



NOTA DE INFORMACIÓN REFERENCIAL N° 25/2022-2023 GFDD/ASISP/DIDP

GESTACIÓN SUBROGADA Y FIGURAS ANÁLOGAS

Grupo Funcional de Documentación Digital

Lima, 16 de setiembre de 2022
Av. Abancay 251, Edificio Complejo Legislativo -Of. 406, Cercado de Lima. Lima 1
Tel.: (511) 311-7777 Anexos 5431 y 5433
<https://www.congreso.gob.pe/Didp/>

GESTACIÓN SUBROGADA Y FIGURAS ANÁLOGAS

INDICE

Presentación	3
A. Conceptos y definiciones	3
• Infertilidad	4
• Técnicas de reproducción asistida	4
• Gestación subrogada, gestación por sustitución y técnicas similares	6
• Modalidades de la gestación por sustitución	7
• Participantes en la gestación por sustitución	8
• Convenio de gestación por sustitución	8
B. Marco normativo supranacional y disposiciones conexas	9
C. Marco normativo aplicable en el Perú	14
D. Jurisprudencia nacional relacionada	17
E. Marco normativo aplicada en otros países	22
F. Antecedentes del debate en el Parlamento peruano	25

PRESENTACIÓN

El Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria, a través del Área de Servicios de Investigación y Seguimiento Presupuestal ha elaborado la Nota de Información Referencial N° 25-2022–2023-GFDD/ASISP/DIDP, con el objetivo de brindar información respecto a la técnica de reproducción asistida conocida como gestación subrogada o gestación por sustitución y otras formas análogas de métodos aplicados para afrontar la infertilidad.

Para ello se ha revisado las fuentes de información disponibles en las entidades oficiales e instituciones académicas especializadas en esta materia, tanto en el Perú como en países de Iberoamérica.

De esta forma, esperamos poder brindar información de utilidad para la toma de decisiones en relación con esta materia.

A. CONCEPTOS Y DEFINICIONES

- Infertilidad

Según la Organización Mundial de Salud¹, la infertilidad «es una enfermedad del sistema reproductivo masculino o femenino consistente en la imposibilidad de conseguir un embarazo después de 12 meses o más de relaciones sexuales habituales sin protección.»²

La infertilidad primaria es la incapacidad de lograr un embarazo, mientras que la infertilidad secundaria se refiere a no poder conseguir un embarazo después de una concepción previa.

Una amplia diversidad de personas, tales como parejas heterosexuales, parejas del mismo sexo, personas de edad, personas que no mantienen relaciones sexuales y quienes padecen determinadas afecciones médicas, como algunas parejas serodiscordantes en relación con el VIH y personas que han sobrevivido al cáncer, pueden necesitar servicios de atención de la fecundidad y tratamiento de la infertilidad. Las disparidades en el acceso a los servicios de atención de la fecundidad afectan negativamente a los pobres, los solteros, las personas sin instrucción, los desempleados y otras poblaciones desatendidas y marginadas.³

Según datos de la Organización Mundial de la Salud⁴ este problema de salud afecta aproximadamente a 48 millones de parejas en el mundo y a 186 millones de personas.

En el caso del Perú, no existe un registro nacional que permita evaluar la incidencia en términos cuantitativos o de tendencias.⁵

Si se considera que los números son importantes, se puede hacer el siguiente análisis. La literatura menciona que la infertilidad afecta a más de 15% de personas en edad fértil en el mundo. Eso quiere decir que, sobre el número real de peruanos en edad fértil y considerando solo el 15% existiría un promedio de 1'088,876 de personas que podrían estar necesitando de tratamientos por su problema de infertilidad, lo cual representa una importante magnitud.⁶

- Técnicas de Reproducción Asistida

Según la Organización Mundial de la Salud, las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) son todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la

¹ Organización Mundial de la Salud. Infertilidad. Ver: https://www.who.int/es/health-topics/infertility#tab=tab_1

² Ibídem

³ Ibídem

⁴ Fuente: Organización Mundial de la Salud. Infertilidad. (14/9/2020) Ver: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/infertility>

⁵ Fuente: ROA-MEGGO, Ysis. "La infertilidad como problema de salud pública en el Perú" (Lima, 2012) Ver: <http://www.scielo.org.pe/pdf/rqo/v58n2/a03v58n2.pdf>

⁶ Ibídem

manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo.⁷

Estos procedimientos son una opción para personas o parejas que han pasado por diversos tratamientos para la infertilidad sin éxito; o que fisiológicamente están impedidos para un embarazo.⁸

Las opciones de las técnicas de reproducción asistida pueden ser:

- ✓ Inseminación intrauterina que consiste en la colocación de los espermatozoides de un hombre en el útero de una mujer mediante un tubo largo y angosto, similar a una pajilla delgada.
- ✓ Fecundación in vitro que consiste en incubar juntos los óvulos y los espermatozoides de la pareja, en un laboratorio, para producir un embrión. Luego, un profesional de la salud coloca el embrión dentro del útero de la mujer, donde éste podría implantarse y dar como resultado un embarazo exitoso.
- ✓ Reproducción asistida con intervención de terceros puede consistir en:
 - Donación de espermatozoides, cuando el hombre no produce espermatozoides, produce una cantidad muy baja de espermatozoides o tiene una enfermedad genética. El espermatozoides donado puede utilizarse para inseminación intrauterina o para fecundación in vitro.
 - Donación de óvulos, cuando una mujer no produce óvulos sanos que puedan ser fecundados. El óvulo donado puede luego fecundarse con el espermatozoide de la pareja de la mujer. El embrión resultante se implanta en el útero de la mujer, que está acondicionado para la implantación con tratamientos hormonales.
 - Donación de embriones -a veces denominada adopción de embriones- permite a la madre receptora experimentar el embarazo y dar a luz al niño adoptado.
 - Subrogación tradicional o gestacional, también llamada gestación subrogada o gestación por sustitución. Se adopta esta técnica cuando una mujer no puede llevar un embarazo a término, o

⁷ Fuente: Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y Organización Mundial de la Salud. Ver: http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/

⁸ Fuente: Eunice Kennedy Shriver National Institute of Child Health and Human Development. Ver: <https://espanol.nichd.nih.gov/salud/temas/infertilidad/informacion/tratamientos-art>

cuando por las características de la pareja, no se puede dar un embarazo.

