



UNAP



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

TESIS

**REGULACIÓN LEGAL DE LA GESTACIÓN SUBROGADA Y SU
INCIDENCIA EN LA PROTECCIÓN JURÍDICA-CONSTITUCIONAL DE LA
FAMILIA EN EL PERÚ, 2020**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADA**

PRESENTADO POR:

XIOMAR ALEXANDRA RENGIFO ARÉVALO

KHYRA DEL CHAYO TORRES SOTO

Asesor:

Abog. NORBERTO ALONSO FLORES ROJAS, Dr.

IQUITOS, PERÚ

2022



ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

En la ciudad de Iquitos, a los 28 días del mes de enero de 2022, a horas 12:22 m, en la Sala de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas se dio inicio la sustentación pública de la tesis titulada: "REGULACION LEGAL DE LA GESTACION SUBROGADA Y SU INCIDENCIA EN LA PROTECCION JURIDICA-CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA EN EL PERU, 2020", aprobada con Resolución Decanal N° 197-2021-FADCIP-UNAP, presentado por las Bachilleres: XIOMAR ALEXANDRA RENGIFO AREVALO y KHYRA DEL CHAYO TORRES SOTO, para optar el Título Profesional de ABOGADA que otorga la Universidad de acuerdo a Ley y Estatuto.

El Jurado calificador dictaminador designado mediante Resolución Decanal N°168-2021-FADCIP-UNAP está integrado por:

- | | |
|---|------------|
| • Abg. ALBERTO NAVAS TORRES, Mgr | Presidente |
| • Abg. EDWIN BELLIDO SALAZAR, Mgr | Miembro |
| • Abg. BILLY JACKSON AREVALO SANCHEZ, Mgr | Miembro |
| • Dr. NORBERTO ALONSO FLORES ROJAS | Asesor |

Luego de haber escuchado con atención y formulado las preguntas necesarias, las cuales fueron respondidas:


satisfactoriamente

El Jurado después de las deliberaciones correspondientes, llegó a las siguientes conclusiones:

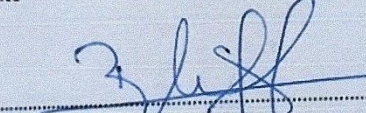
La sustentación Pública y Tesis han sido Aprobado por: unanimidad con la calificación excelente


Estando las Bachilleres **APTAS** para obtener el Título Profesional de **ABOGADA**.

Siendo las 13:30 pm, se dio por terminado el acto de sustentación, firmando la conformidad de la misma los siguientes jurados:


Abog. ALBERTO NAVAS TORRES, Mgr
Presidente

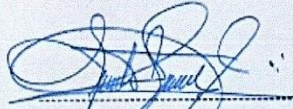

Abog. EDWIN BELLIDO SALAZAR, Mgr
Miembro


Abog. BILLY JACKSON AREVALO SANCHEZ, Mgr
Miembro

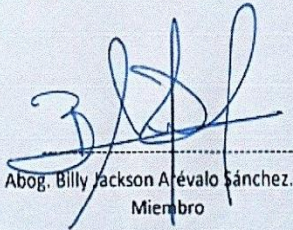

Dr. NORBERTO ALONSO FLORES ROJAS
Asesor

JURADO Y ASESOR

Tesis aprobada en sustentación oral el día 28 de enero del 2022, por el jurado Ad-Hoc designado por la Dirección del Instituto de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, para optar el título de abogado.



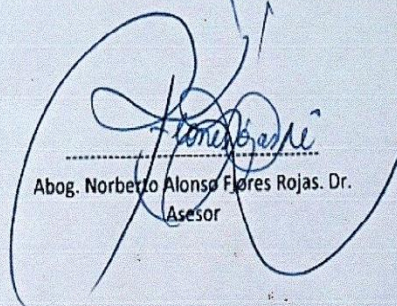
Abog. Alberto Navas-Torres. Mgr
Presidente



Abog. Billy Jackson Arévalo Sánchez. Mgr
Miembro



Abog. Edwin Bellido Salazar. Mgr
Miembro



Abog. Norberto Alonso Flores Rojas. Dr.
Asesor

DEDICATORIA

A mi madre, Silvana Arévalo
Barbarán, por su apoyo incondicional
en la elaboración de la tesis.

Xiomar Alexandra Rengifo Arévalo

A mi padre, Marlon Torres Guerra,
para que desde el cielo siga sintiendo
orgullo de su familia.

Khyra del Chayo Torres Soto

AGRADECIMIENTO

Nuestro respeto y agradecimiento a todos los docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, quienes contribuyeron en la formación profesional de nuestra carrera, por sus sabias enseñanzas en la información teórica, destrezas y habilidades, actitudes y valores en esta difícil carrera.

A todas los profesionales del Derecho encuestados, por los datos brindados que sirvieron para la elaboración del presente trabajo de investigación.

Al Abog. Norberto Alonso Flores Rojas, Dr., por quien sentimos una gran admiración como persona y profesional; asimismo un eterno agradecimiento por aceptar ser nuestro asesor de la tesis, por su dedicación, acertadas orientaciones y comprensión desde el inicio, proceso y culminación de la tesis.

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
PORTADA	i
ACTA DE SUSTENTACIÓN	ii
JURADO Y ASESOR	iii
DEDICATORIA	iv
AGRADECIMIENTO	v
ÍNDICE GENERAL	vi
ÍNDICE DE GRÁFICOS	viii
ÍNDICE DE TABLAS	ix
RESUMEN	x
ABSTRACT	xi
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I: MARCO TEÓRICO	6
1.1. Antecedentes	6
1.2. Bases Teóricas	9
1.3 Definición de Términos Básicos	72
CAPITULO II: METODOLOGÍA	75
2.1. Tipo y nivel de investigación	75
2.2. Procedimiento de recolección de datos	78
2.3. Procesamiento y análisis de los datos	79
2.4. Aspectos Éticos	80

CAPITULO III: RESULTADOS	81
CAPITULO IV: DISCUSIÓN	131
CAPITULO V: CONCLUSIONES	161
CAPÍTULO VI: RECOMENDACIONES	167
CAPITULO VII: FUENTES DE INFORMACIÓN	168
ANEXOS	178
1. MATRIZ DE CONSISTENCIA	179
2. FICHA DE OBSERVACIÓN	181

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Pág.

GRÁFICO 1 Incidencia de una regulación legal en la protección jurídico-constitucional de la familia	118
GRÁFICO 2 Límites en el procedimiento de gestación subrogada	120

ÍNDICE DE TABLAS

	Pág.
Tabla 1 Escenarios de composición genética del embrión en caso de madre portadora	47
Tabla 2 Gestación subrogada en el Derecho Comparado	122

RESUMEN

La infertilidad que vienen presentando muchas personas, las ha llevado a recurrir a la gestación subrogada para materializar sus deseos de tener hijos y fundar una familia. La gestación subrogada es una técnica de reproducción asistida que, en el Perú no tiene un marco normativo que la regule de manera cierta, de acuerdo al avance actual de la ciencia en este campo; situación que genera incertidumbres sobre las relaciones jurídicas, derechos, deberes y obligaciones vinculados al menor concebido, a la mujer gestante y a los padres de intención.

El objetivo principal del estudio fue determinar de qué manera una regulación legal sobre la gestación subrogada puede incidir favorablemente en la protección jurídica-constitucional de la familia en el Perú. La investigación fue de tipo básico y de nivel exploratorio; con componentes de una investigación dogmático-jurídica y sociológica-funcional. En los resultados se encontró que una regulación legal expresa sobre la gestación subrogada sí incidirá de manera favorable en la protección jurídica de la familia, debido a que mediante ella se reconoce la filiación del menor con los padres de intención, además de garantizar derechos fundamentales, tales como derecho a la salud reproductiva, fundar y proteger a la familia; así como también la protección del interés superior del niño.

PALABRAS CLAVE: padres de intención, mujer gestante, derecho a fundar una familia, acuerdo de gestación subrogada, gestación altruista.

ABSTRACT

Due to infertility that many people have been presenting, many of them have resorted to surrogacy to materialize their desires to have children and found a family. Surrogacy is a technique of assisted reproduction that in Peru, does not have a normative framework that regulates it in a certain way, according to the current advance of science in this field; situation that generates uncertainties about legal relationships, rights, duties and obligations regarding the conceived minor, the pregnant woman and the intended parents.

The main objective of the study was to determine how a legal regulation about surrogacy, can have a favorable impact on the legal - constitutional protection of the family in Peru. The research was of basic type and exploratory level, with components of a dogmatic - legal and sociological - functional research. It was found in the results that an express legal regulation on surrogacy is going to have a favorable impact on the legal protection of the family, so through it the filiation of the minor with the intended parents is recognized. In addition to guaranteeing fundamental right for instance: the right to reproductive health, founding and protecting the family as well as the protection of the best interests of the child.

KEYWORDS: intended parents, pregnant woman, right to found a family, surrogacy agreement, altruistic pregnancy.

INTRODUCCIÓN

De acuerdo a la Sociedad Peruana de Urología (citado en América Noticia, 2018) un 15% de las parejas tienen problemas de infertilidad. El glosario de términos en Técnicas de Reproducción Asistida de la Organización Mundial de la Salud (OMS, 2010) define a la infertilidad humana como una enfermedad del sistema reproductivo vinculada a la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de doce meses o más de relaciones sexuales no protegidas (p.7).

Al respecto, sin embargo, los grandes avances de la ciencia en el campo de la biología y la genética, han permitido que las personas que padecen de esta enfermedad puedan recurrir a diferentes Técnicas de Reproducción Humana Asistida (denominados como “Tera¹”) para poder materializar sus deseos de tener hijos y fundar una familia; siendo esta una práctica cada vez más frecuente.

Precisamente, la gestación subrogada² es una de las principales Tera que las clínicas especializadas vienen utilizando para afrontar y superar el estado de infertilidad y favorecer la procreación humana. La OMS (2010) define como gestación subrogada al procedimiento mediante el cual una mujer lleva adelante un embarazo (originado con gametos que no son suyos) con el acuerdo de que entregará el bebé a los padres de intención [las personas que

¹ Con el término Tera se alude a los diferentes procedimientos que, en mayor o menor medida, pueden reemplazar o colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción. Entre las principales Tera encontramos a la gestación subrogada y la inseminación artificial.

² También denominado como: “vientre de alquiler”, “maternidad subrogada”, “maternidad por sustitución”. Con el fin de abordar un análisis objetivo consideramos conveniente utilizar a lo largo del presente trabajo el término “gestación subrogada”.

aspiran a ser padres] (p.7). En ese sentido; complementado al mencionado organismo internacional, podemos entender que la gestación subrogada es el procedimiento mediante el cual una mujer fértil accede de plena voluntad a la implantación, en su útero: **i)** del material genético de uno o de ambos padres de intención (según se trate de una pareja o de una persona soltera); o, **ii)** del material genético de terceras personas (donantes) gestionado por los precitados padres de intención. Así, la primera de las mencionadas colabora con la fase de gestación de un bebé que deberá ser entregado a los padres de intención después del nacimiento; de tal manera que la calidad de mujer gestante y madre genética (y probablemente la de madre legal) recaerán en personas totalmente distintas.

Dicha situación, *prima facie*, podría interpretarse como incompatible con lo dispuesto en el artículo 7^{o3} de la Ley General de Salud (Ley n.º 26842) donde, se reconoce el derecho de toda persona infértil a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y mujer gestante recaigan sobre la misma persona; debiendo precisarse que, en el Perú, no existe ninguna otra norma jurídica que se ocupe de la materia.

En ese orden de ideas, nos encontramos frente a una nueva realidad social que genera numerosas incertidumbres que involucran la discusión sobre el reconocimiento (o ausencia) de relaciones jurídicas, situaciones jurídicas y

³ **Artículo 7°.** Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

derechos vinculados al menor concebido, a la mujer gestante y a los padres de intención; advirtiéndose, al respecto, que nuestro ordenamiento jurídico vigente resulta insuficiente para brindar una solución cierta y congruente con la evolución de la sociedad; situación que podría generar (y de hecho, viene generando) distintos escenarios que agravan a los derechos fundamentales de las personas y la protección de la familia.

Por lo expuesto, la presente investigación pretende indagar y profundizar sobre el estudio de la gestación subrogada y a partir de un análisis jurídico crítico y objetivo, establecer las repercusiones de esta ausencia normativa en los derechos fundamentales de las personas involucradas; y, cómo una regulación legal expresa de dicha nueva realidad podría coadyuvar a la protección, constitucionalmente reconocida, de la familia en el Perú.

En merito a ello se formuló el problema de investigación en los siguientes términos:

Problema general

- ¿De qué manera una regulación legal sobre la gestación subrogada puede incidir favorablemente en la protección jurídica-constitucional de la familia en el Perú, 2020?

Problemas específicos

- ¿Cuáles son las repercusiones y/o incertidumbres de naturaleza jurídica que generan la ausencia de una norma jurídica que regule la gestación subrogada en el Perú?

- ¿Cuáles son los derechos fundamentales vinculados a la protección de la familia sobre los cuales incidiría favorablemente una norma jurídica que regule la gestación subrogada en el Perú?
- ¿Cuáles son los límites que deben establecerse legalmente a fin de que los procedimientos de gestación subrogada no afecten derechos fundamentales y la protección jurídica de la familia en el Perú?

Bajo esa premisa, se formuló los siguientes objetivos:

Objetivo general

- Determinar de qué manera una regulación legal sobre la gestación subrogada puede incidir favorablemente en la protección jurídica-constitucional de la familia en el Perú, 2020.

Objetivos específicos

- Establecer cuáles son las repercusiones y/o incertidumbres de naturaleza jurídica que generan la ausencia de una norma jurídica que regule la gestación subrogada en el Perú.
- Establecer cuáles son los derechos fundamentales vinculados a la protección de la familia sobre los cuales incidiría favorablemente una norma jurídica que regule la gestación subrogada en el Perú
- Establecer cuáles son los límites que deben establecerse legalmente a fin de que los procedimientos de gestación subrogada no afecten derechos fundamentales y la protección jurídica de la familia en el Perú.

La presente investigación es importante porque a través de sus resultados se busca aportar información valiosa para la identificación, estudios y desarrollo de los derechos fundamentales en juego en todo procedimiento de gestación subrogada; tales como los derechos reproductivos y sexuales, a la familia, al

libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad, a la información y a la identidad, así como la tutela del principio de interés superior del niño.

Asimismo, podrá contribuir a futuras iniciativas legislativas, perfilando las reglas que resulten aplicables a las personas involucradas que permitan alcanzar la certeza sobre las relaciones jurídicas, situaciones jurídicas y derechos fundamentales de cada uno.

CAPITULO I: MARCO TEÓRICO

1.1. Antecedentes

De la revisión de información recopilada, se ha encontrado las siguientes investigaciones que son relevantes para nuestro estudio:

En 2010, Rail desarrolló la investigación denominada: “Procedencia de la Maternidad Gestacional Subrogada en el Régimen Constitucional Chileno”. La investigación concluyó que, al analizar las normas constitucionales y principios internacionales, así como considerar el concepto de dignidad, ofrecen razones jurídicas apreciables para demandar la procedencia de la maternidad gestacional subrogada en la legislación chilena.

En 2011, Canessa desarrolló la investigación denominada: “Filiación en la Reproducción Humana Asistida” de tipo básica y nivel causal explicativo. La investigación concluyó que la filiación de los nacidos por reproducción asistida deberá de establecerse dentro de los límites o alcances conferidos por las leyes vigentes, la constitución y tratados internacionales. En caso de vacío legal o deficiencia de la legislación, se deberá recurrir a los principios generales del Derecho, prevaleciendo siempre el interés superior del niño.

En 2012, Santander desarrolló la investigación denominada: “El Contrato de Maternidad Subrogada o de Alquiler: ¿Ejercicio Legítimo del Derecho a Procrear o Atentado a la Dignidad?”. La investigación concluyó que para analizar el tema de la maternidad subrogada debemos de resaltar el derecho a procrear y la dignidad humana en el sentido de su función temporal y

libertario para considerarlo como una expresión de la autonomía de la voluntad.

En 2013, Gonzales y Rodríguez desarrollaron la investigación denominada: “Fecundación *In Vitro*. Límites, Alcances y Consecuencias Jurídicas”. La investigación concluyó que, en este procedimiento, teniendo como base la incapacidad reproductiva de la madre contratante, se debe celebrar un contrato entre las partes (mujer gestante y pareja contratante), en el que se consigne una cláusula especial relacionado a la entrega del menor nacido por el método y una remuneración hacia la mujer gestante por haber prestado del servicio.

En 2014, Beorlegui desarrolló la investigación: “La Maternidad Subrogada en España”. La investigación concluyó que, el tema de la maternidad subrogada, no se encuentra regulada, pese a ser un hecho natural, que cuenta con jurisprudencia y doctrina en muchos países, reconociendo la existencia de casos de parejas que no pueden concebir un hijo de manera natural, quienes optan por acudir a una mujer que pueda gestar a este menor a cambio de una remuneración.

En 2014, Sánchez desarrolló la investigación: “Regulaciones del Contrato de Vientre de Alquiler como Fecundación Humana aplicada a la Legislación Ecuatoriana para Introducir Reformas al Código Civil”. La investigación concluyó que, en el Ecuador, se debe regular el contrato de vientre de alquiler o maternidad subrogada en base al avance de la ciencia y la tecnología.

Mediante la regulación se pretende proteger la identidad del nuevo ser en el ámbito legal.

En 2015, Carracedo desarrolló la investigación: “La Fertilización *In Vitro* y el Debate sobre el Estatuto del No Nacido”. La investigación concluyó que la maternidad subrogada es una técnica que no vulnera la dignidad del embrión ni los derechos de la mujer; puesto que, el primero no es considerado persona y el segundo tiene el derecho de decidir sobre su cuerpo considerando su libertad reproductiva para elegir con quién, cómo, cuándo y qué medios utilizará para concebir un nuevo ser. Por lo que se debe regular a través de los derechos bióticos los conflictos jurídicos.

En 2016, Zaldívar desarrolló la investigación: “Necesidad de Regulación Jurídica de la Maternidad Subrogada”. La investigación concluyó que la reproducción humana es reconocida como un hecho biológico que genera vínculos de filiación y de parentesco por lo que debe ser un derecho constitucional.

En 2016, Escudero y Minig desarrollaron la investigación: “Maternidad Subrogada”. La investigación concluyó que pese a existir jurisprudencia sobre el tema, es necesario una regulación expresa sobre la misma que genere seguridad jurídica. De tal forma que los niños que nazcan por medio de este método puedan ser inmediatamente inscritos como hijo de quienes desearon convertirse en sus padres. Su regulación permitirá evitar diferentes conflictos sociales y jurídicos al verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley.

En 2017, Bustamante desarrolló la investigación: “La contratación de la maternidad subrogada en las clínicas de fertilización de Lima Metropolitana en el año 2016”. La investigación concluyó que es necesario elaborar un proyecto de ley que consigne la realidad social de la maternidad subrogada considerando su constante práctica en las clínicas de fertilización de Lima Metropolitana en el 2016.

En 2018, Ticse desarrolló la investigación: “La regulación de la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida con subrogación materna en la legislación peruana”. La investigación concluyó que la reproducción asistida heteróloga es una alternativa para las parejas que son estériles y quieren tener hijos. Su regulación legal representaría dar solución a conflictos relacionados sobre los derechos, deberes y obligaciones entre las partes que intervienen en el proceso de reproducción asistida.

1.2. Bases Teóricas

1.2.1 Familia

➤ Etimología de Familia

Según Gómez (2013) el origen etimológico de la familia proviene del latín *Familiae*, que se refiere al “grupo de sirvientes y esclavos que pertenecen al jefe de la *gens* (sistema social)”; se derivaba también del término *famŭlus*, que significa “siervo, esclavo”. Por otro lado, se cree que el vocablo proviene del latín *fames* (hambre) refiriéndose al grupo de personas que se alimentan juntas en la misma casa independientemente de los lazos de sangre (p.11-20).

Otros autores, entienden la palabra familia como un hogar conformado por la mujer, los hijos y los esclavos domésticos; esto porque vinculan el vocablo *famulus* con el verbo osco *faamat* para referirse a “habitar” y sostienen que este, a su vez, provendría del sánscrito *Vama* (hogar, habitación).

Por último, Corral (2005) indica que existen diversas teorías acerca del origen de la palabra familia. Una de ellas señala que la palabra familia provendría del sánscrito: *dhá* (asentar) y *dhaman* (asiento, morada, casa). Por lo que en un principio la palabra familia, se refería a la casa doméstica y en un sentido más restringido, al patrimonio de esta (p.21).

➤ **Concepto de Familia**

A lo largo de nuestra investigación hemos podido identificar que existen diferentes conceptos de familia.

Desde el punto de vista genérico, Donati (2003) refiere que la familia es un fenómeno primordial en la historia de la humanidad en un triple sentido: por estar en el origen de la sociedad humana, por su continua reproducción y por estar en el origen de cada persona singular (p.21).

Carbonell (2012), desde una concepción tradicional, indica que “La familia ha sido el lugar primordial donde se comparten y gestionan los riesgos sociales de sus miembros” (p.4).

Por otro lado, De Pina (2005), desde el aspecto de los vínculos que le sirven de factor integrador, considera que “La familia es el grupo de personas entre

quienes existe un parentesco de consanguinidad por lejano que fuere” (p. 287).

Corral (2005) define a la familia como: “Aquella comunidad que, iniciada o basada en la asociación permanente de un hombre y una mujer destinada a la realización de los actos humanos propios de la generación, está integrada por personas que conviven bajo la autoridad directiva o las atribuciones de poder concedidas a una o más de ellas, juntan sus esfuerzos para lograr el sustento natural derivado de la relación de pareja o del parentesco de sangre, el que las induce a ayudarse y auxiliarse mutuamente” (p. 21).

Bossert y Zannoni (2004) definen que: “La familia es una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco” (p. 39).

Díaz (1953) considera a la familia como: “Una institución social permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación. Ella constituye célula básica de la organización social” (p. 36).

Por otro lado, Ferreira y Oliveira (1999) indica que la familia moderna es una comunidad de afecto y de ayuda mutua, donde lo que cuenta es la intensidad de las relaciones personales de sus miembros; resultado de un vínculo afectivo donde se elevan los sentimientos de solidaridad, lealtad, respeto y cooperación. Es un organismo constituido de elementos jurídicos, éticos y morales (p. 13).

Debemos señalar que debido a la permanente evolución de la sociedad la institución de familia siempre tendrá diferentes conceptos; razón por la que cada uno de los autores antes citados, mantiene una definición propia de lo que significa familia. Sin embargo, se conserva las funciones asignadas en cada sociedad, constituyéndose de esta forma como institución primaria en donde se inculcan valores, tradiciones, se brinda protección de la vida y control social.

➤ **Tipos de familia**

Los tipos de familia son (Quinteros, 2007):

a) Tipologías tradicionales

Familia Nuclear. Constituida por los padres e hijos; los hijos pueden ser biológicos de la pareja o adoptados, y debido a que conviven bajo el mismo techo tienen lazos de afecto más intensos y una relación íntima. Esta familia también puede estar compuesta solo por la pareja. Es conocida como círculo familiar (Quinteros,2007).

Familia extensa o conjunta. Este tipo de familia se da con frecuencia en la clase media baja o grupos socioeconómicos inferiores. Está compuesta por distintas generaciones padres, hijos, abuelos, tíos, tías sobrinos, etc; los mismos que comparten habitación y funciones, tienen vínculo de consanguinidad. Se le llama también familia trigeracional puesto que tiene como mínimo tres generaciones (Quinteros,2007).

Familia ampliada. Este sistema familiar, a diferencia de los anteriores, resalta por la solidaridad y el apoyo entre sus miembros. Esta familia interactúa y desempeña funciones de forma temporal o definitiva por lo que permite la presencia de miembros no consanguíneos (Quinteros,2007).

b) Familias de nuevo tipo

Familia simultánea. Anteriormente llamada superpuesta o reconstituida; es aquella familia conformada por adultos que han terminado con su vínculo marital anterior (Quinteros,2007).

Familias con un solo progenitor, monoparentales o uniparentales. Se encuentran constituidas por uno de los padres quien tiene el deber de velar por sus niños, es el único responsable del hogar debido a que ha sufrido de un abandono, divorcio, separación o muerte de la pareja (Quinteros,2007).

Familias homosexuales. Está conformada por una relación de afecto entre dos personas del mismo sexo. Esta familia cumple con las mismas responsabilidades que los otros tipos, por lo que entre sus funciones básicas se encuentra velar por el hijo de uno de los miembros o de ambos, si es adoptado (Quinteros,2007).

c) Formas de convivencia diferentes a la familia

Díadas conyugales o parejas. Este tipo de familia está conformada por dos personas que comparten el mismo interés de diferentes situaciones, actividades, etc (Quinteros,2007).

➤ **Estructura unipersonal, ciclo individual u hogar unipersonal.**

Son personas adultas que viven solas sin excluirlos de las relaciones erótico-afectivas o de pareja y filiales. Su principal interés en la sociedad es mantener contacto con familiares, amigos, vecinos, compañeros, etc (Quinteros,2007).

Hogar o unidad doméstica. Pueden o no estar incluidos los vínculos afectivos, siendo difícil saber cómo son las relaciones, roles y funciones entre cada miembro de la unidad. Tienen un mismo fin, que es la estabilidad económica. (Quinteros,2007).

Minuchín (1997) sustenta los siguientes tipos de familia (p. 64-74):

Familias de *pas de deux*⁴. Esta familia está compuesta por dos personas: un padre y un hijo o una pareja anciana con hijos que tienen su propia familia.

Familias de tres generaciones. Familia que vive en íntima relación, compuesta por varias generaciones; abuelos, padres e hijos.

Familias con soporte. Este tipo de familia se caracteriza por encomendar las responsabilidades del hogar al hijo mayor, tomando funciones de crianza de los demás miembros en representación de los padres.

Familias acordeón. En esta familia, uno de los padres se encuentra fuera del hogar por mucho tiempo por lo que funciones parentales se concentran en una sola persona.

⁴ Pas de deux. Paso a dos.

Familias huéspedes. Estas familias son temporarias, debido a que acogen dentro del hogar a otra persona por un periodo.

Familias con padrastro o madrastra. Se originan cuando un padre o madre se casa de nuevo, agregando a sus hijos a la nueva unidad familiar.

Familias descontroladas. Estas familias cuentan con un miembro que no acepta funciones, jerarquías ni normas que se establecen entre los integrantes.

Familias psicossomáticas. Se caracteriza porque sus miembros tienden a entremezclar sus roles y funciones. Se caracteriza por las relaciones de lealtad y de protección y la evitación de conflicto.

➤ **Funciones de la familia**

Pérez y Reinoso (2011) afirman que las funciones de la familia son: protección de los miembros, la posibilidad de socializar, reproducción, control social, brindar afecto y comunicación, entre otras. La forma de desempeñar estas funciones variará de acuerdo a la sociedad en la cual se encuentre el grupo familiar (p.629).

De acuerdo con Rodrigo y Palacios (2008), se ubican cuatro funciones:

1. “Salvaguardar la supervivencia de los hijos (salud y bienestar).
2. Generar un clima de afecto y apoyo para que los hijos tengan un desarrollo psicológico y emocional sano.
3. Impulsarlos y estimularlos en el desarrollo de su capacidad para

relacionarse con su entorno físico y social, así como para dar respuesta a las exigencias y al mundo que les toca vivir.

4. Decidir qué tipo de educación van a continuar, la apertura a otros contextos educativos” (p.8).

Gómez y Villa (2013) señalan las siguientes funciones de la familia:

- a) “Función biológica: Se refiere al goce de las funciones sexuales y a la reproducción de nuevos individuos. Además, proporcionan a sus hijos un concepto firme y vivencial del modelo sexual, que les permita a futuro en su vida, hacer identificaciones claras y adecuadas de sus roles sexuales.
- b) Función educativa: tempranamente se socializa a los niños en cuanto a hábitos, sentimientos, valores, conductas, etc.
- c) Función económica: implica dar a los miembros seguridad
- d) económica, brindar las necesidades básicas, como el alimento, techo, salud, ropa. Preparar a cada individuo para su independencia económica. Enseñar el uso y manejo de la moneda y el diseño de estrategias económicas.
- e) Función solidaria: se desarrollan afectos que permiten valorar el socorro mutuo y la ayuda al prójimo.
- f) Función protectora: se da seguridad y cuidados a los niños, los inválidos y los ancianos” (p. 15,16).

➤ **Regulación de la familia en el Perú**

La familia en las constituciones políticas del Perú

Las Constituciones Políticas del Perú han abordado el tema de la familia de la siguiente manera y en los siguientes artículos:

a) En la Constitución de 1823 se refiere a la familia solo en cuanto a la suspensión del ejercicio de la ciudadanía ante el incumplimiento de los deberes familiares, de acuerdo al siguiente texto normativo:

“El ejercicio de la ciudadanía se suspende únicamente: 6) En los casados que sin causa abandonen a sus mujeres, o que notoriamente falten a las obligaciones familiares” (Constitución Política del Perú, 1823, Artículo 24).

b) La Constitución de 1826 aportó a la protección de la familia solo en cuanto a asignar pensiones a las familias de los militares.

c) En la Constitución de 1933 se empieza a considerar de manera oficial la protección jurídica estatal de la familia, conforme al siguiente texto:

“El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley” (Constitución Política del Perú, 1933, Artículo 51).

d) La Constitución de 1979 contiene aún más derechos relacionados con la familia, haciéndose referencia a la familia en el siguiente texto:

“El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación” (Constitución Política del Perú, 1979, Artículo 5).

Así como también se tiene al artículo 2° numeral 5), que incluye el derecho a la intimidad familiar; el numeral 10), que consigna que el bienestar propio y el de la familia está relacionado al derecho a tener

un nivel de vida que lo asegure. En el artículo 10° se señala el derecho de la familia de tener una vivienda digna, y, en el artículo 43° se refiere a que para garantizar el bienestar material de la familia se debe hacer valer el derecho a la remuneración justa, entre otros.

- e) La Constitución de 1993 mantiene algunos de los derechos conexos establecidos en la del 1979; por ejemplo, la intimidad familiar (artículo 2° numerales 6 y 7), el derecho a la libre reproducción (artículo 6°), velar por la salud familiar (artículo 7°), garantizar una remuneración justa que asegure el bienestar familiar (artículo 24°).

De esta forma evidenciamos que a lo largo de la vigencia de cada constitución el Estado ha ido involucrándose y adaptándose a los cambios sociales para garantizar cada vez más la protección jurídica de la familia.

➤ **La familia en la regulación civil peruana**

Debemos de revisar nuestra legislación civil para comprender el modo cómo la familia ha sido regulada y protegida.

- a) El Código Civil de 1852 tuvo muchas referencias a la familia y algunas de las instituciones en relación a ella, como el consejo de familia y la adopción.
- b) El Código de 1936, por su parte, contiene artículos, además de la constitución del matrimonio, referidos a los deberes y derechos originados del este matrimonio. Tales como brindar alimento y

educación a los hijos (artículo 158⁵), deberes de asistencia y fidelidad (artículo 159⁶), vida en común (artículo 160⁷), entre otros.

