 %
d) La pareja homosexual	4	6.7 %

e) No Sabe / No Opina	0	0 %
TOTAL	--	--
7.- EN SU OPINIÓN ¿LA MUJER QUE ALQUILA SU VIENTRE TIENE ALGÚN DERECHO (DE FILIACIÓN, ALIMENTARIO, ETC.) SOBRE EL HIJO GESTADO?		
RESPUESTA	NÚMERO	PORCENTAJE
a) Si, porque lo llevó en su vientre nueve meses	10	16.7 %
b) No, porque los derechos le corresponden a los padres biológicos	48	80.0 %
c) No Sabe / No Opina	2	3.3 %
TOTAL	60	100 %
8.- DE SER EL CASO ¿ACUDIRÍA UD. CON SU PAREJA A LA PRÁCTICA DE ALGUNA TÉCNICA DE FECUNDACIÓN ARTIFICIAL O A LA MATERNIDAD DISOCIADA (VIENTRE DE ALQUILER)?		
RESPUESTA	NÚMERO	PORCENTAJE
a) Si	44	73.3 %
b) No	13	21.7 %
c) No Sabe / No Opina	3	5.0 %
TOTAL	60	100 %



ANEXO 3

**LEY SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA DE
ESPAÑA**

9292 LEY 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

JUAN CARLOS I
REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren. Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La aparición de las técnicas de reproducción asistida en la década de los 70 supuso la apertura de nuevas posibilidades de solución del problema de la esterilidad para un amplio número de parejas aquejadas por esta patología. La novedad y utilidad de estas técnicas hicieron sentir muy pronto en los países de nuestro entorno la necesidad de abordar su regulación.

En España esta necesidad se materializó tempranamente mediante la aprobación de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. La Ley española fue una de las primeras en promulgarse entre las legislaciones sobre esta materia desarrolladas en países de nuestro entorno cultural y geográfico.

Dicha Ley supuso un indudable avance científico y clínico en la medida en que las técnicas de reproducción asistida, además de coadyuvar a paliar los efectos de la esterilidad, se manifiestan como especialmente útiles para otros fines, tales como los diagnósticos o de investigación.

El importante avance científico constatado en los últimos años, el desarrollo de nuevas técnicas de reproducción, el aumento del potencial investigador y la necesidad de dar respuesta al problema del destino de los preembriones supernumerarios hicieron necesaria una reforma o revisión en profundidad de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre.

La Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sólo dio una respuesta parcial a tales exigencias. En efecto, dicha Ley autorizó la utilización, con fines de investigación, de los preembriones que se encontraban crioconservados con anterioridad a su entrada en vigor – noviembre de 2003–, aunque bajo condiciones muy restrictivas. Pero a la vez que abría esta posibilidad, establecía la limitación de producir un máximo de tres ovocitos en cada ciclo reproductivo, lo que dificultaba la práctica ordinaria de las técnicas de reproducción asistida, al impedir poner los medios para lograr el mayor éxito con el menor riesgo posible para la salud de la mujer, que era el principal objetivo de la Ley modificada.

Precisamente por ello, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida se mostró particularmente crítica con este aspecto de la reforma.

Por otra parte, la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, dispensaba distinto tratamiento a los preembriones crioconservados o congelados según cual fuera la fecha de su generación. Los anteriores a noviembre de 2003, fecha de la entrada en vigor, podían ser dedicados, además de a otros fines, a la investigación, posibilidad que estaba vedada a los generados con posterioridad, que podrían destinarse únicamente a fines reproductivos de la pareja generadora o a la donación a otras mujeres.

La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida insistió desde la promulgación de la citada Ley en la necesidad de acometer con prontitud la reforma de la legislación vigente, con el fin de corregir las deficiencias advertidas y de acomodarla a la realidad actual. Para ello, en sus últimas reuniones ha ido definiendo las líneas directrices que debería seguir la nueva regulación y que esta Ley incorpora.

II

Esta Ley se enmarca precisamente en esa línea e introduce importantes novedades. En primer lugar, define claramente, con efectos exclusivamente circunscritos a su ámbito propio de aplicación, el concepto de preembrión, entendiendo por tal al embrión in vitro constituido por el grupo de células

resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde. Además, en línea con lo que dispone la Constitución Europea, prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos.

Las técnicas de reproducción asistida que pueden practicarse también son objeto de nueva regulación. Debido a que la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, siguió el método de enumerar, mediante una lista cerrada, cuantas posibilidades técnicas eran conocidas en aquel momento, y fijaba en relación con ellas los límites legales de actuación, las nuevas técnicas surgidas por los avances científicos carecen de una consideración expresa en la norma, y suscitan el debate sobre la existencia de un vacío jurídico o, por el contrario, la aplicación extensiva de la Ley en vigor sobre la base de una interpretación lo más amplia posible. La nueva Ley sigue un criterio mucho más abierto al enumerar las técnicas que, según el estado de la ciencia y la práctica clínica, pueden realizarse hoy día. Sin embargo, evita la petrificación normativa, y habilita a la autoridad sanitaria correspondiente para autorizar, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, la práctica provisional y tutelada como técnica experimental de una nueva técnica; una vez constatada su evidencia científica y clínica, el Gobierno, mediante real decreto, puede actualizar la lista de técnicas autorizadas.

Por otra parte, se ha producido una evolución notable en la utilización y aplicación de las técnicas de reproducción asistida en su vertiente de solución de los problemas de esterilidad, al extender también su ámbito de actuación al desarrollo de otras complementarias para permitir evitar, en ciertos casos, la aparición de enfermedades, en particular en las personas nacidas que carecen de tratamiento curativo. El diagnóstico genético preimplantacional abre nuevas vías en la prevención de enfermedades genéticas que en la actualidad carecen de tratamiento y a la posibilidad de seleccionar preembriones para que, en determinados casos y bajo el debido control y autorización administrativos, puedan servir de ayuda para salvar la vida del familiar enfermo.

La Ley es respetuosa con la realidad autonómica actual del Estado español, en el que la autorización de proyectos concretos corresponde de manera indudable

a las comunidades autónomas, a las que se dota del necesario apoyo técnico, mediante el reforzamiento del papel asesor de una única comisión, de la que forman parte representantes de las propias comunidades autónomas. Precisamente por ello, la Ley refuerza el papel asesor de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que debe emitir informes preceptivos acerca de cuantos proyectos nuevos, sea para el desarrollo de nuevas técnicas, sea como investigación de carácter básico o aplicado, se puedan promover, pero, al mismo tiempo, mantiene la capacidad decisoria de las autoridades sanitarias correspondientes.

Por otro lado, la realidad de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en nuestro país no puede ser ajena a la consideración de que dichas técnicas se han desarrollado de manera extensiva en especial en el ámbito privado. De esa realidad se deriva que la intervención de los poderes públicos en este campo debe ir dirigida también a compensar la asimetría de información que existe entre quienes acuden a demandar la aplicación de estas técnicas y quienes las aplican, de manera que se garantice en lo posible el equilibrio de intereses entre unos y otros.

Uno de los mecanismos prioritarios para contribuir a la equidad de esa relación es la disponibilidad de una información accesible a los usuarios de las técnicas que sea clara y precisa sobre la actividad y los resultados de los centros y servicios que las practican. Esta necesidad se traduce en la Ley en el reforzamiento de los registros y otros mecanismos de información que deben constituirse, hasta el punto de considerar dicha información pública como un elemento esencial de la práctica de las técnicas, de manera que se proporcionen a los ciudadanos que acuden a los centros los instrumentos adecuados de información que les permitan ejercer con criterios sólidos su capacidad de decisión.

Para ello, además del Registro de donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana, ya previsto en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, se crea el Registro de actividad de los centros de reproducción asistida. En el primero se consignarán los hijos nacidos de cada uno de los donantes, la identidad de las parejas o mujeres receptoras y la localización

original de unos y otros en el momento de la donación y de su utilización. Y en el segundo se registrarán los datos sobre tipología de técnicas y procedimientos, tasas de éxito y otras cuestiones que sirvan para informar a los ciudadanos sobre la calidad de cada uno de los centros, que deberán hacerse públicos, al menos, una vez al año. También se recogerá el número de preembriones que se conserven en cada centro o servicio de reproducción asistida y se elimina la obligación establecida en la Ley anterior de enviar los preembriones sobrantes al Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa.

Por último, para corregir los problemas suscitados por la legislación precedente, la Ley elimina las diferencias en la consideración de los preembriones que se encontrasen criopreservados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, y los que pudieran generarse posteriormente, en cuanto a sus destinos posibles, siempre supeditados a la voluntad de los progenitores y, en el caso de la investigación, a condiciones estrictas de autorización, seguimiento y control por parte de las autoridades sanitarias correspondientes. Con ello, al igual que ocurre en otros países, se desarrollan instrumentos adecuados para garantizar la demandada protección del preembrión. Se eliminan los límites que se establecieron en la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, para la generación de ovocitos en cada ciclo reproductivo, límites que deberán derivar de manera exclusiva de las indicaciones clínicas que existan en cada caso.

La Ley concluye con el correspondiente régimen de infracciones y sanciones, en el que se definen las conductas prohibidas y se les asignan las correspondientes sanciones.

Por último, esta Ley deroga la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida y la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, y modifica el organismo autónomo Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa, que pasa a denominarse Organización Nacional de Trasplantes y a asumir sus funciones y competencias, excepto las que corresponden al Instituto de Salud

«Carlos III», lo que supone la separación de las funciones puramente asistenciales de las relacionadas con la investigación.

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1. *Objeto y ámbito de aplicación de la Ley.*

1. Esta Ley tiene por objeto:

a) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas.

b) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley.

c) La regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados.

2. A los efectos de esta Ley se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde.

3. Se prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos.

Artículo 2. *Técnicas de reproducción humana asistida.*

1. Las técnicas de reproducción humana asistida que, conforme a lo que se determina en el artículo 1, reúnen las condiciones de acreditación científica y clínica son las relacionadas en el anexo.

2. La aplicación de cualquier otra técnica no relacionada en el anexo requerirá la autorización de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, para su práctica provisional y tutelada como técnica experimental.

3. El Gobierno, mediante real decreto y previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, podrá actualizar el anexo para su adaptación a los avances científicos y técnicos y para incorporar aquellas técnicas experimentales que hayan demostrado, mediante experiencia suficiente, reunir las condiciones de acreditación científica y clínica precisas para su aplicación generalizada.

Artículo 3. *Condiciones personales de la aplicación de las técnicas.*

1. Las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación.

2. En el caso de la fecundación in vitro y técnicas afines, sólo se autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones en cada mujer en cada ciclo reproductivo.

3. La información y el asesoramiento sobre estas técnicas, que deberá realizarse tanto a quienes deseen recurrir a ellas como a quienes, en su caso, vayan a actuar como donantes, se extenderá a los aspectos biológicos, jurídicos y éticos de aquéllas, y deberá precisar igualmente la información relativa a las condiciones económicas del tratamiento. Incumbirá la obligación de que se proporcione dicha información en las condiciones adecuadas que faciliten su comprensión a los responsables de los equipos médicos que lleven a cabo su aplicación en los centros y servicios autorizados para su práctica.

4. La aceptación de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por cada mujer receptora de ellas quedará reflejada en un formulario de consentimiento informado en el que se hará mención expresa de todas las condiciones concretas de cada caso en que se lleve a cabo su aplicación.

5. La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspenda su aplicación en cualquier momento de su realización anterior a la transferencia embrionaria, y dicha petición deberá atenderse.

6. Todos los datos relativos a la utilización de estas técnicas deberán recogerse en historias clínicas individuales, que deberán ser tratadas con las debidas garantías de confidencialidad respecto de la identidad de los donantes, de los datos y condiciones de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de los hijos así nacidos. No obstante, se tratará de mantener la máxima integración posible de la documentación clínica de la persona usuaria de las técnicas.