- Gestación subrogada, gestación por sustitución y técnicas similares

Respecto a la gestación subrogada, en el Diccionario Panhispánico Jurídico de la Real Academia Española⁹ se consignan los conceptos siguientes:

- Gestación subrogada
Gral.
Técnica reproductiva que utiliza un vientre de alquiler.
*Ref. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, art. 10.*¹⁰
- Gestación por sustitución
Int. priv.
Embarazo mediando un contrato en virtud del cual la madre gestante renuncia a la declaración de maternidad del hijo en favor del reconocimiento de la filiación biológica de otras personas (padres comitentes o intencionales).
Ref. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, art. 10.
- Vientre de alquiler
Gral.
Mujer que, previo acuerdo o contrato, cede su capacidad gestante para que le sea implantado un embrión ajeno, engendrado mediante fecundación in vitro, y se compromete a entregar el nacido al término de su embarazo.

La gestación subrogada o gestación por sustitución es considerada como una técnica de reproducción asistida, que se caracteriza por el hecho de que la maternidad queda disociada del hecho obstétrico del parto¹¹

La gestación por sustitución o maternidad subrogada se define como la práctica por la que una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de, una vez llevado a término el embarazo, entregar el recién nacido al comitente o comitentes, renunciando aquélla a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo así gestado. Se trata de un procedimiento basado en técnicas de reproducción asistida tradicionales (inseminación artificial [IA] o

⁹ Real Academia Española. Diccionario Panhispánico Jurídico. Ver: <https://dpej.rae.es/lema/gestaci%C3%B3n-subrogada>

¹⁰ España. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Artículo 10º: Artículo 10. Gestación por sustitución. Ver: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292&p=20150714&tn=1>

“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.”*

¹¹ Sánchez, Rafael. “La gestación por sustitución: Dilemas éticos y jurídicos». HUMANITAS. Humanidades Médicas, N° 49, pp. 13-38. Ver: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6709461>

fecundación in vitro [FIV]), caracterizado por que la maternidad psicológica o volitiva queda disociada del hecho obstétrico, por contraste con lo que sucede en una IA o una FIV tradicionales.

Una definición que abarca las diversas modalidades de la gestación por sustitución, se encuentra en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, núm. 949/2011 del 23 de noviembre de 2011, FJ 1º que señala que es *«un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos»*¹²

Las principales razones por las que se acude a la gestación por sustitución son fisiológicas como la infertilidad, problemas genéticos u otras razones que no permiten la gestación del embrión por parte de la mujer; así como, imposibilidad biológica como en el caso de las parejas de varones homosexuales; dificultades en los procesos de adopción; deseos de mantener un vínculo genético con el bebé; u otros motivos relacionados a los cambios que sufre el cuerpo de la mujer. En el caso de la contraparte gestante, algunas veces puede estar motivada por el altruismo ¹³

- Modalidades de la gestación por sustitución ¹⁴

La clasificación se hace en función de la combinación del material genético aportado

- Gestación por sustitución gestacional es aquella en que la mujer gestante sólo aporta su capacidad gestacional, sin aportar ningún material genético al feto. Es decir, el embarazo se produce por inseminación in vitro o transferencia de embriones, pudiendo darse uno de tres supuestos:
 - Que los gametos (óvulos y espermatozoides) provengan de otros donantes diferentes a los comitentes.
 - Que uno de los padres comitentes aporte gametos.
 - Que ambos gametos sean aportados por los padres comitentes.

¹² Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, núm. 949/2011 de 23 de noviembre de 2011, FJ 1º, citada por VIEITES González, Ángela. "La gestación por sustitución y el reconocimiento de la filiación. Estudio legal y jurisprudencial en España y en Derecho Comparado". (Santiago de Compostela, 2017). Ver: <https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/18067/ANGELA%20VIEITES%5B2338%5D.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹³ Fuente: VIEITES González, Ángela (2017) Ob. Citada. Pág. 15 – 16

¹⁴ Fuente: VIEITES González, Ángela (2017) Ob. Citada. Pág. 17

- Gestación por sustitución tradicional es aquella en la cual la mujer gestante aporta su capacidad gestacional y, además, sus propios gametos. Por lo cual mantiene un vínculo genético con el feto.
- Participantes en la gestación por sustitución¹⁵
 - Comitentes:
Se refiere a quienes serán los padres legales del niño o niña gestada a través de la gestación por sustitución.
 - Gestante substituta o gestante subrogada.
Es aquella que dona la capacidad de gestación de su útero al comitente o comitentes.
 - Donantes del material genético.
Puede provenir de los padres comitentes, de la mujer gestante, o de personas diferentes (a través de inseminación artificial) dependiendo de la modalidad de gestación por sustitución.

- Convenio de gestación por sustitución¹⁶

El convenio de gestación por sustitución o por encargo, se puede definir como el acuerdo formalizado entre las dos o tres partes que intervienen: la madre gestante y el comitente o los comitentes. Este acuerdo o convenio puede ser establecido por personas individuales o por parejas (tanto homosexuales como heterosexuales), ya sea de manera onerosa (es decir, acordando una contraprestación) o de manera gratuita.

La Audiencia Provincial de Valencia (España) en su Sentencia NUM.949/2011 de 23 de noviembre de 2011¹⁷, lo define como:

(...) consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos.

¹⁵ Fuente: VIEITES González, Ángela (2017) Ob. Citada. Pág. 15 – 16

¹⁶ Fuente: HERNANZ Pérez, Enrique Manuel "Gestación por sustitución. Comparación legislativa y propuesta para el Estado Español" (Madrid, 2017) Ver: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/11015/TFG%20-%20Hernanz%20Pe%C3%8C%20rez%2C%20Enrique%20Manuel.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, núm. 949/2 011 de 23 de noviembre de 2011, FJ 1º, Ver: <https://blogs.ua.es/espanyadoxa/files/2012/05/Sentencia-audiencia-de-Valencia-inscripci%C3%B3n-hijo-maternidad-subrogada.pdf>

Otros autores lo definen como:

(...) negocio jurídico especial de Derecho de Familia, oneroso o gratuito, formalizado en documento público notarial, por el que una mujer, con plena capacidad de obrar, consiente libremente en llevar a cabo la concepción —mediante técnicas de reproducción asistida— y gestación, aportando o no su óvulo, con el compromiso irrevocable de entregar el nacido —cuyo origen biológico debe constar claramente— a los otros intervinientes, que pueden ser sujetos individuales o una pareja, matrimonial o de hecho, plenamente capaces y de los cuales al menos uno sea aportante de material genético, salvo en los supuestos expresamente previstos legalmente, a saber, los casos de personas infértiles que, por sus condiciones de homosexualidad u otras circunstancias, tengan vedada o muy difícil la adopción¹⁸.

