



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Observatori de
Bioètica i Dret
Universitat de Barcelona



Revista de Bioética y Derecho

www.bioeticayderecho.ub.edu – ISSN 1886 –5887

BIOÉTICA EN LOS TRIBUNALES

La situación jurisprudencial de las técnicas de reproducción humana asistida en los tribunales peruanos

La situació jurisprudencial de les tècniques de reproducció humana assistida als tribunals peruans

The jurisprudential reality of Assisted Human Reproduction Techniques in Peruvian Courts

Enrique Varsi-Rospigliosi¹, Twany Fiorella Valdivia Fierro²

¹ Enrique Varsi-Rospigliosi. Abogado. Doctor. Instituto de Investigación Científica, Grupo de Investigación en Derecho Civil, Universidad de Lima. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Email: evarsi@ulima.edu.pe. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7206-6522>.

² Twany Fiorella Valdivia Fierro. Abogada. Maestranda en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Email: twany.valdiviaf@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9429-636>.



Resumen

La situación peruana en materia de Técnicas de Reproducción Humana Asistida – TERAS, ha tenido un notable incremento desde las últimas décadas debido al surgimiento de diversos factores de índole patológico y/o social que ha generado que las personas recurran a estos nuevos métodos debido al padecimiento de lo que la Organización Mundial de la Salud cataloga como una enfermedad: la infertilidad. En ese sentido, se evidencia que las TERAS vienen cobrando especial preponderancia en el ámbito nacional; sin embargo, al no encontrarse reguladas de forma expresa en la normativa peruana, se han generado una serie de problemas legales en el reconocimiento del vínculo filial de los nacidos por este procedimiento respecto de quienes tuvieron la “voluntad procreacional” de concebirlos. Estos problemas han suscitado diversa jurisprudencia que en su mayoría ha recaído en la determinación de una maternidad o paternidad alternativa. Es así que el presente artículo tiene como objeto presentar y analizar los distintos casos discutidos en la Corte Suprema y en el Tribunal Constitucional del Perú en materia de TERAS, siendo la “ovodonación” y la “gestación subrogada” las que han logrado diversos pronunciamientos judiciales que vienen planteando una interesante línea jurisprudencial sustentada en principios generales del Derecho.

Palabras clave: Técnicas de Reproducción Humana Asistida; Gestación Subrogada; Ovodonación; Filiación; Procreación Asistida.

Resum

La situació peruana en matèria de Tècniques de Reproducció Humana Assistida –TERAS, ha tingut un notable increment des de les últimes dècades a causa del sorgiment de diversos factors d'índole patològic i/o social que ha generat que les persones recorrin a aquests nous mètodes a causa del patiment del que l'Organització Mundial de la Salut cataloga com una malaltia: la infertilitat. En aquest sentit, s'evidencia que les TERAS venen cobrant especial preponderància en l'àmbit nacional; no obstant això, al no trobar-se regulades de manera expressa en la normativa peruana, s'han generat una sèrie de problemes legals en el reconeixement del vincle filial dels nascuts per aquest procediment respecte dels qui van tenir la “voluntat procreacional” de concebre'ls. Aquests problemes han suscitat diversa jurisprudència que en la seva majoria ha recaigut en la determinació d'una maternitat o paternitat alternativa. És així que el present article té com a objecte presentar i analitzar els diferents casos discutits en la Cort Suprema i en el Tribunal Constitucional del Perú en matèria de TERAS, sent la “ovodonació” i la “gestació subrogada” les que han aconseguit diversos pronunciaments judicials que venen plantejant una interessant línia jurisprudencial sustentada en principis generals del Dret.

Paraules clau: tècniques de reproducció humana assistida; gestació subrogada; ovodonació; filiació; procreació assistida.

Abstract

In recent decades, Peru has witnessed a remarkable rise in the use of assisted human reproduction technology (ART) which can be attributed to various pathological and social factors. The prevalence of infertility, recognized by the World Health Organization (WHO) as a disease, has led individuals to increasingly turn to these innovative methods. ART has notably gained traction at the national level. However, due to the absence of pertinent explicit regulations in Peru, legal issues have arisen concerning the recognition of the filial bond between those born through these techniques and their parents who had "procreational will" to conceive them, but not the biological ability. These problems have led to various legal rulings, primarily addressing questions of determining maternity or paternity. This article aims to present and analyze different cases discussed in the Supreme Court and Constitutional Court of Peru related to ART, with a focus on "egg donation" and "surrogacy," which have contributed to the development of an interesting jurisprudence grounded in general principles of law.

Keywords: Assisted Human Reproduction; Surrogacy; Egg Donation; Parentage; Assisted Procreation.

1. Introducción

Un informe de la Organización Mundial de la Salud (OMS), publicado el 04 de abril de 2023, presentó datos sobre la prevalencia regional y mundial de la esterilidad de acuerdo con las estimaciones efectuadas entre 1990 y 2021, concluyendo que: “una de cada seis personas padece de esterilidad”; por lo que no solo cobra preponderancia la problemática en materia reproductiva al corroborarse que ésta se encuentra en constante ascenso sino también el uso de las denominadas Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TERAS) como mecanismos alternativos de procreación.

En esa línea, la realidad del Perú, en materia reproductiva, desde hace algunas décadas evidencia una situación preocupante tanto para el estado como para la sociedad en general, pues, pese a no contar con estadísticas oficiales respecto del porcentaje de mujeres que padecerían de infertilidad a la actualidad, se tienen las cifras obtenidas de las tasas de fecundidad indicadas por el Instituto Nacional de Estadística e Informática —INEI de la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar— ENDES del año 2021¹, que evidencia su decrecimiento en comparación con cifras de encuestas anteriores.

Es en esa línea que el presente trabajo ha abarcado los diversos casos originados judicialmente por la práctica de las TERAS en el Perú y busca evidenciar cómo la deficiencia de normativa interna ha generado el surgimiento de distintos criterios jurisprudenciales, los mismos que han sido aplicados por los respectivos juzgadores en cada uno de los casos con el fin de brindarles la “solución más justa”; sin embargo, y si bien en su mayoría han sido acordes a los principios de orden general y supranacional del Derecho, también se puede ver que existe una minoría en la que ha primado un criterio “cerrado” y extremadamente conservador.

Es por ello que a continuación se presentan los casos judicializados sobre “ovodonación” y “gestación subrogada” desde que surgieron jurisprudencialmente en el año 2006 hasta el último que recientemente ha sido resuelto en octubre del año 2023; los cuales han sido abarcados en sus principales características en sede judicial para posteriormente ser comentados desde una perspectiva bioética y jurídica a la luz de la problemática normativa en el Perú y finalizar con las conclusiones integrales de los autores como una posibilidad de aporte al problema detallado.

¹ INEI. Encuesta Demográfica y de Salud Familiar. ENDES 2021. Nacional y Departamental. Disponible en: https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1838/
[Última consulta: 25 de diciembre de 2023]

2. Jurisprudencia peruana sobre “ovodonación”

La TERA conocida como donación de óvulos u “ovodonación”, consiste en aquel proceso mediante el cual una mujer entrega al laboratorio sus óvulos (ovocitos), los mismos que serán utilizados para fertilizarlos e implantarlos en una mujer distinta (que, en su mayoría, presenta deficiencias ováricas) con el fin de que ésta pueda tener descendencia.