Artículo 4. *Requisitos de los centros y servicios de reproducción asistida.*

1. La práctica de cualquiera de las técnicas de reproducción asistida sólo se podrá llevar a cabo en centros o servicios sanitarios debidamente autorizados para ello por la autoridad sanitaria correspondiente. Dicha autorización especificará las técnicas cuya aplicación se autoriza en cada caso.

2. La autorización de un centro o servicio sanitario para la práctica de las técnicas de reproducción asistida exigirá el cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos en el capítulo V de esta Ley y demás normativa vigente, en especial, la dirigida a garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad.

CAPÍTULO II

Participantes en las técnicas de reproducción asistida

Artículo 5. *Donantes y contratos de donación.*

1. La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado.

2. La donación sólo será revocable cuando el donante precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles. A la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al centro receptor.

3. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta. Cualquier actividad de publicidad o promoción por parte de centros autorizados que incentive la donación de células y tejidos humanos deberá respetar el carácter altruista de aquélla, no pudiendo, en ningún caso, alentar la donación mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos.

El Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación.

4. El contrato se formalizará por escrito entre los donantes y el centro autorizado. Antes de la formalización, los donantes habrán de ser informados de los fines y consecuencias del acto.

5. La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan. Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto.

Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.

6. Los donantes deberán tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia.

Estas mismas condiciones serán aplicables a las muestras de donantes procedentes de otros países; en este caso, los responsables del centro remitidor correspondiente deberán acreditar el cumplimiento de todas aquellas condiciones y pruebas cuya determinación no se pueda practicar en las muestras enviadas a su recepción.

En todo caso, los centros autorizados podrán rechazar la donación cuando las condiciones psicofísicas del donante no sean las adecuadas.

7. El número máximo autorizado de hijos nacidos en España que hubieran sido generados con gametos de un mismo donante no deberá ser superior a seis. A los efectos del mantenimiento efectivo de ese límite, los donantes deberán declarar en cada donación si han realizado otras previas, así como las condiciones de éstas, e indicar el momento y el centro en el que se hubieran realizado dichas donaciones.

Será responsabilidad de cada centro o servicio que utilice gametos de donantes comprobar de manera fehaciente la identidad de los donantes, así como, en su caso, las consecuencias de las donaciones anteriores realizadas en cuanto a la generación de hijos nacidos previamente.

Si se acreditase que el número de éstos superaba el límite establecido, se procederá a la destrucción de las muestras procedentes de ese donante.

A partir de la entrada en funcionamiento del Registro nacional de donantes a que se refiere el artículo 21, la comprobación de dichos datos podrá hacerse mediante consulta al registro correspondiente.

8. Las disposiciones de este artículo serán de aplicación a los supuestos de donación de gametos sobrantes no utilizados en la reproducción de la propia pareja para la reproducción de personas ajenas a ella.

Artículo 6. *Usuarios de las técnicas.*

1. Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.

La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual.

2. Entre la información proporcionada a la mujer, de manera previa a la firma de su consentimiento, para la aplicación de estas técnicas se incluirá, en todo caso, la de los posibles riesgos, para ella misma durante el tratamiento y el embarazo y para la descendencia, que se puedan derivar de la maternidad a una edad clínicamente inadecuada.

3. Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste

de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal.

4. En la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, la elección del donante de semen sólo podrá realizarse por el equipo médico que aplica la técnica, que deberá preservar las condiciones de anonimato de la donación. En ningún caso podrá seleccionarse personalmente el donante a petición de la receptora. En todo caso, el equipo médico correspondiente deberá procurar garantizar la mayor similitud fenotípica e inmunológica posible de las muestras disponibles con la mujer receptora.

Artículo 7. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida.

1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos.

2. En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación.

Artículo 8. Determinación legal de la filiación.

1. Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación.

2. Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de

donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas.

Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad.

3. La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación.

Artículo 9. *Premoriencia del marido.*

1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.

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.

CAPÍTULO III

Crioconservación y otras técnicas coadyuvantes de las de reproducción asistida

Artículo 11. *Crioconservación de gametos y preembriones.*

1. El semen podrá crioconservarse en bancos de gametos autorizados durante la vida del varón de quien procede.
2. La utilización de ovocitos y tejido ovárico crioconservados requerirá previa autorización de la autoridad sanitaria correspondiente.
3. Los preembriones sobrantes de la aplicación de las técnicas de fecundación in vitro que no sean transferidos a la mujer en un ciclo reproductivo podrán ser crioconservados en los bancos autorizados para ello. La crioconservación de los ovocitos, del tejido ovárico y de los preembriones sobrantes se podrá prolongar hasta el momento en que se considere por los responsables médicos, con el dictamen favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente, que la receptorano reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida.

4. Los diferentes destinos posibles que podrán darse a los preembriones crioconservados, así como, en los casos que proceda, al semen, ovocitos y tejido ovárico crioconservados, son:

- a) Su utilización por la propia mujer o su cónyuge.
- b) La donación con fines reproductivos.
- c) La donación con fines de investigación.
- d) El cese de su conservación sin otra utilización. En el caso de los preembriones y los ovocitos crioconservados, esta última opción sólo será aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido en esta Ley sin que se haya optado por alguno de los destinos mencionados en los apartados anteriores.

5. La utilización de los preembriones o, en su caso, del semen, los ovocitos o el tejido ovárico crioconservados, para cualquiera de los fines citados, requerirá del consentimiento informado correspondiente debidamente acreditado. En el caso de los preembriones, el consentimiento deberá haber sido prestado por la mujer o, en el caso de la mujer casada con un hombre, también por el marido, con anterioridad a la generación de los preembriones.

6. El consentimiento para dar a los preembriones o gametos crioconservados cualquiera de los destinos citados podrá ser modificado en cualquier momento anterior a su aplicación.

En el caso de los preembriones, cada dos años, como mínimo, se solicitará de la mujer o de la pareja progenitora la renovación o modificación del consentimiento firmado previamente. Si durante dos renovaciones consecutivas fuera imposible obtener de la mujer o de la pareja progenitora la firma del consentimiento correspondiente, y se pudieran demostrar de manera fehaciente las actuaciones llevadas a cabo con el fin de obtener dicha renovación sin obtener la respuesta requerida, los preembriones quedarán a disposición de los centros en los que se encuentren crioconservados, que podrán destinarlos conforme a su criterio a cualquiera de los fines citados, manteniendo las

exigencias de confidencialidad y anonimato establecidas y la gratuidad y ausencia de ánimo de lucro.

Con anterioridad a la prestación del consentimiento, se deberá informar a la pareja progenitora o a la mujer, en su caso, de lo previsto en los párrafos anteriores de este apartado.

7. Los centros de fecundación in vitro que procedan a la crioconservación de gametos o preembriones humanos de acuerdo con lo establecido en este artículo deberán disponer de un seguro o garantía financiera equivalente que asegure su solvencia, en los términos que se fijen reglamentariamente, para compensar económicamente a las parejas en el supuesto de que se produjera un accidente que afecte a su crioconservación, siempre que, en el caso de los preembriones crioconservados, se hayan cumplido los procedimientos y plazos de renovación del consentimiento informado correspondiente.

Artículo 12. *Diagnóstico preimplantacional.*

1. Los centros debidamente autorizados podrán practicar técnicas de diagnóstico preimplantacional para:

a) La detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectos para su transferencia.

b) La detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión. La aplicación de las técnicas de diagnóstico preimplantacional en estos casos deberá comunicarse a la autoridad sanitaria correspondiente, que informará de ella a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

2. La aplicación de técnicas de diagnóstico preimplantacional para cualquiera otra finalidad no comprendida en el apartado anterior, o cuando se pretendan practicar en combinación con la determinación de los antígenos de

histocompatibilidad de los preembriones in vitro con fines terapéuticos para terceros, requerirá de la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso.

Artículo 13. *Técnicas terapéuticas en el preembrión.*

1. Cualquier intervención con fines terapéuticos sobre el preembrión vivo in vitro sólo podrá tener la finalidad de tratar una enfermedad o impedir su transmisión, con garantías razonables y contrastadas.

2. La terapia que se realice en preembriones in vitro sólo se autorizará si se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que la pareja o, en su caso, la mujer sola haya sido debidamente informada sobre los procedimientos, pruebas diagnósticas, posibilidades y riesgos de la terapia propuesta y las hayan aceptado previamente.

b) Que se trate de patologías con un diagnóstico preciso, de pronóstico grave o muy grave, y que ofrezcan posibilidades razonables de mejoría o curación.

c) Que no se modifiquen los caracteres hereditarios no patológicos ni se busque la selección de los individuos o de la raza.

d) Que se realice en centros sanitarios autorizados y por equipos cualificados y dotados de los medios necesarios, conforme se determine mediante real decreto.

3. La realización de estas prácticas en cada caso requerirá de la autorización de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

CAPÍTULO IV

Investigación con gametos y preembriones humanos

Artículo 14. *Utilización de gametos con fines de investigación.*

1. Los gametos podrán utilizarse de manera independiente con fines de investigación.
2. Los gametos utilizados en investigación o experimentación no podrán utilizarse para su transferencia a la mujer ni para originar preembriones con fines de procreación.

Artículo 15. *Utilización de preembriones con fines de investigación.*

1. La investigación o experimentación con preembriones sobrantes procedentes de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida sólo se autorizará si se atiende a los siguientes requisitos:
 - a) Que se cuente con el consentimiento escrito de la pareja o, en su caso, de la mujer, previa explicación pormenorizada de los fines que se persiguen con la investigación y sus implicaciones. Dichos consentimientos especificarán en todo caso la renuncia de la pareja o de la mujer, en su caso, a cualquier derecho de naturaleza dispositiva, económica o patrimonial sobre los resultados que pudieran derivarse de manera directa o indirecta de las investigaciones que se lleven a cabo.
 - b) Que el preembrión no se haya desarrollado in vitro más allá de 14 días después de la fecundación del ovocito, descontando el tiempo en el que pueda haber estado crioconservado.
 - c) En el caso de los proyectos de investigación relacionados con el desarrollo y aplicación de las técnicas de reproducción asistida, que la investigación se realice en centros autorizados. En todo caso, los proyectos se llevarán a cabo

por equipos científicos cualificados, bajo control y seguimiento de las autoridades sanitarias competentes.

d) Que se realicen con base en un proyecto debidamente presentado y autorizado por las autoridades sanitarias competentes, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida si se trata de proyectos de investigación relacionados con el desarrollo y aplicación de las técnicas de reproducción asistida, o del órgano competente si se trata de otros proyectos de investigación relacionados con la obtención, desarrollo y utilización de líneas celulares de células troncales embrionarias.

e) En el caso de la cesión de preembriones a otros centros, en el proyecto mencionado en el párrafo anterior deberán especificarse las relaciones e intereses comunes de cualquier naturaleza que pudieran existir entre el equipo y centro entre los que se realiza la cesión de preembriones. En estos casos deberán también mantenerse las condiciones establecidas de confidencialidad de los datos de los progenitores y la gratuidad y ausencia de ánimo de lucro.

2. Una vez terminado el proyecto, la autoridad que concedió la autorización deberá dar traslado del resultado de la experimentación a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida y, en su caso, al órgano competente que lo informó.

Artículo 16. Conservación y utilización de los preembriones para investigación.

1. Los preembriones crioconservados sobrantes respecto de los que exista el consentimiento de la pareja progeneradora o, en su caso, la mujer para su utilización con fines de investigación se conservarán, al igual que aquellos otros para los que se haya consentido en otros destinos posibles, en los bancos de preembriones de los centros de reproducción asistida correspondientes.