- c) El Código Civil de 1984, en su artículo 233°, ubica a la familia en un lugar importante dentro de su articulado conforme al siguiente texto normativo:

“La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú” (Código Civil, 1984).

Al igual que en la Constitución peruana de 1993, se establece que la familia merece protección del Estado, la comunidad y la ley.

➤ **La familia en la regulación internacional**

Nuestro país se encuentra suscrito a una variedad de instrumentos internacionales relacionados a la familia, por lo que procederemos a analizar cada uno de ellos.

a) La Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸

La Convención Americana sobre Derechos Humanos menciona hasta en 7 momentos a la familia, siendo la primera de ellas en el artículo 11° numeral 2 señalando que ninguna persona podrá ser objeto de ataques ilegales relacionados a su honra o reputación, así como también nadie

⁵ Artículo 158. Los cónyuges se obligan mutuamente por el hecho del matrimonio a alimentar y educar a sus hijos.”

⁶ Artículo 159. Los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia.”

⁷ “Artículo 160. Es deber de ambos cónyuges hacer vida común en el domicilio conyugal. Cesa esta obligación cuando su cumplimiento pone en grave peligro la salud, el honor o los negocios de cualquiera de los cónyuges.

⁸ Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.

puede afectar su vida privada, familia o domicilio. Posteriormente, en el artículo 17°, numeral 1, en el título denominado “Protección de la Familia” el cuerpo internacional refiere que la sociedad y el Estado deben de proteger al elemento natural y fundamental que es la familia. Mientras que el numeral 2 reconoce el derecho que tiene el hombre y la mujer con mayoría de edad, que cumpla con las condiciones requeridas de acuerdo a Ley, a contraer matrimonio y a formar una familia.

Los “Derechos del niño” también son tratados en la Convención, siendo el artículo 19° el que precisa que todos los menores tienen derecho recibir las medidas de protección por parte de su familia, sociedad y Estado en relación a su misma condición de menor. Por otro lado, el artículo 27° en sus numerales 1 y 2 hace referencia a la “Suspensión de las garantías” en caso de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado, en el que se restringen medidas y tiempo que exija la situación, sin que se afecten derechos como la consignada en los artículos 17° y 32°, relacionadas a la protección de la familia y a los deberes y derechos de cada persona.

El artículo 12° numeral 4, en el marco de la “Libertad de Conciencia y Religión”, señala los menores tienen el derecho de recibir educación religiosa y moral de acuerdo a las convicciones de sus padres o apoderados. Mientras que el artículo 17° que en su numeral 3 establece

que el matrimonio debe realizarse en virtud a la libre decisión y consentimiento de los contrayentes. Asimismo, el numeral 4 señala que los cónyuges tienen igualdad de derechos y responsabilidades durante o después del matrimonio, en cuanto a la protección de los hijos, por lo que los Estados Parte deben tomar medidas apropiadas para asegurar lo establecido. A la vez que en el número 5, se añade que los hijos nacidos tanto fuera y dentro de matrimonio tienen los mismos derechos.

Al igual que el artículo 18° señala todos tenemos derecho a una identidad, debemos de tener un nombre propio y apellidos de sus padres.

De lo expuesto es posible concluir que el tratado internacional se encarga de proteger tanto a la familia de hecho como de Derecho, esto debido a que en la disposición final del artículo 17° establece que todos los hijos, matrimoniales o extramatrimoniales, tienen los mismos derechos que deben ser protegidos por la sociedad y el Estado. De esta forma, la protección debe ser entendida de forma integral a la familia como a la descendencia que emana de ellas, indistintamente a sus múltiples formas, la amplia, extensa, nuclear, compuesta o monoparental.

b) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹

El tratado multilateral se refiere a la familia en 4 oportunidades, en la primera de ellas señala que el reconocimiento de la dignidad de los miembros de la familia y derechos iguales e inalienables son base para los principios como la libertad, la justicia y la paz en el mundo establecidos en la Carta de las Naciones Unidas.

Posteriormente en su artículo 7°, dispone que los Estados Parte deben de reconocer el derecho de la persona a contar con condiciones laborales equitativas que aseguren la vida digna de cada uno y de su familia.

c) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰

Este cuerpo internacional menciona en 5 ocasiones a la familia, la primera de ellas en su preámbulo, señalando al igual que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que el reconocimiento de la dignidad de los miembros de la familia y derechos iguales e inalienables son base para los principios como la libertad, la justicia y la paz en el mundo establecidos en la Carta de las Naciones Unidas.

⁹ Cfr. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asamblea General de Naciones Unidas, resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966. Preámbulo.

¹⁰ Cfr. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General de Naciones Unidas, resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966. Preámbulo.

Posteriormente en su artículo 17° establece que nadie puede ser objeto de arbitrariedades que afecten a uno mismo a su vida familiar. Mientras que el 23°, numeral 1 dispone que la sociedad debe de proteger a la familia por ser elemento natural y fundamental de la misma. En cuanto al numeral 2, expresa que el derecho que se tiene a contraer matrimonio y a fundar una familia si se tiene la mayoría de edad de acuerdo a Ley.

Mediante lo anteriormente señalado podemos concluir que, si bien es cierto que la base de la familia es el matrimonio, pero gracias a la diferente normativa que existe sobre la igualdad de derechos de los hijos se permite reconocer a otros tipos de uniones y a su vez a la filiación que de ella surge, protegiendo a la familia de matrimonial y la familia constituida por convivencia.

d) La Convención de los Derechos del Niño¹¹

La presente Convención menciona en 20 ocasiones el término familia, desde su preámbulo señalando nuevamente, con los anteriores cuerpos internacionales analizados, lo velado por los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas.

Posteriormente indica que para asumir plenamente las responsabilidades dentro de una sociedad la familia debe de recibir protección y asistencia necesaria.

¹¹ 3 Cfr. Convención de los Derechos del Niño. Asamblea General de Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989. Preámbulo, párrafo 1.

Luego refiere que el menor debe de crecer bajo el seno familiar, con un ambiente feliz, lleno de amor y comprensión para garantizar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad.

Finalmente, en el artículo 7° numeral 1 precisa que después de su nacimiento los niños deberán ser inscritos inmediatamente para tener nombre, adquirir una nacionalidad y gozar de la protección y cuidado de los padres.

➤ **Protección jurídica de la familia**

De acuerdo a la regulación plasmada por nuestra Constitución Política de 1993, los principios que inspiran el sistema jurídico familiar peruano son:

a) El principio de protección a la familia

La Constitución Política del Perú, en su artículo 4° reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad, que debe ser protegida por la comunidad y el Estado. Se aprecia, que mediante esta norma constitucional los miembros de la familia viven en armonía y protección en la sociedad. La misma protección es señalada en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú.

b) El principio de protección y defensa de derechos específicos

Los tratados sobre Derechos Humanos ratificados y aprobados por el Perú establecen que todo menor tiene derecho a las medidas de protección que su misma condición de menor requieren, esto debe ser garantizado por su familia, sociedad y Estado¹²; asimismo se resalta la protección de los adolescente a fin de garantizar el pleno desarrollo de su capacidad física, intelectual y moral¹³; en cuando a la protección de la madre se promueve: como comprensión adecuada de la maternidad garantizar la educación familiar¹⁴; finalmente, reconocen que, en cuando a los ancianos tienen derecho a la protección especial durante esta etapa¹⁵.

1.2.2 Maternidad y Paternidad

➤ Etimología de Maternidad y Paternidad

Según Casanova (1989) la palabra madre procede del latín *mater/matris*, la cual a su vez deriva del griego *matér/matrós*. Añade que, antes, la idea de maternidad no se relacionaba con madre, pues el título de *mater* fue destinado a mujeres diosas vírgenes; es por ello que el término sirvió para referirse a aquella fémina que gozaba de valores como la honestamente y vivía conforme a las buenas costumbres, siendo soltera, casada o viuda, nacida libre.

¹² Artículo 19° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Artículo 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales - Protocolo de San Salvador."

¹³ Artículo 15°, numeral 3), inciso c) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales - Protocolo de San Salvador."

¹⁴ Artículo 5°, inciso b) de la Convención sobre la Eliminación de todas la Formas de Discriminación contra la Mujer de la Organización de las Naciones Unidas; el artículo 15°, numeral 3), inciso a) del del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales - Protocolo de San Salvador; el artículo 4 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

¹⁵ Artículo 17 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales - Protocolo de San Salvador."

Mientras que la palabra paternidad procede del latín *paternitas, -ātis* refiriéndose a la cualidad de padre o progenitor masculino o macho (p. 25).

- **Concepto de Maternidad y Paternidad**

Según la Real Academia Española (RAE, 2014), maternidad significa ser o tener la cualidad de madre, proviene de materno y significa estado, mientras que paternidad proviene del latín *paternitas, -ātis*. Ambos se refieren a la relación que existe entre el padre o madre con sus hijos, teniendo la responsabilidad de ellos, su cuidado, educación, vestido, alimento.

Según Molina (2006) a lo largo del tiempo el concepto de maternidad se registra como un conjunto de creencias y significados en evolución, influidos por factores culturales y sociales, acompañados de ideas sobre la mujer en relación a la procreación y a la crianza, como vertientes que se encuentran y entrecruzan en la interpretación. Es la culminación del largo rito de iniciación para ser un "hombre", por cuanto, si tiene un hijo se reconocerá y será reconocido como varón pleno, se sentirá todo un hombre (p. 93).

- **Nociones doctrinales del concepto de maternidad y paternidad**

Para Figueroa (1995) existen nociones que se basan en distintos factores, dentro de los que se tiene (p.13):

- a) Noción que da relevancia al factor genético
- b) Noción que da relevancia al factor afectivo.

- c) Noción que privilegia la voluntad de hacer nacer un niño.

Estas mismas nociones pueden desglosarse en:

- a) **Maternidad Genética:** se le atribuye esa calidad a la mujer, que se ha convertido en madre mediante la fecundación de su óvulo. Esta fecundación como resultado de una relación heterosexual o inseminación artificial.
- b) **Maternidad gestacional:** corresponde a la mujer en cuyo útero se ha desarrollado un embrión.
- c) **Maternidad afectiva:** aquella mujer que ha establecido un vínculo de afecto hacia el menor.
- d) **Maternidad procreacional o volitiva:** aquella mujer, aunque no tiene la capacidad de engendrar, posee el deseo de ser madre.
- e) **Maternidad jurídica:** aquella mujer que es tenida como madre para los efectos legales.
- f) **Maternidad biológica:** aquella mujer que realiza el aporte biológico al nacimiento de la criatura. En este sentido tanto la madre genética como la gestacional deben ser tenidas como madres biológicas.

Por otro lado, Lombardi (1984) clasifica los tipos de padres en (p.210):

- a) **Paternidad genética.** el padre puede ser considerado como tal mediante la concepción o por donación de esperma.
- b) **Paternidad social.** El padre es considerado por cuidado, adopción o donante de nombre.

➤ **Funciones de la maternidad y paternidad**

Para Nardone, Giannotti y Rocchi (2001) la madre, habitualmente, alimenta a los hijos, los viste, hace sus compras, se interesa por sus estudios, habla con los profesores, participa en las reuniones para padres, lee libros sobre educación, se ocupa de su salud llevándolos al médico, al dentista, hace de taxista en sus actividades extraescolares (p.56).

Mora, Otálora y Recagno-Puente (2005) indican que el padre tiene la función de reafirmación de la identidad masculina y se le plantea al hombre la exigencia de la paternidad como un mandato de la masculinidad hegemónica que se debe cumplir sin cuestionamiento alguno (p.120).

➤ **Maternidad y Paternidad y relación jurídica**

Moro (1988) considera madre y padre (p.53):

- Genéticos son aquellos que aportan sus células germinales.
- Madre portadora o gestante la que soporta el embarazo, siendo o no la madre legal.
- Y padres legales, aquellos que se determinan como tales en virtud de las normas de filiación.

La regla *pater is est* va a tener inicio en el Derecho Romano con sus distintas etapas o manifestaciones.

En Roma podría formar parte de la familia mediante tres formas, la primera el nacimiento, la segunda la adopción y la tercera por *conventio in manu*¹⁶.

De esta forma evidenciamos que se ha dado distintas acepciones a los términos paternidad y maternidad, no siendo el vínculo consanguíneo la base estricta de los mismos.

1.2.3 Filiación

➤ Etimología

Según la RAE (2014) la palabra filiación se deriva del vocablo latín *filatio-onis*, perteneciente a su vez a la raíz *filius*, cuyo significado es hijo, guardando este término la relación del hijo con sus progenitores.

Concepto

Para Varsi y Siverino (2003) la filiación se puede definir bajo dos sentidos, la genérica en la que señala la unión de una persona con todos sus ascendientes y descendientes y, la estricta es la que establece una relación de sangre y de derecho entre los hijos con sus padres (p.455).

Para Peralta (2008) la filiación es una institución del Derecho de Familia que consiste en la relación paterno-filial existente entre una persona (hijo) con el padre que lo engendró y con la madre que lo alumbró. La filiación, sin embargo, debe ser entendida como el vínculo jurídico existente entre

¹⁶ Por la que entra la mujer en la familia del marido

procreantes y procreados o producto de la adopción de la cual emergen derechos y obligaciones para padres e hijos (p.387).

Podemos decir que la filiación es un hecho natural basado en la realidad biológica, en el que interviene, el padre que brindó sus espermatozoides y la madre que dio a luz al menor, construyendo un lazo de parentesco con el hijo. Asimismo, la filiación es una institución del Derecho de Familia desde el punto de vista jurídico, creándose así un vínculo jurídico entre padres e hijo, originada por la realidad biológica o por adopción, generando derechos y obligaciones recíprocas.

➤ **Clasificación de filiación**

Peralta (2008) señala que, según la doctrina nacional e internacional, se distinguen los siguientes tipos de filiación (p.385-390):

a) Filiación legítima o matrimonial e ilegítima o extramatrimonial:

- Filiación matrimonial: Los hijos nacidos dentro del matrimonio.
- Filiación extramatrimonial: Los hijos nacidos fuera del matrimonio.

Los términos de legítima e ilegítima fueron los primeros en ser utilizados por la mayoría de legislaciones; en el Perú se mencionaron en los Códigos Civiles de 1852 y 1936. Sin embargo, en el Código Civil de 1984 los términos han cambiado a matrimonial y extramatrimonial, respectivamente.

En el Código Civil de 1984, en su artículo 361°, se refiere a la filiación matrimonial y a la presunción legal de paternidad, señalando que el hijo tiene como padre al marido de su madre cuando haya nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución.

Mientras que el artículo 386° del mismo cuerpo normativo indica que los concebidos y nacidos fuera del matrimonio son considerados como hijos extramatrimoniales. Asimismo, en el artículo 388° establece el padre y la madre en forma conjunta o solo uno puede reconocer al hijo extramatrimonial.

- b) Filiación legal
- Filiación adoptiva

Es el acto jurídico mediante el cual se establece una relación paterno filial entre el adoptante (padre) y adoptado (hijo).

En el Código Civil de 1984 la adopción está establecida en el artículo 377° que indica lo siguiente: “Por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea”

Por otro lado, Gutiérrez y González (2003) proponen un tipo distinto de filiación, el proveniente del uso de métodos de reproducción asistida. Este tipo de filiación deriva del uso de las técnicas de la medicina genética, utilizadas por personas infértiles. Los métodos de reproducción asistida están perfectamente determinados en el ámbito de la medicina, no sucede lo mismo en el campo del Derecho, en el que ninguna legislación determina cuáles son dichas técnicas para tener descendientes fuera del proceso natural. Por lo que, es preciso citar y delimitar conforme a la doctrina médica que los métodos

de reproducción asistida son básicamente cuatro: la inseminación artificial, la fecundación extrauterina o *in vitro*, la clonación y maternidad gestante (p.287).

➤ **Efectos de la determinación de la filiación**

Plácido (2003) menciona que la filiación genera consecuencias jurídicas que son tratadas y reguladas por el Derecho de la filiación. La causa de estos efectos está originariamente en la filiación biológica pero la *conditio iuris* de los mismos es la determinación jurídica de dicha filiación o, lo que es lo mismo, el hecho jurídico de la filiación (p.86).

La filiación deriva relaciones paterno-filiales, que vinculan a los padres e hijos, en cuando al nombre, nacionalidad, derechos, deberes, alimentos, sucesiones, etc.

1.2.4 Parentesco

➤ **Concepto**

Pérez (2010) señala que el parentesco es el vínculo jurídico que relaciona a los miembros de una familia en razón de la consanguinidad, matrimonio o adopción. Se caracteriza por ser general, permanente y abstracta; además, se organiza en líneas y se mide en grados. Al ser reconocida esta relación se generan derechos y obligaciones entre los integrantes de la familia y parientes (p. 113).

➤ **Fuente**

Según Bossert y Zannoni (2004) el parentesco es la relación jurídica que nace entre personas de una misma familia. Las fuentes de este parentesco son: el matrimonio (el cual es fuente del parentesco de afinidad), la filiación y la adopción (p.40).

➤ **Clases y efectos del parentesco**

El Código Civil peruano en sus artículos 236°, 237° y 238° establece tres clases de parentesco:

- a) Por consanguinidad¹⁷: se establece entre las personas unidas por un vínculo de sangre. Debido al avance constante de la tecnología y ciencia, la relación que existe entre el hijo producto de la reproducción asistida y los conyugues y concubinos que tienen la intención de ser sus padres se regula mediante el parentesco consanguíneo;
- b) Por afinidad ¹⁸: se establece entre el menor nacido mediante el matrimonio o unión de hecho, con el hombre y la mujer y sus correspondientes parientes consanguíneos.
- c) Civil¹⁹: se adquiere mediante la adopción. El parentesco se establece entre el adoptante o adoptantes y el adoptado.

¹⁷ Artículo 236 del Código Civil. El parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común. El grado de parentesco se determina por el número de generaciones. En la línea colateral, el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro. Este parentesco produce efectos civiles sólo hasta el cuarto grado.

¹⁸ Artículo 237 del Código Civil. El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad. La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex-cónyuge.

¹⁹ Artículo 238 del Código Civil. La adopción es fuente de parentesco dentro de los alcances de esta institución.

Como consecuencia, se tiene los siguientes derechos y obligaciones entre los miembros de la familia:

- Por consanguinidad, relacionados a el ejercicio de la patria potestad, los alimentos, la sucesión legítima, la tutela legítima.
- Por afinidad, la realización de actos jurídicos o su intervención en ellos está supeditado a prohibiciones o limitaciones.
- Por civil, se establecen los mismos derechos, obligación y prohibiciones que en el parentesco por consanguinidad, pero solo entre el adoptante y adoptado.

➤ **Relación de parentesco**

Según Bossert y Zannoni (2004) el parentesco está compuesto por grados y líneas (p.41):

- a) Grados; se forma por las generaciones de ascendientes y descendientes.
- b) Líneas; varios grados forman diversas líneas del parentesco, entre las que se tiene:
 - Recta: compuesta por la serie de grados entre personas que descienden una de otras.
 - Transversal: las personas que la forman provienen de un mismo progenitor o tronco común, sin descender una de otras.
 - Ascendente: es la que relaciona a una persona con su progenitor o tronco del que procede.
 - Descendente: es la que relaciona al progenitor con los que de él

descienden.

Es así que los autores indican que el parentesco permite exigir o cumplir derechos y obligaciones, derivados de la filiación, o bien establecer los casos en que generan prohibiciones, como el matrimonio o en la adopción.

1.2.5 La esterilidad e infertilidad

Definición de esterilidad e infertilidad

Según Gómez (2016) la esterilidad es aquella situación en la cual una pareja no consigue una gestación que llegue a término por ningún medio, tras mantener relaciones sexuales sin el uso de anticonceptivos, durante al menos un año (p.10,11).

Asimismo, la esterilidad se subdivide en: esterilidad primaria y secundaria.

- Esterilidad primaria: cuando la pareja pese a no utilizar ningún método anticonceptivo al mantener relaciones sexuales durante el periodo de un año, no ha conseguido el embarazo.
- Esterilidad Secundaria: se refiere a aquella pareja que no logra una gestación viable luego de que en alguna ocasión el embarazo llegó a su término o resultó en un aborto.

La infertilidad, es aquella situación en la que no se consigue llevar a término un embarazo, por un proceso en concreto.

Los tipos son:

- Infertilidad primaria: cuando la gestación no llega a término o el bebé muere después de nacer.

- Infertilidad secundaria: la pareja no vuelve a conseguir un nuevo embarazo o llevarla a término pese a haber tenido una gestación anterior y parto normales.

➤ **Causas de esterilidad e infertilidad**

Morán, Cala, Fajardo y Grave de Peralta (2019) señalan las siguientes opciones (p.288):

a) **Causas de la infertilidad masculina**

Producción o funcionamiento anormal de los espermatozoides debido a la no descendencia de los testículos, defectos genéticos, problemas de salud como la diabetes o infecciones como clamidia, gonorrea, paperas o VIH.

Problemas con la salida de los espermatozoides debido a problemas sexuales, como la eyaculación precoz; ciertas enfermedades genéticas, como la fibrosis quística; problemas estructurales, como una obstrucción en el testículo, daño o lesión en los órganos reproductores. Sobreexposición a ciertos factores ambientales, como pesticidas y otras sustancias químicas y radiación. Fumar cigarrillos, alcohol, marihuana, esteroides anabólicos y tomar medicamentos para tratar infecciones bacterianas, presión arterial alta y depresión también pueden afectar la fertilidad. La exposición frecuente al calor, como en saunas o jacuzzis, puede elevar la temperatura corporal y puede afectar la producción de esperma.

Gómez (2016) añade estrés, problemas de peso, fumar como causas de la esterilidad e infertilidad en el hombre (p.18).

b) Causas de la infertilidad femenina

Las causas de la infertilidad femenina pueden ser las siguientes: Trastornos de ovulación, que afectan la liberación de óvulos a los ovarios. El síndrome del ovario poliquístico y la hiperprolactinemia, una afección en la que la mujer tiene demasiada prolactina (la hormona que estimula la producción de leche materna), también puede interferir en la ovulación. El ciclo menstrual o la infertilidad puede ser causa de demasiada hormona tiroidea (hipertiroidismo) o muy poca (hipotiroidismo). Otras causas preexistentes pueden incluir demasiado ejercicio, trastornos alimenticios o tumores.

De la misma forma la infertilidad puede ser causada por anomalías uterinas o cervicales, incluidas anomalías con el cuello uterino, pólipos en el útero o la forma del útero.

Daño o bloqueo de las trompas de Falopio, a menudo causado por inflamación de las trompas de Falopio (salpingitis). Esto puede ser el resultado de una enfermedad pélvica inflamatoria, que generalmente es causada por una infección de transmisión sexual, endometriosis o adherencias.

El funcionamiento de los ovarios, el útero y las trompas de Falopio se puede ver afectado por la endometriosis, que ocurre cuando el tejido endometrial crece fuera del útero.

➤ **Tratamiento de esterilidad e infertilidad**

Debemos de considerar que las opciones de tratamiento dependen de la causa que provoque la infertilidad; de esta forma cada pareja decide hacerse un determinado tratamiento de reproducción asistida, luego de realizarse una serie de pruebas diagnósticas, incluido un estudio de fertilidad. Las técnicas más conocidas son:

- Inseminación artificial
- Fecundación in vitro
- Ovodonación (donación de óvulos)

1.2.6 Las Técnicas de Reproducción Asistida en el Perú

El artículo 7° de la Ley General de Salud (Ley n.° 26842), establece que:

Artículo 7. Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona.

Al respecto, Cáceres (1996) indica que mediante esta ley se prohíbe la ovodonación, por tratarse de una técnica de reproducción asistida heteróloga²⁰ al establecerse que toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como 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, lo que no ocurre en el caso

²⁰ Técnica de reproducción asistida Heteróloga (de donante): es aquella que se lleva a cabo con semen de donante anónimo.

concreto. La ovodonación es un acto ilícito por no estar regulado en nuestra legislación (p.6).

Por este motivo, con el fin garantizar seguridad jurídica es menester uniformizar criterios y regular estas prácticas.

➤ **Clases de Técnicas de Reproducción Humana Asistida**

a) Inseminación Artificial

Kleegman (1967) denomina a la inseminación artificial o terapéutica como una técnica de reproducción humana asistida que consta de la introducción del semen (cuyos espermatozoides fueron previamente procesados para seleccionar los mejores), dentro del útero de una mujer sin tener contacto sexual, es decir, de manera artificial, con la finalidad de lograr la fecundación de un nuevo ser humano (p.31).

En palabras de Buxareas y Coroleu (2009): "(...) es el procedimiento que tiene como fin depositar el semen en el aparato genital femenino para facilitar el encuentro entre los espermatozoides y el ovocito sin que exista contacto sexual" (p. 211).

Consideramos importante precisar que la base de esta técnica es el empleo de medios artificiales como lo son las jeringas, cánulas o cualquier otro instrumento que coadyuve a la reproducción humana. En el caso de los espermatozoides, podría utilizarse todo o solo los espermatozoides sin el plasma seminal, fresco o congelado, haciendo referencia este último a la crio-preservación, método auxiliar que se utiliza para la realización de la fecundación extrauterina.

Este mismo autor otorga la siguiente clasificación:

a) Inseminación Homóloga

En la que se realiza utilizando el semen del hombre o cónyuge de la pareja, es decir, no se necesita la intervención de una tercera persona para su fin.

b) Inseminación heteróloga

Es la que se realiza con el semen de un donante debido a que la pareja o cónyuge de la mujer receptora presenta alguna o varias anomalías que imposibilitarían el empleo de su semen.

Según la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, en el estudio publicado por Caballero y Núñez, citado en Junquera (2013) estos supuestos son: azoospermia secretora, mujer con RH²¹ negativo sensibilizada, enfermedad hereditaria del varón, cuando no se ha encontrado ninguna causa de esterilidad y aun así la pareja no logra concebir y cuando la mujer no tiene una pareja varón y quiere ser madre (p. 26).

Según el mismo autor, algunas condiciones previas que debe de cumplir el donante son:

- Voluntad;
- Mayoría de edad (sin superar los 30 años);
- Ser informado de que el destino del semen es un programa de Inseminación Artificial;

²¹ Rhesus, conocido como factor RH, es un antígeno o proteína presente en los glóbulos rojos de determinadas personas. Los individuos que presentan dicha proteína en sus eritrocitos son RH+ y quienes no poseen la misma son RH-.

- Colaborar en el historial médico;
- Confirmar tener conciencia sobre que no tendrá ningún derecho ni obligación sobre el niño concebido;
- Tener parecido con el que desea ser padre;
- Anonimato;
- Someterse a un estudio médico completo. (p.26).

Del mismo modo, resulta imprescindible que el semen del donante sea fértil, no sea portador de ninguna enfermedad genética ni infecciosa y pueda sobrevivir al procedimiento de crio-conservación (p. 27).

b) Fecundación *In Vitro* (FIV)

Barri (1990), señala que esta técnica consiste en: “La fusión entre óvulo y espermatozoide tenga lugar en el laboratorio en lugar de hacerlo en la porción externa de la trompa de Falopio de la mujer” (p. 27). Es de esta forma que, al lograrse la fertilización del óvulo, se debe implantar el embrión en el útero de la mujer para completar el proceso de la reproducción humana.

Del mismo modo, dependiendo de la calidad de los gametos, la fecundación *in vitro* puede llevarse a cabo de manera homóloga o heteróloga.

- Fecundación *in vitro* homóloga

El embrión que será implantado en la mujer es resultado de la fertilización del ovocito donado con el espermatozoide de la pareja. Esta técnica es utilizada cuando se presentan algunas dificultades

como lo son la baja concentración de espermatozoides o alguna anomalía o malformación en las trompas de Falopio.

- Fecundación *in vitro* heteróloga

Se utiliza uno de los gametos de la pareja y otro donado por un tercero, sin perjuicio a que se siga el proceso de reproducción una vez lograda la fecundación e implantado el embrión. Este tipo de fecundación es normalmente utilizado cuando se presenta una mala calidad ovocitaria, que es común en las mujeres a partir de los 35 años ya que muchas veces presenta anormalidades, poca capacidad para combinarse con el espermatozoide.

c) Ovodonación (donación de óvulos)

Es una técnica de reproducción humana asistida que, según afirma Varsi (2001), parte del siguiente presupuesto: “La mujer tiene una deficiencia ovárica, no genera óvulos, pero sí puede gestar por lo que necesita una mujer que sólo le ceda óvulos” (sic) (p.265).

Esta técnica como las antes mencionadas permite que aquellas mujeres logren concretizar el sueño de ser madres, con el apoyo de una donante, en este caso específico la donación de óvulos por la deficiencia ovárica que presenta. Una vez recibido el ovocito, se procede a realizar la fertilización con el esperma del padre mediante la técnica de fecundación *in vitro* heteróloga y finalmente es implantado el embrión en el vientre de la mujer.

d) **Gestación Subrogada**

Desde el punto de vista convencional la maternidad es entendida como un estado propio de la mujer, fruto de un proceso biológico o de una adopción. Sin embargo, en la actualidad, los avances científicos y el desarrollo de técnicas de reproducción asistida han dado origen a nuevas representaciones sociales de la maternidad, así como figuras jurídicas que ponen de manifiesto un cambio en los parámetros tradicionales que definen este concepto (Mir, 2010, p. 178).

En base a esos avances científicos, diferentes autores desprenden distintas denominaciones respecto a la Gestación Subrogada, entre las cuales tenemos:

Camacho (2009) la denomina como **Maternidad Subrogada**, considerándolo como la práctica mediante la cual una mujer gesta a un niño o niña por encargo de otra persona o de una pareja ante quien o quienes se compromete a entregar al recién nacido renunciando a sus propios derechos de madre, por lo general a cambio de una suma de dinero (p.1).

Sánchez (2010), define a la misma practica como **Gestación por sustitución**, la cual consiste en que una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de, una vez llevado a término el embarazo, entregar al recién nacido al comitente o comitentes, renunciando aquélla a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo gestado. Se trata de

un procedimiento basado en técnicas de reproducción asistida tradicionales como inseminación artificial o fecundación in vitro (p.8).

Morán y Gonzáles (2013) la consideran como **Maternidad Subrogada**, indicando que es el contrato por el cual una persona o más habitualmente, una pareja comitente (homosexual o heterosexual, casada entre sí o unida de hecho), que a su vez pueden aportar o no sus gametos, encarga a una mujer que lleve a término la gestación – aportando o no su óvulo– y nacimiento de un niño concebido mediante técnicas de reproducción asistida, a cambio de una prestación económica o a título gratuito (p. 41).

Gómez (citado en Pérez, 2002) también la denomina como **Maternidad Subrogada**, la considera como una aplicación de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La madre subrogada es una mujer fértil que conviene, mediante contrato, se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar la criatura y darla a luz o procrearla. Una vez nacida la criatura, la madre subrogada o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico, además termina todos los derechos de filiación sobre ella (la criatura) para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada la adopte” (p. 329).