En los ciclos de ovodonación los ovocitos de la cedente son fecundados con el material genético del varón de la pareja receptora de la donación, y los embriones generados son transferidos a la mujer de la pareja receptora que ha sido previa y debidamente preparada mediante la administración secuencial de estrógeno y progesterona. (Grupo PRANOR, 2013, p.350).

La ovodonación ha generado una interesante casuística a nivel local a raíz de un procedimiento de ovodonación aparentemente no consentido por el donante de esperma, quien anteriormente había sido pareja de la mujer que se sometió al tratamiento.

Las controversias judiciales comenzaron con la demanda de la esposa del donante de esperma, Mónica Oblitas Chicoma, quien impugnó el reconocimiento de maternidad realizado por María Alicia Alfaro Dávila sobre la menor A.B.A.D. Oblitas Chicoma, alegó que Alfaro Dávila no era la madre biológica de la menor, ya que ésta fue concebida mediante inseminación artificial utilizando el óvulo de otra mujer y el esperma de su cónyuge, Custodio Olsen Quispe Condori. Posteriormente, en un proceso distinto, sería el propio Custodio Olsen Quispe Condori quien solicitaría la nulidad de los documentos que suscribió para llevar adelante el procedimiento de ovodonación. De acuerdo con la historia que narró, él sí prestó su consentimiento para llevar a cabo la ovodonación, pero el acto resultaba nulo por contravenir el orden público y por ser ilícito.

Custodio Olsen Quispe Condori impugnó también el reconocimiento de maternidad de la señora María Alicia Alfaro Dávila en un proceso independiente. En este último intento de cuestionar dicha maternidad, así como la paternidad sobre la menor A.B.A.D., afirmó que la ley peruana no autoriza los casos de ovodonación, salvo que la condición de madre gestante y la biológica coincidan.

Todos estos casos surgieron, como se ve, a raíz de un solo procedimiento de ovodonación y fueron resueltos por la Corte Suprema, máximo órgano de control de la legalidad en el Perú. En ellos se involucran cuestiones legales y éticas, así como los intereses y derechos de quienes autorizan o consienten el proceso de ovodonación, y, especialmente, los de la menor nacida como consecuencia de dicho procedimiento.

Analicemos los casos resueltos judicialmente.

2.1. Caso Oblitas Chicoma². Impugnación de maternidad y legítimo interés

La Corte Suprema decidió declarar fundado el recurso de casación sobre la impugnación de maternidad de la niña A.B.A.D. La fundamentación de esta decisión se centró en determinar si la demandante tenía legitimidad para solicitar el derecho pretendido. En instancias previas, la demanda fue declarada improcedente debido a que no se había acreditado el interés moral y económico necesario para ejercer la acción, ni se había demostrado la afectación directa o indirecta del hijo representado respecto al reconocimiento de su medio hermana.

En este caso, se corroboró la existencia de un vínculo de hermandad entre ambos menores y la obligación de protección recíproca entre ellos, asegurando así el carácter propio, legítimo y personal de la demandante. Por lo tanto, se declaró legítimo el interés para obrar y se fundó el recurso de casación respectivo.

Este caso es significativo por ser el primero en abordar en el Perú una problemática surgida a raíz de un caso de ovodonación. Sin embargo, tanto la Corte Suprema como las instancias previas centraron su análisis en el interés para obrar de la demandante al ejercer la acción en nombre de su hijo para impugnar la maternidad, sin profundizar en el tratamiento normativo de la ovodonación ni el consentimiento necesario para ello, a pesar de que la demandante alegaba que la demandada había accedido al procedimiento por su propia iniciativa y sin autorización del donante de espermia (cónyuge de la primera y anterior pareja de la segunda).

Es relevante señalar que la demandante argumentaba que la ovodonación transgredía lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley General de Salud (LGS)³ y vulneraba derechos fundamentales de la menor, como su derecho a la identidad. La decisión formalista de la Corte Suprema de declarar fundado el recurso de casación, al no abordar explícitamente el tema de la ovodonación ni rechazar los argumentos de la demandante, sugiere que los jueces estuvieron de acuerdo con los argumentos presentados por ella.

² Casación 5003-2007-Lima. Mónica Oblitas Chicoma con María Alfaro Dávila. Recurso de casación contra la Resolución de vista del tres de agosto del dos mil siete. Materia: Impugnación de maternidad.

³ Artículo 7 de la Ley 26842, Ley General de Salud: *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».*

2.2. Caso Quispe Condori I⁴. Nulidad del acto jurídico de acuerdo de fertilización

La Corte Suprema declaró fundado el recurso de casación respecto del reconocimiento del acto jurídico del convenio de fecundación *in vitro* suscrito por la demandada y su esposo, basándose en los siguientes argumentos: en primer lugar, se precisó que en Perú existen dos tipos de técnicas de reproducción asistida (TERAS): la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial, siendo esta última el método utilizado para la gestación subrogada, que no está reconocida por la ley en el país. En este caso, la ovodonación se realizó mediante fecundación *in vitro*.

En segundo lugar, la Corte Suprema señaló que el artículo 7 de la LGS, que prescribe que tiene que haber identidad entre la madre genética y la gestante (debe ser la misma persona), no expresa una proscripción específica, esto es, que no hay una prohibición para este tipo de situaciones. En el caso particular, la demandada no podía ovular, razón por la cual recurrió a una donante anónima de gametos. Por lo tanto, se concluyó que existe un vacío legal en la normativa peruana y, de acuerdo con el principio de que "lo que no está prohibido está permitido", no se estaba ante ningún ilícito.

En cuanto al convenio de fecundación *in vitro*, se analizaron las cláusulas cuarta y octava, y se comprobó que tanto la demandada, M A A. D. (también demandada en el caso anterior), como su esposo, C. O. Q. C, habían acordado llevar a cabo el procedimiento, manifestando su voluntad de manera válida, ratificada por el documento "Autorización de FIV y transferencia embrionaria", a sabiendas de que intervendría una donante de gametos. Por tanto, al haberse evidenciado los requisitos establecidos en el artículo 140 del Código Civil respecto a la validez del acto jurídico, y tomando en consideración que como resultado del procedimiento de ovodonación nació una criatura que siempre estuvo al cuidado de la demandante, la cual merecía la tutela de sus derechos a la identidad y a la proyección de su personalidad, sustentado en el "principio de interés superior del niño", se amparó la demanda.

⁴ Casación 4323-2010-Lima. Custodio Quispe Condori con Instituto de Ginecología y Reproducción – Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir y María Alicia Alfaro Dávila. Recurso de casación contra la Sentencia de vista expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Materia: Nulidad de acto jurídico.

