UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO

FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACIÓN

TÍTULO:

"ASPECTOS CONTRACTUALES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y SU APLICACIÓN EN EL PERÚ"

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

BACHILLER:

ROSA AMARILIS CARRIÓN CAVERO.

CHICLAYO – PERÚ

2019

“ASPECTOS CONTRACTUALES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y SU APLICACIÓN EN EL PERÚ”

Tesis presentada por la Bachiller Srta. **Rosa Amarilis Carrión Cavero, a la Facultad de Derecho y Educación de la Universidad Particular de Chiclayo, para optar el TITULO DE ABOGADA.**

Bachiller: Rosa Amarilis Carrión

Asesor: Mg. Javier Diaz Diaz

Aprobado por:

Dr. Lito Becerra Angulo
Presidente

Dra. Flor Obregon Vara
Secretario

Mg. Eleo Mitridates Grillo Paico
Vocal

DEDICATORIA

La presente tesis se la dedico a mi Dios quién supo guiarme por el buen camino, darme fuerzas para seguir adelante y no desmayar en los problemas que se presentaban, enseñándome a encarar las adversidades sin perder nunca la dignidad ni desfallecer en el intento.

A mi familia quienes por ellos soy lo que soy. Para mis padres por su apoyo, consejos, comprensión, amor, ayuda en los momentos difíciles. Me han dado todo lo que soy como persona, mis valores, mis principios, mi carácter, mi empeño, mi perseverancia y mi coraje para conseguir mis objetivos.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a la vida y mis padres, por ser personas de gran sabiduría por esas ganas de transmitirme sus conocimientos, dedicación que los ha regido, por lo cual he logrado importantes objetivos y haber llegado al punto en que me encuentro.

Agradezco a mis maestros por ser lumbrera en esta senda del saber, por la formación impartida, por sus conocimientos vertidos y ser artífices, participes dentro de mi proyecto de mi vida.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN……11
ABSTRACT……..……11
INTRODUCCION……..…..12

CAPÍTULO I:
ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO Y CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS

I. ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA…….15
1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA……15
1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA……...20
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA……..…26
1.4. JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO……...26
II. OBJETIVOS…….…..27
2.1. OBJETIVOS GENERALES…….....27
2.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS……...27
III. HIPÓTESIS Y VARIABLE……..….27
3.1. HIPOTESIS…….27
3.2. VARIABLE INDEPENDIENTE……....28
3.3. VARIABLE DEPENDIENTE……28
IV. MARCO MEDOLÓGICO……..28
4.1. DISEÑO Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS……..28
4.2. POBLACIÓN Y MUESTRA……..30
4.3. MATERIALES Y TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS…30
4.4. MÉTODOS……..…30

CAPITULO II:

LA MATERNIDAD SUBROGADA

2.1. TEORÍAS SOBRE EL INICIO DE LA VIDA……..…...33

2.1.1. TEORÍA DE LA FECUNDACIÓN……..33

2.1.2. TEORÍA DE LA ANIDACIÓN……34

2.1.3. TEORÍA DE LA FORMACIÓN DEL SISTEMA NERVIOSO CENTRAL……..…34

2.2. DERECHO A LA REPRODUCCIÓN HUMANA……35

2.3. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (TRA) ……35

2.3.1. LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL (IA) ……35

2.3.2. TIPOS DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL……....36

2.3.3. FACTORES DE APLICACIÓN……..36

2.3.4. LA FECUNDACIÓN EXTRACORPÓREA (FEC)……..……37

2.3.5. TRANSFERENCIA DE EMBRIONES (TE)……37

2.3.6. LA PRESERVACIÓN DE GAMETOS Y EMBRIONES……37

2.4. MODOS DE ADQUISICIÓN DE LA MATERNIDAD……..37

2.4.1. MATERNIDAD TRADICIONAL……37

2.4.2. MATERNIDAD GESTACIONAL……...38

2.5. CLASES DE MATERNIDAD INMERSAS DENTRO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA……..39

2.6. MATERNIDAD SUBROGADA EN EL MUNDO……..40

2.6.1. PAÍSES QUE PROHÍBEN LA MATERNIDAD SUBROGADA…….40

2.6.2. PAÍSES DONDE ESTÁ PERMITIDA SOLAMENTE LA MATERNIDAD SUBROGADA GRATUITA O CON FINES ALTRUISTAS……...42

2.6.3. PAÍSES QUE REGULAN Y PERMITEN LA MATERNIDAD SUBROGADA ONEROSA Y GRATUITA……44

2.7. FILIACIÓN……45

2.7.1. NATURALEZA DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TRA…….45

2.7.2. SISTEMAS DE FILIACIÓN……46

CAPITULO III:

DERECHO A PROCREAR CON RELACIÓN A LA MATERNIDAD SUBROGADA

3.1. DERECHO A PROCREAR Y MATERNIDAD SUBROGADA……48

3.2. FUNDAMENTOS DEL DERECHO A PROCREAR……..51

3.3. EL DERECHO A PROCREAR EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ……..……..57

3.4. LÍMITES DEL DERECHO A PROCREAR A TRAVÉS DE LAS TRA…...59

3.5. LA TITULARIDAD DEL DERECHO A PROCREAR……....62

3.6. RENUNCIABILIDAD, SUJETO PASIVO Y EFICACIA DEL DERECHO A PROCREAR……66

3.7. COLISIÓN DE DERECHOS. DIGNIDAD HUMANA Y DERECHO A PROCREAR…….……69

3.7.1. LA DIGNIDAD HUMANA Y DERECHO A PROCREAR……..76

3.7.2. MATERNIDAD SUBROGADA Y DIGNIDAD HUMANA…….….80

CAPÍTULO IV:

NOCIONES GENERALES DEL CONTRATO

4.1. El CONTRATO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA……83

4.2. EL CONTRATO……84

4.3. NATURALEZA JURÍDICA. UBICACIÓN DEL CONTRATO EN LA TEORÍA DEL NEGOCIO JURÍDICO……87

4.4. FUNCIÓN ECONÓMICA SOCIAL DEL CONTRATO……....88

4.5. ELEMENTOS DEL CONTRATO……...89

4.5.1. ACUERDO DE VOLUNTADES……89

4.5.2. PLURALIDAD DE SUJETOS…….……91

4.5.3. CONSECUENCIA JURÍDICA……..94

4.6. EFECTOS DE LOS CONTRATOS……94

4.7. EL OBJETO DE LOS CONTRATOS…….….96

4.7.1. CREACIÓN DE UNA RELACIÓN JURÍDICA……97
4.7.2. REGULACIÓN DE UNA RELACIÓN JURÍDICA……97
4.7.3. MODIFICACIÓN DE UNA RELACIÓN JURÍDICA……98
4.7.4. EXTINCIÓN DE UNA RELACIÓN JURÍDICA……98

CAPITULO V:
LA CONTRACTILIDAD DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

5.1. LA MATERNIDAD SEGÚN LA LEGISLACIÓN PERUANA……99
5.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN LA DOCTRINA……..99
5.3. TIPOS DE CONTRATO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA……100
5.3.1. CONTRATO INNOMINADO……100
5.3.2. CONTRATO CONSENSUAL Y SOLEMNE……..100
5.3.3. CONTRATO BILATERAL……101
5.3.4. CONTRATO UNILATERAL……101
5.3.5. CONTRATO ONEROSO……..101
5.3.6. CONTRATO GRATUITO……102
5.3.7. CONTRATO CONMUTATIVO……102
5.4. EFECTOS DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA…….102
5.5. VIABILIDAD DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA MEDIANTE LA PROBABLE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 7° DE LA LEY Nº26842, LEY GENERAL DE SALUD……..…103

CONCLUCIONES……109
SUGERENCIAS……..……..111
BIBLIOGRAFIA……..……..113

ANEXOS:

ANEXO 1: PROYECTO DE LEY N° 3404/2018-CR QUE REGULA LOS REQUISITOS Y PROCEDIMIENTOS DE LA MATERNIDAD SOLIDARIA MEDIANTE EL USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA COMO DERECHO HUMANO DE SER MADRE

ANEXO 2: SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (FECUNDACIÓN IN VITRO) VS. COSTA RICA, EMITIDA EL 28 DE NOVIEMBRE DEL 2012. DONDE SE RECONOCEN LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS.

TABLA DE ABREVIATURAS

- CC : Código Civil
- CEFRA : Centro de fertilidad y reproducción asistida
- CPP : Constitución Política del Perú
- D.S. : Decreto Supremo
- FIVET : Fecundación in vitro con transferencia de embriones
- GIFT : Transferencia intratubárica de gametos
- IA : Inseminación Artificial
- IIP : Inseminación intraperitoneal
- IIUD : Inseminación intrauterina directa
- LGS : Ley general de salud
- OMS : Organización Mundial de la Salud
- SUZI : Inserción subzonal de espermatozoides
- TIG : Transferencia intratubárica de gametos
- TIPEO : Transferencia intraperitoneal de esperma y óvulos
- TRA : Técnicas de reproducción asistida
- FEC : Fecundación extracorpórea
- TE : Transferencia de embriones

RESUMEN

Existe un gran dilema en cuanto a la viabilidad de la contractilidad de la maternidad subrogada en el Perú, ya que algunos juristas sustentan que esta va en contra de las buenas costumbres, la cual esta normada el articulo VII del título preliminar de nuestro Código Civil, como también en contra del artículo 7° de la Ley General de Salud, Ley Nº26842, el cual establece una condición en cuanto a las técnicas de reproducción asistida, manifestando que este tipo de técnicas son viables siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona, siendo que esta condición en la práctica limita derecho a la procreación los cuales son tutelado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La presente tesis tiene por fin desarrollar los aspectos contractuales que enmarca la maternidad subrogada partiendo desde su génesis valorando la vialidad de estos contratos proponiendo una posible modificatoria art. 7° de la Ley General de Salud.

ABSTRACT

There is a great dilemma regarding the viability of the contractility of surrogate motherhood in Peru, since some jurists argue that this goes against good morals, which is regulated by Article VII of the preliminary title of our Civil Code, as well as against Article 7 of the General Health Law, Law No. 26842, which establishes a condition in terms of assisted reproduction techniques, stating that this type of technique is viable provided that the condition of genetic mother and mother gestante relapses on the same person, being that this condition in practice limits the right to procreation which are protected in the Inter-American Human Rights System. This thesis aims to develop the contractual aspects that frames surrogate motherhood starting from its genesis assessing the roadways of these contracts proposing a possible modification art. 7th of the General Health Law.

INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de nuevas figuras o de un cambio institucional producto de la acción humana en conjunto de nuevas manifestaciones sociales normativas, las instituciones incluyen todo tipo de limitación que los humanos crean para dar forma a la interacción de los mismos, como es de mención por Douglass G.North[1] *Las instituciones son las reglas del juego en una sociedad o, más formalmente, son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. Por consiguiente, estructuran incentivos en el intercambio humano, sea político, social o económico. El cambio institucional conforma el modo en que las sociedades evolucionan a lo largo del tiempo, por lo cual es la clave para entender el cambio histórico.*

El presente trabajo de investigación tiene por fin desglosar, describir y analizar los alcances y limitaciones de los aspectos contractuales de la maternidad subrogada como nueva manifestación normativa dentro de nuestro ordenamiento jurídico contemporáneo.

Los derechos fundamentales se conciben como aquellos límites en el actuar de un Estado. Lo que implica que las políticas públicas no transgredan la dignidad humana, elemento central y orientador de los derechos fundamentales.

En la Edad Media se consolidó un Estado feudal en el que no existían parámetros. “El Estado soy yo”, frase pronunciada por el rey francés Luis XIV, es muestra de un Estado desmedido en poder, característica de una monarquía absoluta. En tiempos actuales, la referida frase no tiene asidero, debido a la consolidación de los derechos fundamentales[2].

[1]G.NORTH Douglass. (1993). "Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico”. México: Fondo Cultura Económica.

[2] LUPA YUCRA, Manuel Gonzalo (2017). “¿Existe el derecho humano a la procreación?”. Perú: Lima. Revista La Ley en: https://legis.pe/existe-derecho-humano-la-procreacion/#_ftnref14 (consulta: 1 de Enero del 2019)

No obstante, el tiempo ha demostrado que aquellos no se establecen producto de un solo periodo histórico, sino más bien son consecuencia de luchas sociales constantes. Una muestra de lo mencionado es el avance de la protección primero de los derechos civiles y políticos; posteriormente, de los derechos económicos, sociales y culturales.

Los intentos de la humanidad de optimizar los mecanismos de protección de la dignidad humana, han generado nuevos anhelos comunes. En el presente ensayo se determinará si uno de aquellos anhelos, considerados como derechos fundamentales, es la libertad de procrear, en especial consideración de las mujeres.

El derecho a procrear integra el grupo de los llamados derechos humanos de segunda generación, fundados en el principio de autodeterminación, agrupando los llamados derechos sexuales y reproductivos, reconocidos por primera vez en la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo de 1994 y en la IV Conferencia Mundial de la Mujer en 1995, las cuales afirmaron que:

> *"Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos, y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva…"*[3].

La presente tesis titulada "Aspectos contractuales de la maternidad subrogada y su aplicación en el Perú" tiene por objetivo explicar la naturaleza del contrato de maternidad subrogada y su posible aplicación en el ordenamiento jurídico, ya que su no regulación ha traído una serie de inconvenientes, como para citar el caso de

[3] NACIONES UNIDAS (1995). Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijing, 4 y 5 de Septiembre, Capitulo IV, parte c) La mujer y la salud, número 95. http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf (consulta: 1 de Enero del 2019)

los ciudadanos chilenos, quienes fueron acusados erróneamente por el delito de trata de personas al haber concebido a dos bebés mediante el llamado “vientre de alquiler”, este fenómeno ha generado una serie de debates jurídicos sobre si es necesaria la regulación de la maternidad subrogada e inclusión en nuestro ordenamiento jurídico, en razón de que ya ha sido sido reconocida por la Corte Suprema en la Casación 563-2011, Lima.

Recientemente se presentó un proyecto de ley por iniciativa de la Congresista Estelita Sonia Bustos Espinoza, quién perteneció al partido de Fuerza Popular, quien impulsó el Proyecto de Ley N° 3404/2018-CR que regula los requisitos y procedimientos de la maternidad solidaria mediante el uso de técnicas de reproducción asistida como Derecho Humano de ser Madre, recibido el 18 de septiembre de 2018. El proyecto de ley citado, sólo pretende modificar el artículo 7° e incorporar el artículo 7-A a la Ley Nº26842, Ley General de Salud, con la finalidad de pueden acceder a dicha técnica las personas que presenten el diagnóstico de infertilidad, pero no soluciona el vacío contractual que existe en torno a la maternidad subrogada.

CAPÍTULO I:
ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO Y CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS

I. ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA

1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

La maternidad subrogada, habitualmente mal llamada vientre de alquiler, está permitida en tan solo unos pocos países en todo el mundo. Por ello, muchas personas que necesitan recurrir a este método para tener hijos deben hacerlo en el extranjero, puesto que no existe una única ley que regule la maternidad subrogada en el mundo, aunque la legislación varía en cada país, generalmente indica las condiciones o requisitos para poder llevarla a cabo, incluyendo aspectos como qué personas pueden realizar la técnica, cómo se establece la filiación del menor y los derechos y obligaciones de los padres de intención y la gestante. Por otra parte la maternidad subrogada es legal en Estados Unidos, Rusia, Ucrania, Grecia, Georgia, Portugal y Canadá. En todos ellos esta modalidad reproductiva está permitida con excepción de algunos estados de USA está permitida la subrogación, pero en los estados de Arkansas, California, Connecticut, Dakota del Norte, Delaware, Distrito de Columbia, Florida, Illinois, Maine, Nevada, Nuevo Hampshire, Oregón, Texas, Utah y Virginia Occidental sí está permitida la gestación subrogada, ya sea por ley expresa o por jurisprudencia.

En la mayoría de países de Europa, la gestación subrogada no está permitida, ya sea porque la ley la prohíbe expresamente o porque no está regulada a nivel legal. Este es el caso de Alemania, Francia, Bélgica, España, Italia, Suiza, Austria, Noruega, Suecia, Islandia, Estonia y Moldavia.

Otros países que por ley tienen prohibida la gestación subrogada son Turquía, Arabia Saudita, Pakistán, China y Japón. Lo mismo sucede con algunos estados de Estados Unidos (Nueva York, Arizona, Michigan, Indiana y Dakota del Norte), donde la gestación subrogada comercial está expresamente prohibida.

Algunos de ellos, como el estado de Nueva York, tienen sanciones penales y civiles por realizar el proceso, tanto para los padres de intención como para la gestante y cualquier otra persona u organismo participante.

Por otro lado, nos encontramos con México, donde hasta hace no mucho la gestación subrogada estaba permitida en dos de sus Estados (Tabasco y Sinaloa). Sin embargo, la nueva ley prohíbe la gestación subrogada para cualquiera que sea extranjero o que no cumpla los estrictos requisitos establecidos. Por su parte en Perú el vientre de alquiler, maternidad subrogada o alquiler de útero, la gestación subrogada es un tratamiento que actualmente no es legal. Pese a no contar con amparo legal, la gestación subrogada en Perú es un hecho, tal y como demuestran la literatura existente y los diferentes proyectos de ley desarrollados hasta la fecha, mediante los que se pretende abordar este tratamiento a fin de evitar abusos y otras irregularidades.

De hecho, en marzo de 2008, la policía peruana desmanteló una de las organizaciones más amplias del país dedicada a explotar a mujeres a cambio de altas sumas de dinero. Los padres de intención en estos casos solían ser de origen extranjero, y la gestante era desplazada a otro país donde la subrogación uterina sí fuera legal para dar a luz.

En materia de jurisprudencia, contamos con el primer caso aprobado por la Corte Suprema de Justicia y, por otro lado, con el caso de una abuela y su hija de origen peruano, que recurrieron a la gestación subrogada en Estados Unidos. A continuación, mostramos los detalles de cada ejemplo.

A pesar de no estar legalizada, se han dado casos de gestación subrogada en Perú que han sido resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la República. Se trata del caso del matrimonio formado por doña D.F.P.Q. y don G.S., quienes encargaron a I.Z.C.M la gestación de su futuro hijo, el cual sería entregado al matrimonio tras el nacimiento. La pareja pagó a la gestante la suma total de 18.900 $ USD.

Para la fecundación, se emplearon los espermatozoides de don G.S. y, tras el nacimiento, la filiación materna, tal y como indica la ley, se estableció a favor de la gestante y, la paterna, a favor del marido de ésta. Así, el padre biológico no figuraba como padre legal. Don G.S. no solo sería el padre de sangre de la menor, sino que, por su relación de parentesco con I.Z.C.M, resultó ser el tío abuelo de la misma.

Nada más nacer, el bebé fue entregado a los padres de intención, quienes iniciaron entonces un proceso de adopción por excepción para que legalmente se constituyese la filiación a su favor. Es en este momento cuando la gestante subrogada y su pareja se arrepienten e interponen un recurso de casación en base a una serie de causales que resultaron carentes de sustento a ojos de la Corte Suprema.

La Corte estableció que existía un conflicto entre el interés superior de la menor a tener una familia y el derecho de los padres demandantes a ejercer la patria potestad. Además, basándose en el comportamiento de la gestante y su pareja, dispuestos en un principio a renunciar al bebé a cambio de dinero, resolvió que primaba el interés superior de la niña y que, por tanto, continuaría viviendo con los padres intencionales.

En este caso, exponemos un ejemplo de gestación subrogada entre familiares que sucedió en 2013-2014, en concreto, el caso de, Julia Navarro, quien gestó a su propio nieto a las edad de 58 años para su hija Lorena Gonzáles.

Navarro, de origen peruano y residente en Utah (Estados Unidos), ofreció gestar al bebé de su propia hija después de que esta pasara por múltiples abortos naturales tras años intentándolo con su pareja. En busca de una solución, acordaron recurrir a la subrogación uterina. Aunque se plantearon recurrir a una amiga cerca para que fuera su gestante subrogada, finalmente las exigencias les llevaron a recurrir a su propia madre en última instancia. Según declaraciones de Navarro, el sufrimiento que vio en su hija fue lo que le hizo tomar la decisión.
A pesar de que los médicos predijeron que su probabilidad de éxito no superaba el 45%, la familia siguió adelante. Al final, la niña nació por cesárea en territorio estadounidense.

La infertilidad según la Organización Mundial de la Salud, es considerada como la quinta mayor discapacidad en el mundo y es tratada como un problema moderno de salud pública. En el Perú, si bien es cierto no se adolece de un alto porcentaje de infertilidad, sin embargo, hay un aumento de personas que no pueden concebir.

Según INEI (2017) “analizar la variación del descenso de la fecundidad en los últimos tres quinquenios de la estimación, en efecto, esta se ha frenado pasando de 8,1% en el periodo 2000-2005 a 7,0% en el periodo 2005-2010 y 5,7% en el periodo 2010-2015. Ante esta problemática social, aquellos ciudadanos que no pueden concebir utilizan métodos que la ciencia con su avance pone a su alcance, como la utilización de técnicas de reproducción asistida, práctica que no es ilegal en nuestro país, pero que sin embargo ante ciertas circunstancias hay vacíos, como por ejemplo en cuanto a la maternidad subrogada.

El presente trabajo de investigación tiene por objetivo explicar la naturaleza del contrato de maternidad subrogada y su posible aplicación en el ordenamiento jurídico, ya que su no regulación ha traído una serie de inconvenientes, como para citar el caso de los ciudadanos chilenos, quienes fueron acusados erróneamente por el delito de trata de personas al haber concebido a dos bebés mediante el llamado “vientre de alquiler”, este fenómeno ha generado una serie de debates jurídicos sobre si es necesaria la regulación de la maternidad subrogada e inclusión en nuestro ordenamiento jurídico, en razón de que ya ha sido reconocida por la Corte Suprema en la Casación antes mencionada 563-2011, Lima.

Recientemente se presentó un proyecto de ley por iniciativa de la Congresista Estelita Sonia Bustos Espinoza, quién perteneció al partido de Fuerza Popular, quien impulsó el Proyecto de Ley N° 3404/2018-CR que regula los requisitos y procedimientos de la maternidad solidaria mediante el uso de técnicas de reproducción asistida como Derecho Humano de ser Madre, recibido el 18 de septiembre de 2018. El proyecto de ley citado, sólo pretende modificar de forma austera el artículo 7° e incorporar el artículo 7-A

a la Ley Nº26842, Ley General de Salud, con la finalidad de pueden acceder a dicha técnica las personas que presenten el diagnóstico de infertilidad, pero no soluciona el vacío contractual que existe en torno a la maternidad subrogada.

1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La maternidad subrogada es una práctica que plantea debates éticos, religiosos, psicológicos, biológicos y, por supuesto, jurídicos. Y la legislación en nuestro país agudiza aún más la situación.

Para el doctor Fabricio Vizcarra, presidente de la Sociedad Peruana de Fertilidad, "mientras no haya una legislación clara se seguirán cometiendo delitos y abusos"[4].

El especialista agrega que el tema no pasa por prohibir la maternidad subrogada, pues ello no garantiza que se deje de realizar. Por el contrario, elevaría los costos.

La experta en derecho de familia Violeta Bermúdez opina que "las leyes deben alentar a que más parejas puedan acceder al sueño de ser padres, pero en un marco que las proteja y brinde seguridad a todos".

En el 2012, la Corte Suprema resolvió el primer caso de vientre de alquiler en el Perú y le dio la razón a una pareja que acordó con otra una fecundación asistida y una posterior adopción a cambio de dinero, a pesar de que los padres biológicos se arrepintieron.

[4] SIVERINO BAVIO, Paula (2018). "Cuando tu madre no te parió". Diario "El Comercio", Perú.: Lima. rescatado el (5/01/2019) en: https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/madre-pario-paula-siverino-noticia-553974.

En una columna de El Comercio, la experta en bioética jurídica Paula Siverino[5] cuestionó la sentencia. “Es llamativo que se condene moralmente a quien recibió dinero por una gestación, pero se considere que quienes ofrecieron dinero por ella están amparados en los legítimos deseos de ser padres”.

En Sudamérica solo en Brasil se permiten estas prácticas siempre que la madre sustituta sea un familiar y que el acuerdo se concrete de forma altruista. Los demás países no contienen en su legislación ninguna prohibición expresa a estos tratamientos de reproducción asistida.

La conocida popularmente como vientre de alquiler, maternidad subrogada o alquiler de útero, la gestación subrogada es un tratamiento que actualmente no es legal en Perú. Tampoco existe ninguna legislación “cerrada” en materia de reproducción asistida, sino varios proyectos de ley. Aun así, son muchas las parejas peruanas que recurren a un embarazo subrogado para formar una familia, habitualmente llevándose a la gestante a un país extranjero donde la técnica sí está permitida.

El Perú no cuenta con una ley nacional bien definida en materia de reproducción asistida y su aplicación, a diferencia de otros países como España, donde existe la Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006.

Ahora bien: el Artículo 7 de la Ley General de Salud (Ley N.º 26842) recoge lo siguiente:

> *Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de*

[5] SIVERINO BAVIO, Paula (2018).ob. cit.

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.

En resumen, se puede ejercitar el derecho a recurrir a las técnicas de reproducción asistida (TERAS) siempre y cuando se cumplan dos requisitos fundamentales:

1. Identidad genética
2. Consentimiento por escrito de los padres biológicos antes del tratamiento

De la definición anterior podemos extraer que la técnica de la donación de óvulos no está permitida en Perú puesto que la mujer que aporta la carga genética y la que gesta deben ser la misma persona conforme a lo previsto en el fragmento anterior. La donación de esperma o espermodonación se permite, pero la legislación peruana rige el anominato del donante.

Según la Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia, esta necesidad radica en el hecho de que, a pesar de no haber ley, existen numerosas clínicas y centros sanitarios privados que ofrecen tratamientos de fertilidad tanto de alta como de baja complejidad. Dado que funcionan por autorregulación, los tipos de

tratamiento, costes y la forma de llevarlos a cabo pueden variar entre unos y otros en gran medida[6].

El caso de la pareja de ciudadanos chilenos detenidos, acusados de trata de personas cuando regresaban con sus niños recién nacidos, que habrían sido engendrados mediante gestación subrogada en una clínica peruana, supera la ficción.

Todas las personas tienen el derecho de acudir a las técnicas de reproducción asistida (TRA) para formar una familia, concluyó la Corte Interamericana en el 2012. Sin embargo, el Perú carece de una ley especial que las regule.
La gestación por sustitución (vulgarmente llamada por 'vientre de alquiler') es una práctica legal no regulada en la mayoría de los países de la región, pero a la que acuden cada vez más personas buscando concretar el sueño de formar una familia, y que cuenta con una copiosa y creciente jurisprudencia que la respalda.

La gestación subrogada es una posibilidad dentro de las TRA cuando la mujer no puede llevar adelante el embarazo. Será "solidaria" cuando haya lazos de afecto o parentesco entre quien gesta y quien decide ser madre, o "por encargo" cuando no los haya. En todos los casos, se requieren evaluación psicológica, consentimiento informado y consejería legal plasmados en un acuerdo de subrogación firmado por todas las partes.

El embrión se formará con el óvulo de la mujer que busca ser madre o con un óvulo donado, y el esperma de su pareja o de un donante. En ningún caso con el óvulo de la mujer que gestará. Ni la donante

[6] FERNÁNDEZ, Sandra. Maternidad subrogada en Perú: ley, jurisprudencia y casos previos. Rescatado el (19/11/2018): https://www.babygest.es/peru/#lectura-recomendada.

de óvulos ni la gestante subrogada tienen el deseo ni la intención de ser “madres”. La “madre” es la mujer que anhela al hijo, usualmente después de años de dolor e intentos fallidos, acudiendo entonces a las TRA. Legalmente esto se llama “voluntad procreacional”.