Peralta (2004) por el contrario nos habla sobre **Gestación Subrogada**, definiéndola como el convenio por el cual una mujer se compromete frente a otra u otras a gestar en su vientre un embrión fecundado extracorpóreamente, para entregar la criatura después del parto (p.372).

El instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (2012), la concibe como **Maternidad Subrogada**, la que define como la práctica mediante la cual una mujer lleva un embarazo para otra persona o personas como resultado de un acuerdo, previo a la concepción, de que el niño debe ser entregado a esa o esas personas después de nacer (p.171).

Scotti (2012) a diferencia de los anteriores autores lo define utilizando distintas denominaciones: “La maternidad subrogada” o “gestación por sustitución”, “vientre de alquiler”, “maternidad intervenida”, “maternidad disociada”, “gestación por contrato”, “madre sustituta” o “madre de alquiler” es el compromiso de una mujer, llamada “mujer gestante”, a través del cual esta acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación en favor de una persona o pareja comitente, llamados el o los “subrogantes”, a quien o a quienes se compromete a entregar el niño o niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino con el o los subrogantes...tiende a formalizarse a partir de un acuerdo por el que, la “madre subrogada”, “madre de alquiler” o “madre portadora”, acepta someterse a las técnicas de reproducción asistida para llevar a

cabo la gestación a favor de un individuo o pareja comitente, también llamados “padres intencionales”, a quienes se compromete a entregar el niño o niños que puedan nacer” (p. 267).

Según Mosquera (citado en Pillaca, 2012), en el campo de la gestación subrogada, dependiendo de la colaboración al proceso reproductivo (sea con los gametos o con la gestación o con ambos), se puede identificar las clases de maternidad siguientes:

- **Madre por subrogación**

Es importante consignar que esta mujer guarda la calidad de madre biológica, gestadora y generadora. En este supuesto, la colaboradora aporta tanto los gametos como la gestación. Se presenta cuando la mujer fértil (colaboradora) acepta ser inseminada artificialmente con el espermatozoides del marido de la mujer estéril, comprometiéndose a entregar al niño al nacer.

- **Madre Portadora**

Se presenta cuando la mujer fértil (colaboradora) lleva un embrión genéticamente ajeno implantado en su útero. En este supuesto, la colaboradora solo aporta la gestación. El embrión puede ser resultado del material genético de los padres de intención (las personas que aspiran a ser padres) o de terceras personas (que se presentan como donantes). En este marco, de acuerdo a la composición del material genético del embrión a implantarse en la mujer gestante (madre portadora), pueden presentarse hasta seis (6) escenarios posibles:

Tabla 1 Escenarios de composición genética del embrión en caso de madre portadora

	Procedencia del Óvulo		Procedencia del Semen
1	De la madre de intención	+	Del padre de intención
2	De la madre de intención	+	De un donante
3	De una donante	+	Del padre de intención
4	De una donante	+	De un donante
5	De la mujer gestante	+	Del padre de intención
6	De la mujer gestante	+	De un donante

Fuente: Mosquera (citado en Pillaca, 2012)

Elaborado por: Investigadoras

Al respecto, si retrocedemos en el tiempo, a la luz del principio *mater semper certa est*, la calificación de madre se determinaba por el parto; pero con todos los avances científicos vale preguntarnos si solo por el hecho de gestar y dar a luz, se le puede atribuir la maternidad a una mujer, que genéticamente no lo es. En tal sentido, con el surgimiento de la gestación subrogada, se quiebra el concepto del instituto de la filiación ya no solo interviene el elemento biológico.

Por su parte, Varsi (2013) en su obra *Derecho Genético*, señala que en el proceso de gestación subrogada se pueden presentar los siguientes supuestos:

- **Gestación subrogada con madre portadora**

Se da cuando la madre de intención presenta una deficiencia uterina o física que le impide gestar puede generar óvulos, por lo que necesita una mujer (madre portadora) que colabore con ella en el proceso gestacional (p. 203).

- **Gestación subrogada por Ovodonación**

Se da cuando la madre de intención puede gestar, pero tiene deficiencia ovárica, por lo que necesita una mujer que colabore con ella donándole sus óvulos, para llevar a cabo el proceso de gestación (p. 204).

- **Gestación subrogada con madre sustituta**

Se da cuando la madre de intención no puede generar óvulos ni puede gestar, por lo que necesita una mujer (madre sustituta) que permita ser fecundada y que termine el proceso gestacional (p. 204).

- **Gestación subrogada por Embriodonación**

Se da cuando la madre de intención como el padre de intención presentan infertilidad, es decir, ella no genera óvulos no pudiendo gestar y el varón no genera espermatozoides, por lo que deberá buscarse a un hombre y a una mujer que aporten material genético a efecto de que se lleve y termine el proceso gestacional.

La gestación subrogada genera una disociación de la filiación biológica materna y el surgimiento de otra jurídica (p.205).

Es a partir de las denominaciones y definiciones anteriormente señaladas que consideramos conveniente, para el desarrollo de la presente investigación, referirnos esta nueva técnica como Gestación Subrogada; definiéndola como una Técnica de Reproducción Asistida que consiste en que una mujer lleve en el vientre un embrión humano fruto de dos personas distintas a ella, hasta el momento del parto;

considerando que la mujer, precisamente gesta un hijo para otro, es incorrecto hablar de maternidad pues esta es una realidad mucho más extensa que la gestación.

1.2.7 Acuerdo de la gestación subrogada

Al considerar a la gestación subrogada como una técnica de reproducción asistida, debemos de tomar en cuenta también que esto se llevará a cabo como consecuencia de la celebración de un acuerdo de voluntades entre la madre gestante y los padres intencionales. De esta forma es necesario estudiarla desde el enfoque del acto jurídico, en general, y del contrato, en particular.

- Como acto jurídico

Sabiendo que un contrato es un negocio jurídico, es necesario hacer referencia a la teoría del acto jurídico; el cual de acuerdo al artículo 140° del Código Civil peruano de 1984 es:

La manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1. Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley.
2. Objeto física y jurídicamente posible.
3. Fin lícito.
4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad (Código Civil, 1984)

Al existir distintos puntos de vista sobre el concepto de negocio y acto jurídico, hemos considerado conveniente para los fines de la presente investigación referirnos al mismo, como lo establece nuestro Código Civil, acto jurídico.

La definición planteada por el legislador pone énfasis en la libertad y los derechos del individuo, por lo que la voluntad de la gente debe referirse tanto al contenido del acto como a los efectos del mismo.

De esta forma los padres intencionales usan el acuerdo de gestación subrogada para regular sus intereses y como vehículo para materializar su deseo de ser padres, biológicos o no, de un recién nacido, cuya gestación y nacimiento encomiendan a una tercera persona.

Asimismo, se desprende que el acto jurídico tiene cuatro caracteres:

- El primero es justamente ser un acto humano; y, los acuerdos de gestación subrogada son vistos como actos jurídicos realizados por personas; la madre gestante quien asume la gestación y nacimiento para luego entregar a un niño de terceras personas y los padres intencionales o comitentes.
- El segundo, es que este acto debe ser voluntario. Por lo que, en los acuerdos, las partes manifiestan su voluntad de querer contratar entre ellas de manera libre; estableciendo el contenido, condiciones y alcances de su pacto.

- En tercer lugar, ser un acto lícito. Porque consideramos que el acuerdo elaborado en la gestación subrogada está dirigido al apoyo/colaboración una mujer de gestar por nueve meses un bebé que será entregado a personas que desean ser padres y no a comercializar a un menor. En los acuerdos de gestación subrogada ello dependerá del ordenamiento jurídico del país en el que se celebren. De esta forma los acuerdos no contravienen al orden público y a las buenas costumbres.
- Por último, tener por fin inmediato producir efectos jurídicos. Los acuerdos son celebrados para ser ejecutados conforme al contenido pactado por las partes, tal como llevar al término el embarazo, entregar al recién nacido, costear los gastos de la gestación y nacimiento, entre otras.

Torres (2015), precisa que en cuanto a la estructura del acto jurídico existe un sector de la doctrina que defiende que el acto jurídico está compuesto por elementos, presupuestos y requisitos. En primer lugar, los elementos son los componentes son la manifestación de voluntad y la causa que existen al momento de la celebración del acto jurídico. Los presupuestos, son el sujeto y el objeto, los que son necesarios en un momento previo a la celebración del acto jurídico. En tercer lugar, los requisitos que deben ser cumplidos por los elementos y presupuestos. Estos pueden ser la capacidad de discernimiento y ejercicio; licitud, posibilidad y determinación del objeto y voluntad libre (p.133-135).

Asimismo, añade que otro sector distingue entre los elementos esenciales, naturales y accidentales. El primero es la manifestación de la voluntad que constituye el requisito necesario para la validez del acto jurídico. Los elementos naturales son considerados como consecuencias jurídicas que se desprenden de la propia naturaleza del acto jurídico. Por último, los elementos accidentales – o modalidades de los actos jurídicos—son cláusulas accesorias dispuestas por las partes; tales como la condición, el plazo y la carga (p.132-133).

En síntesis, el acto jurídico es un acto humano, voluntario, lícito que produce efectos jurídicos; su principal elemento es exteriorización de la voluntad. Mientras que, el contrato es la expresión por antonomasia de este. De ahí que consideramos que los acuerdos de gestación subrogada son vistos como actos jurídicos, en general, y como contratos, en particular.

- **Como contratos**

Distintos autores señalan que el contrato puede dar revestimiento a los acuerdos de gestación subrogada, por ello, en el presente trabajo se revisará lo que señala la doctrina y ley sobre cuál sería posible relación del contrato con los acuerdos bajo análisis.

En primer lugar, De la Puente y Lavalle (1983) define al contrato como el acto jurídico plurilateral y patrimonial (p. 149). Es la manifestación de voluntad dirigida a crear, modificar y extinguir un derecho que se puede traducir en bienes o intereses cuya naturaleza es económica y que, a

su vez, requiere de la convergencia de voluntades de una pluralidad de partes.

En la misma línea, el Código Civil Peruano, en sus artículos 1351° y 1361°, se refieren a que el contrato es el acuerdo entre partes que crea, regula, modifica o extingue una relación jurídica patrimonial, cuya obligatoriedad, presume que las partes han actuado de forma voluntaria en igualdad de condiciones.

En este sentido De la Puente y Lavalle (1983) añade que, el acuerdo de gestación subrogada, es el contrato en virtud del cual una mujer — la madre gestante— se compromete, a cambio de un precio, a llevar a cabo la gestación y nacimiento de un menor, respecto con el cual puede compartir material genético; así como, a entregarlo tras el parto y renunciar a sus derechos de filiación a favor de una persona o pareja comitente, quienes fueron los solicitantes. Estos últimos pueden ser o no los padres biológicos del recién nacido. De igual forma, es pertinente mencionar que en estos acuerdos existe la intervención de una tercera parte, que es la agencia médica que lleva a cabo la técnica, que también asume obligaciones y derechos como las otras partes (p.150).

A partir de la definición anteriormente señalada podemos precisar que el hijo de otras personas se va a desarrollar dentro del útero de la mujer gestante, quien brinda el servicio de llevar a término un embarazo — gestación y nacimiento— y entregar al recién nacido.

Las partes asumen obligaciones de dar, hacer o no hacer a partir de la celebración del acto jurídico. De esta forma, la mujer gestante se compromete a cuidarse durante el embarazo y culminar exitosamente el proceso de gestación para finalmente entregar al niño a una pareja quienes asumirían los derechos y obligaciones sobre el menor. Asimismo, existe el compromiso de la persona o pareja comitente a cubrir los gastos originados por el tratamiento médico que genera el periodo de gestación y parto; y los gastos administrativos y/o jurídicos para la acoger al recién nacido en su esfera familiar.

1.2.8 Principio “mater semper certa est”

Varsi (2004) indica que el Perú, reconoce en su artículo 409²² del Código Civil de 1984 la presunción de maternidad de una mujer cuando esta ha dado a luz a una criatura sin necesidad de realizarle un reconocimiento posterior, ya que, hasta el momento, se toma como cierto el hecho de que madre es la que pare (p. 118); esto en concordancia con el principio romano *partus sequitur ventre* o el parto sigue al vientre.

En ese sentido, la presunción *mater semper certa est* se encuentra referida en el artículo anterior y en el debatido artículo 7º de la Ley General de Salud, al señalar la necesaria coincidencia que debe existir entre la maternidad genética con la biológica.

²² Art. 409º.- La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo. Código Civil. Decreto Legislativo N° 295, 14 de noviembre de 1984 (Perú)

El concepto para referirse al principio *mater semper certa est* resulta estar dotado de flexibilidad, a diferencia de años pasados, al tener en consideración que en nuestra actual sociedad se ha incrementado los casos de infertilidad. Por lo que se ha vuelto común la práctica de la TERA Gestación Subrogada, mostrando el escenario en el que el parto no es el único medio para determinar la maternidad, puesto que la mujer gestante, puede o no tener vínculos biológicos con el menor.

Con la figura de la gestación subrogada, participan varias personas, originando las denominadas disociaciones de la maternidad, identificándose diferentes modalidades de maternidad, que ya hemos visto líneas arriba, esto de acuerdo a la intervención de cada parte en el procedimiento.

En ese sentido, Torres (2017) refiere que dicha presunción “admitiría prueba en contrario, pues la regla del parto tiene sentido cuando se condice con la realidad, lo que no ocurre en la maternidad disociada donde resulta ineficiente” (p.10).

Por su parte, Chiapero (2012) destaca también la necesidad de considerar los avances tecnológicos aplicados a la reproducción asistida, pues antes “la fecundación (...) estaba indisolublemente unida en una realidad causal inobjetable, y unida al hecho también biológico del parto. Hoy la posibilidad de transferir embriones humanos al útero de otra mujer pone en crisis a la legislación civil (...)” (p.139).

Podemos resaltar que mientras la ciencia se encuentra en constante avance, el Derecho evoluciona y se adapta en menor magnitud. De esta forma no podríamos vincular o regular eficientemente a situaciones como la gestación subrogada, la biología y el Derecho.

1.2.9 Principio de la Autonomía de la Voluntad de las Partes

El principio de autonomía de la voluntad se manifiesta en el contrato en: La libertad de contratar; que es la facultad que conlleva primeramente a la libre opción de la persona entre contratar y no contratar, que es, por lo tanto, libertad para constituir o no relaciones contractuales. Asimismo, se expresa en determinar con quién contratar, el cual se caracteriza cuando los contratos se concluyen *intuitu personae* (en consideración a la persona) es decir, en atención a las particulares o excepcionales cualidades o características del contratante elegido. En efecto, esta es la gran diferencia que separa la contratación pública de la privada, ya que en la primera la administración pública debe respetar un procedimiento que le ha sido impuesto por la ley; en la que la contratación deberá ajustarse a ciertos principios, normas y necesidades de interés general. En cambio, en la privada los particulares son totalmente libres a la hora de designar al contratante que estime más conveniente (Soro, 2007, p.43).

Libertad contractual, es la facultad de determinar libremente los términos y condiciones de un contrato. Mientras que la libertad de contratación opera de manera anterior a la formación del contrato, la libertad contractual actúa durante el inicio, la vida y el fin de la relación contractual. Esta ofrece a las

personas la capacidad de crear, modificar y extinguir derechos y obligaciones, por lo que se concreta esencialmente en la libertad de establecer la norma, o parte de ella, reguladora de la relación que se desea crear. Lo que acuerdan las partes conforma el contenido del contrato, con lo cual pueden determinar los derechos y obligaciones que nacen de tal acuerdo (Soro, 2007, p.43).

De esta forma según menciona el mismo autor, la principal consecuencia de la autonomía de la voluntad en la contratación es la fuerza obligatoria del contrato. Se presume para tales efectos que se ha realizado todo el proceso de contratación; es decir, se celebró un contrato de manera voluntaria entre las partes consignando en el contenido del acuerdo pactos que satisfagan sus intereses particulares. Los intervinientes deben cumplir con el compromiso que surge a raíz de la creación, modificación o extinción del contrato.

Ahora bien, este principio se relaciona con la Gestación Subrogada, puesto que implica que toda persona, de acuerdo a su situación y problema que esté afectando su capacidad reproductiva, tiene el derecho de optar por el procedimiento que considere más conveniente. Es menester utilizar las herramientas e información disponible para elegir libremente la técnica de reproducción asistida, tomando conciencia de las consecuencias y obligaciones que de esta puedan desprenderse.

La facultad que tiene toda persona de celebrar o no un acuerdo esta relacionada con el principio de autonomía de la voluntad de las partes, y, en caso de hacerlo, determinar con quién, cuándo y cómo pacta. Así como también

establecer libremente los términos y condiciones del mismo, en relación a los intereses y expectativas de los intervinientes.

1.2.10 . Derecho a la Identidad

Fernández (2005) señala que “Cada persona tiene el derecho a su identidad, es decir, a exigir que se respete su verdad personal, que se le represente fielmente, que se le reconozca como ella misma, que se le conozca y defina sin alteraciones o desfiguraciones. Correlativo a este derecho se encuentra el deber de los otros de reconocer a la persona tal cual es. Ello significa que nadie puede desnaturalizar o deformar la identidad, atribuyendo a la persona calidades atributos, defectos, conductas, rasgos psicológicos o de otra índole que no le son propios ni negar su patrimonio ideológico-cultural, sus comportamientos, sus pensamientos o actitudes” (p.19).

Fernández (2005), sostiene que la identidad, constituyendo un concepto unitario, posee una doble vertiente: estática y dinámica. La estática: la que no cambia con el transcurrir del tiempo (código genético, el lugar y la fecha de nacimiento, los progenitores, las características físicas inmodificables, el contorno somático, el nombre). La dinámica: varía según la evolución personal y la maduración de la persona. Está compuesta por un complejo conjunto de atributos y calificaciones de la persona que pueden variar con el tiempo, en mayor o menor medida según la coherencia y consistencia de la personalidad y la cultura de la persona (creencias filosóficas o religiosas, la ideología, los principios morales, la profesión, la inclinación política, el perfil psicológico, la sexualidad) (p.19-20).

Espinoza (2014) expresa que el derecho a la identidad es una situación jurídica en la que se tutela la identificación de los sujetos de derecho (identidad estática), en la que se encuentran datos como el nombre, el domicilio, las generales de ley, entre otros (...) (p.387). Sin embargo, las particularidades que permiten a una persona sentirse única y diferente del resto, sintiendo la pertenencia en la sociedad también está relacionada al derecho a la identidad.

Asimismo, el fundamento 21 del Tribunal Constitucional peruano en su expediente n° 02273-PHC/TC, señala que el derecho a la identidad de la persona resalta sobre los atributos esenciales de la misma, definiéndolo como el derecho que tiene toda persona de ser reconocido e individualizado conforme a sus rasgos particulares, tales como el nombre, herencia genética, características corporales, registros, etc. y aquellos otros propios del desarrollo y comportamiento personal, como ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.

➤ **El Derecho a la Identidad en la legislación peruana**

El derecho a la identidad está expresado de la siguiente manera en nuestra carta magna: “Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. (...)” (Constitución Política del Perú, art 2°, 1993).

El artículo 6° del Código de los Niños y Adolescentes, establece que: “El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a

conocer a sus padres y a llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad. Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionado a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal. En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos. Cuando un niño o adolescente se encuentren involucrados como víctimas, autores, partícipes o testigos de una infracción, falta o delito no se publicará su identidad ni su imagen a través de los medios de comunicación” (Código de los Niños y Adolescentes, 2006).

En este Código, el Estado busca proteger al menor por lo que el Principio Universal del Interés Superior del Niño es base para otorgar relevancia al derecho a la identidad de los niños y adolescentes.

De acuerdo a lo establecido en los artículos 177° y 183° de nuestra Constitución Política, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC, como organismo autónomo, es el ente rector encargado de velar por el derecho a la identidad y la identificación de todos los peruanos. Entre sus funciones está la de inscribir nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones y demás que modifican el estado civil.

➤ **El Derecho a la Identidad en la legislación internacional**

En la normativa internacional el derecho a la identidad es reconocido como un derecho fundamental del ser humano, permitiendo que el Estado reconozca a la persona como parte de la sociedad.

El artículo 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño, se refiere al derecho a la identidad de la siguiente manera:

1. “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad” (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989).

Es entonces que consideramos que el derecho a la identidad personal tiene un origen biológico y un origen basado en la personalidad (estático y dinámico respectivamente), los cuales individualizan a la persona en la sociedad. Es deber del Estado y de la sociedad proteger la identidad de las personas.

➤ **Interés Superior del Niño**

Marín Ostos (2012) lo conceptúa como: “Aquel principio general inspirador de toda la legislación relativa al menor y que no se concreta en una serie de derechos o garantías particulares, aunque lógicamente también los incluya. Por medio del mismo, el legislador manifiesta su voluntad de aspirar siempre a la consecución del bien superior del menor, por encima de otros intereses con los que pudiera entrar en conflicto” (p.47).

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, menciona que este principio comprende un conjunto de acciones y procesos capaces de garantizar un desarrollo integro y una vida digna que permita alcanzar el máximo bienestar posible de los niños. Se trata de asegurar que se tome medidas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.

Valdés (2014) considera que el interés del niño tiene un concepto triple: derecho, principio y norma de procedimiento:

- Se trata del derecho del niño y la niña, en cuanto a preferir velar por su interés superior sobre otros principios o derechos que puedan afectarlo.
- Es un principio, ya que, se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño, al presentarse una disposición con más de una interpretación.
- Como norma de procedimiento, debido a que el proceso que afecte a niñas y/o niños, deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones si se aplica sobre ellos. La evaluación y determinación de su interés superior requerirá garantías procesales. Se debe, por ejemplo, dejar patente y explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión (p.480).

En consecuencia, el interés superior del niño, es conjunto de acciones y procesos destinados a garantizar una efectiva protección de cada uno de los derechos esenciales inherentes al menor frente a aquellos que podrían desmerecerlos para que tenga un desarrollo integral y una vida digna. Trae

consigo la protección del menor, en cuanto a su aspecto físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social.

➤ **El Interés Superior del Niño en la legislación peruana**

Podemos identificar que nuestra legislación se refiere al interés superior del niño en los siguientes artículos de la Constitución Política del Perú:

➤ **Protección a la familia. Promoción del matrimonio**

“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono (...)” (Constitución Política del Perú, art 4°, 1993).

➤ **Política Nacional de población. Paternidad y maternidad responsables. Igualdad de los hijos (...)**

“En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes (...)” (Constitución Política del Perú, art 6°, 1993).

El artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescente establece que: “En toda materia concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás

instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos” (Código de los Niños y Adolescente, 2006).

Asimismo, en su artículo X establece que: “El Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes. Los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos” (Código de los Niños y Adolescente, 2006).

El fundamento 13 del Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente n.º 02079-2009-PHC/TC indica que la protección especial hacia los menores no solo es encomendada a las entidades públicas, sino también a las privadas e inclusiva a la misma sociedad. De esta forma cualquier decisión que recaigan sobre estas se debe de velar por el mejor interés del niño, considerándolo una atención preferente.

En esa misma línea, en fundamento 19 de la sentencia recaída en el expediente n.º 04058-2012-PA/TC, se afirma que la protección del principio del interés superior del niño es de principal interés del Estado, sociedad y familia, por lo que el garantizar su dignidad tiene fuerza normativa superior no solo en la producción de normas, sino también en la interpretación de ellas.

Podemos apreciar, en la sentencia recaída en el expediente n.º 1817-2009-HC/TC, fundamento 11, señala que normativa internacional de los derechos del niño tiene como principio regulador el del interés superior del niño- Asimismo el tribunal considera que mencionado principio que se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4º de la Constitución.

➤ **El Interés Superior del Niño en la legislación internacional**

El principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, establece que con el fin de que el niño pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, debe de gozar de una protección especial que implica oportunidades y servicios respaldados por la ley y otros medios.

Sin embargo, a diferencia de la Declaración de los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos del Niño, incluye un concepto del interés superior del niño en un sentido más amplio, mientras que el primero estaba orientada a la promulgación de leyes.

De esta forma, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3º establece que atender el interés superior del niño es de principal consideración de las instituciones públicas o privadas. Asimismo, añade que la protección y el cuidado necesario para el bienestar del niño debe ser un compromiso de los Estados Partes.

La Convención sobre Derechos del Niño se refiere expresamente sobre el interés superior de sus artículos 3°, 9°, 18°, 20°, 21°, 37° y 40°, los cuales hacen referencia a la realización y protección de cada uno de los derechos contemplados que permitan el despliegue de sus potencialidades. En ese sentido, consideramos que, el instrumento internacional más importante en la protección de los derechos de los niños y adolescentes es la Convención sobre los Derechos del Niño, impulsado por las Naciones Unidas. Por lo tanto, lo dictado en este cuerpo normativo se incorpora a la legislación peruana, ya que el Perú es parte de esta Convención, al haberlo ratificado el 04 de setiembre de 1990, y es deber del Estado peruano garantizar su efectivo cumplimiento.

Por otro lado, tenemos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyo fundamento principal en el que está basado en cuanto al principio del interés superior del niño, es la dignidad de la persona, las características propias de los menores, y la necesidad de respaldar su despliegue íntegro. Es así que busca proteger los derechos inherentes a los niños desarrollando sus potencialidades y habilidades.

De esta forma, conforme a lo plasmado por el ordenamiento jurídico, el interés superior del niño no es solo un enunciado, sino que es un principio de suma importancia tanto a nivel individual como global y colectiva.

A partir de los principios rectores que inspiran la Convención, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas—órgano designado por las Naciones Unidas para interpretar el sentido de los artículos que contiene la

Convención de los Derechos del Niño—, ha precisado los criterios concernientes para comprender el interés superior del menor, siendo estos:

La Observación General n 14 (2013) se refiere que el interés superior del niño debe de ser de consideración primordial. Mediante esta observación general se pretende garantizar que los Estados partes en la Convención protejan y respeten el interés superior del niño. Asimismo, establece los requisitos para su consideración en decisiones judiciales y administrativas y en todas las etapas de proceso de aprobación de leyes y demás, que puedan afectar a niños de forma individual, general o a un determinado grupo.

Adicionalmente, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha resaltado la naturaleza y el carácter regulador de este principio, refiriéndose al mismo como base de la dignidad del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, aprovechando sus potencialidades.

Consideramos que, el interés superior del niño, fundado en la dignidad es el punto a partir del cual se asegura la efectiva protección de todos los derechos del menor, con el que se permitirá el completo desarrollo de sus capacidades. Para cumplir con el objetivo, es necesario analizar circunstancias peculiares en las cuales se encuentra en el menor y adecuar las medidas especiales que se tomen con respecto al mismo.

➤ **Interés superior del niño y Gestación Subrogada**

Compartimos la opinión de Valdés en su obra *La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas* cuando indica que con el principio del interés del niño se ha pretendido rechazar la práctica de la gestación subrogada, alegándose que su uso convierte al menor en el objeto de un contrato, atentando contra la dignidad humana. Sin embargo, consideramos que los acuerdos de gestación subrogada no tienen por objeto al niño, sino que, atendiendo a la capacidad o aptitud de la mujer gestante, se refiere a la prestación del servicio que consiste en gestar y dar a luz a un menor.

Si bien, esta práctica resultaba impensable hasta hace poco, por referirse al comercio del cuerpo humano, indicamos que se trata de una prestación particular mucho más allá de consideraciones éticas. Si se realiza, nace un niño que es considerado una persona, sujeto de derecho humanos, que debe ser protegido en igual magnitud que aquellos que fueron concebidos de forma natural o mediante la aplicación de otras técnicas de reproducción humana asistida.

Es por ello que consideramos que la gestación subrogada no viola el derecho del interés superior del niño, el menor no hubiera existido de no haberse recurrido a esta técnica, pero nació debido a una familia que lo deseó. De tal forma, se requiere la regularización de la gestación subrogada, es decir, de un cuerpo normativo que proteja y brinde seguridad jurídica a los padres de intención, garantizando que esa filiación sea legalmente reconocida. De

acuerdo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el menor que nace mediante el uso de esta práctica, tiene derecho a su identidad, reconociendo jurídicamente la filiación con aquellas personas que tienen la intención de convertirse en sus padres; así como que se le reconozca la ciudadanía de sus progenitores y sobre todo el respeto a su entorno familiar e íntimo. Se debe de garantizar una infancia feliz, una crianza con amor y a una educación con el que pueda hacer el ejercicio de sus derechos.

Opinamos que en consideración al interés superior del niño se debe de concebir al menor nacido mediante la gestación subrogada como un ser humano sujeto de derechos, que deben ser respetados por la sociedad y el Estado.

➤ **El Derecho a Procrear**

Gómez (1994) afirma que: “El derecho a la reproducción es individual, y además puede ser ejercida por una sola persona gracias a los gametos que son donados o por una persona más la voluntad concurrente de otra. Ahora en el Perú no está prohibida ni permitida la maternidad subrogada, así que es viable el ejercicio de este derecho, el procrear por parte de mujeres solas” (p.34).

Chiarotti (2005) complementa lo anteriormente mencionado, indicando que los derechos reproductivos se basan en identificar el derecho que tiene toda pareja e individuos a decidir sobre el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos (p.26)

Desde esta perspectiva, al consignar a la libertad personal, la autonomía y la intimidad como valores de rango superior en las decisiones familiares, consideramos que la libertad del sujeto es la regla, por lo que el ejercicio de la libertad personal permite elegir cuándo y cómo hacerla.

Asimismo, esta posición sostiene que reconocer el derecho a procrear supone proteger la fecundación natural tanto como la reproducción artificial, debido a que no existen diferencias en ambas formas que justifiquen una diversa consideración legal. Es decir, ambos modos de procrear suponen la reproducción, la constitución y el deseo de fundar una familia, por lo que negar el acceso a las técnicas de reproducción asistida sería una forma de discriminación que no está amparada por la normativa nacional, internacional o constitucional. En suma, el derecho a procrear ha encontrado una nueva forma de manifestarse mediante si la aplicación de las técnicas reproductivas asistida.

Así, según Gómez (1994) el derecho a procrear estaría comprendido por los siguientes elementos o aspectos:

a) El derecho a fundar una familia

El derecho a procrear también ha sido encuadrado dentro del derecho a fundar una familia, que aparece como tal en el artículo 12° de la Convención Europea de Derechos Humanos. No obstante, la doctrina no es unívoca en determinar a qué modelo de familia alcanza la protección de este derecho (p.34).

La pareja infértil o que no puede procrear, si bien es cierto no puede invocar su derecho a la reproducción, pero sí alegar su derecho e interés en constituir una familia. Por lo que el derecho a fundar una familia permite proteger los intereses que tienen todas las personas en la vida familiar, incluyendo su derecho a tener y educar hijos.