Este caso está vinculado al contenido en la Casación 5003-2007-Lima, ya que trata sobre el procedimiento de ovodonación realizado por M.A.A. Dávila con los gametos de su entonces pareja, el señor C. O. Q. C. Este procedimiento fue autorizado por ambas partes mediante la suscripción del documento "Autorización de FIV y transferencia embrionaria". El problema radica en que, por motivos ajenos al caso, C. O. Q. C se retractó del consentimiento que había dado y cuestionó la legalidad del procedimiento, por lo que demandó la nulidad del acto jurídico por el que autorizó el procedimiento de ovodonación.

Sin embargo, es destacable que los jueces de la Corte Suprema no solo valoraron el contenido del documento, apreciando que existió una legítima expresión de voluntad por parte de ambos intervinientes, concluyendo que era completamente válido y conforme al artículo 140 del Código Civil, sino también el hecho de que, como resultado de la ovodonación, nació una criatura. Dado que ésta es la parte más vulnerable, merece la mayor tutela posible, independientemente de la forma de su procreación. Por lo tanto, en virtud del principio del interés superior del niño y de los derechos a la identidad y a la proyección de su personalidad, los jueces decidieron que lo mejor para la menor era continuar al cuidado de la demandante, quien demostró haberle proporcionado todo lo necesario para su adecuado desarrollo desde el inicio del embarazo.

2.3. Caso Quispe Condori II⁵. Anulabilidad del acto jurídico de reconocimiento

La Corte Suprema declaró infundado el recurso de casación del demandante C.O.Q.C respecto de su demanda de anulación de acto jurídico por error en la declaración de reconocimiento de maternidad. Éste fue el segundo intento del demandante de cuestionar la relación filial entre la Sra. M. A. A. D con la menor nacida producto del procedimiento de ovodonación realizado por aquella. El demandante argumentaba que la prueba de ADN demostraba que M. A. A. D no era la madre biológica de la menor y que el artículo 7 de la LGS permite las técnicas de reproducción asistida siempre que «*la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona*». Para el demandante, la señora M. A. A. D incurrió en error al reconocer a la menor como hija suya. Así, argumentaba que los requisitos respecto a: que la madre genética y gestante debe

⁵ Casación 1520-2017-Lima. Custodio Olsen Quispe Condori con María Alicia Alfaro Dávila. Recurso de casación contra la sentencia de vista contenida en la Resolución número cincuenta y ocho, de fecha diecisiete de noviembre de dos mil dieciséis, dictada por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Materia: Anulabilidad de acto jurídico.

ser la misma persona y la exigencia del consentimiento informado de los padres biológicos, no se habrían cumplido.

La Corte Suprema indicó que la discrepancia entre la identidad de la madre biológica y la gestante no constituían un motivo para anular el acto jurídico de reconocimiento efectuado por la demandada sobre la menor hija. Asimismo, señaló que, en efecto, el artículo 7 de la LGS es una norma de orden público, esto es, una causal de nulidad y no de anulabilidad del acto jurídico, pero que ello no enervaba el consentimiento efectuado por el demandante y la demandada respecto del procedimiento de ovodonación. Con base en estos argumentos, se declaró infundado el referido recurso.

La relevancia de este caso se percibe de mejor manera si se observa que este fue el segundo intento para intentar privar de la condición de madre a la señora M. A. A. D., quien tuvo a su hija por un proceso de ovodonación.

Tanto en el caso anterior como en este, la Corte Suprema afrontó el artículo 7 de la LGS de forma directa, y aseguró que la falta de identidad entre madre biológica y madre gestante no constituyen motivos para privar de eficacia al acto jurídico por el que se autorizó el procedimiento de ovodonación o al reconocimiento de maternidad, respectivamente. En ambos casos, la Corte Suprema prefirió salvaguardar el derecho a la identidad de la menor.

La Corte Suprema de Justicia, sin embargo, señaló que el artículo 7 de la LGS califica como una norma de orden público, por lo que, potencialmente, podría significar un problema a futuro para quienes deseen acceder a la ovodonación sin que la condición de madre biológica coincida con la de madre gestante, dado que en el Perú el acto jurídico que contraviene las normas de orden público es nulo.

3. Jurisprudencia peruana sobre “gestación subrogada”

Cieza (2017) sostiene que: “la Gestación Subrogada es aquel procedimiento médico autorizado por la entidad competente a fin de que en un establecimiento de salud se efectúe la transferencia embrionaria de una mujer distinta a la solicitante (...)” (p.289).

Consecuentemente, Rubio (1996) menciona:

Esta modalidad de reproducción asistida comienza con un contrato en el que una mujer acepta gestar al niño, pero no ser la madre legal, porque otra será la que tenga

este reconocimiento. El niño será entregado a la que pretende ser madre legal. Normalmente se remunera el servicio de gestar (p.39).

3.1. Caso See Aurish⁶. La abuela madre como portadora de amor

La demandante presentaba una serie de enfermedades, entre ellas, insuficiencia renal, neuropatías e hipertensión arterial, que le impedían tener un embarazo natural. Por recomendación médica, decidió someterse a un procedimiento de gestación subrogada, en el cual, su madre llevó el embarazo mediante una fecundación *in vitro* utilizando los gametos de la demandante y de su esposo. Siete meses después nació una niña, quien fue registrada como hija de su abuela gestante.

Posteriormente, C.M.S.A. interpuso una demanda de impugnación de maternidad en contra de su madre, con el objetivo de que la menor fuera registrada como su hija, dado que ella era la madre genética.

El Décimo Quinto Juzgado de Familia declaró fundada la demanda. En su resolución, el juzgado señaló que, ante situaciones como esta, el ordenamiento jurídico positivo peruano está rezagado en relación con los avances de las ciencias biológicas que han incorporado nuevas técnicas de reproducción asistida. Citando el inciso 8 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, el juzgado argumentó que no se puede dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En consecuencia, surge una obligación del órgano jurisdiccional de "crear derecho" para efectivizar la tutela jurisdiccional, especialmente cuando está en juego el "principio del interés superior del niño", junto con otros derechos contenidos en el Código de los Niños y Adolescentes (CNA) y en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

El juzgado destacó que el principio del *mater semper certa est* ha quedado obsoleto frente al desarrollo científico y que el Derecho Genético, como creador de nuevos conceptos sobre la maternidad, necesita ser regulado para armonizar las relaciones humanas en la sociedad. Además, se evaluó el artículo 7 de la LGS en relación con la pretendida e insoslayable relación entre la madre genética y la madre biológica. El juzgado concluyó que dicha relación no está explícitamente prohibida por la ley, en concordancia con el artículo 2, inciso 24, literal a) de la

⁶ Expediente 183515-2006-00113. Carla Monique See Aurish con Jenni Aurish de La Oliva y otro. Materia: Impugnación de maternidad.

Constitución Política, que establece que “*nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*”.

En este contexto, el juzgado declaró a la menor como hija de la demandante y de su esposo, ordenando la rectificación de los apellidos y disponiendo que los embriones criopreservados sobrantes del procedimiento de fecundación *in vitro* fueran implantados en el útero de la madre de la demandante o en el de una tercera persona en un plazo no mayor a dos años, sin ningún fin lucrativo.

