

## EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

### I. ANTECEDENTES

#### 1. Contexto teórico de las TERHAS

El desarrollo de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, TERHAS) ha sido enmarcado jurídicamente en los derechos a la vida privada y a la salud, teniendo cada uno de ellos, a su vez, derechos que los fundamentan. En el primer caso, de acuerdo con la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), ellos son el derecho a la autonomía personal y el derecho al desarrollo personal<sup>1</sup>; y en el segundo, el derecho a la salud sexual y reproductiva. Como es de suponerse, para todos los casos, su goce y ejercicio deben ser garantizados.

Con el propósito de identificar la relación entre estos derechos cabe definir en primer lugar al derecho a la autonomía personal, considerándosele como la “capacidad percibida para controlar, afrontar y tomar decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias”<sup>2</sup>. Si bien para un sector de la academia esta noción puede ser muy amplia, pareciéndose así al *right to privacy* estadounidense<sup>3</sup>, la CEDH ha manifestado, con apoyo en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que dicho derecho está configurado de modo casuístico.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha señalado que el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva; y, ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.<sup>4</sup> En esa línea, la CEDH también ha manifestado que la protección de la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, e incluso de la decisión de convertirse en padres genéticos<sup>5</sup>.

Establecido el enlace con el derecho a la salud, en tanto “situación jurídica en la que se tutela el estado de bienestar (físico y psíquico) del ser humano”<sup>6</sup>, queda claro que los Estados -más aún si se trata de Estados democráticos y sociales como el peruano, según lo reconoce el artículo 43 de la Constitución Política- son responsables de regular y fiscalizar la prestación de servicios para lograr su efectiva protección. Como parte de ello, los derechos sexuales y reproductivos han sido reconocidos para dar tal protección a las personas en este ámbito de su salud, incorporándose así su análisis en la relación entre derechos humanos y políticas públicas en salud.

Teniendo este marco de reconocimiento de derechos debe comprenderse que la infertilidad constituye un obstáculo e incluso un impedimento para alcanzar el estado de bienestar de un ser humano, en tanto este puede afectar no solo su derecho a la

---

<sup>1</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *Dickinson v. The United Kingdom*, Aplicación, 44362/04, 4 de diciembre de 2007.

<sup>2</sup> II Asamblea Mundial de Naciones Unidas sobre envejecimiento, Madrid 2002.

<sup>3</sup> Para García Montoro, esta doctrina ofrece dificultades para fijar un contenido mínimamente claro, pero, en todo caso, el derecho a la privacidad no ha implicado ni la idea de un Estado neutral ni el ideal de una elección libre. En: GARCÍA MONTORO, Ángel. *Vida privada y autonomía personal o una interpretación Passe-partout* del art. 8 CEDH. *La Constitución Política de España: Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, p. 619. Disponible es. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2788916](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2788916)

<sup>4</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia *Artavia Murillo y Otros Vs. Costa Rica*, del 28 de noviembre de 2012, Serie C, N° 257.

<sup>5</sup> Corte Europea de Derechos Humanos. *Ibid*, párr. 78.

<sup>6</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derechos de las Personas: Concebido y personas naturales*. Tomo I. 6<sup>o</sup> edición, Editorial Grijley, Lima, 2012. p. 261.

salud, desde una perspectiva física o psíquica, sino también su derecho al desarrollo personal.

## 2. El Estado peruano y las Técnicas de Reproducción Humana Médicamente Asistida

El artículo 44 de la Constitución Política del Perú establece:

Artículo 44.- Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; **garantizar la plena vigencia de los derechos humanos**; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación [Énfasis añadido].

El cumplimiento de dicha garantía por parte del Estado significa satisfacer y concretizar los derechos de las personas, promoverlos y protegerlos (en caso de lesión o peligro de lesión), y en el caso del derecho a la salud, ello ha de conllevar, entre otras cuestiones, el diseño e implementación de normas y políticas públicas orientadas a prevenir o atender la infertilidad en tanto esta ha sido considerada por la OMS como una enfermedad que puede alcanzar la dimensión de un problema de salud pública. Así las cosas, y sin dejar de considerar la afectación potencial de otros derechos -como se ha visto-, en la propuesta legislativa se acoge la definición que la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) ha planteado sobre ella: enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas<sup>7</sup>.

Con estos alcances, y al amparo del principio de igualdad, las personas deben ser pues informadas y tener la libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, respetándose su decisión o voluntad de ser madre o padre, si así lo definen, incluso mediante las técnicas que el avance de la ciencia facilita. No debe olvidarse que, también con la sentencia en el Caso *Artavia Murillo Vs. Costa Rica*<sup>8</sup>, la Corte IDH indicó que el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guardan relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho, tecnología en la que, no cabe duda, se incluye a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, TERHAS) y que en el sistema interamericano se encuentra contemplado en el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico reconocido con el artículo 14.1 b) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador".

Ahora bien, debido a los costos de estos centros especializados, principalmente privados, el acceso al desarrollo de estas prácticas puede ocasionar restricciones en la población en el goce efectivo de su derecho a la salud reproductiva, afectándose así, además, el derecho a la igualdad como derecho fundamental, la cual, tal como el Tribunal Constitucional ha reseñado ya en diversas sentencias:

59. (...) está consagrada por el artículo 2º de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual: «(...) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole». Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de

<sup>7</sup> Disponible en:

<[http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art\\_terminology\\_es.pdf?ua=1](http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1)> Consulta efectuada el 14 de setiembre de 2018.