La función procreativa se encuentra implícitamente en el derecho a fundar una familia. La misma que es un derecho inherente de la personalidad que guarda relación con la dignidad de la persona; ambos deben ejercerse de manera responsable y respetuoso de los derechos de los demás. El acto de constituir una familia supone la continuidad del grupo familiar mediante la descendencia.

b) El derecho a decidir libre y responsablemente el número y el espacio de tiempo entre sus hijos

El derecho a la procreación también es considerado como una manifestación del derecho a la libertad o a la autodeterminación personal (p.34).

Es así que, consideramos que la libre decisión del sujeto de procrear o no, incluyendo aspectos como el acceso a tratamientos contra la infertilidad, el control de la calidad de la descendencia, la planificación familiar, entre otros, es la representación del derecho a procrear.

Señalamos que el Estado o terceros como respeto de esta libertad que tiene la persona sobre sus decisiones familiares no debe de presentar injerencias en el desarrollo de los mismos. En ese sentido las deficiencias biológicas para tener hijos no pueden establecer una barrera para que las personas puedan hacer uso de tratamientos reproductivos, existiendo a su criterio la libertad para ejercer el derecho a procrear por cualquier medio.

1.3 Definición de Términos Básicos

Altruista: es la libertad que tiene una persona para realizar labores de ayuda o servicio constructivamente a los otros para vivir una positiva experiencia de empatía.

Concepción: es tanto el efecto como la acción de concebir, sinónimo de fecundación.

Embrión: es el óvulo fecundado en las primeras semanas del embarazo.

Familia: grupo de personas relacionadas por vínculos de sangre o por uno constituido y reconocido legal y/o socialmente.

Fecundación: etapa de la reproducción sexual en la cual la célula sexual masculina se une con la femenina para la creación de un nuevo ser.

Filiación: es el vínculo reconocido por la ley originado por un hecho natural o acto jurídico que existe entre padres e hijos.

Gametos: es una célula sexual; en caso del hombre, el espermatozoide; en caso de la mujer, el óvulo.

Gestación subrogada: situación en la que una mujer sustituye en la labor de gestar a aquella que no puede hacerlo.

Identidad: es un derecho que abarca un conjunto de rasgos propios de un individuo o de una comunidad respecto de sí mismo, que lo convierte en alguien distinto a los demás.

Implantación: es el momento en el que el embrión se coloca/ se instala en el útero materno para empezar el desarrollo.

Infertilidad: situación que puede presentarse en las mujeres y hombres por diferentes causas que dificulta lograr o mantener un embarazo.

Inseminación artificial: es un tipo de Técnica de Reproducción Asistida para lograr que un embarazo se concrete. Consiste en la introducción de semen, previamente preparado en un laboratorio, en el interior del vientre de la mujer, y así tener más probabilidades de lograr que el óvulo sea correctamente fecundado.

Madre biológica: mujer a quien pertenece el óvulo mediante el cual fue engendrado una persona.

Madre genética: mujer que comparten la misma información genética con un menor.

Mujer gestante: mujer que tiene en su vientre por 9 meses a un menor que puede o no ser su hijo biológico.

Ovocitos: es la célula sexual femenina que está en proceso de convertirse en un óvulo maduro.

Óvulos: es la célula reproductora femenina.

Ovodonación: situación en la que una mujer cede sus óvulos (renuncia a cualquier derecho sobre dicho óvulo), los cuales son utilizados por una pareja ajena a ella para iniciar el proceso de concepción de un nuevo ser.

Padres de intención: persona o pareja que padece problemas de infertilidad y que mediante la manifestación de su voluntad expresan la intención de ser padres, promoviendo el proceso de concepción y gestación a través de alguna técnica de reproducción asistida, para poder tener hijos.

Parentesco por consanguinidad: es la relación que nace de un vínculo de sangre entre las personas que tienen un ancestro en común.

Parentesco por afinidad: es el vínculo de parentesco que relaciona a cada uno de los cónyuges con los consanguíneos del otro.

Procrear: se relaciona con la acción crear, engendrar o producir vida.

Subrogación: resulta ser la sustitución o reemplazo de una persona por otra.

Técnica de reproducción asistida: conjunto de técnicas o métodos que sustituyen los procesos naturales de fecundación.

CAPITULO II: METODOLOGÍA

2.1. Tipo y nivel de investigación

Dentro del campo de la investigación científica pura, el presente estudio tiene las características de una investigación de **tipo básica** y es de **nivel exploratorio**. Una investigación básica está orientada a la búsqueda de nuevos conocimientos, recoge información de la realidad objetiva para enriquecer el conocimiento científico; de tal manera que el investigador se esfuerza por conocer y comprender los fenómenos sin preocuparse de la aplicación de los conocimientos adquiridos (Castro León, 2016, p. 79). Asimismo, una investigación de nivel exploratorio se realiza cuando hay pocos antecedentes sobre el objeto de investigación; se examina el problema presentándolo en todos sus componentes, debido a que no ha sido tratado antes (Castro León, 2016, p.80).

Así, en el presente caso, la investigación buscó recoger y conocer información de la realidad objetiva sobre la gestación subrogada a fin de comprender y conocer los derechos, deberes, obligaciones que atañen a las personas que intervienen en este procedimiento así como las relaciones y situaciones jurídicas que se generan a partir de ella; todo lo cual será considerado como base para analizar cómo una regulación legal de dicho fenómeno social incide directamente en la protección jurídica de la familia. Si bien es cierto existen algunos antecedentes que se han ocupado del tema, se trata de aportar nuevos conocimientos jurídicos a partir de un enfoque distinto, cual es: el vínculo de su regulación legal con la protección jurídica de la familia.

Dentro del campo de la investigación jurídica, el presente estudio tiene componentes tanto de una **investigación jurídica dogmática** como de una **investigación jurídica sociológica-funcional**.

Una investigación dogmática concibe el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real que se relacione con la institución o especie legislativa. Concibe al Derecho como una ciencia formal y por consiguiente como una variable independiente de la sociedad; su horizonte se limitará a las normas legales o instituciones en los que está inscrito el problema (Ramos, 2018, p. 101).

De otro lado, una investigación sociológica-funcional parte normalmente de una base empírica; su objeto de estudio es una realidad social relevante e intenta un diagnóstico sobre la conformidad o dicotomía entre el orden jurídico abstracto y el orden social concreto. Se preocupa en descubrir la trama de intereses políticos, económicos o ideológicos que subyacen a la formulación, interpretación y aplicación de las normas e instituciones jurídicas (Ramos, 2018, p. 104).

En el caso concreto, nuestra investigación abarcó la revisión teórica de los conceptos vinculados a la gestación subrogada, así como el análisis de los derechos fundamentales involucrados en dicho procedimiento, describiendo sus alcances a partir de una interpretación jurídica razonable e inspirada en cánones de justicia ligados a la protección jurídica de la familia. Sin embargo, el estudio no se limitó al aspecto meramente teórico, pues también se analizó los casos concretos de gestación subrogada que han conocido los tribunales

de justicia peruanos e internacionales indagando sobre las normas, principios y derechos invocados en las decisiones emitidas. Todo ello, de cara a establecer la vinculación de una regulación legal sobre la maternidad subrogada en la protección de derechos fundamentales y de la familia en Perú.

Diseño de la investigación

Se utilizó el **diseño no experimental**. En este tipo de diseños se observan, registran y analizan los fenómenos tal como ocurren naturalmente; por tanto, se aplica a investigaciones donde no hay manipulación deliberada de las variables independientes para ver su efecto sobre las variables dependientes (Castro Gómez, 2014, p.28).

Para nuestra investigación, no se manipuló variable alguna; sino que se procedió a observar, registrar y analizar el objeto de estudio, cual es, la gestación subrogada y cómo una regulación legal sobre esta materia incidiría en la protección jurídica de la familia.

Enfoque de investigación

La presente investigación tiene enfoque cualitativo. Según la Guía Para Elaborar el Plan e Informe de Tesis y Trabajo de Investigación de la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana (UNAP, 2018), una investigación cualitativa es aquella que se basa en narraciones orales, análisis crítico y evaluación de teorías y enfoques metodológicos, estudio de casos y otros descritos por la literatura especializada.

En el caso concreto, la investigación abordó el estudio de la gestación subrogada como realidad social y se analizó la incidencia de su regulación legal en la protección jurídica de la familia en el Perú a partir del análisis crítico de las normas jurídicas, la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, de cara al cumplimiento de los objetivos establecidos para el estudio.

2.2. Procedimiento de recolección de datos

Las investigadoras, para la recolección de datos, tuvieron en cuenta los siguientes pasos:

- Se procedió a observar la realidad social nacional e internacional vinculada a la gestación subrogada como técnica de reproducción humana asistida identificando los derechos fundamentales que se encuentran involucrados. A continuación, se procedió a registrar la información relevante en la ficha de observación.
- Se procedió a aplicar una entrevista con formato de cuestionario a profesionales con amplia experiencia en temas constitucionales y de familia, a fin de recopilar información vinculada a nuestra materia de estudio. Dicha información se registró en la guía de entrevista.
- Se procedió a la revisión y análisis de: i) las normas del ordenamiento jurídico del Derecho peruano y Derecho comparado; ii) de la jurisprudencia de los tribunales de justicia peruanos e internacionales; y, iii) la doctrina nacional e internacional. Todas ellas estarán vinculadas con nuestro objeto de estudio. Los resultados de este procedimiento se registraron en la ficha de análisis documental.
- Concluida la etapa de recopilación de información conforme lo

detallado en los párrafos precedentes, se procedió a la sistematización, análisis e interpretación de la misma a la luz de los objetivos formulados en la presente investigación.

- Culminado dicho procedimiento, se procedió a la eliminación de los instrumentos de recolección de datos en los casos que corresponda, a fin de garantizar el anonimato y confidencialidad de la información.
- Finalmente, se procedió a consignar los resultados de la información recopilada y la discusión jurídica de la misma en el informe final de la tesis.

2.3. Procesamiento y análisis de los datos

Se utilizó las siguientes técnicas de recolección de datos:

2.1.1 Observación²³.

2.1.2 Entrevistas²⁴.

2.1.3 Análisis documental²⁵.

Se utilizaron los siguientes instrumentos de recolección de datos:

- Ficha de observación.
- Guía de entrevista tipo cuestionario.
- Ficha de análisis documental.

²³ En la técnica de observación de hechos, el investigador participa activamente, actúa como espectador de las actividades llevadas a cabo por una persona para conocer mejor su sistema. El propósito de la observación es múltiple, permite al analista determinar que se está haciendo, como se está haciendo, quien lo hace, cuando se lleva a cabo, cuánto tiempo toma, donde se hace y porque se hace (Alarcón, Pavón, Ramírez y Vélez, 2013, p. 15).

²⁴ La técnica de entrevista es una conversación dirigida, con un propósito específico y que usa un formato de preguntas y respuestas. Se establece así un diálogo, pero un diálogo peculiar, asimétrico, donde una de las partes busca recoger información y la otra se nos presenta como fuente de estas informaciones (Alarcón et al., 2013, p. 15).

²⁵ La técnica de análisis documental es el proceso de recopilación y extracción de datos importantes en nuestro proceso de aprendizaje. (Alarcón et al., 2013, p. 16).

2.4. Aspectos Éticos

En el presente estudio, se observó los principios éticos, teniendo en cuenta los siguientes parámetros:

- Los principios de exactitud, veracidad y honestidad, estuvieron presentes en la recopilación de la información y los resultados de la investigación.
- Con el fin de salvaguardar los derechos de autor se procedió a citar a los autores de las ideas y/o construcciones argumentativas que no correspondan a las investigadoras.
- La confidencialidad de la información se respetó en los casos que correspondan.
- Los datos obtenidos en la recolección de la información solo sirvieron para fines de la investigación.
- Además, se aplicaron los siguientes valores: respeto, puntualidad y responsabilidad.

CAPITULO III: RESULTADOS

A partir de la ejecución del trabajo de investigación se encontró, recopiló y analizó información jurídica especializada (documentos internacionales que regulan la protección de la familia; proyectos de ley, legislación y jurisprudencia nacional y del Derecho comparado) vinculada a la materia de estudio, conforme se detalla a continuación:

3.1. La familia y los derechos del niño en el Derecho Internacional

3.1.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos

La Asamblea General de las Naciones Unidas en París la proclamó el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III). Fue aprobada por el Perú, mediante Resolución Legislativa n.º 13282 de 9 de diciembre de 1959. Con relación a la protección de la familia, la Declaración establece que lo siguiente: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia (...)” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 12º).

“Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia (...). La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 16º).

“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar (...). La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 25º).

3.1.2. Declaración de Mónaco sobre Biótica y Derechos del Niño

La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos fue aprobada en octubre de 2005, por la Conferencia General de la UNESCO²⁶.

Con relación a la protección de la familia y al interés superior del niño, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. establece que lo siguiente:

“Dignidad humana y Derechos humanos

1. Se habrán de respetar plenamente la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales.
2. Los intereses y el bienestar de la persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad” (Declaración de Mónaco sobre Biótica y Derechos del Niño, art. 3°).

“Beneficios y efectos nocivos

Al aplicar y fomentar el conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías conexas, se deberían potenciar al máximo los beneficios directos e indirectos para los pacientes, los participantes en las actividades de investigación y otras personas concernidas, y se deberían reducir al máximo los posibles efectos nocivos para dichas personas” (Declaración de Mónaco sobre Biótica y Derechos del Niño, art. 4°).

²⁶ La UNESCO tiene la finalidad establecer la paz mediante la cooperación internacional en materia de educación, ciencias y cultura erradicando la pobreza e impulsando el desarrollo sostenible.

“Autonomía y responsabilidad individual

Se habrá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de estas y respetando la autonomía de los demás. Para las personas que carecen de la capacidad de ejercer su autonomía, se habrán de tomar medidas especiales para proteger sus derechos e intereses” (Declaración de Mónaco sobre Biótica y Derechos del Niño, art. 5°).

“Consentimiento

1. Toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica solo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada. Cuando proceda, el consentimiento debería ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno.
2. La investigación científica solo se debería llevar a cabo previo consentimiento libre, expreso e informado de la persona interesada. La información debería ser adecuada, facilitarse de forma comprensible e incluir las modalidades para la revocación del consentimiento. La persona interesada podrá revocar su consentimiento en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno. Las excepciones a este principio deberían hacerse únicamente de conformidad con las normas éticas y jurídicas aprobadas por los Estados, de forma compatible con los principios y disposiciones enunciados en la presente Declaración, en particular en

el artículo 27°, y con el derecho internacional relativo a los derechos humanos.

3. En los casos correspondientes a investigaciones llevadas a cabo en un grupo de personas o una comunidad, se podrá pedir además el acuerdo de los representantes legales del grupo o la comunidad en cuestión. El acuerdo colectivo de una comunidad o el consentimiento de un dirigente comunitario u otra autoridad no debe” (Declaración de Mónaco sobre Biótica y Derechos del Niño, art. 6°).

3.1.3. Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño

El 20 de noviembre de 1989 fue aprobada como tratado internacional de Derechos Humanos. Y se convirtió en norma jurídica en 1990, luego de ser firmada y aceptada por 20 países entre ellos Perú. La Convención ha sido aceptada por todos los países del mundo excepto Estados Unidos.

Con relación a la protección de la familia y al interés superior del niño, la Convención establece lo siguiente:

“Interés superior del niño

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
4. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada” (Declaración de Mónaco sobre Biótica y Derechos del Niño, art. 3°).

“Responsabilidad de padre y madre

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales, la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.
2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas” (Declaración de Mónaco sobre Biótica y Derechos del Niño, art. 18°).

“Nivel de vida

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.
3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.
4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera

por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados” (Declaración de Mónaco sobre Biótica y Derechos del Niño, art. 27°).

3.1.4 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Este Pacto consideró de manera importante a la institución de la familia, otorgándole un marco de protección de acuerdo a la dignidad reconocido como derecho inherente de cada miembro por ser persona humana, todo ello pese a ser un cuerpo normativo que reconoce, protege y garantiza los derechos de participación activa de los ciudadanos en política. En ese sentido, se destaca lo siguiente:

1. “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 23°).

3.1.5 El Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales

Constituye un tratado multilateral vinculante que al igual que reconoce y otorga gran protección a la familia; entre sus artículos, se tiene:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo” (Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, art. 23°).

3.2. Proyecto de ley sobre gestación subrogada en el Perú

En el Perú existen proyectos de ley que tratan sobre la gestación subrogada y sus límites; entre ellos tenemos los siguientes:

3.2.1. Proyecto de Ley n° 2839/2013-CR: “Ley que modifica el Artículo 7° de la Ley n° 26842. Ley General de Salud”, presentado 30 de octubre de 2013.

El mencionado proyecto de ley propone modificar el artículo 7° de la Ley General de Salud, de acuerdo al siguiente detalle:

“La maternidad sustituta parcial y altruista, se realiza con el aporte del material genético femenino y con el gameto masculino para su concepción, mediante la fecundación in vitro de la concepción de su propio hijo, cuyo embrión será implantado en el vientre de la mujer que aceptará de manera altruista la gestación del nuevo ser” (Ley 26842, 1997, art. 7°).

En la exposición de motivos se señala que el Derecho debe adaptarse al constante avance de la ciencia y debe normar las nuevas relaciones que surgen.

En cuanto a la gestación subrogada se considera como una técnica que representa esperanza para aquellos matrimonios o parejas que no pueden tener niños, después de haberlo intentando en reiteradas oportunidades; reconociéndose esta como la técnica más criticada por los problemas que se han suscitado alrededor de ella.

3.2.2. Proyecto de Ley n° 1722/2012-CR: “Propuesta de Ley que regula las Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, presentado el 15 de noviembre de 2012

Al respecto el pre dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de junio del 2014, propuso la conformación de una comisión especial de estudio que sea legitimada con una ley de creación.

De acuerdo al pre dictamen no han considerados varios puntos importantes, determinando que el proyecto no es compatible con el orden jurídico peruano en vista que implicaría que los derechos fundamentales de la persona estarían siendo vulnerados; y recomienda que no se sancione como ley.

El proyecto refleja la preocupación por que exista una regulación respecto al uso de las técnicas de reproducción humana asistida tal como ocurre en otros ordenamientos jurídicos modernos, reconoce la complejidad de las materias tratadas, como el régimen de donación de gametos, la protección de datos de los donantes y el tratamiento del preembrión y embrión, las que ameritan un debate multidisciplinario amplio y profundo.

Sin embargo, resulta controvertida la definición que hace de preembrión al refiriéndose al ovocito fecundado hasta el decimocuarto (14) día, pues dicha afirmación no es coherente con la configuración del concebido en nuestro ordenamiento jurídico nacional y convencional.

En efecto, según el numeral 1 del artículo 4º de la Convención Americana de Derechos Humanos, toda persona tiene derecho a que se respete su vida y se encuentre protegido desde el momento de la concepción; según el numeral 1 del artículo 2º de la Constitución Política del Perú el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece; y, según el artículo 1º del Código Civil establece que la vida humana comienza con la concepción y que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece.

Por otro lado, se propone: **i)** permitir únicamente cuatro tipos de TERA cuando configure probabilidades de éxito, sin riesgo grave para la salud y previo consentimiento informado y **ii)** admitir la donación de gametos mediante contrato gratuito y la investigación en embriones.

3.2.3. Proyecto de ley n.º 3313/2018-CR: “Ley que garantiza el acceso a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, de 7 de setiembre de 2018

Al respecto, el proyecto contempla parámetros para aquellas mujeres imposibilitadas de gestar, tales como:

- El artículo 4º se propone considerar como beneficiario a la persona que presente algún grado de infertilidad.
- El artículo 6º especifica que la donación de gametos y embriones, que debe hacerse a título gratuito.
- El artículo 9º se refiere en relación con la gestación subrogada, propone

que debe ser altruista que el acuerdo debe ser de carácter gratuito y que la filiación materna es determinada por el aporte de material genético femenino o en su defecto por la madre biológica del nacido.

- El artículo 10°, propone que la mujer que recurra a esta técnica no debe tener más de 40 años.
- El artículo 1° propone cuales serían los requisitos y condiciones que deberán presentar las partes que voluntariamente accedan a la maternidad subrogada de forma solidaria y sin fines de lucro.
- De los padres de intención: Ser mayores de 24 y menores de 47 años.

3.2.4. Proyecto de Ley nº 3404/2018-CR: “Proyecto de ley que regula los requisitos y procedimientos de la maternidad solidaria mediante el uso de técnicas de reproducción asistida como derecho humano a ser madre”, presentado 18 de septiembre del 2018.

El proyecto de ley propone que el centro de salud cuente con las autorizaciones respectivas para realizar dichas prácticas; que se considere como beneficiarios de las TERA a los cónyuges en matrimonio o parejas en concubinato con problemas de fertilidad quienes serán considerados padres del niño con independencia del origen del material genético; que para dar inicio al tratamiento es necesaria la declaración de consentimiento para la aplicación de la TERA pudiendo ser revocado en cualquier momento antes de su realización , por lo tanto, está prohibida impugnar la filiación de los hijos producto de la utilización de las TERA.

3.3. JURISPRUDENCIA NACIONAL

La gestación subrogada ha sido materia de discusión y pronunciamiento en el Tribunal Constitucional, Corte Suprema de Justicia de la República y las Salas Superiores de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, donde se han emitidos las sentencias que se detallan a continuación:

3.3.1. Sentencia de Amparo del expediente n.º 06374-2016 expedido por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima

En el caso concreto, los padres de intención, así como la mujer gestante (quién colaboró con el procedimiento de gestación subrogada) presentaron una demanda de amparo contra al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (en adelante, "RENIEC") alegando la vulneración de los derechos fundamentales a la identidad e interés superior del niño. En los fundamentos de hecho se expuso que en la partida de nacimiento de los bebés resultantes del proceso de gestación subrogada figuran como padres los nombres de la mujer gestante y de su cónyuge; y, que, ante la solicitud de cambio de estos datos, RENIEC declaró improcedente el registro de los nombres de los padres de intención como padres legales de los menores.

Al respecto, el órgano jurisdiccional declaró fundada la demanda y se ordenó a RENIEC registrar a los padres de intención como padres legales de los menores concebidos a través del procedimiento de gestación subrogada, en base a los siguientes fundamentos:

Derecho a la salud reproductiva y vida privada

- Que, según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, el derecho fundamental a la salud, además de la ausencia de enfermedades, abarca la atención de la salud sexual y reproductiva; que, la salud sexual es un estado de bienestar físico, mental y social relacionado con la sexualidad; y que, la salud reproductiva, incluye información, bienes, establecimientos y servicios de salud reproductiva que permitan a las personas adoptar decisiones sobre su comportamiento reproductivo.

- Que, el derecho a la salud sexual y reproductiva están ligadas al derecho a la vida privada; y, que, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, se extiende al derecho de toda persona de acceder al más avanzado progreso científico para su efectivo ejercicio; reconociéndose, en consecuencia, el derecho de acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva y la prohibición de restricciones para ejercer las decisiones reproductivas que corresponden a cada persona.

- Que, en ese sentido si al amparo de la normativa convencional, una persona ha acudido a las técnicas de reproducción asistida para alcanzar la situación de madre/padre, sería un contrasentido que luego de que tal técnica alcanzó un resultado favorable (dando lugar a la concepción, gestación y

alumbramiento) se perturbe la condición de madre (o padres) de la mujer (o pareja) que acudió a dicha técnica; de tal manera que no existen razones para negar la condición de madre y padre a los padres de intención .

No prohibición de las técnicas de reproducción asistida

- Que, si bien el artículo 7° de la Ley General de Salud establece el derecho de acudir a las técnicas de reproducción asistida para una procreación donde el elemento genético de la madre coincida con la condición de gestante; esto no significa que los otros supuestos no previstos en la norma estén proscritos; que, no existe norma expresa que prohíba la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, debiendo tenerse en cuenta que, según la Constitución Política, nadie está obligado a hacer lo que la ley manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíba; y, que, una interpretación en el sentido de presumir limitaciones del derecho a la salud reproductiva resultaría inconstitucional.

Derecho a fundar una familia

- Que, las técnicas de reproducción asistida no están prohibidas, empero, su empleo solo es posible cuando tiene como destino la formación de una familia; que, el derecho a la familia, protección familiar o vida familiar se encuentran reconocidas en la Constitución Política; que el Comité de Derechos Humanos ha señalado que el derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos; que, en ese sentido, los padres de intención tienen derecho a fundar una familia acudiendo a los métodos científicos que permite el ordenamiento jurídico; de manera que

RENIEC no puede cuestionar u obstruir la manera en que se constituye y estructura esta familia.

Interés superior de los menores

- Que, la madre de intención, desde un inicio tuvo la voluntad de procreación para tener hijos a diferencia de la mujer gestante (colaboradora) que siempre tuvo la voluntad de entregar a los menores; que, la madre de intención tenía a los menores bajo sus cuidados ejerciendo los atributos propios de una auténtica madre considerándose que lo mejor para los menores es que su situación familiar no se vea alterada en base al interés superior de los niños; que, en consecuencia, junto con el derecho a la salud reproductiva, libre desarrollo de la personalidad y a fundar una familia de los cónyuges aspirantes a padres, corresponde tutelar también el derecho al nombre e identidad de sus menores hijos concebidos mediante gestación subrogada.

3.3.2 Sentencia de casación del expediente n.º 563-2011-Lima expedido por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

En el caso concreto, los padres de intención presentaron una demanda de **adopción por excepción** contra la mujer gestante. En los fundamentos de hechos se expuso que la menor (respecto a quien se solicitaba la adopción) fue concebida mediante gestación subrogada; y que, después del alumbramiento, aquella fue entregada por la mujer gestante a los padres de intención.

Al respecto, la sentencia de primera instancia declaró **fundada la demanda**; siendo confirmada por la sentencia de vista. Contra esta última, la demandada (la mujer gestante) interpuso recurso de casación, la misma que fue declarada **infundada** por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en base a los siguientes fundamentos:

- Que, la sentencia de vista resolvió en observancia del interés superior del niño, toda vez que, sobre el derecho a los padres legales (la mujer gestante y su esposo) de ejercer la patria potestad se prefirió el derecho de la menor a tener una familia idónea con los demandantes (los padres de intención) que le proporcione lo necesario para su desarrollo integral; toda vez que se determinó que la mujer gestante y su esposo premeditadamente acordaron procrear un ser humano con la finalidad de entregarlo a los demandantes a cambio de recibir beneficios económicos que distan totalmente de los sentimientos de padres que aluden.

- Que, existe un proceso penal en curso donde se imputa a la mujer gestante y su esposo, haber planeado desde un inicio ofrecer “vientre de alquiler” y a partir de ello extorsionar a los demandantes con cuantiosas sumas de dinero a fin de no abortar al concebido o a cambio de no frustrar la demanda de adopción.

- Que, debe primar el interés superior de la niña, quien se encuentra viviendo con los demandantes (padres de intención) desde los nueve (9) días de nacida, habiéndose acreditado con los informes psicológicos que se encuentra viviendo en un adecuado ambiente familiar, recibiendo el amor de madre de la demandante, quién pese a no tener vínculos consanguíneos con la misma le prodiga todo lo necesario para su desarrollo integral; y, el amor

de padre por parte del demandante quien si es padre biológico (el embrión implantado fue resultado de la combinación de los espermatozoides del padre de intención con los óvulos de la mujer gestante), quienes han demostrado que su accionar responde a los imperiosos deseos de ser padres, conducta que no puede ser reprochada.

3.3.3 Sentencia de Casación del expediente n.º 4323-2010-Lima expedido por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

En el caso concreto, el varón que aportó los espermatozoides, presentó una **demanda de nulidad de acto jurídico** contra el Instituto de Ginecología y Reproducción – Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología – Concebir y la madre de intención. En los fundamentos de hecho se expuso que la “Autorización de fertilización *in vitro* y transferencia embrionaria” y el “Convenio de realización de técnica de reproducción asistida” suscrito entre el Instituto y la madre de intención, adolecían de nulidad por cuanto la gestación subrogada no tiene marco legal.

Al respecto, la sentencia de primera instancia declaró infundada la demanda; decisión que fue revocada por la Sala Superior, que la declaró fundada considerando que, de acuerdo al convenio, la fecundación se realizó mediante una técnica que consiste en la combinación del semen del esposo con un óvulo donado (ovodonación); y, que, en dicha técnica los gametos a utilizar son proveniente de terceras personas, siendo este un procedimiento contrario a lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley General de Salud.

Contra esta decisión se interpuso recurso de casación, en virtud del cual, la Sala Civil de la Corte Suprema declaró **nula la sentencia de vista y confirmó la decisión de primera instancia** (que declaró **infundada** la demanda), en base a los siguientes fundamentos:

- Que, nuestra legislación admite las técnicas de reproducción asistida, las mismas que (según la Declaración de Mónaco sobre Biótica y Derechos del Niño) son métodos supletorios que buscan superar una deficiencia biosíquica que impide a la pareja tener descendencia cuando otros métodos han fracasados;
- que, existen dos tipos de técnicas de reproducción asistida: la inseminación artificial (en la que el semen es introducido en la vagina de la mujer) y la fecundación *in vitro* (en la que el espermatozoide y óvulo son unidos en un laboratorio y luego implantado en el útero materno para dar lugar a la gestación);
- que, la ovodonación no se encuentra legislado; sin embargo, teniendo en cuenta el apotegma jurídico: “Todo lo que no está prohibido está permitido” reconocido por el Tribunal Constitucional, dicha técnica no es ilícita ni constituye delito; tratándose de una laguna normativa y jurisprudencial;
- que, la “Autorización de fertilización in vitro y transferencia embrionaria” y “Convenio de realización de técnica de reproducción asistida” contienen acuerdos expresos respecto al procedimiento de ovodonación, los cuales configuran una manifestación de voluntad válida; debiendo agregarse que dicho procedimiento permitió el nacimiento de una niña quien resulta protegida por el principio de interés superior del niño regulado en el Código Civil, la

Convención América de Derechos Humanos y la Convención sobre los derechos del niño.

3.3.4 Sentencia del expediente n.º 183515-2006 expedido por el Decimoquinto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Lima

En el caso concreto, la madre de intención presentó una demanda de **impugnación de maternidad** contra la mujer gestante; solicitando que se rectifique la partida de nacimiento de la menor concebida mediante gestación subrogada registrándose como madre el nombre de la demandante (madre de intención), suprimiéndose el nombre de la demandada (mujer gestante).

En los fundamentos de hecho se expuso que, debido al riesgo de un embarazo en la vida y salud de la demandante, esta recurrió al procedimiento de la gestación subrogada, en mérito a lo cual, uno de sus óvulos fue fecundado con los espermatozoides de su esposo e implantado en el útero de la mujer gestante (la demandada) lo que permitió el nacimiento de una niña, la misma que, sin embargo, fue inscrita como hija de la demandada.

