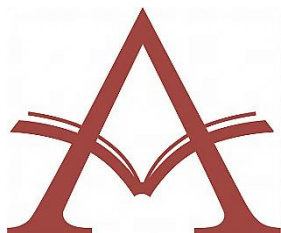


**UNIVERSIDAD PERUANA DE LAS AMÉRICAS**



**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**TESIS**

**La maternidad subrogada y su aplicación jurídica en el  
Perú, 2021**

**PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO**

**AUTOR:**

**SILVA GAMBOA, LUZ PATRICIA  
(ORCID: 0000-0003-4018-4521)**

**ASESOR:**

**Mg. PANTIGOZO LOAIZA, MARCO HERNAN  
(ORCID: 0000-0001-6616-0689)**

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: DERECHO PENAL, CIVIL Y**

**CORPORATIVO**

**LIMA, PERÚ**

**NOVIEMBRE, 2021**

## Resumen

En la actualidad gracias al avance de la ciencia es posible que las parejas estériles puedan tener hijos con ayuda de la ciencia mediante las técnicas de reproducción asistidas, en este contexto notamos que muchas mujeres por diferentes motivos no pueden llevar a cabo el proceso de gestación y parto, por lo que se ven en la necesidad de subrogar un útero. En este caso, surgen problemas jurídicos que ponen en alerta a nuestra legislación; uno de estos problemas es el referido a la filiación del recién nacido producto de una maternidad subrogada. En nuestro país la filiación paterna acepta el principio de verdad biológica, sin embargo la filiación materna se da bajo el principio “mater semper certa est”, principio que da por cierto que la madre biológica (genética y gestante) afilia a su hijo; sin embargo en la actualidad con este tipo de contrato (subrogación uterina) sería contradictoria con algunos principios de la legislación civil nacional. Esta Tesis tiene como objetivo principal analizar la aplicación legislativa de la maternidad subrogada en el Perú. El tipo de investigación es básica, no experimental con diseño descriptivo-propositivo, con nivel correlacional y enfoque cuantitativo, como muestreo se presentan entrevistas a jueces y abogados especialistas en el tema. Como instrumentos se utilizaron cuestionarios en escala Likert. Los resultados obtenidos demuestran la necesidad de una legislación de la maternidad subrogada en el Perú.

**Palabras clave:** Maternidad subrogada, Legislación, Principio “mater semper certa est”, Principio de verdad biológica.

## Abstract

At present, thanks to the advancement of science, it is possible that sterile couples can have children with the help of science through assisted reproductive techniques, in this context we note that many women for different reasons cannot carry out the gestation process and childbirth, so they are forced to surrogate a uterus. In this case, legal problems arise that put our legislation on alert; one of these problems is the one referred to the filiation of the newborn as a result of surrogacy. In our country, paternal affiliation accepts the principle of biological truth, however, maternal affiliation occurs under the principle of “*mater semper certa est*”, a principle that assumes that the biological mother (genetic and pregnant) affiliates her child; However, at present with this type of contract (uterine surrogacy) it would be contradictory with some principles of the national civil legislation. The main objective of this Thesis is to analyze the legislative application of surrogacy in Peru. The type of research is basic, non-experimental with a descriptive-propositional design, with a correlational level and a quantitative approach, as a sample interviews are presented to judges and lawyers specialized in the subject. Likert scale questionnaires were used as instruments. The results obtained demonstrate the need for legislation on surrogacy in Peru.

**Keywords:** Surrogacy, Legislation, Principle "*mater semper certa est*", Principle of biological truth.

## Tabla de contenidos

<b>Resumen .....</b>	<b>ii</b>
<b>Abstract .....</b>	<b>iii</b>
<b>Tabla de contenidos.....</b>	<b>iv</b>
<b>Lista de Tablas.....</b>	<b>vi</b>
<b>Lista de Figuras .....</b>	<b>viii</b>
<b>Introducción.....</b>	<b>9</b>
<b>Capítulo I: Problema de la Investigación. ....</b>	<b>11</b>
<b>1.1 Descripción de la Realidad Problemática.....</b>	<b>11</b>
<b>1.2. Planteamiento del Problema.....</b>	<b>13</b>
1.2.1 Problema general.....	14
1.2.2 Problemas específicos.....	14
<b>1.3. Objetivos de la Investigación.....</b>	<b>14</b>
1.3.1.    Objetivo general.....	14
1.3.2.    Objetivos específicos.....	14
<b>1.4. Justificación e Importancia de la Investigación .....</b>	<b>14</b>
<b>1.5. Limitaciones.....</b>	<b>16</b>
<b>Capítulo II: Marco Teórico.....</b>	<b>17</b>
<b>2.1. Antecedentes.....</b>	<b>17</b>
2.1.1. Internacionales.....	17
2.1.2. Nacionales.....	20
<b>2.2. Bases Teóricas.....</b>	<b>28</b>
<b>2.3. Definición de términos básicos.....</b>	<b>53</b>
<b>Capitulo III: Metodología de la investigación.....</b>	<b>58</b>
<b>3.1. Enfoque de la investigación.....</b>	<b>58</b>
<b>3.2. Variables.....</b>	<b>58</b>
3.2.1.    Operacionalización de variables.....	58
<b>3.3. Hipótesis.....</b>	<b>59</b>
3.3.1. Hipótesis general.....	59
3.3.2. Hipótesis específicas.....	59
<b>3.4. Tipo de investigación.....</b>	<b>59</b>
<b>3.5. Diseño de investigación.....</b>	<b>60</b>
<b>3.6. Población y muestra.....</b>	<b>60</b>
3.6.1.    Población.....	60
3.6.2.    Muestra.....	60
<b>3.7. Técnicas e instrumentos de Recolección de Datos.....</b>	<b>61</b>
<b>La:.....</b>	<b>61</b>
<b>Capitulo IV: Resultados.....</b>	<b>63</b>

<b>4.1. Análisis de los Resultados.</b> .....	<b>63</b>
<b>4.2. Discusión.</b> .....	<b>76</b>
<b>Conclusiones</b> .....	<b>79</b>
<b>Recomendaciones</b> .....	<b>81</b>
<b>Referencias</b> .....	<b>82</b>
<b>Apéndices</b> .....	<b>87</b>
<b>Apéndice 1: Matriz de consistencia</b> .....	<b>88</b>
<b>Apéndice 2</b> .....	<b>89</b>

## Lista de Tablas

Tabla 1.....	58
Tabla 2.....	60
Tabla 3.....	63
Tabla 4.....	64
Tabla 5.....	66
Tabla 6.....	67
Tabla 7.....	68
Tabla 8.....	70
Tabla 9.....	71
Tabla 10.....	72
Tabla 11.....	74
Tabla 12.....	75



## Lista de Figuras

Figura 1: Datos obtenidos de la encuesta. ....	64
Figura 2: Datos obtenidos de la encuesta. ....	65
Figura 3: Datos obtenidos de la encuesta. ....	66
Figura 4: Datos obtenidos de la encuesta. ....	68
Figura 5: Datos obtenidos de la encuesta. ....	69
Figura 6: Datos obtenidos de la encuesta. ....	70
Figura 7: Datos obtenidos de la encuesta. ....	72
Figura 8: Datos obtenidos de la encuesta. ....	73
Figura 9: Datos obtenidos de la encuesta. ....	74
Figura 10: Datos obtenidos de la encuesta. ....	76



## Introducción

En el Perú no existe hasta ahora una Ley que regule técnicas de reproducción asistida, tampoco norma de registro civil que proteja el derecho de estas personas nacidas por estas técnicas de reproducción asistida. Este tema es importante porque en algunos casos, estas personas podrían tener la necesidad de quienes fueron sus progenitores y al tener acceso a esta información, por tratamientos médicos o por posibles malformaciones heredadas de estos mismos progenitores, por alguna secuela en su vida por alguna mala praxis o por el derecho de conocer sus orígenes dado alguna enfermedad de la que pueda padecer y que pueda ser aliviada con el conocimiento de los datos de su generación que bien podrían estar evidenciados en su registro civil.