<sup>8</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia *Artavia Murillo y Otros Vs. Costa Rica*.

las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación.<sup>9</sup>

Esta indicación debe ser aplicada a la luz de la Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>10</sup>, según la cual los Estados debe adoptar las medidas necesarias para que la utilización de los referidos logros contribuya con la realización más plena posible de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin discriminación alguna.

### 3. Desarrollo comparado de las TERHAS

El origen de las TERHAS ha encontrado su razón en la voluntad de las personas de concebir cuando por medios naturales les resultaba complejo, difícil o imposible, y así se ha mantenido hasta la actualidad. En tal virtud, el primer caso de estas prácticas fue el de la fecundación *in vitro* mediante el cual nació Louise Brown, conocida como el primer bebé probeta de la historia (Inglaterra - 1978), fruto de muchos años de trabajo entre Patrick Steptoe y Robert Edwards, quienes en 1966 ya habían logrado fecundar un ovocito humano. Seis años después se produjo el primer nacimiento a causa de la donación de un óvulo (EE.UU., 1984), y en Australia una mujer trajo al mundo a un bebé que provenía de un embrión congelado, con lo que la posibilidad de la criopreservación de embriones se añadía a esta gama de técnicas.

Pese a estos avances, producidos también en América Latina, pocos son los Estados que han regulado estas técnicas atendiendo a su diversidad, lo cual ha dado como resultado que, por ejemplo, la gestación por subrogación haya sido prohibida en algunos pero no las otras. Ahora bien, aun con casos como el citado, entre los que se incluye a España<sup>11</sup>, Francia y Alemania, cabe aclarar que la gestación por subrogación ha tenido un desarrollo regulatorio también diverso.

Por ejemplo, mientras en Chile existe un vacío legal<sup>12</sup>, en Uruguay se permite que la mujer, que bajo nuestra propuesta es denominada progenitora, acuerde con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y gestación del embrión propio (artículo 25, Ley N° 19.167 de 2013). Esto ha sido contemplado con el fin de evitar que la gestación por subrogación sea asumida como una forma comercial de ser padres.

Con este mismo fin, si bien de forma menos específica, Canadá y Reino Unido han establecido al altruismo como elemento fundamental para que proceda la gestación por subrogación. Por ello, la *Act respecting assisted human reproduction* de Canadá de 2004, por ejemplo, ha incluido, en su artículo 6 denominado *Payment for surrogacy*, 5 supuestos específicos de prohibición de gestación subrogada, todos vinculados con el pago o promesa de pago a favor de quien sería la gestante.

Hechas estas indicaciones, mención aparte merece la regulación del Estado de Tabasco, en México, puesto que solo en él y en el Estado de Sinaloa se ha reconocido la viabilidad jurídica de estas técnicas en virtud de un contrato, llegando a establecerse

---

<sup>9</sup> Sentencia recaída en el Expediente N° 00048-2004-AI.

<sup>10</sup> Aprobado por Resolución N° 3384, del 10 de noviembre de 1975.

<sup>11</sup> Donde, sin embargo, se viene produciendo actualmente un debate sobre el tema, a raíz de la propuesta legislativa presentada en junio pasado por el partido político Ciudadanos, con la condición de que la gestación subrogada sea altruista.

<sup>12</sup> Sin embargo, la Ley N° 19585, de 1998, modificatoria del Código Civil, estableció que “**La maternidad queda determinada legalmente por el parto**, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer **que lo ha dado a luz** constan en las partidas del Registro Civil.” [Énfasis agregado]

en el primero de ellos, mediante Decreto N° 265, publicado en enero de 2016, que debe ser firmado ante notario público. Finalmente, en Estados Unidos se dan todas las variantes tratadas, pues hay Estados en los que la gestación subrogada, en otros está condicionada a cumplir ciertos requisitos, y algunos otros en los que está permitida de forma abierta. Este último caso se da en el estado de California, en donde, con la modificación legal producida en 2013 sobre las leyes de fertilidad, se ha abierto aún más los supuestos en los que es aplicable, regulando incluso el funcionamiento de agencias.

#### **4. Necesidad de regulación de las TERHAS y en especial de la gestación subrogada en el Perú**

El artículo 7 de la vigente Ley N° 26842, Ley General de Salud, de 1997, establece que las TERHAS están permitidas pero que solo proceden si hay identidad biológica entre la madre biológica y la mujer gestante. Como es sabido, en el caso de la gestación subrogada, dicha identidad no existe. Pero, además, esta ley presenta una regulación general de las TERHAS que no encuentra más tratamiento en el resto del ordenamiento jurídico nacional, y que 21 años después, está disociada de la realidad actual peruana.