Al respecto, el órgano jurisdiccional declaró **fundada la demanda**, en base a los siguientes fundamentos:

- Que, si bien la demandante no estaría legitimada para solicitar el reconocimiento de la maternidad a su favor según el artículo 395°, 371° y 409° del Código Civil; también es verdad que el Derecho no puede ser ajeno a las realidades resultantes del avance de la ciencia, de manera que el juez se encuentra obligado a resolver el fondo de la controversia estando al principio de interés superior del niño y el respeto de sus derechos, tales como el

derecho a al nombre, a preservar su identidad y las relaciones familiares, a conocer a sus padres y a ser querido por ellos, consagrado en el Código de los Niños y Adolescentes y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño;

- que, se ha determinado objetiva y científicamente que la demandante tiene la calidad de madre biológica (madre genética, en términos científicos) al haber aportado sus óvulos y por ende sus genes para la fecundación de la menor; y, que la demandada tiene la calidad de “madre sustituta” al haber albergado a la menor en su vientre durante la etapa de gestación hasta su nacimiento;

- que según, la situación donde la condición de “madre genética” y “madre gestante” recaen sobre diferentes personas no se encuentra prohibida legalmente, pero tampoco se encuentra expresamente permitido; sin embargo, considerando que, de acuerdo a la Constitución Política, “Nadie está obligado de hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” es de inferirse que la conducta es lícita;

- que, de acuerdo al concepto tradicional, la maternidad se determina por la filiación biológica, por la identidad sanguínea, por la identidad biológica; que los genes se transmiten de padres a hijos, la herencia de los caracteres anatómicos, citológicos y funcionales entre los padres y los hijos; de manera que debe ampararse la demanda.

3.3.5 Sentencia de Casación del expediente n.º 5003-2007 expedido por la Corte Suprema de Justicia de Lima

En el caso concreto, la demandante, en representación de su menor hijo Olsen Quispe, presentó demanda de impugnación de maternidad contra la demandada, alegando que no era madre biológica de la menor Alicia Alfaro [a quien había declarado como hija], toda vez que aquella fue concebida mediante inseminación artificial a partir de la unión de un óvulo donado y los espermatozoides de su esposo sin el consentimiento de este [precisándose que el menor Olsen Quispe sería hermano de la menor Alicia Alfaro].

La demanda fue declarada improcedente en primera instancia e instancia de vista considerando que no se acreditó interés económico y moral para ejercer la acción, al no demostrar la afectación directa o indirecta que pudo haber tenido el menor Olsen Quispe con el reconocimiento, careciendo de interés para obrar

Al respecto, la demandante presentó recurso de casación contra la sentencia de vista; y habiéndose elevado la causa a la Corte Suprema de Justicia, esta declaró **fundado el recurso de casación**, nula la sentencia de vista e insubsistente la sentencia apelada, por los siguientes fundamentos:

- Que, existe interés para obrar procesalmente, cuando la parte actora invoca una utilidad directa, manifiesta y legítima, de índole material o moral, que la lleve a proteger un derecho mediante el ejercicio de la acción.
- que, el menor hijo de la demandante es hermano paterno de la menor Alicia Alfaro [a quien la demandada ha reconocida como hija] por lo que la

impugnación de dicho reconocimiento cuenta con interés legítimo, pues no concuerda con la realidad biológica y existe parentesco consanguíneo.

- que, constituye legítimo interés del recurrente respecto al pronunciamiento respecto al reconocimiento efectuado por la demandada, pues este contravendría La Ley General de Salud y el derecho a la propia identidad.

- que, por último, el interés legítimo, está referido a una circunstancia de carácter personal, que en el presente caso está dada por la condición de hermanos; además de ser único respecto a terceros que carecen de vinculación consanguínea.

3.3.6 Expediente n.º 01286-2017-0-1801-JR-CI-11 de la Corte Superior de Justicia de Lima, Segunda Sala Constitucional Permanente

En el caso concreto, el matrimonio conformado por el señor NDZV y la señora CRLR, presentaron demanda de amparo contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil [RENIEC] solicitando se deje sin efecto la resolución que declaró improcedente la rectificación del apellido materno de la menor LVZP, quien fue producto de un proceso de gestación subrogada heteróloga, llevada de forma voluntaria y altruista por la prima de la demandante, la señora ZPR, cuya partida de nacimiento figura como hija extramatrimonial del demandante y de esta última mujer. Cabe añadir que, los demandantes, antes de recurrir a la gestación subrogada, intentaron realizar un proceso de adopción ante el Ministerio de la Mujer, sin ningún resultado favorable.

Al respecto, el juzgado de primera instancia declaró **fundada la demanda** en base a los siguientes fundamentos:

- Que, no existe regulación y tampoco una prohibición expresa del uso de las técnicas de reproducción asistida. Sobre el artículo 7º de la Ley General de Salud menciona que la disposición de identidad entre madre genética y madre biológica es un caso diferente al presente, por lo tanto, no está regulado. Así, dicha omisión podría ser interpretada como una permisón en mérito al principio de lo que no está prohibido está permitido.
- que, no existe un procedimiento en la jurisdicción ordinaria para su revisión y que debido a la urgencia de formalizar el derecho a la identidad y la filiación de la menor (derechos fundamentales) resulta procedente el proceso de amparo.
- que, sobre el principio *mater semper certa est*, es imposible sostener como incólume dicho supuesto debido a que, en la realidad, muchas mujeres que no pueden gestar buscan a quien pueda hacerlo por ellas con o sin su carga genética.
- que, el acuerdo privado de útero subrogado (que no está regulado legalmente) ha sido llevado a cabo delante de un notario, quien dio fe de todo el acto y de las obligaciones que las partes establecían en el documento, por lo cual es válido.
- que, la voluntad procreacional y las técnicas de reproducción asistida permiten una nueva forma de filiación.
- Se reconoce la evolución del concepto de familia y se señala que no puede establecerse una sola forma preponderante de esta.

Al respecto, la demandada presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y, elevados los actuados a la Sala Superior, esta revocó la resolución apelada y reformándola, declaró **improcedente la demanda**, por los siguientes argumentos:

- Que, sobre la alegada vulneración del derecho a la identidad de la menor resalta el principio *mater semper certa est*, es decir, que madre es la que ha dado a luz y se considera padre al hombre que ha contribuido con la mitad de la estructura genética del niño.

- que, RENIEC expidió el acta de nacimiento de la menor en mérito al certificado de nacido vivo (en donde figuraba ZPR como madre y, por declaración de esta el demandante, como padre) todo en concordancia con el derecho de toda persona a llevar un nombre y los apellidos de sus padres. Adicionalmente señalan que nadie puede cambiarlos salvo por motivos justificados y mediante autorización judicial.

- que, sobre el tratamiento del concebido en el ordenamiento jurídico peruano, diversos documentos, incluyendo la Constitución y el Código Civil protegen al concebido y lo consideran sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

- que, sobre el concepto concepción reconoce que a pesar del contenido de las normas utilizadas se aprecia que ninguna de ellas explica o define en qué momento del proceso vital se produce esta. Señala que, el Tribunal Constitucional, en la sentencia n.º 2005-2009-PA/TC-LIMA-ONG estableció que la concepción de un nuevo ser humano 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). Concluyendo que dicho tribunal ha establecido que la concepción se produce durante el proceso de fecundación.

- que, según el artículo 7° de la Ley General de Salud, en cuanto al supuesto de identidad entre madre genética y gestante, es una condición estricta; y realizar procedimientos contrarios, como el presente caso, estarían prohibidos, además de exaltar el cumplimiento de la disposición de la misma norma sobre el consentimiento previo y escrito de los padres biológicos.

- que, tanto el embrión como el cuerpo de la mujer colaboradora han sido considerado como objetos y que dicho proceso de gestación subrogada afecta los principios de dignidad humana y de las costumbres de la sociedad.

Es de precisar que, contra la sentencia de vista, la parte demandante presentó recurso de agravio constitucional el mismo que se encuentra pendiente de resolver a la fecha en el Tribunal Constitucional.

3.4. CASOS DE GESTACIÓN SUBROGADA PERÚ

3.4.1. Caso matrimonio chileno Tovar Madueño.

Según el diario El Comercio (2018), el 03 de setiembre, con la finalidad de convertirse en padres, los esposos Rosario Madueño Atalaya y Jorge Tovar Pérez, de nacionalidad chilena, decidieron recurrir a la técnica de gestación subrogada. Para dicha finalidad, acudieron a la clínica Concebir de la ciudad de Lima y contaron con la colaboración de una mujer fértil a quien se le implantó el embrión que contenía el aporte genético del esposo. Como resultado de ello, en julio de 2018, la mujer gestante alumbró mellizos, los mismos que fueron entregados a los esposos. Sin embargo, en agosto de

2018, en circunstancias que se disponían a retornar a Chile, fueron detenidos por las autoridades peruanas, imputándoseles el delito de Trata de Personas; dictándose doce (12) años de prisión preventiva contra aquellos.

Cabe precisar, que la pareja había intentado tener hijos en numerosas oportunidades, recurriendo a diferentes técnicas de fertilidad por un periodo de 7 años; así, ante la imposibilidad de concebir, el médico tratante les sugiere recurrir a la gestación subrogada en una clínica local de Lima; teniendo la colaboración de una mujer peruana quien en todo momento preciso no ser la madre y que solo colaboró prestando su vientre a la pareja. Luego, habiéndose acreditado mediante un examen de ADN que los mellizos tenían la carga genética del esposo, el órgano jurisdiccional revocó la prisión preventiva y ambos fueron liberadas para volver a encontrarse con sus hijos.

Este caso ha sido difundido a nivel nacional e internacional poniendo en evidencia los vacíos normativos del ordenamiento jurídico peruano y el trabajo pendiente de los legisladores sobre la materia, que vienen generando situaciones en las que las decisiones de las autoridades lejos de proteger los derechos de los ciudadanos, en especial de los menores, los perjudica.

3.4.2. Caso Ricardo Morán

El 27 de abril de 2019, el diario RPP Noticias, informó que el conductor y productor de televisión Ricardo Morán Vargas, convirtió en padre de mellizos y que sus hijos fueron concebidos mediante la fertilización *in vitro* de un óvulo

donado combinado con sus espermatozoides y valiéndose de la técnica de gestación subrogada.

Según el mencionado diario, debido a que en el sistema jurídico peruano existe incertidumbre con esta técnica, Morán optó por llevar a cabo el procedimiento en los Estados Unidos donde numerosos Estados lo han regulado de manera que sus hijos fueron inscritos sin ningún problema con la resolución emitida por el juez de Estados Unidos registrándolo como único padre.

Actualmente él y sus hijos viven en Perú, donde RENIEC se ha negado a inscribirlos como único padre de sus hijos y tanto a reconocerles la nacionalidad peruana.

De esta manera, Ricardo Morán decide iniciar un proceso de Acción de Amparo ante Reniec para conseguir que sus hijos logren tener la nacionalidad peruana, siendo su principal argumento para el pedido de inscripción de sus hijos el artículo 4° de la Constitución Política del Perú.

3.4.3. Caso Ernesto Pimentel

El 23 de julio de 2019, el diario La República informó que el conductor de televisión Ernesto Pimentel Yesquén, se convirtió en padre y que su hijo fue concebido a partir de la unión de sus espermatozoides con los óvulos de su amiga, la misma que también llevó a cabo el proceso de gestación.

Es de precisar que a pesar de que la gestación subrogada no se encuentra regulada en el Perú, no se tuvo problemas para registrar legalmente al menor toda vez que en este procedimiento participaron las personas (Ernesto Pimental y su amiga) que aportaron los gametos masculino y femenino para la concepción del nuevo ser.

Los casos descritos son solo algunos ejemplos de lo que está pasando en la sociedad peruana que han salido a la luz por tener como protagonistas a personas conocidas o porque la magnitud del problema no ha podido controlarse; sin embargo, en estos momentos existen muchos más que merecen una pronta solución.

En ese sentido, resulta necesario tomar en cuenta los problemas sociales que los vacíos normativos en materia de gestación subrogada están generando, y mantener dicha situación resquebraja el rol de garante del Estado peruano y de la sociedad respecto a la protección de los derechos de sus ciudadanos.

3.5. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

En el plano internacional, también se han presentado casos importantes, donde los tribunales de justicia del Derecho Comparado se han pronunciado sobre la gestación subrogada a través de las sentencias que se detallan a continuación:

3.5.1. Caso Baby M. (Estados Unidos)

Según Gracia (1998) el 27 de mayo de 1986, a través de un procedimiento de gestación subrogada, nació una niña conocida como *Baby M.*, la misma que fue entregada a los padres de intención. Sin embargo, al cuarto día de su nacimiento, la mujer gestante se arrepintió de haberla entregado y quiso recuperarla (p.187-212).

La controversia fue llevada a los tribunales de justicia y en 1987, donde el juez del Estado fallo a favor del bien de la menor, estipulando que debería permanecer con los padres de intención, permitiendo a la mujer gestante realizar visitas controladas. El fundamento más relevante que sustentó la decisión fue que, el contrato celebrado por las partes era legal. El juez exigió el específico cumplimiento del contrato de subrogación considerando que los padres de intención tenían mejores condiciones para satisfacer el interés superior de la niña.

En instancia de apelación, el Tribunal Supremo de New Jersey (3 de febrero de 1988) confirmó la decisión de que la custodia le correspondía al padre natural, anuló la finalización de los derechos maternos de la madre natural y requirió al tribunal inferior que determinara los términos de la visita de aquella. Esta decisión se sustentó en los siguientes fundamentos:

- Que, un contrato de subrogación que ofrece dinero para la madre gestante y requiere su irrevocable asentimiento para entregar a su hijo al nacer es inválido y no ejecutable.
- Que, el contrato de subrogación viola las leyes de New Jersey, que prohíben el uso de dinero en las adopciones, que limitan la finalización de los

derechos paternos ante evidencias de la incapacidad paterna o el abandono del niño, y que permiten a una madre revocar su consentimiento para entregar a su hijo en adopción entre personas privadas.

- Que, el contrato de subrogación entra en conflicto con la política de New Jersey de que la custodia debe determinarse sobre la base de los mejores intereses del niño (el contrato de subrogación realiza una determinación de custodia anterior al nacimiento del niño); que, los niños deben ser criados por sus padres naturales (el contrato de subrogación garantiza la separación de su madre natural); que, los derechos del padre natural y de la madre natural son iguales (el contrato de subrogación eleva el derecho del padre natural destruyendo el de la madre natural); que una madre natural reciba asesoramiento antes de acceder a entregar a su hijo (el contrato de subrogación no tenía cláusula de esta naturaleza) y que las adopciones no deben estar condicionadas por el pago en dinero (el contrato de subrogación estaba basado en dicho pago).

- Con relación a la afirmación de que la mujer portadora accedió al acuerdo de subrogación, supuestamente comprendiendo plenamente las consecuencias, el tribunal indica que: “Dejando a un lado el tema de cómo fuera de acuciante su necesidad de dinero, y cuán significativa fuese su comprensión de las consecuencias, sugerimos que su consentimiento es irrelevante. Hay algunas cosas, en una sociedad civilizada, que el dinero no puede comprar. (...) el simple hecho de que la conducta comprada con dinero fuera “voluntaria” no significaba que fuera buena o que estuviera más allá de la regulación y la “prohibición”.

- Que, no existe prohibición legal a la subrogación cuando la madre gestante se presenta voluntaria, sin ningún pago, para actuar de madre sustituta, y se le permite el derecho de cambiar de idea y de afirmar sus derechos maternales.

3.5.2. Caso Buzzanca Vs. Buzzanca (Estados Unidos)

En 1994, los esposos John y Luanne Buzzanca decidieron tener un hijo; sin embargo, se determinó que John tenía baja concentración de espermatozoides y Luanne padecía endometriosis²⁷. Por ello, decidieron someterse a un procedimiento de gestación subrogada, en la que intervinieron tres personas, además de ellos: **i)** un donante de espermatozoide, **ii)** una donante de óvulos; y, **iii)** una mujer gestante. Los padres aspirantes decidieron que los donantes de gametos sean anónimos para no tener el mismo problema sucedido en el caso *Baby M*.

Fue así que la mujer gestante y los padres de intención firmaron un acuerdo en el que se especificaba que la primera debía entregar al bebé y que la pareja se haría cargo de los gastos del proceso de gestación. Sin embargo, el 30 de marzo de 1995, John Buzzanca solicitó el divorcio y renunció a la custodia del bebé que estaba a un mes de nacer; y, en ese contexto, Luanne Buzzanca se hizo cargo del bebé; empero, exigiendo el cumplimiento de sus obligaciones legales a John Buzzanca.

²⁷ La endometriosis consiste en la aparición de tejido en los ovarios, las trompas de Falopio o los intestinos.

La controversia fue llevada a los tribunales de justicia, donde se emitió lo siguientes pronunciamientos:

- En primera instancia se determinó que los padres de intención no eran los padres legales, toda vez que no tenían vínculo genético alguno con el niño; y la madre gestante por su parte, dando cumplimiento al contrato, renunció a los derechos maternales, lo cual provocó que el juez decidiera que el menor no tenía padres legales.

- La sentencia fue apelada por Luanne ante la Corte de Apelaciones de California del Cuarto Distrito, División Tercera en donde, el juez estimó que las intenciones de los padres de intención, dan las bases para revestirlos con los derechos y obligaciones propios de la paternidad. Así, concluyó que, cuando se suscribe un contrato de gestación por sustitución, los padres de intención reflejan su intención de ser padres, razón por la cual, los derechos y obligaciones de paternidad deben aplicárseles sin importar la ausencia de una conexión genética. Así, prevaleciendo el interés superior del niño, se determinó que los padres legales del bebé eran John y Luanne Buzzanca.

3.5.3. Casos Mennesson y Labassee (Francia)

Debido a problemas de infertilidad, los esposos Dominique y Sylvie Mennesson, por un lado; y, los esposos Francis y Monique Labassee por el otro, viajaron a los Estados Unidos para iniciar un procedimiento de gestación subrogada.

Los casos son autónomos, pero las características de los hechos, muy semejantes; toda vez que: **i)** en ambos casos, los bebés se gestaron a partir

de la utilización de los óvulos de una tercera persona (donante) y el semen del esposo; **ii)** en ambos casos, los tribunales norteamericanos determinaron que los padres legales eran los padres de intención (los esposos Mennesson y los esposos Labassee); **iii)** en ambos casos, al regresar al Francia, se denegó el registro de los menores como hijos de los padres de intención; y, asimismo, los tribunales franceses no admitieron el contrato de gestación subrogada y lo declararon nulo, señalando que es ilegal en ese país.

Las controversias fueron llevadas al Tribunal Europeo de Derechos Humanos donde ambos casos fueron tramitados de manera conjunta, emitiéndose las sentencias n.º 65192/11 y n.º 65941/11 donde se declaró **fundada la demanda** en base a que:

- El interés superior del menor es un concepto que debe plasmarse de forma indubitada en el establecimiento de la filiación, haciendo posible desde el nacimiento del niño su filiación quede acreditada, sin que ello pueda verse afectado por el diferente tratamiento normativo sobre la gestación por sustitución que pueda haber en el país en que residen los padres intencionales y donde residirá el propio menor.
- En definitiva, el Tribunal indicó que la aceptación en un Estado parte de la filiación de los menores nacidos en virtud de gestación por sustitución y que consta en una certificación registral dictada en otro Estado, no vulnera, en principio, el orden público internacional del Estado de destino.

3.6. OPINIÓN DE PROFESIONALES CON EXPERIENCIA EN LA MATERIA

Se procedió a recoger las opiniones de un total de quince (15) profesionales del Derecho, a quienes se le aplicó la ficha de entrevista.

Para tal finalidad, se seleccionó cinco (5) abogados litigantes en el área de Derecho de Familia; uno (1) fiscal superior de la Fiscalía de Familia; dos (2) fiscales adjuntos de la Fiscalía de Familia; dos (2) asistentes en función fiscal de la Fiscalía de Familia de Maynas; tres (3) asistentes Judicial del Juzgado de Familia de Maynas; un (2) Juez de Familia de la Corte Superior de Justicia de Loreto.

La información recogida en base a las entrevistas realizadas se expone en los siguientes gráficos:

Pregunta 1:

Ante la interrogante: ¿Cuáles cree que son las repercusiones o incertidumbres de naturaleza jurídica que genera la ausencia de una norma que regule la gestación subrogada en el Perú?

Los entrevistados identificaron las siguientes:

- Incertidumbre de la filiación dado a que no existe una norma en relación a la gestación subrogada, la inscripción es compleja y en muchos casos generaría problemas de identidad en el menor; lo que conlleva a que al Estado le resulte difícil considerarlo como sujeto de derecho. La ausencia de regulación conlleva el riesgo de que los acuerdos de gestación subrogada reconocidos no tengan efectos jurídicos sobre la filiación. Reconocer esos efectos jurídicos, garantiza la protección del derecho a la identidad del menor

y la protección del derecho a la vida familiar, ya que los padres de intención y el hijo forman una familia que debe ostentar también una protección jurídica.

- Genera desorden ya que no se establece los límites o características en las que se puede celebrar un acuerdo de gestación subrogada válidamente. Su ausencia no garantiza el respeto y protección de los derechos fundamentales tales como: **i)** la identidad del niño derivada del reconocimiento y consecuentemente de la filiación, respecto al aporte del material genético, dilatando y condicionando el desarrollo de este derecho en cuanto a restringir las relaciones familiares; **ii)** a conocer a sus padres y a ser querido por ellos, ocasionando situaciones de desigualdad y discriminación que serían perjudiciales al menor.

- Explotación de la mujer y el tráfico de personas, la falta de la regulación de la gestación subrogada da pie a la violación de los derechos humanos ya que estamos ante un reflejo de la aplicación desmesurada de las técnicas de reproducción asistida todas con fines lucrativos. Además, que la justificación de esta práctica por motivos de infertilidad no es del todo cierta, ya que junto a estos supuestos también hay otros vinculados al tráfico de estos niños. Ante la ausencia de norma jurídica, las Clínicas de fertilidad lucran a costa de la vulnerabilidad de las mujeres en situaciones desfavorables económicamente; puesto que, después de ser elegidas para formar parte de un proceso de gestación subrogada, pierden el dominio de su vida diaria teniendo que pedir permiso para todo, incluso, para comunicarse con sus familiares. Además, ante posibles complicaciones durante el embarazo la clínica de fertilidad podría desentenderse de la madre gestante tanto a nivel médico como a nivel

económico quebrantando la dignidad de la mujer que sí tiene un respaldo constitucional, y, por lo tanto, requiere de una protección.

- Los niños podrían llegar a ser considerados como un producto comercial con control de calidad, en donde si no se cumplen los estándares establecidos por los padres de intención o por las reglas generales de cada Clínica de fertilidad se convierte en un bebé no deseado; ya que al pagar una suma de dinero considerable lo que se espera y se exige es que el objeto de contrato tenga una garantía de calidad o que se pueda devolver si uno no queda satisfecho.

Pregunta 2:

Ante la interrogante: ¿Qué derechos fundamentales, considera que se ven afectados ante la ausencia legal de una regulación sobre la gestación subrogada en el Perú?

Los entrevistados identificaron las siguientes:

- **Dignidad humana**, que es un concepto utilizado en la fundamentación de los demás derechos relacionados y que conforman la gestación subrogada.
- **Identidad personal**, siendo esta una necesidad básica en todo ser humano, y conlleva los siguientes aspectos: raza, cultura, edad, sexo, lengua, grupo étnico entre otras características, todas ellas forman un ser único e irrepetible.
- **Interés superior del niño**, las medidas respecto al niño deben estar basadas en la consideración al interés superior del mismo. Corresponde al

Estado asegurar la adecuada protección y cuidado cuando los padres u otras personas responsables no tienen la capacidad para hacerlo.

- **Protección a la familia**, que, de acuerdo al artículo 4° de la Constitución Política debe ser garantizada por la sociedad y el Estado.

- **Igualdad de las mujeres**, toda vez que el acceso a la gestación subrogada equipara los derechos reproductivos de las mujeres infértiles con las que no presentan esta enfermedad; garantizando la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley que prescribe la Constitución del Estado y el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La utilización de la técnica de gestación subrogada posiciona a la mujer infértil en el mismo lugar que una mujer sin problemas reproductivos. Ergo, concibe un valor esencial en la dignidad relacionado con la libertad para optar por este método.

- **Derecho reproductivo**, debido a que la mujer infértil tiene derecho a utilizar la técnica de gestación subrogada sin condición alguna. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos considera que la mujer pueda desarrollarse, a través de técnicas de reproducción asistida y la gestación subrogada es una de ellas.

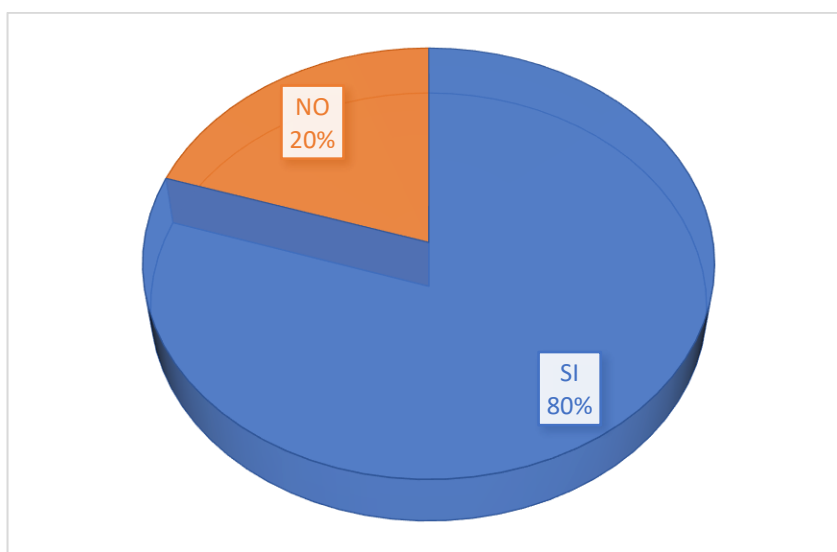
- **Derecho a fundar una familia**, el mismo que se encuentra protegido en la Carta Magna, de tal manera que si una pareja que no puede tener hijos puede optar por utilizar una técnica de fertilización asistida que no se encuentre prohibida con el fin de hacer efectivo su derecho constitucional.

Pregunta 3:

Ante la interrogante: ¿Considera usted, que una regulación legal de la gestación subrogada tendría incidencia en la protección jurídico-constitucional de la familia? ¿Cómo? ¿Por qué?

Se obtuvo los siguientes resultados:

GRÁFICO 1 *Incidencia de una regulación legal en la protección jurídico-constitucional de la familia*



Fuente: Cuestionario aplicado a profesionales con reconocida experiencia en la materia

Conforme a la información que fue brindada por los profesionales entrevistados, se observó que, el 80% considera que una regulación legal de la gestación subrogada sí incidirá en la protección jurídico-constitucional de la familia; mientras que un 20% indica que esto no sería así.

Los entrevistados que respondieron afirmativamente la interrogante, señalaron que una regulación legal incidirá favorablemente sobre la protección jurídica-constitucional de la familia, dotando de mayor contenido jurídico al artículo 4° de la Constitución, logrando el correcto desarrollo de la

personalidad y libre elección de los planes de vida a futuro de las partes; así también como los derechos conexos inherentes a la persona.

Los que respondieron negativamente señalaron que una regulación legal de la gestación subrogada iría en contra de la moral y las buenas costumbres de la sociedad, además de no tener una finalidad lícita de los contratos, puesto que implica que la procreación de la vida deba ser vista como una mercancía, tocando temas relacionados a la dignidad humana. Agregan que esta figura es distinta al concepto común que se tiene de familia y que afectará lo regulado sobre la determinación del parentesco del concebido y los derechos que sobre él tendrían los padres.

Discrepamos con este último argumento en razón a que justamente el que no exista una regulación legal ocasiona la desprotección jurídico- constitucional de la familia; puesto que no se cuentan con garantías mínimas para que el niño que ha sido planificado por los padres de intención pueda lograr el desarrollo de su identidad. Por consecuencia no se cumpliría con lo establecido en la Carta Magna en relación a la familia y su protección jurídica.

Asimismo, con relación al artículo 7° de la Ley General de Salud, donde se precisa que “la condición de madre gestante y madre genética recae en la misma mujer”, opinamos que dicha norma se limita a estipular un supuesto de maternidad, mas no prohíbe los demás supuestos de forma clara; así, consideramos que una regulación legal sobre la gestación subrogada incidiría de manera positiva en la protección jurídico-constitucional de la familia

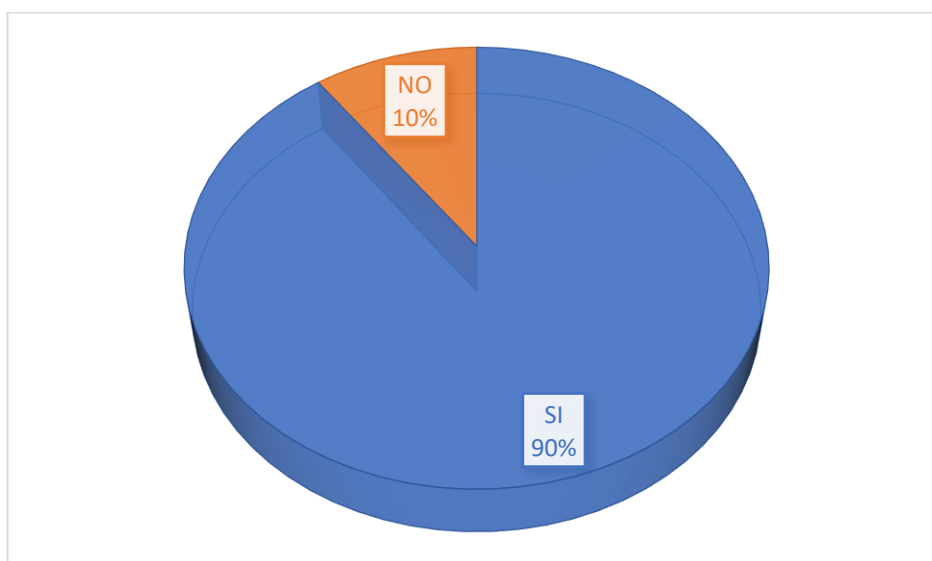
comprendiendo indubitablemente las demás situaciones que se presenten al momento de recurrir a cualquiera de las técnicas de reproducción asistida; no solo en cuando a la calidad de madre sino también en relación al reconocimiento de los derechos filiales, obligaciones y responsabilidades tanto del menor como de los padres de intención.

Pregunta 5:

Ante la interrogante: ¿Considera que se debe establecer límites en el procedimiento de gestación subrogada?

Se obtuvo los siguientes resultados:

GRÁFICO 2 Límites en el procedimiento de gestación subrogada



Fuente: Cuestionario aplicado a profesionales con reconocida experiencia en la materia

Conforme a la información que fue brindada por los profesionales, se observó que, el 90% considera que se deben establecer límites en el procedimiento de gestación subrogada; mientras que un 10% considera que esto no es necesario.