Como toda exposición de una problemática, en lo consiguiente se han desarrollado los temas que por su trascendencia, mantienen un nexo con el epicentro del presente trabajo, y es que una investigación no se puede estudiar, abordar o analizar, de forma directa, sino más bien hacer un trabajo coherente de todos los elementos que permitan sustentar y encauzar la misma, por ello es que en cada uno de estos elementos se presenta el elegante lenguaje utilizado por los tratadistas de la materia. Se sabe que en nuestro país no existe una legislación específica en las técnicas de reproducción asistida (TERAS), menos aún, alguna norma que proteja el derecho de estas personas nacidas por estas técnicas y que posteriormente no se evidencien en el Registro Civil datos referidos a su generación y bajo que técnica de reproducción asistida nacieron.

Este tema es importante porque en algunos casos, estas personas podrían tener la necesidad de quienes fueron sus progenitores y al tener acceso a esta información, por tratamientos médicos o por posibles malformaciones heredadas de estos mismos progenitores, por alguna secuela en su vida por alguna mala praxis o por el derecho de conocer sus orígenes dado alguna enfermedad de la que pueda padecer y que pueda ser aliviada con el conocimiento de los datos de su generación que bien podrían estar evidenciados en su registro civil.

El ordenamiento jurídico peruano sobre la reproducción asistida sólo cuenta con el artículo 7 de la Ley General de Salud N° 26842 que prescribe” 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 madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere el 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”. Tenemos que la filiación de todo niño recién nacido es fundamental y es un derecho inherente de todo ser humano.

Para precisar mejor el desarrollo de este trabajo, en el capítulo I, se inicia planteando el problema de investigación, describiendo su realidad problemática, los objetivos de la investigación. Así como explicar la justificación y limitaciones de la tesis.

En el Capítulo II, se realiza un análisis del marco teórico, detallando los antecedentes de la investigación, con la intención de destacar los principales conceptos y características generales la maternidad subrogada, detallando aquellos de índole nacional e internacional, la legislación aplicable en esta materia. Posteriormente se analizan sus fundamentos en base a fundamentos teóricos y conceptuales.

El Capítulo III, analiza el Planteamiento Metodológico, describiendo el enfoque de la investigación, las hipótesis, variables e indicadores, tipo, diseño, así como técnicas de recolección de datos empleados.

Finalmente, el Capítulo IV, se desarrolla el trabajo de campo, la cual analiza e interpreta el resultado de la investigación.

Pongo en consideración a la Universidad por la guía en esta investigación esperando sea un punto de partida para futuro estudio y sirva para una mejor regulación de la significativa problemática de derecho actual, el cual me siento satisfecho por la labor iniciada en esta investigación.

## Capítulo I: Problema de la Investigación.

### 1.1 Descripción de la Realidad Problemática.

La reproducción humana es un proceso biológico que permite la formación de un nuevo ser humano, que permite la supervivencia de nuestra especie. Antiguamente aquellas parejas o individuos que no podían tener hijos por diferentes factores, solo les quedaba como opción la adopción para poder ser padres; posteriormente en el Reino Unido el 25 de julio de 1978, Louise Brown se convirtió en la primera persona nacida gracias al método de la fertilización in vitro. Este avance científico abrió una esperanza para aquellas personas que deseaban ser padres biológicos.

En la actualidad gracias al avance de la ciencia es posible que las parejas estériles puedan tener hijos con ayuda de la ciencia (reproducción asistida), por lo que la filiación del recién nacido producto de una subrogación uterina resulta muy importante (derecho fundamental). Por principio de verdad biológica no es hijo genético de la madre subrogada aquel en el que ella no aportó su ovulo (salvo que la madre gestante sea también la madre genética), sin embargo nuestra legislación establece que la mujer que pare (gestante) es la que afilia al recién nacido, independientemente si este producto (niño) porte su carga genética.

En el mundo tenemos que se da la maternidad subrogada (como contrato), en algunos países es aceptado y regulado, en otros es aceptado y no regulado y en otros no es aceptado. Toda vez que este tipo de práctica trae consigo una serie de cuestiones legales, dentro de las cuales tenemos la filiación del recién nacido producto de esta práctica.

En la legislación peruana, en el C.C, libro III, sección tercera, correspondiente a la sociedad paterno-filial, se establece la existencia de dos grandes tipos de filiación: matrimonial (Título I) y extra matrimonial (Título II). La primera de ellas, también conocida como filiación por naturaleza, tiene como base el principio de veracidad biológica, el cual establece que serán considerados padres biológicos aquellos de cuya unión (de gametos) haya nacido el hijo.

En este contexto tenemos que la madre biológica (gestante y genética) por naturaleza son la misma persona, es por esto que nuestra legislación acepta este principios “mater Semper certa est” y “partus sequitur ventrum” contemplado en el código civil peruano (el parto prueba que la mujer gesto un hijo y por ende adquiere el estatus social de la madre); sin embargo en este campo de la ciencia biológica se ve alterado con la utilización y separación de la madre biológica.

Dentro de las TERAS (técnicas de reproducción asistida) tenemos la FIV (fecundación in vitro), las cuales distinguen dos formas: las homologas (la pareja son los donantes) y las heterólogas (un integrante de la pareja o ninguno son donantes). Cuando se aplica la maternidad subrogada heteróloga no siempre la madre gestante es la madre genética; toda vez que en algunas ocasiones coincide la madre gestante y madre genética, esto concordante con el Artículo 7 de la ley general de salud que dice “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...”.

En este sentido, para poder afiliar al recién nacido de un útero subrogado se tendría que consignar como madre a la gestante y esta posteriormente darlo en adopción; pero cuando el esposo (conviviente) o la esposa (conviviente) son los donantes de uno de los gametos masculino (esperma) o femeninos (ovulo) se genera un problema legal ya que nuestra normatividad civil no permite que uno de los padres biológicos pueda adoptar a su propio hijo. No tomo en cuenta la fertilización heteróloga, donde los esposos o convivientes no son los padres genéticos, en este caso por obvia razón la filiación se da por adopción.

Ahora se presenta otros casos en los que la gestante no es la madre genética en la fertilización homologa (tanto el gameto femenino como el masculino los donantes son los esposos o convivientes) si se decide adoptar se estaría incurriendo en una falsedad genética, sin embargo

por lo prescrito implícitamente en el C.C. peruano tampoco se puede consignar a la madre genética generando nuevamente un problema legal, el cual afecta la identidad real del niño.