Esta disociación se había apreciado ya en 2006, con el que sería el primer caso judicializado del país sobre gestación subrogada. Este caso, tramitado en el Expediente 183515-2006<sup>13</sup> ante el Décimo Quinto Juzgado Civil de Lima, trataba de un proceso de impugnación de maternidad e identidad genética en el que se solicitó la impugnación de maternidad de una abuela que había gestado en su vientre al producto de la concepción entre su hija y su cónyuge, ya que esta no podía gestar, pero sí ovular. El niño nació sin ningún inconveniente y la abuela que había gestado al nieto lo entregó a su hija. Pero el problema se dio cuando el registrador debía inscribir al niño como hijo de la gestante, originando el proceso de impugnación de maternidad. Si bien el juez consideró que las normas no permitían la impugnación de maternidad por las causales alegadas por la mujer que aportó sus óvulos, no se cerró frente a las nuevas tecnologías y a las nuevas maneras de procreación, declarando fundada la demanda de impugnación de maternidad al hacer una interpretación de los artículos referidos a esta impugnación. De esta forma, se creó Derecho a través de una sentencia dictada 9 años después de entrar en vigencia la Ley General de Salud, la misma que es digna de tenerse en consideración, sobre todo porque, aún en la actualidad, sentencias como esta no son frecuentes, siendo más bien lo usual que ellas no valoren los avances de la ciencia implantados también en nuestro país desde hace años.

Si la salud es “el estado de completo bienestar físico, mental y el bienestar social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”, tal como lo sostiene la OMS, cabe establecer su relación con la infertilidad en tanto esta puede afectar el desarrollo o la proyección social de la personalidad, constituyendo así un menoscabo en la salud psíquica de las personas que la padecen, que incluso puede alcanzar connotaciones físicas.

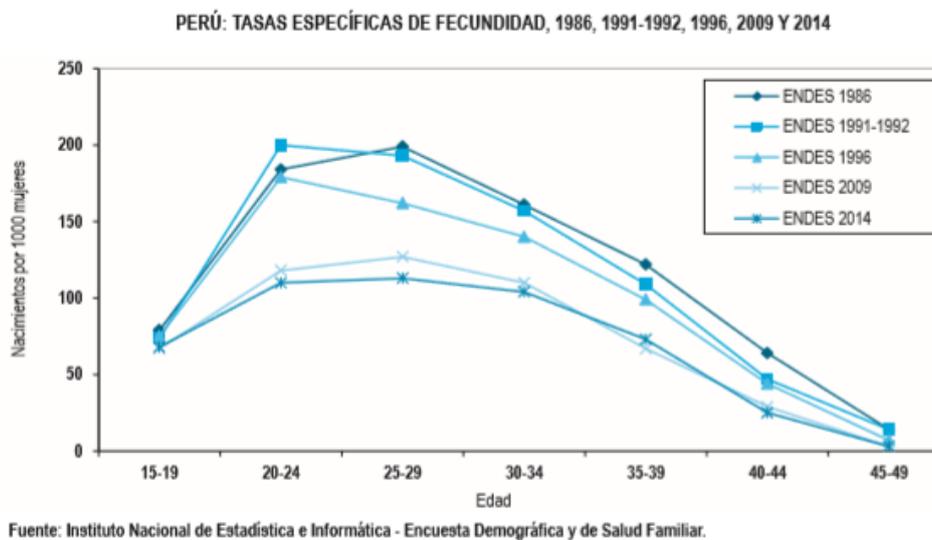
Dicho esto, una premisa de la cual la presente propuesta parte es que la infertilidad puede constituir un problema de salud pública, considerada esta como “la ciencia y el arte de prevenir las dolencias y las discapacidades, prolongar la vida y fomentar la salud y la eficiencia física y mental mediante esfuerzos organizados por la

---

<sup>13</sup> Sentencia citada por SIVERINO BAVIO, Paula, “¿Quién llamó a la cigüeña? Maternidad impugnada e identidad genética. Reflexiones a propósito de dos sentencias peruanas”. En Diálogo con la Jurisprudencia, Tomo 141, Junio 2010.

comunidad.”<sup>14</sup> Y en tanto puede constituir tal tipo de problema, cabe atenderlo desde un enfoque preventivo en el que el rol del Estado es primordial.

Ahora bien, aun cuando las TERHAS vienen practicándose en nuestro país desde la década pasada, es poca la información con la que se cuenta. Al respecto, uno de los elementos que cabe tomar en consideración lo constituyen las Encuestas Demográficas y de Salud Familiar del Instituto Nacional de Estadística e Informática (en adelante, INEI), presentándose seguidamente la curva de fecundidad según las encuestas que aplicara entre 1986 y 2014.