Este caso es de suma relevancia porque marca un hito en el reconocimiento, a nivel judicial, de la gestación subrogada en el Perú. Aquí las autoridades del Décimo Quinto Juzgado de Familia, a pesar de enfrentar un caso “atípico” para la época, realizaron una valoración supranacional de la norma y destacaron los derechos y principios que debían ser respetados, como el “principio del interés superior del niño”, contenido tanto en el derecho positivo peruano (CNA) como en el ámbito internacional (CDN).

Es destacable que el razonamiento utilizado en esta instancia judicial se fundamentó en que preceptos como el *mater semper certa est* y lo establecido en el artículo 7 de la LGS han quedado desfasados debido a los avances científicos aplicados a los procedimientos reproductivos. Por tanto, es urgente que las normas nacionales sean actualizadas para regular efectivamente los nuevos requerimientos en materia de procreación asistida, que actualmente están siendo obstaculizados por el contenido obsoleto y desfasado la LGS vigente.

3.2. Caso Palomino - Sansone⁷. Recurriendo a la adopción como mecanismo alternativo de nexo filial

La pareja conformada por I.C.M. y P.P.C. interpuso un recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia del Perú, en respuesta a las decisiones de primera y segunda instancia que declararon fundada la adopción presentada por la pareja conformada por D.P.Q. y G.S., en el marco de un procedimiento de gestación subrogada en la modalidad de “gestación sustituta”, donde la mujer donante de óvulos quedó embarazada mediante inseminación artificial con espermatozoides donados.

⁷ Casación 563-2011-Lima. Isabel Castro Muñoz con Dina Palomino Quicaño y Giovanni Sansone. Recurso de casación contra la sentencia de vista de fecha treinta de noviembre de dos mil diez. Materia: Demanda de adopción por excepción incoada.

D.P.Q. presentaba una imposibilidad reproductiva, por lo que, junto a su esposo G.S., pactaron con I.C.M. y P.P.C. realizar un procedimiento de gestación subrogada. En este procedimiento, la señora I.C.M. donó un óvulo, que fue inseminado con los espermatozoides del señor G.S., y llevó el embarazo a término, dando a luz a una niña. Se había acordado que la menor sería adoptada vía excepción por la pareja conformada por D.P.Q. y G.S., debido a que la mujer estéril era tía del señor P.P.C., lo que establecería un vínculo biológico con la niña. Sin embargo, la pareja donante se retractó del pacto, argumentando, entre otros motivos, que la técnica de reproducción asistida empleada no tiene reconocimiento legal en el Perú y que los pre adoptantes carecían de solvencia moral.

Esta decisión judicial es considerada la primera sentencia peruana que se pronunció sobre un caso de gestación subrogada. La Corte Suprema concluyó que, pese a que la menor era hija biológica del señor G.S., legalmente figuraba como padre el señor P.P.C. en su acta de nacimiento, manteniéndose el vínculo consanguíneo con la señora D.P.Q. Informes del equipo multidisciplinario evidenciaron que la pareja G.S.-D.P.Q. proporcionaba a la menor un ambiente familiar propicio y adecuado para su desarrollo. En contraste, se comprobó que la pareja I.C.M. y P.P.C., durante el proceso de gestación, extorsionaba y amenazaba a la otra pareja con un aborto, motivados únicamente por fines lucrativos.

Por tanto, a pesar de no contar con la autorización de los padres para la adopción de la menor, la Corte Suprema realizó una ponderación de derechos entre la oposición de la madre biológica y el derecho de la niña a seguir contando con una familia, optando por la segunda opción en mérito al interés superior del niño. Consecuentemente, declaró infundado el recurso de casación interpuesto por I.C.M. y decidió que la menor continuara viviendo con la pareja G.S.-D.P.Q., a quienes identificaba como sus padres.

Este caso resulta medular en materia de técnicas de reproducción asistida (TERAS) en la jurisprudencia peruana. Adquiere relevancia no solo por haber llegado a la instancia de casación en la Corte Suprema, sino también por las particularidades de su contenido, las cuales fueron evaluadas y ponderadas en función de los derechos de la menor nacida mediante gestación subrogada.

Es destacable que, a pesar de estar regulado en el Perú el procedimiento para una “adopción por excepción”, que requiere el asentimiento de los padres biológicos, en este caso, y en pro del bienestar de la niña, se decidió de manera excepcional prescindir de dicho requerimiento. Además, y en concordancia con este criterio, los jueces supremos, a pesar de conocer que el padre biológico de la menor era el señor G.S., optaron por mantener como tal al señor P.P.C., conforme a

lo establecido en el acta de nacimiento de la menor, para preservar el vínculo familiar necesario para la adopción por excepción. Se comprobó que la pareja I.C.M. y P.P.C. solo utilizaba a la niña para obtener beneficios económicos, destacando que la ponderación primordial de derechos fue entre los padres “legales” y una menor concebida mediante una técnica reproductiva no regulada. La conclusión fue que la menor, como parte más vulnerable de la relación, debía ser protegida y acogida por quienes tuvieron la intención de engendrarla y le brindaban un ambiente familiar adecuado para su desarrollo, observándose, una vez más, el “principio del interés superior del niño”.

3.3. Caso Nieves – Ballesteros⁸. Maternidad subrogada, filiación y socioafectividad

A.B.V. presentaba problemas de ovulación, así como imposibilidad para llevar a término un embarazo. Por esta razón, junto a su esposo F.N.R., acordaron con la pareja conformada por F.S. y E.R.U. que esta última, mediante una ovodonación anónima y con los espermatozoides del señor F.N.R., llevaría el embarazo a través del procedimiento de gestación subrogada.

De esta técnica nació una pareja de mellizos, quienes fueron registrados en sus partidas de nacimiento como hijos de E.R.U. y F.N.R. En representación de los menores, así como ambas parejas, se presentó un proceso de amparo en contra del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), solicitando que se reconociera a la señora A.B.V. como la madre y se emitieran nuevas partidas de nacimiento.

En respuesta al proceso presentado, el RENIEC formuló defensas previas alegando la excepción de falta de representación y el no agotamiento de vías previas. Ante estas excepciones, el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, resolvió desestimarlas basándose en los siguientes argumentos: Sobre la primera, se refirió que la señora E.R.U., como la mujer que llevó el embarazo, tenía la facultad de representar a los menores, y que, de no ser así, se estaría permitiendo la vulneración de los derechos de estos y de los demandantes que actuaban a nivel personal. Respecto a la segunda, se precisó que existen dos motivos que pueden evitar la vía previa: el agravio irreparable a las partes, especialmente a los menores, y la poca regulación existente respecto a las técnicas de reproducción asistida (TERAS), lo que impide disponer de una vía administrativa previa a la cual acudir.