En este contexto, tenemos que aquí nos encontramos con un vacío legal que regule este tipo de contratos y por ende la filiación de los recién nacidos producto de la subrogación uterina, ya que en el C.C. la filiación del recién nacido vivo es bajo el principio “mater Semper certa est”, sin embargo este principio ya no se ajusta a nuestra realidad social actual, generando así un problema ya que se debería tomar el principio de verdad biológica- genética.

En el proceso ordinario para afiliar a un niño, el profesional de salud (médico, obstetra, etc.) que atendió el parto (vaginal o cesárea) emite un documento que se llama “certificado de recién nacido vivo”, este se inscribe en el libro de recién nacidos de la institución (hospitales, clínicas, centros de atención de salud tanto públicos como privados) este documento se lleva a el registro de civil en la municipalidad (en la municipalidad que corresponda, según sea el caso) o a la RENIEC, en donde se procederá a emitir la partida de nacimiento, la cual genera el vínculo legal (filiación) del recién nacido con sus padres, para posteriormente sacar el DNI en RENIEC. En el certificado de “certificado de recién nacido vivo”, se consignan los datos de la madre, la huella dactilar del dedo índice derecho de la madre y el padre (los que refiere la paciente), los datos del parto, datos del recién nacido incluida la huella plantar del recién nacido. Por naturaleza la madre biológica (gestante y genética) es la que afilia al recién nacido, pero los profesionales de salud se encuentran con un problema cuando la madre genética no es la gestante o cuando esta aun siendo madre biológica (gestante y genética) está bajo un contrato de maternidad subrogada; lo mismo que los funcionarios de RENIEC.

## **1.2. Planteamiento del Problema.**

### 1.2.1 Problema general.

¿Cómo influye la ausencia de legislación específica en maternidad subrogada en el Perú, 2021?

### 1.2.2 Problemas específicos.

- ¿Cómo influye la ausencia de legislación aplicable de contratación específica de maternidad subrogada en el Perú, 2021?
- ¿Cómo influye el principio “mater semper certa est” (la madre siempre es conocida) con la aplicación jurídica de maternidad subrogada en el Perú, 2021?
- ¿Cómo influye el Principio de verdad biológica con la aplicación jurídica de maternidad subrogada en el Perú, 2021?

## 1.3. Objetivos de la Investigación.

### 1.3.1. Objetivo general.

Determinar de qué manera la ausencia de legislación específica influye en la maternidad subrogada en el Perú, 2021.

### 1.3.2. Objetivos específicos.

- Analizar la relación que existe entre la ausencia de legislación aplicable de contratación específica y la maternidad subrogada en el Perú, 2021.
- Identificar la relación que existe entre el principio “mater semper certa est” con la aplicación jurídica de maternidad subrogada en el Perú, 2021.
- Determinar la relación que existe entre el Principio de verdad biológica con la aplicación jurídica de maternidad subrogada en el Perú, 2021.

## 1.4. Justificación e Importancia de la Investigación

### Justificación teórica.

El estudio del derecho como ciencia social, viene evolucionando constantemente no es una ciencia estática, por el contrario día a día vienen desarrollándose nuevas teorías, y nuevos conceptos, como el de la maternidad subrogada y su aplicación jurídica, se justifica por que va permitir expandir los conocimientos que se tienen sobre la maternidad subrogada, y como se va aplicar jurídicamente, por lo tanto, presenta un enriquecimiento de información a partir de la revisión de diferentes documentos que nos permite alcanzar las teorías relevantes con relación a la maternidad subrogada.

### **Justificación Práctica**

Con relación a la justificación práctica se da debido a que en nuestra realidad se incrementado lo casos de subrogación de maternidad y nuestra legislación civil como penal no han sabido como controlar ni mucho menos aplicar dentro de nuestra realidad, por lo que consideramos que dicha investigación nos servirá para saber como la maternidad subrogada viene operando dentro de nuestra realidad y sobre todo como es su aplicación por parte del Órgano Jurisdiccional

### **Justificación metodológica**

En cuanto a la metodología jurídica, el estudio del presente tema de un modo sistemático, documentado e histórico abarca diversas experiencias en el país, sobre todo con una visión integradora relaciona a la maternidad subrogada y la aplicación jurídica que se le da en nuestro país.

Hace referencia a procedimientos y formas de accionar o de tratar el objeto de estudio.  
(Ruiz, 2007)

### **Justificación jurídica.**

Se busca regular en nuestra legislación civil la filiación del recién nacido producto de una maternidad subrogada, pues en la actualidad no existe una legislación específica para la materia, aunque existen indicios proporcionados por la jurisprudencia. Como se

observa, esta investigación aborda en general los temas de reproducción asistida y manipulación genética, originando vacíos legales, siendo necesario contar con una ley especial y adecuada a la realidad de nuestro país.

La importancia de esta investigación radica en la búsqueda sobre la filiación de los recién nacidos producto de subrogación uterina, identificando los elementos más importantes respecto del estudio. En donde se ha procedido a analizar y sintetizar cada uno de los elementos.

### 1.5. Limitaciones.

El Estado de Emergencia Sanitaria, per se es una limitación para la realización del trabajo de investigación, pues de una u otra forma va impedir que se realice una entrevista personal a los miembros del Poder Judicial, Abogados y personas especializadas en el tema, sin embargo dicha limitación se subsana puesto que el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional a través de su página web, han publicado de manera sistemática tanto su producción intelectual académica y doctrinaria así como la jurisprudencia especializada, que nos permitirá analizar los documentos para la realización del presente trabajo de investigación.



## Capítulo II: Marco Teórico

### 2.1. Antecedentes.

#### 2.1.1. Internacionales.

Jiménez (2019), en su tesis titulada “*Maternidad subrogada propuesta de reforma al apartado 4.177 BIS del código civil del Estado de México*” propone que la maternidad subrogada debería legalizarse en el Estado de México preservando los Derechos Humanos y el interés superior del niño en su proceso e implementación, por lo tanto la madre sustituta o de alquiler debe contar con las garantías necesarias para ser contratada como tal. El autor afirma no existir vinculación de los derechos humanos de los menores de edad y con su interés superior que como menor detenta en el proceso de maternidad subrogada exigiendo se cumplan para tales fines como soluciones al problema. Pese a que existe diversas técnicas de reproducción asistida para contribuir a apoyar a una pareja con problemas de procreación (infertilidad), el alquiler de un vientre ajeno, sigue siendo una de las técnicas de maternidad subrogada más empleada. Siendo una técnica muy empleada en el Estado de México no se cuenta con una regulación jurídica que permite darle a las parejas seguridad sobre el proceso de procreación por subrogación del vientre. Todo lo que signifique una procreación humana debe contar con seguridad jurídica debidamente normada en el derecho, siguiendo la Constitución Política Mexicana en su artículo 5, párrafo V, garantiza el desarrollo pleno y la protección de la familia y sus miembros por ser base fundamental de la sociedad. Este precepto normativo debe ser garante de salvaguardar la célula básica de la sociedad, mediante reglas normativas que protejan la maternidad subrogada. El autor propone una reforma que adicione el artículo 4.177 Bis en su Código Civil en el apartado de Familia, Libro Cuarto “Del Derecho Familiar”, Título Quinto “De la Paternidad y la Filiación”, el Capítulo IV definido “De la Gestación Subrogada”.