La dificultad radicaría en que, al no estar específicamente regulada, esta práctica choca con las normas sobre filiación que se basan en la histórica presunción de que quien da a luz es la madre del nacido. Una realidad desfasada por la tecnología. Existen tres modos legales de establecer la filiación: por la naturaleza (parto), por adopción y por voluntad procreacional expresada en el consentimiento informado en las TRA. El parto ya no es la única forma de establecer la maternidad y la presunción del Código Civil puede ser desvirtuada mediante prueba suficiente, como un acuerdo de subrogación. Usualmente se requiere algún grado de intervención legal para regularizar la inscripción de los nacidos por estos medios.

Por otra parte, se ha dicho que el artículo 7 de la Ley General de Salud prohibiría la ovodonación y la maternidad subrogada, al expresar que todas las personas tienen derecho a acudir a las técnicas, pero que “la madre gestante y la genética deben coincidir”. Ello deriva de una interpretación descontextualizada y literal de un artículo de dudosa constitucionalidad ya que: a) no configura técnicamente una prohibición, las que deben ser expresas; b) introduciría una discriminación inaceptable, los hombres podrían remediar la infertilidad y las mujeres no; c) dejaría casi sin efecto el campo de acción de las TRA, entre otras razones.

En el Perú existen al menos tres sentencias que reconocen la legalidad de la maternidad subrogada y la inaplicabilidad del artículo 7 de la Ley General de Salud, incluida una casación de la sala civil de la Corte Suprema de hace varios años.

Jueces y fiscales deben formarse en bioética jurídica de modo que cuenten con las herramientas apropiadas para evaluar casos complejos como este y evitar sufrimientos absurdos.

La gestación subrogada es el tratamiento de reproducción asistida que más engaños y dudas genera. La transparencia es uno de nuestros rigurosos criterios a la hora de recomendar clínicas y agencias. Puedes usar La Calculadora para obtener un informe de situación actualizado con todos los detalles, resolver tus dudas y evitar engaños.

Producto de los anhelos de tener una prole en la actualidad se han ido empleado técnicas alternas de concepción planteando mecanismos contractuales dejando de valorar la dignidad humana, la vida, la identidad del infante, el derecho de la madre gestante frente al derecho de la madre genética llevándonos a la necesidad de ponderar derechos personalísimos frente a sistemas contractuales sustentados en el Derecho Humano de ser Madre, analizando los supuestos de cada caso y debida regulación para no caer en algún tipo de trata de personas. Visto que el presente trabajo de investigación tiene por objetivo describir y analizar los alcances, limitaciones y su meritoria regulación en cuanto a los sismas contractuales empleados en la maternidad subrogada, siendo que en la actualidad el Estado no ha implementado ningún mecanismo jurídico-social eficiente para salvaguardar el derecho humano a ser madre.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los alcances y limitaciones de los aspectos contractuales que emanan de la maternidad subrogada frente a la viabilidad de su aplicación en el Perú?

1.4. JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO

La investigación que proponemos se justifica y tiene importancia para nuestra sociedad como también para los operadores de derecho: Fiscales, Jueces, Abogados, congresistas; siendo que estos en conjunto puedan crear una política de prevención y no de represión conductual de nuestros congéneres, ya que en la práctica sea empleado y/o comercializado inescrupulosamente con la vida atreves de la mal llamado vientre de alquiler siendo nosotros testigos que el incremento de demanda producto de un deficiente normativa en cuanto a la regulación de las técnicas y medios contractuales empleados de la maternidad subrogada, siendo necesario plantear nuevas vías normativas de solución tratando el problema desde su génesis.

El propósito de esta Tesis a es precisamente describir la problemática y deficiente normatividad existente, sus alcances, fortalezas y deficiencias, a fin de que puedan realizar sus operaciones con la mayor eficacia.

El aporte del presente trabajo consiste en: aportar e incrementar a la doctrina nacional los escasos estudios que se ha realizado sobre los aspectos contractuales empleados en la maternidad subrogada; estudiar minuciosamente el mismo siguiendo la sistemática clásica del contrato; explicar el fenómeno contractual y su importancia como instrumento social- familiar; La importancia que reviste, sin embargo, parece exigir no sólo una mayor atención sino, fundamentalmente, un más detenido análisis y examen de la forma

cómo se desarrolla en la experiencia, con el propósito de ir delineando, paulatinamente, las soluciones que deben aportarse a los no infrecuentes problemas que se originan al calor de las discusiones que afectan su normal desenvolvimiento.

II. OBJETIVOS

2.1. OBJETIVOS GENERALES

- Describir los aspectos contractuales de la maternidad subrogada.

2.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Definir la maternidad subrogada.
- Analizar los aspectos contractuales de la maternidad subrogada.
- Determinar la viabilidad contractual de la maternidad subrogada.
- Proponer Modificación del artículo 7 de la Ley N.° 26842, Ley General de Salud.

III. HIPÓTESIS Y VARIABLE

3.1. HIPOTESIS

Si ser Madre es un derecho humano, entonces el Estado debería implementar novísimas normativas idóneas para facilitar la viabilidad de la contractulidad de la maternidad subrogada, sin vulnerar los derechos fundamentales de este, en miras a una protección jurídico – social.

3.2. VARIABLE INDEPENDIENTE

- La maternidad subrogada en el Perú.

3.3. VARIABLE DEPENDIENTE

- Los aspectos contractuales de la maternidad subrogada
- Viabilidad de regulación contractual de la maternidad subrogada en el Perú.

IV. MARCO MEDOLÓGICO

4.1. DISEÑO Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES DE LA HIPOTESIS	TECNICAS DE RECOLECCION DE DATOS	METODOS E INSTRUMENTOS
¿Cuáles son los alcances y limitaciones de los aspectos contractuales que emanan de la maternidad subrogada frente a la	**Objetivo General:** - Describir los aspectos contractuales de la maternidad subrogada. **Objetivos Específicos**	Si ser Madre es un derecho humano, entonces el Estado debería implementar novísimas normativas idóneas para facilitar la viabilidad de la	**Variable independiente** La maternidad subrogada en el Perú. **Variable Dependiente.**	Fichas de Resoluciones, Fichas Textuales, Fichas de Resumen, Fichas Bibliográficas, Artículos y contribuciones en publicaciones selladas.	• Análisis y síntesis. • Inducción - deducción. • Comparación Histórico. • Dogmático civil. • Dogmático constitucional. . **INSTRUMENTOS** **.**

viabilidad de su aplicación en el Perú?	- Definir la maternidad subrogada. - Analizar los aspectos contractuales de la maternidad subrogada. - Determinar la viabilidad contractual de la maternidad subrogada. -Proponer Modificación del artículo 7 de la Ley N.° 26842, Ley General de Salud.	contractulidad de la maternidad subrogada, sin vulnerar los derechos fundamentales de este, en miras a una protección jurídico – social.	- Los aspectos contractuales de la maternidad subrogada - Viabilidad de regulación contractual de la maternidad subrogada en el Perú.		• Revistas de Derecho constitucional. • Revistas de Derecho Civil.

4.2. POBLACIÓN Y MUESTRA

Se ha omitido la población y muestra de la presente tesis ya que estamos ante un trabajo de investigación meramente dogmático de corte descriptivo-explicativo, enfocado desde un análisis cualitativo de la contractilidad de la maternidad subrogada en el Perú.

4.3. MATERIALES Y TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

La técnica de recolección de información predominante estará basada principalmente en el enfoque cualitativo de análisis de contenido de civil y dogmático constitucional.

Los instrumentos de recolección de información están conformados por las fichas técnicas en las que constará de manera sistemática las variables con sus correspondientes indicadores; ello nos permitirá probar la consistencia de las hipótesis formuladas.

Fichas de resoluciones, Fichas Textuales, Fichas de Resumen, Fichas Bibliográficas, Artículos, contribuciones en publicaciones selladas, Análisis de las sentencias, Estudio de Revistas Sinopsis de Libros sobre el derecho Constitucional, derecho civil, derecho genético y atreves del análisis de la legislación comparada.

4.4. MÉTODOS

De acuerdo a la naturaleza del estudio de la investigación, aquel reúne por su nivel las características de un estudio descriptivo, explicativo y correlacionado.

Por su finalidad esta investigación es del tipo Básica y por su profundidad es mixta (descriptiva-explicativa) inmersa dentro del marco dogmático civil e Interpretativo constitucional.

CAPITULO II:
LA MATERNIDAD SUBROGADA

La evolución médica en el campo de la reproducción humana destruyó el principio del derecho romano que atribuía la maternidad por el hecho del parto y la paternidad por una presunción derivada del matrimonio: “Mater semper certa est, pater est, quem nuptiae demonstrant”, debido a que a través de la fecundación in vitro y la inseminación artificial, quien lleve a cabo la gestación y el trabajo de parto no será necesariamente la misma mujer que ha proporcionado el óvulo y cuya carga genética será heredada. Dentro de la denominada Maternidad Subrogada, puede haber tres mujeres implicadas en el nacimiento del nuevo ser: la que suele llamarse “comitente”, que toma la iniciativa y decisión última y es causa eficiente de dicho nacimiento; la que pone el óvulo (maternidad genética) y la que lleva a cabo la gestación (maternidad de gestación). A veces esas tres funciones pueden corresponder a diferentes mujeres, o concurrir algunas de estas funciones en una mujer. Por ello, el derecho debe resolver cual es la maternidad relevante; es decir, la maternidad legal, entendida como la atribución de la función jurídica social de madre. Para Cano (2007) subrogar significa: Sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra. Se trata de una especie de reemplazo que cumple una función que, por algún motivo, son desplazados y suplantados por otros que llevarán a cabo la tarea asignada a los primeros. Manasevich (2008) manifiesta: Jurídicamente la subrogación no tiene otra significación que la de la palabra misma: remplazar, sustituir algo o alguien por otra cosa o persona. En consecuencia, consiste en sustituir una persona o cosa por otra persona o cosa, en términos tales que la nueva pase a ocupar la misma situación jurídica de la anterior.

Para Cano (2007) subrogar significa: Sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra. Se trata de una especie de reemplazo que cumple una función que, por algún motivo, son desplazados y suplantados por otros que llevarán a cabo la tarea asignada a los primeros. Manasevich (2008) manifiesta: Jurídicamente la

subrogación no tiene otra significación que la de la palabra misma: remplazar, sustituir algo o alguien por otra cosa o persona. En consecuencia, consiste en sustituir una persona o cosa por otra persona o cosa, en términos tales que la nueva pase a ocupar la misma situación jurídica de la anterior.

Se trata de una técnica de reproducción humana asistida (TRHA), destinada a parejas (de distinto sexo o del mismo sexo) y a personas solteras, que sufren alguna causa de infertilidad o esterilidad (médica o estructural) que les impide tener hijos propios mediante medios naturales o mediante otras técnicas de reproducción asistida de menor complejidad.

Dicha pareja (o persona), aporta sus propios gametos (espermatozoides y óvulos) o recurre a donantes de gametos, y mediante fecundación in vitro u otra técnica, el médico realiza la fecundación del óvulo, y la consiguiente formación de un embrión.

Como ese embrión no puede ser gestado por dicha pareja o dicha persona, se transfiere a una tercera persona (mujer gestante) quien es la que va a gestar al embrión hasta el nacimiento de ese bebé.

Nos encontramos ante una situación muy particular: ese niño nacido mediante subrogación, no tiene vínculos genéticos con la mujer que lo gestó, porque ella no aportó sus óvulos. Pero en cambio, sí tiene vinculación genética con la pareja o persona que recurrió al procedimiento cuando ellos aportaron sus gametos.

Luego del nacimiento, se debe reconocer la verdadera identidad y filiación de ese bebé, como hijo de los padres que realizaron el tratamiento de reproducción. Dicha filiación se encuentra fundada en la identidad genética y/o en la voluntad procreacional (es decir, la voluntad de procrear).

Existen distintas denominaciones para este procedimiento, aunque todas refieren a lo mismo. La más extendida coloquialmente es “*Maternidad Subrogada*”, pero también se la denomina “*Gestación por Sustitución*”, “*Gestación Subrogada*” o simplemente “*Subrogación*”. Vulgarmente es conocida como “*Alquiler de Vientres*”, aunque esta denominación es inapropiada e inexacta.

Está destinada a parejas heterosexuales, en las cuales la mujer no puede gestar un bebé como consecuencia de numerosas patologías: malformaciones uterinas, histerectomía parcial o total, falta de útero congénita o adquirida, y otras patologías en el útero. También suele utilizarse cuando la mujer sufre alguna insuficiencia renal, cardíaca, hepática, etc. que pondría en riesgo su vida o la del bebé al quedar embarazada.

También está destinada a parejas del mismo sexo. En caso de parejas de varones, obviamente no podrán tener hijos en forma natural por ausencia de órganos reproductivos femeninos, y en caso de parejas de mujeres, también puede suceder que ninguna de las dos pueda gestar un bebé y por último, también a personas solteras, que no puedan tener hijos en forma natural.

Con referencia a la presente temática es necesario considerar las siguientes teorías[7]:

2.1. TEORÍAS SOBRE EL INICIO DE LA VIDA

Desde el punto de vista de la ciencia médica existen diversas teorías que pretenden identificar el momento en el que la vida humana empieza.

2.1.1. TEORÍA DE LA FECUNDACIÓN

La fecundación se manifiesta cuando "el espermatozoide hace contacto con el óvulo, y de inmediato se reconocen sus membranas celulares, determinando que son de la misma especie. Luego el espermatozoide penetra el interior del óvulo valiéndose de una enzima para perforar la membrana ovular. Tan pronto como la cabeza del espermatozoide penetra, se produce en la célula fecundada un bloqueo de su cubierta, para que no ingresen otros espermatozoides, evitando la poliesperma. Después se realiza la

[7] VELÁSQUEZ VARGAS, Marlene Susana (2015). "Necesidad de incluir el delito de contrato de maternidad subrogada en el código penal peruano". Perú: Arequipa. Tesis. Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez.

primera fusión celular, la de las membranas que envolvían la cabeza del espermatozoide y del óvulo". (Varsi, 1996)

2.1.2. TEORÍA DE LA ANIDACIÓN

Según los partidarios de esta teoría, la vida humana recién puede considerarse a partir del momento en que el embrión se fija en el útero de la mujer, es decir, cuando se anida en él, "la anidación ocurre al sétimo día de la fecundación aproximadamente, cuando el blastocito (célula embrionaria) comienza un proceso de anidación en el endometrio a fin de que se forme el embrión, proceso que dura alrededor de siete días, lo cual se concretará si el endometrio es suficientemente receptivo, culminándose el proceso a los 14 días". (López, 2010: 363).

2.1.3. TEORÍA DE LA FORMACIÓN DEL SISTEMA NERVIOSO CENTRAL

Esta teoría señala que la vida se inicia con la primera actividad encefálica o cerebral, el inicio de la actividad cerebral en el embrión humano tiene lugar alrededor de los 48 días siguientes a la fecundación. Algunos autores señalan que "el cerebro empieza a desarrollarse con la primera diferenciación del sistema nervioso primitivo del embrión, mientras que para otros, el cerebro empieza cuando aparecen los arcos reflejos o cuando hay movimientos espontáneos de brazos y piernas". (Figueroa, 2003: 290) Los defensores de esta teoría se basan en que "si la muerte es el cese completo de las funciones encefálicas o cerebrales, entonces al ser la vida el opuesto a la muerte, esta se inicia con la primera actividad encefálica o cerebral" (Sánchez, 2009). En este contexto, así como se considera que el fin de la vida humana se produce con la muerte cerebral, el inicio de esta ocurre con el nacimiento del cerebro.

2.2. DERECHO A LA REPRODUCCIÓN HUMANA

La propia naturaleza del régimen democrático que es, por esencia, el régimen de la libertad, nos permite interpretar la libertad como un derecho comprensivo de ámbitos de autonomía física del individuo distintas de las esferas de autonomía propias de otros derechos de libertad (libertad de expresión, libertad religiosa, libertad de circulación, libertad de residencia, de asociación, de reunión...), superando así el restrictivo concepto de derecho a la libertad personal como libertad ambulatoria. Así el derecho a la libertad personal protege al sujeto de intromisiones ilegítimas en las decisiones sobre su reproducción. El derecho a la reproducción humana encuentra, pues, cobijo en esta interpretación de la libertad como derecho-autonomía y muestra tanto una vertiente positiva que permite al sujeto decidir libremente sobre su propia reproducción como una vertiente negativa, que protege igualmente su decisión de no reproducirse.

2.3. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (TRA)

Las técnicas de reproducción asistida son procedimientos artificiales desarrollados con la finalidad de ayudar a las parejas a tener descendencia, las mismas que han significado la intromisión del ser humano en un proceso natural, para convertirlo en uno artificial[8].

2.3.1. LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL (IA)

La inseminación artificial “es una técnica que consiste en introducir el semen del varón, previamente recolectado, en el tracto reproductor de su pareja o cónyuge, sin que medie una relación sexual”. Este procedimiento no da la posibilidad de realizar experimentación alguna, es por eso que es un proceso de baja tecnología médica.

[8] VELÁSQUEZ VARGAS, Marlene Susana (2015). “Necesidad de incluir el delito de contrato de maternidad subrogada en el código penal peruano”. Perú: Arequipa. Tesis. Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez.

2.3.2. TIPOS DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Atienden a la preparación del semen, al lugar en el que se deposite, o a la técnica utilizada. Puede tratarse de inseminación artificial con semen fresco o con semen congelado; puede ser completo (todo lo eyaculado) o fraccionado; puede ser como es eyaculado, o capacitado. Según el lugar de los genitales femeninos donde sea depositado, se habla principalmente de inseminación artificial vaginal, intrauterina, intratubárica, intraperitoneal, endocervical y exocervical Inseminación Artificial Homóloga Aquella realizada con semen del cónyuge o de la pareja de la mujer inseminada. Inseminación Artificial Heteróloga Realizada con semen de un tercero, denominado donante, sea éste anónimo o conocido.

2.3.3. FACTORES DE APLICACIÓN

Se utiliza semen del marido o compañero de la mujer inseminada cuando existen factores mecánicos o psicológicos que impiden o dificultan la cópula; cuando el tracto genital femenino se hace infranqueable a los espermatozoides; o cuando la “mala calidad” de los espermatozoides (por ejemplo una movilidad baja) hace aconsejable hacer una selección de los mismos. La inseminación artificial con semen de tercero representa la inmensa mayoría de los casos de inseminación artificial, aun a pesar del mayor rechazo que genera. Estaría indicada para los casos de esterilidad masculina (ausencia de espermatozoides, alteraciones en la eyaculación o el eyaculado, etc.) con el fin de evitar la transmisión de algunas enfermedades hereditarias, o para el caso de mujeres sin pareja masculina.

2.3.4. LA FECUNDACIÓN EXTRACORPÓREA (FEC)

La fertilización in Vitro (FIV) Como su nombre lo indica, supone que el proceso de fertilización ocurre en probeta. El procedimiento es: Superovulación (Las posibilidades de embarazo son escasas si sólo se transfiere un embrión al útero, de ahí que es necesario obtener varios óvulos). a. Intervención quirúrgica para remover los óvulos maduros. b. Fertilización in Vitro con semen previamente analizado y preparado para la inseminación. c. Incubación por algunos días a fin de constatar su normal desarrollo. d. Implantación de varios embriones en el útero femenino.

2.3.5. TRANSFERENCIA DE EMBRIONES (TE)

Una modalidad de la otra forma de transferencia de embriones se conoce como lavage y supone la fertilización in Vitro del óvulo mediante inseminación artificial y luego de tres o cuatro días, justo antes de la implantación, se remueve el óvulo fertilizado para transferirlo al útero de otra mujer, cuyo ciclo menstrual ha sido sincronizado con el del donante.

2.3.6. LA PRESERVACIÓN DE GAMETOS Y EMBRIONES

Otro de los adelantos en este campo es la posibilidad de preservar semen y óvulos fecundados mediante el proceso de “cryopreservation” o congelación. Si bien la ciencia no ha logrado detener el transcurso del tiempo, por ejemplo congelando a una persona, es posible congelar embriones humanos para su uso futuro.

2.4. MODOS DE ADQUISICIÓN DE LA MATERNIDAD

2.4.1. MATERNIDAD TRADICIONAL

En el caso de la subrogación tradicional, una mujer es contratada por la persona, o personas, con interés y ésta acuerda ser inseminada artificialmente con el fin de dar a luz una criatura. Lo particular de

estos casos de inseminación artificial es que la criatura que se ha de concebir, no solamente se aloja en el vientre de la subrogada, sino que el óvulo del que proviene es de la subrogada. “Se presentan cuando una mujer es contratada por la persona, o personas, con interés y ésta acuerda ser inseminada artificialmente con el fin de dar a luz una criatura[9].

2.4.2. MATERNIDAD GESTACIONAL

Este tipo de maternidad se presenta a través de la transferencia de un embrión fertilizado al útero de la madre subrogada. El consentimiento en la maternidad subrogada claramente se manifiesta antes de la concepción. “Este hecho ha estado sujeto a críticas, específicamente se ha argumentado que el consentimiento a la entrega de custodia antes de haber tenido la experiencia de llevar en el vientre a un niño por nueve meses, es uno no informado y por lo tanto no es válido”. (Vera, 1994) Este tipo de subrogación también es conocido como alquiler de útero. En estos casos la madre genética de unos embriones, no los puede anidar en su vientre por algún motivo. Bajo esta premisa la misma le pide o contrata a otra mujer para que esta geste el feto y al nacer le entregue el niño.

a. Ovo donación

Es el caso inverso a la subrogación gestacional ya que la mujer tiene deficiencia ovárica, no genera óvulos pero sí puede gestar por lo que necesita una mujer que sólo le ceda óvulo, la donante no se encargará de la gestación, ni tampoco del alumbramiento. Es un caso de maternidad parcial. Se produce un caso de

[9] CANO, M. (2007). Maternidad Subrogada. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. En : VELÁSQUEZ VARGAS, Marlene Susana (2015). “Necesidad de incluir el delito de contrato de maternidad subrogada en el código penal peruano”. Perú: Arequipa. Tesis. Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez.

trigeneración humana (espermatozoide del marido, óvulo de una mujer cedente y gestación de la mujer).

b. Embriodonación

La pareja padece de infertilidad absoluta. La mujer no genera óvulos ni puede gestar, hay deficiencia ovárica y uterina y el hombre es infértil por lo que deben buscar un cedente de esperma y una mujer que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso especial de procreación humana integral. Se produce un caso de multigeneración humana (el esperma de un cedente, el marido y mujer infértiles, y inseminación a una mujer).

2.5. CLASES DE MATERNIDAD INMERSAS DENTRO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Maternidad genética

Recae sobre aquella mujer que aporta el material genético (óvulo).

Maternidad de gestación o portante

Se le atribuye a la mujer que gesta al niño durante los nueve meses que dura el embarazo.

Maternidad biológica

Es aquella que abarca las dos anteriores, es decir aportando el óvulo y la gestación.

Madre legal o jurídica

Aquella que la ley reconoce como tal.

Madre comitente o de deseo:

Es aquella que quiere y anhela al niño, y que puede coincidir o no, con algunas de las maternidades anteriores. Posee la voluntad pro creacional.

2.6. MATERNIDAD SUBROGADA EN EL MUNDO[10]

2.6.1. PAÍSES QUE PROHÍBEN LA MATERNIDAD SUBROGADA

a. ALEMANIA

En 1984, se constituyó una comisión encargada de analizar los métodos y siendo una conclusión la importancia de la relación entre la embarazada y el que está por nacer para su futuro desarrollo integral. El Congreso Médico dispuso que la maternidad subrogada debiera ser rechazada por los inconvenientes que presenta para el niño y el peligro de la comercialización. Esta comisión también "aconsejó a los legisladores la prohibición de las instalaciones médicas en donde se realicen estas prácticas, pero adoptando medidas para los casos excepcionales que puedan ocurrir.

Se expidió la Ley alemana de Protección del Embrión N° 745/90 de fecha 13 de diciembre de 1990, referente a la maternidad subrogada, dispone lo siguiente en cuatro de sus numerales:

Art. 1.- Utilización abusiva de las técnicas de reproducción.

1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien:

1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra;

2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo;

[10] VELÁSQUEZ VARGAS, Marlene Susana (2015). "Necesidad de incluir el delito de contrato de maternidad subrogada en el código penal peruano". Perú: Arequipa. Tesis. Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez.

3) Procediera a transferir a una mujer más de tres embriones en un mismo ciclo;

4) Procediera a fecundar por transferencia de gamentos intratubaria (GIFT) más de tres óvulos en un mismo ciclo;

5) Procediera a fecundar más óvulos de los que puede transferirse a una mujer en un mismo ciclo

6) Retirar a un embrión de una mujer antes de su implantación en el útero, con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizando con un fin distinto al de su protección;

7) Practicará una fecundación artificial o transfiriera un embrión humano a una mujer dispuesta a abandonarlo en forma definitiva a terceros luego de su nacimiento. Se desprende de la misma norma una estricta prohibición a realizar técnicas de inseminación artificial, con el objeto de convenir una Maternidad Subrogada, aunque la madre subrogada sea castigada, a los profesionales que practiquen esta técnica si se les impone una pena.

b. FRANCIA

"Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle", así dispone el artículo 16-7 del Código Civil introducido por la Ley nº 94-653 de 29 de julio de 1994, cuya traducción dice que "todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo".

Como parte de las reformas del ex presidente Nicolás Sarkozy, el Senado creó un grupo cuya propuesta de ley formaría parte de la reforma de las leyes sobre bioética. Lo que se contempla es la legalización de esta práctica, aunque de modo restrictivo.

c. ESPAÑA

En España, la ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana prohíbe la maternidad subrogada, gestación por sustitución o alquiler de vientre:

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.

2.6.2. PAÍSES DONDE ESTÁ PERMITIDA SOLAMENTE LA MATERNIDAD SUBROGADA GRATUITA O CON FINES ALTRUISTAS

a. REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA

La Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología humana (1982-84) en cuya conclusión, conocida como el Informe Warnock, se basó la ley británica sobre reproducción asistida; declaraba ilegal todo acuerdo de maternidad subrogada y, en consecuencia, la negativa para peticionar ante la ley. Igualmente dispuso sancionar penalmente la creación de establecimientos comerciales que reclutaran mujeres para ofrecer sus servicios como madres gestantes. No obstante, no fue hasta 1985 que se aprobó la Surrogacy Arrangements Act donde los acuerdos de maternidad subrogada se consideraron homologables judicialmente si no perseguían fines lucrativos, no se publicitan y se realizan sin la intervención de intermediarios o agencias.

b. AUSTRALIA

La Surrogacy Act de Western Australia, aprobada en 2008, otorga cierta eficacia a los contratos de maternidad subrogada permitiendo que, en determinadas circunstancias, un juez pueda ordenar transferir la filiación de la mujer portadora a la pareja comitente, sobre la base de la presunción de que, a menos que se pruebe lo contrario, el mejor interés para el niño es que se le considere legalmente hijo de la pareja comitente. Esta ley prohíbe los contratos de Maternidad Subrogada remunerados, aunque no impide que a la mujer gestante le sean rembolsados los gastos razonablemente efectuados con motivo de la gestación. En Nueva Gales del Sur, la Assisted Reproductive Technology Act de 2007 prohíbe los contratos de subrogación comerciales y los castiga con multa, e incluso de prisión.

c. BRASIL

En Brasil no existe una legislación específica al respecto; no obstante, la resolución Nro. 1358/92 del Consejo Federal de Medicina ha adoptado normas para la utilización de las Técnicas de Reproducción Asistida; donde, centros de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando existan las siguientes condiciones:

- Problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética.
- La madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado.

Los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina.

Se prohíbe expresamente el carácter lucrativo de esta práctica.

d. CANADÁ

La Assisted Human Reproduction Act de 2004 es la legislación nacional vigente en este país que permite la Maternidad Subrogada con ciertas limitaciones. Prohíbe el pago de una compensación económica a favor de la gestante o de cualquier intermediario de los servicios de esta mujer, así como siquiera el hecho de ofrecer o de publicitar dicho pago. Se establece la edad mínima de veintiún años para poder ser mujer portadora.