⁸ Expediente 06374-2016-0-1801-JR-CI-05. Francisco Nieves Reyes y Aurora Ballesteros Verau y Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco con RENIEC. Materia: Proceso de amparo

En cuanto a la gestación subrogada, el juzgado señaló que el conjunto normativo jurisprudencial peruano debe ser interpretado en relación con los tratados en derechos humanos y, consecuentemente, con las decisiones de los tribunales internacionales. En este sentido, se destacó, entre otras, la sentencia *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, que estableció, a través de la observancia de los derechos a la privacidad, autodeterminación y salud reproductiva, que las mujeres tienen el derecho de estar informadas y de recurrir a técnicas reproductivas alternativas para lograr convertirse en madres, incluso mediante la intervención de una tercera persona. Por lo tanto, el Estado no puede desconocer el resultado de estas técnicas ya que no hay legislación que las proscriba.

En cuanto a lo establecido por el artículo 7 de la LGS, sobre la pretendida identidad de la madre biológica y genética, se refirió que la norma solo menciona que lo genético debe coincidir con lo biológico. Sin embargo, no considera la posibilidad de otros casos, por lo que no están prohibidos. En este sentido, destacó el artículo 2, inciso 24, literal a) de la Constitución Política, que establece que *“nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”*, razón por la cual el pacto realizado por ambas parejas sería legítimo y el contrato válido.

Respecto al derecho a fundar una familia, se indicó que las personas pueden hacer uso de las TERAS en la medida que estén destinadas a este fin y se respete así la dignidad del ser humano. También se destacó la existencia del libre desarrollo de la personalidad con el que se ejercen los derechos reproductivos y sexuales los que el RENIEC atentó al frustrar el proyecto de vida familiar de los demandantes solo por la elección reproductiva que hicieron.

Sobre el interés superior de los niños, se destacó la “voluntad procreacional” de la pareja conformada por F.N.R. y A.B.V., quienes estaban proporcionando los cuidados necesarios y un ambiente familiar adecuado a los menores, mientras que la pareja F.L.S. y E.R.C. solo tuvo un sentimiento de colaboración con ellos. Asimismo, se resaltó la exigencia de proteger el derecho a la identidad de los niños, que resulta del vínculo surgido con los miembros de su familia.

Por estas consideraciones, el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, declaró fundado el amparo, disponiendo la anulación de las partidas de nacimiento y la emisión de unas nuevas que consignaran a los menores con los apellidos paterno y materno de los señores F.N.R. y A.B.V., registrándolos como sus padres.

Si bien previamente a esta sentencia existieron dos casos judiciales sobre la TERA de gestación subrogada, ésta cobra especial relevancia ya que, a diferencia de sus predecesoras, realiza un análisis más exhaustivo sobre la situación de dichas técnicas en el marco jurídico peruano. Se comenzó por la LGS y su artículo 7, como único regulador (aunque exiguo) de estos

casos, dejando un gran vacío para los supuestos distintos a lo dispuesto en la ley. Además, respecto a las excepciones alegadas por el RENIEC sobre la falta de agotamiento de vías previas, el juez consideró la carencia de regulación sobre estos temas en el país, demostrando que el Perú no está normativamente preparado para afrontar este tipo de situaciones y que, por lo tanto, no se pueden proscribir en mérito a los principios de legalidad y de reserva.

En esta sentencia se precisaron y evaluaron varios conceptos propios de la gestación subrogada, como los derechos a la salud reproductiva, la autodeterminación, la privacidad y el derecho a fundar una familia. Todos estos derechos, en observancia de la dignidad del ser humano, permiten que las personas elijan el método reproductivo que necesiten, tal como se expuso en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo Vs Costa Rica*.

Asimismo, se destacó la preponderancia del concepto de la “voluntad procreacional” respecto a la pareja F.N.R.-A.B.V., quienes proporcionaban todos los cuidados necesarios para el desarrollo de los menores. También se observó el “principio del interés superior del niño”, relacionado directamente con la necesidad de tutelar su derecho a la identidad, construido a través del vínculo con las personas que los aman y desean ser reconocidos como sus padres.

La decisión tomada en este caso representa un gran avance en materia de técnicas de reproducción asistida, especialmente en gestación subrogada y filiación, estableciendo un precedente al haber ponderado una serie de derechos destinados a proteger a los menores nacidos mediante este método y obligando al RENIEC a reconocer como padres a las personas que tuvieron la voluntad de procrearlos.

3.4. Caso Zamudio - Lopez⁹. Una madre contra el registro civil

C.L.R. tenía imposibilidad reproductiva debido a una histerectomía realizada a los 18 años, y su pareja, el señor N.Z.V., fue diagnosticado con baja fertilidad, lo que hacía imposible que pudieran tener hijos biológicos. Después de varios años intentando adoptar sin éxito debido a su edad, acordaron con la señora Z.P.R., prima de la demandante, llevar a cabo un procedimiento de gestación subrogada mediante una ovodonación y una donación de espermatozoides.

⁹ Corte Superior de Justicia de Lima. Exp.: 01286- 2017-0-1801-JR-CI-11. Segunda Sala Constitucional. Carmen López Rojas y Nilton Zamudio Vilca con RENIEC. Materia: Proceso de amparo.

De dicho proceso nació una niña, quien fue registrada en su acta de nacimiento como hija de Z.P.R. y N.Z.V., debido a que esta última mujer lo declaró como tal. Al no poder ejercer la patria potestad, la pareja Z--L presentó una demanda de amparo contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) para que se rectificara el apellido materno de la menor y se consignara a C.L.R. como su madre.

El Décimo Primer Juzgado Constitucional señaló que resultaba procedente la vía del amparo como proceso residual y en protección de la identidad y la filiación. Respecto al artículo 7 de la LGS, precisó que la identidad entre la madre genética y la biológica es una disposición distinta a este caso, por lo que no existe regulación ni prohibición. En ese sentido, dicha abstención jurídica se puede interpretar como un supuesto de permisibilidad en atención al principio de libertad personal: lo que no está prohibido, está permitido. Además, se sostuvo que el principio del *mater semper certa est* ya no es incólume, y ello se fundamenta en la aparición de casos como el presente. El juzgado también reconoció la existencia de un acuerdo de útero subrogado, que, a pesar de no estar regulado, fue redactado notarialmente, por lo que constituía un documento válido. Asimismo, destacó que las técnicas de reproducción asistida (TERAS) y el concepto de "voluntad procreacional" dan origen a una nueva forma de filiación, y que el concepto de "familia" ha evolucionado, no pudiendo afirmarse la existencia de una sola forma de ésta.

La resolución del juzgado declaró fundada la demanda; sin embargo, al ser apelada, la Segunda Sala Constitucional Permanente señaló que la supuesta violación del derecho a la identidad se basaba en la observancia del principio del *mater semper certa est*. Este principio respaldó la emisión del certificado de nacido vivo, el que sirvió para la emisión de la partida de nacimiento por parte del RENIEC, en línea con el derecho a llevar los apellidos de sus padres, los cuales no pueden ser cambiados salvo por autorización judicial. Respecto al tratamiento del concebido, refirió que tanto la Constitución Política como el Código Civil establecen su protección como sujeto de derecho para todo lo que le favorezca. Sobre la "concepción", destacó que, aunque no exista precisión del momento exacto en que se produce, la sentencia N° 2005-2009-PA/TC señaló que esta se produce con "*la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula (...) La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio*" (Tribunal Constitucional, 2009, fundamento 38).