Bolaño y Sierra (2019), en su tesis titulada “*Subrogación de vientre y filiación en parejas heterosexuales, desarrollos jurídicos y científicos en Colombia*” consideran que el Código Civil colombiano no está a la altura del tiempo actual con la ciencia, haciendo evidente para las familias actuales alguna imposibilidad biológica en concebir, sumado a ello se acude a la posibilidad de subrogación de vientre materno, logrando con ello en un cuerpo ajeno, pero apto para la gestación. La necesidad de procreación, propia del ser humano, ha desencadenado formas de gestación como la subrogación de vientre que, al no estar previamente definida por el legislador, permite la formación de contratos atípicos que deben ser considerados conforme los mismos usos van mostrando. El contrato de subrogación de vientre materno ampara la necesidad de pareja heterosexual de lograr la procreación, cuando desde lo biológico estos intereses se ven frustrados, permitiendo a su vez determinar, debido al aporte genético, quienes son realmente padre y madre.

Sospedra (2018), en su trabajo de investigación titulado “*La gestación subrogada en España*” afirma que en su país (España) se aplica una situación de “hipocresía jurídica” en asegurar el uso de la maternidad subrogada de muchos españoles en otros países donde se permite esta técnica de reproducción asistida. Por lo tanto, en España existe una contradicción, y es que a pesar de que la gestación subrogada sigue siendo una técnica expresamente prohibida en el ordenamiento jurídico español, el hecho de que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos permita que, en el ámbito de la reproducción humana asistida, cada Estado disponga de un margen de apreciación a la hora de regular las técnicas de reproducción humana asistida, provoca la existencia de una pluralidad de regulaciones. Este efecto ha sido el turismo reproductivo internacional, donde las personas que tienen prohibido acceder en sus países a determinados usos de las TERA y tienen capacidad económica, acuden a otros países en los que

no tienen dificultades legales para ser usuarias de las técnicas. Para tales efectos se podría establecer un sistema garantista donde se permita la gestación subrogada en su modalidad altruista, llevando a rechazar la situación actual en España donde a pesar de que la gestación subrogada se encuentra prohibida, se reconocen ciertos efectos jurídicos en virtud de la idea de “orden público atenuado”.

Beetar (2018), en sus trabajo de investigación que por título *“La maternidad sobrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente”*, expone que para minimizar conflictos jurídicos, sería la maternidad subrogada gestacional o parcial, donde la madre gestante solamente aporte su capacidad gestacional, cuya finalidad sea altruista la que debería acoger Colombia al momento de expedir una ley que regule su contenido, alcance y efectos. El autor sugiere que el marco jurídico más adecuado para Colombia debe ser su permisión regulada de con limitaciones, en el entendido que es el tipo de regulación hacia el cual están migrando tanto los estados prohibicionistas como los no restrictivos. Respecto a los Derechos y prerrogativas a favor del menor concebido como fruto del convenio de maternidad subrogada. En este punto corresponde hacer remisión a lo establecido en la T-968/2009 de la Corte Constitucional Colombiana del cual se dio cuenta en el capítulo 4 y que establece unos requerimientos mínimos a favor del menor fruto del convenio de subrogación y que recoge mucha de las preocupaciones que a nivel internacional se discuten respecto a este punto, en especial en los pronunciamientos del TEDH, finalmente respecto a la relación maternidad subrogada y Derecho Penal, se podría pensar en agregar conductas punibles que en países como España, hacen parte de las infracciones en contra de las relaciones familiares, como son el delito de suposición de parto, la sustitución imprudente de un niño por otro y la ocultación y entrega de hijo.

Lopez (2018), en su tesis para optar el título de abogado titulado “ *Vulneración de los derechos personales del niño por nacer o menor de edad y de los padres potenciales por ausencia de la figura legal de maternidad subrogada*” analiza los derechos que resultan afectados en el tema de la maternidad subrogada. Concluye que al no existir una ley en Argentina que regule o prohíba ciertos actos con respecto a la figura legal de maternidad subrogada, el ordenamiento jurídico presenta retraso en la protección de los siguientes derechos: a la salud física y mental, al nombre, a la nacionalidad, a formar una familia y protección de esta, derecho a la vida, a la integridad física, a la integridad personal, a la libertad de conciencia, y a todos los derechos del niño que deriven de su condición de tal. Se observa que los jueces al momento de elaborar los argumentos de sus sentencias, toman un elemento normativo que es la intencionalidad. Es sabido que en el derecho, la intención puede determinar un tipo de figura legal u otra, tanto en el ámbito civil como en el penal, ese elemento subjetivo es el que configura por ejemplo, un tipo penal más o menos grave, un contrato de determinada naturaleza u otro diferente, etc. Analizando la situación del Código Civil y Comercial de la Nación, surgen argumentos para el no reconocimiento expreso de la subrogación de vientre: no puede ponerse en el comercio ni contratar sobre la persona, no puede cosificarse a la mujer que será usada para gestar, y no puede permitirse que la técnica en cuestión se convierta en una práctica onerosa que comercialice con el ser humano.

#### 2.1.2. Nacionales.

Ayque (2020), en su trabajo de investigación titulado “*La maternidad subrogada com garantía del derecho a formar familia de las mujeres infértiles en el Perú*” sugiere una legislación que deba contemplar procedimientos en los que intervengan instituciones del poder Ejecutivo, el Notario y el órgano Jurisdiccional, así como el acceso a las técnicas de reproducción asistida que permitan brindar a las mujeres infértiles en el Perú, una importante opción tener hijos y

formar una familia, existe un vacío legal en el ordenamiento jurídico civil peruano; su regulación que ha de sustentarse en la teoría de la voluntad procreacional, que relega al principio *“mater semper certa est”* (hasta ahora vigente en nuestro Derecho Civil), frente a las técnicas de reproducción asistida como la maternidad subrogada, la misma que brinda una nueva terminología que ha de diferenciar a la madre genética, madre gestante y madre voluntaria.

Chumbile (2018), en su tesis para optar el grado académico de Abogado titulado *“El derecho a la vida del embrión y la reproducción asistida extracorpórea en el Perú”*, concluye afirmando que falta una regulación estricta de las mismas respetando la dignidad humana como fin supremo de la sociedad y del estado conforme lo estipula el art. 1 de la constitución peruana. Recomienda que al estar prohibido la técnica de maternidad subrogada, los médicos y clínicas que ejecuten dichas prácticas deben ser pasibles de sanción administrativa por parte del colegio médico del Perú. Haciéndose necesario la dación de una ley especial que admita o prohíba determinadas técnicas estableciendo sanciones para quienes la incumplan.