(...) la madre subrogada es aquella que porta a un niño como consecuencia de un contrato realizado con anterioridad a quedarse embarazada y con la única finalidad de entregar dicho bebé a la persona o personas que encargaron dicho niño. Además, la madre subrogada renuncia a todos los derechos sobre el niño¹⁹.

B. Marco normativo supra nacional y disposiciones conexas

La Organización Mundial de la Salud considera que la infertilidad afecta derechos humanos fundamentales²⁰ cuya protección es un compromiso de la mayoría de los Estados del mundo.

Todo ser humano tiene derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y psíquica. Las personas y las parejas tienen derecho a decidir el número de hijos que desean tener, en qué momento hacerlo y el intervalo de tiempo entre los nacimientos. Sin embargo, la esterilidad puede impedir que se satisfagan de estos derechos humanos básicos. Por esta razón, los servicios para solucionar los problemas de esterilidad son un elemento importante para que los individuos y las parejas puedan ejercer su derecho a fundar una familia.²¹

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos²² en su artículo 25° establece:

Artículo 25

1. 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

¹⁸ VELA SÁNCHEZ, A.J., “La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho”, Citado por HERNANZ Pérez, E.M. “Gestación por sustitución. Comparación legislativa y propuesta para el Estado Español” Pág. 16

¹⁹ TRIMMINGS K. y BEAUMONT P., “International surrogacy agreements: an urgent need for legal regulation at the international level” Citado por HERNANZ Pérez, E.M. “Gestación por sustitución. Comparación legislativa y propuesta para el Estado Español” Pág. 16

²⁰ Organización Mundial de la Salud. Infertilidad. Ver: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/infertility>

²¹ *Ibidem*

²² Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada en París, el 10 de diciembre de 1948. Ver: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/046/82/PDF/NR004682.pdf?OpenElement> .

vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ²³ establece:

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.

Artículo 12.-

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.
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 mortalidad 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.

²³ Asamblea General de las Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adoptado el 16 de diciembre de 1966. Ver: https://www.ohchr.org/sites/default/files/cescr_SP.pdf

- La Declaración Americana de los Derechos del Hombre²⁴ señala:

Artículo VI. Derecho a la constitución y a la protección de la familia

Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.

Artículo XI. Derecho a la preservación de la salud y al bienestar.

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.

- La Convención Americana de Derechos Humanos²⁵ estipula:

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 de 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.

- La Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo²⁶ establece los principios básicos para garantizar el derecho a la salud sexual y reproductiva de las personas:

Capítulo VII.- Derechos reproductivos y salud reproductiva

A. Derechos reproductivos y salud reproductiva

Bases para la acción

²⁴ Organización de Estados Americanos. Declaración Americana de los Derechos del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948. Ver: <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

²⁵ Organización de Estados Americanos. Convención Americana de Derechos Humanos. Adoptada el 22/11/1969. Ver: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

²⁶ Organización de Naciones Unidas. Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. El Cairo, 5-13 de septiembre de 1994. Ver: https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf

7.2 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. En consecuencia, la salud reproductiva entraña 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. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual.

7.3 Teniendo en cuenta la definición que antecede, los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decir 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 su 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.

En ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos, debe ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia. Como parte de este compromiso, se debe prestar plena atención, a la promoción de relaciones de respeto mutuo e igualdad entre hombres y mujeres, y particularmente a las necesidades de los adolescentes en materia de enseñanza y de servicios con objeto de que puedan asumir su sexualidad de modo positivo y responsable.

La salud reproductiva está fuera del alcance de muchas personas de todo el mundo a causa de factores como: los conocimientos insuficientes sobre la sexualidad humana y la información y los servicios insuficientes o de mala calidad en materia de salud reproductiva; la prevalencia de comportamientos sexuales de alto riesgo; las prácticas sociales discriminatorias; las actitudes negativas hacia las mujeres y las niñas; y el limitado poder de decisión que tienen muchas mujeres respecto de su vida sexual y reproductiva.

En la mayoría de los países, los adolescentes son particularmente vulnerables a causa de su falta de información y de acceso a los servicios pertinentes. Las mujeres y los hombres de más edad tienen problemas especiales en materia de salud reproductiva, que no suelen encararse de manera adecuada.

- La Resolución WHA57.12 “*Salud reproductiva: estrategia para acelerar el avance hacia el logro de los objetivos y metas internacionales de desarrollo*”²⁷, indica lo siguiente:
 1. RESPALDA la estrategia para acelerar el avance hacia el logro de los objetivos y metas internacionales de desarrollo relacionados con la salud reproductiva;
 2. INSTA a los Estados Miembros a que, con carácter de urgencia:
 - 1) adopten y apliquen la estrategia como parte de las actividades nacionales encaminadas a alcanzar los objetivos de desarrollo de la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas y otros objetivos y metas internacionales de desarrollo, y movilicen voluntad política y recursos financieros para ello;
 - 2) hagan que la salud reproductiva y sexual forme parte integrante de los procesos nacionales de planificación y preparación de presupuestos;
 - 3) refuercen la capacidad de los sistemas de salud, con la participación de grupos comunitarios y no gubernamentales, con el fin de lograr el acceso universal a la atención en materia de salud sexual y reproductiva, haciendo particular hincapié en la salud de las madres y los recién nacidos en todos los países;
 - 4) vigilen la aplicación de la estrategia para asegurarse de que beneficia a los pobres y otros grupos marginados, incluidos adolescentes y hombres, y de que fortalece la atención y los programas de salud reproductiva y sexual en todos los niveles;
 - 5) se aseguren de que todos los aspectos de la salud reproductiva y sexual, inclusive la salud reproductiva de los adolescentes y la salud de las madres y los recién nacidos, estén comprendidos en los mecanismos nacionales de vigilancia e información sobre los progresos realizados hacia el logro de los objetivos de desarrollo de la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas;
- En la Unión Europea, el Parlamento Europeo adoptó la Resolución P8_TA (2015) 0470 Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y política de la UE al respecto (2015/2229(INI))²⁸

Derechos de las mujeres y las niñas

115. 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

²⁷ Organización Mundial de la Salud. 57° Asamblea Mundial de la Salud. Ginebra, 17-22 de mayo de 2004. Ver: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/21857/A57_REC1-sp.pdf?sequence=1&isAllowed=y

²⁸ Resolución del Parlamento Europeo (17/12/2015) sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto. (2015/2229(INI)). Ver: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/80E329309CB25D600525830B005F39A5/\\$FILE/TA-8-2015-0470_ES.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/80E329309CB25D600525830B005F39A5/$FILE/TA-8-2015-0470_ES.pdf)

en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos;

C. Marco normativo aplicable en el Perú

- La Constitución Política del Perú²⁹ reconoce y garantiza el derecho a la salud y la protección de la familia por parte del Estado.