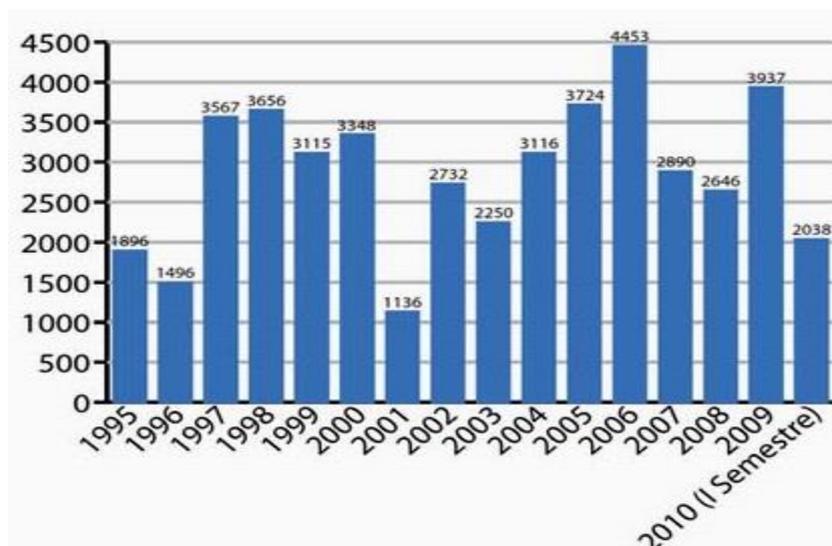


Fuente: INEI – Encuesta Demográfica y de Salud Familiar 2014

Como puede observarse, la curva de fecundidad se encuentra en una tendencia hacia la baja en todos los grupos de edad en el periodo de evaluación. No obstante, esta información del INEI no brinda un panorama completo sobre el estado de la fertilidad de la población peruana puesto que las variables que emplea no incluyen, entre otras, a las TERHAS, de manera que no puede confirmarse cuál es el peso que representan en la fecundidad nacional.

Pese a ello, a continuación se muestran dos cuadros que dan cuenta de estimaciones sobre la infertilidad, masculina y femenina, que pueden complementar la lectura de esta información. El primero de ellos muestra los casos de consulta externa por infertilidad atendidos en el Hospital Arzobispo Loayza en Lima hasta 2010.

<sup>14</sup> ROA-MEGGO, Ysis (2012). “La infertilidad como problema de salud pública en el Perú”, SIMPOSIO: Infertilidad, temas de actualidad, *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*. Vol. 58, Núm. 2, 2012, p. 80.



Fuente y elaboración: Roa-Meggo (2012).

No apreciándose una tendencia uniforme, debe recalcar que desde el año 2004, el número de consultas sobre infertilidad masculina no ha bajado de 2500, advirtiéndose que solo en el primer semestre de 2010 esta cifra casi fue alcanzada. Por su parte, el segundo cuadro muestra el porcentaje de mujeres que participaron en la ENDES 2014, casadas o en convivencia y por grupos de edad, que declararon su deseo de tener hijos, incluyendo entre ellas a quienes padecían de infertilidad. De ello puede apreciarse que este grupo alcanza el porcentaje general de 4.4% de las encuestadas, si bien dentro de este, el subgrupo compuesto por mujeres que no ha tenido ningún hijo es el que tiene el mayor porcentaje (9.3%), lo cual daría cuenta de que no se trataría de una infertilidad postparto.

PERÚ: PREFERENCIA DE FECUNDIDAD EN MUJERES ACTUALMENTE UNIDAS,  
POR NÚMERO DE HIJAS Y/O HIJOS SOBREVIVIENTES, 2014  
(Distribución porcentual)

Preferencia de fecundidad	Total Mujeres 15-49	Número de hijas y/o hijos sobrevivientes 1/						
		0	1	2	3	4	5	6 y más
<b>No desea más</b>								
No quiere más	51,5	4,7	19,8	60,3	64,3	68,4	69,4	81,5
Esterilizada 2/	9,1	0,2	0,5	6,0	18,1	19,8	19,1	9,6
<b>Desea más, indecisa o infecunda</b>								
Desea tener otro pronto 3/	11,1	54,5	19,8	8,2	4,2	3,3	3,8	1,1
Desea tener otro pero más tarde 4/	22,8	30,0	53,3	20,6	8,6	4,6	2,8	2,0
Desea tener más, no sabe cuando	0,5	1,0	1,0	0,5	0,2	0,1	0,0	0,1
Indecisa	0,6	0,2	0,8	0,7	0,4	0,3	0,4	0,1
<b>Infértil</b>	<b>4,4</b>	<b>9,3</b>	<b>5,0</b>	<b>3,7</b>	<b>4,2</b>	<b>3,4</b>	<b>4,4</b>	<b>5,6</b>
<b>Total</b>	<b>100,0</b>	<b>100,0</b>	<b>100,0</b>	<b>100,0</b>	<b>100,0</b>	<b>100,0</b>	<b>100,0</b>	<b>100,0</b>
Número de mujeres	14 105	601	3 347	4 448	2 820	1 406	781	702

Fuente: INEI – Encuesta Demográfica y de Salud Familiar 2014

Contando con esta información referencial, debe destacarse nuevamente que no tener información oficial se debe en parte a la falta de regulación, lo cual genera incertidumbre en situaciones controvertibles en, por ejemplo, los derechos personalísimos o patrimoniales de quienes recurren a estas técnicas, incluyendo al fruto de la concepción. A ello se suman los problemas legales sobre la filiación, sucesión, aspectos de obligaciones y derechos de los padres para con los hijos, etc. El resultado de ello es que nuestros tribunales carezcan de referentes para resolver los

problemas suscitados, no teniendo una base legal sólida que les sirva para establecer precedentes jurisprudenciales. De esta forma, los derechos de estas personas pueden resultar vulnerados, siendo el Estado peruano responsable por omisión.

Dicho esto, con la propuesta que se presenta se aspira brindar el marco legal suficiente para fijar las condiciones en que el desarrollo de la gestación subrogada puede ser aceptada, para caracterizar a las personas involucradas, así como para definir las consecuencias jurídicas de la relación paterno-filial que se establece mediante esta vía. Ello, dejando al futuro reglamento el detalle de la correspondiente regulación.