Gamarra (2018), en su tesis titulada *“Hacia una regulación de la problemática del vientre subrogante en el Perú y el Derecho de Familia”*, determina que en la práctica del vientre subrogante no violenta la dignidad ética de la procreación humana, porque en ella participan exclusivamente los componentes genéticos de quienes asumen la paternidad y la maternidad, ya que la investigación biológica y genética que hace el hombre para poder dar solución a la imposibilidad que tiene una mujer de llevar un embarazo, y mediante técnicas de inseminación artificial se le puede implantar un embrión a otra mujer que ofrece su útero para que pueda traer al mundo al nuevo ser anhelado por una pareja de convivientes o esposos. La legalización de vientre de alquiler en el Perú es una alternativa de solución jurídica al problema de práctica ilegal de maternidad subrogada a la que se vienen sometiendo las parejas matrimoniales o en

convivencia propia que por infertilidad se ven imposibilitadas de tener sus propios hijos. En el Perú, la contratación de vientre de alquiler con maternidad subrogada, se realiza ilegalmente por falta de una legislación especial apropiada. Se oferta y demanda vientres de alquiler para maternidad subrogada por diversos medios de comunicación escrita e internet. Existen clínicas privadas que ofertan servicios médicos y realizan procreación humana mediante “inseminación in vitro” con alquiler de vientre. Por lo que se debe replantear los preceptos jurídicos de la filiación de los niños que nacen por vientre de alquiler en el Código Civil Peruano vigente y la Ley General de Salud que se sustentan bajo el principio “Mater Semper Serte Es”, lo que deja desprotegidos a los padres genéticos.

García (2019), en su tesis titulada *“Análisis de los principios y derechos fundamentales vulnerados con la maternidad subrogada”*, afirma concluyendo que la maternidad subrogada contraviene nuestro ordenamiento jurídico. Entre los derechos y principios vulnerados se destacan: el derecho a la vida, el derecho a la identidad, el principio de la dignidad humana, el interés superior del niño, y el de protección a la familia. El autor concluye como nulo todo contrato o acuerdo de las partes que realicen en torno a la maternidad subrogada, ya sea oneroso o gratuito; estas técnicas usadas en la maternidad subrogada, en especial con la fecundación in vitro, suponen la manipulación y vulneración de la vida humana. El derecho a la identidad es vulnerado con la práctica de la maternidad subrogada en tanto que la restricción de la verdad biológica distorsiona gravemente la identidad del niño, quien crece con el vacío fáctico de no saber con quién comparte un vínculo biológico, afirmando entonces que la protección jurídica de los derechos del menor conlleva a concebir al niño no como objeto de tutela sino como sujeto de derechos; prevaleciendo en el caso concreto el principio de interés superior del niño.

Delgado (2019), en su trabajo de investigación que lleva como título “*Análisis de la maternidad subrogada desde el Derecho Civil y Derecho Constitucional*” expone como conclusiones finales que no existe el acuerdo de maternidad subrogada como contrato, puesto que para serlo, primero debe cumplir con los requisitos legalmente establecidos por el Código Civil, en su artículo 140 y, a contrario sensu, artículo V del título preliminar, para ser un acto jurídico válido. Si bien las partes pueden manifestar de manera libre y consciente, su voluntad de querer obligarse entre sí, el objeto y causa de tal acuerdo no están ajustados a Derecho. Asimismo, su celebración y ejecución contravienen normas y principios que le interesan al orden público y a las buenas costumbres. Esto quiere decir que los acuerdos de maternidad subrogada son nulos de pleno derecho. Los acuerdos de maternidad subrogada son inválidos, por cosificar los cuerpos de las mujeres que acceden a actuar como madres subrogadas y objetivar a los niños que están por nacer, fruto de la aplicación de esta técnica. Es decir, tales acuerdos reducen a la persona a un medio para satisfacer deseos personales y familiares, lo cual es incorrecto; pues, el ser humano no es un bien, ni dentro ni fuera del comercio de los hombres. Por tal motivo, no han de ser promovidos ni protegidos por el Derecho.

Hidalgo (2018), en su tesis “*La maternidad subrogada y afectación a la teoría general de la contratación contenida en el Código Civil Peruano*” expone que en el Perú, existe una resistencia a aceptar la ocurrencia reiterativa del Contrato de maternidad subrogada desde el punto de vista de la doctrina, sin embargo, jurisprudencialmente se ha aceptado bajo el interés superior del niño y el derecho de identidad. En consideración a los efectos de la maternidad subrogada como contratación, se puede establecer que según el artículo 6° del Código de los Niños y Adolescente concordante con la Constitución, el niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho de tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tiene también derecho al

desarrollo integral de su personalidad. Es obligación del Estado y, en su caso, del Juez, preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando 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. Es razonable considerar que en tales casos, el acceso a la verdad genética debe ser decidido por quienes serán sus padres. Tal información forma parte del ámbito íntimo del niño o niña y demás personas involucradas el cual se levantará en función del interés del niño y a su solicitud como en los casos en los que se requiere mantener a salvo los impedimento matrimonial por consanguinidad.

Gutierrez (2016), en su trabajo de investigación titulado *“Restitución del Derecho natural de ser padres: necesidad de legislar la maternidad subrogada homologa en el Perú”*, concluye que la legislación peruana no sincroniza entre el derecho y los avances científicos y tecnológicos por esta razón resulta necesaria legislar con una ley específica el uso de estas técnicas de reproducción asistida para restituir el derecho natural de ser padres ahora limitado por el artículo 7 de la ley general de salud N° 26842 impidiendo así desarrollar el proyecto de vida. Afirma que la legalización de la maternidad subrogada en su versión homologa, ampara a una parte de la sociedad, que se encuentra limitada para gestar pese a conservar su fertilidad, pero como consecuencia de un efecto secundario ya sea por alguna enfermedad degenerativa o por poner en riesgo la vida de la madre y el feto queda contraindicada la gestación, siendo la maternidad subrogada homologa el último recurso para tener un hijo genéticamente propio al mantenerse el vínculo genético, el que permanece inalterable entre padres e hijo, dado que el aporte del material (ovulo y esperma) lo hace la pareja de intención para ser fecundado en el vientre de la madre sustituta. Al analizar la legislación Peruana se concluye que no cuenta con una ley especial que regule las técnicas de reproducción asistida; que la ley general de salud,



cuenta solo un artículo referente a estas, el que resulta limitativo para la práctica de la maternidad subrogada en cualquiera de sus modalidades; pero tampoco hay una ley que las sancione, basándose en lo que señala la constitución peruana en su artículo 2, inciso 24, literal b “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. Se ha venido practicando de manera irresponsable y clandestina en algunos casos, resultando el más afectado el niño nacido bajo estas técnicas, al estar alterando su derecho a la identidad y filiación, además de ser susceptible aun tráfico de menores.

Salazar (2020), en su trabajo de investigación titulado *“Implicancias jurídicas de la regulación en la maternidad subrogada como parte de una realidad social”*, determinó que la maternidad subrogada es una realidad cada vez más presente en nuestra sociedad moderna y cada vez más cerca de la biotecnología, por esta razón una regulación formalización para efectuar la maternidad subrogada acarrearía efectos y consecuencias en diferentes aspectos legales lo que definitivamente tendría implicancias jurídicas en territorio nacional. Denota un conocimiento básico en los operadores de justicia sin embargo los conocimientos de este tema al regularse la maternidad subrogada se deberían unificar y derivar en tener un mismo argumento al menos teórico frente al mismo. Expone que la posibilidad de regular la maternidad en la legislación Peruana se vería afectada por empirismos normativos y discrepancias teóricas debido al desconocimiento y que definitivamente se relacionan y se explican, por el hecho de que existen vacíos legales en la ley General de Salud la N° 26842, en donde solo en su artículo 7 se encarga de pronunciarse al tema de las técnicas de reproducción asistida. Se hace evidente los efectos en las normas vigentes sobre filiación, que basan en la presencia en el parto, y la expresión latina “mater semper certa est”, en estos casos de maternidad subrogada no son del todo determinantes dando paso a tener en cuenta criterios del tipo afectivo, de voluntad o de intención en la acción de gestar un descendiente.