2. La utilización efectiva del preembrión con fines de investigación en un proyecto concreto en el propio centro de reproducción asistida, o su traslado a otro centro en el que se vaya a utilizar en un proyecto concreto de investigación,

requerirá del consentimiento expreso de la pareja o, en su caso, de la mujer responsable del preembrión para su utilización en ese proyecto, previa información pormenorizada y comprensión por los interesados de los fines de esa investigación, sus fases y plazos, la especificación de su restricción al ámbito básico o su extensión al ámbito clínico de aplicación, así como de sus consecuencias posibles. Si no se contare con el consentimiento expreso para la utilización en un proyecto concreto de investigación, deberá recabarse en todo caso antes de su cesión a ese fin, salvo en el caso de la ausencia de renovación del consentimiento previsto en el artículo 11.6.

CAPÍTULO V

Centros sanitarios y equipos biomédicos

Artículo 17. *Calificación y autorización de los centros de reproducción asistida.*

Todos los centros o servicios en los que se realicen las técnicas de reproducción asistida, o sus derivaciones, así como los bancos de gametos y preembriones, tendrán la consideración de centros y servicios sanitarios. Se registrarán por lo dispuesto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en la normativa que la desarrolla o en la de las Administraciones públicas con competencias en materia sanitaria, y precisarán para la práctica de las técnicas de reproducción asistida de la correspondiente autorización específica.

Artículo 18. *Condiciones de funcionamiento de los centros y equipos.*

1. Los equipos biomédicos que trabajen en estos centros o servicios sanitarios deberán estar especialmente cualificados para realizar las técnicas de reproducción asistida, sus aplicaciones complementarias o sus derivaciones científicas y contarán para ello con el equipamiento y los medios necesarios, que se determinarán mediante real decreto. Actuarán interdisciplinariamente, y el director del centro o servicio del que dependen será el responsable directo de sus actuaciones.

2. Los equipos biomédicos y la dirección de los centros o servicios en que trabajan incurrirán en las responsabilidades que legalmente correspondan si violan el secreto de la identidad de los donantes, si realizan mala práctica con las técnicas de reproducción asistida o los materiales biológicos correspondientes o si, por omitir la información o los estudios establecidos, se lesionan los intereses de donantes o usuarios o se transmiten a los descendientes enfermedades congénitas o hereditarias, evitables con aquella información y estudio previos.

3. Los equipos médicos recogerán en una historia clínica, custodiada con la debida protección y confidencialidad, todas las referencias sobre los donantes y usuarios, así como los consentimientos firmados para la realización de la donación o de las técnicas. Los datos de las historias clínicas, excepto la identidad de los donantes, deberán ser puestos a disposición de la receptora y de su pareja, o del hijo nacido por estas técnicas o de sus representantes legales cuando llegue a su mayoría de edad, si así lo solicitan.

4. Los equipos biomédicos deberán realizar a los donantes y a las receptoras cuantos estudios estén establecidos reglamentariamente, y deberán cumplimentar igualmente los protocolos de información sobre las condiciones de los donantes o la actividad de los centros de reproducción asistida que se establezcan.

Artículo 19. *Auditorías de funcionamiento.*

Los centros de reproducción humana asistida se someterán con la periodicidad que establezcan las autoridades sanitarias competentes a auditorías externas que evaluarán tanto los requisitos técnicos y legales como la información transmitida a las Comunidades Autónomas a los efectos registrales correspondientes y los resultados obtenidos en su práctica clínica.

CAPÍTULO VI

Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida

Artículo 20. *Objeto, composición y funciones.*

1. La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida es el órgano colegiado, de carácter permanente y consultivo, dirigido a asesorar y orientar sobre la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, a contribuir a la actualización y difusión de los conocimientos científicos y técnicos en esta materia, así como a la elaboración de criterios funcionales y estructurales de los centros y servicios donde aquéllas se realizan.
2. Formarán parte de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida representantes designados por el Gobierno de la Nación, las comunidades autónomas, las distintas sociedades científicas y por entidades, corporaciones profesionales y asociaciones y grupos de representación de consumidores y usuarios, relacionados con los distintos aspectos científicos, jurídicos y éticos de la aplicación de estas técnicas.
3. Podrán recabar el informe o asesoramiento de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida los órganos de gobierno de la Administración General del Estado y de las comunidades autónomas, así como las comisiones homólogas que se puedan constituir en estas últimas. Los centros y servicios sanitarios en los que se apliquen las técnicas de reproducción asistida podrán igualmente solicitar el informe de la Comisión Nacional sobre cuestiones relacionadas con dicha aplicación. En este caso, el informe deberá solicitarse a través de la autoridad sanitaria que haya autorizado la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por el centro o servicio correspondiente.
4. Será preceptivo el informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida en los siguientes supuestos:

- a) Para la autorización de una técnica de reproducción humana asistida con carácter experimental, no recogida en el anexo.
 - b) Para la autorización ocasional para casos concretos y no previstos en esta Ley de las técnicas de diagnóstico preimplantacional, así como en los supuestos previstos en el artículo 12.2.
 - c) Para la autorización de prácticas terapéuticas previstas en el artículo 13.
 - d) Para la autorización de los proyectos de investigación en materia de reproducción asistida.
 - e) En el procedimiento de elaboración de disposiciones generales que versen sobre materias previstas en esta Ley o directamente relacionadas con la reproducción asistida.
 - f) En cualquier otro supuesto legal o reglamentariamente previsto.
5. La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida deberá ser informada, con una periodicidad al menos semestral, de las prácticas de diagnóstico preimplantacional que se lleven a cabo conforme a lo dispuesto en el artículo 12.1. Igualmente, con carácter anual deberá ser informada de los datos recogidos en los Registros nacionales de donantes y de actividad de los centros a los que se refieren los artículos 21 y 22.
6. Las comisiones homólogas que se constituyan en las Comunidades Autónomas tendrán la consideración de comisiones de soporte y referencia de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida y colaborarán con ésta en el ejercicio de sus funciones.
7. Los miembros de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida deberán efectuar una declaración de actividades e intereses y se abstendrán de

tomar parte en las deliberaciones y en las votaciones en que tengan un interés directo o indirecto en el asunto examinado.

CAPÍTULO VII

Registros nacionales de reproducción asistida

Artículo 21. *Registro nacional de donantes.*

1. El Registro nacional de donantes, adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, es aquel registro administrativo en el que se inscribirán los donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana, con las garantías precisas de confidencialidad de los datos de aquéllos.
2. Este registro, cuyos datos se basarán en los que sean proporcionados por las comunidades autónomas en lo que se refiere a su ámbito territorial correspondiente, consignará también los hijos nacidos de cada uno de los donantes, la identidad de las parejas o mujeres receptoras y la localización original de unos y otros en el momento de la donación y de su utilización.
3. El Gobierno, previo informe del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y mediante real decreto, regulará la organización y funcionamiento del registro nacional.

Artículo 22. *Registro nacional de actividad y resultados de los centros y servicios de reproducción asistida.*

1. Con carácter asociado o independiente del registro anterior, el Gobierno, mediante real decreto y previo informe del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, regulará la constitución, organización y funcionamiento de un Registro de actividad de los centros y servicios de reproducción asistida.

2. El Registro de actividad de los centros y servicios de reproducción asistida deberá hacer públicos con periodicidad, al menos, anual los datos de actividad de los centros relativos al número de técnicas y procedimientos de diferente tipo para los que se encuentren autorizados, así como las tasas de éxito en términos reproductivos obtenidas por cada centro con cada técnica, y cualquier otro dato que se considere necesario para que por los usuarios de las técnicas de reproducción asistida se pueda valorar la calidad de la atención proporcionada por cada centro. El Registro de actividad de los centros y servicios de reproducción asistida recogerá también el número de preembriones crioconservados que se conserven, en su caso, en cada centro.

Artículo 23. *Suministro de información.*

Los centros en los que se practiquen técnicas de reproducción asistida están obligados a suministrar la información precisa, para su adecuado funcionamiento, a las autoridades encargadas de los registros regulados en los dos artículos anteriores.

CAPÍTULO VIII

Infracciones y sanciones

Artículo 24. *Normas generales.*

1. La potestad sancionadora regulada en esta Ley se ejercerá, en lo no previsto en ella, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

2. Las infracciones en materia de reproducción humana asistida serán objeto de las sanciones administrativas correspondientes, previa instrucción del oportuno

expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir.

3. Cuando, a juicio de la Administración, la infracción pudiera ser constitutiva de delito o falta, el órgano administrativo dará traslado al Ministerio Fiscal y se abstendrá de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado. La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa. De no haberse estimado la existencia de delito, la Administración continuará el expediente sancionador tomando como base los hechos que los tribunales hayan considerado probados. Las medidas administrativas que hubieran sido adoptadas para salvaguardar el derecho a la protección de la salud y la seguridad de las personas se mantendrán en tanto la autoridad judicial se pronuncia sobre ellas. En ningún caso se impondrá una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses protegidos, si bien deberán exigirse las demás responsabilidades que se deduzcan de otros hechos o infracciones concurrentes.

4. En los procedimientos sancionadores por infracciones graves o muy graves se podrán adoptar, con arreglo a la de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sus normas de desarrollo, las medidas de carácter provisional previstas en dichas normas que se estimen necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que definitivamente se dicte, el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y las exigencias de los intereses generales. En la adopción y cumplimiento de tales medidas se respetarán, en todo caso, las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar y a la protección de los datos personales, cuando éstos pudieran resultar afectados. En los casos de urgencia y para la inmediata protección de los intereses implicados, las medidas provisionales previstas en este apartado podrán ser acordadas antes de la iniciación del expediente sancionador. Las medidas deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los 15 días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda. En todo caso, dichas medidas quedarán sin

efecto si no se inicia el procedimiento sancionador en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de aquéllas. El órgano administrativo competente para resolver el procedimiento sancionador podrá imponer multas coercitivas por importe que no exceda de 1.000 euros por cada día que transcurra sin cumplir las medidas provisionales que hubieran sido acordadas.

5. Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años; las graves, a los dos años, y las leves, a los seis meses. Las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años; las impuestas por faltas graves, a los dos años, y las impuestas por faltas leves, al año.

Artículo 25. *Responsables.*

De las diferentes infracciones será responsable su autor. Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que se comentan y de las sanciones que se impongan. De conformidad con lo previsto en el artículo 130.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, los directores de los centros o servicios responderán solidariamente de las infracciones cometidas por los equipos biomédicos dependientes de aquéllos.

Artículo 26. *Infracciones.*

1. Las infracciones en materia de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida se califican como leves, graves o muy graves.

2. Además de las previstas en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y de las tipificadas en la legislación de las comunidades autónomas, se consideran como infracciones leves, graves y muy graves las siguientes:

a) Es infracción leve el incumplimiento de cualquier obligación o la transgresión de cualquier prohibición establecida en esta Ley, siempre que no se encuentre expresamente tipificada como infracción grave o muy grave.

b) Son infracciones graves:

1.^a La vulneración por los equipos de trabajo de sus obligaciones legales en el tratamiento a los usuarios de estas técnicas.

2.^a La omisión de la información o los estudios previos necesarios para evitar lesionar los intereses de donantes o usuarios o la transmisión de enfermedades congénitas o hereditarias.

3.^a La omisión de datos, consentimientos y referencias exigidas por esta Ley, así como la falta de realización de la historia clínica en cada caso.

4.^a La ausencia de suministro a la autoridad sanitaria correspondiente para el funcionamiento de los registros previstos en esta Ley de los datos pertenecientes a un centro determinado durante un período anual.

5.^a La ruptura de las condiciones de confidencialidad de los datos de los donantes establecidas en esta Ley.

6.^a La retribución económica de la donación de gametos y preembriones o su compensación económica en contra de lo previsto en los artículos 5.3 y 11.6.

7.^a La publicidad o promoción que incentive la donación de células y tejidos humanos por parte de centros autorizados mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos en contra de lo previsto en el artículo 5.3.