En relación con la sentencia Artavia Murillo vs. Costa Rica, precisó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende que la "concepción" se produce en la etapa de la anidación; sin embargo, "*nuestro ordenamiento jurídico protege al ser humano de modo más favorable al concebido desde la concepción, entendida esta desde la fecundación, y no desde la*

anidación" (Corte Superior de Justicia de Lima, Segunda Sala Constitucional Permanente, 2017, Exp. 01286-2017-0-1801-JR-CI-11, fundamento 4.27). Sobre la legalidad de las TERAS, indicó que la condición del artículo 7 de la LGS, sobre la identidad de la madre genética y biológica, es estricta, y actuar en su contra constituye un procedimiento prohibido. En términos generales, precisó que el embrión y el cuerpo de la "colaboradora" se han catalogado como objetos y que la gestación subrogada atenta contra la dignidad y las buenas costumbres.

Por lo expuesto, la Sala revocó la sentencia del Décimo Primer Juzgado Constitucional, declarando improcedente la demanda.

Este caso adquiere relevancia porque ninguno de los miembros de la pareja demandante proporcionó su material genético (óvulo y espermatozoide) para la concepción de la niña mediante gestación subrogada, resultando en un caso de fecundación heteróloga. Este escenario, dentro del contexto jurídico peruano en materia de TERAS, es aún más complejo, ya que biológicamente la menor no es hija de C.L.R. ni de N.Z.V.

La ausencia de una norma específica que regule este escenario llevó a que el juez de primera instancia interpretara los antecedentes y las características del caso. Se realizó un análisis de los principales conceptos involucrados en estos procedimientos, como la evolución de la forma de constituir una familia, la "voluntad procreacional", y la fragilidad del principio del *mater semper certa est*, entre otros. Estos conceptos sirvieron de base para declarar fundada la demanda presentada contra el RENIEC, ordenando que se emitiera una nueva partida consignando a los demandantes como padres de la menor.

Sin embargo, tras la apelación del RENIEC, la segunda instancia cambió completamente la decisión del juzgado inicial, adoptando un criterio conservador y argumentando que la gestación subrogada cosifica tanto a la mujer colaboradora como al embrión, atentando contra la dignidad y las buenas costumbres.

Este conflicto de criterios jurídicos, frecuentemente influido por convicciones personales de los magistrados, refleja las carencias normativas que obstaculizan la protección efectiva de los derechos de los menores nacidos mediante técnicas de reproducción asistida. Desde un enfoque bioético, es imprescindible que estas situaciones se resuelvan mediante la operacionalización de principios fundamentales como el "interés superior del niño", el cual debe estar estrechamente ligado al de beneficencia, la no maleficencia, la autonomía y la justicia. La ausencia de una regulación específica no debe ser un obstáculo para garantizar que las decisiones judiciales se alineen con la dignidad humana y los derechos fundamentales. En este sentido, el "principio del interés superior del niño" debe prevalecer sobre las interpretaciones conservadoras que cosifican a las personas involucradas. Asimismo, la aplicación del principio de beneficencia que al interpretarse indesligablemente con el de no maleficencia exige que las decisiones no solo eviten

causar daño al menor sino que estén orientadas a procurarle el mayor bienestar posible debido a su vulnerabilidad, mientras que la justicia y la autonomía requieren que las interpretaciones judiciales no estén condicionadas por valores subjetivos, sino que promuevan un trato equitativo y sin discriminación respecto de las elecciones reproductivas de las partes involucradas; todo ello con el fin de que se respete la dignidad de las personas y de velar por la integridad de los derechos humanos.

3.5. Caso Ricardo Morán¹⁰. El derecho del padre a declarar el nacimiento

Con la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TERAS) en los Estados Unidos, el señor Ricardo Morán Vargas se convirtió en padre de mellizos. Para lograrlo, utilizó sus gametos para fecundar el óvulo de una donante anónima, y el proceso de gestación se llevó a cabo en un vientre subrogado, formando así una familia monoparental viable y regulada en el país norteamericano. Morán indicó que sus hijos menores viven en Perú como turistas, e incluso como ilegales, ya que no tienen Documento Nacional de Identidad (DNI), dado que el RENIEC se negó a otorgárselos por carecer de apellido materno.

La posición del RENIEC fue que la ley peruana restringe la gestación subrogada según el artículo 7 de la LGS. Además, destacó que, si bien el artículo 21 del Código Civil permite que la madre inscriba el nacimiento de su hijo sin necesidad de revelar la identidad del padre, dicha facultad no la tiene el varón. Según Morán, esta disposición afecta los derechos a la identidad y nacionalidad de la persona.

El 18 de julio de 2023, el Noveno Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró infundado el amparo interpuesto por Morán contra el RENIEC. Los argumentos esgrimidos por el juez fueron los siguientes:

Las resoluciones impugnadas fueron dictadas por una autoridad competente, con una motivación adecuada y en un procedimiento regular con los requisitos de validez establecidos por la norma administrativa.

El juzgado validó la afirmación del RENIEC de que toda inscripción administrativa de nacimiento debe respetar las normas de orden público.

Los niños nacieron el 26 de abril de 2019 mediante la técnica de reproducción asistida "gestación subrogada" y la madre gestante fue una mujer estadounidense.

¹⁰ Noveno Juzgado Constitucional. Exp.: 06323-2021-0-1801-JR-DC-0. Ricardo Morán Vargas con RENIEC. Materia: Acción de amparo.

La inscripción no puede realizarse al no existir legislación que justifique los actos jurídicos ejecutados en el extranjero.

El derecho a tener un nombre incluye la protección de contar con la información precisa de reconocimiento de los padres genéticos, así como de la madre subrogante; por lo tanto, no pueden inscribirse actas de nacimiento en donde no figure el nombre de la madre, pues esto atenta contra los artículos 20 y 21 del Código Civil.

Por tanto, se declaró infundado el amparo.

El 23 de noviembre de 2023, la Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, emitió la resolución N° 4 sobre la apelación de Morán, precisando los siguientes argumentos:

El accionante solicita las inscripciones de sus menores hijos ante el RENIEC y la inaplicación de los artículos 20 y 21 del Código Civil, basándose en la sentencia de fecha 12 de marzo de 2019, recaída en el expediente N° 19STPT00660, emitida por el Juzgado Civil de California (Los Ángeles, Estados Unidos), la cual determinó que Morán fuera declarado padre de los menores nacidos de Megan Marie Nelson (la mujer que llevó la gestación), estableciendo que conservaría la tenencia de los menores después del 25 de agosto de 2018 y antes del 25 de junio de 2019, otorgándole así la patria potestad al tratarse de una gestación subrogada y declarando la no existencia de la madre.

El Certificado de Nacimiento N° 142-19-118586, del 3 de mayo de 2019, otorgado por la División de Registro Civil del Departamento de Servicios de Salud (Texas), fue uno de los certificados de nacimiento que Morán intentó inscribir en el RENIEC, de acuerdo con lo dispuesto en la mencionada sentencia extranjera. Sin embargo, no se acreditó que dicha sentencia tenga fuerza ejecutoria en el Perú al no haberse realizado su reconocimiento (proceso judicial de “*exequatur*”).