2.6.3. PAÍSES QUE REGULAN Y PERMITEN LA MATERNIDAD SUBROGADA ONEROSA Y GRATUITA

a. INDIA

La Maternidad Subrogada en esta nación es relativamente económica y las leyes son flexibles desde 2002. India es uno de los países en que se ha aprovechado la laxidad de la legislación en la materia para abusar de esta práctica, una gran contradicción debido a que se trata de un país de férreas tradiciones conservadoras.

La Sentencia de la Corte Suprema del 29 de Septiembre del 2008 (Baby Manji Yamada vs. Union of India & Anr) declara la legalidad de esta figura y se pronuncia sobre la excelente infraestructura médica existente en este país, la alta demanda internacional, la disponibilidad de madres portadoras a bajo coste y agilidad en los trámites.

b. RUSIA

La Federación Rusa es uno de los pocos países donde la Maternidad Subrogada está permitida legalmente. Sus aspectos legales se rigen por el Código de Familia de la Federación de Rusia (artículos 51.4 y 52.3), los fundamentos de la legislación

rusa sobre protección de la salud de la ciudadanía (Ley Nº. 5487-1) y la Ley Federal Nº. 143-FZ “Sobre las actas de estado civil” (artículo 16.5).

c. UCRANIA

El Código de Familia contempla la posibilidad de que un pre embrión concebido a partir de material reproductor aportado por dos esposos sea implantado en otra mujer, caso en el que la filiación del niño así nacido será determinada a favor de los esposos, dando preeminencia por tanto al hecho genético y no al hecho obstétrico. No obstante, la Maternidad Subrogada se somete a una serie de requisitos, previstos en la Orden Nro. 771 del Ministerio de Sanidad.

d. ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA

En Estados Unidos hasta 2008, más de 20 Asambleas federadas se han pronunciado hasta la fecha sobre el tema. Estados como Alabama, Arkansas, California, Florida, Iowa, Illinois, Kentucky, Nevada, Tennessee, Texas, Virginia Occidental, Washington y Wisconsin; autorizan los contratos de Maternidad Subrogada.

Por el contrario, Columbia, Arizona y Michigan prohíben este tipo de acuerdo, y en Nueva York, Dakota del Norte, Utah, Arizona, Indiana, Luisiana, Minnesota y en el distrito de Columbia los contratos de gestación son inválidos. En cambio, Virginia, New Hampshire y Texas solo admiten acuerdos de sustitución autorizados u homologados por el juez, quien evaluara la idoneidad de los comitentes para ser padres, así como su situación socioeconómica. Así el operador judicial puede decidir que la madre gestante y su marido (o pareja) sean padres legales

en caso de que los comitentes no reúnan los requisitos solicitados[11].

2.7. FILIACIÓN

La filiación es un derecho jurídico que existe entre dos personas donde una es descendiente de la otra, sea por un hecho natural o por un acto jurídico.

2.7.1. NATURALEZA DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TRA

En la filiación natural, la determinación de la filiación tiende a afirmar la identidad de la persona en base a su origen biológico, es decir, el individuo será miembro de una familia dependiendo de identidad genética que comparta con sus ascendientes. Ahora bien, en la filiación derivada de las TRA, esto no es siempre así debido a que con frecuencia no coincide la paternidad/maternidad genética o biológica con la formal. De esta forma, las TRA han puesto en evidencia la necesidad de reestructurar el sistema que adoptan la mayoría de las legislaciones civiles en el mundo. Lamn (2008) por su parte considera que la filiación derivada de las TRA, es una tercera modalidad o clase de filiación, que dado el avance de estas técnicas y la situación actual, es necesario distinguirla y no tratar de comprenderla en alguna de las otras dos.

2.7.2. SISTEMAS DE FILIACIÓN

La Doctrina distingue dos concepciones o sistemas de filiación según la valoración o relación entre el elemento biológico y el volitivo:

[11] RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1991). Comentario del Código Civil. España: Madrid. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de publicaciones.

SISTEMA REALISTA (VERDAD BIOLÓGICA)

Presidido por el denominado “principio de verdad biológica”. Rivero Hernández (1991) señala: Es aquel que aun reconociendo que la filiación jurídica no es la mera relación biológica, habilita mecanismos jurídicos que permitan llegar a ella, al menos en vía judicial, y facilita la investigación de la (verdadera) paternidad y/o maternidad, positiva y negativamente, con toda clase de pruebas[12].

Para el principio de verdad biológica es madre quien da a luz, y es padre quien ha fecundado a la mujer a través del coito; por tanto, la maternidad y/o paternidad son una consecuencia directa de la sangre, los cromosomas y de los genes, atribuyéndose en un mismo rol la realidad fisiológica de ser progenitor con la realidad jurídica, ser formalmente padre.

SISTEMA FORMALISTA (VERDAD FORMAL)

Para el principio de verdad formal el elemento determinante es el de la voluntad. Rivero Hernández (1988) entiende que el elemento más relevante en la determinación de la filiación, como categoría jurídico formal, del niño o niña nacido por fecundación artificial, es el de la voluntad pro creacional, en este caso de la pareja (sea casada o no) o excepcionalmente de una mujer sola.

[12] CAMAÑO R. (2000): El Aborto. Uruguay: Montevideo. Edit. Uruguay editores.

CAPITULO III:

DERECHO A PROCREAR CON RELACIÓN A LA MATERNIDAD SUBROGADA

3.1. DERECHO A PROCREAR Y MATERNIDAD SUBROGADA

El derecho a procrear integra el grupo de los llamados derechos humanos de segunda generación, fundados en el principio de autodeterminación, agrupando los llamados derechos sexuales y reproductivos, reconocidos por primera vez en la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo de 1994 y en la IV Conferencia Mundial de la Mujer en 1995, las cuales afirmaron que: *Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos, y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.*

También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos[13].

Esta nueva tipología de derechos, considerados como los más humanos de los derechos[14], tiene consecuencias prácticas en diversas cuestiones relativas a las técnicas de reproducción asistida, en especial la maternidad subrogada.

En efecto, los tribunales de Estados Unidos han reconocido en su jurisprudencia -cuando le ha tocado proteger decisiones sobre la

[13] NACIONES UNIDAS (1995). Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijing, 4 y 5 de Septiembre, Capitulo IV, parte c) La mujer y la salud, número 95. http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf (consulta: 1 de Enero del 2019).

[14] Esta afirmación se dedujo a partir de los acuerdos adoptados en la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo de 1994 y en la IV Conferencia Mundial de la Mujer en 1995, ambas celebradas en El Cairo y en Beijing respectivamente. http://www.ipas.org/Publications/asset_upload_file953_3196.pdf (consulta: 1 de Enero del 2019)

procreación y la crianza de los hijos- que el fundamento del right to reproduce está en el derecho a la intimidad; fundamento que se extiende a las nuevas formas médicas que intervienen la reproducción, incluida la técnica de la maternidad subrogada.

Sin embargo, nuestra Constitución Política no reconoce expresamente el derecho a procrear, ya que no lo contempla directamente. Asimismo, y considerando a la maternidad subrogada como medio para ejercer este derecho tampoco estaría permitida, ya que ésta tendría sus raíces en el Derecho Natural, y conforme a la naturaleza humana la procreación de seres humanos debe darse dentro del matrimonio.

Planteamiento que no comparto y que coincide con lo advertido por Yolanda Sánchez, que crítica cualquier fundamentación basada en el Derecho Natural porque:

> *El derecho natural tampoco es estrictamente derecho carece del elemento de eficacia necesario para contribuir a la organización social. A esto se le agrega la dificultad de desconocer el contenido concreto del derecho natural, salvo que éste se apoye en unos principios religiosos. El mismo Kelsen señala que la doctrina del Derecho Natural es de índole religiosa*[15]*.*

Incluso se ha señalado por algunos autores que la noción de un derecho al hijo no es coherente con un sistema jurídico civilizado, puesto que implica reducir al hijo a un crédito vulnerando así su dignidad como persona.

En otro sentido, y esta vez despojando la fundamentalidad del derecho a procrear se ha referido Maricruz Gómez de la Torre señalando que:

> *En la categoría de derecho humano no entra adecuadamente el derecho a procrear; lo que sí cabe dentro de la categoría es el ejercicio*

[15] Gómez, Yolanda (1994). El derecho a la reproducción Humana. España: Madrid. Editorial Marcial Pons.

responsabilizado de la función procreativa, es decir el derecho a fundar una familia[16].

Así las cosas, y desde la vereda opuesta se ha señalado que el derecho a procrear podría considerarse incluido en el derecho a la vida y el desarrollo de la personalidad, pero circunscrito a un proceso reproductivo natural tradicional, excluyendo así a las técnicas de reproducción asistida, y con ello a la maternidad subrogada[17].

Sin embargo, lo natural del proceso reproductivo no es necesariamente un valor humano. De hecho, la humanidad ha comenzado a dejar atrás la naturaleza reafirmada por Shulamith Firestone al sostener que:

La eliminación de las clases sexuales requiere una revolución de la clase inferior, las mujeres, y el dominio sobre el control de la procreación; devolver a las mujeres la apropiación sobre el propio cuerpo, el control de su fertilidad mediante las nuevas tecnologías[18].

Al respecto el liberalismo con el objeto de proteger la libertad de procrear apoya un ejercicio amplio del derecho a procrear que incluya la biotecnología y las técnicas de reproducción asistida; uno de los argumentos que apoyan esta teoría es la libertad que tendría la mujer para disponer de su propio cuerpo.

Con todo, y siguiendo esta misma línea argumental, se sostiene que la manera en la que la especie se reproduce está determinada socialmente, puesto que si biológicamente, las personas fueran capaces de encontrar otros métodos, y la sociedad se organizara de manera que todas las formas

[16] Gómez de la Torre, Maricruz (1993). La Fecundación in Vitro y La Filiación. Chile: Santiago Editorial Jurídica de Chile.

17 Corral, Hernán (1992). Admisibilidad Jurídica de las técnicas de procreación artificial. Chile: Santiago. En: Revista Chilena de Derecho, Volumen 19.

[18] Cristóbal Antonio Santander. Tesis: El Contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio Legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad. Chile- Santiago. UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO.

de expresión estuvieran permitidas con idénticos derechos, la procreación no sería el fruto de relaciones heterosexuales solamente.

En este contexto, es posible sostener que dicha voluntad procreacional derivada del ejercicio del derecho a procrear, es la que permite legitimar actualmente, la maternidad subrogada, fragmentando no sólo la maternidad sino que generando un cambio conceptual de lo que siempre entendimos por madre[19].

3.2. FUNDAMENTOS DEL DERECHO A PROCREAR

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ejercicio de su función jurisdiccional[20], resuelve casos que interpone la Comisión Interamericana en contra de los Estados partes de la Organización de Estados Americanos. Producto de tal actividad se emiten sentencias en las que se pronuncia sobre las excepciones planteadas, el fondo del asunto, reparaciones y costos.

Una sentencia reciente en la que se reconoce el derecho a la autonomía reproductiva en la mujer es el caso denominado "Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica", emitida el 28 de noviembre del 2012. Resolución que declara al Estado demandado responsable internacionalmente de la vulneración de los derechos a la libertad personal, vida privada y autonomía reproductiva[21].

Los hechos del caso inician con la promulgación del Decreto Ejecutivo Nro. 24029-S, el 3 de febrero del 1995, por parte del Ministerio de Salud de Costa Rica. La norma regulaba la práctica de la Fecundación in Vitro en parejas

[19] Cristóbal Antonio Santander. Ídem.

[20] Según el Artículo 64.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, también ejerce una función consultiva sobre la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos.

[21] Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012), Caso Artavia Murillo y Otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica, emitida el 28 de noviembre del 2012. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

conyugales. El 7 de abril del mismo año se interpuso una acción de inconstitucionalidad en contra del Decreto. La Corte Suprema del país, el 15 de marzo del 2000, resuelve declarar fundada la acción y se anula por inconstitucional. Durante casi cinco años de práctica de la FIV, en aquel país nacieron 15 costarricenses, no obstante, varias parejas que estaban sometiéndose al tratamiento de la FIV durante el año 2000, vieron la necesidad de interrumpir el tratamiento o viajar a otros países[22].

La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que se ha conculcado el derecho a la libertad[23], entendido como "el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones"[24]. Este derecho implica el respeto a la vida privada que "incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y como decide proyectarse hacia los demás (…)".

En la sentencia (como se ha analizado en el párrafo supra) se estudian los derechos transgredidos partiendo desde el más genérico al más concreto. Es así que la Corte al explicar el derecho a la vida privada, aclara que este se relaciona con "i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva". Con tal pronunciamiento se ha consignado de manera expresa que el derecho a la procreación es tutelado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

[22] Resumen Oficial Emitido por la Corte Interamericana, de la Sentencia que recae en el Caso Artavia Murillo y Otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235&lang=e.
[23] Artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos
[24] Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humano (2012), Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (fecundación in vitro), emitida el 28 de noviembre del, fundamento 142.

Seguidamente la Corte complementa su fundamento remitiéndose a la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que en su artículo 16 (e), prescribe que las mujeres gozan del derecho "a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permita ejercer estos derechos"[25].

Tras analizar la maternidad subrogada es importante señalar que esta técnica ha sido defendida en virtud del derecho a procrear como: "aquella facultad de tener un hijo cuando se quiera, como se quiera y en cualquier circunstancia[26].

En efecto, al revisar el contenido del derecho a procrear comprobamos que éste está constituido por el dominio que tendría una pareja o una persona sobre la procreación, y que en virtud de las técnicas de reproducción asistida permiten ejercitar este derecho[27].

Argumento que cobra relevancia cuando en la mayoría de la doctrina americana se entiende que el *derecho a procrear* comprende tanto los medios naturales como los artificiales de reproducción y que permite, al menos *prima facie*, aceptar la técnica de la maternidad subrogada dentro del ejercicio de este derecho.

Esta misma línea argumental ha sido utilizada desde el derecho norteamericano. En efecto, J.A Robertson afirma que el hecho de carecer de la capacidad natural de tener hijos, no habilita para suponer la negación de este derecho; agrega que es perfectamente posible incluir dentro del

[25] Ídem.

[26] Meulders-Klein, Marie- Thérese (1998). Le droit de L'enfant face au droit a´ l'enfant et les procréations medicalment assistées. Revue Trimestielle de Droit civil 87, Octubre. EN: Cristóbal. en Antonio Santander. Tesis: El Contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio Legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad. Chile- Santiago. UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO.

[27] Hottois, Gilbert et Parizeau, Marie-Heléne (1993). Les mots de la bioétique. Editorial De Boeck Université, Bruselas, , p.14, citado en Silva, Jaime. El derecho a procrear en la Constitución Chilena. EN: Revista Chilena de Derecho, Volumen 21, N°2, 1994, p. 304.

derecho a procrear cualquier medio necesario para obtener la procreación, entre ellos la maternidad subrogada.

Así las cosas, y considerando que la procreación es inherente al ser humano puesto que su ejercicio permite la perpetuación de la especie, y donde su reconocimiento como derecho fundamental implícito deriva de este mismo carácter personalísimo.

De ahí, que el constituyente solo se limite a reconocerlo como derecho y que habilita a ejercerlo carente de injerencias externas, promoviendo con ello el libre desarrollo de la personalidad. En efecto, el profesor Humberto Nogueira Alcala comparte esta posición iusfundamental de los derechos humanos, al señalar que:

> *Puede sostenerse (que) los derechos que emanan de la naturaleza humana pueden ser enumerados taxativamente de una vez y para siempre, por cuanto los seres humanas en el desarrollo histórico y de su conciencia, podrán ir perfeccionando los existentes y desarrollando otros nuevos. (…) El Estado debe asegurar tales derechos y promover tales derechos, independiente de si están considerados en el texto formal de la Constitución ya que ello deriva del valor de la dignidad y los derechos de la persona como valor supremo de nuestro ordenamiento*[28]*.*

Con todo, el voto disidente del ministro del Tribunal Constitucional Chileno don Hernan Vodanovic Schnake en Sentencia Rol 226 resulta ejemplar ante lo expuesto más arriba, afirmando en su considerando 25 que:

> *Tanto la doctrina como nuestra Constitución Política reconocen la existencia de derechos aunque no estén consagrados en el texto Constitucional, a menos que esta consagración implique una vulneración a las normas fundamentales. Nuestra Carta Política en el*

[28] Nogueira, Humberto (1997). Los Tratados Internacionales en el ordenamiento Jurídico Chileno. EN: Revista Ius et Praxis, Facultad de Derecho de la Universidad de Talca, Año 2, N°2.

artículo 5, inciso segundo, establece que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Esta última expresión significa que los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional.[29]

De ahí, que se sostenga que el fundamento constitucional del *derecho a procrear* este en el valor libertad, en la dignidad de la persona, en el reconocimiento de sus derechos inherentes y en el libre desarrollo de la personalidad, pero sobre todo, una manifestación de la libertad.

Sin embargo, y a pesar que la Constitución Española reconozca tanto el valor de la libertad como superior dentro de su ordenamiento así como: *"el derecho a la libertad como un derecho público subjetivo, cuya titularidad pertenece a toda persona, y que es exigible frente a los poderes públicos"*, la jurisprudencia constitucional no ha vinculado la libertad personal con la reproducción humana; esto último sin perjuicio que algunos autores vinculen ambos conceptos[30].

En efecto, dicha relación no es del todo clara ya que en lo personal y siguiendo lo señalado por Yolanda Gómez: *"hay diferencias notables entre la facultad de mantener relaciones sexuales y la facultad de procrear, ya que esta última representa una opción más radical y de mayores.*

[29] Sentencia Tribunal Constitucional Chileno (1999). Rol N° 226- 1995, 30 de octubre de 1995, Considerando. Esta misma postura es posible advertir en la Doctrina Española que en palabras de Juan José Solozábal ha sostenido que: "Los derechos [fundamentales] no agotan los derechos efectivamente constitucionalizados, de modo que hay más derechos constitucionales que los reconocidos como fundamentales por la Constitución". Véase en Solozábal, Juan José. Los Derechos Fundamentales en la Constitución Española. EN: Revista de Estudios Públicos (Nueva Época), Número 105, Julio- Septiembre.

[30] Gomez, Yolanda (1994). El derecho a la reproducción Humana. España: Madrid Editorial. Marcial Pons.

Por su parte el Tribunal Constitucional Español señala que la sexualidad pertenece al ámbito de la Intimidad[31], dando paso a una vinculación entre el derecho a procrear y el libre desarrollo de la persona.

Sin embargo, y que en lo personal parece legítimamente atendible, se ha señalado que la procreación, es decir el acto de producir vida, no es algo que dependa exclusivamente de la libertad humana, sino que está determinada por múltiples factores naturales siendo que se trata en definitiva de un derecho fundamental por conexidad, es decir aquel que no siendo calificado como la conducta humana intersubjetiva se regula por sistemas de normas morales, religiosas o jurídicas. Estas últimas están compuestas por un conjunto de dispositivos y principios que tiene respaldo del Estado para su cumplimiento, concretizándose en las facultades que se atribuyen a los seres humanos, lo que se denomina derechos.

Sin embargo, los derechos no tienen una trascendencia similar. Algunos se derivan y consolidan la eficacia de otros. El segundo grupo mencionado son los derechos fundamentales que se pueden conceptualizar como aquellas instituciones que por voluntad del pueblo salvaguardan la dignidad, igualdad y libertad del ser humano.

En consideración de Luigi Ferrajoli, los derechos fundamentales, desde una perspectiva formal, se distinguen por su titularidad universal, en otras palabras, engloba a todos los seres humanos en cuanto dotados del status

[31] El apartado 1 del artículo 10 de la Constitución Española señala que: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social" "La sexualidad constituye una dimensión fundamental de la personalidad, y parte del contenido de la intimidad que constituye objeto de uno de los derechos consagrados en el artículo 18.1 de la C.E. En este mismo sentido lo confirma la Sentencia 53/1985, de 11 de abril, del Pleno del Tribunal Constitucional. En cuanto a la protección de los derechos de la infancia, la Constitución Española vincula [a la sexualidad] conforme a los acuerdos internacionales". Vease en GOBIERNO DE ESPAÑA. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Garantías jurídicas de los menores respecto a la sexualidad y la contracepción. En: http://www.msps.es/ciudadanos/proteccionSalud/adolescencia/ganarSalud/analisis.htm (consulta: 01 de Enero de 2019)

de personas, de ciudadanos o con capacidad de obrar[32]. El profesor italiano concibe una característica que se circunscribe en la cobertura amplia de los derechos fundamentales, en el que no existen parámetros de discriminación para determinar a los beneficiados.

Antonio Enrique Perez Luño, ensaya un concepto de derechos humanos (entiéndase derechos fundamentales) señalando que son "un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional" fundamental por el texto constitucional[33].

3.3. EL DERECHO A PROCREAR EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

La Constitución Política actual se estructura en tres partes: dogmática, orgánica y de garantías constitucionales. En la primera sección se ubican los derechos fundamentales; es el artículo 2 en el que se extiende una lista de 24 incisos en los que se nombran los derechos fundamentales reconocidos por la Carta Magna. No obstante, existen otros artículos como el 139 y del 4 al 42 que también los contienen[34].

De la revisión de las normas (párrafo supra) se evidencia que en ninguna se acoge el derecho a la procreación. Sin embargo, no significa que la búsqueda terminó, el artículo 3 concordado con la Cuarta Disposición Final, son las llaves que abren las puertas a otros derechos fundamentales en un marco internacional de los derechos humanos (regulación conocida como numerus apertus). Por lo tanto, corresponde analizar el Sistema de

[32] FERRAJOLI, LUIGI (2001). "Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales". Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. España Madrid. Editorial Trotta.
[33] PAZO PINEDA, Oscar Andrés (2014). Los Derechos Fundamentales y el Tribunal Constitucional. Perú: Lima Primera Edición, Enero. Gaceta Constitucional.
[34] BALLESTEROS, Enrique (1999). La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Perú: Lima. Editora RAO, Quinta Edición Setiembre.

Derechos Humanos en que está inmerso el Perú, tanto en sus instrumentos internacionales como en la jurisprudencia.

El Perú pertenece al Sistema Interamericano de Derechos Humanos en mérito a haberse adscrito a la Convención Americana de Derechos Humanos y aceptar la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, tomando en consideración el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que ad pedemliterae: “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte” (el subrayado es agregado), los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediantes sus sentencias, también son parte del Sistema Interamericano.

Lo señalado implica que los mecanismos de protección de los derechos humanos, en nuestro país, no se agotan con las herramientas tutelares del derecho interno, sino más bien se extienden a mecanismos supranacionales. Es desde esta perspectiva que se procederá a indagar si existe un reconocimiento del derecho a la procreación.

En el ámbito local, el estudio sobre los derechos reproductivos es reciente. Enrique Varsi Rospigliosi, un exponente del Derecho Genético en el Perú, ha manifestado que “Los cambios sociales y el desarrollo biotecnológico han determinado el desplazamiento de los clásicos derechos de la persona, así como la aparición de nuevos derechos. Este fenómeno se debe a que el ámbito de protección jurídica se ha mostrado insuficiente en ciertos casos. Así, tenemos entre otros: (…) Derechos Reproductivos, se dividen en los negativos (legitimando los métodos de planificación familiar) y los

positivos (atendiendo a la aplicación de procesos asistidos para tener descendencia)"[35].

El referido jurista peruano también aclara que el término correcto a utilizarse es "derechos reproductivos", y no "derecho a la procreación" o "derecho al hijo", debido a que estas últimas expresiones tienen una connotación individualista, más no la primera frase en la que además implica el deber del Estado de protegerlos y así planificar políticas para su respeto.

Una forma de protección de los derechos reproductivos es facilitar el acceso a las técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial, fecundación in vitro o maternidad subrogada) para aquellas mujeres infértiles. De esta manera se permite que cumplan su proyecto de vida[36].

3.4. LÍMITES DEL DERECHO A PROCREAR A TRAVÉS DE LAS TRA

Problemas éticos y jurídicos en cuanto a la implementación de las TRA.

La creación de las técnicas de fertilización in vitro ha supuesto la intervención directa del hombre en fenómenos naturales tales como: la selección natural, la infecundidad o esterilidad de ciertos individuos para preservar el patrimonio genético, etc., y por lo mismo, poco se reconocen de modo inmediato las consecuencias de estos procesos para las generaciones futuras[37].

Cabe resaltar que el riesgo que existe de manipulación a nivel de gametos humanos y de embrión constituido, el cual desde un punto de vista biológico-natural no está sujeto ni a instintos, ni a señales emisión-receptor,

[35] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique (2013). Derecho Genético. Perú: Lima. Quinta Edición. Editora Grijley.

[36] Nuñez Merejildo, André. Derechos reproductivos de la mujer infértil en el Perú: acceso a la técnica de reproducción asistida de maternidad subrogada. Comisión de Investigaciones de la Asociación Civil Foro Académico de la Pontifica Universidad Católica del Perú. En: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/viewFile/13753/14377

[37] Cfr. JARAMILLO-GÓMEZ, Juana María (2009). —*Algunas reflexiones acerca del fundamento de la regulación natural de la sexualidad",* en Persona y Bioética, Julio – Diciembre, Vol.3, Revista N°2.

ni a reprogramación genética, ni a un determinismo biológico. En reproducción humana natural no existen estos riesgos, ni tal vulnerabilidad; se mantiene la selección natural de los procedimientos genéticos, inmunológicos y bioquímicos para el desarrollo natural del embrión y su implantación[38].

En cuanto a las TRA intracorpóreas para que su utilización no vulnere la integridad de la unión entre sexualidad y procreación no debería de producirse en el transcurso de la aplicación de la técnica ninguna separación entre los diversos procesos del acto sexual y su apertura a la generación, por tanto, en la IA, y esto sería aplicable a las otras modalidades (GIFT, etc.), no será éticamente correcto el recurso a técnicas heterólogas, ya que implican la utilización de gametos de alguien ajeno a la pareja. Tampoco sería ética, en la modalidad homóloga, la utilización de espermatozoides obtenidos fuera del acto conyugal ya que aunque intencionalmente se realicen estas manipulaciones con vistas a la generación, no se produce una continuidad espacio-temporal entre la obtención del semen y el acto conyugal[39].

Por otro lado el estatuto ontológico del embrión humano: La condición de individuo de la especie humana, es decir, de persona humana, se adquiere en el momento de la aparición de una nueva entidad orgánica que constitutivamente tenga todas las características potenciales de un nuevo ser humano, estas características están de modo fundamental insertas en el genoma humano completo y quedan conformadas en el proceso de la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Por tanto a partir de ese momento se puede hablar de la aparición de un nuevo individuo humano.

Las TRA intracorpóreas, al no actuar sobre el proceso mismo de la fertilización, que se realiza en su medio ambiente natural ni sobre las

[38] MURCIA LORA, José María y ESPARZA-ENCINA, María Luisa (2009). Ventajas de la Reproducción Natural. En Persona y Bioética, Vol. 13, N°1, Colombia: Bogota, Universidad de La Sabana.
[39] JARAMILLO-GÓMEZ, Juana María. Op. Cit.

primeras etapas del desarrollo embrionario, no representan inconvenientes bioéticos a este respecto, únicamente por lo que se refiere a la GIFT, debe de asegurarse su perfecta realización técnica, de modo que los gametos masculino y femenino se mantengan separados durante el proceso, de modo que la fecundación se produzca una vez liberados en la porción ampular de la trompa uterina[40].

En las TRA extracorpóreas queda mucho más clara la separación de los dos aspectos integrantes de la sexualidad humana ya que el punto clave de la generación (la fecundación) se realiza en un tubo de ensayo, fuera de su ámbito fisiológico. Así al efectuarse la fecundación Invitro, el embrión originado, queda mucho más desprotegido y con la posibilidad de que se realicen sobre él todo tipo de manipulaciones como la selección de los embriones más aptos, implica la destrucción (el aborto), de los restantes; la transferencia de 3 o 4 embriones supone la eliminación o la congelación de los demás; dicha transferencia implica que se cuenta con que de los embriones transferidos, sólo uno se desarrolle por completo, lo que supone el aborto indirectamente querido de los restantes, sin olvidar que la tasa de abortos espontáneos es significativa. Además la criopreservación de los embriones sobrantes, tiene importantes consecuencias éticas. El objeto de producir embriones en exceso se explica por la baja eficacia de la FIVET y por las complicaciones que traería consigo el repetir todo el proceso desde el principio, sobre todo porque la hiperestimulación ovárica no es inocua y no se debe de prodigar[41].