8.^a La generación de un número de hijos por donante superior al legalmente establecido que resulte de la falta de diligencia del centro o servicio correspondiente en la comprobación de los datos facilitados por los donantes y, en el caso de éstos, el suministro de datos falsos en la identidad o la referencia a otras donaciones previas.

9.^a La generación de un número de preembriones en cada ciclo reproductivo que supere el necesario, conforme a los criterios clínicos para garantizar en límites razonables el éxito reproductivo en cada caso.

10.^a En el caso de la fecundación in vitro y técnicas afines, la transferencia de más de tres preembriones a cada mujer en cada ciclo reproductivo.

11.^a La realización continuada de prácticas de estimulación ovárica que puedan resultar lesivas para la salud de las mujeres donantes sanas.

12.^a El incumplimiento de las normas y garantías establecidas para el traslado, importación o exportación de preembriones y gametos entre países.

c) Son infracciones muy graves:

1.^a Permitir el desarrollo in vitro de los preembriones más allá del límite de 14 días siguientes a la fecundación del ovocito, descontando de ese tiempo el que pudieran haber estado crioconservados.

2.^a La práctica de cualquier técnica no incluida en el anexo ni autorizada como técnica experimental en los términos previstos en el artículo 2.

3.^a La realización o práctica de técnicas de reproducción asistida en centros que no cuenten con la debida autorización.

4.^a La investigación con preembriones humanos con incumplimiento de los límites, condiciones y procedimientos de autorización establecidos en esta Ley.

5.^a La creación de preembriones con material biológico masculino de individuos diferentes para su transferencia a la mujer receptora.

6.^a La transferencia a la mujer receptora en un mismo acto de preembriones originados con ovocitos de distintas mujeres.

7.^a La producción de híbridos interespecíficos que utilicen material genético humano, salvo en los casos de los ensayos actualmente permitidos.

8.^a La transferencia a la mujer receptora de gametos o preembriones sin las garantías biológicas de viabilidad exigibles.

9.^a La práctica de técnicas de transferencia nuclear con fines reproductivos.

10.^a La selección del sexo o la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados.

Artículo 27. *Sanciones.*

1. Las infracciones leves serán sancionadas con multa de hasta 1.000 euros; las graves, con multa desde 1.001 euros hasta 10.000 euros, y las muy graves, desde 10.001 euros hasta un millón de euros.

En el caso de las infracciones muy graves tipificadas en el artículo 26.c) 2.^a y 3.^a, además de la multa pecuniaria, se podrá acordar la clausura o cierre de los centros o servicios en los que se practiquen las técnicas de reproducción humana asistida. En el caso de la infracción grave tipificada en el artículo 26.b) 5.^a, además de la multa pecuniaria, se podrá acordar en la resolución que imponga la sanción la revocación de la autorización concedida al centro o servicio de reproducción asistida.

2. La cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta los riesgos para la salud de la madre o de los preembriones generados, la cuantía del eventual beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de la alteración sanitaria o social producida, la generalización de la infracción y la reincidencia.

3. En todo caso, cuando la cuantía de la multa resulte inferior al beneficio obtenido por la comisión de la infracción, la sanción será aumentada hasta el doble del importe en que se haya beneficiado el infractor.

4. Si un mismo hecho u omisión fuera constitutivo de dos o más infracciones, tipificadas en esta u otras Leyes, se tomará en consideración únicamente aquella que comporte la mayor sanción.

5. Las cuantías de las multas serán revisadas y actualizadas periódicamente por el Gobierno mediante real decreto.

Artículo 28. *Competencia sancionadora.*

Los órganos competentes de las comunidades autónomas y ciudades con Estatuto de Autonomía, en su caso, ejercerán las funciones de control e inspección, de oficio o a instancia de parte, así como la instrucción y resolución de expedientes sancionadores.

Disposición adicional primera.

Preembriones crioconservados

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley. A partir de la entrada en vigor de esta Ley, las parejas o, en su caso, las mujeres que dispongan de preembriones crioconservados en los bancos correspondientes y que hubieran ejercido su derecho a decidir el destino de dichos preembriones mediante la firma del consentimiento informado correspondiente en los términos permitidos por la legislación anterior, podrán ampliar o modificar los términos de su opción con cualquiera de las previstas en esta Ley.

Disposición adicional segunda. *Comisión de seguimiento y control de donación y utilización de células y tejidos humanos.*

La Comisión de seguimiento y control de donación y utilización de células y tejidos humanos mantendrá su composición, competencias y reglas de funcionamiento actuales, dependiente del Instituto de Salud «Carlos III». En particular, le corresponderá la emisión del informe previsto en el segundo inciso del artículo 15.1.d), relativo a los proyectos de investigación relacionados con la obtención, desarrollo y utilización de líneas celulares troncales embrionarias.

Disposición adicional tercera. *Organización Nacional de Trasplantes.*

1. Se modifica el organismo autónomo Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa, creado por la disposición adicional única de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, que pasa a denominarse Organización Nacional de Trasplantes.

2. La Organización Nacional de Trasplantes conserva la naturaleza de organismo autónomo, de acuerdo con lo previsto en los artículos 41 y siguientes de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, con personalidad jurídico- pública diferenciada y plena capacidad de obrar, adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, al que corresponde su dirección estratégica y la evaluación y control de los resultados de su actividad. En dicho organismo estarán representadas las comunidades autónomas en la forma que reglamentariamente se establezca.

3. Son fines generales de la Organización Nacional de Trasplantes, sin perjuicio de las competencias del Instituto de Salud «Carlos III» y de las atribuciones de otros órganos del Ministerio de Sanidad y Consumo y de las Comunidades Autónomas:

- a) Coordinar la política general de donación y trasplantes de órganos y tejidos de aplicación en humanos en España.
- b) Promover e impulsar la donación de órganos y tejidos.
- c) Promover e impulsar los trasplantes de órganos, tejidos y células en España.
- d) Promover la formación continuada en materia de donación y trasplantes de órganos y tejidos.
- e) Desarrollar, mantener, custodiar y analizar los datos de los registros de origen, destino y seguimiento de los órganos y tejidos obtenidos con la finalidad de trasplante.
- f) Asesorar al Ministerio de Sanidad y Consumo y a los departamentos de sanidad de las comunidades autónomas en materia de trasplantes de aplicación en humanos.

g) Representar al Ministerio de Sanidad y Consumo en los organismos nacionales e internacionales en materias relacionadas con los trasplantes.

h) Aquellas otras funciones que pueda asignarle el Ministerio de Sanidad y Consumo en la coordinación y gestión de los ensayos clínicos y la aplicación terapéutica de la medicina regenerativa.

4. Para la consecución de sus fines, se atribuyen a la Organización Nacional de Trasplantes las funciones que en materia de trasplantes se reconocen al Ministerio de Sanidad y Consumo por la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, y atribuidas a la Organización Nacional de Trasplantes por el Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos.

5. Las funciones y competencias en materia de investigación en terapia celular y de medicina regenerativa del organismo modificado se atribuyen al organismo autónomo Instituto de Salud «Carlos III».

6. El personal que a la entrada en vigor de esta Ley preste servicios en el Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa, en el ámbito de las funciones y competencias que se atribuyen a la Organización Nacional de Trasplantes, y aquel del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria que realice funciones de soporte y coordinación de trasplantes, quedará integrado en el organismo autónomo que se modifica con la misma naturaleza, régimen jurídico, situación, antigüedad, régimen retributivo y de organización que tuviera. Queda exceptuado de esta disposición el personal perteneciente a la Subdirección General de Terapia Celular y Medicina Regenerativa, que se adscribe al Instituto de Salud «Carlos III».

7. El personal al servicio de la Organización Nacional de Trasplantes podrá ser funcionario, estatutario o laboral en los mismos términos que los establecidos para la Administración General del Estado. El personal estatutario estará sujeto a la relación funcional especial prevista en el artículo 1 del Estatuto Marco del

personal estatutario de los servicios de salud, aprobado por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, y le será de aplicación la citada Ley.

8. La Organización Nacional de Trasplantes asumirá la titularidad de los recursos, derechos, deberes y obligaciones que, en el ámbito de sus fines y competencias, fueran de la titularidad del Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa.

9. El Gobierno, en el plazo de seis meses, aprobará un nuevo estatuto de la Organización Nacional de Trasplantes, adaptado a esta Ley, mediante real decreto, a iniciativa del Ministro de Sanidad y Consumo y a propuesta conjunta de los Ministros de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda. Hasta entonces permanecerá vigente el aprobado por el Real Decreto 176/2004, de 30 de enero, en cuanto se ajuste a los fines enumerados en el apartado 3 de esta disposición y no se oponga a lo previsto en esta Ley.

Disposición adicional cuarta.

Banco Nacional de Líneas Celulares. El Banco Nacional de Líneas Celulares se adscribe al Ministerio de Sanidad y Consumo, a través del Instituto de Salud «Carlos III».

Disposición adicional quinta. *Garantía de no discriminación de las personas con discapacidad.*

Con arreglo a lo dispuesto en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, las personas con discapacidad gozarán de los derechos y facultades reconocidos en esta Ley, no pudiendo ser discriminadas por razón de discapacidad en el acceso y utilización de las técnicas de reproducción humana asistida.

Asimismo, la información y el asesoramiento a que se refiere esta ley se prestarán a las personas con discapacidad en condiciones y formatos accesibles apropiados a sus necesidades.

Disposición derogatoria única. *Derogación normativa.*

A la entrada en vigor de esta Ley quedan derogadas todas las disposiciones normativas que se le opongan y, en particular, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, y la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida.

Disposición final primera. *Título competencial.*

Esta Ley, que tiene carácter básico, se dicta al amparo del artículo 149.1.16.^a de la Constitución. Se exceptúa de lo anterior su capítulo IV, que se dicta al amparo del artículo 149.1.15.^a de la Constitución, y los artículos 7 a 10, que se dictan al amparo de su artículo 149.1.8.^a

Disposición final segunda. Desarrollo normativo.

Se faculta al Gobierno para dictar cuantas disposiciones resulten necesarias para el desarrollo y ejecución de esta Ley.

Disposición final tercera. *Entrada en vigor.*

La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto.

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley.

Madrid, 26 de mayo de 2006.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,

JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ ZAPATERO

ANEXO

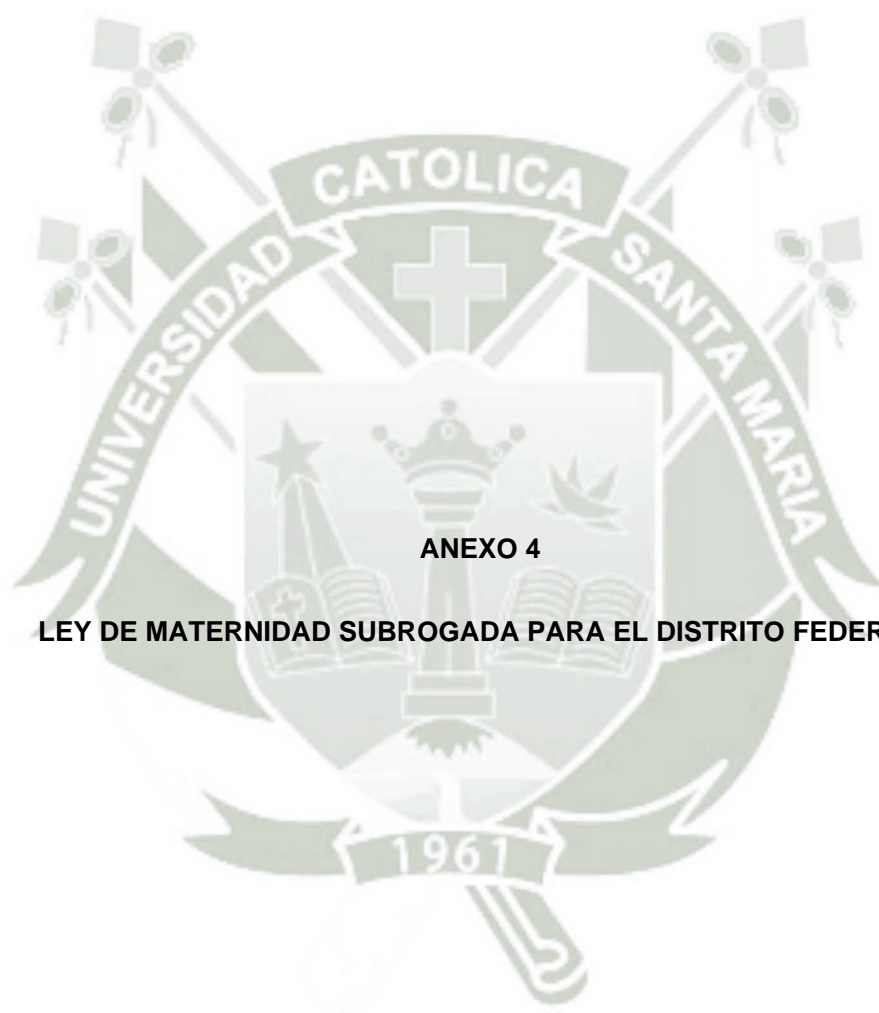
A) *Técnicas de reproducción asistida*

1. Inseminación artificial.
2. Fecundación in vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides procedentes de eyaculado, con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones.
3. Transferencia intratubárica de gametos.