Los entrevistados que respondieron afirmativamente, señalaron que deben establecerse límites a fin de que el procedimiento de gestación subrogada no afecte derechos fundamentales y la protección jurídica de la familia, tales como:

- Que, la finalidad de la gestación subrogada, sea para constituir una familia y puedan acceder a ella las parejas infértiles, siendo necesario que dicha condición se presente al menos en uno de ellos.
- Que, se garantice la protección de los derechos fundamentales de los intervinientes (mujer gestante, menor, padres de intención).
- Que se establezcan perfiles para aquellas mujeres que realizaran la labor de gestación subrogada; en cuanto a edad, salud y frecuencia en la que se sometan las partes a este procedimiento.
- Brindar información oportuna a las mujeres que desean participar en procedimiento como madres gestantes.

Los profesionales que respondieron negativamente coincidieron que no sería necesario establecer límites en el procedimiento científico de gestación subrogada debido a que por ser una nueva tendencia en las técnicas de reproducción asistida se debe de explotar y explorar al máximo los beneficios y las consecuencias de esta.

Al respecto, consideramos que se debe establecer los límites necesarios para una correcta aplicación de este procedimiento con el fin de velar por los derechos y obligaciones de los intervinientes.

3.7. TRATAMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO

En el Derecho Comparado, la gestación subrogada presenta el tratamiento legal y jurisprudencial que se expone en la siguiente tabla:

Tabla 2 *Gestación subrogada en el Derecho Comparado*

Ítem	País	Norma	Descripción	Comentarios
1	Brasil	Normas éticas para la utilización de técnicas de reproducción asistida aprobadas con Resolución del Consejo Federal de Medicina n.º 2.121/2015 ²⁸	<p>No existe ley específica que regule la gestación subrogada en Brasil donde se precisen requisitos indispensables para tal finalidad:</p> <p>Sin embargo, mediante Resolución n.º 2.121/2015, el Consejo Federal de Medicina ha establecido ciertas normas éticas para la utilización del procedimiento en el ámbito de la salud, entre las cuales destacan los siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Debe ser realizado de manera altruista. - La <u>gestante debe ser un familiar</u> de primer, segundo, tercer o cuarto grado de uno de los <u>padres de intención</u>. Esto quiere decir que la gestante debe ser la madre, la hermana, la hija, la tía o la prima. - La edad límite es de 50 años tanto para la madre de intención como la gestante subrogada. - La madre de intención debe acreditar el problema médico que le impide o contraindique la gestación - Las parejas homosexuales también pueden acceder a este método para tener descendencia. 	<p>El ordenamiento jurídico brasilero no cuenta con normas legales que regulen la gestación subrogada; sin embargo, en el campo médico; el Consejo Federal de Medicina del país estableció ciertas normas éticas para intervenir en el procedimiento, entre ellas destacan: la naturaleza altruista del procedimiento, que la mujer gestante sea pariente de los padres de intención dentro del cuarto grado de consanguinidad y que no supere los 50 años.</p>

²⁸ Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida adotada com Resolução **del Consejo Federal de Medicina n.º 2.121/2015**.

Ítem	País	Norma	Descripción	Comentarios
2	Argentina	La gestación subrogada no está regulada, pero existen las siguientes iniciativas:	<p>Proyecto de Ley de Regulación de la Técnica de Gestación Solidaria 5700-D-2016</p> <p>Esta iniciativa denomina a la gestación subrogada como gestación solidaria y señala que "es un tipo de técnica de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, que consiste en el compromiso que asume una persona, llamada gestante, de llevar a cabo la gestación a favor de una persona o pareja, denominada/s "comitente/s" (padres de intención); sin que se produzca vínculo de filiación alguna con la gestante, sino únicamente y de pleno derecho con él/la o los/as "comitente/s".²⁹</p> <p>Proyecto de Ley 5759-D-2016 de Gestación por Sustitución</p> <p>Esta iniciativa denomina a la gestación subrogada como gestación por sustitución y destaca su carácter no lucrativo o comercial. (padres de intención), y en beneficio de la gestante es válida solo para compensar sus gastos médicos, de traslados, de asesoramiento legal y psicológico, y todos aquellos que sean consecuencia directa de la gestación por sustitución y que no deban ser cubiertos por las Clínicas de Fertilidad o entidades de salud.³⁰</p> <p>Respecto de las exigencias para la madre gestante, esta no puede aportar sus propios gametos, debe haber concebido un hijo, debe tener una residencia ininterrumpida en el país de al menos cinco años (no se exige a los argentinos), debe acreditar aptitud física y psíquica y no debe haber participado en más de dos gestaciones subrogadas³¹.</p> <p>Proyecto de Ley 3202-2017</p> <p>Esta iniciativa considera a la gestación solidaria (gestación subrogada) como "un tipo de técnica de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, que consiste en el compromiso que asume una persona, llamada "gestante", de llevar a cabo la gestación a favor de una persona o personas, denominadas "requirentes" (padres de intención); sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la gestante, sino únicamente y de pleno derecho con los requirentes"³²</p> <p>Proyecto de Ley 3765-D-2017</p> <p>Esta iniciativa establece la autorización judicial para la gestación por sustitución. En caso de carecer de esta, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza previstas en el Código Civil y Comercia³³</p>	El ordenamiento jurídico argentino no cuenta con normas legales que regulan la gestación subrogada; sin embargo, los concededores del Derecho se han interesado por desarrollar proyectos de ley sobre el tema, estableciendo los parámetros necesarios que se deberían tomar en cuenta por las personas o parejas que decidan recurrir a esta técnica.

²⁹ Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Proyecto de Ley 5700-D-2016. Disponible en: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=5700-D-2016&tipo=LEY> (octubre, 2018).

³⁰ Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Proyecto de Ley 5759-D-2016. Disponible en: <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=5759-D-2016> (octubre, 2018).

³¹ Idem.

³² Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Proyecto de Ley 3202-D-2017. Disponible en: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=3202-D-2017&tipo=LEY> (octubre, 2018).

³³ Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Proyecto de Ley 3765-D-2017. Disponible en: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=3765-D-2017&tipo=LEY> (octubre, 2018).

Ítem	País	Norma	Descripción	Comentarios
3	Colombia	La gestación subrogada no está regulado, pero existen las siguientes iniciativas:	<p>-Sentencia T-968/09 de la Corte Constitucional:</p> <p>La Corte confirmó la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que dejó sin efecto la sentencia de 29 de agosto de 2008 del Juzgado Décimo de Familia de Cali, por medio de la cual se autorizó la salida del país de los menores.</p> <p>Asimismo, se ordenó medidas de protección para lograr el restablecimiento de los derechos de los menores y Saraí (madre gestante), mientras se decidan los procesos de pérdida de la custodia y de la patria potestad, en el extremo de que el padre debe de llevar a los menores donde esté la madre, como mínimo 3 veces al año, hasta que las autoridades competentes decidan definitivamente los procesos mencionados. Se ordenó también que todos los gastos que corresponden a los niños y a Saraí (según sea el caso) en cuanto a estadía, vestimenta, alimentación y salud sean asumidos por el padre.³⁴</p> <p>-Proyecto de Ley 88 de 2017, Ley Lucía, reglamenta la reproducción humana asistida, la procreación con asistencia científica:</p> <p>En el capítulo IX establece disposiciones sobre el “Uso Solidario de Vientre”, señalando que “el vientre de una mujer, de manera sustituta, podrá utilizarse únicamente a fin de sustituir artificialmente la imposibilidad natural de procrear cuando una mujer sufra de esterilidad por ausencia congénita de útero; antecedentes de histerectomía; presencia de útero patológico y no apto para recibir embriones u otras; o condiciones médicas que impidan el embarazo”.³⁵</p>	En el ordenamiento jurídico colombiano no está regulado la gestación subrogada pero tampoco está prohibido expresamente.

³⁴La pareja conformada por Salomon y Raquel, residentes de Estados Unidos, deseaban convertirse en padres por lo que contactan a una mujer, Saraí, mediante un centro de reproducción asistida en Colombia para gestionar la gestación subrogada. El tratamiento de fertilización con óvulos y espermatozoides de los esposos fracasó y la mujer gestante no quedó embarazada. Luego el varón y la mujer gestante concibieron gemelos a través del proceso de fertilización *in vitro*. En marzo del 2006 nacieron los menores; sin embargo, el Instituto de Bienestar Familiar retiró la custodia de los menores a Saraí debido a que lo niños sufrían una enfermedad gripal por el lugar en donde se ubicaba la casa de esta. De forma provisional se asignó la custodia a la tía paterna. Salomón presentó una demanda de permiso de salida del país de los menores que culminó en que el Juez Décimo de Familia de la ciudad de Cali decidió otorgar el permiso de salida en base a los siguientes fundamentos: “a) entre el padre de intención y la madre gestante, existió un contrato verbal, cuyo objeto era la gestación subrogada, en donde ella permitía la fecundación de un óvulo propio con semen del contratante, obligándose a entregar el fruto que resultase de la fecundación a los padres de intención. b) la madre gestante después de recibir un alta suma de dinero, un tratamiento adecuado y la afiliación a una EPS, incumplió el contrato y decidió quedarse con los niños. c) Desconoció los derechos del padre al no permitir inicialmente el registro de los niños con su apellido, e impedirle las visitas. d) Las diferentes autoridades que inicialmente conocieron el caso (ICBF Y Juzgados de Vijes) consideraron pertinente que ante la situación de salud que estaban viviendo los niños, se le adjudicara a la tía paterna de manera provisional su custodia y cuidado personal, la cual posteriormente fue ratificada en cabeza del padre. e) Debido a las condiciones económicas de la madre y a la situación de subdesarrollo, inseguridad y pobreza que vive la ciudad de Cali, los niños con su padre van a tener el amor de una familia y van a contar con todas las oportunidades de vivir en un país desarrollado. f) El padre de los menores tiene un mejor derecho a estar con ellos, porque él fue quien buscó por todos los medios y con muchos sacrificios su concepción”.

En 2008 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Familia, dejó sin efectos la sentencia del Juzgado Décimo de Familia de Cali por falta de material probatorio e insuficiente argumentación para tomar su decisión. Esta sentencia fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia. En setiembre del 2009 el Juez Décimo de Familia de Cali emitió una nueva sentencia denegando el permiso de salida del país. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, sala de Familia, que dejó sin efecto la sentencia de setiembre de 2009, luego de que Salomón presentara acción de tutela en contra de las decisiones anteriores. La decisión del Tribunal fue revocada por la Corte Suprema de Justicia. Es así como el caso llegó a revisión de la Corte Constitucional que verificó directamente el caso.

Ítem	País	Norma	Descripción	Comentarios
4	Chile	El vientre en alquiler no está regulado, pero existen dos importantes proyectos:	<p>- En contra:</p> <p>Boletín N° 6306-07³⁶: en el año 2008 propuso “Sancionar la utilización del vientre materno para el embarazo por encargo de terceros incorporando un nuevo tipo penal denominado “De la Sustitución de la Maternidad” en el Código Penal” (Cámara de Diputados, 2008) quedando en el primer trámite constitucional, es decir, sin pasar a debate.</p> <p>- A favor:</p> <p>Boletín N° 11576-114³⁷: con fecha 10 de enero de 2018, que propone “Regular la gestación por subrogación o Gestación Subrogada como mecanismo de reproducción asistida”, el cual se encuentra, a la fecha, en la Comisión de Salud para su discusión.</p>	En el ordenamiento jurídico chileno no está regulado la gestación subrogada pero tampoco está prohibido expresamente.
5	España	Ley 14/2006: sobre las Técnicas de reproducción asistida	<p>Gestación por sustitución</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. “Sera nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución (gestación subrogada) será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales” (Ley 14/2006, 2015, art. 10°).³⁸ 	<p>En el ordenamiento jurídico español la gestación subrogada no está amparada legalmente, puesto que la madre legal del menor siempre será la gestante.</p> <p>Las únicas dos TERAS permitidas en España son la inseminación artificial (IA) y la fecundación <i>in vitro</i> (FIV) pudiendo utilizarse gametos de procedencia de personas ajenas a la pareja o de individuo interesado.</p>

³⁵ VLex España. Proyecto de Ley 88 de 2017. Disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/692231553> (octubre, 2018).

³⁶ Extraído de https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=6696&prmBL=1634-06 (Consultado el 05 de julio de 2018)

³⁷ Extraído de <http://web.camara.cl/legislaci%C3%B3n/ProyectosDeLey/tramitaci%C3%B3n.aspx?prmID=12092&prmBOLETIN=11576-11> (Consultado el 05 de julio de 2018)

³⁸ <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2292/21.pdf>

Ítem	País	Norma	Descripción	Comentarios
6	México	Código Civil del Estado de Tabasco (Decreto N°205)	<p>Este cuerpo normativo, establece que:</p> <p>“En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena.</p> <p>Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción” (Código Civil, 1997, art. 92°).</p>	<p>En el ordenamiento jurídico mexicano, la gestación subrogada solo se encuentra regulada en dos (2) Estados:</p> <ul style="list-style-type: none"> - En Tabasco, donde se establece que la maternidad de los hijos nacidos de la mujer que solo aportó su útero, se le reconocerá a la madre de intención; mientras que la maternidad de los nacidos de la mujer que aportó su útero y el material genético deberá ceñirse a las reglas de la adopción.
		Código familiar del estado de Sinaloa (Decreto N°742)	<p>Precisa que: “La maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento” (Código familiar del Estado de Sinaloa, 2013, art. 283°).</p>	<ul style="list-style-type: none"> - En Sinaloa, donde se define a la gestación subrogada como la práctica médica mediante la cual una mujer lleva en su útero el embrión de los padres subrogados (padres de intención). La relación entre los padres de intención y la mujer gestante concluye con el nacimiento del bebé.
7	Uruguay	Ley 19.167: Técnicas de Reproducción Asistida.	<p>Nulidad.</p> <p>“Serán absolutamente nulos los contratos a título oneroso o gratuito entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean estos propios o de terceros para la gestación en el útero de otra mujer, obligando a esta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero.</p> <p>Excluyendo lo antes mencionado, solamente cuando una mujer cuyo útero no pueda gestar un embarazo debido a que posee enfermedades genéticas o adquiridas, podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y gestación del embrión propio.</p> <p>Entiéndase por embrión propio aquel que es formado como mínimo por un gameto de la pareja o en el caso de la mujer sola por su óvulo la discapacidad referida deberá ser acreditada por un certificado expedido por el equipo tratante, el mismo que deberá ser elevado con un informe a la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida para su conocimiento, la cual evaluará si se cumplen las condiciones establecidas en el inciso segundo de este artículo” (Ley 19.167, 2013, art.25°).</p>	<p>El ordenamiento jurídico uruguayo regula la gestación subrogada, admitiéndola excepcionalmente, a condición de:</p> <ul style="list-style-type: none"> - que, la madre de intención adolezca de algún tipo de incapacidad para gestar, confirmada por la entidad de salud competente. - la mujer gestante debe ser un pariente de hasta el segundo grado de consanguinidad o de afinidad. - que, el acuerdo entre la madre/padre de intención y la mujer gestante sea de naturaleza altruista, bajo sanción de nulidad. - El embrión a implantarse deberá estar formado como mínimo por uno de los gametos de los padres de intención; y, en su defecto, solo el de la madre de intención.

Ítem	País	Norma	Descripción	Comentarios
8	Estados Unidos	Normas diferentes según el Estado	<p>En los Estados Unidos no existe una norma general que regule de manera uniforme la gestación subrogada en todo el país. En ese sentido, se tiene que:</p> <ul style="list-style-type: none"> - En los Estado de Arizona, Michigan y Nueva York se prohíbe totalmente esta práctica, es considerado un delito³⁹. - La gestación por sustitución está prohibida y el contrato es nulo en: Kansas, Luisiana, Nebraska, Indiana - Los Estados en los que está permitido para cualquier modelo de familia: parejas homosexuales, heterosexuales o solteros: Florida, California, Arkansas, Delaware, New Hampshire, Nevada, Illinois. - Estados en los que está permitida, pero con alguna restricción: Texas, Virginia, Tennessee, Nueva Jersey, Vermont y Washington, como por ejemplo que solo se permite la gestación subrogada altruista o que se necesite una sentencia judicial después del parto. - Estados donde no existe ley, pero sí se admite el procedimiento (serán los tribunales los que deciden en cada caso): Georgia, Alaska, Colorado, Idaho, Wyoming, Montana, Maryland, Carolina del Norte, Minnesota, Nueva Jersey, Nuevo México, Dakota del Norte, Oregón, Connecticut y Rhode Island. 	<p>En los Estados Unidos, el ordenamiento jurídico de cada Estado regula de distinta manera la gestación subrogada; ya sea: i) prohibiéndola expresamente; ii) admitiéndola con restricciones; o iii) admitiéndola sin norma expresa.</p> <p>En los Estados que sí la regulan, se ha establecido como restricción que los padres de intención estén casados, para ser considerados padres legales.</p>
9	Canadá	Ley de la reproducción humana asistida ⁴⁰	<p>No prohíbe la subrogación siempre que la madre sustituta adopte esta decisión solo por razones altruistas.</p> <p>Define a la gestante en su artículo 3 como:</p> <p>⁴¹</p>	<p>En el ordenamiento jurídico canadiense en general se regula y admite la gestación subrogada altruista con la finalidad de permitir la formación de familias de cualquier naturaleza (tradicionales, monoparentales e incluso homosexuales).</p>

³⁹ <https://vozlibre.com/sociedad/paises-legal-la-gestacion-subrogada-19255/>

⁴⁰ Assisted Human Reproduction Act

⁴¹ Ídem

Ítem	País	Norma	Descripción	Comentarios
10	Portugal	Ley n.º 25/2016: Ley que regula el acceso al embarazo de sustitución, tercera reforma de la Ley n.º 32/2006: Ley de procreación asistida médicamente	<p>El artículo 8 define a la gestación subrogada como:</p> <p>Inciso 1 ⁴².</p> <p>Inciso 2 ⁴³.</p>	<p>En el ordenamiento jurídico portugués se regula la gestación subrogada, admitiéndola solo cuando le sea imposible salir embarazada a la madre de intención. La mujer gestante lleva a cabo el proceso de embarazo hasta el nacimiento del bebé y renuncia a sus derechos y deberes.</p> <p>No se puede recurrir a este procedimiento por placer; sino únicamente ante la ausencia o disfunción del útero</p> <p>debe ser una solución reproductiva excepcional. Está destinada a parejas heterosexuales, homosexuales, casadas o viviendo como tal.</p>
11	Grecia	Código Civil Griego modificado con Ley 3089/2002; y, Ley 3305/2005: Ley de Imposición de la Reproducción Médicamente Asistida	<p>Establece que:</p> <p>“La transferencia de óvulos fertilizados al cuerpo de otra mujer se realiza con la condición de que los óvulos no sean originados por esta última y que su gestación esté permitida con una autorización judicial otorgada antes de la transferencia (de los óvulos), siempre que exista un acuerdo por escrito y no relacionado con la consideración financiera entre las personas que desean tener un hijo y la madre subrogada y, en caso de que este último esté casado, también del cónyuge. La autorización judicial se otorga después de que la mujer que desea tener un hijo haya presentado una solicitud, siempre que se apruebe que no es capaz de gestación médica y que la madre subrogada está según su estado de salud está capaz de estar embarazada” (Ley 3305/2005, 2009, art. 1458).</p> <p>- Ley 3089/2002, señala como condición para el procedimiento que el móvil sea netamente altruista y, actualmente, de acuerdo a la modificatoria del 2014, se permite su realización tanto a parejas de otras nacionalidades, mujeres solteras, parejas heterosexuales casadas o no.</p> <p>-Ley 3305/2005</p> <p>Sobre la Gestación Subrogada establece que será permitida cuando la mujer sea incapaz de gestar, mediante un permiso de los Tribunales y siendo necesario un contrato escrito entre las partes.</p>	<p>En el ordenamiento jurídico griego, se regula la gestación subrogada, admitiéndola bajo las siguientes condiciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> - que, cuente con un acuerdo escrito de naturaleza altruista entre los padres de intención y la mujer gestante; y con autorización judicial. - se permite el acceso a esta técnica tanto a extranjeros, mujeres solteras, parejas heterosexuales casadas o no.

⁴² Lei n.º 25/2016, Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006 (Lei de procriação medicamente assistida)

⁴³ Idem

Ítem	País	Norma	Descripción	Comentarios
12	Rusia	Código de Familia de Rusia y Ley N° 5487-1 de 1993, sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación Rusa	<p>- “Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la aplicación de la fecundación <i>in vitro</i> o la implantación del embrión se inscribirán en el Libro de Nacimientos como los padres del niño nacido por medio de dichas técnicas. Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la implantación del embrión en el útero de otra mujer con el fin de que lo gaste, solo serán inscritos como los padres del niño con el consentimiento de la mujer que lo haya parido (gestante)” (Código de Familia, 1993, art. 51°).</p> <p>Ley n.° 5487-1 de 1993, sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación Rusa, cuyo artículo 35° establece que: “Toda mujer mayor de 18 años que se encuentra en edad fértil tiene derecho a la fecundación <i>in vitro</i> y la implantación del embrión. (...) solo se efectuarán en los centros médicos autorizados, siempre que medie el consentimiento escrito de la mujer sin pareja. Los datos sobre la fecundación <i>in vitro</i> y la implantación embrionaria realizadas, así como sobre la identidad del donante tendrán la consideración de secreto médico”.</p>	<p>El ordenamiento jurídico ruso regula la gestación subrogada, estableciendo que los niños que nazcan bajo esta técnica al momento de ser inscritos en el Libro de Nacimientos, se deben precisar que método se utilizó para su concepción.</p> <p>También se establece que aquellas mujeres mayores de 18 años que recuran a técnicas de reproducción solo se deberá ser realizada en los centros médicos autorizados.</p>
13	Ucrania	Código de Familia y la Orden n.° 771 del Ministerio de Salud	<p>El artículo 123.2 del Código de Familia establece que si un embrión concebido por una pareja como resultado de la aplicación de una técnica de reproducción asistida, es transferido dentro del cuerpo de otra mujer, los padres del niño serán la pareja.</p> <p>En el certificado de nacimiento constará el nombre de los padres beneficiarios, siempre que se tenga el consentimiento de la gestante.</p> <p>La orden n.° 771 establece que: la sustituta debe ser legalmente una mujer mayor de edad (más de 18) y tener al menos un hijo propio, ser física y mentalmente sana y capaz de engendrar y dar a luz a un niño.</p>	<p>El ordenamiento jurídico ucraniano regula la gestación subrogada, estableciendo que los padres de intención serán considerados como los padres legales en el certificado de nacimiento, siempre que se cuente con el consentimiento de la mujer gestante.</p>

Ítem	País	Norma	Descripción	Comentarios
14	Israel	Ley n.º 5756-1996: Ley de acuerdo de transporte de embriones Israel ⁴⁴	En cuanto a la gestación subrogada, se aconseja que una mujer casada pueda actuar como gestante en lugar de que solo puedan serlo las mujeres solteras. Para el comité, los acuerdos de gestación subrogada solo deberían admitirse si una pareja no tiene más de un hijo; o, en caso de solteros si él/ella no tiene hijos. La edad máxima para ser padres a través de la gestación subrogada debería ser de 54 años cuando se firma el convenio, y la gestante debería tener hasta 38 años. Además, se recomienda que la gestación se permita a las mujeres solteras que tienen una condición médica acreditada que les impide gestar, a hombres solteros, y a parejas homosexuales, pero solo si la mujer que gesta lo realiza por motivos altruistas, sin recibir retribución alguna. También se aconseja que una mujer solo actúe como gestante un máximo de tres veces. Por último, un comité interministerial reconocería clínicas extranjeras para la ejecución de los acuerdos de gestación subrogada.	El ordenamiento jurídico israelí permite la gestación subrogada únicamente para parejas heterosexuales casadas o con unión de hecho (se excluyen a las parejas homosexuales y personas solteras)

Fuente: Legislación y jurisprudencia del Derecho Comparado

Elaborado por: Investigadoras

⁴⁴ Law 5756-1996: Israeli Embryo Carrying Agreement Act

CAPITULO IV: DISCUSIÓN

Para determinar la incidencia favorable de una regulación legal expresa sobre la gestación subrogada de cara a la efectiva protección jurídica de la familia, resulta necesario analizar los siguientes puntos: **i)** ¿Cuáles son las repercusiones e incertidumbre jurídicas que acarrea la ausencia normativa?; **ii)** ¿Qué derechos fundamentales se encuentran en juego y podrían verse afectados con la ausencia normativa? Posteriormente, de admitirse la incidencia favorable de la regulación legal, será necesario proceder a analizar si, **iii)** ¿Debe establecerse alguna restricción para el uso y aplicación de la gestación subrogada?

4.1. INCERTIDUMBRES Y REPERCUSIONES DE RELEVANCIA JURÍDICA DEBIDO A LA AUSENCIA NORMATIVA

A partir del análisis de la información recopilada, se ha identificado que la ausencia de una norma legal que regule expresamente la gestación subrogada, genera las incertidumbres y repercusiones de relevancia jurídica que se detallan a continuación:

- Incertidumbre sobre la filiación del menor
- Incertidumbre sobre los deberes, derechos y obligaciones de los padres de intención de la mujer gestante.
- Incertidumbre sobre la ilicitud o licitud de la gestación subrogada.
- Vulnerabilidad de los padres de intención y mujer gestante frente actos delictivos
- Imputaciones arbitrarias contra los padres de intención.

A continuación, pasamos a explicar cada uno de estos puntos:

4.1.1. Incertidumbre sobre la filiación del concebido

La Real Academia Española (RAE, 2020) define la palabra “filiación” como la procedencia de los hijos respecto a los padres; asimismo, define como “madre” a la mujer que ha concebido o ha parido un hijo; y como “padre” al varón que ha engendrado un hijo.

Según Varsi (2003), la filiación en sentido estricto, es el vínculo que une a los padres con sus hijos y establece una relación de sangre y de derecho entre ellos. En esa misma línea, Planiol y Rippert (citado por Varsi, 2003) señalan que es la relación que existe entre dos personas de las cuales una de ellas es el padre/madre de la otra; mientras que Rodríguez (citado por Varsi, 2003) señala que la filiación es la relación de parentesco consanguíneo, en primer grado en línea recta que vincula a una persona con aquella que ha generado su nacimiento.

En ese contexto, las investigadoras consideramos que, **tradicionalmente**, la filiación se ha entendido como aquel vínculo que une a un hijo con aquellas personas que dieron origen a su concepción a partir de la unión de sus células sexuales (óvulo y espermatozoide), a quienes se les denomina padre/madre; de manera que, **necesariamente**, la estructura celular de los primeros (hijos) ha sido originada y comprende la información genética de los segundos (padres); sosteniéndose como verdad absoluta que los padres e hijos se encuentran unidos por **lazos biológicos, genéticos o consanguíneos**.

Esta idea tradicional, ha sido recogida en el Código Civil peruano de 1984, cuerpo normativo donde se establece que:

- **En el caso de hijos nacidos dentro del matrimonio**, ese vínculo de filiación entre padres e hijos se presume; pudiendo negarse la paternidad/maternidad únicamente cuando se demuestre con una prueba científica (principalmente la prueba de ADN⁴⁵) que no existe (véase artículo 363° numeral 5)⁴⁶; artículo 371°⁴⁷ del Código Civil peruano, concordante con artículo 1° de la Ley n.° 27048⁴⁸).

- **En el caso de hijos nacidos fuera del matrimonio**, el vínculo de filiación entre padres e hijos debe demostrarse con una prueba científica (principalmente la prueba de ADN) para declarar judicialmente la paternidad/maternidad (véase artículos 387°⁴⁹ y 402°⁵⁰ del Código Civil peruano).

Con todo, es posible inferir que en el ordenamiento jurídico peruano, la filiación se determina sobre la base de la existencia del vínculo biológico, genético o consanguíneo [entendiéndose como sinónimos estos tres términos] entre dos

⁴⁵ ADN es la sigla del ácido desoxirribonucleico, proteína compleja que se encuentra en el núcleo de las células y contiene la información genética de los seres vivos que se trasmite de padres a hijos. Si los seres humanos se forman a partir de la unión un óvulo con un espermatozoide (células sexuales); entonces cada individuo recibe la mitad de su material genético del padre biológico y la otra mitad de la madre biológica.

En ese sentido, la prueba de ADN es un examen científico que permite determinar si existe identidad entre el material genético del presunto padre y del presunto hijo.

⁴⁶ **Artículo 363. Negación de paternidad**

El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo: (...)

5. Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El Juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza”.

⁴⁷ **Artículo 371. Impugnación de la maternidad**

La maternidad puede ser impugnada en los casos de parto supuesto o de suplantación del hijo”.

⁴⁸ **Artículo 1. Admisibilidad de la Prueba Biológica, Genética u otras.**

En los casos de negación de paternidad matrimonial, impugnación de maternidad y acción de filiación a que se refieren los artículos 363, 371 y 373 del Código Civil es admisible la prueba biológica, genética u otras de validez científica con igual o mayor grado de certeza”.

⁴⁹ **Artículo 387. Medios probatorios en filiación extramatrimonial**

El reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad son los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial”.

⁵⁰ **Artículo 402. Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial**

La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:(...)

6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo o hija a través de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. El juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza”.

personas; de tal manera que: **i)** se reconocerá a una persona la calidad de padre/madre legal de un nuevo ser, si este fue concebido a partir de las células sexuales de aquellos; y, *a contrario sensu*, **ii)** se denegará a una persona la calidad de padre/madre legal de un nuevo ser, si la concepción de este no tiene su origen en las células sexuales de aquellos.

Sin embargo, en el caso de la gestación subrogada se observa que el embrión implantado en el útero de la mujer gestante muchas veces es concebido a partir de las células sexuales de terceras personas y no de los padres de intención, precisamente, debido a los problemas de infertilidad que estos pretenden superar. En efecto, siguiendo los argumentos de Mosquera (citado en Pillaca, 2012) el embrión puede tener su origen en los óvulos de la mujer gestante o de una donante; y la misma manera, en los espermatozoides de un donante.

Al respecto, la aplicación literal y estricta de las reglas de filiación del Código Civil peruano, nos permitirían afirmar en estos casos, lo siguiente:

- Que, la mujer gestante o mujer donante que aportó sus óvulos para la concepción del nuevo ser, tiene un vínculo de filiación con este; y, en consecuencia, debe reconocérsele como madre legal.
- Que, el varón donante que aportó sus espermatozoides para la concepción del nuevo ser, tiene un vínculo de filiación con este; y, en consecuencia, debe reconocérsele como padre legal.

- que, el padre/madre de intención que no aportó células sexuales para la concepción del nuevo ser, no tienen ningún vínculo de filiación con este; y, en consecuencia, no podría reconocérseles como padre/madre legal.

Es precisamente, en este contexto que surgen las incertidumbres de naturaleza jurídica respecto a la filiación, las mismas que se exponen a continuación:

- **Respecto a los donantes de gametos**

¿Es jurídicamente coherente reconocer la filiación paterno-filial a una persona que no ha manifestado su voluntad de ser padre/madre; sino que solo ha tenido el deseo de aportar sus células sexuales para colaborar con el deseo de otras personas de convertirse en padres?