Las técnicas con micromanipulación de gametos (SUZI, ICSI), además de las connotaciones éticas inherentes a la FIVET, añaden otros problemas. Fundamentalmente, implican una mayor agresividad de la manipulación de la fertilización, y, al forzar la fecundación con espermatozoides claramente anómalos, operan una especie de selección biológica invertida, ya que

[40] SANTAMARÍA SOLÍS, Luis (2000). —Técnicas de reproducción asistida. aspectos bioéticos. España: Madrid. En Cuadernos de Bioética, Año 200, Vol. 11, Asociación Española de Bioética y Ética Médica.
[41] SANTAMARIA SOLÍS, Luis (2000). —Técnicas de reproducción asistida. aspectos bioéticos Op. Cit.

posibilitan la persistencia y transmisión de caracteres hereditarios negativos, entre ellos las anomalías germinales que conducen a la infertilidad que se pretende paliar.

Todo ello propone las bases psicológicas para la pérdida de la sensibilidad social y personal ante la experimentación con embriones humanos, posibilitando futuras experiencias de clonación, partenogénesis, quimerismo, etc[42].

3.5. LA TITULARIDAD DEL DERECHO A PROCREAR

El tema de la titularidad de los derechos fundamentales y en lo particular del derecho a procrear, resulta vital cuando nos toca analizar la legitimación activa de los sujetos que lo ejercen e invocan su respeto.

Podría plantearse que, dadas las características que presenta la procreación como hecho natural, todos los individuos de la especie humana sin distinción detentan un derecho a procrear, como calidad que es inherente a su condición humana.

El derecho a la salud se encuentra reconocido en la Constitución del Perú y en diversos tratados internacionales[43].

A nivel universal, el derecho a la salud está consagrado en el artículo 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ("Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (…)") y en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

> *"1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.*

[42] SANTAMARIA SOLÍS, Luis (2000). —Técnicas de reproducción asistida. aspectos bioéticos Op. Cit.

[43] CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE LA POBLACIÓN Y EL DESARROLLO (1995). Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 5-13 de setiembre de 1994, párr. 7.2 y CUARTA CONFERENCIA MUNDIAL SOBRE LA MUJER. Plataforma de Acción, Beijing, 4-5 de setiembre de.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad".

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial dispone en su artículo 5 e) iv) que:

"En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: (…) e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: (…) iv) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales".

El artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer también reconoce este derecho en relación con la mujer:

"1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al

parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia"[44];

Entre otros. A nivel interamericano, este está establecido en el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ("Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad") y en el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

> "1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud y, f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables".

Finalmente, en el Perú, la Constitución Política de 1993, reconoce el derecho a la salud en su artículo 7 ("Toda persona tiene derecho a la

[44] COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (1999), Recomendación General N° 24: la mujer y la salud (artículo 12).

protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa (…)").

La OMS establece que "la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades". Esta definición es generalizada para los distintos ámbitos de la salud y, en lo relativo a la reproducción, "la salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos"[45].

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante "Comité DESC") establece en su Observación General N° 14: el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que, entre las libertades que configuran el derecho a la salud, está la libertad sexual y genésica136. Asimismo, define a la salud genésica como aquella en donde "la mujer y el hombre están en la libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección (…)"[46]

La salud reproductiva implica "la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia". En consecuencia, la salud sexual forma parte de la salud reproductiva139 y de ella se derivan los derechos sexuales y reproductivos tal como explicaré a continuación.

[45] CARRACEDO URIBE, Sarah Lucía (2015). "La fertilización in vitro y el debate sobre el estatuto del no nacido". Perú: Lima. Tesis. PUCP.
[46] COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Idem.

3.6. RENUNCIABILIDAD, SUJETO PASIVO Y EFICACIA DEL DERECHO A PROCREAR

Otra cuestión asociada a la titularidad de los derechos fundamentales y aplicables también al derecho a procrear, es la relativa a su renunciabilidad.

En efecto, como ya se analizó en el capítulo primero, la maternidad subrogada importa una renuncia a. En el caso de la mujer gestante se trataría de la renuncia a la maternidad y la mujer subrogada estaría renunciando a llevar a cabo el proceso gestacional, ya sea por causas ajenas a su voluntad o imputables a ésta.

Esto permite concluir que el ejercicio del derecho a procrear bajo la técnica de la maternidad subrogada se ejecuta por inmediación, advirtiendo que tanto la mujer gestante como el sujeto subrogante -llámese éste parejas de igual o distinto sexo, mujer o hombre soltero, casado, homosexual o heterosexual - estarían ejerciendo dicho derecho, sin perjuicio de hacerlo con finalidades distintas y, que en mi parecer no despojan la titularidad que detentan y que está vinculada estrechamente al ámbito de lo privado y de la libertad humana.

En definitiva, lo que se intenta advertir, es que independiente de las diferentes renuncias que cada uno de los titulares ejecuta tanto antes como después de dicho proceso gestacional ninguno renuncia a su derecho a procrear, sino que ambos lo ejercen bajo modalidades y presupuestos distintos, complementarios unos con otros. De ahí que sea interesante lo planteado por Enrico Pascucci, cuando evalúa esta técnica, señalando que:

> (…) En la maternidad subrogada falta esa voluntad (de procrear) por parte de la mujer gestante, la cual debe asumir el hecho de que la criatura nacerá porque su madre biológica, y no ella, lo desea. A esto hay que añadir que en la maternidad subrogada no ha habido relaciones sexuales: el embarazo es consecuencia de la intervención de un equipo

médico, que también obra de acuerdo con la voluntad de la madre biológica[47].

Así las cosas, y en esta misma línea argumental se ha sostenido que: "la cuestión se debe centrar en el hecho de si la gestación es una etapa imprescindible de la procreación, o si, por el contrario, se puede procrear sin asumir la gestación (…)[48]". Vale decir, y desde nuestra interpretación, lo que se desprende de esta advertencia es si, efectivamente, se ejerce el derecho a procrear cuando no se asume la gestación.

Esto último, se resuelve apelando al contenido del derecho a procrear que, a mi modo de ver las cosas, integra dentro de su ejercicio a la reproducción asistida y por tanto a los protagonistas de dichas técnicas, incluyendo dentro de éstas a la maternidad subrogada. Es por ello que:

> En cuanto al derecho mismo, resulta evidente que no es posible su renuncia como acto abdicativo que separe al derecho de su titular (…) sin embargo, una cuestión radicalmente distinta es la relativa al ejercicio de un derecho. Forma parte del contenido mismo de los derechos, en sentido estricto, y de las libertades, el que su titular pueda no hacer ejercicio de ellas hasta el punto de desprenderse de su contenido[49].

De ahí que resulte claro, y tomando esta base aclaratoria, que es perfectamente posible la renuncia del derecho a procrear por parte de sus titulares, ya que lo que se protege en definitiva es su ejercicio sin una determinada modalidad.

Cuando un sujeto detenta un derecho, configura una cualidad sine qua non el tener la facultad de exigir a un tercero su prestación y respeto.

[47] Pascucci, Enrico (2003). Algunas consideraciones en torno a las técnicas de reproducción humana asistida. EN: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales Saberes, Volumen I, Año, Universidad Alfonso X El Sabio, España, p. 10.
[48] Pascucci, Enrico (2003). p.15. Op cit.
[49] Pascucci Enrico (2003), p.14. Op cit.

Antecedente conocido por la doctrina como el sujeto pasivo de un derecho, y que liga indefectiblemente con la eficacia horizontal y vertical del mismo.

Por ejemplo, supongamos que Juan tiene un derecho a procrear respecto de María su polola, por tanto le exige tener relaciones sexuales apelando a su derecho. Interrogante que exige preguntarse si desde una perspectiva jurídica-procesal es realmente factible dicha pretensión, y que demuestra la importancia de determinar con precisión el sujeto pasivo de un determinado derecho, que a fin de cuentas aparecerá como el obligado a garantizar el ejercicio del mismo.

Garantía que vincula estrechamente con el tipo de eficacia que se aplica al derecho a procrear, circunstancia que resulta vital al momento en que un particular alega su ejercicio. Al respecto, en Chile y en palabras de José Martínez Estay se sostiene que:

> Los preceptos constitucionales sobre derechos y libertades parecen conducir a la conclusión de que éstos no sólo obligan al Estado, sino que también a los particulares (artículos 19, 20, 21 y además del 6 inciso 2 de la Constitución (…) Así sucede [también] en las Cartas Fundamentales portuguesa y española[50].

Con todo y sin perjuicio de lo anterior, considerando no sólo la naturaleza y contenido del derecho a procrear sino que la entidad del proceso reproductivo, es dable colegir que la eficacia de éste es de tipo vertical, configurándose el Estado como sujeto obligado a su protección y prestación.

[50] Sentencia de Tribunal Constitucional (2005). Español Rol 89/87, de fecha 3 de junio, estableció que la actividad sexual no integra el contenido de un derecho fundamental, sino que importa una mera libertad cuyo desarrollo exige salvaguardar la dignidad de los involucrados. Véase en Morán de Vicenzi, Claudia. El concepto de Filiación en la fecundación artificial. Perú: Lima. Universidad de Piura y Ara Editores, Colección Jurídica.

3.7. COLISIÓN DE DERECHOS. DIGNIDAD HUMANA Y DERECHO A PROCREAR

El derecho a la libertad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad están expresamente consagrados, respectivamente, en los artículos 2.24 y 2.1 de la Constitución del Perú[51]. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "Convención Americana"), por su parte, no contempla una protección explícita al libre desarrollo de la personalidad, sino que reconoce el derecho a la libertad personal en un sentido general en el artículo 7.1[52]. La libertad también es protegida por otros documentos internacionales[53].

La Corte IDH señala que la libertad "constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones"[54]. En ese sentido, "este derecho implica la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia"[55].

El Tribunal Constitucional del Perú establece, por su parte, que el respeto de la libertad del ser humano "debe ser el fundamento principal de todo sistema jurídico, de forma tal que el Estado debe proteger ese espacio amplio y esencial de autonomía moral (…)"196. Según dicho tribunal,

[51] El artículo 2.24 dispone que "toda persona tiene derecho a la libertad (…)". El artículo 2.1 señala que "toda persona tiene derecho (…) a su libre desarrollo y bienestar (…)".

[52] El artículo 7.1 de la Convención Americana estipula: "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales (…)".

[53] El artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que "todo ser humano tiene derecho (…) a la libertad". Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos determinan en los artículos 3 y 9 respectivamente que: "Todo individuo tiene derecho a la libertad", entre otros.

[54] CORTE IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr. 52. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile…, óp. cit., párr. 136. Caso Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica…, óp. cit., párr. 142.

[55] CORTE IDH. Caso Gelman vs. Uruguay…, óp. cit., párr. 129. Caso Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica…, óp. cit., párr. 142

reconocer la libertad de las personas implica, a su vez, garantizar su derecho al libre desarrollo de la personalidad[56].

Aunque en sus inicios el Tribunal Constitucional peruano estableció que el derecho al libre desarrollo de la personalidad era un derecho implícito (artículo 3 de la Constitución)[57], luego este consideró que el derecho al libre desarrollo de la personalidad está amparado por el artículo 2.1[58].

Según la jurisprudencia de dicho tribunal, el derecho a libre desarrollo "garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad (…) es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres"[59]. Además, señala que no se trata de cualquier ámbito o esfera del ser humano, sino de aquellas que "sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y

[56] "En el reconocimiento del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (artículo2, inciso 1, de la Constitución), subyace, a su vez, el reconocimiento constitucional de una cláusula general de libertad, por vía de la cual, la libertad natural del ser humano (…) se juridifica, impidiendo a los poderes públicos limitar la autonomía moral de acción y de elección de la persona humana, incluso en los aspectos de la vida cotidiana que la mayoría de la sociedad pudiera considerar banales, a menos que exista un valor constitucional que fundamente dicho límite, y cuya protección se persiga a través de medios constitucionalmente razonables y proporcionales" (Ídem, fundamento jurídico 23).

[57] "El libre desenvolvimiento de la personalidad constituye un derecho fundamental innominado o implícito que se deriva o funda en el principio fundamental de dignidad de la persona" (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente N° 0007-2006-PI de 22 de junio de 2007, fundamentos jurídicos 45 – 47). El artículo 3 de la Constitución peruana señala: "La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, de Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

[58] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el expediente N° 00032-2010-PI…, óp. cit., fundamentos jurídicos 21 y 22. El tribunal considera que aunque el artículo 2.1 hace mención al libre desarrollo, ello no establece "el concreto ámbito que libremente el ser humano tiene derecho a desarrollar". Sin embargo, "es justamente esa apertura la que permite razonablemente sostener que se encuentra referido a la personalidad del individuo, es decir, a la capacidad de desenvolverla con plena libertad para la construcción de un propio sentido de vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros"

[59] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente N° 00008-2012-PI…, óp. cit., fundamento jurídico 17.

social de una persona (…)"[60]. En atención a lo resuelto por la Corte IDH y el Tribunal Constitucional peruano, el derecho al libre desarrollo de la personalidad protege varios aspectos de la vida reproductiva. Las decisiones y manifestaciones en materia reproductiva son condiciones y consecuencias directas de la libertad de cada ser humano de estructurar autónomamente su vida como mejor lo considere, de autodeterminarse. Por esta razón, cuando los derechos reproductivos son amenazados, el derecho al libre desarrollo de la personalidad también es vulnerado.

Los derechos reproductivos y, en especial, la libre elección de ser padre o madre biológicos y de someterse a una FIV para lograrlo, también están relacionados con el derecho a la privacidad. La Corte IDH señala que la autonomía reproductiva involucra el derecho a la vida privada y que, por ejemplo, este derecho es vulnerado "cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad"[61] . El artículo 2.7 de la Constitución peruana reconoce que "toda persona tiene derecho: (…) a la intimidad personal y familiar". La Convención Americana prohíbe las injerencias arbitrarias en la vida privada y familiar de las personas[62]. Otros tratados internacionales en materia de derechos humanos también reconocen el derecho a la privacidad[63] . La Corte IDH interpreta el derecho a la vida privada en sentido amplio. En consecuencia, afirma que "el concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal,

[60] Ídem. Óp. Cit.

[61] CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica…, óp. cit., párr. 146

[62] El artículo 11.2 de la Convención Americana señala: "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación".

[63] Por ejemplo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre estipula en su artículo V : "Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos (…) a su vida privada y familiar". El artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos estipula que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada y su familia. Asimismo establece el derecho de protección de la ley ante estas injerencias. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se pronuncia en el mismo sentido en el artículo 17.

desarrollo personal (…)"[64]. A su vez, establece que la vida privada es "una condición indispensable para el a su vez, establece que la vida privada es "una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad"[65]. En ese mismo sentido, la Corte Europea desarrolla el derecho a la privacidad[66]. Tanto la Corte IDH como la Corte Europea consideran que "la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, (…) la decisión se der madre o padre en el sentido genético o biológico"[67] . La Corte Europea incluso señala, explícitamente, que el acceso a las TRA con el fin de tener un hijo biológico es una decisión protegida por el derecho a la privacidad[68]. La jurisprudencia constitucional peruana sostiene que el derecho a la vida privada "está constituido por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño"[69].

De esta manera, el Tribunal Constitucional peruano considera que el derecho a la vida privada "implica necesariamente la posibilidad de excluir a los demás en la medida que protege un ámbito estrictamente personal, y que, como tal, resulta indispensable para la realización del ser humano, a

64 CORTE IDH. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile…, óp. cit., párr. 135. Caso Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica…, óp. cit., párr. 143.

[65] Ibídem.

[66] CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Pretty vs. Reino Unido, sentencia de 19 de abril de 2002, párr. 61. Caso Evans vs. Reino Unido, sentencia de 7 de marzo de 2006, párr. 71. Caso S.H. y otros vs. Austria, sentencia de 3 de noviembre de 2011, párr. 80. En estas sentencias la Corte Europea de Derechos Humanos interpreta el derecho a la vida privada (artículo 8 del Convenio Europeo) en sentido amplio. Por ejemplo, en la sentencia Evans vs. Reino Unido la corte estableció que: "(…) "private life", which is a broad term encompassing, inter alia, aspects of an individual"s physical and social identity including the right to personal autonomy, personal development (…)"

[67] CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica, loc. cit. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Evans vs. Reino Unido…, óp. cit., párrs. 71 y 72. En: CARRACEDO URIBE, Sarah Lucía (2015). "La fertilización in vitro y el debate sobre el estatuto del no nacido". Perú: Lima. Tesis. PUCP

[68] CARRACEDO URIBE, Sarah Lucía (2015). "La fertilización in vitro y el debate sobre el estatuto del no nacido". Perú: Lima. Tesis. PUCP

[69] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente N° 00008-2012- PI…, óp. cit., fundamento jurídico 86.

través del libre desarrollo de su personalidad"[70]. Por ello, este derecho representa "el poder jurídico de rechazar intromisiones ilegítimas en la vida íntima o familiar de las personas"[71].

Someterse a una TRA con el fin de ser madre o padre biológico es la manifestación de una decisión que corresponde a la esfera más íntima de una persona.

Tal decisión involucra además, otros ámbitos de la vida privada como por ejemplo, la decisión de constituir o no una familia o la decisión de someterse a tal o cual tratamiento médico. Ello es evidente en el caso Artavia Murillo. En su sentencia, la Corte IDH señala que dicha controversia "trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos"[72].

En el caso de la reproducción asistida, el derecho a fundar una familia y el derecho a la privacidad están enlazados. La protección de la familia y el derecho a fundar una están establecidos en la Constitución del Perú, así como en la Convención Americana y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante "Protocolo de San Salvador") La Constitución peruana señala en el artículo 4: "La comunidad y el Estado protegen (…) a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad". En el artículo 6 se reconoce, asimismo, el derecho a las familias a elegir ("La política nacional de población (…) reconoce el derecho de las familias (…) a decidir". Por otro lado, la Convención Americana establece en el artículo 17 lo siguiente:

[70] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente N° 06712-2005- HC de 17 de octubre de 2005, fundamento jurídico 38.
[71] Ídem. Op. Cit.
[72] CORTE IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica*…, óp. cit., párr. 144.

"1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a (…) fundar una familia (…)".

Además, como lo señalamos previamente, la protección de la vida familiar está garantizada en el artículo 11.2 ("Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia (…)"). Asimismo, el artículo 15 del Protocolo de San Salvador desarrolla el derecho a la constitución y protección de la familia ampliamente. La familia también está protegida por otros instrumentos internacionales. El artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre consagra que "toda persona tiene derecho a constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella". El artículo 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos estatuye el derecho de los hombres y las mujeres a fundar una familia. El inciso 3 del mismo artículo dispone además que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado". El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos determina en el artículo 23.1 que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado". En el artículo 23.2 se reconoce "el derecho del hombre y de la mujer (…) a fundar una familia (…)". El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también contempla el derecho a la constitución y protección de la familia en el artículo 10.1.

La Corte IDH considera que "el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar"[73]. Asimismo, afirmar

[73] CORTE IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay…,* óp. cit., párr. 125. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile…*, óp. cit., párr. 169. *Caso Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica…,* óp. cit., párr. 145.

que “el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia”[74].

Lo anterior adquiere particular relevancia si se considera que, dentro del contenido del derecho a fundar una familia, está la posibilidad de procrear. El Comité de Derechos Humanos establece que: “El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, estas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias (…)”[75] .

De ello se desprende que las decisiones en materia reproductiva son también parte del derecho a fundar una familia y no deben ser objeto de intromisiones ilegítimas. Por ejemplo, no pueden imponerse ni proscribirse políticas de planificación familiar a las personas, los estados deben adoptar medidas orientadas a fortalecer a las familias, etc. Así pues, no es posible que una persona esté obligada a recurrir a una TRA, así como tampoco es válido que las TRA estén absolutamente prohibidas.

En este orden de ideas, es importante recordar que tanto el Tribunal Constitucional peruano como la Corte IDH desarrollan el concepto de familia y establecen que la protección jurídica de la familia no está dirigida solo a un tipo o modelo de familia específico.

El Tribunal Constitucional del Perú considera que “desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un

[74] Ídem.
[75] COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación general N° 19: La familia (artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)*, 1990, párr. 5.

cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. Consecuencia de ello es que se haya protegido familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado *familias reconstituidas"219*. La Corte IDH señala, por su parte, que "la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no solo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención"[76].

3.7.1. LA DIGNIDAD HUMANA Y DERECHO A PROCREAR

Referirse a la dignidad humana nos sitúa ante una noción sumamente compleja que, además, puede ser contemplada desde muy diversas perspectivas. Además, posee muchos significados, tanto en el lenguaje coloquial como en el jurídico.

Para Andorno, "...la idea de dignidad no es un mero principio entre otros, sino que constituye el punto de referencia decisivo para entender... todas las instituciones sociales, jurídicas y políticas. El concepto de dignidad opera como el necesario telón de fondo..."[77]

En términos generales, la dignidad de la persona remite a una cualidad exclusiva, indefinida y simple del ser humano, que designa su superioridad frente al resto de los seres, con independencia del modo de comportarse[78]. Millán Puelles sostiene que "la dignidad que

[76] CARRACEDO URIBE, Sarah Lucía (2015). "La fertilización in vitro y el debate sobre el estatuto del no nacido". Perú: Lima. Tesis. PUCP.

[77] Andorno, R (2002). "Una aproximación a la bioética". En: Garay, O. (dir.). Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica. Civil y Penal. Argentina: Buenos Aires. Editorial La Ley.

[78] La dignidad relativa al modo de actuar suele designarse como dignidad moral. Vid. García Cuadrado, «Problemas constitucionales de la dignidad de la persona», op.cit. 460.

todo hombre tiene por el hecho de serlo constituye una determinación axiológica formal, independiente de los contenidos de la conducta"[79].

Y, podríamos añadir, independiente también de los cargos que ocupe, de la posición que tenga en la sociedad, de su raza, de su sexo o de su grado de desarrollo vital. La dignidad remite al valor en sí que tiene la persona humana. En esta misma línea, Hervada mantiene que la dignidad implica, o significa, una excelencia o eminencia en el ser humano, que no sólo lo hace superior a los otros seres, sino que lo sitúa en otro orden del ser. El hombre no es sólo un animal de una especie superior, sino que pertenece a otro orden del ser, distinto y más alto por más eminente o excelente, en cuya virtud el hombre es persona[80]. Para este autor, la dignidad podría definirse como "la perfección o intensidad del ser que corresponde a la naturaleza humana y que se predica de la persona, en cuanto ésta es la realización existencial de la naturaleza humana"[81]. En definitiva, con la dignidad indicamos una peculiar calidad de ser. O, con otros términos, sostenemos que ser persona no es una propiedad añadida al modo de ser humano, sino la realidad misma del ser humano, su existencia concreta[82]. En consecuencia, al referirnos a la dignidad no admitimos, en ningún caso, superioridad de un ser humano sobre otro, sino de todo ser humano sobre el resto de los seres que carecen

[79] APARISI MIRALLES ÁNGELA (2017). "Maternidad subrogada y dignidad de la mujer". España: Pamplona. Cuadernos de Bioética XXVIII. Universidad de Navarra. En http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/163.pdf

[80] Hervada, J (1991). "Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana" . Humana Iura, 1 361-362. En: SANTANDER, Cristóbal Antonio (2012). El Contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio Legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad?. Chile: Santiago. Tesis. UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO

[81] HERVADA, J (1995). "Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho ". España: Pamplona. Editorial Eunsa. En: SANTANDER, Cristóbal Antonio (2012). El Contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio Legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad?. Chile: Santiago. Tesis. UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO.

[82] SPAEMANN, R (2000). Personas. Acerca de la distinción entre algo y alguien". España: Pamplona. Editorial Eunsa. En: SANTANDER, Cristóbal Antonio (2012). El Contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio Legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad?. Chile: Santiago. Tesis. UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO

de razón. Como destaca Hervada, a pesar de las radicales desigualdades que separan a los seres humanos, "lo igual en todos, independiente de toda condición social o rasgos diferenciales, es justamente la naturaleza. En ella se asienta la dignidad que por ser de naturaleza19, es igual en todos"[83]. Apelar al principio de la dignidad humana nos sitúa, por otro lado, ante una distinción básica para el derecho: la existente entre personas y cosas, sujetos y objetos. Las cosas tienen precio, valor de mercado y pueden ser objeto de comercio; las personas, los seres humanos, merecen respeto. Ello remite a una exigencia de trato completamente distinta que la que se otorga, por ejemplo, a los objetos, por muy valiosos que éstos sean. Así lo recogía ya Tomás de Aquino, al defender que la persona no puede ser rebajada a ninguna otra condición21. O, como señala D'Agostino, "es un hecho que en nuestro tiempo actúa una conciencia colectiva que percibe que la subjetividad humana no puede ser cosificada, porque ser sujetos lleva consigo una identidad que no admite equivalentes funcionales"[84]. Asimismo, y especialmente a partir de Kant, la dignidad también remite a la idea de que la persona es un fin en sí mismo, por lo que nunca debe ser tratado sólo como un medio al servicio de fines ajenos. Como es bien conocido, este autor, en su Fundamentación de la metafísica de las costumbres, señaló que las personas: "no son meros fines subjetivos, cuya existencia, como efecto de nuestra acción, tiene un valor para nosotros, sino que son fines objetivos, esto es, seres cuya existencia es en sí misma un fin, y un fin tal que en su lugar no puede ponerse

[83] HERVADA, (1991). "Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana". op. cit., 357. En: SANTANDER, Cristóbal Antonio (2012). El Contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio Legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad?. Chile: Santiago. Tesis. UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO.

[84] D'Agostino, F (2002). "La dignidad humana, tema bioético». En: González, A.M., Postigo, E., Aulestiarte, S. (eds.). Vivir y morir con dignidad. España: Pamplona. Editorial. Eunsa. En: SANTANDER, Cristóbal Antonio (2012). El Contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio Legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad?. Chile: Santiago. Tesis. UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO.

ningún otro fin para el cual debieran ellas servir como medios… Los seres racionales se llaman personas porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado meramente como medio, y, por tanto limita en ese sentido todo capricho (y es objeto de respeto)"[85]. Por ello, mientras que los objetos pueden emplearse como medios al servicio de determinados fines, la persona, de acuerdo con su dignidad, debe ser considerada y tratada como un fin en sí misma. De ahí se deriva la exigencia ética y jurídica de no instrumentalizarla para alcanzar fines que le son ajenos. Esto es, en definitiva, lo que significa respeto incondicionado. Por otro lado, y de acuerdo con lo señalado, debemos recordar que la fundamentación de la dignidad es ontológica, ya que ésta se posee, no en base a determinados rasgos o cualidades concretas, sino que es inherente a la persona. Por ello, la dignidad no se fundamenta en algunas manifestaciones o facultades de la persona, que se pueden poseer o no en un momento dado: por ejemplo, la racionalidad humana, la sensibilidad ante el dolor, la capacidad de autodirigirse moralmente, la posibilidad de vida independiente (por ejemplo, de la madre). Tampoco se manifiesta en una sóla dimensión de la persona (por ejemplo, considerando que sólo es digna la dimensión espiritual y no asi la corporal…), ya que, en ese caso, caeríamos en un evidente dualismo. Frente a todo ello, se entiende que la dignidad impregna e inhiere todo el organismo humano (unidad sustancial entre cuerpo, espíritu, razón, emociones…), así como sus expresiones somáticas[86]. En realidad, entender que el ser humano es digno por sí mismo, y no sólo en razón de su conciencia, racionalidad, o su capacidad de autodeterminarse,

[85] Kant, E. (1983). "Fundamentación de la metafísica de las costumbres". España: Madrid. 8ª edición Edit. Espasa-Calpe.