B) *Procedimientos diagnósticos*

Procedimientos dirigidos a evaluar la capacidad de fecundación de los espermatozoides humanos consistentes en la fecundación de ovocitos animales hasta la fase de división del óvulo animal fecundado en dos células, momento a partir del cual se deberá interrumpir la prueba.





ANEXO 4

LEY DE MATERNIDAD SUBROGADA PARA EL DISTRITO FEDERAL

H. ASAMBLEA LEGISLATIVA

DEL DISTRITO FEDERAL

P R E S E N T E.

Con fundamento en los artículos 28, 32 y 33 del Reglamento para el Gobierno Interior de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, y 50, 51, 58, 59, 60 y 61 del Reglamento Interior de las Comisiones de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, las Comisiones Unidas de Salud y Asistencia Social, y de Equidad y Género someten a consideración de esta Soberanía Dictamen con Proyecto de Decreto, de acuerdo a la siguiente metodología:

Artículo Único. Se expide la Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal, para quedar como sigue:

LEY DE MATERNIDAD SUBROGADA PARA EL DISTRITO FEDERAL

TÍTULO PRIMERO

CAPÍTULO ÚNICO

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1°. La presente Ley es de orden público e interés social, y tiene por objeto establecer y regular los requisitos y formalidades para efectuar la Maternidad Subrogada.

Artículo 2°. La aplicación de las disposiciones establecidas en la presente Ley son relativas a la Maternidad Subrogada como práctica médica auxiliar para la procreación entre un hombre y una mujer.

La Maternidad Subrogada es la práctica médica consistente en la transferencia de embriones humanos en una mujer, producto de la unión de un óvulo y un espermatozoide fecundados por una pareja unida mediante matrimonio o que vive en concubinato y que aportan su material genético.

Deberá realizarse protegiendo en todo momento la dignidad de la persona y el interés superior del menor nacido.

Las mujeres en estado civil diferente al señalado en el presente artículo podrán acceder a esta práctica médica, siempre y cuando cumplan con los requisitos señalados para la madre biológica en la presente Ley; para tal efecto, le serán aplicables de manera análoga en lo que corresponda dichas disposiciones.

La Maternidad Subrogada se realizará sin fines de lucro para la madre biológica y el padre, y la mujer gestante, además procurará el bienestar y el sano desarrollo del embrión y posteriormente del feto durante el periodo gestacional.

Artículo 3°. Para efectos de esta Ley se define y entiende por:

- I. Código Civil: Código Civil para el Distrito Federal;
- II. Código Penal: Código Penal para el Distrito Federal;
- III. Filiación: relación que existe entre los padres y los hijos, formando el núcleo social primario de la familia;
- IV. Interés superior del menor: la prioridad que ha de otorgarse al ejercicio pleno de los derechos de las niñas y los niños y al desarrollo de estos respecto de los derechos de cualquier otra persona, como criterios rectores para la elaboración de normas y su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida del niño o niña, en los términos que establecen los Tratados Internacionales ratificados por el Estado Mexicano y las leyes aplicables en la materia;

- V. Instrumento para la Maternidad Subrogada: Contrato mediante el cual se manifiesta el consentimiento ante Notario Público por parte de una mujer con capacidad de goce y ejercicio, a gestar el embrión y posteriormente el feto hasta la terminación del embarazo, en beneficio de dos personas, unidas en matrimonio o concubinato, quienes manifiestan también su consentimiento, y que aportan sus óvulos y espermatozoides para fertilizar y formar un embrión e implantarse en el útero de la mujer gestante;
- VI. Ley: Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal;
- VII. Madre biológica: mujer con capacidad de goce y ejercicio que posee una imposibilidad permanente o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que aporta sus óvulos para la fecundación, y que se compromete mediante el Instrumento para la Maternidad Subrogada desde el momento de la implantación con las reglas que dispone la legislación vigente respecto a la maternidad, velando por el interés superior del menor y ejercer los derechos y obligaciones que emanan de la maternidad biológica;
- VIII. Maternidad Subrogada: la práctica médica consistente en la transferencia de embriones humanos en una mujer, producto de la unión de un óvulo y un espermatozoide fecundados por una pareja unida mediante matrimonio o que vive en concubinato y que aportan su carga o material genético y que concluye con la terminación del embarazo;
- IX. Médico tratante: médico especialista en infertilidad que puede auxiliarse de más especialistas en diversas ramas de la medicina para la atención de la Maternidad Subrogada;
- X. Mujer gestante: mujer con capacidad de goce y ejercicio que, sin fines de lucro, se compromete a llevar a cabo la gestación del embrión posteriormente del feto, producto de la fecundación de una pareja unida

mediante matrimonio o concubinato que aportan su material genético y cuya obligación subrogada concluye con la terminación del embarazo;

- XI. Padre: hombre con capacidad de goce y ejercicio que aporta sus espermatozoides para la fecundación y que se compromete mediante el Instrumento para la Maternidad Subrogada desde el momento de la implantación, a las reglas que dispone la legislación vigente respecto a la paternidad, velando por el interés superior del menor y ejercer los derechos y obligaciones que emanan de la paternidad biológica;
- XII. Personal de salud: profesionales, especialistas, técnicos, auxiliares y demás trabajadores que laboran en la prestación de los servicios de salud;
- XIII. Registro Civil: a la Dirección General del Registro Civil, que ejerce sus atribuciones registrales a través de los Jueces del Registro Civil;
- XIV. Secretaría de Salud: a la Secretaría de Salud del Distrito Federal;
- XV. Transferencia de embrión: transferencia de huevo fecundado en cualquiera de sus estadios con fines de reproducción mediante la práctica médica denominada Fecundación In Vitro con Transferencia de Embriones, cuyas siglas son FIVTE aplicada en su variante homóloga, y
- XVI. Tutela: a la Tutela que establece el Título Noveno del Código Civil vigente y que tiene por objeto la protección de los menores que nacen por Maternidad Subrogada y en los casos de fallecimiento de la madre biológica y el padre.

Artículo 4°. La práctica médica de Maternidad Subrogada sólo se podrá llevar a cabo en aquellas instituciones de salud públicas o privadas que cuenten

con la certificación de la autoridad competente para realizar la transferencia de embriones humanos.

Artículo 5°. En lo no previsto en la presente Ley se estará a lo que establece el Código Civil, el Código de Procedimientos Civiles, el Código Penal, el Código de Procedimientos Penales, la Ley de Salud todos del Distrito Federal y demás ordenamientos legales.

TÍTULO SEGUNDO

DE LOS MÉDICOS TRATANTES QUE INTERVIENEN EN LA MATERNIDAD SUBROGADA

CAPÍTULO ÚNICO

DE LAS OBLIGACIONES DE LOS MÉDICOS TRATANTES PARA LA PRÁCTICA MÉDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Artículo 6°. Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica informarán ampliamente a las partes que intervienen de las consecuencias médicas, biológicas y legales de la transferencia de embriones humanos en el cuerpo de una mujer gestante.

Las entrevistas informativas deben efectuarse con las partes que intervienen en la Maternidad Subrogada, debiendo existir constancia por escrito de su realización y garantizando el derecho a la intimidad.

Artículo 7°. Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica actuarán con estricto apego a la ética y el secreto profesional respecto a la identidad de las personas que intervienen en la implantación.

Los embriones sólo se formarán con el fin de procreación.

Queda estrictamente prohibida toda forma de comercialización o de utilización económica de células y tejidos embrionarios derivados de la reproducción asistida, así como la vitrificación de óvulos y espermatozoides que no sea con el fin reproductivo y su conservación cuando tenga por objeto la

formación de gametos con fines de lucro o prácticas homólogas que atenten contra de la dignidad humana, sujetándose a las sanciones establecidas en el Código Penal.

Artículo 8°. El médico tratante deberá solicitar los documentos que acrediten que las personas que van a intervenir cumplen con las formalidades y requisitos legales y físicos.

Artículo 9°. Ningún médico tratante realizará una transferencia de embriones humanos, sin que exista un Instrumento para la Maternidad Subrogada firmado por las partes que intervendrán en la práctica médica, y una vez que el profesional médico tenga a la vista los documentos en que consten las identidades y estas coincidan plenamente con las que establezca dicho Instrumento.

Los profesionales médicos que realicen la práctica de la Maternidad Subrogada se sujetarán a las disposiciones que establezcan esta Ley, el Código Penal y demás disposiciones jurídicas aplicables.

Artículo 10. El médico tratante que realice la transferencia de embriones humanos deberá certificar, que:

- I. La madre biológica posee una imposibilidad permanente o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero;
- II. La madre biológica y el padre se encuentran plenamente convencidos de aportar sus óvulos y espermatozoides, respectivamente, para la implantación, y
- III. La mujer gestante se encuentra en buen estado de salud física y mental.

Artículo 11. El médico tratante realizará los exámenes médicos previos a la implantación y que sean necesarios respecto de la salud física y mental de la mujer gestante para corroborar que no posee ningún padecimiento que ponga en riesgo su bienestar y el sano desarrollo del embrión y posteriormente del feto

durante el periodo gestacional, además de cerciorarse que no se encuentra embarazada.

A la mujer gestante se le realizará una visita domiciliaria por personal de la unidad de trabajo social del Hospital tratante y del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Gobierno del Distrito Federal, para comprobar que su entorno familiar sea estable, libre de violencia y favorable para el adecuado desarrollo de la gestación.

Bajo protesta de decir verdad, la mujer gestante manifestará, ante la institución de salud donde se pretenda llevar a cabo la práctica médica de la Maternidad Subrogada, que no ha estado embarazada durante los 365 días previos a la transferencia de embriones humanos, que no ha participado en más de dos ocasiones en la implantación y que su intervención se hace de manera libre y sin fines de lucro.

Artículo 12. La mujer gestante, debido al embarazo en que se sitúa, le corresponderán los derechos y la protección que establecen las leyes respecto a las mujeres que se encuentran en estado de gravidez hasta el nacimiento y durante el puerperio.

Artículo 13. En la atención médica que se le proporcione a la mujer gestante, no será objeto de discriminación por su condición, ni habrá distinción alguna por parte de las instituciones de salud, el médico tratante o el personal de salud.