Arce y Salazar (2019), en su tesis titulada “*Consecuencias jurídicas que generan los acuerdos de maternidad subrogada en el sistema jurídico civil peruano*”, enfatizan su posición afirmando que esta técnica se atiende más los intereses de los futuros padres que a los del ser humano por nacer, intentando convertir al niño en objeto de propiedad, en cuanto es algo de lo que no se puede disponer. La maternidad subrogada, genera la deshumanización de las personas con interferencias de las TERAS; también genera consecuencias negativas para la madre subrogada como enfermedades, que ponen en riesgo su integridad y vida, así como anomalías congénitas, malformaciones en el concebido, lo que podría conllevar a posibles abortos, desperdicios de embriones, deficiencias físicas y mentales en el nacido que implicaría su abandono por los contratantes. De igual manera trasgrede derechos fundamentales, como conocer su identidad biológica y sus orígenes que forman parte del ámbito íntimo del niño en protección de su interés superior. La legislación extranjera considera a la maternidad subrogada como un contrato ilícito, en la mayoría de países, se condena la práctica de esta técnica, por ser contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima con fines económicos. Otras legislaciones lo consideran nulo, por contravenir al derecho de filiación, rechazan la maternidad subrogada, por ser prácticas perjudiciales para el niño, y por el riesgo de caer en el uso indiscriminado del alquiler de vientres. Finalmente, el artículo 7 de la Ley General de Salud, prohíbe el uso de la maternidad subrogada, al mencionar la condición normativa “siempre que la madre biológica y la madre gestante sean la misma persona”. Pero esta condición no es tomada en cuenta por los órganos jurisdiccionales al momento de emitir sentencia; al contrario, consideran que existe un vacío legal por no estar regulada de manera literal, situación jurídica que ha generado la validez de los acuerdos de maternidad subrogada, pese a que la Ley General de Salud lo prohíbe.

Ramírez (2019), en su tesis titulada “*La maternidad subrogada como un nuevo escenario en la elección de un plan de vida desde la perspectiva de los derechos fundamentales, Huancavelica-2018*” explica detalladamente que, nuestra legislación actual proporciona una regular adecuación en la regulación normativa respecto a la maternidad subrogada. El único amparo es la Ley General de Salud (artículo 7°), aun así, es una norma insuficiente ya que no encuentra una solución a las diversas controversias jurídicas que se vienen dando. Es necesaria la regulación de la maternidad subrogada, porque con una debida regulación se apaciguarán y resolverán polémicas jurídicas que están quedando en el olvido, y sin acción alguna existirá la vulneración de derechos fundamentales y que existe transgresión al Principio Superior del Niño y Adolescente, ya que se está generando incertidumbres jurídicas respecto a ciertos derechos, como es el de la dignidad, la identidad y la filiación del que está por nacer.

Vega (2017), en su investigación titulada “*Inaplicación del principio “mater semper certa est” en los casos de útero subrogado*” expone en la técnica de útero subrogado aparecen interrogantes sobre la determinación de la maternidad al aplicar el principio *mater semper certa est*, ya que en el ordenamiento jurídico peruano vigente, la determinación de la misma supone la reunión de dos supuestos: el hecho del parto y la identidad del hijo; no obstante, cuando se pretenda obtener la filiación del niño nacido mediante la técnica de útero subrogado resulta inaplicable dicho axioma romano, por cuanto la maternidad en este caso queda comprobada por la voluntad pro creacional y la identidad genética amparada en el principio de la verdad biológica, como únicos supuestos válidos para determinar la relación filial materna de los menores nacidos bajo dicha técnica. En consecuencia, si existe controversia en la determinación de la maternidad deberá fundamentarse la precisión de la misma en la identidad genética que recae en el principio de la verdad biológica, ya que si se persiste en aplicar el principio *mater semper certa est* en los casos de útero subrogado se afectará la filiación materna del hijo nacido

mediante dicha técnica. La técnica de útero subrogado no es una realidad ajena ni extraña ni el Perú, ya que diversos centros médicos ofrecen tratamientos de reproducción asistida, los mismos que se rigen mediante la autorregulación debido a que no existe en el Derecho Peruano un marco normativo que regule la técnica de útero subrogado, evidenciándose un vacío legal; por cuanto la legislación existente resulta insuficiente para la regulación de la filiación materna del menor nacido mediante esta técnica.

Pérez (2015), en su tesis para optar el título de abogado *“Presupuestos éticos y jurídicos mínimos que se deben tener en cuenta ante una inminente regulación de técnicas de reproducción asistida en el Perú”* concluye que el ordenamiento jurídico peruano reconoce al concebido y por lo tanto protege la vida desde el momento de la concepción, entendida como la unión del óvulo y espermatozoide se da paso a un nuevo ser completamente distinto a las células que le dieron origen. Las TERAS se encuentran presentes en nuestro país a través de diversas clínicas de fertilidad. Estos centros especializados encuentran un respaldo legal en el artículo 7° de la LGS que permite el uso de las TERA. Si bien nuestro ordenamiento jurídico es proteccionista de la vida y ha quedado demostrado que las TERA son un atentado directo contra el derecho a la vida del concebido, pese a ello la Ley General de Salud sigue vigente y resulta imposible pedir la inconstitucionalidad puesto que el plazo para realizar dicha acción ya prescribió. La mejor solución hubiera sido que se derogara dicho dispositivo legal que introduce las TERA, lo cual no sucedió. Por el contrario, se ha promulgado nueva legislación contra el derecho a la vida como el Protocolo del aborto terapéutico.

## 2.2. Bases Teóricas.

### **Teorías sobre la maternidad subrogada**

Para referirnos a la maternidad subrogada es preciso señalar algunas conceptualizaciones proporcionadas por tratadistas especialistas en la materia. Moran, C., Gonzales, M. (2013) indica que es un contrato mediante el cual una persona ya sea comitente, heterosexual, homosexual que puedan o no aportar sus gametos, por lo que se encarga a una mujer para que lleve a cabo el proceso de gestación, esta última puede o no aportar material genético a cambio de una compensación onerosa o de manera altruista.

Además, Gomez (1994) mencionan una definición descriptiva: La maternidad subrogada resulta de fecundación artificial que da como resultado el alumbramiento de un recién nacido con vínculo a personas con problemas de fertilidad. La madre sustituta es una persona fértil que conviene con la pareja infértil, ser inseminada con material genético del hombre casado o no mediante un contrato y a su vez dar a luz y entregar al nuevo ser a la pareja, renunciando de esta manera a la custodia del menor.