[86] Como señala Millán Puelles, "La dignidad de la persona humana es la de ese mismo hecho radical en su alcance absoluto. Y, correlativamente, el respeto a ese factum personale es el que intrínseca y objetivamente se merece un verdadero áxion que, como tal, no está condicionado humanamente por factores de tipo individual ni de índole histórica" (Millán Puelles, op. cit. 98-99)

puede parecer una diferencia muy sutil, pero tiene una gran trascendencia práctica: también es igualmente digna su naturaleza corporal, su cuerpo y todas sus funciones. En la medida en que la subjetividad personal se manifiesta en una naturaleza corporal, no hay respeto a la persona sin respeto a su naturaleza física[87], a su dimensión corporal. Además, no podemos olvidar que es la dimensión material (el cuerpo) la que nos aporta, quizás mejor que otros elementos, un signo sensible decisivo para el reconocimiento de la dignidad, ya que esta realidad es previa a la manifestación empírica de, por ejemplo, la racionalidad, que incluso puede llegar a no manifestarse, reducirse o anularse. En definitiva, apelar a la dignidad ontológica presupone partir de una concepción unitaria de la persona, que se opone a cualquier tipo de dualismo disgregador. Se parte de la consideración de la persona como un todo, un ser que no es solamente espiritual ni exclusivamente sensitivo o corporal26, sino que integra, en su estructura, todas estas dimensiones. De ahí que no haya respeto a la dignidad si no se respeta alguna de las mismas. Si aplicamos lo señalado a la maternidad por subrogación, podemos observar que, en relación a la mujer contratada, dicha práctica contradice directamente las referidas exigencias de la dignidad humana, ya que mercantiliza, cosifica e instrumentaliza el cuerpo de la mujer gestante, además de que la discrimina y, en definitiva, disgrega su unicidad personal.

3.7.2. MATERNIDAD SUBROGADA Y DIGNIDAD HUMANA

La maternidad subrogada está siendo actualmente objeto de un intenso debate social, político y jurídico. Prueba de ello son, por ejemplo, las recientes iniciativas presentadas ante el Parlamento Europeo y ante el Consejo de Europa, para regular y, en definitiva,

[87] González, A.M (2004). "La dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica. Concepciones de la dignidad". En: Ballesteros, J., Aparisi Miralles, Á. (eds.). Biotecnología, dignidad y derecho: bases para un diálogo, Eunsa, Pamplona, 17-41.

legitimar jurídicamente esta técnica. El Parlamento Europeo, en su Resolución de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea, afirmó al respecto que: "Condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos"[88] .

También el Consejo de Europa rechazó la Relación presentada por Petra de Sutter, senadora y miembro de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que llevaba como título "Derechos humanos y cuestiones éticas relacionadas con la subrogación"[89]. Dicha Relación aspiraba a conseguir el reconocimiento legal, y una regulación mínima, de la práctica de la maternidad por subrogación en Europa. A nivel jurisdiccional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cerró definitivamente el caso Paradiso Campanelli vs. Italia, mediante Sentencia de 24/01/2017. La Gran Sala del Tribunal determinó, por once votos a favor y seis en contra, que las autoridades de Italia pueden legítimamente quitar la custodia de un hijo obtenido de manera ilegal a través del pago de un vientre de alquiler. De esta forma, el Tribunal otorgó a los Estados europeos la posibilidad de luchar contra la práctica internacional de los vientres de alquiler. Las dos principales razones que llevaron a la Gran Sala a discrepar sobre la decisión previa emitida por una Sala del mismo Tribunal en enero de 2015 fueron: a) que no había lazo biológico

[88] Resolución 2015/2229 (INI), parágrafo 115

[89] En fecha 15 de marzo de 2016, por la Comisión de Asuntos Sociales, Salud y Desarrollo sostenible.

entre los padres contratantes y el hijo objeto de la compraventa con la empresa Rosjurconsulting por valor de 49.000€; b) que el entonces recién nacido había estado menos de 6 meses bajo el cuidado de sus compradores, plazo insuficiente para generar una relación afectiva que pudiera suponer una vida familiar. El Tribunal de Estrasburgo explicó que "la Convención, al no reconocer un derecho a convertirse en padre/madre" tiene como resultado que los "intereses públicos" tienen primacía sobre "el deseo a ser padres". Esta importante decisión reafirma la competencia exclusiva del Estado a reconocer si una relación paterno-filial es conforme a Derecho ya sea establecida por vínculo biológico o mediante adopción legal.

En dicha Resolución, dictada por la Gran Sala, el Tribunal estableció que retirar la custodia de un menor concebido in vitro, gestado en el vientre de una mujer rusa en Moscú, a los padres contratantes no biológicos, no implica violación del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar. Al contrario, la Sentencia más bien parece dirigirse hacia el reconocimiento de que esta práctica atenta contra los derechos humanos. Como podemos advertir, los distintos pronunciamientos mencionados parecen apuntar en la dirección de que la maternidad por subrogación es una cuestión que afecta, directamente, a los derechos humanos y, en definitiva, a la dignidad humana. Por ello, si se quiere llegar a dar una adecuada respuesta a este tema, es imprescindible reflexionar sobre cómo esta práctica afecta a la dignidad y a los derechos de las personas implicadas[90] : la madre portadora, el hijo resultado de dicha técnica, y la pareja o persona comitente.

[90] Watson, C. (2016), «Womb Rentals and Baby-Selling: Does Surrogacy Undermine the Human Dignity and Rights of the Surrogate Mother and Child?». New Bioethics. En D'Agostino, F (2002). "La dignidad humana, tema bioético». En: González, A.M., Postigo, E., Aulestiarte, S. (eds.). Vivir y morir con dignidad. España: Pamplona. Editorial. Eunsa.

CAPÍTULO IV:
NOCIONES GENERALES DEL CONTRATO

4.1. El CONTRATO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

La Comisión Reformadora del Código Civil de 1936 (designada por Decreto Supremo N° 95 de 10 de marzo de 1965, encomendó a Max Arias Schreiber la revisión de las secciones del Código Civil de 1936 destinadas a la regulación de los contratos. Para cumplir su cometido, Max Arias Schreiber presentó a la Comisión Reformadora hasta cinco ponencias sustitutorias, por las que sucesivamente sometió a cada Comisión sendas modificaciones, todas ellas inspiradas en el artículo 1321 del Código Civil italiano, que define el contrato como el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial.

Finalmente la Comisión Reformadora aprobó la propuesta contenida en la ponencia de Max Arias Schreiber que se plasmó en el artículo 1370 del Proyecto de Código Civil formulado por dicha Comisión, cuyo texto es el siguiente: "El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, reglar, modificar o extinguir entre sí obligaciones de carácter patrimonial".

La ponencia original, inspirándose en el artículo 1321 del Código Civil italiano, establecía en su artículo 1 que: "El contrato es el acuerdo entre dos o más partes para crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial".

Esta falta de precisión da lugar, en primer término, a la duda respecto de si se trata de un "acuerdo de voluntades" o de un "acuerdo de declaraciones", pues la doctrina está dividida entre la teoría francesa de la voluntad y la teoría alemana de la declaración, matizadas por las teorías de la responsabilidad y de la confianza.

Cuando la declaración conjunta de ambas partes y la voluntad común de ellas coinciden, o sea cuando aquélla transmite fielmente el contenido de

ésta no hay problema alguno, se ha formado el consentimiento. La dificultad surge cuando la declaración no coincide con la voluntad, dando lugar a la invalidez del contrato.

En efecto, al referirse el mismo artículo 1351 a la relación jurídica creada, regulada, modificada o extinguida por el acuerdo, es generalmente admitida, excepto en el Derecho francés, la distinción entre la "convención" y el "contrato", dando a la primera expresión el significado genérico del acto jurídico creador de cualquier clase de obligaciones.

4.2. EL CONTRATO

El Código Civil de 1984 en el art. 1351 textualmente dice: “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”. Este artículo define lo que es un contrato. Aunque hay divisiones en la doctrina sobre si los legisladores han hecho bien en definirlo en el código civil peruano.

Así el jurista italiano Andrea Belvedere ha dicho, en traducción libre, que "toda Definición en Derecho Civil es peligrosa”[91]. A ejemplo tenemos el Código Civil alemán de 1900, considerado como modelo de técnica legislativa, este código no contiene definiciones. Por el contrario otros Códigos Civiles de reciente legislación en comparación con el anteriormente mencionado, como el Código Civil checoslovaco de 1950, el Código Civil italiano de 1942, el Código Civil venezolano del mismo año, el Código Civil etíope de 1960, el Código Civil portugués de 1966, el Código Civil holandés de 1972 y el Código Civil brasileño de 2002, todos estos códigos mencionados contienen definiciones en su contenido.

[91] BELVEDERE, Andrea (1977). "11 problema delle definizioni nel Codice Civile". Italia: Milano. Edt. Giuffré Editore.

Juan Ramón Capella[92] afirma que la presencia de definiciones en el lenguaje legal resulta beneficiosa al abreviarlo y, en cierto modo, sustraerlo a las fluctuaciones del lenguaje corriente; pero que al propio tiempo, las definiciones legales encierran peligros dado el proceso por el que en nuestros días atraviesan las normas jurídicas en su elaboración (redacción de textos en comisiones técnicas, enmiendas parlamentarias, etc.).

Cabe mencionar que “ocurre, con el concepto de contrato, lo que algunas de las ideas más fundamentales del derecho que, no obstante su aparente sencillez, encierran, sin embargo, una gran complejidad para lograrlas”[93].

El contrato puede ser entendido como “acto” y como “relación, el “acto” se refiere a la unión de las voluntades de los contratantes; la “relación” tiene que ver con las consecuencias jurídicas que derivan del acto. Para nuestra legislación según el art. 1351 “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”.

Como todas las definiciones contenidas en el código, se trata de un enunciado que no es vinculante para el intérprete; su valor es meramente de orientación. Para evitar tautologías, parece ser necesario deducir de la citada definición que el término “acuerdo” es distinto, y más amplio, que el término “contrato”; existen, por lo tanto, acuerdos que no son contratos, y el contrato constituye una subcategoría de los acuerdos[94].

Así mismo el Código civil del 1984 se ha preocupado de señalar los requisitos de validez de este acto jurídico en el Art. 140, que dice: " Para la validez del acto jurídico se requiere: 1. Agente capaz; 2. Objeto física y jurídicamente posible; 3. Fin lícito; 4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad".

[92] CAPELLA, Juan Ramón (1968). "El Derecho como lenguaje". España: Barcelona. Edt. Ediciones Ariel.
[93] PUIG PEÑA, Federico (1972). ”Compendio de derecho civil español”. España .Edit. ARANZADI
[94] ALPA, Guido; Massimo Bianca, C y Otros (2003). Estudios sobre el Contrato en General. Por los Setenta Años del Código Civil Italiano (1942-2002). 1ª ed. Perú: lima. Ara Editores.

Al respecto, autores como Diez Picazo, citado por Vladimir Osman Aguilar Guerra, dice: "Contrato es todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan. El contrato así concebido se convertirá en la institución central, en la piedra angular, no solo del Derecho Civil, sino de todo el ordenamiento jurídico. El ordenamiento jurídico es contemplado desde esta perspectiva como una trama o una urdimbre de contratos que los particulares celebran. El derecho, es el reino del contrato, de manera que donde acaba el contrato acaba también el derecho y comienza el reino de la arbitrariedad y de la fuerza. Las limitaciones a la libertad de contratar serán consideradas como atentados a la libertad de la persona"[95].

El concepto de contrato habitualmente reposa en el acuerdo de voluntades de las partes. El contrato es un acto jurídico bilateral o convención que crea obligaciones. Se atribuye a la voluntad de los contratantes un poder soberano para engendrar obligaciones. La voluntad de las partes es a la vez fuente de las obligaciones contractuales y medida de dichas obligaciones. El querer o intención de las partes domina, así, la formación, génesis o nacimiento del contrato y también sus efectos o consecuencias[96].

Así para el jurista Argentino Carlos Gilberto Villegas[97] el contrato es: "la declaración de la voluntad de dos o más partes que coordina intereses contrapuestos de contenido patrimonial. El contrato ha sido definido con mayor o menor extensión, como medio para vestir cualquier tipo de transacción creadora o trasmisora de cualquier tipo de derechos, tanto patrimoniales como inherentes a las personas, o como medio sólo limitado a las "obligaciones" o derechos personales.

[95] PUIG PEÑA, Federico (1972). "Compendio de derecho civil español". España .Edit. ARANZADI.
[96] LÓPEZ Santa María (1986). *Los contratos. Parte General.* Chile: Santiago Editorial Jurídica de Chile.
[97] VILLEGAS, Carlos Alberto (2005). Contratos Mercantiles y Bancarios. Tomo I. Edición del Autor. Buenos Aires.

Evidentemente, el contrato, es una institución jurídica de mucha importancia y necesaria para la seguridad de las personas en sus relaciones de interés económico y patrimonial.

4.3. NATURALEZA JURÍDICA. UBICACIÓN DEL CONTRATO EN LA TEORÍA DEL NEGOCIO JURÍDICO[98]

De acuerdo a los profesores Guzmán García y Herrera Espinoza, el contrato es una especie de negocio jurídico, más concretamente, de negocio jurídico bilateral. Determinar sus contornos implica por una parte indagar la posición efectiva en la cual se encuentran las voluntades que generan el contrato en virtud de los intereses que pretenden ser satisfechos y, por otra, atiende a la función económica social que el contrato desempeña en el tráfico y a sus efectos[99].

Para poder comprender plenamente el sentido de las palabras de los juristas recién mencionados, conviene hacer un repaso a la teoría de los hechos jurídicos; en efecto, un hecho jurídico es aquel acontecimiento que tiene efectos jurídicos reconocidos por el ordenamiento, es decir, altera la situación jurídica de una persona; los hechos jurídicos se pueden clasificar en ***hechos jurídicos naturales*** (son aquellos que acontecen sin la intervención de la voluntad humana como por ejemplo, la muerte natural, un huracán, etc) y los ***hechos jurídicos humanos***, que dependen de la voluntad consciente de un sujeto de derecho. Estos últimos, los hechos jurídicos humanos o voluntarios se conocen también como ***actos jurídicos*** y se dividen en ***actos jurídicos en sentido estricto*** y ***negocios jurídicos***. En los actos jurídicos en sentido estricto sus efectos jurídicos se atribuyen esencialmente *ex lege* (por la ley), con independencia de que el agente los

[98] VELÁSQUEZ VARGAS, Marlene Susana (2015). "Necesidad de incluir el delito de contrato de maternidad subrogada en el código penal peruano". Perú: Arequipa. Tesis. Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez.

[99] GUZMÁN GARCÍA y J. J. HERRERA ESPINOZA (2006)." Contratos civiles y mercantiles". Nicaragua: Managua. Edit. Impresiones Helios.

quiera o no; por ejemplo, si se causa daño a otra persona interviniendo culpa o negligencia, hay que repararlo o cuando se cita a unos testigos o a un perito para rindan una declaración o dictamen en un juicio. En cambio, en los negocios jurídicos, sus efectos jurídicos se producen primordialmente *ex voluntate*, es decir, por voluntad del sujeto (s), por ejemplo, si alguien decide donar una propiedad y el donatario la acepta, los efectos de este acto jurídico se producen porque así lo quisieron los contratantes o si el testador instituye como heredero a fulano de tal, éste será llamado a la sucesión. En resumidas cuentas, como señala el profesor Albaladejo, en el primer caso hay efecto porque se hizo el acto, en el segundo hay efecto porque se quiso el acto[100]. Los negocios jurídicos pueden ser **unilaterales** si interviene solo la voluntad de un sujeto, como en el testamento o **bilaterales** si intervienen dos voluntades, como en el caso de los contratos (aunque pueden concurrir tres o más voluntades como en el caso de los contratos **plurilaterales** como el contrato de sociedad).

4.4. FUNCIÓN ECONÓMICA SOCIAL DEL CONTRATO.

Por medio del contrato el ordenamiento jurídico pretende dotar de seguridad jurídica a los flujos de intercambio patrimoniales e incentivar a los mismos. En este sentido, conviene citar las palabras de Lacruz Berdejo y otros: "... el contrato sigue siendo hoy el vehículo de la división del trabajo; la clave de la economía en los países de mayor nivel de vida; el instrumento príncipe de las relaciones económicas entre los hombres, las cuales se establecen en vista de la complementariedad de las economías individuales y de las exigencias de intercambios de bienes y servicios; el tejido conectivo de la vida de los negocios; el medio práctico de actuar las más variadas finalidades; el artificio indispensable para satisfacer las necesidades económicas o de la empresa, comprendiendo un complejo de intereses contrapuestos o al menos no coincidentes y sirviendo en definitiva –el

[100] M. ALBALADEJO, Derecho civil, t. I (2002). "Introducción y parte general". España: Barcelona. Edit. Bosch, Pág. 559.

contrato: no cada contrato individual– a los intereses comunes. Es sin duda, el último reducto de defensa del individuo, y cualquier régimen político que respete al individuo tendrá que respetarlo, en la media en que ayuda al desarrollo de la individualidad"[101].

4.5. ELEMENTOS DEL CONTRATO

4.5.1. ACUERDO DE VOLUNTADES

La regla general es que los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes. Particularmente coincidimos con lo manifestado por José Puig Brutau, en el sentido de que el contrato es un acuerdo de voluntades y que si mediante las ofertas cruzadas se pone de manifiesto la coincidencia de voluntades -conforme en líneas precedentes ya lo hemos explicado, al tener que coincidir plenamente en cuanto al mismo contrato y al mismo bien- no existe ninguna razón conceptual para que no se forme el contrato y, por tanto, es sumamente rígido el concepto de que solo puede existir consentimiento con la concurrencia de voluntades sucesivas en el orden prefijado por la ley, es decir, primero de la oferta y posteriormente de la aceptación[102].

Los principios clásicos de la autonomía de la voluntad reconoce la existencia de la libertad de contrata y la libertad contractual. La primera corresponde al sentimiento interno de la parte, a la decisión libre de celebrar un determinado contrato y asumir las obligaciones correspondientes, en cambio la segunda está referida a la modalidad contractual permitida en nuestra legislación.

[101] J. L. LACRUZ BERDEJO y otros (2003). "Elementos de Derecho civil, t. II: "Derecho de obligaciones", vol. I: "Parte general, Teoría general del contrato"", revisada y puesta al día por F. RIVERO HERNÁNDEZ. España: Madrid, Dykinson.

[102] Código Civil Comentado por los Cien Mejores Especialistas del País (2003). Perú: Lima. Editores Gaceta Jurídica Editores.

Esta libertad supone la facultad reconocida legalmente a las partes para, de común acuerdo, determinar los términos del contrato que han convenido celebrar. En realidad, considera Messineo que la libertad de configuración interna se refiere sólo a los contratos, típicos en los cuales la finalidad digna de tutela jurídica está garantizada por el hecho de ser tales contratos obra del legislador, ya que tratándose de contratos atípicos, en los que no existe esta garantía, quedará sin explicación que no se haya puesto a la libertad de configuración interna el límite de la citada finalidad. Si bien es cierto que en los contratos atípicos no existe el control legislativo, debe tenerse presente que todo contrato está sujeto a la limitación establecida por la ley y las buenas costumbres.

El Art. 1354 del C.C. reconoce el principio de la autonomía de la voluntad al establecer que:

> *"Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a la ley"*.

La libertad contractual sigue siendo la regla general y su limitación opera como excepción.

La pluralidad de personas presupone pluralidad de voluntades. Estas voluntades no deben ser mantenidas en el fuero interno de cada uno, porque entonces no podrían conocerse sino que deben ser expresadas y exteriorizadas.

El acuerdo de voluntades requiere que ambas voluntades deben ser recíprocas coincidentes y simultáneas, porque el contrato se perfecciona con el consentimiento de las partes, tal como lo establece el Art. 1352, que dice:

“Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes...”

El Art. 168 del Código Civil establece que el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo a lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.

Vidal, basándose en dicho artículo dice que el Código ha definido una posición en el sentido de que la relación entre la voluntad y su manifestación se rigen por lo declarado, sin que la referencia al principio de la buena fe atenúe el criterio objetivista.

En el área contractual, el artículo 1361 del Código civil dispone que los contratos son obligatorios en cuanto se halla expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esta coincidencia debe probarla. Según Arias Schreiher, el Código Civil ha adoptado una fórmula distinta a las clásicas que consiste en que si bien su punto de partida está en la teoría de la declaración, puede llegar mediante demostración contraria, a la de la voluntad y la figura, en realidad se invierte”.

4.5.2. PLURALIDAD DE SUJETOS

Presupone la existencia de dos o más partes cuyos intereses son distintos. La relación obligacional creada por el contrato presupone la existencia de dos o más partes por ello se afirma que el contrato es un acto jurídico bilateral o plurilatetal cuyos intereses son distintos.

Suele denominarse parte y contraparte a los sujetos que intervienen en el contrato. En los contratos bancarios una parte es el Banco y la contraparte es el cliente.

Un aspecto importante con relación a los sujetos es el relativo a la capacidad de las partes. Al respecto se reconoce a la persona desde su nacimiento el derecho de goce o capacidad jurídicas en cambio la

capacidad de ejercicio sólo es ejercida cuando la persona tiene aptitud para celebrar un contrato. Por ejemplo la capacidad de ejercicio se adquiere en las personas naturales a los 18 años de edad y en las personas jurídicas cuando éstas han cumplido con constituirse y registrarse con arreglo a ley.

La ley señala que los mayores de 18 años de edad, puedan contratar por sí mismos, mientras que los menores y los incapaces deberán hacerlo a través de sus representantes legales. En el primer caso serán los padres o tutores del menor, y en el segundo caso deberá intervenir en su representación un curador.

El Art. 43 del C.C. establece que son incapaces absolutos.

- Los menores de 16 años de edad.
- Los que se encuentran privados del discernimiento.
- Los sordomudos, ciegosordos y los ciegomudos, que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable.

Por otro lado el Art. 44, establece que son relativamente incapaces.

- Los menores de 18 pero mayores de 16 años.
- Los retardados mentales.
- Los que adolecen de deterioro mental.
- Los pródigos.
- Los ebrios habituales.
- Los que incurren en mala gestión.
- Los toxicómanos.
- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

Los incapaces relativos no privados de discernimiento pueden celebrar válidamente contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida cotidiana (Art. 1358).

Los representantes legales requieren autorización expresa del representado para disponer los bienes o gravarlos celebrar transacciones compromisos arbitrales, entre otros actos.

Un aspecto especial e importante es el referirnos a la contratación entre cónyuges, la misma que se encontraba prohibida en el Código Civil anterior. El Código Civil de 1984, regula expresamente los casos en que los cónyuges pueden celebrar contratos válidamente. Tal es el caso referido en el Art. 312 que establece que los cónyuges no pueden celebrar contratos entre si respecto de los bienes sociales y en cambio para gravarlos o disponer de ellos, se requiere la intervención del marido y la mujer.

Por otro lado, la contratación es posible entre ellos, cuando los esposos hayan establecido un régimen de separación de bienes o tengan bienes propios.

Otras limitaciones las encontramos en el Art. 440 del C.C. que prohíbe a los padres enajenar o gravar los bienes de los hijos, salvo autorización judicial. Similares limitaciones contiene el Código con relación al ejercicio de la tutela y curatela (Arts. 572 al 575).

Es importante resaltar que la doctrina actual no vacila en afirmar que no puede identificarse los conceptos de personas y de parte.
La primera se refiere a un ser o entidad dotado de derechos y obligaciones, aunque no tenga existencia individual. Se requiere que

tenga personalidad propia, es decir, la aptitud para ser sujeto de derecho.

El concepto de parte no es tan fácil de explicar. Algunos la consideran a la del sujeto del acto, ante la tendencia moderna de prescindir de los sujetos y referirse, más bien, a lo que se denomina “centro de interés”. En tal sentido, la parte es el “centro” en el cual recaen los intereses que se buscan satisfacer mediante la celebración del contrato.

Según esta tendencia moderna, si bien generalmente coinciden el concepto de sujeto y el de parte, porque en la mayoría de los contratos cada parte está formada por un solo sujeto (el vendedor es una persona y el comprador es otra), no se descarta la posibilidad de que una parte esté constituida por dos o más sujetos que tengan un mismo interés y en tal caso la parte contractual es el centro de interés que agrupa a los sujetos.

Es así que el Art. 1351 en cuanto se refiere a que el contrato resulta del acuerdo de dos o más partes, debiendo entenderse, que cada una de esas partes está constituida por una o más personas.

4.5.3. CONSECUENCIA JURÍDICA

Los contratos son acuerdos de voluntades cuyo objeto es crear, modificar, regular o extinguir actos jurídicos de naturaleza patrimonial.

4.6. EFECTOS DE LOS CONTRATOS

De conformidad con el Art. 1363, “sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles”.

Esta norma responde a principios universalmente reconocidos, según los cuales los contratos no surten efectos más allá de las partes que lo han otorgado, y al fallecimiento de alguna de las partes se extiende a sus herederos, sean éstos a título singular o universal[103].

Dicha relatividad supone que el conjunto de deberes y derechos que la relación jurídica contractual creada despliega, solo atañe a los autores del negocio contractual, y a sus herederos. La fuerza compulsiva del contrato no puede expandirse a los terceros, quienes, en principio, resultan extraños al negocio concertado[104].

La excepción señalada en el artículo comentado, está referida a los derechos y obligaciones que expresamente por ley o por el acuerdo de las partes se hayan declarado no transferibles.
La regla en consecuencia es que los contratos no producen efectos respecto de terceros. No existe razón para que cuando una persona se haya obligado a pagar un préstamo el Banco por incumplimiento lo cobre a tercera persona que no ha intervenido en el contrato.

Sin embargo es claro el dispositivo al señalar que en el caso del fallecimiento del deudor, los herederos deben de cumplir con el pago correspondiente. Pero, también existen situaciones que no pueden ser transferibles, sobre todo en los contratos personalísimos como por ejemplo la prestación de servicios profesionales pues con el fallecimiento del Abogado o del Médico, se extingue necesariamente el contrato.

[103] VELÁSQUEZ VARGAS, Marlene Susana (2015). "Necesidad de incluir el delito de contrato de maternidad subrogada en el código penal peruano". Perú: Arequipa. Tesis. Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez
[104] Código Civil Comentado por los Cien Mejores Especialistas del País (2003). Perú: Lima. Edit. Gaceta Jurídica.

Especialmente los contratos bancarios tienen un carácter personalísimo, ya que el manejo del crédito implica la concesión recíproca de la más alta confianza y por consiguiente, podemos afirmar que estos contratos se celebran intuitu personae, esto es, en consideración a las calidades personales de quienes contratan con los Bancos. Ello explica, porque en muchos contratos cabe la terminación unilateral por parte del Banco, que obedece en la mayoría de los casos, a que desaparecen las condiciones de moralidad o solvencia que se tuvieron en cuenta al celebrar el negocio.

Estos contratos personalísimos están basados evidentemente en los principios de la buena fe, en la mutua confianza que existen entre las partes, es por ello que las legislaciones sancionan con particular severidad los abusos de la buena fe, como sucede en los giros de cheques sin tener fondos suficientes, o con firma adulterada o sobre cuentas canceladas.

4.7. EL OBJETO DE LOS CONTRATOS

La noción del objeto del contrato, como la del acto jurídico, es una cuestión intrincada, compleja y difícil de conceptuar respecto de la cual existen diversas corrientes doctrinales para explicarlo. Pero atendiendo al propósito exegético de estos comentarios, nos vamos a limitar a explicar el sentido de la normativa del Código Civil vigente en esta materia[105].