TÍTULO TERCERO

DEL CONSENTIMIENTO PARA LA PRÁCTICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

CAPÍTULO PRIMERO

DE LOS REQUISITOS DE LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN LA MATERNIDAD SUBROGADA

Artículo 14. En el otorgamiento del consentimiento para la práctica de la Maternidad Subrogada, la madre biológica, el padre y la mujer gestante, deberán cubrir los siguientes requisitos, con independencia de los que establezca la presente Ley:

- I. Ser habitantes del Distrito Federal, hecho que deberá ser acreditado a través de una constancia de residencia, expedida por autoridad competente;
- II. Poseer capacidad de goce y ejercicio;
- III. La madre biológica acredite, mediante certificado médico, que posee una imposibilidad permanente o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero;
- IV. La mujer gestante otorgue su aceptación pura y simple para que se lleve a cabo la implantación del embrión humano, y manifieste su obligación de procurar el bienestar y el sano desarrollo del embrión y posteriormente del feto durante el periodo gestacional, y a concluir su relación subrogada, respecto al menor nacido, la madre biológica y el padre con la terminación del embarazo;
- V. La mujer gestante cumpla con los requisitos que establecen los artículos 10 fracción III y 11 de la presente Ley, y
- VI. De ser el caso, la mujer gestante informe a la persona con la que esté unida en matrimonio o concubinato la intención de participar en la práctica médica de la Maternidad Subrogada para que manifieste lo que a su derecho convenga.

Para los efectos de la fracción III del presente artículo, la Secretaría de Salud expedirá el certificado médico que acredite los supuestos correspondientes; en el caso de la fracción V corresponderá al médico tratante la expedición del documento respectivo.

Artículo 15. La madre biológica, el padre y la mujer gestante, acudirán ante la Secretaría de Salud para manifestar su intención de llevar a cabo la práctica médica de la Maternidad Subrogada, quien deberá determinar si están preparados psicológicamente para realizar un procedimiento de esta naturaleza.

Previa valoración que realice la Secretaría de Salud, expedirá la constancia respectiva que deberá presentarse ante Notario Público, siendo condición indispensable para el otorgamiento del consentimiento de las partes que intervendrán en la práctica médica de la Maternidad Subrogada.

Artículo 16. La mujer gestante deberá tener algún parentesco por consanguinidad o afinidad con la madre biológica o el padre.

En caso de que no exista una candidata que cumpla con dicha característica, podrá participar cualquier mujer en la práctica de Maternidad Subrogada.

Artículo 17. La Secretaría de Salud llevará un padrón de mujeres y de parejas que quieran someterse a la práctica médica de la Maternidad Subrogada, debiendo guardar la confidencialidad en la identidad de las partes que el procedimiento lo permita.

CAPÍTULO SEGUNDO

DE LAS FORMALIDADES PARA EL OTORGAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO EN LA MATERNIDAD SUBROGADA

Artículo 18. El consentimiento que otorguen las partes que intervienen en la práctica de la Maternidad Subrogada deberá realizarse ante Notario Público, mediante el Instrumento para la Maternidad Subrogada que para tal efecto disponga la Consejería Jurídica y de Servicios Legales del Distrito Federal.

El consentimiento que manifiesten las partes debe ser indubitable y expreso. Los derechos y obligaciones que de él emanen son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal para su firma.

Dicho consentimiento deberá manifestarse antes de cualquier transferencia de embriones humanos.

Artículo 19. La madre biológica, el padre y la mujer gestante exhibirán ante el Notario Público la documentación necesaria para acreditar que cumplen con los requisitos establecidos en la presente Ley.

CAPÍTULO TERCERO

DEL NOTARIO PÚBLICO EN EL PROCEDIMIENTO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Artículo 20. Previa verificación del cumplimiento de los requisitos de las partes que intervendrán en la práctica de la Maternidad Subrogada, el Notario Público, fijará fecha y hora para que otorguen su consentimiento mediante el Instrumento para la Maternidad Subrogada.

En el otorgamiento del consentimiento se manifestará invariablemente lo siguiente:

- I. Que se otorga por todas las partes que intervienen sin fines de lucro, respetando la dignidad humana y el interés superior del menor;
- II. La obligación de la madre biológica y el padre de hacerse cargo de todos los gastos médicos que se generen a partir de la gestación, hasta la total recuperación de la mujer gestante certificada por el médico tratante, con independencia si se logra o no el nacimiento;
- III. La manifestación de la mujer gestante de que sus óvulos no fueron utilizados para la fertilización y que no es la madre biológica del menor que nazca dentro de las 40 semanas, a partir de que el médico tratante certifique el inicio de la gestación;

- IV. La obligación de la mujer gestante de entregar, a la madre biológica y al padre, al menor después del nacimiento;
- V. La obligación de la mujer gestante de entregar, a la madre biológica y al padre, a o los menores después del nacimiento, y de éstos a recibirlo o recibirlos, y
- VI. El conocimiento de las partes sobre el derecho de la mujer gestante a decidir respecto a la interrupción del embarazo en los términos que establece el artículo 148 fracciones II y III del Código Penal, sin que sea causa de responsabilidad civil y penal, en términos de la legislación vigente.

Respecto a las hipótesis contenidas en la fracción VI del presente artículo, deberá existir certificado del médico tratante para que se inicie el procedimiento al que se refiere la normatividad aplicable. Por lo que hace al supuesto de la fracción II del Código Penal, la decisión será exclusiva de la mujer gestante, informando previamente a la madre biológica y el padre, mientras que para el caso de la fracción III de ese mismo precepto la decisión estará a cargo de la madre biológica debiendo constar, además, por escrito.

Sin menoscabo de lo señalado en las fracciones anteriores, el consentimiento expresado en el Instrumento para la Maternidad Subrogada podrá contener las cláusulas que consideren necesarias las partes para asegurar la integridad del embrión y posteriormente el feto, así como el bienestar integral de la mujer gestante; además de una indemnización suficiente, en caso de que existan dependientes económicos, por el posible fallecimiento o incapacidad permanente de la mujer gestante que se derive de ésta práctica médica, de acuerdo a las posibilidades económicas de la madre biológica y el padre.

Se entiende por bienestar integral aquel que busca la satisfacción de las necesidades alimentarias y de desarrollo personal en los términos que establece el Código Civil.

Previa firma del Instrumento, el Notario Público deberá consultar el Registro a que se refiere el artículo 24 de esta Ley, constatando que la mujer gestante no ha participado en más de dos procedimientos de Maternidad Subrogada.

Artículo 21. El Notario Público vigilará que el Instrumento para la Maternidad Subrogada, no contenga disposiciones que contravengan los Tratados Internacionales ratificados por el Estado Mexicano, las leyes federales y locales en materia de protección a los infantes y a las mujeres, salvaguardando en todo momento el interés superior del menor.

El Instrumento para la Maternidad Subrogada no podrá contener las siguientes cláusulas:

- I. Limitaciones al acceso de la atención sanitaria prenatal y postnatal por parte de las instituciones de salud públicas a la mujer gestante;
- II. Limitación al derecho del menor para que conozca su identidad personal, que implica la obligación de que acceda a un nombre y apellidos propios y asegurar este derecho incluso mediante nombres supuestos, y
- III. El derecho del menor a la protección del Estado, incluso a través de la Tutela que establece el Código Civil.

Artículo 22. El consentimiento otorgado en el Instrumento para la Maternidad Subrogada y la realización de esta práctica médica, no produce ninguna relación de parentesco o materno filial entre el menor nacido y la mujer gestante. En todos los casos los derechos de filiación serán a favor de la madre biológica y el padre.

Artículo 23. En caso de separación de la madre biológica y el padre, o del fallecimiento de uno o ambos antes de que nazca el menor producto de la Maternidad Subrogada, el Juez de lo Familiar resolverá la situación de este, en

términos de las reglas sobre patria potestad, guarda y custodia y tutela que establece el Código Civil.

Artículo 24. El Instrumento para la Maternidad Subrogada, una vez que sea suscrito, deberá ser notificado por el Notario Público a la Secretaría de Salud para que genere una base de datos sobre la práctica médica de la Maternidad Subrogada.

Artículo 25. Cualquier conflicto derivado de la aplicación del Instrumento para la Maternidad Subrogada, deberá ser resuelto por el Juez de lo Familiar.

TÍTULO CUARTO

DEL CERTIFICADO DE NACIMIENTO EN LA MATERNIDAD SUBROGADA

CAPÍTULO ÚNICO

DEL CERTIFICADO DE NACIMIENTO DEL MENOR NACIDO MEDIANTE LA PRÁCTICA MÉDICA DE MATERNIDAD SUBROGADA

Artículo 26. El certificado de nacimiento será el documento que expida el médico tratante en términos de la Ley de Salud para el Distrito Federal.

Las alusiones o referencias que hace la normatividad vigente en el Distrito Federal y relativas a la madre o a su identidad, se entenderán referidas a la madre biológica del nacido.

Artículo 27. Los efectos de la Maternidad Subrogada son los mismos a los casos en que por causas de fuerza mayor no se cuente con certificado de nacimiento o constancia de parto, e incluso a las denuncias hechas ante el Ministerio Público que den cuenta de una Maternidad Subrogada.

TÍTULO QUINTO

DE LA NULIDAD, DAÑOS Y PERJUICIOS Y SANCIONES DEL INSTRUMENTO PARA LA MATERNIDAD SUBROGADA

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA NULIDAD DEL INSTRUMENTO PARA LA MATERNIDAD SUBROGADA

Artículo 28. Es nulo el consentimiento otorgado en el Instrumento para la Maternidad Subrogada realizado bajo las siguientes circunstancias:

- I. Exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas;
- II. No cumpla con los requisitos y formalidades que establece esta Ley;
- III. Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del menor y la dignidad humana, y
- IV. Se establezcan compromisos o cláusulas que contravienen el orden social y el interés público.

Artículo 29. La nulidad no exime de las responsabilidades adquiridas y derivadas de la existencia del Instrumento para la Maternidad Subrogada.

Artículo 30. La mujer gestante puede demandar civilmente de la madre biológica y del padre, el pago de gastos médicos, en caso de patologías que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal, siendo indispensable la certificación médica expedida por la Secretaría de Salud.

Artículo 31. El Instrumento para la Maternidad Subrogada carece de validez cuando haya existido error o dolo respecto a la identidad de la madre biológica y el padre, por parte de la mujer gestante, en cuyo caso están a salvo sus derechos para demandar civilmente los daños y perjuicios ocasionados y las denuncias penales, en su caso.

CAPÍTULO SEGUNDO

DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS POR EL INCUMPLIMIENTO DE INSTRUMENTO PARA LA MATERNIDAD SUBROGADA

Artículo 32. El Instrumento para la Maternidad Subrogada podrá ser revocado por la madre biológica, el padre y la mujer gestante, antes de cualquier transferencia de embriones humanos. De la revocación nacerá el derecho de pago de daños y perjuicios.

Artículo 33. En caso de que la madre biológica, el padre o la mujer gestante incumplan con el Instrumento para la Maternidad Subrogada, tendrán derecho a reclamar el pago de daños y perjuicios.

CAPÍTULO TERCERO

DE LAS SANCIONES EN RELACIÓN AL INSTRUMENTO PARA LA MATERNIDAD SUBROGADA

Artículo 34. Se harán acreedores a las responsabilidades civiles y penales aquellos médicos tratantes que realicen la transferencia de embriones humanos sin el consentimiento y plena aceptación de las partes que intervienen. Siendo aplicables las penas que establece el delito de procreación asistida e inseminación artificial.

Artículo 35. La mujer gestante que pretenda obtener un lucro en virtud de la divulgación pública con el objeto de causar algún daño a la imagen pública de la madre biológica, el padre, el o los menores o que no cumpla con lo manifestado en el Instrumento para la Maternidad Subrogada le serán aplicables las disposiciones que establece la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, además de las responsabilidades civiles y penales que resulten.