Artículo 2. Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.
24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: a. b. c. d. e. f. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

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

(...)

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 adecuadas y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud.

Artículo 7. Todos tienen derecho a la 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 persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

- La Ley 26842, Ley General de Salud³⁰ contiene los siguientes artículos relacionados a esta materia:

Título I - De los derechos, deberes y responsabilidades concernientes a la salud individual

Artículo 1º.- Toda persona tiene el derecho al libre acceso a prestaciones de salud y a elegir el sistema previsional de su preferencia.

²⁹ Constitución Política del Perú. Ver: [https://www.congreso.gob.pe/Docs/files/constitucion/Constitucion/constitucion-politica-del-peru_\(julio_2022\).pdf](https://www.congreso.gob.pe/Docs/files/constitucion/Constitucion/constitucion-politica-del-peru_(julio_2022).pdf)

³⁰ Ley 26842. Ley General de Salud. Promulgada el 15 de julio de 1997. Ver: <https://www.digemid.minsa.gob.pe/upload/uploaded/pdf/leyn26842.pdf>

Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho a exigir que los bienes destinados a la atención de su salud correspondan a las características y atributos indicados en su presentación y a todas aquellas que se acreditaron para su autorización.

Así mismo, tiene derecho a exigir que los servicios que se le prestan para la atención de su salud cumplan con los estándares; de calidad aceptados en los procedimientos y prácticas institucionales y profesionales.

Artículo 7º.- 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.

Esta norma, si bien reconoce el derecho de acceder a las técnicas de reproducción asistida, en la práctica excluye la modalidad de gestación por sustitución o maternidad subrogada; ya que como se ha mencionado esta modalidad se caracteriza porque el hecho obstétrico del parto se desvincula de la maternidad legal.

- En el Código Penal peruano no existe específicamente un artículo que haga referencia expresa a la penalización de la maternidad subrogada o gestación por sustitución. Sin embargo, en los casos en que se establezca que el convenio de gestación subrogada haya tenido como propósito el interés económico y el lucro, o en aquellos casos en los que la madre sustituta hubiera sido forzada a serlo de algún modo, podrían ser aplicables los siguientes artículos del Código Penal³¹:

Título I-A: Delitos contra la dignidad humana*

*Título incorporado por Ley 31146, publicado en El Peruano el 30 de marzo de 2021.

Capítulo I: Trata de personas

Artículo 129-A.- Trata de personas

1. El que mediante violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio, capta, transporta, traslada, acoge, recibe o retiene a otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país con fines de explotación, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.
2. Para efectos del inciso 1, los fines de explotación de la trata de personas comprende, entre otros, la venta de niños, niñas o adolescentes, la prostitución y cualquier forma de explotación sexual, la esclavitud o prácticas análogas a

³¹ Código Penal del Perú (Decreto Legislativo 635), promulgado el 3 de abril de 1991 y publicado el 8 de abril de 1991. Este texto está actualizado al mes de junio de 2022 Ver: <https://lpderecho.pe/codigo-penal-peruano-actualizado/>

la esclavitud, cualquier forma de explotación laboral, la mendicidad, los trabajos o servicios forzados, la servidumbre, la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como cualquier otra forma análoga de explotación.

3. La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considera trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios previstos en el inciso 1.
4. El consentimiento dado por la víctima mayor de edad a cualquier forma de explotación carece de efectos jurídicos cuando el agente haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en el inciso 1.
5. El agente que promueve, favorece, financia o facilita la comisión del delito de trata de personas, es reprimido con la misma pena prevista para el autor.

Artículo 129-B.- Formas agravadas de la Trata de Personas*

La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años de pena privativa de libertad e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2, 3,4 y 5, del Código Penal, cuando:

1. El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública.
2. El agente es promotor, integrante o representante de una organización social, tutelar o empresarial, que aprovecha esta condición y actividades para perpetrar este delito.
3. Existe pluralidad de víctimas.
4. La víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad o es incapaz.
5. El agente es cónyuge, conviviente, adoptante, tutor, curador, pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o tiene a la víctima a su cuidado por cualquier motivo o habitan en el mismo hogar.
6. El hecho es cometido por dos o más personas.
7. La víctima se encuentra en estado de gestación.

La pena será privativa de libertad no menor de 25 años, cuando:

1. Se produzca la muerte, lesión grave o se ponga en inminente peligro la vida y la seguridad de la víctima
2. La víctima es menor de catorce años de edad o padece, temporal o permanentemente, de alguna discapacidad física o mental.
3. El agente es parte de una organización criminal.

Artículo 129-P.- Delito de intermediación onerosa de órganos y tejidos

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años el que, por lucro y sin observar la ley de la materia, compra, vende, importa,

exporta, almacena o transporta órganos o tejidos humanos de personas vivas o de cadáveres, concurriendo las circunstancias siguientes:

a) Utiliza los medios de prensa escritos o audiovisuales o base de datos o sistema o red de computadoras; o

b) Constituye o integra una organización criminal para alcanzar dichos fines.

Si el agente es un profesional médico o sanitario o funcionario del sector salud, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2, 4, 5 y 8.

Están exentos de pena el donatario o los que ejecutan los hechos previstos en el presente artículo si sus relaciones con la persona favorecida son tan estrechas como para excusar su conducta.