Antes de cerrar este punto cabe mencionar al Grupo de Trabajo multidisciplinario (en adelante, Grupo de Trabajo) constituido con la Resolución Ministerial N° 271-2013-JUS con la finalidad de elaborar la propuesta de ley específica sobre este tipo de procedimientos<sup>15</sup>. Ello en razón de la necesidad de regular, como se ha visto, las distintas figuras que ya se vienen implementando en la realidad neonatal peruana, bajo el reconocimiento de que están dejando de constituir un fenómeno social para empezar a convertirse en un asunto de orden público. Entre dichas figuras, pese a estar prohibida (utilizando el argumento a contrario del artículo 7 de la Ley General de Salud), se encuentra la gestación subrogada. El resultado de su trabajo ha sido la fórmula normativa del anteproyecto denominado Ley que regula la Reproducción Humana Médicamente Asistida, la misma que, pese a que no contó con una exposición de motivos, ha servido de material de trabajo para parte de la presente propuesta que a continuación se explicará.

## **2. PROPUESTA NORMATIVA**

### **Terhas, cesión de gametos y gestación subrogada**

Para el desarrollo de algunos de los procedimientos de las TERHAS resulta fundamental la cesión de gametos, la cual es incorporada de manera expresa con el artículo 7-D propuesto. Ahora bien, en la medida en que la procreación es la finalidad regulada para estas técnicas, y que se parte de la premisa -como se verá más adelante- de que existe un problema de infertilidad, la propuesta no puede sino recurrir a una cesión altruista, prohibiendo así la comercialización de gametos, lo cual incluye tanto aquella que pudiera provenir de los cedentes como de los centros de salud que implementan las TERHAS. Pero, además, por la naturaleza de estos procedimientos que atañen a la vida privada, la identidad del cedente debe ser confidencial, debiendo ésta garantizarse en concordancia con lo que correspondiera respecto del Registro Nacional de cedentes de gametos, gestantes por subrogación y de IPRESS autorizadas, el cual es creado con la Tercera Disposición Complementaria Final del proyecto. Ahora bien, aun cuando se ha considerado que el reglamento prevea excepciones, debe entenderse que el carácter confidencial ha de alcanzar a las restricciones para la revelación de información relacionada con las características fenotípicas del cedente, como el color de los ojos, de cabello, o el grupo sanguíneo.

Respecto a la gestación subrogada, se considera parcialmente lo definido por el glosario asumido por la OMS respecto de la gestante subrogada: “mujer que lleva adelante un embarazo habiendo acordado que ella entregará el bebé a los padres previstos. Los gametos pueden originarse de los padres previstos y/o de terceros.”<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Conformado con el objetivo de elaborar un proyecto de ley que regule los diversos aspectos relacionados con la investigación biomédica y las técnicas de reproducción asistida.

<sup>16</sup> Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Disponible en

Se precisa que esta consideración es parcial en tanto en la propuesta no tienen amparo aquellos supuestos en que los gametos provienen exclusivamente de terceros, como se explicará más adelante<sup>17</sup>. En la presente propuesta se asume que la gestación subrogada es **el procedimiento médico autorizado a fin de que en un establecimiento de salud se efectúe la transferencia embrionaria en una mujer distinta a la progenitora.**

Dicho esto, debe quedar claro que en tanto la gestación subrogada implica la participación de una mujer no progenitora, se trata de una técnica excepcional. Y es que, si bien, las distintas TERHAS buscan atender los problemas que dificultan la procreación, buena parte de estos pueden ser atendidos no solo con la carga genética de los progenitores, sino también con el cuerpo de la mujer progenitora.

Siguiendo también la lógica de la excepcionalidad, debe comprenderse que la gestación subrogada tiene una aplicación restrictiva pues, por ejemplo, cualquier mujer que no desee pasar los padecimientos naturales del embarazo y del parto no será facultada para someterse a este procedimiento sino solamente aquellas mujeres que, por su condición médica, no pueden gestar a su hijo en su vientre, siendo este un requisito *sine qua non*. Así se ha previsto en la propuesta de artículo 7-E del proyecto de ley.

Sobre el particular, corresponde precisar que para la presente propuesta, dicha imposibilidad de gestación ha de provenir porque, o existe imposibilidad física de que la gestación sea desarrollada por la mujer progenitora, o porque existe alguna contraindicación médica para que geste, con lo cual debe contarse con una certificación médica sobre su estado de salud en la que se deje constancia de alguna de estas situaciones. Con esto definido, ha de quedar entonces descartada cualquier otra razón para recurrir a la gestación subrogada.

### **Personas involucradas y relación paterno-filial**

Para efectos de la presente propuesta, se considera **progenitores** a cónyuges y convivientes, ya que tienen una definida **voluntad procreacional**, asumiendo esta como la decisión autónoma e independiente de ser padres. Por consiguiente, la propuesta no considera progenitores ni a quienes donan sus gametos ni a las mujeres gestantes por subrogación. Así ha quedado definido de forma expresa en el artículo 7-F propuesto, complementándose con que, en el caso de la gestación subrogada, entre el embrión y al menos uno de los progenitores debe existir correspondencia genética (Artículo 7 – E), por lo que en ningún caso la gestante por subrogación es la donante de los óvulos fecundados. Como es de comprender, dicha exigencia es esencial para la procedencia de la gestación subrogada pues en caso contrario el neonato no tendría ningún vínculo consanguíneo con los progenitores, lo cual desnaturalizaría la finalidad de la ley y, en general, de las TERHAS.