ARTÍCULOS TRANSITORIOS

PRIMERO.- El presente Decreto entrará en vigor el 1° de enero de 2011.

SEGUNDO.- La Asamblea Legislativa del Distrito Federal realizará antes del 1° de diciembre del 2010 las modificaciones y reformas necesarias a la legislación local respectiva para su armonización y funcionamiento jurídico adecuado.

TERCERO.- El Jefe de Gobierno del Distrito Federal deberá realizar, a más tardar en 90 días naturales, las adecuaciones correspondientes para aplicar las disposiciones de la presente Ley, una vez que entre en vigor.

CUARTO.- La Asamblea Legislativa del Distrito Federal, para el ejercicio fiscal 2011 y los subsecuentes, aprobará los recursos necesarios para la aplicación de las disposiciones de la presente Ley.

QUINTO.- Publíquese el presente Decreto en la Gaceta Oficial del Distrito Federal y en el Diario Oficial de la Federación para su mayor difusión.

Dado en el Recinto de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, a los 22 días del mes de abril del año 2010.



ANEXO 5

**CASACIÓN N° 563-2011-LIMA, DEL 06 DE DICIEMBRE DEL 2011, EMITIDA
POR LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**



CAS. N° 563-2011 LIMA.

CAS. N° 563-2011 LIMA. Lima, seis de diciembre de dos mil once.- LA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número quinientos sesenta y tres - dos mil once, en audiencia pública de la fecha; de conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo y producida la votación de acuerdo a ley, se emite la siguiente sentencia: 1. MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación de fojas seiscientos sesenta y tres interpuesto por la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz, contra la sentencia de vista de fojas mil ochocientos noventa y dos, de fecha treinta de noviembre de dos mil diez, que confirma la apelada de fecha quince de abril del año dos mil diez, que declara fundada la demanda de adopción por excepción incoada a fojas noventa subsanada a fojas ciento seis; declara a la menor Vittoria Palomino Castro, hija de don Giovanni Sansone y de doña Dina Felicitas Palomino Quicaño, nacida el veintiséis de diciembre de dos mil seis en el Distrito de San Borja: en los seguidos por Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone con Isabel Zenaida Castro Muñoz sobre adopción de menor. 2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Esta Sala mediante resolución de fecha seis de julio del año dos mil once, declaró procedente el recurso de casación, por causal de infracción normativa sustantiva de los artículos 115 y 128 inciso b) del Código de los Niños y Adolescentes; 378 inciso 1) y 5) y 381 del Código Civil. 3. CONSIDERANDO: Primero.- Que, la adopción es aquella institución por la cual el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea, siendo requisito que el adoptante goce de solvencia moral, que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar, que concurra el asentimiento de su cónyuge, que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela; y encontrándonos ante un proceso de adopción por excepción se requiere adicionalmente que el adoptante posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción, conforme a lo establecido en el inciso “b” del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes, sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente (como si ocurre en los otros casos regulados en el mismo Código).- Segundo.- Que, la adopción por excepción es

una institución que lleva este nombre por cuanto, dentro del sistema de adopciones que contiene el Código del Niño y el Adolescente, en el Libro III, Título II, Capítulo I se establece un proceso administrativo de adopción, donde previamente se declara el estado de abandono (artículo 248 del Código del Niño y el Adolescente); este proceso se desarrolla para todos los niños que no cuentan con parientes que se hagan cargo de ellos o se impone como medida de protección para los Niños (as) y Adolescentes que cometan infracción a la ley penal; sin embargo existen otros niños (as), y adolescentes que no obstante tenerlos por circunstancia excepcionales, pueden ser adoptados por otras personas pero manteniendo un enlace familiar, ante lo cual el proceso será judicial. Institución que se encuentra plagada por la protección dada al niño (a) o adolescente. pues con ella se busca proteger su derecho a la identidad (artículo 6 del Código del Niño y el Adolescente) y a vivir en una familia (artículo 8 del Código del Niño y el Adolescente).- Tercero.- Que a fin de establecer si en el caso de autos, se ha incurrido en la infracción normativa, es necesario efectuar un análisis de lo acontecido en el proceso: i) Por demanda de fojas noventa subsanada a fojas ciento seis, doña Dina Felicitas Palomino Quicaño y don Giovanni Sansone, interponen demanda de adopción civil por excepción de la niña Vittoria Palomino Castro, nacida el veintiséis de diciembre de dos mil seis, arguyendo como fundamentos de hecho de la demanda que la niña cuya adopción solicitan, es hija de don Paul Frank Palomino Cordero, quien a su vez es hijo de José Palomino Quicaño, hermano de la co demandante Dina Felicita Palomino Quicaño, por lo que invocan el supuesto normativo a que se contrae el inciso “b)” del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes. Agregan, que a la niña la tienen en su poder desde el dos de enero de dos mil siete, fecha en que los padres biológicos la entregaron provisionalmente. ii) los demandados contestan la demanda a fojas ciento veintidós y ciento treinta y dos, precisando que se allanan y reconocen la demanda en lo términos que allí constan; iii) tramitado el proceso conforme a su naturaleza, el juez expidió sentencia declarando fundada la demanda, sustentada en los siguientes argumentos: a) con el acta de nacimiento de fojas veintiuno se encontraba acreditado el nacimiento de la niña Vittoria Palomino Castro. siendo su madre biológica doña Isabel Zenaida Castro Munoz, figurando como padre biológico don Paul Frank Palomino Cordero, habiendo sido reconocida por ambos emplazados, motivo por

el cual dicha partida es medio probatorio de la filiación conforme al artículo 387 del Código Civil; b) que si bien es cierto, de los resultados de la prueba de ADN de fojas mil treinta seis se desprende que el demandado Paul Frank Palomino Cordero no es padre biológico de la menor, sino el propio demandante Giovanni Sansone, lo es también que el acta de nacimiento de la menor que obra a fojas veintiuno, constituye documento público que mantiene su eficacia jurídica al no haberse presentado en autos sentencia judicial firme que declare su nulidad, en virtud de lo dispuesto por el artículo 58 de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - Ley 26497, que establece que “las constancias de inscripción emitidas por el Registro Nacional de Identificación y estado civil, serán consideradas instrumentos públicos y probarán fehacientemente los hechos a que se refieran, salvo que se declare judicialmente su nulidad de dicho documento”, c) que, mediante escritos de fojas doscientos veintiuno, doscientos cincuenta y cuatro, doscientos setenta y uno y trescientos catorce la codemandada Isabel Zenaida Castro Muñoz se desiste del proceso de adopción, sin embargo éste se tuvo por no presentado pues luego que fue requerida por el Juzgado a fin que precise el acto procesal materia de desistimiento, realizó subsanación defectuosa, resolución que no fue impugnada oportunamente; e) no obstante ante la duda del asentimiento o no de la madre biológica, se tuvo en cuenta el principio del Interés Superior del Niño y el respeto de sus derechos, por tanto, al encontrarse en oposición el derecho de la madre de prestar su asentimiento en un proceso de adopción y el derecho de la niña a tener una familia, y, por ende, continuar siendo parte de la que conforma desde su nacimiento con los demandantes, consideró que debía preferirse el derecho de esta última a tener una familia, cuya salud física, solvencia moral de los pro adoptantes, estaba acreditada; iv) la Sala Superior confirmó la sentencia que declaró fundada la demanda, mediante sentenciado fecha treinta de noviembre del año dos mil diez, sustentándola en los siguientes argumentos: a) que, los demandados Paul Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz figuran formal y legalmente como progenitores de la niña Vittoria Palomino Castro y ellos voluntariamente la entregaron a los pre-adoptantes a los días de nacida, renunciando y desentendiéndose de este modo y por completo de las responsabilidades que como madre y padre tenían con su hija; b) ha quedado demostrado con los informes sociales y psicológicos que la niña se encuentra

plenamente identificada con el entorno familiar constituido por los pre - adoptantes, al vivir con ellos desde los primeros días de su existencia; c) que, si bien mediante la prueba de ADN se ha establecido que el progenitor de la niña es el demandante Giovanni Sansone, confluyendo en su persona una doble calidad como padre biológico y como pro -adoptante, no es menos cierto que por esta vía o por acción posterior el reconocimiento de su situación legal de padre será resuelta a su favor, por lo que no existe razón alguna para mantener en la incertidumbre la existencia de dicha relación paterno filial, y, por ende, impedir que la niña goce de la filiación paterna a que tiene derecho y cuya naturaleza u origen no podrá ser mencionada en documento alguno; d) se señala que la madre biológica en total acuerdo con su conviviente, procreó a la niña, aceptando ser inseminada artificialmente por persona distinta a su pareja por el vínculo que existía y con la intención de mejorar su situación para viajar a Italia con su familia, lo que dista de la lógica de una maternidad responsable respecto del hijo que iba a engendrar, lo que revela en los demandados su intencionalidad en la concepción de un ser humano con fines distintos a la maternidad o paternidad, razón por la cual el Colegiado se aparta del previsión legal contenida en el artículo 378 inciso 5) del Código Civil referente al asentimiento de los padres para la adopción, privilegiándose el derecho fundamental de la niña a permanecer con la familia que le ha brindado protección, atención y cariño frente al derecho de la patria potestad de un padre y una madre que desde su concepción y posterior nacimiento actuaron desvalorizando la condición humana de la niña.- Cuarto.- Que, la recurrente en su agravio denuncia: i) la infracción normativa sustantiva del artículo 115 del Código de los Niños y Adolescentes¹; precisando que no procede la adopción, ya que el padre biológico de la menor, Giovanni Sansone, sabe que solicitó la reproducción asistida en la Clínica Miraflores, que la niña Vittoria Palomino Castro es su hija biológica y legal, por tanto no procede esta figura de la adopción entre padres biológicos; ii) la infracción normativa sustantiva del artículo 128 inciso b del Código de los Niños y Adolescentes²; sosteniendo que se afirma que la accionante, es tía del padre demandado, y por ende, también pariente de la niña a ser adoptada, sin embargo la presunta tía demandante Dina Felicitas Palomino Quicaño, no guarda ningún parentesco consanguíneo o de afinidad con Vittoria Palomino Castro, al no ser Paul Frank Palomino Cordero su verdadero padre, esto es, no

ser su padre biológico; por lo que, al no tener Dina Felicitas Palomino Quicaño, ningún parentesco con la menor, no puede darse la demanda de adopción por excepción; iii) la infracción normativa sustantiva del artículo 378 inciso 1) y 5) del Código Civil³; arguye que para que proceda la adopción se requiere que los adoptantes gocen de solvencia moral y que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad; sin embargo los pro- adoptantes no gozan de solvencia moral para adoptar a su menor hija, pues a lo largo del proceso han mentido no solo al juzgador sino a los recurrentes, a fin de engañarlos y quedarse con su hija. Hechos que no han sido tomados en cuenta al momento de sentenciar; y iv) la infracción normativa sustantiva del artículo 381 del Código Civil⁴; sustentan que si no fuera porque los recurrentes en las audiencias de autos, manifestaron que Giovanni Sansone era el padre biológico de la menor Vittoria Palomino Castro, nunca se hubiera sabido la verdad, por tanto, siempre se han conducido con la verdad al contrario de los demandantes quienes los engañaron y estafaron a los jueces a fin de tener un derecho que no les corresponde.- 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.- Sexto.- Que, debe entenderse por Interés Superior del Niño como la plena satisfacción de sus derechos, la protección integral y simultánea de su desarrollo integral y la calidad o nivel de vida adecuado (artículo 27.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños) el cual nos trae como consecuencia que, en virtud del mismo, los derechos del niño y la niña deban ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección de los mismos; pues el mismo permite resolver “conflicto de derechos” recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto, luego de haberse establecido la imposibilidad de satisfacción conjunta; siendo los dos parámetros que enmarcarán el presente pronunciamiento.- Séptimo.- 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, éste 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...”.- Octavo.- Que, bajo estas