- Con relación a las Políticas de Estado del Acuerdo Nacional, se presenta lo siguiente:

13. Acceso Universal a los Servicios de Salud y a la Seguridad Social

(...) Con este objetivo el Estado:

(a) potenciará la promoción de la salud, la prevención y control de enfermedades transmisibles y crónicas degenerativas;

(...)

(d) desarrollará un plan integral de control de las principales enfermedades emergentes y re-emergentes, de acuerdo con las necesidades de cada región;

(...)

(h) promoverá la maternidad saludable y ofrecerá servicios de planificación familiar, con libre elección de los métodos y sin coerción;

(...)

16. Fortalecimiento de la Familia, Promoción y Protección de la Niñez, la Adolescencia y la Juventud

(...) Con este objetivo el Estado:

(...)

(b) promoverá la paternidad y la maternidad responsables;

D. Jurisprudencia nacional relacionada

- Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente. CAS. N° 4323-2010 Lima

Esta decisión judicial trata del recurso de casación interpuesto por PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción – Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir) contra la sentencia de vista expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, sobre la aplicación de la técnica de la ovodonación, La presente casación sostiene que al no estar expresamente legislada esta técnica, no constituye ilícito ni delito; siendo legal su empleo y los acuerdos que puedan suscribirse entre los participantes.

OCTAVO.- Que, consecuentemente, al no esgrimirse los motivos que llevaron a determinar que la técnica FIV – TE Modalidad de Ovodonación resulta ser un acto

contrario al ordenamiento jurídico, al no existir una justificación adecuada de la decisión adoptada, en tanto, se requiere verificar las motivaciones que llevaron a la Sala Superior establecer que los hechos que sirven de base a la decisión se encuentran contenidos en el supuesto normativo contenido en la norma conforme a los parámetros interpretativos citados en el considerado que precede – lo que resulta ser de ineludible exigencia para una correcta justificación de la decisión adoptada –, es pertinente ordenarse la emisión de un nuevo fallo, máxime si un pronunciamiento como el emitido transgrede los principios del debido proceso y la motivación de las resoluciones judiciales; por lo que en ejercicio de la facultad nulificante del juzgador prescrita en el artículo 176 del Código Procesal Civil, corresponde anular la resolución de vista a efectos que la Sala Superior emita nuevo pronunciamiento teniendo en cuenta las consideraciones de la presente resolución.

- Sentencia CAS. N° 563-2011 Lima emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República³²

La decisión recoge el caso de un matrimonio que encargó a una mujer la gestación de un niño, que debía ser entregado a los esposos tras su nacimiento. A cambio, la pareja comitente pagó una elevada suma de dinero a la gestante (\$18 900 dólares americanos). La fecundación del bebé se realizó con el gameto del esposo (G.S), por lo que, biológicamente, la niña alumbrada era hija del comitente y de la madre de alquiler. Tras el nacimiento de la menor, la filiación materna se inscribió a favor de la gestante, y la paterna, a favor de su conviviente (P.F.P.C), quien realizó un reconocimiento de complacencia. Por lo tanto, el padre de sangre (G.S) no figuraba como padre formal o legal. Después del alumbramiento, la niña, de nueve días de nacida, fue entregada a los esposos contratantes. Éstos iniciaron un proceso de adopción por excepción para que legalmente se constituyera la filiación a su favor, pero la madre de alquiler y su pareja se arrepienten de finalizar el proceso y se desisten de continuar con la adopción.

DUODÉCIMO .- Que, en suma, la materia de litis ha sido correctamente resuelta no habiéndose infringido norma alguna, pues debe primar el Interés Superior de la Niña, quien se encuentra viviendo con los pre adoptantes desde que contaba con nueve días de nacida, habiéndose acreditado con los informes psicológicos y sociales que la menor se encuentra viviendo en un adecuado ambiente familiar recibiendo el amor de madre de la demandante, quien pese a no tener vínculos consanguíneos con la misma le prodiga todo lo necesario para su desarrollo integral, y el amor de padre por parte del demandante quien sí es padre biológico de la menor, por lo que la carencia moral de los demandantes que alega la recurrente, no es tal justificándose el accionar de los mismos por los imperiosos deseos de ser padres, conducta que no puede ser reprochada dada la conducta que han demostrado al interior del proceso y fuera de éste con la menor; aunado a ello que la carencia moral que alegan no ha sido advertida por el equipo multidisciplinario ni la Asistente Social del Poder Judicial, quienes a fojas mil veintinueve y quinientos setenta y siete respectivamente han emitido informes

³² Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente. Sentencia CAS. N° 563-2011 Lima. Ver: <https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/53f1df80469c5c91b51bfdac1e03f85e/CAS+563-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=53f1df80469c5c91b51bfdac1e03f85e>

favorables a la demandante; por lo que dicho argumento también carece de sustento. Teniéndose además, que los demandados han demostrado el poco valor que le dan a la vida y la deplorable manipulación que han intentado hacer con la vida de un ser indefenso que merece toda la protección de sus progenitores y la Ley; debiéndose resaltar además que ha quedado evidenciado el beneficio económico de los demandados con la aceptación de los mismos, pues en ningún momento han negado haber recibido dinero por parte de los demandados, y si bien ha precisado que entregarían a la menor para luego viajar a Italia con su familia y que recibieron dinero por ayuda económica, ante las circunstancias de los hechos dichas alegaciones carecen de coherencia y sustento. Por otro lado, estando a que la menor se encuentra viviendo con los demandantes desde que contaba con nueve días de vida en un ambiente adecuado recibiendo cuidados y amor por parte de éstos, debe primar que los identifica como sus padres y arrancarla de su seno familiar a su corta edad resultaría gravemente perjudicial para su vida, además de la descalificación de los padres para ejercer su patria potestad sobre la misma, siendo además la adopción una medida de protección a la luz de los hechos detallados; por lo que en atención al Interés Superior del Niño y el Adolescente consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos de las que somos Estado parte; debe declararse infundado el recurso.

- Corte Superior de Justicia de Lima. Quinto Juzgado Especializado Constitucional. Sentencia recaída en el Exp. 06374-2016-0-1801-JR-CI-05. Inscripción en RENIEC³³.