Por tanto, se revocó la sentencia dictada por Resolución N° 5 del 18 de julio de 2022, y reformándola, se declaró improcedente.

Mediante la sentencia N° 423-2023 del 26 de septiembre de 2023 (expediente N° 00882-2023-PA/TC), el Tribunal Constitucional estableció su análisis en los principios de no discriminación e igualdad consagrados en la Constitución Política del Perú y tratados internacionales, buscando lograr la igualdad de derechos entre hombres y mujeres y no centrarse en las circunstancias del nacimiento de los menores.

En ese sentido, declaró nulas las resoluciones del RENIEC que declararon improcedentes las inscripciones del nacimiento de los niños C.M. y E.M. e inaplicable el artículo 21 del Código Civil, ordenando que fueran inscritos con los apellidos de su padre, reconociéndoles, en consecuencia, su nacionalidad peruana. Además, exhortó al Congreso de la República a que, dentro de sus atribuciones, equipare el derecho del padre al de las madres a poder inscribir a sus hijos sin revelar el nombre del otro progenitor. Asimismo, que se establezca un procedimiento destinado a la implementación de un registro reservado que permita a los niños conocer la identidad de sus padres posteriormente a su inscripción.

La sentencia de primera instancia conculcó el derecho a la identidad mediante la interpretación y aplicación inadecuada de la ley. Este caso se enmarca dentro de las denominadas “barreras internacionales en la maternidad subrogada” ya que su práctica genera problemas legales cuando es aceptada en un país y restringida en otros (Varsi y Mardini, 2021). La pareja o el usuario solicita un reconocimiento de su derecho reproductivo e identidad de la descendencia en el RENIEC, teniendo en cuenta que no hay una regulación respecto de un procedimiento para inscribir a los hijos nacidos mediante vientre de alquiler. Además, según el criterio del RENIEC, el artículo 21 *in fine* del Código Civil, establece un limitante al indicar que “*cuando la madre no revele la identidad del padre, podrá inscribir a su hijo con sus apellidos*”, sin considerar que sea el padre quien inscriba (maternidad subrogada o padre soltero).

La sentencia de segunda instancia, por el contrario, se centró en un tema de formalidad, enfatizando que la finalidad de un proceso de amparo se orienta a la restitución del ejercicio de los derechos constitucionales y no al reconocimiento y ejecución de una sentencia extranjera, como la emitida por el Juzgado Civil de California del Condado de Los Ángeles de los Estados Unidos (recaída en el Exp.19STPT00660). No se pronunció sobre el fondo del asunto, que merecía mayor atención, pues se trataba de una vulneración de derechos básicos de los menores C.M. y E.M., que, por la forma de su nacimiento, fueron claramente discriminados. La Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima destacó la importancia de la aplicación de la figura del “*exequatur*”, precisando que, para estos casos, existe otra vía idónea y no un proceso constitucional.

Como última opción para obtener justicia en la vía nacional, Ricardo Morán Vargas presentó un Recurso de Agravio Constitucional (RAC) ante el Tribunal Constitucional. Este órgano, realizando un análisis concatenado con el reconocimiento de los derechos a la igualdad y al principio de no discriminación, decidió que debe existir una equiparación entre el tratamiento normativo que el ordenamiento jurídico peruano otorga a las mujeres, para que los varones también puedan registrar con sus propios apellidos a sus hijos, omitiendo el del otro progenitor. Esto de conformidad con el artículo 44 de la Constitución Política del Perú, que prevé como deber

fundamental del Estado “*garantizar la plena vigencia de los derechos humanos*”, y entendiendo que “el Estado tiene la obligación de adoptar medidas eficaces para lograr el trato igualitario de todas las personas, permitiendo a la sociedad acceder de manera segura a dicha técnica de reproducción alternativa” (Valdivia, 2020, pp. 174-175).

En este sentido, el órgano constitucional peruano no se pronunció sobre la forma de nacimiento de los niños, sino que decidió reconocer los derechos de los menores C.M. y E.M. a ser registrados con los apellidos de su padre y, en consecuencia, a contar con la nacionalidad peruana. Esta decisión, sin duda alguna, no solo genera un impacto significativo en la sociedad peruana, sino que también sienta un precedente a nivel jurisprudencial.

4. Consideraciones bioéticas y su relevancia en las TERAS en el Perú

La ausencia de regulación específica para las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TERAS) en el Perú, genera vacíos normativos que incrementan la inseguridad jurídica y exponen a las partes involucradas —incluidos los menores producto de estos procedimientos— a interpretaciones subjetivas. Este vacío normativo puede abordarse mediante la implementación de principios bioéticos como herramientas prácticas, especialmente en casos judiciales complejos.

El principio de dignidad humana, por ejemplo, exige que los niños nacidos mediante TERAS sean reconocidos como sujetos plenos de derechos, independientemente de la técnica utilizada. A su vez, el principio de autonomía demanda un marco normativo que garantice el consentimiento informado de todas las partes implicadas, incluyendo a las gestantes y donantes, protegiendo su libertad de decisión.

La justicia requiere que estas técnicas sean accesibles para todos, evitando que se limiten únicamente a quienes puedan costearlas en el extranjero, promoviendo así la equidad en su acceso. Asimismo, los principios de beneficencia y no maleficencia son esenciales para prevenir daños psicológicos y sociales tanto en los menores como en las familias implicadas, asegurando su bienestar integral.

Estas reflexiones subrayan la necesidad de propuestas legislativas concretas que no solo respeten la diversidad de proyectos reproductivos, sino que también alineen al Perú con los estándares internacionales de derechos humanos. Además, un marco normativo claro contribuiría a fortalecer el principio de predictibilidad, garantizando decisiones judiciales coherentes, equitativas, justas y concordantes con los principios fundamentales del derecho.

5. Conclusiones

La falta de normativa especial que regule la procreación en las relaciones interpersonales genera una desprotección total que afecta al sujeto y su entorno como son las relaciones familiares y sociales.

Deben pensarse y aprobarse normas que viabilicen los procedimientos y técnicas de reproducción asistidas a fin evitar la mala praxis, haciendo preservar los derechos de las personas y su proyecto de vida generacional.

Básicamente, los temas polémicos que genera la procreación vienen siendo resueltos por interpretaciones judiciales que han determinado la permisibilidad de las TERAS aplicando los Principios Generales del Derecho.

La situación jurídica de las TERAS en el Perú presenta un atraso, la realidad de los casos que se viven en el país en comparación con la regulación existente (casi nula), evidencia una desproporción entre una y otra; razón por la que existe una disimilitud entre los criterios jurisprudenciales emitidos desde las propias convicciones personales de las autoridades judiciales en cada uno de los casos presentados.

El artículo 7° de la LGS, admite el derecho a recurrir a los tratamientos por la infertilidad y el derecho a la procreación, no siendo condición para las TERAS el haber seguido sin éxito alguno o agotado un tratamiento de fertilidad, pudiéndose llegar a las mismas de forma directa. En ese sentido, las TERAS son procesos supletorios de la infertilidad que no deben atentar contra los derechos de las personas, más bien deben lograr su proyecto de vida generacional. Asimismo, se precisa que el consentimiento informado de los padres es indispensable como todo acto médico lo requiere.