Con lo manifestado hasta aquí, ha de quedar claro que la propuesta de gestación subrogada contempla que la mujer gestante no aporta carga genética alguna, y como consecuencia de ello, la relación paterno filial se produce entre el concebido y los progenitores (Artículo 7 - F). Sobre este segundo elemento cabe insistir en que la

---

<[http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art\\_terminology\\_es.pdf](http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf)> Consulta efectuada el 14 de setiembre de 2018.

<sup>17</sup> Debe recordarse que en nuestro país ya han sido presentadas propuestas legislativas sobre este tema, resaltando el Proyecto de Ley N° 2839/2013-CR del entonces congresista Vicente Antonio Zeballos Salinas, con el que se procuró regular esta figura bajo la denominación de *maternidad sustituta, parcial y altruista*. A ella se suman los Proyectos de Ley N° 2003/2012-CR y 1722/2012-CR.

filiación que se deriva de la gestación subrogada está basada en la voluntad procreacional, pero también en la carga genética de al menos uno de los progenitores, por lo que la relación filial no puede ser impugnada por las causales establecidas en los artículos 363, 366 y 371 del Código Civil<sup>18</sup>. Sin embargo, se acepta una excepción que da lugar a la posibilidad de la impugnación, y es aquella que procede cuando no exista de por medio el consentimiento de alguna de las personas involucradas, situación que también será regulada en el reglamento.

Nuevamente, en el caso de la mujer gestante por subrogación, cabe indicar que los requisitos para ser considerada como tal, así como sus derechos y obligaciones, han de establecerse vía reglamentaria. No obstante, debido a la naturaleza de este tipo de práctica, es conveniente que la regla general de la confidencialidad de su identidad para terceros sea contemplada por la ley, dejando al reglamento las excepciones que corresponden. Así ha sido planteado en el texto del Artículo 7 – E, y también en el Artículo 7-D para el caso de la identidad del cedente de gametos, como se vio líneas arriba.

Asimismo, comprendiéndose que para la identificación de la gestante será necesario un registro, mediante la Segunda Disposición Complementaria Final de la ley propuesta se crea el Registro Nacional de donantes de gametos, gestantes por subrogación e IPRESS autorizadas. Sobre el particular cabe precisar que, aun cuando se trata de un Registro, al contar con información confidencial -que incluye datos personales y datos sensibles- sobre la identidad tanto de los cedentes de gametos como de las gestantes por subrogación, debe guiarse no solo por lo que esta ley o su posterior reglamento pudieran establecer, sino también por la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, lo cual implica considerar tanto las responsabilidades que ella establece como las infracciones y sanciones administrativas que contiene.

### **Consentimiento previo, expreso e informado**

Para poder ejercer legítimamente la autonomía personal se requiere gozar del derecho de acceso a la información, con lo cual, las personas involucradas en el desarrollo de alguna de las TERHAS deben ser informadas de las implicancias de las actividades que conllevan así como de su estado de salud. Esta información debe ser pues, suficiente y comprensible para poder consentir voluntariamente, y así ha quedado precisado en el Artículo 7 propuesto, en tanto se requiere el consentimiento previo e informado para la aplicación de dichas técnicas.

Pero además se ha establecido en la propuesta que el consentimiento sea también expreso, planteándose así una formalidad *ad solemnitatem*. En tal sentido, cabe aclarar que no se requiere que el consentimiento sea otorgado por escrito sino que el medio a través del cual se manifiesta la voluntad de los participantes para que se desarrolle alguna de estas prácticas sea idóneo e indubitable, de forma que dicha voluntad sea acreditada fehacientemente.

Ahora bien, en virtud de las especiales implicancias de estas prácticas médicas, la propuesta de artículo 7 también admite la opción de la revocación de la voluntad, sea de los progenitores como de la eventual gestante por subrogación, según se detalla seguidamente:

---

<sup>18</sup> Cabe anotar también que la Ley N° 27337 establece la desjudicialización parcial de las investigaciones tutelares, transfiriendo al entonces Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social la competencia para realizar todas las diligencias preliminares a la declaratoria de abandono de un niño o adolescente.

## **Artículo 7. Uso de técnicas de reproducción humana médicamente asistida**

(...)

Puede efectuarse la revocación de voluntad, según sea el caso, hasta antes de la inseminación intrauterina o la fecundación *in vitro*. En el caso de la gestación subrogada, la revocación puede darse hasta antes de la transferencia embrionaria.

(...)

Como puede observarse, la propuesta toma en cuenta la revocación de voluntad y para ello considera el momento en que el objeto de cada técnica de reproducción humana médicamente asistida es materializado. De ahí que, por ejemplo, en la gestación subrogada dicha revocación pueda producirse hasta antes de la transferencia embrionaria a la gestante, pues es con esta actividad que se cumple el objeto de esta técnica. Esta misma lógica se da con la inseminación intrauterina y la fecundación *in vitro*, cuyo objeto se materializa, en el primer caso, no con -por ejemplo- la sola manipulación de gametos, sino con su implantación al útero de la progenitora; y, en el segundo, no se concreta con -por ejemplo- la selección de gametos femenino y masculino, sino que necesitan su unión para que se produzca la fertilización.