Esta sentencia declara fundada la demanda de amparo, interpuesta para exigir que RENIEC inscriba a los padres de un menor, nacido mediante maternidad subrogada. La Sala considera que la normativa y jurisprudencia convencional – disponen que el derecho a la salud reproductiva, sumado a los derechos a la autodeterminación y privacidad, reconocen la potestad fundamental de las mujeres para –de manera informada– asistirse de las técnicas científicas que existan para acceder a la condición de madre. Situación a la que pueden llegar no solo con el apoyo tecnológico disponible, sino que, en algunos casos, con la cooperación adicional y necesaria de terceras personas (por ejemplo, los casos de maternidad subrogada comúnmente conocido como “vientre de alquiler”).

Por tanto, si al amparo del sistema convencional que vincula al Estado peruano, una persona ha acudido a las técnicas de reproducción asistida para –con el apoyo de la tecnología y de una tercera persona– alcanzar la situación de madre, sería un contrasentido que luego de que tal técnica alcanzó un resultado favorable (dio lugar a la concepción, gestación y nacimiento de un bebé) se perturbe o desconozca la condición de madre de la mujer o de la pareja que acudió a dicho método.

OCTAVO: La regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida en el ordenamiento jurídico peruano: Sin perjuicio de lo anterior, este Juzgado considera importante tener en cuenta una cuestión adicional. Y es que la defensa del Estado

³³ Corte Superior de Justicia de Lima. Quinto Juzgado Especializado Constitucional. Sentencia recaída en el Exp. 06374-2016-0-1801-JR-CI-05. Inscripción en RENIEC. Ver: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/04/Descargue-aqu%C3%AD-en-PDF-la-sentencia-que-ordena-a-Reciec-a-reconocer-como-padres-a-pareja-que-alquil%C3%B3-vientre-Legis.pe_.pdf

ha deslizado la idea de que la llamada “maternidad subrogada” estaría prohibida en el Perú, a partir de la norma contenida en el artículo 7 de la Ley General de Salud, (...) Lo anterior no significa, sin embargo, que los otros supuestos no previstos en la norma estén proscritos. Es decir, no puede realizarse una interpretación a contrario sensu del texto citado para concluir que proscribiera el uso de TERAs para otras situaciones. Lo único que puede afirmarse es que EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY GENERAL DE SALUD NO REGULA MÁS SUPUESTOS QUE LA MADRE GESTANTE COMPARTA CARGA GENÉTICA CON SU BEBÉ

NOVENO.-

(...)

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

(...)

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

(...)

DECIMO: El derecho a fundar una familia como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad: Hasta ahora ha quedado claro que el uso de técnicas de reproducción asistida no es un mecanismo prohibido por ley de reproducción, lo que significaría que se trata de un método permitido por el orden constitucional y que, por tanto, los contratos celebrados al amparo del mismo (contrato de útero subrogado, por ejemplo) también son válidos. Más aún si ese mecanismo ha sido reconocido por el ordenamiento convencional como parte del derecho a la salud reproductiva. Con ese escenario aclarado, este Juzgado puede evaluar que el recurso a las TERAs también constituye un mecanismo que coadyuve al ejercicio del derecho a la formación de una familia, es decir, si bien las TERAs no están prohibidas, su empleo solo es posible cuando tuvieran como destino la formación de una familia, pues lo contrario sería abrir una peligrosa puerta a la reproducción de seres humanos para múltiples propósitos, lo que implicaría hacer del hombre un instrumento al servicio de fines ajenos a su propia humanidad, asunto proscrito por el artículo 1 de la Constitución Política que consagra a la dignidad humana como fin supremo de la sociedad y el Estado.

DECIMO PRIMERO: Ahora bien, con respecto al derecho a la familia y/o protección familiar o vida familiar, se debe recordar que constituye una garantía iusfundamental prevista tanto en la Constitución Política del Perú como en diversos Pactos Internacionales suscritos por el Perú.

En el ámbito interno, el derecho a la familia, en tanto instituto natural, está inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales y como consecuencia de ello es que han generado las llamadas “familias ensambladas” que tienen estructuras distintas a la tradicional que, sin embargo, también merecen protección y reconocimiento (STC 09332-2006-AA, fundamento 8). Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que “la familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa o de procreación únicamente” (STC 6572-2006-AA, fundamento 10).

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que “El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos” (Observación General N° 19, de 1990). En ese sentido, parece claro que las partes, en especial los demandantes Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau efectivamente tienen el derecho a fundar una familia, acudiendo a los métodos científicos y legales que permite el ordenamiento jurídico peruano, por lo que el RENIEC no puede cuestionar u obstruir la manera en que se constituye y estructura esta familia, debiendo, por el contrario, facilitar los medios para que esa familia sea precisamente instituida como tal, junto con sus hijos.

(...)

A su turno, los derechos sexuales y productivos, resultan también manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la vida privada, por ende, la postura del RENIEC, de no inscribir a los menores de iniciales L.N.N.R y C.D.N.R., tiene como resultado atentar contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los demandantes (en especial, contra su derecho a fundar una familia que es una manifestación del primero) frustrando así el desarrollo de un proyecto de vida familiar como consecuencia de su elección reproductiva.

DECIMO SEGUNDO: EL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES. Además de lo antes indicado, se debe tener en cuenta que la Sra. Ballesteros desde un inicio tuvo voluntad pro-creacional para tener hijos, a diferencia de la madre biológica que desde un inicio –y hasta ahora- tuvo una voluntad de entregar a los menores a la Sra. Ballesteros. También se aprecia en autos, que actualmente la Sra. Ballesteros tiene a los menores bajo su guarda y que, de hecho, ejerce los cuidados y atributos propios de una auténtica madre (lo que no ocurre con la Sra. Rojas), le otorga una mejor posición para ser considerada como madre de los menores. Y es que este Juzgado no solo debe tener en cuenta los derechos de los adultos que intervienen en esta causa (esposos que querían ser padres y no podían y esposos que podían ser padres y ayudaron a los primeros) sino también el interés superior de los menores. Al respecto, el autor Alex Plácido señala que el interés superior del niño: 15 16 *“... es el conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del niño y que, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción para la debida protección de sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, de prevalencia de lo espiritual sobre lo material (una vez asegurados ciertos mínimos) y de lo futuro sobre lo inmediato (sin descuidar un mínimo de equilibrio afectivo), atendiendo en lo posible a sus gustos, sentimientos y preferencias, etc., que también influyen en los medios elegibles”*

De acuerdo con lo anterior, en este caso no existe conflicto o dudas sobre la posición que ocupan la Sra. Ballesteros y su esposo frente a los menores, por lo que lo mejor para ellos es que su situación familiar no se vea alterada, criterio que, por lo demás, es el acorde con el sistema convencional de derechos humanos al que nos referimos antes.