De acuerdo con el Art. 1402 del Código Civil Peruano el objeto del contrato consiste en crear, modificar, regular o extinguir obligaciones. En suma el objeto del contrato, es en esencia, una fuente creadora de obligaciones de dar, hacer y no hacer.

Conforme lo establece el artículo 1402 del Código Civil, “el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones; de

[105] Código Civil Comentado por los Cien Mejores Especialistas del País (2003). Perú: Lima. Edit. Gaceta Jurídica Editores. En: VELÁSQUEZ VARGAS, Marlene Susana (2015). “Necesidad de incluir el delito de contrato de maternidad subrogada en el código penal peruano”. Perú: Arequipa. Tesis. Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez.

ello se desprende que el objeto del contrato es la obligación, entendida esta como la relación jurídica establecida entre dos polos y dirigida a que una de ellas obtenga determinados bienes o servicios a través de la cooperación de otra, o bien al intercambio recíproco de bienes y servicios mediante una recíproca cooperación"[106].

4.7.1. CREACIÓN DE UNA RELACIÓN JURÍDICA

Es una función contractual que menos dificultades presenta, pues aparte de las limitaciones impuestas por normas imperativas (la ley o las buenas costumbres) es posible crear relaciones jurídicas patrimoniales que satisfagan las necesidades de los contratantes.

Es así que el Art. 1354 establece que las partes pueden determinar libremente el contenido de los contratos, siempre que no sea contrario o norma legal de carácter imperativo. En todo caso, de acuerdo al artículo V del Título Preliminar, es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

En efecto, salvo estas limitaciones, mediante el contrato las partes pueden crear toda clase de obligaciones utilizando para ello tanto los contratos típicos como los atípicos.

4.7.2. REGULACIÓN DE UNA RELACIÓN JURÍDICA

El término empleado por el Código Civil de 1984 ha causado cierta confusión, pues para algunos autores piensan que la expresión regular es el equivalen de la expresión modificar. En todo caso, la modificación supone un cambio de lo existente, la regulación no tiene ese alcance. En materia contractual las partes pueden regular o precisar los alcances de una relación jurídica o bien interpretarla o

[106] Conforme a: Cas. N° 2117-2001. Diálogo con la Jurisprudencia N° 50. Noviembre 2002, p. 285.

estableciendo reglas de detalle (procedimientos de ejecución modalidades de ejercicio de los derechos) que no implica la modificación de la relación jurídica original.

Normalmente las partes obligadas pueden considerar conveniente regular los alcances de sus respectivas obligaciones sin aumentarlas, disminuirlas ni modificarlas[107].

4.7.3. MODIFICACIÓN DE UNA RELACIÓN JURÍDICA

Es frecuente que por diferentes circunstancias las partes se vean precisadas en modificar las obligaciones existentes originalmente en el contrato, es decir, modificar el contenido del contrato sin extinguir supone un cambio de las condiciones u obligaciones existentes.

4.7.4. EXTINCIÓN DE UNA RELACIÓN JURÍDICA

Esto ocurre cuando las partes deciden Poner término al contrato antes de su vencimiento. Esta figura jurídica se le conoce con el nombre de “distracto”, que es el contrato cuyo objeto es resolver una relación jurídica patrimonial existente entre las partes.

Es de advertir que el distracto sólo puede tener lugar para poner fin a una relación jurídica cuyas prestaciones aún no han sido ejecutada o cuya ejecución sea continua o periódica.

Como una especie de distracto existe el mutuo disenso, que es la resolución convencional de una relación jurídica patrimonial nacida de un contrato, sobre esto el Jurista León Barandiarán sostiene que el mutuo disenso sólo puede operar en los contratos bilaterales (prestaciones recíprocas) y no en uno unilateral, porque entonces se confundiría con la remisión.

[107] Idem. Ob. Cit.

CAPITULO V:
LA CONTRACTILIDAD DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

5.1. LA MATERNIDAD SEGÚN LA LEGISLACIÓN PERUANA

En el Código Civil establece que el nacimiento es el hecho que fija la existencia legal de una persona. Cuando el niño o niña se encuentra todavía en el vientre materno, sin negar que tenga derechos, su existencia legal se encuentra suspensa hasta que la criatura sea separada completamente de su madre.

Posteriormente, el artículo 371 del Código Civil señala: “La maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, podrá ser impugnada, probándose falsedad de parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero”.

En conclusión, la regla general está clara, la mujer que dé a luz un niño o niña se entenderá que ese hijo o hija que es suyo, es decir, es la madre; y en caso de impugnación, solo por las causales antes mencionadas, se deberá probar lo contrario.
Merlyn (2006) dice al respecto: “Madre legal será siempre la que ha dado a luz, con independencia de que aquella proporcione el óvulo o proceda de la madre de deseo o de otra donante”.

5.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN LA DOCTRINA

El contrato se define en el Art. 1351 del código civil peruano expresando: “Es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.” Sobre el Contrato de Maternidad

Subrogada, como decía Marcial rubio al respecto señala que tiene su origen en un contrato, por lo general oneroso en el cual una mujer acepta gestar un niño, pero no acepta ser la madre legal del mismo, porque la contrata, tendrá ese reconocimiento futuro una vez que la madre subrogada da a luz entrega a al niño a aquella que pretende convertirse en madre legal del mismo.

5.3. TIPOS DE CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA[108]

5.3.1. CONTRATO INNOMINADO

En el Perú, así como en varios países donde aún no se ha legislado sobre las TRA, no se contempla la existencia expresa de un contrato que dé cabida a la maternidad subrogada; por lo tanto, es un contrato de tipo innominado, es decir, aquel para el que la ley no tiene previsto un nombre específico puesto a que sus características peculiares no se encuentran reguladas por ella. Este tipo de contratos se basan en el principio de la autonomía de la voluntad, por el cual las partes pueden llegar a tantos acuerdos como fueren necesarios, siempre y cuando se respeten los límites establecidos.

5.3.2. CONTRATO CONSENSUAL Y SOLEMNE

En el Código Civil Peruano establece las condiciones de un contrato solemne y consensual: "…es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento". El contrato de maternidad subrogada posee este carácter mixto, ya que se celebra con el simple consentimiento de ambas partes pero por su naturaleza especial que implica la concepción y el nacimiento de una vida humana.

[108] VELÁSQUEZ VARGAS, Marlene Susana (2015). "Necesidad de incluir el delito de contrato de maternidad subrogada en el código penal peruano". Perú: Arequipa. Tesis. Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez.

5.3.3. CONTRATO BILATERAL

En nuestro Código Civil señala que el contrato bilateral se da: "…cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente".

La Maternidad Subrogada se constituiría en un contrato bilateral debido a que cada una de las partes se encuentra obligada al cumplimiento de una prestación, obedeciendo al principio de reciprocidad por lo que cada parte vendría a ser deudora y acreedora al mismo tiempo.

5.3.4. CONTRATO UNILATERAL

El artículo anterior hace referencia a este tipo de contrato y señala: "El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra, que no contrae obligación alguna…". El Contrato de Maternidad Subrogada tiene el carácter unilateral cuando solo una de las partes está obligada con la otra, quedando en la posición exclusiva del deudor, asemejándose a la figura de la donación, donde una parte se compromete a cumplir una prestación, sin recibir nada a cambio.

5.3.5. CONTRATO ONEROSO

Dispone que exista contrato oneroso "…cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro". La Maternidad Subrogada, es un contrato oneroso y por lo tanto ser bilateral; existiendo dos obligaciones reciprocas que emanan del contrato: la entrega del niño o niña al momento del nacimiento a los padres comitentes y por otro lado la entrega del dinero a la madre subrogada, previamente pactado.

5.3.6. CONTRATO GRATUITO

El contrato de maternidad subrogada pude ser también gratuito, siendo en éste caso un contrato unilateral como ya se explicó; en el que solamente una de las partes, en este caso, la madre subrogada, se obliga a entregar al niño o niña al momento del nacimiento a los comitentes, sin recibir retribución económica alguna.

5.3.7. CONTRATO CONMUTATIVO

El contrato conmutativo es aquel contrato en el cual las prestaciones que se deben las partes son ciertas y equivalentes desde el momento que se celebra el acto jurídico. El contrato de maternidad subrogada puede ser un contrato oneroso conmutativo, ya que existe una ventaja que cada parte pretende obtener de la otra y el sacrificio que ofrece a cambio de aquellas, pueden ser determinados por cada parte en el mismo momento de la celebración del contrato.

5.4. EFECTOS DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA

En general la Doctrina sustenta la invalidez de este tipo de contratos siendo que estos entran en contradicción de la Moral, las buenas Costumbres y el Orden Público. En la cita que realiza La Cruz Berdejo, para el tratadista Rivero Hernández se sostiene que "el derecho objetivamente no puede aceptar su licitud y legitimidad porque repugna a los principios de orden público familiares aplicables a las concretas relaciones personales, ya que el objeto de este contrato de incubación en útero ajeno es la persona misma, y entiende que sería un lesivo atentado a su dignidad ser tratado como un objeto o mercancía, cual si se tratase de algo de interés" (Lacruz Berdejo, 2008, pág. 165)[109], por otro lado la actual Ley general de salud no respalda los de técnicas de reproducción asistida de la maternidad subrogada siendo estos contratos ineficaces y ende nulos.

[109] VELÁSQUEZ VARGAS, Marlene Susana (2015). "Necesidad de incluir el delito de contrato de maternidad subrogada en el código penal peruano". Perú: Arequipa. Tesis. Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez

5.5. VIABILIDAD DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA MEDIANTE LA PROBABLE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 7° DE LA LEY Nº26842, LEY GENERAL DE SALUD.

Unos de los grandes impedimentos para la eficacia de la contractualidad de la maternidad subrogada es el artículo 7° de la, Ley General de Salud, Ley Nº 26842, el cual manifiesta que: "Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la **condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona.** Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos." El presente artículo da carta abierta al uso de técnicas de reproducción asistida pero con cierta condición la cual es que la **madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Impidiendo así que un tercero interfiera en este tipos de técnicas, hecho por el cual** se presentó el Proyecto de Ley N.° 3404/2018-CR, el permite salvaguardar el derecho humano a fundar una familia, así como el derecho a acceder a las técnicas de reproducción asistida, siempre que ello no afecte los derechos de terceros, asimismo establecer políticas públicas amparando el derecho humano a ser madre para las familias de bajos recursos que no pueden acceder a este método de reproducción asistida, priorizando aquellos sectores de mayor vulnerabilidad económica que deseen tener descendencia, publicado en el portal web de El Congreso de la Republica, suscrito por la congresista Estelita Sonia Bustos Espinoza[110]. Este proyecto Ley tiene por objeto modificar el artículo 7 e incorporar el artículo 7-A a la Ley N.º 26842, Ley General de Salud, con la finalidad de evitar vacíos legislativos respecto a que en la actualidad sólo

[110] BUSTOS ESPINOZA Estelita Sonia (2018). "Proyecto ley que regula los requisitos y procedimientos mediante el uso de técnicas de reproducción asistida como derecho humano a ser madre". En: http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2018/Salud/files/proyecto/preyecto_ley_3404.pdf

pueden acceder a dicha técnica las personas que presenten el diagnóstico de infertilidad, es decir que la madre genética y la madre gestante sean la misma persona, en consecuencia, dicha modificación regulará el procedimiento cuando terceras personas opten por colaborar con la técnica de reproducción humana asistida, así como el de establecer los requisitos y condiciones a presentar por las partes que voluntariamente accedan a la maternidad subrogada de forma solidaria y sin fines de lucro, a efectos de evitar vicios en el acuerdo contractual, así como evitar la mala praxis por parte de las clínicas y/o hospitales que lleven a cabo estos procedimientos, los mismos que deben contar con los protocolos médicos necesarios, caso contrario serán terceros civilmente responsables de las improvistos que podrían suscitarse, sin perjuicio de ser sancionados penalmente según corresponda y finalmente evitar así actos de tráfico humano y trata de personas.

La presente iniciativa legislativa permite salvaguardar el derecho humano a fundar una familia, así como el derecho a acceder a las técnicas de reproducción asistida, siempre que ello no afecte los derechos de terceros.

Artículo 2. Modificación del artículo 7 de la Ley N.° 26842, Ley General de Salud.

Modifíquese el artículo 7 de la Ley N.° 26842, Ley General de Salud, el mismo que quedará redactado de la siguiente forma:

*"**Artículo 7.-** Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida, la condición de madre genética y de madre gestante podrá recaer sobre la misma persona o sobre una tercera persona siempre que los padres de intención presenten problemas de infertilidad como diagnóstico previo, debidamente certificada e informe suscrito por el médico especialista tratante, asimismo la clínica y /o hospital que realice dicho procedimiento de maternidad subrogada*

deberá cumplir con todos los protocolos de salud con la finalidad de evitar actos de negligencia médica, de no actuar así será considerado tercero civilmente responsable, sin perjuicios de las sanciones administrativas y penales que pudieran resultar.

De lo expuesto en el párrafo anterior, se tiene que dicho tratamiento será de carácter solidario y reservado entre las partes que voluntariamente accedan al uso de las técnicas de reproducción humana asistida de manera consensual e indubitable conforme a los artículos 43, 44 y el 140 del Código Civil Peruano, sin fines de lucro, evitando así la comercialización de los embriones y gametos ya crioconservados y actos que favorezcan el tráfico y la trata de personas en cualquiera de sus formas.

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos."

Artículo 3. Incorporación del artículo 7- A de la Ley N.° 26842, Ley General de Salud.

Incorpórese el artículo 7- A de la Ley N.° 26842, Ley General de Salud, el mismo que quedará redactado de la siguiente forma:

"Artículo 7 - A.- La maternidad asistida y/o subrogada se realizará con el aporte genético (material genético femenino y/o con el gameto masculino para su concepción) al menos de uno de los padres que recurre a este procedimiento, a fin de que la mujer que voluntariamente gestará en su vientre al embrión, no sea considerada automáticamente como progenitora. En el caso de que ambos padres de intención sean infértiles podrán recurrir a donantes voluntarios para el aporte de material genético, conforme lo permiten las técnicas médicas de reproducción humana"

[…]

Si bien la iniciativa de modificación del art. 7 de la Ley general de Salud resulta pertinente en la actualidad, visto que existe una población considerable de parejas que desean ser padres y no pueden, a criterio personal si bien me encuentro de acuerdo con el proyecto ley N° 3404/2018-CR con agregar el art. 7- A a la Ley General de Salud discrepo parcialmente en las condiciones de uso de técnicas de reproducción asistida inmersas en el artículo 7 de la modificatoria de la propuesta ley, siendo que resulta necesario hacer una comparación del texto original de la artículo 7 de Ley general de salud, la propuesta de la modificatoria congresal y la propuesta personal a plantear:

Texto original:

"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."

Propuesta congresal:

Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida, la condición de madre genética y de madre gestante podrá recaer sobre la misma persona o sobre una tercera persona siempre que los padres de intención presenten problemas de infertilidad como diagnóstico previo, debidamente certificada e informe suscrito por el médico especialista tratante, asimismo la clínica y/o hospital que realice dicho procedimiento de maternidad subrogada deberá cumplir con todos los protocolos de salud con la finalidad de evitar actos de

negligencia médica, de no actuar así será considerado tercero civilmente responsable, sin perjuicios de las sanciones administrativas y penales que pudieran resultar.

De lo expuesto en el párrafo anterior, se tiene que dicho tratamiento será de carácter solidario y reservado entre las partes que voluntariamente accedan al uso de las técnicas de reproducción humana asistida de manera consensual e indubitable conforme a los artículos 43, 44 y el 140 del Código Civil Peruano, sin fines de lucro, evitando así la comercialización de los embriones y gametos ya crioconservados y actos que favorezcan el tráfico y la trata de personas en cualquiera de sus formas.

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos."

Propuesta de modificación:

"**Artículo 7.-** Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida, teniendo las siguientes condiciones:

1) La condición de madre o padre deberá recaer a quien tuviese titularidad del ovulo u esperma adquirido mediante sus propios genes o mediante donación.

2) La madre subrogante no deberá ser la madre genética.

3) Los padres de intención presenten problemas de infertilidad como diagnóstico previo, debidamente certificada e informe suscrito por el médico especialista tratante, asimismo la clínica y /o hospital que realice dicho procedimiento de maternidad subrogada deberá cumplir con todos los protocolos de salud con la finalidad de evitar actos de

negligencia médica, de no actuar así será considerado tercero civilmente responsable, sin perjuicios de las sanciones administrativas y penales que pudieran resultar.

De lo expuesto en el párrafo anterior, se tiene que dicho tratamiento será de carácter solidario y reservado entre las partes que voluntariamente accedan al uso de las técnicas de reproducción humana asistida de manera consensual e indubitable conforme a los artículos 43, 44 y el 140 del Código Civil Peruano, sin fines de lucro, evitando así la comercialización de los embriones y gametos ya crioconservados y actos que favorezcan el tráfico y la trata de personas en cualquiera de sus formas.

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.”

CONCLUSIONES

PRIMERO: La maternidad subrogada también mal llamada vientre de alquiler o útero de alquiler, se da cuando la madre gestante no necesariamente es la madre genética por lo que este tipo de tratamientos de gestación subrogada actualmente no es legal en Perú, siendo que esta práctica se da clandestinamente al margen de nuestra normativa contemporánea.

SEGUNDO: La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que ejerce tutela sobre los derechos reproductivos denominándolos derecho a la autonomía reproductiva. Lo que implica su protección dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es decir los Estados Parte de la Organización de Estados Americanos deben disponer mecanismo de tutela interna que permitan el respeto a este derecho.

TERCERO: Si bien el Sistema Interamericano de Derechos Humanos tutela el derecho a la procreación este derecho es vulnerado por el art. 7° de la Ley General de Salud, Ley Nº26842, el cual establece una condición en cuanto a las técnicas de reproducción asistida, manifestando que este tipo de técnicas son viables siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona impidiendo así obtener la calidad de madre mediante la maternidad subrogado o vientre de alquiler, siendo que la limitación normativa entorpece la contractilidad de este tipo de relaciones jurídicas entre la madre gestante o subrogante con la madre genética o titular del gameto haciendo ineficaz este tipo de contratos.

CUARTO : Con esta propuesta planteada en el último capítulo de la presente se estaría valorando no solo la posibilidad de ser madre mediante la donación de un ovulo, sino también condición de ser padre mediante la donación de esperma, dicha donación de células reproductoras (gametos) otorgarían la condición de ser madre o padre al titular de la célula mediante la fecundación, por otro lado al proponer que la madre subrogante no sea ser la madre genética, se evitaría percances en cuanto a la posibilidad trata de personas o de filiación, siendo que si no se da esta condición la madre subrogante podría darse la posibilidad venda a su prole o no quisiese entregar al nacido por ser la madre genética.

-

SUGERENCIAS

PRIMERO: Modificar el artículo 7 de la Ley General de Salud para una mejor viabilidad de la contractilidad de la maternidad subrogada en el Perú:

Texto original: Ley General de Salud

"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."

Propuesta de modificación:

"**Artículo 7.-** Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida, teniendo las siguientes condiciones:

1) La condición de madre o padre deberá recaer a quien tuviese titularidad del ovulo u esperma adquirido mediante sus propios genes o mediante donación.

2) La madre subrogante no deberá ser la madre genética.

3) Los padres de intención presenten problemas de infertilidad como diagnóstico previo, debidamente certificada e informe suscrito por el médico especialista tratante, asimismo la clínica y /o hospital que realice dicho procedimiento de maternidad subrogada deberá cumplir con todos los protocolos de salud con la finalidad de evitar actos de negligencia médica, de

no actuar así será considerado tercero civilmente responsable, sin perjuicios de las sanciones administrativas y penales que pudieran resultar.

De lo expuesto en el párrafo anterior, se tiene que dicho tratamiento será de carácter solidario y reservado entre las partes que voluntariamente accedan al uso de las técnicas de reproducción humana asistida de manera consensual e indubitable conforme a los artículos 43, 44 y el 140 del Código Civil Peruano, sin fines de lucro, evitando así la comercialización de los embriones y gametos ya crioconservados y actos que favorezcan el tráfico y la trata de personas en cualquiera de sus formas.

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos."

SEGUNDO: En cuanto a la relación contractual esta deberá ser de forma altruista y no onerosa por el mero hecho de la gestación, siendo que si se podrá retribuir dentro de la relación contractual gastos de alimentación, suplementos, tiempo perdido producto de la gestación favorables a la madre subrogante o madre gestante.

BIBLIOGRAFIA

1. ALPA, Guido; Massimo Bianca, C y Otros (2003). Estudios sobre el Contrato en General. Por los Setenta Años del Código Civil Italiano (1942-2002). 1ª ed.. Perú: lima. Edit. Ara Editores.

2. ANDORNO, R (2002). “Una aproximación a la bioética”. En: Garay, O. (dir.). Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica. Civil y Penal. Argentina: Buenos Aires. Editorial La Ley.

3. ARÁMBULA, Alma (2008). Maternidad Subrogada: Centro de Documentación. México. Información y Análisis Dirección de Servicios de Investigación y Análisis Subdirección de Política Exterior.

4. BALLESTEROS, Enrique (1999). La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Perú: Lima. Editora RAO, Quinta Edición Setiembre.

5. BARRIENTOS GRANDON, Javier (2004). Nuevo Derecho Matrimonial Chileno. Chile. Edt.Lexis Nexis.

6. BERNAL TORRES, Cesar Augusto (2010). “Metodología de la investigación” Colombia. Edit. Pearson Educación.

7. BELVEDERE, Andrea (1977). "11 problema delle definizioni nel Codice Civile". Italia: Milano. Edt. Giuffré Editore.

8. BENEDETTA FARAONI, Alicia (2002). La Maternitá Surrogata: La natura del fenomeno, gligiuridici, le prospetive di disciplina. Italia. Giuffré Editore.

9. BOBBIO, Norberto (1991). El tiempo de los derechos. Madrid. Edt.Palestra.

10. BUSTOS ESPINOZA Estelita Sonia (2018). ”Proyecto ley que regula los requisitos y procedimientos mediante el uso de técnicas de reproducción

asistida como derecho humano a ser madre". En: http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2018/Salud/files/proyecto/preyecto_ley_3404.pdf

11. CARRACEDO URIBE, Sarah Lucía (2015). "La fertilización in vitro y el debate sobre el estatuto del no nacido". Perú: Lima. Tesis. PUCP.

12. CALCAGNO, Carolina (2015). La tesis de Belgrano: Protección jurídico-penal del embrión in Vitro. Buenos Aires. Argentina.

13. CAMAÑO R. (2000): El Aborto. Uruguaya: Montevideo. Edit. Uruguay editores.

14. CANO, M. (2007). Maternidad Subrogada. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. En : VELÁSQUEZ VARGAS, Marlene Susana (2015). "Necesidad de incluir el delito de contrato de maternidad subrogada en el código penal peruano". Perú: Arequipa. Tesis. Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez.

15. CAPELLA, Juan Ramón (1968). "El Derecho como lenguaje". España: Barcelona. Edt. Ediciones Ariel.

16. CARBONELL, Flavia y Letelier (2011), Raúl. Principios Jurídicos e Interpretación democrática del derecho. EN: Principios jurídicos análisis y critica. 1era edición, Santiago. chile.

17. CARRACEDO URIBE, Sarah Lucía (2015). "La fertilización in vitro y el debate sobre el estatuto del no nacido". Perú: Lima. Tesis. PUCP

18. CUÉ VIVEROS, Blanca Eugenia (2016). "Maternidad Subrogada". México. Tesis. Universidad Panamericana.

19. DOMÍNGUEZ, Rodrigo (2003). L. M. Los derechos procreativos como expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el seno de las uniones

familiares no matrimoniales García, C. El derecho a la intimidad y la dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional. Murcia, Universidad de Murcia.

20. FERNÁNDEZ, Sandra (1993). Maternidad subrogada en Perú: ley, jurisprudencia y casos previos. Rescatado el (19/11/2018): https://www.babygest.es/peru/#lectura-recomendada. Gómez de la Torre, Maricruz. La Fecundación in Vitro y la Filiación. Santiago de Chile. Editorial Jurídica.

21. FERRAJOLI, Luigi (2001). "Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales". Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. España Madrid. Editorial Trotta.

22. GARZÓN Jiménez, Roberto (2004). Reproducción asistida, Revista Mexicana de Derecho no. 9, s.f., 2007. Gutiérrez y González, Ernesto, Derecho civil para la familia, Primera edición Porrúa, México. Edit. Colegio de Notarios del Distrito Federal.

23. GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (1993). La Fecundación in Vitro y La Filiación. Chile: Santiago Editorial Jurídica de Chile.

24. GONZÁLEZ, Pérez (1986). La dignidad de la persona. Madrid, Editorial Civitas.

25. GOMEZ, Yolanda (1994). El derecho a la reproducción Humana. España: Madrid Editorial. Marcial Pons

26. GONZÁLEZ, Pérez, Jesús (2011). La dignidad de la persona. Editorial Civitas,. Herrera Chinchilla. ¿Qué son y Cuáles son los derechos Fundamentales?, 1999, Bogota, Colombia. Editorial Temis.

27. GUZMÁN GARCÍA y J. J. HERRERA ESPINOZA (2006)." Contratos civiles y mercantiles". Nicaragua: Managua. Edit. Impresiones Helios.

28. G.NORTH Douglass. (1993). "Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico". México: Fondo Cultura Económica.

29. JARAMILLO-GÓMEZ, Juana María (2009). —Algunas reflexiones acerca del fundamento de la regulación natural de la sexualidad", en Persona y Bioética, Julio – Diciembre, Vol.3, Revista N°2.

30. JORDAN DÍAZ Tomas (2012)." El Contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio Legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad?". Santiago. Chile. Tesis - Universidad Alberto Hurtado.

31. KANT, E. (1983). "Fundamentación de la metafísica de las costumbres". España: Madrid. 8ª edición Edit. Espasa-Calpe.

32. LEMA AÑON, Carlos (1999). Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosóficojurídico sobre las técnicas de reproducción asistida., Colección Estructuras y Proceso, Serie Derecho, Madrid, España. Editorial Trotta.

33. LÓPEZ Santa María (1986). Los contratos. Parte General. Chile: Santiago Editorial Jurídica de Chile.

34. LYON, Alberto (2007). Personas Naturales. Tercera Edición, Santiago. Ediciones Universidad Católica de Chile.

35. MOSLARES CAÑÓN, José (2016). "Maternidad Subrogada". Seminario sobre Aportaciones Teóricas y Técnicas Recientes. Argentina. Ediciones de la Universidad Nacional de La Pampa.

36. MURCIA LORA, José María y ESPARZA-ENCINA, María Luisa (2009). Ventajas de la Reproducción Natural. En Persona y Bioética, Vol. 13, N°1, Colombia: Bogota, Universidad de La Sabana.

37. NOVOA, Eduardo (1979). Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos. Madrid. Siglo XXI Editores.

38. NOGUEIRA, Humberto (1997). Los Tratados Internacionales en el ordenamiento Jurídico Chileno. EN: Revista Ius et Praxis, Facultad de Derecho de la Universidad de Talca, Año 2, N°2.

39. PAZO PINEDA, Oscar Andrés (2014). Los Derechos Fundamentales y el Tribunal Constitucional. Perú: Lima Primera Edición, Enero. Gaceta Constitucional.

40. PÉREZ PITA, Diana Carolina (2015). Presupuestos éticos y jurídicos mínimos que se deben tener en cuenta ante una inminente regulación de técnicas de reproducción asistida en el Perú. Perú. Chiclayo. Tesis para optar el grado de magíster en derecho de familia y de la persona. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo Escuela De Postgrado.

41. PRETOVICH HURTADO, A (1993), A. La Biotecnología reproductiva humana y el derecho a procrear como derecho fundamental: alcance bioético. Tesina Universidad Carlos III de Madrid.

42. RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1991). Comentario del Código Civil. España: Madrid. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de publicaciones.

43. SANTAMARÍA SOLÍS, Luis (2000). —Técnicas de reproducción asistida. aspectos bioéticos. España: Madrid. En Cuadernos de Bioética, Año 200, Vol. 11, Asociación Española de Bioética y Ética Médica.