premisas y atendiendo el Interés Superior del Niño y Adolescente se encuentra acreditado que: i) los demandantes y los demandados, acordaron que Isabel Zenaida Castro Muñoz y Giovanni Sansone se sometían a un proceso de fecundación asistida a fin de procrear a la menor Vittoria Palomino Castro, para que luego ésta sea entregada a los demandantes, lo que se concretó; ii) la menor Vittoria Palomino Castro nació el veintiséis de diciembre de dos mil seis según consta en el acta de nacimiento de fojas veintiuno, donde los demandados Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz constan como padres y declarantes; iii) la menor Vittoria Palomino Castro fue entregada por sus padres a los pre adoptantes demandantes el cuatro de enero del año dos mil siete cuando contaba con nueve días de vida, según consta en el acta de entrega de fojas veintidós, iv) la menor se encuentra bajo el cuidado de los demandantes desde el cuatro de enero de dos mil siete ininterrumpidamente; v) los demandados luego de haber entregado a su menor hija, manifiestan su disconformidad con el proceso de adopción iniciado, por lo que no se cumpliría con el requisito estipulado por el inciso 5) del artículo 378 del Código Civil: vi) el demandante Giovanni Sansone, según la prueba de ADN de fojas mil treinta y seis, es el padre biológico de la niña Vittoria Palomino Castro; vii) al no ser padre de la menor, el demandado don Paúl Frank Palomino Cordero, no existiría vínculo de parentesco consanguíneo entre la niña y la demandante Dina Felicitas Palomino Quicaño; viii) los demandados no cuentan con informes del equipo multidisciplinario que le sean favorables, por el contrario, tenemos que: a) el informe social N° 016-2008-EM-SS-AT que en sus conclusiones señala: “los demandados integran un hogar convivencial, procrearon tres hijos, una hija cursa la educación primaria, un hijo la educación inicial y la última hija es la menor pre adoptada. Los Sres. Palomino Castro entregaron de propia voluntad a los demandantes a fin de asumir su crianza, al parecer por no contar con los recursos económicos suficientes”; b) el informe psicológico N° 1567-2008-MCF-PSI practicado a la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz que en sus resultados - último párrafo - señala: “se aprecia que la señora accedió a dar a su hija en adopción motivada en la situación crítica en que estaba atravesando, reconoce que en determinados momentos siente remordimiento porque su hija mayor se afectó por entregar a su bebe en adopción. Asimismo se aprecia que la relación afectiva que le une a su menor hija no es sólida, dado que no tiene

recuerdos compartidos con ella para que la añore; por eso cuando habla de brindar a sus hijos lo mejor sólo se refiere a sus dos hijos mayores; y c) El contenido del Informe Psicológico N° 1568-2008-MCF-EM-PSI practicado al demandado Paúl Frank Palomino Cordero que en sus resultados - en el último párrafo - señala “se aprecia que el señor se encuentra resignado a ceder a su hija en adopción, porque considera que no tiene otra alternativa, se reconforta al saber que la persona que la criará es su tía; vi) Los demandantes cuentan con informes psicológico y social favorables, los mismos que fueron realizados con visitas inopinadas, según consta a fojas mil veintinueve y quinientos setenta cinco respectivamente.- Noveno.- Que, corresponde analizar las infracciones denunciadas, así tenemos que la primera y segunda causal denunciadas carecen de sustento, dado que si bien es cierto, la adopción entre padres e hijos no corresponde, en el caso de autos se debe considerar que si bien existe una prueba de ADN que acredita que el demandante Giovanni Sansone es padre biológico de la menor, es de tener en cuenta que la prueba legal de paternidad es el acta de nacimiento, en la cual el demandado Paúl Frank Palomino Cordero declara a la menor como su hija, por lo que el acta de nacimiento constituye documento público que mantiene su eficacia jurídica al no haberse presentado en autos sentencia judicial firme que declare su nulidad; no correspondiendo a este proceso de adopción determinar la paternidad de la menor. En consecuencia la menor legalmente es hija Paúl Frank Palomino Cordero y en consecuencia sí resulta ser sobrina de la demandante Dina Felicita Palomino Quicaño, reiterándose debiéndose precisar que nos es materia de pronunciamiento la paternidad de la menor.- 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 (aludido en el cuarto y quinto considerando de la presente), dado que nos encontramos ante un “conflicto de derechos” de una parte el de los padres pe 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.- Undécimo.- Que, aunado a lo antes precisado se debe considerar el deplorable accionar de los demandados, pues luego de haber suscrito la demandada de adopción conjuntamente con los demandantes, precisando “DEMANDADOS: Solo por razones formales deben ser considerados como demandados los padres biológicos Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz...” adjuntando, entre otros documentos, el acta de entrega provisional de menor con firma legalizada ante Notario (ver folios veintidós) donde consta que los demandados entregan a la menor a los demandantes precisándose “con el fin que a partir de la fecha la señora Dina Felicitas Palomino Quicaño y su esposo Giovanni Sansone se constituyan en los padres adoptivos de la menor Vittoria Palomino Castro”; y luego de haber reiterado su consentimiento de dar en adopción a su menor hija, en la audiencia única de fecha veintidós de agosto del año dos mil siete (ver folios ciento cuarenta y siete) la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz, mediante escrito de fecha diecinueve de junio de dos mil ocho (ver folios doscientos veintiuno) reiterado a fojas doscientos cincuenta y cuatro, trescientos cuarenta y nueve y quinientos sesenta y dos respectivamente, precisa que hasta antes de mostrar su desacuerdo con el presente proceso, tuvo en todo momento la voluntad de dar a su hija Vittoria en adopción al ser este el “acuerdo” asumido con los accionantes; refiriendo: “(...) todos los actores en la acción de adopción habíamos efectuado hechos fraudulentos con el fin de obtener provecho en perjuicio de mi menor hija...” (fojas doscientos cincuenta y cinco), “me desisto de todos los actos procesales en los que en forma personal he manifestado mi voluntad de dar en adopción a mi menor hija Vittoria Palomino Castro a favor de los esposos Giovanni Sanssone y Dina Felicitas Palomino Quincano (...) en contubernio con ellos cometí una serie de actos ilegales,

sorprendiendo al Juzgado en agravio de mi menor hija” (fojas trescientos cuarenta y nueve); (...) he manifestado, manifiesto y reitero que la presente acción de adopción-caso de excepción (...) es una acción fraudulenta, originada desde antes de la misma, en un contrato verbal e irregular y manipulado por los demandantes (...) con el fin de procrear mediante inseminación asistida en mi vientre un hijo con el semen de don Giovanni Sansone (...)” (fojas quinientos sesenta y dos). Aunado a ello se tiene de las copias certificadas del proceso penal N° 42961-2009 que obra de fojas mil setecientos cincuenta y dos a fojas mil ochocientos ochenta y ocho, se advierte que paralelamente al proceso que nos ocupa, el veintiocho de setiembre del año dos mil nueve, el Ministerio Público formalizó denuncia penal contra los demandados, por los delitos de Extorsión y Alteración del Estado Civil de un menor, habiéndose iniciado proceso penal mediante auto de apertura de instrucción de fecha veintiuno de octubre del dos mil nueve (ver folios mil setecientos noventa y tres), proceso en el que el hecho incriminado consiste en que, los demandados habrían planeado desde un inicio ofrecer su “vientre en alquiler” y practicarse una inseminación artificial con el semen del esposo de la denunciante Dina Felicitas Palomino Quicaño y a partir de ello habrían extorsionado a los ahora demandantes con cuantiosas sumas de dinero a fin de que la Demandada Isabel Zenaida no aborte el producto, extorsión que incluso se habría prolongado después del nacimiento de la menor que responde al nombre de Vittoria con la amenaza de frustrar la demanda de adopción que interpuso la parte agraviada (los demandantes) teniéndose que los denunciados habría recibido un total de diecinueve mil ochocientos dólares americanos; asimismo se advierte de dichas copias, que con fecha quince de abril de dos mil diez se realizó la diligencia de confrontación entre Isabel Zenaida Castro Muñoz y Dina Felicitas Palomino Quicaño de la cual trasciende que la segunda de las nombradas, entregó diversas sumas de dinero a la primera, manifestando cada una diferentes montos y motivos respecto de dichas entregas. Así, mientras la preadoptante señaló que lo hizo por cuanto la demandada la amenazó con abortar, esta última indica que recibió el dinero como ayuda económica. Igualmente, al ser preguntada Isabel Castro sobre los motivos de la inseminación, respondió: “debo manifestar que fueron por dos motivos, uno por el vínculo familiar que existía, así también acepté con la intención de mejorar mi situación y viajar a Italia con mi familia”.- Duodécimo.-

Que, en suma, la materia de litis ha sido correctamente resuelta no habiéndose infringido norma alguna, pues debe primar el Interés Superior de la Niña, quien se encuentra viviendo con los pre adoptantes desde que contaba con nueve días de nacida, habiéndose acreditado con los informes psicológicos y sociales que la menor se encuentra viviendo en un adecuado ambiente familiar recibiendo el amor de madre de la demandante, quien pese a no tener vínculos consanguíneos con la misma le prodiga todo lo necesario para su desarrollo integral, y el amor de padre por parte del demandante quien si es padre biológico de la menor, por lo que la carencia moral de los demandantes que alega la recurrente, no es tal justificándose el accionar de los mismos por los imperiosos deseos de ser padres, conducta que no puede ser reprochada dada la conducta que han demostrado al interior del proceso y fuera de éste con la menor: aunado a ello que la carencia moral que alegan no ha sido advertida por el equipo multidisciplinario ni la Asistente Social del Poder Judicial, quienes a fojas mil veintinueve y quinientos setenta y siete respectivamente han emitido informes favorables a la demandante; por lo que dicho argumento también carece de sustento. Teniéndose además, que los demandados han demostrado el poco valor que le dan a la vida y la deplorable manipulación que han intentado hacer con la vida de un ser indefenso que merece toda la protección de sus progenitores y la Ley; debiéndose resaltar además que ha quedado evidenciado el beneficio económico de los demandados con la aceptación de los mismos, pues en ningún momento han negado haber recibido dinero por parte de los demandados, y si bien ha precisado que entregarían a la menor para luego viajar a Italia con su familia y que recibieron dinero por ayuda económica, ante las circunstancias de los hechos dichas alegaciones carecen de coherencia y sustento. Por otro lado, estando a que la menor se encuentra viviendo con los demandantes desde que contaba con nueve días de vida en un ambiente adecuado recibiendo cuidados y amor por parte de éstos, debe primar que los identifica como sus padres y arrancarla de su seno familiar a su corta edad resultaría gravemente perjudicial para su vida, además de la descalificación de los padres para ejercer su patria potestad sobre la misma, siendo además la adopción una medida de protección a la luz de los hechos detallados; por lo que en atención al Interés Superior del Niño y el Adolescente consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, la

Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos de las que somos Estado parte: debe declararse infundado el recurso.- 4.- DECISIÓN: Por tales consideraciones expuestas y estando a la facultad conferida por artículo 397 del Código Procesal Civil; declararon: a) INFUNDADO el recurso de casación de fojas mil novecientos noventa y siete, interpuesto por Isabel Zenaida Castro Muñoz: en consecuencia NO CASARON la sentencia de vista de fojas mil ochocientos noventa dos su fecha treinta de noviembre del dos mil diez que declara fundada la demanda. b) DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano bajo responsabilidad; en los seguidos por Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone con Isabel Zenaida Castro Muñoz y otro, sobre adopción de menor; intervino como ponente, el Juez Supremo señor Ponce De Mier.-

SS. DE VALDIVIA CANO
HUAMANI LLAMAS
PONCE DE MIER
VINATEA MEDINA
CASTAÑEDA SERRANO