DECISIÓN: (...)

DECIDE: DECLARAR FUNDADA la demanda de amparo, (...)

1.- SE DECLARA NULAS las resoluciones registrales: 299-2016-ORSBORJJR10LIM-GOR/RENIEC y 300-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR-RENIENC, asimismo, SE ANULAN las actas de nacimiento 30022117908 y 3002217885.

2. SE ORDENA a RENIEC que emita nuevas partidas de nacimiento de los menores de iniciales L. N. N.R. y C. D. N. R, donde conste como sus apellidos (paterno y materno), los de los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, así como registrar que ellos son sus padres, debiendo

adicionar los demás que exige la ley, permitiéndoles también suscribir las nuevas actas de nacimiento.

3. Mandato que debe ser cumplido en el plazo de 02 días, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas que correspondan, de conformidad con los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.

E. Marco normativo aplicado en otros países

Con relación a la regulación de las técnicas de reproducción asistida y el acceso a los sistemas públicos de salud o a la seguridad social tenemos lo siguiente:

País	NORMA	CONTENIDO
Argentina	<p>Ley 26.862. Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida</p> <p>Promulgada el 25 de junio del 2013</p>	<p>ARTICULO 1° — Objeto. La presente ley tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida.</p> <p>ARTICULO 2° — Definición. A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción medicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación.</p>
	<p>Decreto 956/13. Reglamentación de la Ley 26.862. Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida</p> <p>Promulgada el 19 de julio del 2013</p>	<p>Aprueba la reglamentación de la Ley 26.862 Tiene por objeto el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida, como la posibilidad de acceder a dichos procedimientos y técnicas, cualquiera sea la cobertura que posea el titular del derecho. Los Prestadores del Servicio de Salud de los ámbitos público, de la Seguridad Social y privado, deberán proveer sus prestaciones respectivas conforme la Ley 26.862, la presente reglamentación y demás normas complementarias.</p>
	<p>Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación</p> <p>Promulgada 7 de octubre del 2014</p>	<p>ARTICULO 9° — Dispónense como normas transitorias de aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación, las siguientes:</p> <p>(...)</p> <p>Tercera. “Los nacidos antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas cuando sólo constara vínculo filial con quien dio a luz y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta.” <i>(Corresponde al Capítulo 2 del Título V del Libro Segundo del Código Civil y Comercial de la Nación).</i></p> <p>(...).</p>

Brasil	<p>Brasil. Resolución CFM 2.294/2021. Adopta normas éticas para el uso de las técnicas de reproducción asistida Promulgado el 27 de mayo del 2021</p>	<p>Adopta normas éticas para el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre en defensa de la mejora de las prácticas y del cumplimiento de principios éticos y bioéticos que ayuden a brindar mayor seguridad y eficacia a los tratamientos y procedimientos médicos, convirtiéndose en el dispositivo deontológico a seguir por los profesionales médicos en Brasil; asimismo revoca la Resolución CFM 2.168, publicada en el DOU del 10 de noviembre de 2017</p>
Canadá	<p>Ley de Reproducción Humana Asistida (SC 2004, c. 2) Promulgada el 29 de marzo del 2003</p>	<p>El Parlamento de Canadá reconoce y declara que:</p> <p>(a) la salud y el bienestar de los niños resultantes de las técnicas de reproducción asistida deben prevalecer en las decisiones relativas a su uso;</p> <p>(b) la adopción de medidas para proteger y promover la salud, la seguridad, la dignidad y los derechos de los seres humanos es la forma más eficaz de garantizar los beneficios a las personas, las familias y la sociedad en general la reproducción humana asistida y la investigación en este ámbito;</p> <p>(c) si bien estas técnicas afectan a toda nuestra sociedad, se dirigen más a las mujeres que a los hombres, y la salud y el bienestar de las mujeres deben protegerse al aplicar estas técnicas;</p> <p>(d) debe fomentarse y ponerse en práctica el principio de que el uso de estas técnicas está sujeto al consentimiento libre e informado de la persona que las utiliza;</p> <p>e) las personas que pretendan recurrir a técnicas de reproducción asistida no deben ser objeto de discriminación, en particular por su orientación sexual o su estado civil;</p> <p>(f) la comercialización de las funciones reproductivas femeninas y masculinas y la explotación de mujeres, hombres y niños con fines comerciales plantea cuestiones éticas y de salud que justifican su prohibición;</p> <p>(g) es importante preservar y proteger la individualidad humana y la diversidad y la integridad del genoma humano</p>
Chile	<p>DFL 1. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley 4.808, sobre Registro Civil, de la Ley 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley 16.618, Ley de Menores, de la Ley 4.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones Promulgado el 16 de mayo del 2000</p>	<p>Art. 182. La filiación del hijo que nazca por la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, quedará determinada respecto de las dos personas que se hayan sometido a ellas.</p> <p>No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta.</p>
Colombia	<p>Colombia. Ley 1953 de 2019. Por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la</p>	<p>ARTÍCULO 1o. OBJETO. La presente ley tiene como objeto establecer los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su</p>