### **Acuerdo altruista, voluntario, excepcional y confidencial en la gestación subrogada**

La propuesta considera que la gestación subrogada debe ser producto de un acuerdo con las referidas características, lo cual se condice con los aspectos básicos de una técnica de reproducción humana médicamente asistida. Es por ello que también a la cesión de gametos se le ha atribuido parte de estas condiciones. Sin embargo, en la gestación subrogada deben resaltarse especialmente dos de ellas: altruista y excepcional.

Si bien estas características ya fueron aludidas líneas atrás, cabe enfatizar que la gestación por subrogación no constituye un contrato, que es el acuerdo para crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, sino un acuerdo desinteresado en el que el altruismo es el motivo fundamental para gestar en interés de otra mujer. De ahí que se trate de un acuerdo que implica deberes y derechos cuyos efectos los determina la propia norma y en el que el altruismo es pues, fundamental.

La condición de altruista que en este proyecto se considera está pensada en el marco del principio de solidaridad, por lo que debe quedar desechado todo enfoque o práctica que avale la mercantilización de la gestación. Pero, además, el altruismo evidentemente también está pensado desde la perspectiva de los progenitores y de los derechos del niño.

En tal sentido, en el artículo 7 - G propuesto se dispone que, si bien los progenitores asumen solidariamente los gastos derivados del desarrollo de los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida y/o gestación subrogada, según corresponda, el uso de las TERHAS no supone en ningún caso un incentivo económico o comercial. Al respecto, se entiende por "gasto" se puede entender de manera enunciativa: la intervención médica, afectaciones por la extracción de los gametos, y respecto a la gestación subrogada por los gastos de llevar el embarazo, tratamiento físico y psicológico ante, durante y después del embarazo.

Es importante enfatizar este punto puesto que debe quedar claro que, al no existir contraprestación de por medio, tampoco existe la posibilidad de indemnización u otra circunstancia de índole patrimonial en favor de ninguno de los participantes. Comprendido esto, la propuesta extiende la posibilidad de una compensación, con estas necesarias características, a los supuestos donde hay una cesión de gametos y en gestación subrogada.

Finalmente cabe indicarse, en cuanto a la confidencialidad, que debe mantenerse no solo respecto de la identidad de la mujer gestante frente a terceros sino, en general, respecto del propio acuerdo; ello, en atención a las consecuencias en la vida privada de quienes están involucrados. Sin embargo, siendo esta la regla, y al igual que en el caso del cedente de gametos, el reglamento puede establecer excepciones a la confidencialidad de la identidad de la gestante.

### **Evaluación médica y desarrollo de las TERHAS**

Como se ha indicado, además de la voluntad, llevar adelante alguno de los procedimientos de TERHAS requiere de una certificación médica basada en la evaluación médica de los progenitores, y en el caso de la gestación por subrogación, además, de la gestante. En la propuesta del artículo 7-B se ha contemplado que dicha evaluación esté a cargo de la junta médica de la Institución Prestadora de Servicio de Salud-IPRESS, bajo responsabilidad, requiriéndose que esta institución se encuentre debidamente autorizada por el Ministerio de Salud para que brinde estos servicios, de modo que dicha autorización constituiría el título habilitante para que el IPRESS desarrolle alguna de las TERHAS de acuerdo al artículo 7-A propuesto.

Respecto a la gestación subrogada, una vez que se cuenta con la certificación de la evaluación médica, el siguiente paso es el informe técnico favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Médicamente Asistida. Entiéndase entonces que la certificación médica de la idoneidad de la salud de los participantes no es causa suficiente para que la gestación subrogada sea puesta en práctica.

Esta Comisión será creada mediante decreto supremo lo señala la Cuarta Disposición Complementaria Final de la ley que se propone, y si bien sus funciones específicas y conformación serán reguladas por el reglamento, cabe señalar que, por las características de esta fase del procedimiento, una de ellas sería verificar el cumplimiento de las condiciones que mediante la ley se hayan establecido y que no son estrictamente médicas en todos los casos, razón por la cual ha de ser una comisión multisectorial.

Sobre el particular se indica que, por ejemplo, en el estado de Tabasco en México, la certificación y autorización recaen en un mismo ente, cual es el centro de salud, siendo que el operador médico, luego de la evaluación respectiva, llena un formato oficial de la Secretaría de Salud con el que, con su rúbrica, da fe de la viabilidad de la implementación de la práctica. De otro lado, en Argentina, toda vez que la gestación por subrogación no está prevista aún en su legislación pese a que se trata de una práctica sostenida, esta ha ocasionado que incluso vía judicial ella sea autorizada<sup>19</sup>.