44. SANTANDER, Cristóbal Antonio (2012). El Contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio Legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad. Chile: Santiago. Tesis. UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO.

45. SIVERINO BAVIO, Paula (2018). “Cuando tu madre no te parió”., rescatado el (19/11/2018) en: https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/madre-pario-paula-siverino-noticia-553974. Lima. Perú. Diario “El Comercio”.

46. VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique (2013). Derecho Genético. Perú: Lima. Quinta Edición. Editora Grijley.

47. VEGA, Ana María (2013). Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida. Capitulo Primero: Los Derechos reproductivos en la sociedad postmoderna: ¿Una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida? Madrid. Editorial Comares.

48. VELÁSQUEZ VARGAS, Marlene Susana (2015). "Necesidad de incluir el delito de contrato de maternidad subrogada en el código penal peruano". Perú: Arequipa. Tesis. Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez.

LINKOGRAFIA:

1. APARISI MIRALLES ÁNGELA (2017). "Maternidad subrogada y dignidad de la mujer". España: Pamplona. Cuadernos de Bioética XXVIII. Universidad de Navarra. En http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/163.pdf

2. FERNÁNDEZ, Sandra. Maternidad subrogada en Perú: ley, jurisprudencia y casos previos. Rescatado el (19/11/2018): https://www.babygest.es/peru/#lectura-recomendada.

3. LUPA YUCRA, Manuel Gonzalo (2017). "¿Existe el derecho humano a la procreación?". Perú: Lima. Revista La Ley en: https://legis.pe/existe-derecho-humano-la-procreacion/#_ftnref14 (consulta: 1 de Enero del 2019)

4. NACIONES UNIDAS (1995). Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijing, 4 y 5 de Septiembre, Capitulo IV, parte c) La mujer y la salud, número 95. http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf (consulta: 1 de Enero del 2019).

5. NUÑEZ MEREJILDO, André. Derechos reproductivos de la mujer infértil en el Perú: acceso a la técnica de reproducción asistida de maternidad subrogada. Comisión de Investigaciones de la Asociación Civil Foro Académico de la Pontifica Universidad Católica del Perú. En: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/viewFile/13753/1437

6. SIVERINO BAVIO, Paula (2018). “Cuando tu madre no te parió”. Diario “El Comercio”, Perú.: Lima. rescatado el (5/01/2019) en: https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/madre-pario-paula-siverino-noticia-553974.

ANEXO

Proyecto de Ley N° 3404/2018-CR

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
ÁREA DE TRÁMITE DOCUMENTARIO
18 SEP. 2018
RECIBIDO
Firma: Hora: 5:12

PROYECTO DE LEY QUE REGULA LOS REQUISITOS Y PROCEDIMIENTOS DE LA MATERNIDAD SOLIDARIA MEDIANTE EL USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA COMO DERECHO HUMANO A SER MADRE.

Los congresistas que suscriben y por iniciativa de la Congresista **ESTELITA SONIA BUSTOS ESPINOZA,** en uso de sus facultades de iniciativa legislativa que les confiere el artículo 107° de la Constitución Política y los artículos 22° inciso ,, 75° y 76°, del Reglamento del Congreso de la República, proponen el siguiente:

COMISIÓN DE SALUD
21 SET. 2018
RECIBIDO
Hora: 11:35
Firma:

PROYECTO QUE REGULA LOS REQUISITOS Y PROCEDIMIENTOS DE LA MATERNIDAD SOLIDARIA MEDIANTE EL USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA COMO DERECHO HUMANO A SER MADRE.

El Congreso de la República

Ha dado la Ley Siguiente:

Artículo 1°. Objeto

La presente Ley tiene por objeto modificar el artículo 7° e incorporar el artículo 7-A a la Ley N°26842, Ley General de Salud, con la finalidad de evitar vacíos legislativos respecto a que en la actualidad sólo pueden acceder a dicha técnica las personas que presenten el diagnóstico de infertilidad, es decir que la madre genética y la madre gestante sean la misma persona, en consecuencia, dicha modificación regulará el procedimiento cuando terceras personas opten por colaborar con la técnica de reproducción humana asistida, así como el de establecer los requisitos y condiciones a presentar por las partes que voluntariamente accedan a la maternidad subrogada de forma solidaria y sin fines de lucro, a efectos de evitar vicios en el acuerdo contractual, así como evitar la mala praxis por parte de las clínicas y/o hospitales que lleven a cabo estos procedimientos, los mismos que deben contar con los protocolos médicos necesarios, caso contrario serán terceros civilmente responsables de las improvistos que podrían suscitarse, sin perjuicio de ser sancionados penalmente según corresponda y finalmente evitar así actos de tráfico humano y trata de personas.

La presente iniciativa legislativa permite salvaguardar el derecho humano a fundar una familia, así como el derecho a acceder a las técnicas de reproducción asistida, siempre que ello no afecte los derechos de terceros.

CONGRESO DE LA REPUBLICA
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
20 SEP 2018
HUGO CORTEZ TORRES
FEDATARIO

19758 3/ATD

Artículo 2°. Modificación del artículo 7° de la Ley 26842, Ley General de Salud.

Modifíquese el artículo 7° de la Ley 26842, Ley General de Salud, el mismo que quedará redactado de la siguiente forma:

"Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida, **la condición de madre genética y de madre gestante podrá recaer sobre la misma persona o sobre una tercera persona siempre que los padres de intención presenten problemas de infertilidad como diagnóstico previo, debidamente certificada e informe suscrito por el médico especialista tratante, asimismo la clínica y /o hospital que realice dicho procedimiento de maternidad subrogada deberá cumplir con todos los protocolos de salud con la finalidad de evitar actos de negligencia médica, de no actuar así será considerado tercero civilmente responsable, sin perjuicios de las sanciones administrativas y penales que pudieran resultar.**

De lo expuesto en el párrafo anterior, se tiene que dicho tratamiento será de carácter solidario y reservado entre las partes que voluntariamente accedan al uso de las técnicas de reproducción humana asistida de manera consensual e indubitable conforme a los artículos 43°, 44° y el 140° del Código Civil Peruano, sin fines de lucro, evitando así la comercialización de los embriones y gametos ya crioconservados y actos que favorezcan el tráfico y la trata de personas en cualquiera de sus formas.

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos."

Artículo 3°. Incorporación del artículo 7°- A de la Ley 26842, Ley General de Salud.

Incorpórese el artículo 7°- A de la Ley 26842, Ley General de Salud, el mismo que quedará redactado de la siguiente forma:

"Artículo 7° - A.- La maternidad asistida y/o subrogada se realizará con el aporte genético (material genético femenino y/o con el gameto masculino para su concepción) al menos de uno de los padres que recurre a este procedimiento, a fin de que la mujer que voluntariamente gestará en su vientre al embrión, no sea considerada automáticamente como progenitora.

En el caso de que ambos padres de intención sean infértiles podrán recurrir a donantes voluntarios para el aporte de material genético, conforme lo permiten las técnicas médicas de reproducción humana"

Articulo 4°. - Requisitos Legales

De los padres

De igual modo, los padres de intención implicados en este proceso de maternidad asistida, también deberán cumplir con unos parámetros:

1.-Ser peruanos de nacimiento o poseer la nacionalidad y/o residir legalmente en el Perú.

2.-Ser mayores de 24 años y menores de 47 años.

3.-Certificado Médico que acredite la capacidad física, mental y emocional de los padres. (conforme a los artículos 43°, 44° y el 140° del Código Civil Peruano)

4.-Ser pareja casada y/o en unión de hecho perfecta certificada por notario público.

5.-Los padres o al menos uno de ellos deberá aportar sus genes en la fecundación. En el caso de que ambos padres de intención sean infértiles podrán recurrir a donantes voluntarios para el aporte de material genético.

De la Gestante Voluntaria

La gestante colaboradora que voluntariamente y solidariamente desee llevar en su útero el embrión para gestarlo hasta la etapa de termino, deberán cumplir con los siguientes requisitos:

1.-Ser peruana de nacimiento o poseer la nacionalidad y/o residir legalmente en el Perú, conforme a ley.

2.-Ser mayor de 24 años.

3.-Acreditar gozar de buena salud física, mental y emocional mediante certificado médico que deberá ser emitido por el especialista correspondiente.

4.-Haber sido madre de al menos un hijo sano antes de someterse a este procedimiento de reproducción asistida.

5.-Poseer una situación socioeconómica estable (No deberá encontrarse registrada y/o identificada en el SISFHO (Sistema de focalización de hogares) como persona en situación de estado de vulnerabilidad financiera.

Artículo 5°. – Condiciones especiales para la aplicación del procedimiento de reproducción humana asistida

La técnica de reproducción humana asistida solo deberá ser aplicado como un procedimiento excepcional cuando los padres de intención hayan agotado todos los métodos y/o procedimientos para tener descendencia, el mismo que sólo se aplicará a la mujer voluntaria cuando exista posibilidades razonables de éxito y estos no supongan riesgos graves para su salud, previo acuerdo suscrito de consentimiento de gestación voluntaria y libre.

De los padres para el Inicio del Procedimiento de Reproducción Humana Asistida

1.-Acreditar haber agotado o ser incompatible con las técnicas de reproducción humana asistida.

2.-Acreditar certificado médico, emitido por el especialista en fertilidad que diagnostique la causa médica de la patología mencionada en alguno de los padres, en dicho certificado se deberá consignar la firma indubitable y su código de colegiatura habilitada, y de ser el caso se deberá presentar el informe médico e historia clínica de los abortos involuntarios producidos por la madre genética de intención que amerite iniciar el procedimiento de reproducción asistida.

3.-La información y asesoramiento sobre la técnica de reproducción humana asistida que se aplique deberá ser informado a la pareja que recurra a ella.

4. -Los padres de intención se comprometen a asumir los gastos económicos que genere la gestante voluntaria durante el proceso de gestación, previo y posterior que pueda devenir el procedimiento de reproducción humana asistida.

De la Gestante Voluntaria para el Inicio del Procedimiento de Reproducción Humana Asistida

1.-Deberá ser informada sobre el tratamiento y/o técnica que se le aplicará, suscribiendo un acuerdo de consentimiento de gestación informada, voluntaria y libre en el que se hará mención expresa y detallada de todas las condiciones concretas que se haya acordado.

2.-No encontrarse registrada y/o identificada en el SISFHO como persona en estado de vulnerabilidad económica.

3.-La gestante voluntaria no podrá recibir dinero por gestar en su vientre al futuro hijo de los padres de intención, únicamente recibirá el reembolso por los gastos que haya podido generarle el embarazo durante los 09 meses que usualmente dura este proceso, tales como:

- Traslados para acudir a sus chequeos médicos
- Medicación y suplementos vitamínicos indicados y/o señalados por el especialista.
- Alimentación adaptada indicados y/o señalados por el nutricionista.
- Vestimenta de maternidad.
- Faltas y/o ausencias laborales (en el caso se le indique reposo absoluto).

Con fines de evitar que alguien lucre con el proceso de gestación.

Artículo 6°. – Del acuerdo de consentimiento de gestación libre y aceptado

Los padres de intención y la gestante deberán suscribir un acuerdo y/o compromiso en la que se exprese detalladamente los compromisos, responsabilidades y obligaciones que deberán cumplir ambas partes durante el proceso de gestación, previo y posterior que pueda devenir del procedimiento de reproducción humana asistida, el mismo que será certificado refrendado ante notario público.

Se viciará todo el proceso si la gestante voluntaria se encuentra en estado de vulnerabilidad económica y/o de necesidad y no cumpla con lo dispuesto en la presente ley, ajustándose a las disposiciones penales vigentes.

Artículo 7°. – De la filiación

Los padres de intención deberán suscribir un acuerdo previo de consentimiento vía notarial, con la gestante voluntaria a fin de ser declarados los padres legales en el certificado de nacimiento cuando el niño nazca, prohibiéndose toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad, conforme lo dispone el último párrafo del artículo 6 de la Constitución Política del Perú.

Los padres de intención se consideran los padres legales desde la transferencia del embrión al útero de la gestante. Por lo tanto, ésta no tiene ningún derecho ni obligación sobre el bebé.

Tampoco será admisible el reconocimiento por una demanda de filiación y/o paternidad entre la gestante voluntaria y el nacido, cuando se haya suscrito un acuerdo contractual entre las partes vía notarial para someterse al procedimiento de reproducción humana asistida.

Artículo 8°. – Servicio Público de Salud para la Reproducción Asistida de carácter progresivo conforme al presupuesto del Estado.

Las parejas infértiles tienen derecho a acceder a los procedimientos de reproducción humana asistida en las instituciones prestadoras de servicios de salud pública, siempre que se cumpla con los requisitos previstos en el artículo 3° de la presente ley, la misma a la que se accederá de forma progresiva priorizando los sectores de mayor vulnerabilidad económica como política pública, a fin de salvaguardar el acceso de los peruanos y peruanas al derecho fundamental de ser padres.

La práctica de cualquiera de las técnicas de reproducción humana asistida solo se podrá llevar a cabo en los hospitales y centros o servicios de salud debidamente autorizados por la autoridad sanitaria correspondiente. Dicha autorización especificará las técnicas cuya aplicación se autoriza en cada caso.

Artículo 9°. – Órgano rector

El Ministerio de Salud, la Superintendencia Nacional de Salud y los Gobiernos Regionales serán las encargadas de proponer y aprobar las medidas necesarias para el cumplimiento de la presente Ley.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. - Sobre el presupuesto y gastos al erario del Estado a la presente Ley.

La presente Ley no irrogará gastos al Estado toda vez que se trata de una regulación a la Ley General de Salud, debido al vacío en nuestro ordenamiento jurídico peruano y lo que respecta para los casos que reproducción humana asistida en los hospitales y centros o servicios de salud debidamente autorizados por la autoridad sanitaria, será aplicado y ejecutado con los recursos que el Presupuesto General de la República asigna habitualmente para el sector Salud, la misma a la que se accederá de forma progresiva, priorizando los sectores de mayor vulnerabilidad económica, como política pública, ergo que su implementación será conforme lo dispone la Undécima Disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú.

SEGUNDA. - Reglamentación

Por Decreto Supremo y dentro de los 90 días hábiles de la vigencia de la presente ley, se dictarán las medidas reglamentarias y complementarias para su mejor aplicación y ejecución.

TERCERA. - Derogación.

Deróguense o déjense sin efecto las normas que se opongan a la presente ley.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA * ESTELITA S. BUSTOS ESPINOZA *

ESTELITA SONIA BUSTOS ESPINOZA
Congresista de la República

Rizleth Robles

Marita Herrera A.

Sonia Echevarría

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. ANTECEDENTES

Mediante la presente iniciativa legislativa tiene como objeto regular la maternidad solidaria usando las técnicas de reproducción asistida así como legislar el derecho humano a ser madre, siendo de carácter progresivo, atendiendo y priorizando a los ciudadanos en situación de vulnerabilidad económica que deseen tener descendencia y que tengan previamente el diagnóstico de infértil y/o infértiles acreditado por el médico especialista, asimismo se evidencia que en la actual Ley General de Salud, Articulo 7°, sólo se faculta el acceso a la técnica de reproducción asistida a la madre gestante y la madre genética cuando recaiga en la misma persona que presente infertilidad y no cuando participe una tercera persona que acceda voluntaria y solidariamente a colaborar con dicha técnica mediante un vientre subrogado de carácter altruista mediante un acuerdo de voluntades basándose en las normas e impedimentos contractuales de nuestro código civil.

Es por ello que nuestra propuesta legislativa pretende regular lo expresado en el párrafo anterior modificando el artículo 7° de la Ley General de Salud e incorporando el artículo 7° A del mismo cuerpo normativo que regula el procedimiento referido al aporte genético femenino y/o gameto masculino para su concepción de al menos de algunos de los padres, para la figura de la maternidad subrogada, así también se precisa que la gestante colaboradora que voluntariamente desee llevar en su vientre al embrión, no sea considerada como progenitora, aunado a que los padres de intención presenten diagnósticos de infertilidad podrán recurrir a donantes voluntarios.

Ante los evidentes vacíos legislativos existentes en nuestro ordenamiento jurídico, es preciso y conveniente presentar la presente propuesta legislativa que establece los requisitos necesarios para acceder al derecho humano a fundar una familia, así como de las prohibiciones de ley para evitar la

comercialización de embriones y/o gametos ya crioconservados, impidiendo así actos que favorezcan al tráfico y la trata de personas en cualquiera de sus formas.

Por otro lado, tenemos, como casuística el caso de los esposos de Nacionalidad Chilena a quienes le declararon fundado el requerimiento de prisión preventiva por el presunto delito de trata de personas, toda vez que fueron intervenidos en circunstancias que intentaron trasladar del país a dos bebés recién nacidos, empero nuestra Constitución Política del Perú dispone que en el Art. 2° establece que toda persona tiene derecho: inciso 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia a. ***Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.*** (La negrita y cursiva es nuestra), en razón a ello ante la falta de regulación precisa y detallada de la norma, se tiene que la misma que debe ser clara y sencilla y perseguir el objeto de lo que se pretende legislar y no caer en la subsunción de los hechos acaecidos del referido caso y/o en conductas punibles debido a la imprecisión de la norma o falta de interpretación discrecional del operador de justicia, a fin de no caer en abuso del derecho, es por ello que se pretende evitar en imprecisiones vagas y ambigüedades estando a que el Derecho Penal es de última ratio y para la medida cautelar de prisión preventiva se debe agotar todos los medios probatorios y no caer en un sistema meramente inquisitivo como ocurrió con la pareja extranjera que acudió a dicha técnica, si bien regulamos dicha técnica humana reproductiva también precisamos disposiciones a fin de evitar actos que favorezcan a la trata de personas.

Finalmente se tiene que si bien la Casación 563-2011 resolvió un caso de vientre de alquiler, la misma precisó que la maternidad subrogada o asistida no está prohibida por ley, disponiendo en la sentencia de la Corte Suprema que estos casos se resuelven priorizando el interés superior del niño y del adolescente y el derecho a la familia, así como la protección por sus integrantes, no obstante, se necesita que dicha casación tenga rango de Ley.

II. JUSTIFICACIÓN

La presente iniciativa legislativa se justifica por los vacíos legislativos que presenta nuestro ordenamiento jurídico Peruano, debido a las imprecisiones de la maternidad subrogada de carácter solidario y reservado, asimismo se establece como política pública, salvaguardar el derecho humano a ser madre de carácter progresivo para las familias de escasos recursos que no puedan acceder a este método de reproducción humana asistida, priorizando aquellos sectores de mayor vulnerabilidad económica que deseen tener descendencia, asignándose progresivamente el presupuesto del Estado para la ejecución de la misma, conforme lo dispone la undécima Disposición final y transitoria de nuestra Constitución Política del Perú.

III. MARCO NORMATIVO

ÁMBITO NACIONAL

CONSTITUCIÓN POLITÍCA DEL PERÚ

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

Artículo 2°. - Toda persona tiene derecho:

1. A la vida "(...) y a su libre desarrollo y bienestar (...)"
2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de "(...) condición económica o de cualquier otra índole".

14. A contratar con fines lícitos siempre que no se contravengan leyes de orden público.

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

    a. Nadie está obligado a hace lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

Artículo 3°. - La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los

principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Artículo 4°. – La comunidad y el Estado protege especialmente al niño, adolescente y a la madre (...) también protegen a la familia (...).

Artículo 6°. – La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud.

Artículo 9°. – El estado determina la política nacional de salud. El poder ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos los accesos equitativos a los servicios de salud.

Artículo 11°. - El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud (...)

Artículo 44°. - Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población (...) y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS

Undécima. - Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente.

Cuarta. - Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

LEY N°26842 LEY GENERAL DE SALUD

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.

CÓDIGO CIVIL PERUANO

Incapacidad absoluta

Artículo 43°. - Son absolutamente incapaces:

1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.

(*) RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS

2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.

CONCORDANCIAS: D.LEG.N° 1310, Art. 4 (Curatela especial para personas adultas mayores para efectos pensionarios y devolución del FONAVI)

3.- Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable. (*)

(*) Numeral derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 29973, publicada el 24 diciembre 2012.

CONCORDANCIAS: D.S. N° 014-2005-SA, Art. 35° (Condiciones y requisitos del donante cadavérico)

Incapacidad relativa

Artículo 44°. - Son relativamente incapaces:

1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.

2.- Los retardados mentales.

3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.

4.- Los pródigos.

5.- Los que incurren en mala gestión.

6.- Los ebrios habituales.

7.- Los toxicómanos.

8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

ÁMBITO INTERNACIONAL

PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Artículo 10°. -

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

(SAN JOSÉ, 1969)

Artículo 17°. - Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

DEL PROTOCOLO DE SAN SALVADOR

Derecho a la Salud

Artículo 10°. -

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

a. La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;

b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;

f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

CASACIÓN 563-2011

Resolvió un caso de vientre de alquiler, la misma precisó que la maternidad subrogada o asistida no está prohibida por ley, disponiendo en la sentencia de la Corte Suprema que estos casos se resuelven priorizando el interés superior del niño y del adolescente y el derecho a la familia, así como la protección por sus integrantes, no obstante, se necesita que dicha casación tenga rango de Ley

IV. ANTECEDENTE

El proyecto de Ley Nº 3913/2018-CR, "Ley que garantizar el acceso a técnicas de reproducción humana asistida" presentado por el congresista Richard Acuña Núñez, del Grupo Parlamentario de Alianza para el Progreso, empero difiere con nuestra iniciativa legislativa, toda vez que nuestra propuesta modifica el artículo 7° e incorpora el artículo 7-A a la Ley N° 26842 "Ley General de Salud", asimismo regula los requisitos esenciales para acceder al procedimiento de la maternidad solidaria mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, el mismo que deberá ser considerado como derecho humano a ser madre, siendo de carácter progresivo conforme al presupuesto del Estado, mientras la otra iniciativa regula el registro nacional del donante, requisitos para la cobertura de la atención, campañas de difusión, nuevas técnicas de reproducción, asimismo tipifica el delito de intermediación onerosa de embriones y gametos conservados.

V. ANÁLISIS DE COSTO BENEFICIO

La aprobación y vigencia del presente proyecto de ley no genera costo económico al Estado y, por el contrario regula y contribuye al fortalecimiento de políticas públicas orientadas a promover y proteger el derecho a formar familia con cargo al presupuesto destinado al sector salud en caso de familias de escasos recursos que recurran a dicha técnica y de carácter progresivo conforme al presupuesto del Estado, dispuesta en la Undécima final y transitoria de nuestra constitución política del Perú, así como otorgar a los jueces herramientas legales para resolver problemas, cuando se le presenten casos ambiguos de resolver como filiación y sucesión con fines de determinar quiénes son los padres naturales y legales de las personas procreadas mediante el uso de las técnicas de reproducción humana asistida.

VI. VINCULACIÓN CON LA AGENDA LEGISLATIVA Y EL ACUERDO NACIONAL

CON EL ACUERDO NACIONAL

La presente iniciativa legislativa tiene relación con la Primera Política de Estado del Acuerdo Nacional:

EQUIDAD Y JUSTICIA SOCIAL

Política 11°. - Promoción de la igualdad de oportunidades sin discriminación

Con este objetivo el Estado: (a) combatirá toda forma de discriminación, promoviendo la igualdad de oportunidades.

Política 13°. - Acceso universal a los servicios de salud y a la seguridad social

Con este objetivo el Estado: (f) ampliará y descentralizará los servicios de salud, especialmente en las áreas más pobres del país, priorizándolos hacia las madres (...) (h) promoverá la maternidad saludable (...), con libre elección de los métodos y sin coerción (i) promoverá el acceso gratuito y masivo de la población a los servicios públicos de salud y la participación regulada y complementaria del sector privado.

Política 16°. - Fortalecimiento de la familia, protección y promoción de la niñez, la adolescencia y la juventud.

Con este objetivo el Estado: (b) promoverá la paternidad y la maternidad responsables.

CON LA AGENDA LEGISLATIVA

La Agenda Legislativa es un instrumento de la gestión estratégica del Congreso de la República, que busca fortalecer la función legislativa a partir del debate ordenado de los temas o proyectos de ley priorizados

por los Grupos Parlamentarios. Asimismo, de acuerdo al mecanismo establecido en el segundo párrafo del artículo 29° del Reglamento del Congreso, su aprobación anual permite concretizar la relación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. El beneficio de contar con este instrumento de planificación es tener presente cuáles son las prioridades del trabajo legislativo, así como una mayor predictibilidad del mismo.

Con relación a la Agenda Legislativa 2017-2018, aprobada por Resolución Legislativa del Congreso N° 004-2017-2018-CR, el proyecto se encuentra vinculado con las temáticas de promoción de la igualdad de oportunidades sin discriminación, acceso universal a los servicios de salud y a la seguridad social, y el fortalecimiento de la familia, protección y promoción de la niñez, la adolescencia y la juventud.

VII. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El efecto de la vigencia sobre la legislación nacional, no colisiona con la Constitución Política del Perú, esta iniciativa legislativa ayuda a solucionar una serie de problemas por las que atraviesan las parejas matrimoniales respecto a temas de infertilidad ergo que se ampara para los casos del Derecho humano a ser madre y conforme al presupuesto del Estado a la Undécima final y transitoria de nuestra Constitución Política del Perú.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS[*]

CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS ("FECUNDACIÓN *IN VITRO*") VS. COSTA RICA

RESUMEN OFICIAL EMITIDO POR LA CORTE INTERAMERICANA

DE LA SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2012
(EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS)

El presente caso se relaciona los efectos de la sentencia emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica de 15 de marzo de 2000, mediante la cual se declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo No. 24029-S, en el cual se regulaba la técnica de Fecundación In Vitro (FIV) en el país. Esta sentencia implicó que se prohibiera la FIV en Costa Rica, y en particular, generó que algunas de las víctimas del presente caso debieran interrumpir el tratamiento médico que habían iniciado, y que otras se vieron obligadas a viajar a otros países para poder acceder a la FIV.

El 28 de noviembre de 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte Interamericana", "la Corte" o "el Tribunal") emitió la Sentencia, en la cual desestimó las excepciones preliminares interpuesta por el Costa Rica (en adelante el "Estado"). Asimismo, la Corte declaró a Costa Rica responsable internacionalmente por haber vulnerado el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, a la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación, consagrados en los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, German Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, Maria del Socorro Calderón P., Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriester Rojas Carranza.

I. Excepciones preliminares

El Estado interpuso tres expeciones preliminares: i) la falta de agotamiento de recursos internos; ii) la extemporaneidad de la petición presentada por Karen Espinoza y Héctor

[*] Integrada por los siguientes jueces: Diego García-Sayán, Presidente;, Leonardo A. Franco, Juez; Margarette May Macaulay, Jueza; Rhadys Abreu Blondet, Jueza, Eduardo Vio Grossi, Juez, y Alberto Pérez Pérez, Juez. El Juez, Manuel E. Ventura Robles, de nacionalidad costarricence, no participó en el presente caso de conformidad con el artículo 19.1 del Reglamento de la Corte. El Secretario del Tribunal es Pablo Saavedra Alessandri y la Secretaria Adjunta es Emilia Segares Rodríguez.

Jiménez, y iii) la incompetencia de la Corte Interamericana para conocer de hechos sobrevinientes a la presentación de la petición.