	<p>política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva</p> <p>Publicado el 20 de febrero del 2019</p>	<p>tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva.</p> <p>ARTÍCULO 2o. DEFINICIONES. Infertilidad: La infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo que impide lograr un embarazo clínico después de doce (12) meses, o más de relaciones sexuales no protegidas.</p> <p>Técnicas de reproducción humana asistidas: se entiende por técnicas de reproducción humana asistidas todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo.</p>
Ecuador	<p>Ecuador. Código Orgánico Integral Penal</p> <p>Última reforma 22 de marzo del 2022</p>	<p>Art. 164.- Inseminación no consentida.- La persona que insemine artificialmente o transfiera óvulo fecundado a una mujer sin su consentimiento, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Cuando la víctima sea menor de dieciocho años de edad o no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo, quien la ocasione será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.</p> <p>Art. 165.- Privación forzada de capacidad de reproducción.- La persona que sin justificación de tratamiento médico o clínico, sin consentimiento o viciando el consentimiento, libre e informado, prive definitivamente a otra de su capacidad de reproducción biológica, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.</p>
Uruguay	<p>Ley 19164. Ley 19167. Regulación de las técnicas de reproducción humana asistida</p> <p>Promulgada el 22 de noviembre del 2013</p>	<p>Las técnicas de reproducción humana asistida podrán aplicarse a toda persona como principal metodología terapéutica de la infertilidad, en la medida que se trate del procedimiento médico idóneo para concebir en el caso de parejas biológicamente impedidas para hacerlo, así como en el caso de mujeres con independencia de su estado civil, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley.</p>
España	<p>Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida</p>	<p>Esta ley tiene por objeto regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas; regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley; la regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados. A los efectos de esta Ley se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde.</p> <p>Se prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos.</p>
Portugal	<p>Ley 25/2016. Regula el acceso a la gestación subrogada</p> <p>Promulgada el 22 de agosto del 2016</p>	<p>La presente ley regula el acceso a la gestación de sustitución en los casos de ausencia de útero, de lesión o de enfermedad de este órgano que impida de forma absoluta y definitiva el embarazo, procediendo a la tercera modificación de la Ley 32/2006, de 26 de</p>

		julio, modificada por las Leyes 59/2007, de 4 de septiembre, y 17/2016, de 20 de junio.
--	--	---

F. Antecedentes del debate en el Parlamento peruano

En el presente período parlamentario 2021 – 2026, hasta la fecha no se ha presentado ninguna iniciativa legislativa respecto a esta materia.

Durante el período parlamentario 2016 – 2021, se presentaron las siguientes iniciativas legislativas: Periodo Parlamentario 2016-2021

- Proyecto de Ley 03313-2018/CR
Ley que garantiza el acceso a técnicas de reproducción humana asistida.
Fecha de presentación 07/09/2018
Autor: Acuña Núñez, Richard - Alianza para el Progreso
Remitido a las comisiones:
 - Salud y Población
 - Justicia y Derechos Humanos

La comisión de Salud y Población emitió dictamen favorable sustitutorio. Quedó pendiente la emisión del Dictamen de la Comisión Justicia y Derechos Humanos.

La fórmula normativa busca garantizar el acceso integral a técnicas de reproducción humana asistida reconocidas por la Organización Mundial de Salud (OMS); considera la infertilidad como enfermedad la misma que debe ser tratada para posibilitar la procreación humana.

Señala que la OMS incluye como técnica de reproducción humana asistida el útero subrogado, conocida como vientre de alquiler o gestación por sustitución por el cual una mujer accede a gestar el hijo de otra persona.

Artículo 9º. Gestación por sustitución

9.1 (...). A excepción de los casos en que la mujer no pueda gestar en su útero su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, podrá acordar con una persona con el grado de parentesco, afinidad u otro debidamente identificado y de manera altruista, la implantación y gestación del embrión formado por los gametos de la pareja. La incapacidad del embarazo deberá ser diagnosticada por el equipo biomédico tratante.

- Proyecto de Ley 03404-2018/CR
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.
Fecha de presentación 18/09/2018
Autora: Bustos Espinoza, Estelita – No agrupados

Remitido a las comisiones:

- Salud y Población
- Justicia y Derechos Humanos

La comisión de Salud y Población emitió dictamen favorable sustitutorio. Quedó pendiente la emisión del Dictamen de la Comisión Justicia y Derechos Humanos

La fórmula normativa propone la Incorporación del artículo 7º- A en la Ley 26842, Ley General de Salud (Artículo 3)

Incorpórese el artículo 7º- 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.

- Proyecto de Ley 03542-2018/CR

Ley que regula el uso y el acceso a los tratamientos de reproducción humana asistida.

Fecha de presentación 11/10/2018

Autora: León Romero, Luciana - Célula Parlamentaria Aprista

Remitido a las comisiones:

- Salud y Población
- Justicia y Derechos Humanos

La comisión de Salud y Población emitió dictamen favorable sustitutorio. Quedó pendiente la emisión del Dictamen de la Comisión Justicia y Derechos Humanos

Artículo 14.- Maternidad Subrogada o Uso Solidario del Vientre.

14.1 La gestación subrogada es un procedimiento que solo se lleva a cabo bajo indicación médica expresa y de manera supletoria, a efectos de coadyuvar de manera voluntaria, solidaria y altruista a aquellas personas que con algún grado de infertilidad pretendan tener descendencia. Este acto nunca tendrá carácter lucrativo o comercial.

14.2 La gestación subrogada implica que la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, mediante acuerdo privado, concierta con otra mujer la implantación y gestación de un embrión propio. En ningún caso, la gestante subrogada es la donante de los óvulos fecundados para dicho procedimiento.

(...)

- Dictamen de la Comisión de Salud y Población sobre los proyectos de ley referidos a la gestación subrogada

La Comisión de Salud y Población del período parlamentario 2016-2021 emitió el 6/8/2020 el Dictamen 06-2020-2021/CSP-CR³⁴, respecto a los Proyectos de Ley 03313, 03404 y 03542, recomendando su aprobación con una fórmula normativa sustitutoria.

En relación con la gestación subrogada o gestación por sustitución, la fórmula legal propuesta en el referido dictamen incluye una referencia específica:

Artículo 10. Gestación por sustitución

- 10.1 Será nulo de pleno derecho el contrato a título oneroso o gratuito por el cual una mujer renuncia a la filiación del neonato que ha gestado en favor de un contratante o un tercero. A excepción de los casos en que la mujer no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, por ausencia total o parcial del útero, ya sea congénita o adquirida, enfermedad materna que contraindique la gestación, medicación teratogénica, aborto a repetición no tratable y fallo de implantación; podrá acordar con un familiar de segundo grado de consanguinidad y de manera altruista, la implantación y gestación del embrión formado por los gametos de la pareja. La incapacidad del embarazo deberá ser diagnosticada por el equipo biomédico tratante.
- 10.2 El acuerdo deberá ser de carácter gratuito y suscrito por las partes intervinientes. Los gastos de control prenatal y atención del parto o cesárea de la gestante sustituta serán asumidos por los padres legales.
- 10.3 La filiación del nacido corresponderá a quienes hayan solicitado y acordado la gestación por sustitución. La filiación materna estará determinada por el aporte del material genético.

³⁴ Fuente: Dictamen de la Comisión de Salud y Población. Ver: https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/03313DC21MAY202006_01.pdf