- **Respecto a los padres de intención**

¿Es jurídicamente coherente negar la filiación paterno-filial a una persona que ha manifestado su voluntad de convertirse en padre y su deseo de fundar una familia, recurriendo al procedimiento de la gestación subrogada y a la colaboración terceras personas (con sus gametos) para tal finalidad?

4.1.2. Incertidumbre sobre los derechos, deberes y obligaciones de la mujer gestante, de los donantes de gametos y de los padres de intención.

De acuerdo a lo expuesto en el punto precedente, existe incertidumbre respecto a la filiación paterno-filial del concebido mediante gestación

subrogada. Esta situación, replica otras incertidumbres sobre los derechos, deberes y obligaciones de la mujer gestante, de los donantes de gametos y de los padres de intención; e, incluso del propio concebido, según los detalles que se exponen a continuación:

- **Derechos de los donantes de gametos**

Al respecto, se tiene la siguiente incertidumbre de relevancia jurídica:

¿Si la mujer o el varón donante de gametos, que inicialmente manifestaron su voluntad de no ser padre/madre, pueden retractarse luego y reclamar la paternidad/maternidad, la patria potestad, tenencia, etc., en base al vínculo de filiación con el menor concebido mediante gestación subrogada?

- **Obligaciones de los donantes de gametos**

Al respecto, se tiene la siguiente incertidumbre de relevancia jurídica:

Si se reconoce que la mujer o el varón donante de gametos tienen un vínculo de filiación (y por tanto son padre/madre) del concebido mediante gestación subrogada ¿Aquellos donantes deben asumir exclusivamente los gastos del embarazo, el parto y las obligaciones alimentarias del nuevo ser?

- **Obligaciones de los padres de intención**

Al respecto, se tiene la siguiente incertidumbre de relevancia jurídica:

Si no se reconoce vínculo de filiación (y se niega la paternidad/ maternidad) a los padres de intención (pues no aportaron sus gametos): ¿Entonces los padres de intención no tienen ninguna deber ni obligación respecto al proceso

de gestación [que ellos promovieron], el parto del concebido ni respecto a su cuidado, derecho alimentario, sucesorio, entre otros?

- **Obligaciones en caso de separación de los padres de intención**

Al respecto, se tiene la siguiente incertidumbre de relevancia jurídica:

Si los padres de intención son cónyuges o convivientes, y deciden separarse durante el proceso de gestación subrogada ¿Podrían renunciar a la paternidad/maternidad del menor que está por nacer y liberarse de sus obligaciones con aquel?

- **Derechos de la persona concebida mediante gestación subrogada**

Al respecto, se tiene las siguientes incertidumbres de relevancia jurídica:

El individuo concebido mediante gestación subrogada: ¿Podría impugnar la paternidad/maternidad de los padres de intención? ¿Podría demandar la declaración de filiación con los donantes de gametos? ¿Podría demandar y reclamar su derecho alimentario o sucesorio a los donantes de gametos (en el entendido de que según las reglas de filiación del Código Civil peruano estos últimos son sus verdaderos padres)?

Como es de verse, las incertidumbres planteadas sustentan la necesidad social de contar con normas claras que permitan crear un entorno de seguridad jurídica respecto a la filiación del menor concebido mediante gestación subrogada, y respecto a los deberes, derechos y obligaciones de todos los intervinientes en el proceso (donantes de gametos, padres de

intención, concebido e incluso las clínicas que llevarán a cabo el proceso médico).

4.1.3. Incertidumbre sobre la ilicitud o licitud de la gestación subrogada.

En la actualidad, sobre la base de la lectura del artículo 7° de la Ley General de Salud, se han construido dos posiciones jurídicas contradictorias respecto a la admisión legal de la gestación subrogada en el Perú; la primera de ellas sostiene su ilicitud, mientras que la segunda, defiende su licitud, conforme se detalla a continuación:

a) Posición que sostiene su ilicitud

Al respecto, diferentes doctrinarios y jueces (como se ha detallado en el capítulo de “Resultados”) han interpretado la precitada norma, en el sentido de que la gestación subrogada constituye un acto que se encuentra fuera del marco de la legalidad y que conlleva la lesión de la dignidad humana. En esta línea de pensamiento se encuentra Varsi, quien considera que la gestación subrogada constituye un hecho jurídico con los siguientes atributos:

- Presenta un objeto físico y jurídicamente imposible.

Discrepamos con el autor porque en este procedimiento no se trata de identificar al concebido como una mercancía, si no como un ser humano deseado por los padres de intención y es una realidad fácticamente posible la de concebir un menor a través de técnicas de reproducción asistida y por ese medio permitir a las personas infértiles su derecho a formar una familia, que es a todas luces, el fin último que se persigue. En relación a lo jurídicamente imposible, consideramos que si bien es cierto la Ley General de Salud puede

interpretarse en el sentido de que se encuentra prohibida la gestación subrogada (según sostiene el Varsi); también es verdad que la Constitución Política del Estado y el Derecho Convencional contienen normas jurídicas de superior jerarquía a la ley; reconociéndose en este plano los derechos fundamentales a la salud reproductiva, la vida privada, a fundar una familia y el interés superior de los menores, todos los cuales ampararían el uso de la gestación subrogada; conforme se desprende de los fundamentos de la sentencia recaída en el expediente n.º 06374-2016 y emitida por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima.

- **Presenta un fin ilícito.**

Discrepamos con el autor debido a que la finalidad de la gestación subrogada no es una contraprestación económica; de suceder ello, es el Derecho el que debe establecer la interdicción de tal posibilidad superficial. Por lo contrario, debe entenderse que la gestación subrogada utiliza como medio la concepción artificial de un ser humano con el fin último de permitir que las personas infértiles puedan hacer efectivo su derecho de formar una familia afirmándose de esa manera su dignidad y su derecho a la igualdad dentro de la sociedad, todo lo cual de ninguna manera podría considerar como un fin ilícito.

- **Atenta contra el orden público al comercializarse el cuerpo humano.**

Discrepamos con este criterio porque el orden público no puede verse afectado con la búsqueda de la protección y efectivo ejercicio de los derechos fundamentales, dentro de la ponderación de estos debe de priorizar, el

derecho a fundar una familia, la igualdad y la dignidad de las personas infértiles.

- **Es contraria a las normas naturales de filiación.**

Discrepamos con el autor porque el Derecho debe evolucionar con la sociedad y debe buscar en cada momento históricos crear las condiciones necesarias para la protección y vigencia de los derechos fundamentales; en consecuencia, la regulación legal de la gestación subrogada a favor de las personas infértiles conllevará como consecuencia la modificación de las reglas de la filiación en el Código Civil, actualizando de esa manera el ordenamiento jurídico para compatibilizarlo con las nuevas realidades sociales.

b) Posiciones que defienden su licitud

En este punto los doctrinarios y los jueces otorgan un enfoque distinto a la gestación subrogada, considerando que esta técnica sí es admisible y lícita en relación al artículo 6º del Código Civil, convirtiéndose en un acto de disposición del propio cuerpo, en donde sería válido si corresponde a un estado de necesidad. Esta posición nos parece que brinda fuerza al espíritu de la norma, ya que se puede llegar a admitir esta técnica a través de una posición constitucional; sin perjuicio de ello, consideramos que solo una regulación expresa acabaría con cualquier confusión respecto al acceso de la gestación subrogada.

En adición a ello, como se ha expresado también en las sentencias judiciales emitidas en casos vinculados con nuestra materia de estudio (sentencias recaídas en los expedientes n.º 4323-2010 y n.º 01286-2017), el artículo 7º de la Ley General de Salud no establece prohibición expresa para uso de las técnicas de reproducción, y por lo tanto, podría ser interpretada como una conducta lícita toda vez que de acuerdo al artículo 2º, numeral 24, literal a) de la Constitución Política del Estado, nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe.

4.1.4. Vulnerabilidad de los padres de intención y mujer gestante frente actos delictivos

Consideramos que la falta de regulación jurídica genera la posibilidad que se cometan actos delictivos en agravio de los padres de intención y también de las mujeres gestantes, tales como:

- **Extorsión:**

Según el artículo 200º del Código Penal peruano, este delito se configura cuando el agente, mediante violencia o amenaza, obliga a una persona a otorgarle una ventaja económica. En el caso concreto, la ausencia de regulación legal sobre la gestación subrogada podría dar lugar a que la mujer gestante, bajo amenaza de abortar o de no entregar al menor, obligue a los padres de intención a otorgar una ventaja económica a su favor o a favor de tercero, tal como –ocurrió en los hechos materia de análisis de la Casación recaída en el expediente n.º 563-2011-Lima Es aquí donde cabe preguntarse, ¿no es importante establecer parámetros legales claros para conocer el

estado físico y emocional de la mujer gestante así como definir sus derechos, deberes y obligaciones respecto al menor?

- **Estafa:**

Según el artículo 196° del Código Penal peruano, este delito se configura cuando el agente procura un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado, mediante engaño, astucia y ardid. En el caso concreto, la ausencia de una regulación legal sobre gestación subrogada podría dar lugar a que personas inescrupulosas se procuren el pago de un beneficio económico induciendo a error a los padres de intención, utilizando como medio el engaño del perfeccionamiento de un acuerdo de gestación subrogada e inicio del procedimiento, informándoseles posteriormente del arrepentimiento de la mujer gestante de entregar al menor.

En ese sentido cabe preguntarse, ¿no es importante establecer parámetros legales claros respecto a las personas naturales y jurídicas que cumplen los requerimientos técnicos-médicos mínimos y que se encuentren autorizados y registrados ante la autoridad pública competente para llevar a cabo el proceso de gestación subrogadas? Consideramos que con la implementación de esta medida legal se reducirían al mínimo situaciones como la descrita.

4.1.5. Imputaciones arbitrarias contra los padres de intención.

La falta de regulación legal y con ello, la incertidumbre vigente respecto a la filiación del concebido mediante gestación subrogada, genera la posibilidad de que se formulen imputaciones arbitrarias e injustas contra los padres de intención por la comisión de distintos delitos, tales como:

- **Sustracción de menor o secuestro:**

Según el artículo 147° y 152° del Código Penal peruano, el delito de sustracción de menor se configura cuando el agente, mediando relación parental, sustrae a un menor a quien ejerce la patria potestad; mientras que, el secuestro se configura cuando el agente, sin derecho, motivo ni facultad justificada, priva a otro de su libertad personal, cualquiera sea el móvil.

En los casos de gestación subrogadas se pueden identificar dos hechos recurrentes: **i)** al menos uno de los padres de intención no aporta gametos (precisamente por los problemas de infertilidad); **ii)** el gameto femenino para procurar la concepción del nuevo ser es aportado por la mujer gestante. En ese sentido, por lo general, la mujer gestante y el padre de intención tienen vínculo de filiación con el concebido; lo que no ocurre con la madre de intención.

Bajo esa premisa, y en el supuesto de que la mujer gestante [o la mujer que donó sus gametos] se arrepienta de haber entregado al menor a los padres de intención y reclame su tenencia (en calidad de madre genética), conllevaría a calificar estos hechos dentro del tipo penal de Sustracción de menor de edad y de Secuestro. En efecto, la ausencia de normativa que reconozca la

gestación subrogada así como las nuevas reglas de filiación que deberían derivar de ella, permitirían imputar al padre de intención (que cuenta con vinculación genética) el hecho de haber sustraído al menor del progenitor que ostentaba la patria potestad (la mujer gestante con vinculación genética); mientras que a la madre de intención (que no ostenta vínculo genético), podría imputársele el hecho de haber privado de su libertad al menor sin tener derecho, motivo, ni facultad justificada; lo cual, evidentemente constituiría una arbitrariedad.

- **Aborto:**

Según el artículo 114° del Código Penal peruano, este delito se configura cuando la mujer causa su aborto o consiente que otro le practique; asimismo, el artículo 24° del mismo cuerpo normativo considera instigador al que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible reprimiéndolo con la misma pena del autor. En el caso concreto, el concebido puede tener enfermedades congénitas o malformaciones que podrían sustentar la decisión de los padres de intención de solicitar la interrupción del embarazo aún en contra de la voluntad de la mujer gestante, situación que podría imputárseles a título de instigación al aborto.

- **Falsificación de documentos:**

Según el artículo 427° del Código Penal peruano, este delito se configura cuando el agente, hace un documento falso o adultera uno verdadero que pueda dar origen a un derecho o servir para probar un hecho. En el caso concreto, los padres de intención podrían inscribir el nacimiento del menor en el registro correspondiente; empero, ante la ausencia de norma jurídica que

reconozca el derecho de filiación del padre de intención que no haya aportado gametos [y por tanto no tenga vínculo sanguíneo con el menor], podría imputárseles el hecho de adulterar la verdad en un documento público: como es el acta de nacimiento, en el entendido de que ha declarado ser padre de un hijo que no es suyo, lo cual es una nos conduciría a una situación totalmente arbitraria.

- **Trata de Personas:**

Según el artículo 153° del Código Penal peruano, este delito se configura cuando el agente capta, transporta, traslada, acoge, recibe o retiene a otro en el territorio de la república o para su salida o entrada del país con fines de explotación. El tipo penal precisa además que el término “fines de explotación” comprende, entre otros, la venta de niños, la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos.

Así, la ausencia de regulación legal sobre la gestación subrogada podría conllevar a que los operadores de justicia atribuyan a los padres de intención la comisión del delito de trata de persona, mediante la imputación de los siguientes hechos: **i)** haber captado a la mujer gestante mediante prestación económica o engaño, y luego haberla trasladado al lugar donde se llevará a cabo el proceso de gestación subrogada, aún bajo su propia voluntad, con la finalidad de extraerle sus óvulos o utilizar su vientre para el proceso de gestación; **ii)** haber trasladado o intentar trasladar a un menor de edad fuera del país sin tener vínculo de filiación con aquel, como lo sucedido con los

esposos Tovar Madueño en agosto de 2018, cuando pretendieron trasladarse desde Lima hacia Chile con sus hijos concebidos mediante gestación subrogada.

4.2. DERECHOS FUNDAMENTALES EN JUEGO QUE PODRÍAN VERSE AFECTADOS CON LA AUSENCIA NORMATIVA

A partir del análisis de la información recopilada se ha identificado que la ausencia de una norma legal que regule expresamente la gestación subrogada, podría afectar o poner en riesgo la vigencia de los derechos fundamentales que se detallan a continuación:

4.2.1. Derecho a la salud reproductiva

Según el artículo 7° de la Constitución Política: "Todos tienen derecho a la protección de su salud", y según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud no solo se refiere a la ausencia de afecciones y enfermedades y el derecho a la atención médica, sino a los factores determinantes básicos de la **salud sexual y reproductiva**.

Conforme se desprende de los fundamentos expuesto en la sentencia del expediente n.º 06374-2016 expedido por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, la **salud sexual** es un estado de bienestar físico, mental y social relacionado con la sexualidad; mientras que, **la salud reproductiva**, incluye información, bienes, establecimientos y servicios de

salud reproductiva que permitan a las personas adoptar decisiones sobre su comportamiento reproductivo.

El derecho a la salud sexual y reproductiva está ligado al derecho a la vida privada; y el derecho a la vida privada, a la autonomía reproductiva y a fundar una familia comprende el derecho de toda persona a acceder al más avanzado progreso científico para su efectivo ejercicio; reconociéndose, en consecuencia, el derecho de acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva y la prohibición de restricciones para ejercer las decisiones reproductivas que corresponden a cada persona.

Entonces, la salud reproductiva hace referencia a la capacidad de reproducirse y la libertad de adoptar decisiones informadas, libres y responsables. También incluye el acceso a una serie de información, bienes, establecimientos y servicios de salud reproductiva que permitan a las personas adoptar decisiones informadas, libres y responsables sobre su comportamiento reproductivo.

Esto significa que toda persona tiene derechos a tomar un tratamiento médico adecuado para el problema que padece; así como tomar las medidas correspondientes debidamente informado y libres en relación con el ámbito de su salud.

Por eso es por lo que el derecho a la salud reproductiva también es indivisible e interdependiente respecto de otros derechos humanos. Está íntimamente ligado a los derechos civiles y políticos que fundamentan la integridad física y mental de las personas y su autonomía, como los derechos a la vida; a la libertad y la seguridad de la persona; la privacidad y el respeto por la vida familiar; y la no discriminación y la igualdad.

Por consiguiente, en los casos de gestación subrogada el derecho a la salud reproductiva se encuentra vinculado con los derechos a la intimidad o vida privada, junto con los derechos de los menores y la tutela de su interés superior.

En otras palabras, si la norma jurídica no proscribe el uso de técnicas de reproducción asistida y, la normativa convencional sí reconoce tal alternativa como una manera legítima de ejercer los derechos a la salud reproductiva, autodeterminación y privacidad, entonces, no existen razones para que el Estado peruano desconozca la validez o el resultado uso de este método de reproducción.

4.2.2. Derecho a fundar una familia

La Constitución Política del Estado reconoce a todas las personas el derecho a la intimidad familiar y el derecho a decidir en materia de maternidad y paternidad responsable; y por sobre todo consagra la protección jurídica de la familia por parte de la sociedad y el Estado (Léase artículos 2°, numeral 6 y 7, artículo 4° y 6°). De la misma manera, en el Derecho Convencional, el

Comité de Derechos Humanos ha señalado que el derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos; que, en ese sentido, los padres de intención tienen derecho a fundar una familia acudiendo a los métodos científicos que permite el ordenamiento jurídico (Léase sentencia recaída en el expediente n.º 06374-2016 expedido por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima)

En ese sentido, las personas tienen derecho a elegir como van a formar su familia y los medios para lograrlo, puesto que se encuentra dentro de la autonomía personal y esta es protegida por el Derecho ergo debe ser respetada.

Los derechos sexuales y reproductivos consolidados actualmente en el Derecho Convencional, no se agotan en la libertad de decidir si procrear o no, cuando y con qué frecuencia, sino que también acceder a los métodos y técnicas que contribuyen a la salud reproductiva, incluyendo las tecnologías para tratar la infertilidad y para permitir a las parejas tener hijos. Así, está constituido por el dominio que tendría una pareja o una persona sobre la procreación, y que en virtud de las técnicas de reproducción asistida se permita ejercitar este derecho.

Por tanto, en virtud de este derecho, sería legítimo que se realice cualquier práctica que permita tener un hijo, ya sea en el propio cuerpo o incluso a través de la colaboración de otra persona, siempre que tenga su consentimiento. El

derecho a fundar una familia, considerado de esta manera, sería un derecho personal y absoluto de la persona.

Consideramos además que el derecho fundamental a fundar una familia está implícito en la dignidad de la persona, en el reconocimiento de sus derechos inherentes y en el libre desarrollo de la personalidad, pero, sobre todo, una manifestación de la libertad, ya que implica una elección que se vincula con la libertad física de asumir derechos y obligaciones derivados de la procreación.

Finalmente, el derecho a fundar una familia podría considerarse integrado al derecho a la vida, ya que contiene dos de las fundamentales características de la personalidad, el imperativo natural de búsqueda y consolidación de la pareja humana y la consecuente procreación de los hijos.

4.2.3. Derecho a la Dignidad e igualdad ante la Ley

Estas posiciones nos permiten preguntarnos ¿qué pasa con la dignidad de las personas infértiles? Consideramos que poseen los mismos derechos que una persona que no presenta ningún problema en su salud reproductiva y que por tanto deben permitírsele acceder a todos los procedimientos tecnológicos que permita el ejercicio de efectivo de esos derechos en igualdad de condiciones. De esta forma consideramos que el procedimiento de gestación subrogada es una solución para que las personas estériles puedan ejercer su derecho a fundar una familia al igual que los demás integrantes de la sociedad.

4.2.4. Derecho a la protección de la familia

Hemos visto que la protección de la familia constituye una garantía tanto en la Constitución Política del Perú como en el Derecho Convencional, por lo que esta protección se extiende a cualquier unidad social cuyos miembros estén vinculados por relaciones semejantes a las de índole conyugal o parental.

La familia es una institución básica para el desarrollo de políticas de Estado en materia de protección integral de la minoridad y su destrucción es letal para cualquier intento de construir una sociedad fuerte y organizada sustentada en valores permanente. Además de ello, se reconoce derechos y deberes de los miembros de la familia, como por ejemplo el deber de los padres de brindar educación y proveer alimentos a sus hijos, el deber de los hijos radica en respetar y asistir a los padres, prohíbe toda mención sobre la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad, protege a la madre, al niño y al anciano, en caso de desamparo.

El derecho a la Protección de la Familia se encuentra regulada en el artículo 4° de la Constitución mientras que el artículo 10 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales reconocer a la familia, como elemento natural y fundamental de la sociedad, debiendo otorgar la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución.

En tal sentido el Estado está en la obligación de garantizar la plena vigencia de los derechos a quienes son parte de una familia y a los que deseen fundar una, sin importar el origen, composición o el tipo de vínculo que los una. De

esta manera las familias formadas con hijos resultantes del proceso de gestación subrogada también merecen ser protegidas en su máxima expresión.

4.2.5. Derechos vinculados al interés superior del niño

A lo largo de la presente tesis se ha expuesto lo mencionado por distintos juristas, normas nacionales e internacionales sobre el Principio de Interés Superior del Niño y su vinculación con otros derechos; citando a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º 04058-2012-PA/TC y lo señalado en la Corte Interamericana de los Derechos Humanos quienes precisan que se debe tener en cuenta la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos de los niños, niñas y adolescentes; por lo que está relacionado con el derecho a la identidad del menor, derecho a tener unos padres que lo quieran, el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo.

La gestación subrogada no vulnera el interés superior del niño, sino por el contrario, lo satisface. Así, tal cual se ha plasmado en la jurisprudencia nacional, mediante la sentencia de casación del expediente n.º 563-2011-Lima expedido por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, la sentencia del expediente n.º 183515-2006 expedido por el Decimoquinto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Lima y en el caso internacional Buzzanca Vs. Buzzanca (Estados Unidos), la interacción entre los padres y niños nacidos mediante esta técnica es positiva, pues se trata de niños extremadamente queridos y criados por padres muy comprometidos.

Por otra parte, cabe señalar que no puede violar el interés superior del niño, su existencia no hubiera sido posible de no haberse recurrido a esta técnica, además existe la convicción de que las personas que se harán cargo de él cuidarán de su bienestar, toda vez que el menor nace en una familia que lo deseó tanto que recurrió a la gestación subrogada, el mismo que no es un procedimiento sencillo ni económico.

A contrario sensu nos atrevemos a afirmar que, sí vulneraría el interés superior de niño el hecho de que no se le permita estar con las personas que lo desearon y quisieron asumir el rol de padres incluso antes de que el existiera.

De lo investigado, podemos confirmar que es necesario contar con una regulación legal que le otorgue seguridad jurídica al menor y que de este modo lo proteja, configurándose como la piedra angular a la hora de establecer un marco normativo a esta técnica. Así, cuando hablamos de proteger el interés superior del niño afirmamos que se debe contar con un marco legal adecuado, en donde una de las cuestiones más relevantes a integrar, sino la más importante, es la determinación de la filiación derivada de la gestación subrogada.

4.3. LÍMITES AL PROCEDIMIENTO DE GESTACIÓN SUBROGADA

Si bien es cierto el reconocimiento y admisión normativa de la gestación subrogada podría incidir favorablemente en la efectiva vigencia de los derechos reproductivos, del derecho a fundar una familia y a la protección de

la misma; un uso inadecuado y perverso de este procedimiento también podría generar situaciones adversas para los derechos fundamentales y la dignidad de las persona humana, como podría ser: **i)** la utilización del cuerpo de las mujeres con aptitud para aportar óvulos o para llevar a cabo la gestación como una mercancía o para la búsqueda de un lucro; o, **ii)** la reproducción de seres humanos en serie para su comercialización, para confinarlos a ser explotados laboralmente o sexualmente o para extraerle sus órganos, entre otros.

De otro lado, resulta importante tener en cuenta las condiciones psicosomáticas de los padres de intención y de la mujer gestante, y cautelar que el menor concebido pueda obtener de los padres de intención los cuidados y atención de necesidad por lo menos durante el tiempo que demore alcanzar la mayoría de edad; así pues, no sería razonable: **i)** que, una mujer menor de edad pueda asumir el rol de mujer gestante o de madre/padre de intención; o que, **ii)** personas mayores de 65 años o con una esperanza de vida muy corta pretendan ser padres mediante gestación subrogada.

En ese sentido, así como se ha establecido la necesidad que contar con una norma jurídica que legalice la gestación subrogada de manera expresa, consideramos importante identificar las limitaciones jurídicas que también deben introducirse, tales como:

4.3.1. Limitaciones respecto a los padres de intención:

- Estado de infertilidad de los padres de intención.

El acceso a la gestación subrogada debe estar condicionado a la acreditación de la infertilidad de por lo menos uno de los padres de intención.

Es un requisito indispensable que los padres de intención tengan alguna imposibilidad para concebir o que no puedan llevar a término un embarazo o no puedan hacerlo sin que represente un riesgo para la salud tanto de la mujer o del niño por nacer.

Con este requisito se trata restringir las posibilidades de recurrir a esta técnica únicamente a aquellas mujeres que son médicamente incapaces de tener un hijo. Asimismo, se lograría prevenir que aquellas mujeres que sí son capaces deleguen las incomodidades del embarazo en otra mujer por su propia comodidad o por razones estéticas.

Una mujer no está obligada a tener un hijo y puede decidir no hacerlo, pero ¿puede ella legítimamente transferir el riesgo a otra mujer, sobre todo si esto implica recurrir a la gestación-subrogada sin razones médicas? Cabe tener en cuenta que este requisito también se verifica cuando se trata de matrimonios o parejas compuestas por dos hombres o en los casos de hombres solos, dado que, por razones de biología, tienen incapacidad de concebir y de gestar.

En ese sentido se debe acompañar un certificado médico que acredite la imposibilidad de concebir o de llevar a término un embarazo de la mujer soltera o que forme parte de una pareja de intención, o de ambas mujeres, si se trata de una pareja homosexual. Cuando se trate de parejas homosexuales de hombres o de un hombre no será necesario el certificado ya que se trataría de una incapacidad estructural y no médica. Asimismo, es certificado médico donde se precise la incapacidad debe ser verificado por un equipo multidisciplinario.

- **Finalidad de fundar una familia**

El acceso a la gestación subrogada debe estar condicionado a la finalidad de fundar una familia, prohibiéndose la persecución de cualquier otra finalidad.

A lo largo de la investigación hemos evidenciado que quienes se oponen a la gestación subrogada consideran que esta refiere a la cosificación de la mujer. La gestante se convierte en una incubadora para el hijo de otro.

Se argumenta también que la lucha de la mujer por no ser apreciada exclusivamente por su capacidad de gestar es larga, por lo que resultará positivo que la nueva norma jurídica que regule la materia proscriba prácticas que podrían llevarnos a la explotación del cuerpo de la mujer y no a fundar una familia.

Así, consideramos que la gestación subrogada debe contar con una regulación que establezca, entre otras reglas donde se definan que la finalidad de recurrir a esta práctica sea la de poder formar una familia. Cumpliendo con el principio del interés superior del niño ya que se está velando porque nazca en un entorno familiar que lo desea y que lo protegerá.

- **Parámetros de edad y de salud mental**

El acceso a la gestación subrogada debe estar condicionado a que los padres de intención tengan cuanto mínimo 18 años y como máximo 40 años, y se cuente con certificación médica de su buen estado de salud mental. Con esa limitación consideramos: **i)** que, en el extremo de la edad mínima se garantizará que los padres de intención haya llegado a un grado de madurez mínimo que les permita asumir responsabilidades y deberes de manera plena para con el menor; **ii)** que, en el extremo de la edad máxima, se garantiza que personas con una esperanza de vida muy corta puedan acceder a ser padres de intención, evitando así que el menor se pueda convertir en huérfano al breve plazo y que se le condene al desamparo y la satisfacción de sus necesidades básicas. De otro lado, resulta indispensable que se pueda acreditar un estado de salud mental que permita garantizar un perfil psicológico compatible con el rol de padre.

4.3.2. Respecto a las mujeres gestantes y los donadores de gametos

- Colaboración altruista o a título gratuito

El acuerdo de gestación subrogada y por tanto la colaboración que debe prestar la mujer gestante o los donadores de gametos debe ser altruista y realizarse a título gratuito, prohibiéndose las contraprestaciones económicas o el afán de lucro.

Durante la investigación se identificó que los motivos para acceder a ser parte de la gestación subrogada pueden ser varios, algunos implican la comercialización del cuerpo humano a cambio de dinero, o dicho en otros términos el afán de lucro. Por ello, consideramos que el fin dominante debe ser el altruismo: el deseo de ayudar a personas o familiares infértiles a tener un hijo, contribuyendo así a su bienestar.

No obstante, debemos de preguntarnos ¿hasta qué punto puede estimarse que un acuerdo de gestación subrogada sea considerado como altruista y desinteresado existiendo una compensación que cubre los gastos médicos, de asistencia y alimentarios otorgados a la gestante durante el embarazo?

Estimamos que sólo debe reputarse oneroso un acuerdo de esta naturaleza cuando enriquezca a la gestante, esto es, cuando reciba una contraprestación por la prestación de un servicio, más no cuando estos gastos sean la consecuencia y lo demande el propio estado [de gestación].

De esta forma, estamos de acuerdo que se otorgue a la gestante una compensación (liberada de connotaciones comerciales o contractuales), escenario que es el más justo y equilibrado, debido a que: **i)** Evita que la gestación subrogada se convierte en un oficio impuesto por la pobreza y tolerado por el Estado; **ii)** Facilita un acuerdo basado en la confianza, el hecho de que se pueda compensar y no pagar un precio llevará a que el acuerdo sea entre parientes, amigas u otras mujeres de confianza, facilitando el cumplimiento del acuerdo y disminuyendo las posibilidades de conflicto; **iii)** Como sociedad siempre hemos devaluado e invisibilizado el trabajo tradicional de las mujeres, como enseñar o cuidar a los hijos; la gestación es algo propio de la mujer, por lo que negar una compensación implica seguir devaluando e invisibilizando el trabajo de las mujeres; **iv)** el pago de una compensación no atenta contra el interés superior del niño; prohibir o no otorgar efectos a una gestación subrogada porque se ha entregado una compensación, o porque esa compensación ha sido superior a lo razonable, redundaría en perjuicio del interés superior del niño, debido a que si los padres de intención pagan a las gestantes más de lo que se tiende por gastos razonables, podría negárseles la posibilidad de ser los padres legales.

- **Parámetros de edad y de buen estado de salud físico y mental**
- La mujer gestante tenga cuanto mínimo 18 años y como máximo 40 y se cuente con certificación médica de su buen estado de salud física y mental.

Consideramos que la mujer que colaborará con la donación de los óvulos o con el proceso de gestación debe tener la edad mínima de 18 años que permita obtener una manifestación de la voluntad con todos los requisitos de validez previstos en la ley; además esta edad garantiza de manera mínima que ha alcanzado el grado de desarrollo físico-biológico mínimo como para poder llevar un embarazo. De otro lado se hace necesario acreditar su buen estado de salud físico y mental que permitan verificar que tiene un perfil compatible con la ejecución de una labor biológica tan delicada.