Al analizar su procedencia, la Corte desestimó las tres excepciones preliminares interpuestas por Costa Rica: i) respecto a la expeción preliminar de previo agotamiento de los recursos internos, el Tribunal manifestó que era irrazonable exigir a las víctimas que tuvieran que seguir agotando recursos de amparo si la más alta instancia judicial en materia constitucional se había pronunciado sobre los aspectos específicos que controvierten las presuntas víctimas¡, y que la función de dicho recurso en el ordenamiento jurídico interno no era idónea para proteger la situación jurídica infringida y, en consecuencia, no podía ser considerado como un recurso interno que debió ser agotado; ii) con relación a la excepción de extemporaneidad de la petición presentada por Karen Espinoza y Héctor Jiménez, el Tribunal destacó que el presente caso exigía una interpretación del requisito de los 6 meses establecido en el artículo 46.1.b, por cuanto una pareja podía tomar meses o años en decidir si acude a una determinada técnica de reproducción asistida o a otras alternativas, de manera que no era posible generar en las presuntas víctimas una carga de tomar una decisión de presentar una petición ante el Sistema Interamericano en un determinado periodo de tiempo, y iii) por último, sobre la excepción de la incompetencia de la Corte Interamericana para conocer de hechos sobrevinientes a la presentación de la petición, el Tribunal consideró que no correspondía pronunciarse de forma preliminar sobre el marco fáctico del caso, ya que dicho análisis correspondía al fondo del caso.

II. Fondo

a. Síntesis de los hechos principales

La infertilidad puede ser definida como la imposibilidad de alcanzar un embarazo clínico luego de haber mantenido relaciones sexuales sin protección durante doce meses o más. Las técnicas o procedimientos de reproducción asistida son un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo, las cuales incluyen "la manipulación, tanto de ovocitos como de espermatozoides, o embriones […] para el establecimiento de un embarazo". Por su parte, la FIV es "un procedimiento en el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con esperma en un procedimiento de laboratorio, una vez concluido esto el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer". Esta técnica se aplica cuando la infertilidad se debe a la ausencia o bloqueo de las trompas de Falopio de la mujer, es decir, cuando un óvulo no puede pasar hacia las trompas de Falopio para ser fertilizado y posteriormente implantado en el útero, o en casos donde la infertilidad recae en la pareja de sexo masculino, así como en los casos en que la causa de la infertilidad es desconocida. Las fases que se siguen durante el la FIV son las siguientes: i) inducción a la ovulación; ii) aspiración de los óvulos contenidos en los ovarios; iii) inseminación de óvulos con espermatozoides; iv) observación del proceso de fecundación e incubación de los embriones, y v) transferencia embrionaria al útero materno.

El primer nacimiento de un bebe producto de la FIV ocurrió en Inglaterra en 1978. En Latinoamérica, el nacimiento del primer bebe producto de la FIV y la transferencia embrionaria fue reportado en 1984 en Argentina. Desde que fuera reportado el nacimiento de la primera persona como resultado de Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante "TRA"), "cinco millones de personas han nacido en el mundo gracias a los avances de esta [tecnología]". Asimismo, "[a]nualmente, se realizan millones de procedimientos de TRA. Las estimaciones para 2008, comprenden 1.600.000 tratamientos que dieron origen a 400.000 personas nacidas entre 2008 y septiembre de 2009" en el mundo. En Latinoamérica "se

estima que entre 1990 y 2010 150.000 personas han nacido" de acuerdo con el Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida.

En Costa Rica, el Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, autorizaba la práctica de la FIV para parejas conyugales y regulaba su ejecución. En su artículo 1° el Decreto Ejecutivo regulaba técnicas de reproducción asistida entre cónyuges, y establecía reglas para su realización. La FIV fue practicada en Costa Rica entre 1995 y 2000 y en ese lapso nacieron 15 costarricenses.

El 7 de abril de 1995 se presentó una acción de inconstitucionalidad contra dicho Decreto Ejecutivo, utilizando diversos alegatos sobre violación del derecho a la vida. El 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema emitió sentencia, mediante la cual declaró "con lugar la acción [y] se anula por inconstitucional […] el Decreto Ejecutivo No. 24029-S". Las razones esgrimidas por la Sala Constitucional para motivar su decisión fueron, en primer lugar, la "infracción del principio de reserva legal", debido a que concluyó que el Decreto Ejecutivo regulaba el "derecho a la vida y a la dignidad del ser humano", razón por la cual "[l]a regulación de estos derechos por el Poder Ejecutivo resulta[ba] incompatible con el Derecho de la Constitución", por cuanto "solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales". En segundo lugar, la Sala Constitucional determinó que las prácticas de FIV "atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano", por cuanto: i) "[e]l ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida"; ii) "en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico", y iii) "como el derecho [a la vida] se declara a favor de todos, sin excepción, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer".

Finalmente, la Sala Constitucional concluyó:

> El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. […] La objeción principal de la sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos. […] Según la Sala ha podido constatar, la aplicación de la Técnica de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana. Este Tribunal sabe que los avances de la ciencia y la biotecnología son tan vertiginosos que la técnica podría llegar a ser mejorada de tal manera, que los reparos señalados aquí desaparezcan. Sin embargo, las condiciones en las que se aplica actualmente, llevan a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos – voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de ésta – viola su derecho a la vida, por lo que la técnica no es acorde con el Derecho de la Constitución y por ello el reglamento cuestionado es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida, debe dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente su aplicación, al menos, se insiste, mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas. (Añadido fuera del texto original)

De la prueba que obra en el expediente, Costa Rica es el único Estado en el mundo que prohíbe de manera expresa la FIV.

Por otra parte, la Corte realizó un recuento de la situación particular de las nueve parejas que son víctimas en el presente caso, en el cual se evidenció: i) las causas de infertilidad de

cada pareja; ii) los tratamientos a los cuales recurrieron para combatir dicha condición; iii) las razones por las cuales acudieron a la FIV; iv) los casos en que se interrumpió el tratamiento para realizar la FIV debido a la sentencia de la Sala Cuarta, y v) los casos en que las parejas debieron viajar al exterior para realizarse dicho procedimiento.

b. Conclusiones y determinaciones de la Corte

1. Alcance de los derechos a la integridad personal, libertad personal y vida privada y familiar en el presente caso

El artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. Además, esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.

Además, la Corte señaló que el artículo 17 de la Convención Americana reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia.

Asimismo, el Tribunal indicó que el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Por tanto, los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud. La falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva. Respecto a los derechos reproductivos, se indicó que dichos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.

Finalmente, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los

mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias *de iure* o *de facto* para ejercer las decisiones reproductivas.

La Corte consideró que el presente caso se trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas.

2. Efectos de la prohibición absoluta de la FIV

El Tribunal constató que la Sala Constitucional consideró que si la técnica de la FIV podía realizarse respetando un concepto de protección absoluta de la vida del embrión, ésta podría ser practicada en el país. Sin embargo, la Corte consideró que si bien en la sentencia de la Sala Constitucional se utilizaron palabras condicionantes para admitir la práctica de la FIV en el país, lo cierto es que doce años después de emitida la sentencia, dicha técnica no se realiza en Costa Rica. Por ello, el Tribunal estimó que la "condición suspensiva" establecida en la sentencia, hasta el momento, no ha producido efectos prácticos reales. Por ello, sin entrar a catalogarla como prohibición "absoluta" o "relativa", fue posible concluir que la decisión de la Sala Constitucional ocasionó como hecho no controvertido que la FIV no se practique en el territorio costarricense y que, por tanto, las parejas que deseen a acudir a dicha técnica, no pueden llevarla a cabo en su país. Además, debido a que la Sala Constitucional condicionó la posibilidad de realizar la técnica a que no hubiera pérdida embrionaria alguna en la aplicación de la misma, esto implica, en la práctica, una prohibición de la misma, toda vez que la prueba en el expediente indicó que, hasta el momento, no existe una opción para practicar la FIV sin que exista alguna posibilidad de pérdida embrionaria.

Asimismo, dicha sentencia generó la interrupción del tratamiento médico que habían iniciado algunas de las presuntas víctimas del presente caso, mientras que otras se vieron obligadas a viajar a otros países para poder acceder a la FIV. Estos hechos constituyeron una interferencia en la vida privada y familiar de las víctimas, quienes debieron modificar o variar las posibilidades de acceder a la FIV, lo cual constituía una decisión de las parejas respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos. La Corte precisó que la injerencia en el presente caso no se encuentra relacionada con el hecho de que las familias hayan o no podido tener hijos, pues aún si hubieran podido acceder a la técnica de la FIV, no es posible determinar si dicho objetivo se hubiera podido alcanzar, por lo que la injerencia se circunscribe a la posibilidad de tomar una decisión autónoma sobre el tipo de tratamientos que querían intentar para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos.

3. Interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana en lo relevante para el presente caso

La decisión de la Sala Constitucional consideró que la Convención Americana exigía prohibir la FIV tal como se encontraba regulada en el Decreto Ejecutivo, por lo que la Sala interpretó el artículo 4.1 de la Convención en el entendido de que dicho artículo exigía una protección absoluta del embrión. Sin embargo, esta Corte es la intérprete autorizada de la Convención, por lo cual estimó relevante analizar si la interpretación de la Convención que sustentó las injerencias ocurridas era admisible a la luz de dicho tratado y teniendo en cuenta las fuentes de derecho internacional pertinentes. En particular, la Corte examinó el alcance de los artículos 1.2 y 4.1 de la Convención Americana respecto a las palabras "persona", "ser humano", "concepción" y "en general". Para ello, se realizó una interpretación: i) conforme

al sentido corriente de los términos; ii) sistemática e histórica; iii) evolutiva, y iv) del objeto y fin del tratado.

3.1. Interpretación conforme al sentido corriente de los términos

En el presente caso, la Corte observó que el concepto de "persona" es un término jurídico que se analiza en muchos de los sistemas jurídicos internos de los Estados Parte. Sin embargo, para efectos de la interpretación del artículo 4.1, la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el tratado respecto a la "concepción" y al "ser humano", términos cuyo alcance debe valorarse a partir de la literatura científica.

El Tribunal hizo notar que la prueba en el expediente evidenciaba como la FIV transformó la discusión sobre cómo se entendía el fenómeno de "la concepción". En efecto la FIV refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación. Por tal razón, la definición de "concepción" que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado.

La Corte observó que en el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes del término "concepción". Una corriente entiende "concepción" como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto. Cierta prueba científica considera al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión. Otra corriente entiende "concepción" como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero. Lo anterior, debido a que la implantación del óvulo fecundado en el útero materno faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión.

Por otra parte, respecto a la controversia de cuándo empieza la vida humana, la Corte considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida. Sin embargo, para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten.

No obstante lo anterior, la Corte consideró que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término "concepción". Al respecto, la Corte resaltó que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observó que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constató que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un "ser humano", lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo.

En este sentido, la Corte entendió que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “Gonodatropina Coriónica”, que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entendió que el término “concepción” desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual consideró que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, la expresión "en general" permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones.

3.2. Interpretación sistemática e histórica

La Sala Constitucional y el Estado sustentaron sus argumentos a partir de una interpretación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. En particular, el Estado afirmó que otros tratados distintos a la Convención Americana exigen la protección absoluta de la vida prenatal. Por tanto, la Corte analizó alegato a partir de una valoración general de lo dispuesto por los sistemas de protección respecto a la protección del derecho a la vida, en particular: i) el Sistema Interamericano; ii) el Sistema Universal; iii) el Sistema Europeo, y iv) el Sistema Africano. Asimismo, la Corte estudió los trabajos preparatorios de dichos tratados.

3.2.1. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

De los antecedentes de la Declaración Americana, la Corte consideró que los trabajos preparatorios no ofrecían una respuesta definitiva sobre el punto en controversia.Respecto a la Convención Americana, la Corte observó que durante los trabajos preparatorios se utilizaron los términos “persona” y “ser humano” sin la intención de hacer una diferencia entre estas dos expresiones. El artículo 1.2 de la Convención precisó que los dos términos deben entenderse como sinónimos. Por tanto, la Corte concluyó que los trabajos preparatorios de la Convención indican que no prosperaron las propuestas de eliminar la expresión “y, en general, desde el momento de la concepción”, ni la de las delegaciones que pedían eliminar solo las palabras "en general”.

Por otra parte, la Corte indicó que la expresión “toda persona” es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana y de la Declaración Americana. Al analizar todos estos artículos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos. Asimismo, teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer, se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer. Por todo lo anterior, la Corte concluyó que la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión.

3.2.2. Sistema Universal de Derechos Humanos

La Corte señaló que la expresión “ser humano”, utilizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de acuerdo con los trabajos preparatorios, no fue entendida en el sentido de incluir al no nacido. Asimismo, indicó que los trabajos preparatorios del artículo 6.1 del PIDCP indican que los Estados no pretendían tratar al no nacido como persona y otorgarle el mismo nivel de protección que a las personas nacidas. Igualmente, manifestó que las decisiones Comité de Derechos Humanos permiten afirmar que del PIDCP no se deriva una protección absoluta de la vida prenatal o del embrión.

Respecto a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, la Corte señaló que los informes del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (en adelante Comité de la “CEDAW” por sus siglas en ingles) dejan en claro que los principios fundamentales de igualdad y no discriminación exigen privilegiar los derechos de la mujer embarazada sobre el interés de proteger la vida en formación.

Por último, indicó que los artículos 1 y 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño no se refieren de manera explícita a una protección del no nacido. El Preámbulo hace referencia a la necesidad de brindar “protección y cuidado especiales […] antes […] del nacimiento". Sin embargo, los trabajos preparatorios indican que esta frase no tuvo la intención de hacer extensivo al no nacido lo dispuesto en la Convención, en especial el derecho a la vida.

3.2.3. Sistema Europeo de Derechos Humanos

La antigua Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (en adelante el “TEDH”) se han pronunciado sobre el alcance no absoluto de la protección de la vida prenatal en el contexto de casos de aborto y de tratamientos médicos relacionados con la fecundación in vitro. Así, por ejemplo en el *Caso Paton vs. Reino Unido* la Comisión Europea de Derechos Humanos sostuvo que los términos en que está redactada el CEDH “tienden a corroborar la apreciación de que [el artículo 2] no incluye al que está por nacer”. Agregó que reconocer un derecho absoluto a la vida prenatal sería “contrario al objeto y propósito de la Convención”.

Por su parte, en el *Caso Vo. Vs. Francia*, el Tribunal Europeo señaló que “se puede considerar que los Estados están de acuerdo que el embrión/el feto es parte de la raza humana[, pero l]a potencialidad de este ser y su capacidad de convertirse en persona […] requiere protección en el nombre de la dignidad humana, sin hacerlo una “persona” con el “derecho a la vida”. Respecto a casos relacionados con la práctica de la FIV, el TEDH se pronunció en el caso *Evans Vs. Reino Unido*, en el cual confirmó que “los embriones creados por el peticionario [y su pareja] no tienen el derecho a la vida dentro del significado del artículo 2 de la Convención y que no ha, por lo tanto, habido una violación a tal provisión”. Mientras que en los *Casos S.H. Vs. Austria*, *y Costa y Pavan Vs. Italia*, que trataron, respectivamente, de la regulación de la FIV respecto a la donación de óvulos y espermatozoides por terceros, y del diagnóstico genético preimplantacional, el TEDH ni siquiera se refirió a una presunta violación de un derecho propio de los embriones.

3.2.4. Sistema Africano de Derechos Humanos

La Corte indicó que el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos Relativo a los Derechos de la Mujer (Protocolo de Maputo), no se pronuncia sobre el inicio de la vida, y además establece que los Estados deben tomar medidas adecuadas para “proteger los derechos reproductivos de la mujer, permitiendo el aborto con medicamentos

en casos de agresión sexual, violación e incesto y cuando la continuación del embarazo ponga en peligro la salud mental y física de la embarazada o la vida de la embarazada o del feto".

3.2.5. Conclusión sobre la interpretación sistemática

La Corte concluyó que la Sala Constitucional se basó en el artículo 4 de la Convención Americana, el artículo 3 de la Declaración Universal, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. No obstante, de ninguno de estos artículos o tratados era posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona en los términos del artículo 4 de la Convención. Tampoco era posible desprender dicha conclusión de los trabajos preparatorios o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana.

3.3. Interpretación evolutiva

En el presente caso, la interpretación evolutiva era de especial relevancia, teniendo en cuenta que la FIV es un procedimiento que no existía al momento en el que los redactores de la Convención adoptaron el contenido del artículo 4.1 de la Convención. Por tanto, la Corte analizó dos temas: i) los desarrollos pertinentes en el derecho internacional y comparado respecto al status legal del embrión, y ii) las regulaciones y prácticas del derecho comparado en relación con la FIV.

3.3.1. El estatus legal del embrión

La Corte hizo referencia al Convenio de Oviedo, a varios casos del Tribunal Europeo y a una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para concluir que las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida. Asi, por ejemplo, en el en el *Caso Costa y Pavan Vs. Italia*, el TEDH, en sus consideraciones previas sobre el derecho europeo relevante para el análisis del caso, resaltó que en "el caso Roche c. Roche y otros [...], la Corte Suprema de Irlanda ha establecido que el concepto del niño por nacer ("unborn child") no se aplica a embriones obtenidos en el marco de una fecundación in vitro, y estos últimos no se benefician de la protección prevista por el articulo 40.3.3 de la Constitución de Irlanda que reconoce el derecho a la vida del niño por nacer".

3.3.2. Regulaciones y prácticas sobre la FIV en el derecho comparado

La Corte consideró que, a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas especificas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, éstos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. El Tribunal consideró que estas prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.

3.4. El principio de interpretación más favorable y el objeto y fin del tratado

Los antecedentes que se han analizado hasta el momento permiten inferir que la finalidad del artículo 4.1 de la Convención es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la Convención. En ese sentido, la clausula "en general" tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. En otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos.

En consecuencia, no es admisible el argumento del Estado en el sentido de que sus normas constitucionales otorgan una mayor protección del derecho a la vida y, por consiguiente, procede hacer prevalecer este derecho en forma absoluta. Por el contrario, esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado.

Por tanto, la Corte concluyó que el objeto y fin de la clausula "en general" del artículo 4.1 es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el caso que ocupa la atención de la Corte, basta señalar que dicho objeto y fin implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos.

3.5. Conclusión de la interpretación del artículo 4.1

La Corte utilizó los diversos métodos de interpretación, los cuales llevaron a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.

4. Proporcionalidad de la medida de prohibición

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En el presente caso, la Corte resaltó que el “derecho absoluto a la vida del embrión” como base para la restricción de los derechos involucrados, no tiene sustento en la Convención Americana, razón por la cual no fue necesario un análisis en detalle de cada uno de dichos requisitos, ni valorar las controversias respecto a la declaración de inconstitucionalidad en sentido formal por la presunta violación del principio de la reserva de ley.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal estimó pertinente exponer la forma en que el sacrificio de los derechos involucrados en el presente caso fue desmedido en relación con las ventajas que se aludían con la protección del embrión. Para esto, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción de la protección de la vida prenatal, sin hacer nugatorio los derechos a la vida privada y a fundar una familia. La Corte efectuará una

ponderación en la que analizará: i) la severidad de la interferencia ocurrida en los derechos a la vida privada y familiar. Asimismo, esta severidad es analizada desde el impacto desproporcionado relacionado con: ii) la discapacidad, iii) el género y iv) la situación socioeconómica. Finalmente se evaluarán v) los alegados logros alcanzados en la persecución de la finalidad buscada con la interferencia.

4.1. Severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso

La Corte consideró que una de las injerencias directas en la vida privada se relaciona con el hecho de que la decisión de la Sala Constitucional impidió que fueran las parejas quienes decidieran sobre si deseaban o no someterse en Costa Rica a este tratamiento para tener hijos. La injerencia se hace más evidente si se tiene en cuenta que la FIV es, en la mayoría de los casos, la técnica a la que recurren las personas o parejas después de haber intentado otros tratamientos para enfrentar la infertilidad (por ejemplo, el señor Vega y la señora Arroyo se realizaron 21 inseminaciones artificiales) o, en otras circunstancias, es la única opción con la que cuenta la persona para poder tener hijos biológicos, como en el caso del señor Mejías Carballo y la señora Calderón Porras.

El Tribunal estableció que dicha injerencia implicaba una severidad en la limitación, por cuanto, en primer lugar, la prohibición de la FIV impactó en la intimidad de las personas, toda vez que, en algunos casos, uno de los efectos indirectos de la prohibición ha sido que, al no ser posible practicar esta técnica en Costa Rica, los procedimientos que se impulsaron para acudir a un tratamiento médico en el extranjero exigían exponer aspectos que hacían parte de la vida privada. En segundo lugar, respecto a la afectación de la autonomía personal y del proyecto de vida de las parejas, la Corte observó que la FIV suele practicarse como último recurso para superar graves dificultades reproductivas. Su prohibición afecta con mayor impacto los planes de vida de las parejas cuya única opción de procrear es la FIV. En tercer lugar, se vio afectada la integridad psicológica de las personas al negarles la posibilidad de acceder a un procedimiento que hace posible desplegar la libertad reproductiva deseada. De manera que, por las razones señaladas, las parejas sufrieron una interferencia severa en relación con la toma de decisiones respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos.

4.2. Severidad de la interferencia como consecuencia de la discriminación indirecta por el impacto desproporcionado respecto a discapacidad, género y situación económica

La Corte ha señalado que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. El concepto de la discriminación indirecta implica que una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas. Es posible que quien haya establecido esta norma o práctica no sea consciente de esas consecuencias prácticas y, en tal caso, la intención de discriminar no es lo esencial y procede una inversión de la carga de la prueba. La Corte consideró que el concepto de impacto desproporcionado está ligado al de discriminación indirecta, razón por la cual se analizó si en el presente caso existió un impacto desproporcionado respecto a discapacidad, género y situación económica.

4.2.1. Discriminación indirecta en relación con la condición de discapacidad

La Corte tomó nota que la Organización Mundial por la Salud (OMS) ha definido la infertilidad como "una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas". Por su parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que las personas con discapacidad "incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". La discapacidad resulta de la interacción entre las limitaciones funcionales de una persona y las barreras existentes en el entorno que impiden el ejercicio pleno de sus derechos y libertades.

Con base en estas consideraciones y teniendo en cuenta la definición desarrollada por la OMS según la cual la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo, la Corte consideró que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Dicha condición demandaba una atención especial para que se desarrollara la autonomía reproductiva.

4.2.2. Discriminación indirecta en relación con el género

La Corte consideró que la prohibición de la FIV pudo afectar tanto a hombres como a mujeres y les pudo producir impactos desproporcionados diferenciados por la existencia de estereotipos y prejuicios en la sociedad. En este sentido, si bien la infertilidad puede afectar a hombres y mujeres, la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres. Aunque la prohibición de la FIV no está expresamente dirigida hacia las mujeres, y por lo tanto aparece neutral, tiene un impacto negativo desproporcional sobre ellas.

Al respecto, el Tribunal resaltó que se interrumpió el proceso inicial de la FIV (inducción a la ovulación) en varias de las parejas, tuvo un impacto diferenciado en las mujeres porque era en sus cuerpos donde se concretizaba esta intervención inicial destinada a realizar el proyecto familiar asociado a la FIV. Dado que en todo procedimiento de FIV las mujeres reciben una estimulación hormonal para la inducción ovárica, ello generaba un fuerte impacto en los casos donde se interrumpía el tratamiento como consecuencia de la prohibición y en aquellos casos donde los procedimientos realizados fuera del país exigieron cargas adicionales. Por otra parte, se hizo referencia a los estereotipos que tuvieron impacto en los casos de infertilidad masculina. La Corte resaltó que estos estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos. El Tribunal no validó dichos estereotipos y tan solo los reconoció y visibilizó para precisar el impacto desproporcionado de la interferencia generada por la sentencia de la Sala Constitucional.

4.2.3. Discriminación indirecta en relación con la situación económica

Finalmente, el Tribunal destacó que la prohibición de la FIV tuvo un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para practicarse la FIV en el extranjero.

4.3. Controversia sobre la alegada pérdida embrionaria

La Corte observó que el Decreto declarado inconstitucional por la Sala Constitucional contaba con medidas de protección para el embrión, por cuanto establecía el número de óvulos que podían ser fecundados. Además, prohibía "desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes". En este sentido, existían medidas para que no se generara un "riesgo desproporcionado" en la expectativa de vida de los embriones. Por otra parte, de acuerdo a lo establecido en dicho Decreto, la única posibilidad de pérdida de embriones que era viable, era si estos no se implantaban en el útero de la mujer una vez se realizara la transferencia embrionaria.

La Corte consideró necesario profundizar en este último aspecto a partir de la prueba producida en el proceso ante el Tribunal en relación con las similitudes y diferencias respecto a la pérdida de embriones tanto en los embarazos naturales como en la FIV. Para el Tribunal fue suficiente constatar que la prueba obrante en el expediente era concordante en señalar que tanto en el embarazo natural como en el marco de la FIV existe pérdida de embriones. Asimismo, tanto el perito Zegers como el perito Caruso concordaron en señalar que las estadísticas sobre pérdida embrionaria en los embarazos naturales son poco medibles a comparación con la medición de las pérdidas en la FIV, lo cual limita el alcance que se procura dar a algunas de las estadísticas que se han presentado ante la Corte.

Teniendo en cuenta que la pérdida embrionaria ocurre tanto en embarazos naturales como cuando se aplica la FIV, el argumento de la existencia de manipulación consciente y voluntaria de células en el marco de la FIV sólo puede entenderse como ligado al argumento desarrollado por la Sala Constitucional en torno a la protección absoluta del derecho a la vida del embrión, el cual ha sido desvirtuado en secciones anteriores de la presente Sentencia. De manera que la Corte encontró desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica de la FIV.

El Tribunal reiteró que, precisamente, uno de los objetivos de la FIV es contribuir con la creación de vida, lo cual se evidencia con las miles de personas que han nacido gracias a este procedimiento. En suma, tanto en el embarazo natural como en técnicas como la de la inseminación artificial existe pérdida embrionaria. La Corte observó que existen debates científicos sobre las diferencias entre el tipo de pérdidas embrionarias que ocurren en estos procesos y las razones de las mismas. Pero lo analizado hasta el momento permite concluir que, teniendo en cuenta las pérdidas embrionarias que ocurren en el embarazo natural y en otras técnicas de reproducción que se permiten en Costa Rica, la protección del embrión que se buscaba a través de la prohibición de la FIV tenía un alcance muy limitado y moderado.

4.4. Conclusión sobre el balance entre la severidad de la interferencia y el impacto en la finalidad pretendida

Una ponderación entre la severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso y la importancia de la protección del embrión, permite afirmar que la afectación del derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia es severa y supone una violación de dichos derechos, pues dichos derechos son anulados en la práctica para aquellas personas cuyo único tratamiento posible de la infertilidad era la FIV. Asimismo, la interferencia tuvo un impacto diferenciado en las víctimas por su situación de discapacidad, los estereotipos de género y, frente a algunas de las presuntas víctimas, por su situación económica. En contraste, el impacto en la

protección del embrión es muy leve, dado que la pérdida embrionaria se presenta tanto en la FIV como en el embarazo natural con análogo grado de posibilidad. La Corte resaltó que el embrión antes de la implantación no está comprendido en los términos del artículo 4 de la Convención y recuerda el principio de protección gradual e incremental de la vida prenatal.

Por tanto, la Corte concluyó que la Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia. Asimismo, la interferencia tuvo efectos discriminatorios.

III. Reparaciones

La Corte estableció que su Sentencia constituye per se una forma de reparación y, adicionalmente, ordenó al Estado: i) tomar las medidas apropiadas para que quede sin efecto con la mayor celeridad posible la prohibición de practicar la fecundación in vitro y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimento al efecto; ii) el Estado deberá, a la brevedad, regular los aspectos que considere necesarios para su implementación y establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida, y iii) la Caja Costarricense de Seguro Social deberá incluir gradualmente la disponibilidad de la Fecundación in Vitro dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación.

Además, el Estado como reparación deberá: i) otorgar gratuitamente el tratamiento psicológico a las víctimas que así lo requieran; ii) publicar el resumen oficial elaborado por la Corte en el diario oficial, en un periódico de amplia circulación nacional y tenerlo disponible en un sitio web de la rama judicial; iii) implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación dirigidos a funcionarios judiciales, y iv) pagar indemnizaciones compensatorias por daño material e inmaterial a las víctimas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos supervisará el cumplimiento íntegro de la Sentencia y dará por concluido el caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la Sentencia.