Dicho esto, hay que enfatizar que si bien atribuir a dos entes distintos, por un lado, la evaluación, y por otro el informe técnico, puede ser catalogado como burocrático, la razón de establecer esta distinción se basa en la necesidad de diferenciar entre juez y parte, además de identificar la distinta naturaleza de los actos que involucra cada

---

<sup>19</sup> Recuérdese que esta era la opción planteada por el congresista Elías Rodríguez Zavaleta mediante el Proyecto de Ley N° 2003/2012-CR, si bien siguiendo un proceso no contencioso.

actividad. De esta manera, por ejemplo, puede producirse un supuesto en que tanto mujer gestante como progenitora son declaradas aptas para el procedimiento médico, y sin embargo no existe consentimiento del cónyuge o el altruismo indispensable, cuestiones estas que correspondería evaluar a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Médicamente Asistida.

A lo largo de todo el proceso que desemboca en la aplicación de una técnica de reproducción humana médicamente asistida, puede cometerse alguna infracción a lo dispuesto por lo dispuesto en esta normativa o por su reglamento. A tal efecto, mediante la incorporación de una Segunda Disposición Complementaria Final, se propone que, en caso ello sucediera, y fueran cometidas por los profesionales sanitarios o personal administrativo y las IPRESS, además de las eventuales acciones civiles o penales, dichas infracciones serán pasibles de sanciones administrativas, de conformidad con lo que a tal fin establezca el reglamento de la ley el cual será aprobado dentro de un plazo de 120 días hábiles conforme se dispone en la Primera Disposición Complementaria Final de la propuesta.

Por último, se dispone que la presente Ley entrará en vigencia a partir del día siguiente de la publicación de su reglamento.

### **ANÁLISIS COSTO BENEFICIO**

La regulación de aspectos básicos de las TERHAS, incluyendo a la gestación subrogada, implica la atención que por fin el Estado peruano brinda a situaciones que se producen desde hace dos décadas y frente a las cuales se mantiene una normativa muy general. Por ello, la propuesta busca atender, e incluso en algunos casos formalizar y/o corregir, algunas prácticas que han ido normalizándose ante la confusión e, incluso, vacíos existentes, haciendo de estas prácticas que sean controladas y vigiladas. De esta forma, con la aprobación del proyecto se garantizaría el principio de seguridad jurídica, vulnerado recurrentemente ante la incertidumbre generada por la falta de especificidad, y que ha quedado en evidencia ante la llegada de ciudadanos extranjeros para desarrollar estos procedimientos en nuestro país.

Frente a lo señalado, un costo que podría configurarse es el de la opinión de distintos sectores sobre las nuevas características de las políticas de salud, en particular, de las referidas a la planificación familiar. Sin embargo, cabe indicar en primer lugar que la decisión de desarrollar alguna de las técnicas de reproducción asistida es libre, y en tal virtud, no se trata de una política estatal de imposición. En segundo lugar, que la decisión libre de los cónyuges o convivientes ha de consolidar su derecho a procrear, sin afectación de terceros; y, en tercer lugar, que, el que haya una regulación específica constituye un reflejo de la voluntad del Estado de garantizar el derecho de sus ciudadanos a gozar de los beneficios de los avances científicos.

### **IMPACTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL**

La regulación que contiene la propuesta que se presenta tiene impacto no solo en la normativa general de las TERHAS, en la que no ha sido amparada la gestación subrogada, sino también en aquellas otras normas conexas que, desde sus propios ámbitos de aplicación, han procurado atender las situaciones que de su práctica se derivan. De esta forma, con la regulación que se propone se procura dar mayor concreción a derechos fundamentales como el derecho a la salud y a la igualdad, garantizando así la vigencia de nuestra Constitución Política del Perú.

En cuanto a la normativa general sobre las TERHAS debe considerarse indefectiblemente la modificación del artículo 7 de la Ley General de Salud y a su

vigencia de 21 años sin desarrollo específico. Como es de suponer, esta situación ha dado lugar a la necesidad de contar con una normativa que no solamente se adecue a la realidad sino que, además, regule los efectos que se producen y sobre los que, hasta la actualidad, no hay claridad entre los operadores jurídicos. Ello ha implicado que en la propuesta también se haya contemplado nuevos operadores, como la Comisión Nacional de Reproducción Humana Médicamente Asistida.

En cuanto al impacto sobre las normas conexas, cabe considerar la relación de esta materia con otras del Derecho, y ello pasa por cuerpos legislativos como el Código Civil, principalmente a través de las normas sobre filiación, estableciendo la propuesta que la relación paterno-filial se da entre los progenitores y el concebido; y por normas como las referidas a procedimientos administrativos, fundamentalmente las de inscripción del nacimiento, tomando en cuenta que para proceder con esta, en el caso de un concebido por TERHAS, deberá considerarse la relación paterno-filial ya establecida.

Ahora bien, debe recalcar que la modificación del artículo 7 de la Ley General de Salud viene de la mano de la regulación de asuntos nuevos que no solo están vinculados con la gestación subrogada sino que involucran la factibilidad de las TERHAS en general. Desde este punto de vista, la modificación del referido artículo ha supuesto la incorporación de los artículos 7-A, 7-B, 7-C, 7-D, 7-E, 7-F y 7-G, con los cuales se regula pues, desde la finalidad de las TERHAS, pasando por la cesión de gametos como tema innovador, hasta los términos bajo los cuales debe entenderse que dicha cesión y gestación por subrogación no pueden responder a un sentido económico o comercial.