Así mismo, Peralta R (2008) define la maternidad subrogada como aquel acuerdo mediante el cual una mujer asume un compromiso con otra para llevar en su vientre un embrión, el cual se ha fecundado extra corporalmente para entregárselo después del alumbramiento. Por lo que este compromiso realizado implica obligaciones, derechos que deben regularse y respetarse.

Por consiguiente, para las ciencias jurídicas se debe entender como aquel acto jurídico con compensación económica o gratuito por el cual una mujer sin problemas de infertilidad se compromete a llevar en su vientre un embrión ajeno con la finalidad de entregarlo después del parto, renunciando a todos los derechos que le asisten como gestante.

## **La Maternidad subrogada**

### **Concepción formal**

Según Moran & Gonzales (2013) indica que es aquel contrato por el cual una persona con problemas de infertilidad encarga a otra que lleve el proceso de gestación, así done o no los

gametos para el posterior alumbramiento de un niño bajo las técnicas de subrogación a cambio de una prestación dineraria o de manera altruista.

Peralta R (2008) define a esta como aquel acuerdo donde una fémina se compromete con otra a llevar en su vientre un feto, el cual se ha fecundado extra corporalmente para entregárselo después del alumbramiento. Lo que involucra una gama de compromisos y derechos que deben respetarse.

### **Concepción Material**

Según el informe de Warnock (1985) lo define como aquella practica por la cual una persona fértil lleva en su vientre al nuevo ser para otra, con la finalidad de dárselo luego del parto.

Asimismo, para Souto (2006) se conoce como maternidad subrogada aquel método por la cual una persona de sexo femenino fértil lleva a cabo la gestación con previo compromiso en el que se indica que debe conceder todos los derechos sobre el niño a las personas que asuman la maternidad y/o paternidad.

### **Teorías en contra y a favor de la regulación de la maternidad subrogada**

Los países que avalan esta teoría permiten la maternidad subrogada en cuyas cuestiones no se involucren actos jurídicos o intercambios comerciales y solo este se de en situaciones altruistas.(Ruiz, 2013) Tal es el caso de los siguientes países como lo son Canadá, Brasil, Grecia, Australia, y Nueva Zelanda.

Lamm (2012) en una primera posición nos indica que para realizar cualquier tratamiento médico que supusiera la maternidad subrogada con fin solidario, deberá ser admitido por un juez o tribunal constituido especialmente para llevar el mencionado proceso.

Adicionalmente, existen exigencias y condiciones para declarar aceptable esta técnica de maternidad subrogada en países como Israel y Grecia. En Israel por ejemplo se debe acreditar la infertilidad fehacientemente, en el caso de Grecia se puede realizar mediante autorización judicial.

Asimismo, en una segunda posición Lam frente a los acuerdos de maternidad subrogada después del alumbramiento, indica que estos se centran en el traspaso de filiación después del parto. Ello para acelerar la situación legal de la criatura a favor de las personas que contrataron los servicios como resultado de un contrato. (Lamm, 2012, pág. 15).

Estas teorías se encuentran sustentadas en algunos principios; siendo los más importantes:

### **Autonomía de la voluntad**

Si consideramos a la autonomía de la voluntad como la facultad que tiene todo individuo de decidir cuál es el destino de sus acciones, prohibir la maternidad subrogada supone una restricción de la independencia de la mujer para decidir su capacidad para gestar para otros, disminuyendo así su autonomía para tomar sus propias decisiones.

### **Disposición del propio cuerpo**

En la maternidad por subrogación, existe este principio, donde una mujer se compromete a llevar adelante la gestación de un embrión implantado, el que es foráneo en su propio útero, y entendemos que no puede negociarse o estipularse un contrato, por encontrarse el cuerpo humano fuera de la comercialización (Rivera, 1994).

La solución para que dicha práctica no se encuadre en un marco de ilicitud; la encuentran los doctrinarios en la dación del útero (contratación gratuita), encuadrándolo dentro de los actos de disposición del cuerpo, siempre y cuando no vulnere a la ley o a la moral. La idea de comercialización con el propio cuerpo es lo que lo lleva a determinar como un acto inmoral, aunque encontramos doctrinarios que manifiestan que, en estos actos, existe una distorsión deshumanizadora de la maternidad y que por ello resulta contraria a la ley.

Espinoza (1996) nos dice que, la maternidad subrogada, es permitida tal y como se ve en el artículo No 6 del Código Civil donde Espinoza lo asemeja como un acto de disposición por lo que este correspondería a un estado de necesidad. Por lo que haciendo una interpretación esta debería ser permitida.

Esta concepción es la fuerza de esta norma, ya que podría admitirse la maternidad subrogada a través de un enfoque constitucional que acabe con confusiones acerca de subrogación.

### **Principio de solidaridad**

Mosquera (1997) afirma que cuando hay compensación económica de por medio significaría la degradación de la mujer y el maltrato para el niño, pero en si en la cesión de útero no hay compensación dineraria se debería aceptar mediante este principio la subrogación, puesto que, sería de gran ayuda para las mujeres con problemas en la matriz.

Por otro lado, Rubio (1996) señala que la doctrina de la Iglesia Católica y la Teoría General del Derecho rechazan estas prácticas y acuerdos por considerarlos fenómenos que desnaturalizan las relaciones humanas en las cuales se ha fundado el derecho.

### **Teorías que sustentan la prohibición de la maternidad subrogada**

Los que sostienen esta postura lo hacen en base a los marcos normativos que declaran nulos los acuerdos de gestación por subrogación. Países como Francia, Alemania, Suecia, Suiza, Italia, Austria o España, prohíben y declaran nulos dichos acuerdos. (Lamm, 2012, pág. 11).

Lamm (2012) recoge una sinapsis de la citada ley alemana la cual en su artículo 1, hace alusión al uso indiscriminado de las técnicas de reproducción y establece que:

Tendrán pena privativa de la libertad durante 3 años o una penalidad por lo que en su inciso 1 hace referencia a aquellas personas que transfieren óvulos de una mujer a otra.

En su inciso 2 nos dice que serán privados de la libertad quienes fecundan un ovulo de manera artificial con una finalidad distinta al embarazo de la mujer que es dueña del ovulo.

Asimismo, en su inciso 3 en casos de fecundación de un embrión transfiriendo o entregando al niño luego de que este naciera.

Dentro de las motivaciones para impedir una regulación se tiene:

### **Identidad de los niños**



Para Valdez (2014) el interés superior del menor, según la Convención Interamericana sobre los derechos del niño engloba una serie de acciones con el objetivo de garantizar su desarrollo integral y la vida digna.

Mediante este principio se ha pretendido prohibir la maternidad subrogada, puesto que se considera que el menor se convierte en objeto del contrato por lo que se atentaría contra la dignidad humana.

Los contratos de subrogación no tienen como objeto al menor en sí, sino la prestación de un servicio el cual es llevar en su vientre al nuevo ser y alumbrarlo teniendo capacidad y aptitud.

Se trata de un servicio especial y muy particular, inimaginable hasta hace algún tiempo, pero una realidad cada vez más frecuente que algunos tratadistas consideran que pone en juicio la moral, puesto que se repugna la comercialización con el cuerpo humano.