Es necesario tener en consideración que dentro del desarrollo de estas técnicas reproductivas se encuentran inmersos una variedad de derechos de las personas, tales como el de salud, integridad, identidad, libertad, igualdad y el de fundar una familia de acuerdo con los argumentos expuestos en el pronunciamiento de la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo & otros vs Costa Rica* (ícono en materia de derechos reproductivos), por lo que merecen ser tutelados de manera efectiva tal y como lo establece la Constitución Política del Perú, así como diferentes documentos internos e internacionales protectores de derechos.

Debido a la coyuntura que se evidencia en el país en materia del tratamiento normativo y jurídico de las TERAS, resulta indispensable que el Estado Peruano, por medio de las instancias competentes, evalúe las propuestas legislativas que, aunadas a una valoración actualizada de la

situación de estos casos, permita adoptar una regulación pertinente para dar soluciones efectivas en el marco de estado de derecho y democrático en el que se permita el uso de las TERAS, erradicando la interpretación sesgada de que la calidad de madre genética debe recaer sobre quien recurra a una TERA, quien es la madre biológica, lo que implica una seria restricción a la gestación subrogada, la cesión de útero y a los procesos de ovodonación.

La escasa jurisprudencia peruana en materia de reconocimiento de derechos reproductivos, evidencia cierto grado de avance del derecho respecto de la ciencia; ello se verifica con las sentencias desarrolladas en el presente artículo, en las que, pese a que en alguna de las instancias judiciales se encuentran criterios aún desfasados y conservadores por parte de algunos magistrados que se oponen al reconocimiento de las TERAS y a sus consecuencias, se aprecia que sin tener una base normativa específica que regule los temas de gestación subrogada y ovodonación, se vienen emitiendo disposiciones acordes a los derechos de las personas, tal y como se ha podido ver en el caso mediático del conductor y productor televisivo Ricardo Morán Vargas, en el que luego de haber obtenido dos fallos judiciales contrarios a su petición de reconocimiento (con sus apellidos) a sus menores hijos —y, el de su correspondiente nacionalidad peruana— el Tribunal Constitucional, en un pronunciamiento que marcará precedentes en el ámbito nacional, hizo primar el derecho de los niños que, independientemente de la forma en la que fueron concebidos (“vientre de alquiler” en el extranjero y solo con un padre), merecían que se les reconozcan los mismos derechos que cualquier otro menor concebido de forma “tradicional”. Por lo que se abre una forma distinta de resolver casos que esbozan una nueva perspectiva de aplicar la norma.

En el contexto de las TERAS están en juego varios derechos fundamentales de la persona: la identidad, la libertad, la igualdad y el derecho a fundar una familia, además del derecho a la salud y a la integridad. Para resguardarlos, es crucial desarrollar una normativa específica que regule dichas técnicas, garantizando el consentimiento informado, la confidencialidad y respetando los principios bioéticos de no maleficencia, beneficencia, autonomía y justicia. Además, es esencial que la legislación, en caso sea dictada, sea clara y coherente, permitiendo una interpretación uniforme y para evitar la arbitrariedad y así asegurar la protección efectiva de estos derechos y el bienestar de los niños concebidos mediante las técnicas de reproducción asistida.

Agradecimientos

El presente artículo recibió la contribución de Renata Alejandra Velásquez Arévalo, estudiante de la Facultad de Derecho en su calidad de practicante del Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad de Lima, en lo referente a su revisión y adaptación a las pautas editoriales. Asimismo, el y la autora agradecen el arbitraje anónimo de este artículo por sus comentarios y sugerencias durante el desarrollo de este trabajo.

Referencias bibliográficas

- ◆ Cieza, J. (2017). *Las técnicas de reproducción humana asistida*. El impacto y la necesidad de una regulación jurídica en el Perú. Lima: Instituto Pacífico.
- ◆ Congreso de la República del Perú. (2006). *Ley N° 14/2006 del 26 de mayo de 2006 por la cual se emite la Ley General de Salud*. Lima: Congreso de la República del Perú.
- ◆ Grupo PRANOR. (2023). *Tratado de Reproducción Humana Asistida*. Mad Corp. SA. Lima.
- ◆ Instituto Nacional de Estadística e Informática. (mayo 2022). *Encuesta Demográfica y de Salud Familiar. ENDES 2021. Nacional y Departamental*. Disponible en: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1838/ (Consultado el 21 de mayo de 2021).
- ◆ Rubio, M. (1996). *Reproducción Humana Asistida y Derecho. Las Reglas del Amor en Probetas de Laboratorio*. Lima: Fondo editorial de la PUCP.
- ◆ Valdivia, T. (2020). *La necesidad de regulación de la Gestación Subrogada en el Perú: un enfoque jurídico, social y bioético para una propuesta normativa integral (tesis de grado)*. Universidad de San Martín de Porres, Perú.
- ◆ Varsi Rospigliosi, E. y Mardini Burgos, J. (2021) Los contratos de maternidad subrogada desde una perspectiva del Análisis Económico del Derecho. En: *Rev Bio y Der.* 2021; 53: 159-180. P.175. DOI 10.1344/rbd2021.53.3261.

Sentencias

- ◆ Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Sentencia de 2012 sobre el caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235.
- ◆ Pleno del Tribunal Constitucional Peruano. (16 de octubre de 2009). *Sentencia sobre el Expediente 02005-2009-PA/TC-Lima (ONG "Acción de lucha anticorrupción")*. Lima: Tribunal Constitucional.

- ◆ Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional. (21 de febrero de 2017). *Sentencia del Expediente 06374-2016-0-1801-JR-CI-05*. Lima: Corte Superior de Justicia de Lima.
- ◆ Sala Civil Permanente de la Corte Suprema del Perú. (06 de diciembre de 2011). *Recurso de Casación 563-2011-Lima*. Lima: Corte Suprema de Justicia del Perú.
- ◆ Sala Civil Permanente de la Corte Suprema del Perú. (06 de mayo de 2008). *Recurso de Casación 5003-2007-Lima*. Lima: Corte Suprema de Justicia del Perú.
- ◆ Sala Civil Permanente de la Corte Suprema del Perú. (11 de agosto de 2011). *Recurso de Casación 4323-2010-Lima*. Lima: Corte Suprema de Justicia del Perú.
- ◆ Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema del Perú. (14 de marzo de 2018). *Recurso de Casación 1520-2017-Lima*. Lima: Corte Suprema de Justicia del Perú.
- ◆ Segunda Sala Constitucional Permanente. (14 de agosto de 2018). *Sentencia de Segunda Instancia sobre el Expediente 01286-2017-0-1801-JR-CI-11* (recurso de amparo). Lima: Corte Superior de Justicia de Lima.

Fecha de recepción: 8 de julio de 2024.

Fecha de aceptación: 10 de diciembre de 2024.

Fecha de publicación: 14 de febrero de 2025.