4.3.3. Respecto a los profesionales o clínicas especializadas en gestación subrogada.

- Autorización y registro del servicio médico

Consideremos necesario que la autoridad competente verifique que los profesionales y las clínicas cuentan con los conocimientos y el equipamiento técnico mínimo para aplicar la gestación subrogada; y que sobre esa base se encuentren autorizados y registrados en una base de datos por parte de la autoridad competente, información que debe ser de acceso público, con la finalidad de evitar actuaciones ilícitas en agravio de los padres de intención y las madres gestantes.

CAPITULO V: CONCLUSIONES

1. El Perú no cuenta con una norma jurídica que regule de manera expresa la gestación subrogada, laguna jurídica que viene generando números repercusiones e incertidumbres de relevancia jurídica y asimismo pone en riesgo la efectiva vigencia de diferentes derechos fundamentales involucrados en esta nueva realidad social.
2. **Con relación a las incertidumbres de relevancia jurídica**, durante la investigación se identificó que la ausencia normativa ha creado un contexto de inseguridad jurídica: **i) respecto a la filiación del menor concebido mediante gestación subrogada**, toda vez que no se tiene certeza si la paternidad/maternidad debe reconocerle a los donantes de gametos pese a que estos no han manifestado la voluntad de convertirse en padres; o si es posible rechazar el reconocimiento de la paternidad a los padres de intención (que no han aportado gametos pero si han manifestado su voluntad de ser padres); asimismo, **ii) respecto a los derechos, deberes y obligaciones de la intervinientes en el proceso de gestación subrogada**, toda vez que no se tiene certeza si los donantes de gametos pueden retractarse de su rol de colaborador y reclamar la paternidad del menor; si, los donantes de gametos, en base al vínculo de filiación tradicional, deben asumir las obligaciones económicas y emocionales que pueda demandar el menor; si, los padres de intención pueden renunciar a la paternidad del menor; y, finamente, si la persona concebida mediante gestación subrogada puede impugnar

la paternidad/maternidad de los padres de intención, si puede demandar la declaración judicial de filiación con relación a los donantes de gametos o demandar una pensión de alimentos o reclamar derechos sucesorios a los donantes de gametos; y, finalmente, **iii) respecto a la licitud de la gestación subrogada**, toda vez que son contradictorias las opiniones e interpretaciones que hacen los doctrinarios y los tribunales respecto al artículo 7° de la Ley General de Salud.

3. Respecto a la filiación, debe agregarse que la idea tradicional recogida en el Código Civil peruano [que la entendía como el vínculo biológico, genético o consanguíneo entre padres e hijos] ha sido superada por la evolución social. En efecto, en la realidad muchas mujeres que no pueden concebir buscan a quien pueda hacerlo por ellas con o sin su carga genética. Por lo que la voluntad procreacional y las técnicas de reproducción asistida permiten una nueva forma de filiación que necesita ser regulada para que tanto los derechos, deberes y obligaciones de los padres de intención, la mujer gestante y el menor antes, durante y después del procedimiento de gestación subrogada puedan ser protegidos, garantizados y exigidos por la ley.
4. **Con relación a las repercusiones de relevancia jurídica**, durante la investigación se identificó que la ausencia normativa ha creado un contexto que permite o promueve: **i) la vulnerabilidad de los padres de intención y de la mujer gestante frente actos delictivos**, toda vez que los padres de intención pueden ser obligados a otorgar una ventaja económica ante la amenaza de interrumpir el embarazo o no

entregar al menor; o, podrían ser inducidos a error mediante engaño con la finalidad de hacerlos entregar una ventaja económica por llevar a cabo un proceso de gestación subrogada que nunca ocurrirá; **ii) imputaciones arbitrarias contra padres de intención**; debido a que no existe un reconocimiento legal expreso de la paternidad de los padres de intención, la tenencia del menor podría ocasionar que se les impute injustamente los delitos de sustracción de menor, de secuestro, de falsificación de documentos y hasta de trata de personas, existiendo casos documentados.

5. Asimismo, con relación a los derechos fundamentales que pueden violentarse o ponerse en riesgo con motivo de la ausencia de una norma jurídica que regule la gestación subrogada; durante la investigación se identificaron los siguientes derechos fundamentales:
i) Derecho a la salud reproductiva que debe entenderse como vinculado al derecho a la vida privada cuyo fin es fundar una familia. Se extiende al derecho de toda persona de acceder a métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud reproductiva, incluyendo las tecnologías diseñadas para tratar la infertilidad para permitir a las parejas infértiles tener hijos; **ii) Derecho a fundar una familia**, una pareja que no puede tener hijos tiene la libertad de utilizar como medio la técnica de gestación subrogada buscando alcanzar el fin de procrear hijos y con ello materializar su deseo de conformar una familia, aspiración que se pone en riesgo con la ausencia normativa; **iii) Derecho a la protección de la familia**, la protección de la familia es vital para lograr construir una sociedad

fuerte, organizada y de constante evolución sustentada en valores, estableciendo derechos y deberes de sus miembros, protegiendo a cada uno de ellos, sin importar el origen de ella. ; **iv) el interés superior del niño, relacionado** con otorgar una vida digna y desarrollo integral del menor, reconociéndosele el derecho a la identidad al menor, y crecer en una familia que lo deseó la ausencia de una norma jurídica expresa pone en riesgo la vigencia de este principio pues no se garantiza que las personas que quieren ser padres puedan serlo, y que esa filiación sea reconocida legalmente.

6. Con todo se puede concluir que la dación de una norma jurídica expresa que regule la gestación subrogada resulta fundamental para eliminar las incertidumbre y repercusiones de relevancia jurídica mencionadas, así como garantizar la vigencia y efectivo ejercicio de los derechos fundamentales reproductivos, a fundar una familia y el interés superior del niño. Sin embargo, el reconocimiento legal de la gestación subrogada también debe ir aparejada de limitaciones legales a su uso.
7. Consideramos que el procedimiento de gestación subrogada se debe practicar teniendo en cuenta los siguientes límites: **i) respecto a los padres de intención:** el acceso a la gestación subrogada debe estar condicionado a la acreditación de la infertilidad de al menos uno de los padres de intención; deber estar condicionado a la finalidad de fundar una familia, prohibiéndose la persecución de cualquier otra finalidad; y, debe estar condicionado a que los padres de intención tengan cuanto mínimo 18 años y como máximo 40 años, y se cuente

con certificación médica de su buen estado de salud mental; en orden a su grado de madurez y su esperanza de vida para entender mínimamente al menor; **ii) Respeto a las mujeres gestantes**, la colaboración que debe prestar la mujer gestante o los donadores de gametos debe ser altruista y realizarse a título gratuito, suprimiendo la posibilidad de comercialización del cuerpo humano y el afán de lucro; la mujer gestante debe tener cuanto mínimo 18 años y como máximo 40 y se cuente con certificación médica de su buen estado de salud física y mental, con la finalidad de obtener una manifestación de la voluntad válida y además haya alcanzado un grado de desarrollo suficiente como para llevar a cabo la gestación.; **iii) Respeto a los profesionales o clínicas especializadas en gestación subrogada:** la autoridad competente debe verificar que los profesional y las clínicas cuentan con los conocimientos y el equipamiento técnico mínimo para aplicar la gestación subrogada; y que sobre esa base se encuentren autorizados y registrados en una base de datos por parte de la autoridad competente.

8. A manera de ampliación de las principales limitaciones [indicadas en la conclusión anterior], consideramos importante apuntar que: **i)** el procedimiento debe tener como finalidad la procreación para formar una familia para así evitar la cosificación o explotación de mujeres que desean ser partícipes lo contrario se atentaría contra de la dignidad del ser humano, el libre desarrollo de la personalidad y el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos frustrando el proyecto de vida familiar por su elección reproductiva; **ii)** el procedimiento debe tener

naturaleza altruista, considerando que en la mujer gestante debe predominar la intención de ayudar, evitando así que exista una comercialización del cuerpo humano a cambio de dinero. No obstante, consideramos que debe existir una compensación referido solo a cubrir los gastos médicos, asistencia y alimentos originados como consecuencia del embarazo [que no constituye una contraprestación].

9. Con todo, podemos concluir finalmente que en la presente investigación se ha logrado sustentar de manera coherente y sobre la base de un análisis jurídico, que una regulación legal expresa sobre la gestación subrogada en el Perú sí incidirá de manera favorable en la protección jurídica de la familia, debido a que mediante ella se reconocería la filiación del menor con los padres de intención, identificando y delimitando de manera definitiva los derechos, deberes y obligaciones de todos los sujetos intervinientes en el proceso de gestación subrogada; además permitiría garantizar la plena vigencia de derechos fundamentales, tales como derecho a la salud reproductiva, fundar y proteger a la familia; así como la protección del interés superior del niño; y contribuiría a prevenir o mitigar actuaciones ilícitas en agravio de los mujer gestante y de los padres de intención, y la formulación de imputaciones criminales arbitrarias e injustas contra los últimos mencionados.

CAPÍTULO VI: RECOMENDACIONES

1. Capacitación a todo el personal de justicia relacionados con la materia y demás interesados sobre las distintas TERA, en particular sobre la gestación subrogada, en cuanto a la vulneración de los derechos involucrados en el tema para despejar incertidumbres y absolver dudas al respecto.
2. Se recomienda tomar en cuenta el presente trabajo de investigación para futuras iniciativas legislativas relacionadas con la gestación subrogada; siendo de real y suma importancia la regulación expresa, a fin de definir nuevas reglas jurídicas de filiación del menor concebido; y de las mismas manera los derechos fundamentales, deberes y obligaciones de los intervinientes en el procedimiento sean reconocidos y protegidos por la ley así como se tenga expresa constancias de las limitaciones en el uso de la técnica de reproducción asistida.

CAPITULO VII: FUENTES DE INFORMACIÓN

Libros sobre Metodología

1. Ramos, C. (2009). *Cómo hacer una tesis de Derecho y No Envejecer en el Intento*. Gaceta Jurídica.
2. Hernández, R; Fernández, C y Baptista, M. (2010). *Metodología de la Investigación*. McGraw-Hill Interamericana.
3. Carrasco, S. (2013). *Metodología de investigación científica. Pautas metodológicas para diseñar y elaborar el proyecto de investigación*. San Marcos E.I.R.L.

Libros y obras de referencia

1. Quintero, A. (2007). *Trabajo social y procesos familiares*. Editorial LUMEN.
2. Barri, P. (1990). *Aspectos médicos de las nuevas tecnologías en reproducción humana*. AAVV, *La Fecundación Artificial: Ciencia y Ética*, Madrid: Editorial PS.
3. Belluscio, A. (2011). *Manual de derecho de familia* (10ma Ed.). Abelardo Perrot.
4. Bossert, G.; Zannoni, E. (1998). *Manual de Derecho de Familia* (5ta Ed.). Astrea.
http://franjaecoyjur.com.ar/material/jur_/5to%20a%C3%B1o/D.%20civil%205/Manual-de-Derecho-de-Familia.-Zannoni.pdf
5. Bossert, G. y Zannoni, E. (2004). *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Astrea.

6. Camacho, J. (2009). *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores.* <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>
7. Chiarotii, S. (2005). *Derecho sexuales y reproductivos. Normativa internacional.* Mimmeo.Nova York.
8. Carbonell, J. (2012). *Las Familias en el siglo XXI: Una mirada desde el Derecho.* Universidad Autónoma del Estado de México, Instituto de investigaciones jurídicas. Serie: Estudios Jurídicos, Núm. 205.Coordinadora México. Editorial: Elvia Lucía Flores Ávalos
9. Casanova, M. (1989). *et al, Ser mujer. La formación de la identidad femenina,* Editorial Universidad Autónoma Metropolitana, México.
10. Cornejo. C. (1985). *Derecho Familiar Peruano,* editorial lima Studium, Tomo 11.
11. Corral, H. (2005). *Derecho y derecho de la familia.* Lima, Perú: Editorial Grijley.
12. De Pina Vara, R. (2005). *Diccionario de Derecho.* México: Editorial Porrúa.
13. De la Puente y Lavalle, M. (1995). *Contrato (parte general) propuesta de enmienda” ponencia del evento diez años del cc peruano. Balance y perspectivas, tomo ii,* universidad de lima WL. Editor EIRL. 1RA EDICION.
14. Dellacqua, M. (2008). *Avances y retrocesos legislativos de la fertilización asistida.* Cathedra Jurídica.
15. Díaz, E. (1953). *Tratado de derecho de familia.* Tea.
16. Donati. (2003). *Manual de sociología de la familia.* España. EUNSA.
17. Durán Ayango, A. (2014) *Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (n.º 65192/11) y caso Labassee c.*

- France (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014: Interés superior del menor y gestación por sustitución*, en *Ars Iuris Salmanticensis*, Universidad de Salamanca, vol. 2.
18. Espinoza, J. (2014). *Derecho de las personas* (7ºed). Lima: RODHAS SAC
 19. Ferreira y Oliveira. F. (1999). *Curso de Derecho de Familia*. 3ª ed., Juruá, Curitiba.
 20. Figueroa, G. (1995). *Persona, pareja y familia*. Edit. Jurídica de Chile.
 21. Gracia, D. (1998). *Historia clínica: Baby M en, op. cit., pp. 395-99, L. Silver, Contratar una madre biológica*. Madrid, Taurus.
 22. Gómez, O. (2013) *Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización*. *Justicia Juris*, ISSN 1692-8571, Vol. 10. Nº 1. Enero – Junio de 2014
 23. Gómez, Y. (1994). *El Derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons.
 24. Gutiérrez y Gonzales, E. (2003). *Derecho Sucesorio, intervivos, mortis causa*, 4 ed. Porrúa, Mexico.
 25. Junquera, R. (2013) *La reproducción médicamente asistida: un estudio desde el derecho y desde la moral*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia
 26. Lalupú, L. (2013). *Las Técnicas de fecundación artificial: maternidad subrogada y dignidad humana*. San Marcos E.I.R.L.
 27. Lombardi Vaillauri, L.; *Bioética, potere, diritto*, Ius, 1984, p. 50. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. *Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro*, Colección, Librería Bosch, Barcelona, España, 1988. ISBN 84- 7698-045-0.

28. Gómez, M. (2016). *Esterilidad E Infertilidad: El problema que invade las Consultas*.
29. Pérez, M. (2010). *Derecho de familia y sucesiones*. 1ra ed. Nsotra Ediciones, México.
30. Ostos, J., op. cit.,47. Martín Ostos, J., *En torno al interés superior del menor*, Anuario de justicia de menores, Nº12, 2012,
31. Molina, E. (2006). *Transformación histórica cultural del concepto de maternidad y sus repercusiones en la identidad de la mujer*. Revista redalyc, vol. 15 n. 002.
32. Moro Almaraz, M. (1988). *Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro*. Colección, Librería Bosch, Barcelona, España,. ISBN 84-7698-045-0.
33. Minuchin, S. (1979) *Técnicas de Terapia Familiar*. New York: Harvard University Press.
34. Pérez, M. (2002). *La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*. Centro de estudios registrales. Madrid.
35. Peralta, J. (2008). *Derecho de Familia en el Código Civil*. Cuarta edición. Lima: Idemsa.
36. Real Academia Española (1992), *Diccionario de la Lengua Española*.
37. Rodrigo, J.M., Palacios, J. (2008). *Familia y desarrollo humano. Psicología y Educación*. Alianza Editorial. Madrid, España.
38. Soro, O. (2007). *El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual*. Madrid: UCM. Recuperado el 3 de julio de 2015, de

http://eprints.ucm.es/12205/2/DEA_El_principio_de_la_autonom%C3%A9a_de_la_voluntad_privada_en_la_contratacion.pdf.

39. Torres, A. (2015), *Acto jurídico, Vol. 1*, Instituto Pacífico, Lima.
40. Varsi, E. (2001). *Derecho Genético*. Lima: Grijley
41. Varsi, E. (2013). *Derecho genético: principios generales* (5a ed.)
42. Varsi E. (2004). *Divorcio, Filiación y Patria Potestad*, Ed. Grijley, Lima.

Informes de agencia gubernamental u otra organización

1. Secretaría de Salud de Mexico. (2002). *El derecho a la libre decisión en salud reproductiva* (1ra Ed.) ISBN 970-721-098-2.
<http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/documentos/DOCSAL7200.pdf>
2. 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). (2010).
https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1

Tesis

1. Beorlegui, A. (2014). *La maternidad subrogada en España* [tesis de maestría, Universidad Pública de Navarra]. Repositorio Institucional <http://academicae.unavarra.es/bitstream/handle/2454/9666/Ana%20Beorlegui%20.pdf?sequence=1>
2. Bustamante, G. (2017). *La Contratación de la Maternidad Subrogada en las Clínicas de Fertilización de Lima Metropolitana en el Año 2016* [tesis

para el título de abogado, Universidad Cesar Vallejo]. Repositorio Institucional

http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/UCV/9899/Bustamante_GGM.pdf?sequence=1&isAllowed=y

3. Canessa, R. (2011). *La Filiación en la reproducción humana asistida* [tesis doctoral, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. Repositorio Institucional

http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/cybertesis/1487/Canessa_vr.pdf?sequence=1&isAllowed=y

4. Carracedo, S. (2015). *La fertilización in vitro y el debate sobre el estatuto del nacido* [tesis para optar el título de abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio Institucional

<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/7212>

5. Del águila, F. (2009). *Maternidad Subrogada y sus efectos jurídicos* [tesis de doctorado, Universidad de San Martín de Porres]. Repositorio Institucional

[http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/MATERNIDAD SUBROGADA Y SUS EFECTOS](http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/MATERNIDAD_SUBROGADA_Y_SUS_EFECTOS)

[JURIDICOS_2009/MATERNIDAD SUBROGADA Y SUS EFECTOS JURIDICOS.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/MATERNIDAD_SUBROGADA_Y_SUS_EFECTOS_JURIDICOS_2009/MATERNIDAD_SUBROGADA_Y_SUS_EFECTOS_JURIDICOS.pdf)

6. Del águila, R. (2018). *La Regulación de la Maternidad Subrogada en la Legislación Civil Peruana* [tesis para optar el título de abogado, Universidad Autónoma del Perú]. Repositorio Institucional

<http://repositorio.autonoma.edu.pe/bitstream/AUTONOMA/838/1/Del%20Aguila%20Perales%2C%20Rosa%20Gardelia.pdf>

7. Gonzales y Rodríguez. (2013). *Fecundación In Vitro. Límites, alcances y consecuencias jurídicas* [tesis de licenciatura, Universidad de El Salvador]. Repositorio Institucional <http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/4751/1/Fecundaci%C3%B3n%20in%20vitro.%20Limites,%20alces%20y%20consecuencias%20jur%C3%ADdicas.pdf>
8. Merino, C. (2007). *Aspectos de una Ley Eficaz sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida en la Legislación Peruana* [tesis para optar el título de Abogado, Universidad Nacional de Trujillo]. Repositorio Institucional http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/UCV/3992/Merino_HAM.pdf?sequence=1&isAllowed=y
9. Rail, C. (2010). *Procedencia de la maternidad gestacional subrogada en el régimen constitucional chileno* [tesis de licenciatura, Universidad Austral de Chile]. Repositorio Institucional <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2010/fjr152p/doc/fjr152p.pdf>
10. Santander, C. (2012). *El Contrato de Maternidad Subrogada o de Alquiler: ¿Ejercicio Legítimo del Derecho a Procrear o Atentado a la Dignidad?* [tesis de licenciatura, Universidad Alberto Hurtado]. Repositorio Institucional <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/614/TESIS%201.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
11. Valdés, C. (2014). *LA MATERNIDAD SUBROGADA Y LOS DERECHOS DE LOS MENORES NACIDOS MEDIANTE EL USO DE ESAS TÉCNICAS*. Anuario de la Facultad de Derecho, ISSN 0213-988-X, vol. XXXI.

12. Ticse, M. (2018) *La regulación de la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida con subrogación materna en la legislación Peruana* [tesis de maestría, Universidad Nacional de la Amazonia peruana]. Repositorio Institucional <http://repositorio.unapiquitos.edu.pe/handle/UNAP/5571>
13. Zaldívar, J. (2016). *Necesidad de regulación jurídica de la maternidad subrogada* [tesis de maestría, Universidad Católica de Santa María]. Repositorio Institucional <http://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/handle/UCSM/5210>

Publicaciones Periódicas

1. Amado, E. (2017). *Un vistazo a la maternidad subrogada en el Perú*. Gaceta Civil 48.
2. Moran, A., Cala, A., Fajardo, D., Grave, R. (2019). *Factores causales de infertilidad*. Volumen 98 No. 2 www.revinfcientifica.sld.cu Universidad de Ciencias Médicas Guantánamo CC BY-NC-SA 283
3. Brugo-Olmedo S., Chilik C., Kopelman S. (2003). *Definición y causas de infertilidad*. Revista Colombiana de obstetricia y ginecología.
4. Cárdenas, R. (2014). *Autonomía de la voluntad y reproducción asistida*. Revista Consensus. Volumen 19, N°2.
5. Cicu, A. (1930). *La filiación*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.
6. Fernández, C. (2005). *Derecho a la vida, a la identidad, a la integridad, a la libertad y al bienestar*. La Constitución Comentada. Primera edición. Lima: Gaceta Jurídica.

7. León, J. (2013). *Vientre de alquiler*. Revista Proceso.
<https://www.proceso.com.mx/329867/vientres-de-alquiler-2>.
8. Mir, L. (2010). *La maternidad intervenida. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada*. Revista Redbioética/UNESCO, Vol. 1, Nº 1 pp. 174-188.
https://www.unesco.org/uy/ci/fileadmin/shs/redbioetica/revista_1/Leila.pdf
9. Plácido, A. (2003), *Filiación y Patria Potestad, en la doctrina y la jurisprudencia, primera edición*, Marz: Editorial Gaceta Jurídica S.A.
10. Scotti, L. (2012). *El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”*. Revista Pensar en Derecho, nº1, año 1, pp. 267-289. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires, Argentina.
<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/revistapensar-en-derecho.pdf>
11. Varsi, E y Siverino, P. (2003). *Determinación de la paternidad matrimonial. En: El Código Civil Comentado*. Primera edición. Lima: Gaceta Jurídica.

Páginas Web

1. América Noticias, (2018, 18 de junio). *El 15% de parejas en el Perú tienen problemas de infertilidad*.
<https://www.americatv.com.pe/noticias/actualidad/15-parejas-peru-tienen-problemas-infertilidad-n326586>
2. Aprendiendo derecho. (2012, 14 de marzo). *Maternidad Subrogada*. Consultado el 13 de febrero de 2020.

- <http://aprendiendoderechotuc.blogspot.com/2012/03/maternidad-subrogada-por-maria-e-cano.html>
3. Publimetro (2017, 12 de mayo). *Mamá con ayuda de la ciencia: 5 técnicas de reproducción asistida en Perú*. <https://publimetro.pe/actualidad/mama-ayuda-ciencia-5-tecnicas-reproduccion-asistida-peru-59990-noticia/>
 4. Sanitas (2020). *Métodos de Reproducción Asistida*. Recuperado de <https://www.sanitas.es/sanitas/seguros/es/particulares/biblioteca-de-salud/ginecologia/exploraciones-ginecologia/san041995wr.html>
 5. Pillaca, F. (2012). *El vientre de alquiler y la filiación*. <http://dialogoconelderechoyjurisprudencia.blogspot.com/2012/11/el-vientre-de-alquiler-y-la-filiacion.html>
 6. Bermejo, N. (2010, 28 de diciembre). *Técnicas de reproducción asistida*. Web Consultas, Revista de Salud y Bienestar. Consultado el 19 de mayo de 2020. <https://www.webconsultas.com/embarazo/quedarse-embarazada/fecundacion-in-vitro>
 7. Biblioteca de Congreso. (2017). *Legislación y Doctrina Extranjera Maternidad Subrogada*. <http://www.periodicojudicial.gov.ar/wp-content/uploads/2017/09/Dossier-133-Legislaci%C3%B3n-Extranjera-Maternidad-Subrogada.pdf>
 8. *Maternidad subrogada y Adopción Internacional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas 2012, pp. 171-172. (Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3155/11.pdf>, consultado el 26 de mayo de 2017).

ANEXOS

1. MATRIZ DE CONSISTENCIA

REGULACIÓN LEGAL DE LA GESTACIÓN SUBROGADA Y SU INCIDENCIA EN LA PROTECCIÓN JURÍDICA-CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA EN EL PERÚ, 2020

Problema	Objetivo	Hipótesis	Variable	Metodología
<p style="text-align: center;">General</p> <p>¿De qué manera una regulación legal sobre la gestación subrogada puede incidir favorablemente en la protección jurídica-constitucional de la familia en el Perú, 2020</p> <p style="text-align: center;">Específicos</p> <p>a) ¿Cuáles son las repercusiones y/o incertidumbres de naturaleza jurídica que generan la ausencia de una norma jurídica que regule la gestación subrogada en el Perú?</p> <p>b) ¿Cuáles son los derechos fundamentales vinculados a la protección de la familia sobre los cuales incidiría favorablemente una norma jurídica que regule la gestación subrogada en el Perú?</p>	<p style="text-align: center;">General</p> <p>Determinar de qué manera una regulación legal sobre la gestación subrogada puede incidir favorablemente en la protección jurídica-constitucional de la familia en el Perú, 2020</p> <p style="text-align: center;">Específicos</p> <p>a) Establecer cuáles son las repercusiones y/o incertidumbres de naturaleza jurídica que generan la ausencia de una norma jurídica que regule la gestación subrogada en el Perú.</p> <p>b) Establecer cuáles son los derechos fundamentales vinculados a la protección de la familia sobre los cuales incidiría favorablemente una</p>	<p>Las investigaciones con enfoque cualitativos prescinden de la formulación de hipótesis, según se desprende de la Guía para la Elaboración de Plan e Informe de Tesis de la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana.</p>	<p>Las investigaciones con enfoque cualitativos prescinden de la formulación de variables, según se desprende de la Guía para la Elaboración de Plan e Informe de Tesis de la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana.</p>	<p style="text-align: center;">Enfoque</p> <ul style="list-style-type: none"> - Cualitativo <p style="text-align: center;">Tipo de investigación</p> <ul style="list-style-type: none"> - Investigación básica - Investigación jurídica dogmática y sociológica-funcional. <p style="text-align: center;">Nivel de investigación</p> <ul style="list-style-type: none"> - Exploratorio <p style="text-align: center;">Diseño de investigación</p> <ul style="list-style-type: none"> - No experimental <p style="text-align: center;">Técnica de recolección de datos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Observación - Entrevista - Análisis documental <p style="text-align: center;">Instrumento de recolección de datos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ficha de Observación - Guía de Entrevista

<p>c) ¿Cuáles son los límites que deben establecerse legalmente a fin de que los procedimientos de gestación subrogada no afecten derechos fundamentales y la protección jurídica de la Familia en el Perú?</p>	<p>norma jurídica que regule la gestación subrogada en el Perú</p> <p>c) Establecer cuáles son los límites que deben establecerse legalmente a fin de que los procedimientos de gestación subrogada no afecten derechos fundamentales y la protección jurídica de la Familia en el Perú.</p>			<p>- Ficha de análisis documental</p>
---	--	--	--	---------------------------------------

2. FICHA DE OBSERVACIÓN

1. Presentación e instrucciones

A continuación, se procederá a registrar el resultado de las observaciones realizadas por las investigadoras respecto a cómo operan en la realidad social peruana actual los conceptos de gestación subrogada y protección jurídica de la familia dentro del marco de regulación legal.

2. Observaciones realizadas

Respecto a gestación subrogada.

Respecto a la protección jurídica de la familia.

Respecto a los derechos fundamentales vinculados a la protección de la familia.

Respecto a las repercusiones y/o incertidumbres de naturaleza jurídica que genera la ausencia de una norma sobre gestación subrogada en el Perú.

Respecto a los límites que deben establecerse para no afectar los derechos fundamentales y la protección jurídica de la familia en el procedimiento de gestación subrogada.

3. Evaluación de la información registrada

ANEXO N° 2.2

GUÍA DE ENTREVISTA

1. Presentación e instrucciones

A continuación, se procederá a aplicar una serie de preguntas abiertas a profesional de reconocida solvencia profesional y académica en materia de Derecho de Familia y Derecho Constitucional, a fin de recopilar opiniones, experiencias, puntos de vista y cualquier información de contenido jurídico respecto a la gestación subrogada y protección jurídica de la familia en el Perú.

2. Procedimiento

- Las investigadoras elaborarán una lista donde se consigne el nombre de los profesionales que se consideren con amplia experiencia en materia de Derecho de Familia y Derecho Constitucional.
- Luego, se procederá a contactar con ellos por vía telefónica o de manera personal a fin de agendar fecha y hora para aplicar las preguntas que comprende la entrevista.

3. Datos del entrevistado y preguntas a aplicar

Entrevistado

Nombre : _____

Actividad profesional: _____

Experiencia (en años): _____

Fecha de la Entrevista: _____

Preguntas

Preguntas dirigidas a conocedores del derecho

¿Qué entiende usted por Gestación Subrogada?

¿Conoce usted el marco legal de la maternidad subrogada en el Perú?

¿Existe algún tipo de protección jurídica? Explique

¿Cuáles cree que son las repercusiones o incertidumbres de naturaleza jurídica que genera la ausencia de una norma que regule la gestación subrogada en el Perú?

¿Qué derechos fundamentales, considera usted, que se ven afectados ante la ausencia legal de una regulación sobre la gestación subrogada en el Perú?

¿Considera usted, que una regulación legal de la gestación subrogada tendría incidencia en la protección jurídico-constitucional de la familia? ¿Cómo? ¿Por qué?

¿Considera que debe establecerse límites en el procedimiento de gestación subrogada?

¿Conoce los pronunciamientos emitidos por los tribunales de justicia del Perú y/o a nivel internacional respecto a gestación subrogada y la protección jurídico-constitucional de la familia? ¿Cuáles? Comente

ANEXO N° 2.3
FICHA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL

1. Presentación e instrucciones

A continuación, se procederá a registrar la información vinculada a la gestación subrogada y protección jurídica de la familia en el Perú que se encuentran en diferentes fuentes de información de naturaleza jurídica: i) normas del ordenamiento jurídico del Derecho Peruano y Derecho Comparado; ii) jurisprudencia de los tribunales de justicia peruanos e internacionales; y, iii) doctrina nacional e internacional. Tiene la finalidad de recabar información válida y confiable que será utilizada en el marco de los objetivos formulados para la presente investigación.

2. Datos del documento

Número/Denominación del documento (norma, doctrina, jurisprudencia, otro)

Autor / Autoridad / Institución que emite el documento

Fecha y lugar de emisión del documento

Ideas / Argumentos principales sobre la materia de investigación

Observaciones de las investigadoras