Sin embargo, estas prácticas tan cuestionadas se realizan más allá de las consideraciones éticas que se puedan tener. El ser humano que nace es sujeto de derechos y es considerado persona y le son inherentes todos los derechos, por lo cual debe ser protegido y debe gozar de mismas consideraciones que los nacidos a este mundo de manera natural que los que nacen de manera ambulatoria.

La gestación subrogada no vulnera este principio, por lo que crece dentro de una familia que lo anhelo y no existiría sin haber llegado a la subrogación.

Por el contrario, el interés superior del menor exhorta que se regule la maternidad subrogada mediante disposiciones jurídicas que protejan y garanticen la seguridad jurídica, admitiendo así que mujeres con impedimentos para concebir puedan recurrir a dicha técnica para poder así ser madres; en el caso que se diera el nacimiento en otro país que no fuera el de procedencia, estos tienen derecho a que se reconozca la nacionalidad a los padres, a su vez poder retornar a su país de origen por lo que tiene derecho a que se respete su ambiente íntimo y familiar; por otro lado

tiene derecho a la identidad , en cuanto al conocimiento de cómo fue concebido, este deberá ser ventilado cuando el menor alcance la madurez suficiente.

Asimismo, tiene derecho a una niñez feliz, a que se crie con el cariño de sus padres, a la educación hacia la autonomía orientada a ejercer sus derechos.

El principio del interés superior parte de la prerrogativa de considerar al individuo como sujeto de derechos, los cuales deben ser respetados y velados por el Estado.

### **Incumplimiento de contratos**

Como sostiene la doctrina los contratos de subrogación tienen por objeto la función reproductiva de la mujer portadora o gestante voluntaria y la calidad de madre, que en ambos elementos recaiga la misma persona. Por lo antes mencionado esta estaría fuera del comercio, puesto que solo pertenecería al ámbito de la persona no al de las cosas.

Declarar validos los contratos de subrogación admitiría considerar al ser humano como una cosa (RES), puesto que las cosas solo son las que están en comercialización y pueden ser objeto del contrato. Montero (2015).

No se comparte la opinión de Jurista Montero debido a que el ser humano en ninguna de sus extensiones puede ser considerado una cosa ya que el ser humano tiene autonomía sobre su propio cuerpo y tiene derecho a un desarrollo personal y este se gobierna por las decisiones que toma.

### **Comercialización ilegal**

Sostienen los defensores de esta teoría que, la función reproductora de una mujer es algo *extra commercium*, y, en consecuencia, no puede someterse a la lógica contractual; sin embargo, no se toma en cuenta la autonomía de la voluntad ni los actos de disposición del propio cuerpo como veremos posteriormente.

### **Modalidades y personas que intervienen en la ejecución de la maternidad subrogad**

De acuerdo a Varsi (2006) con esta concepción de maternidad subrogada podemos encontrar las siguientes personas intervinientes y modalidades de ejecución de la maternidad subrogada:

### **Personas intervinientes de la Maternidad Subrogada a. Madre portadora**

Es aquella mujer que aporta los óvulos en un proceso de reproducción asistida, pero tiene problemas en la matriz que le impiden gestar a su hijo por cuenta propia, recurriendo a métodos alternativos para lograr una reproducción exitosa, independientemente si este procedimiento se encuentra regulado o no en la norma jurídica.

### **Madre sustituta**

Fémica que puede o no generar óvulos, puesto que puede recurrir técnicas de reproducción humana para lograr tener un hijo.

### **Modalidades de la Maternidad Subrogada a. Ovodonación**

Solamente puede gestar, necesitando una tercera persona que le done óvulos; es decir, la inseminación se realiza con material genético del hombre y de la mujer donante, por lo que el proceso se realiza en la matriz de la esposa.

### **Embriodonación**

Se utiliza en casos de una infertilidad absoluta en la pareja, es decir, cuando tanto el hombre como la mujer son infértiles imposibilitados de aportar material genético, razón por la cual requieren a una persona para que done su ovulo para que este pueda ser fecundado.

Entonces, entenderemos que el término de maternidad subrogada engloba diferentes modalidades; por lo cual solo en la presente tesis nos centraremos en madres portadoras y madres sustitutas por lo que en una eventual regulación deberá tomarse en cuenta las mismas.

### **Regulación jurídica de la maternidad subrogada**

Han surgido diversas posiciones con respecto a la validez de los contratos de subrogación, una de ellas sostiene que dichos contratos no deberían ser considerados como negocios, puesto que, en la realidad resultan ser actos unilaterales lícitos y revocables.

Espinoza J (2004), establece que la maternidad subrogada altruista sería legal y podría aceptarse en nuestro ordenamiento jurídico peruano ya que tendría un objetivo y/o finalidad la cual es ayudar a aquellas mujeres infértiles que por diversas circunstancias no pueden concebir, ante el respaldo de una mujer la cual proporciona su vientre para llevar a cabo el proceso de gestación, no convirtiéndose esto en una situación aberrante al existir una finalidad. Sin embargo, en algunas situaciones un fin económico acarrearía valoraciones morales y éticas que degradarían a la mujer y al niño conceptualizándolos como mercancía.

### **Derecho Comparado**

Entre los países que apoyan esta técnica sin compensación monetaria como de manera comercial son los países de Estados Unidos, Ucrania, Rusia. Asimismo, los estados que no están de acuerdo con la subrogación son los países de Argentina, Colombia, Chile y la India.

### **La Maternidad Subrogada en Estados Unidos**

La normativa de la maternidad subrogada en Estados Unidos depende de la federación donde se viva. Por ejemplo, Michigan y Nueva York aplican sanciones penales. Asimismo, Arizona y Nebraska rechazan la maternidad subrogada y consideran inválidos los contratos que se llevaran a cabo. Por otro lado, hay estados en los que sí se permite la subrogación, con una compensación económica de por medio estos son: California, Virginia, Texas, Florida, Illinois, Utah, entre otros.

Sin embargo, hay otros países que permiten la subrogación, pero con restricciones como lo hace Florida, donde pueden acceder a dicha práctica si se contrajo matrimonio. (Mohapatra, 2017).

Existen países que no poseen regulación acerca de la maternidad subrogada, como por ejemplo Missouri, Nuevo México y Oregón. Y pese a la falta de regulación, existen estados que permiten que se ejecute dicha técnica, pero sin protección jurídica alguna. Por otro lado, entre los países que permiten la gestación subrogada sin restricción alguna, tenemos a California (James, et al., 2010).

### **La Maternidad Subrogada en Ucrania**

En este país es completamente legal tal como lo permite el Código de la Familia y la Orden 771 del Ministerio de Salud.

### **La Maternidad Subrogada en Rusia**

En Rusia, la maternidad subrogada está regida por el Código de Familia de Federación Rusa bajo la Ley N° 5487-1 que nos habla acerca de la protección que se da a los ciudadanos de ese país.

### **La Maternidad subrogada en Latinoamérica**

En el artículo ¿Es posible arrendar a una madre? (2008) la Maternidad Subrogada en Chile no se encuentra regulada, existen vacíos legales, no obstante, se ejecutan este tipo de prácticas sin que exista ninguna prohibición dada por alguna ley.

La legislación en Chile permite que las personas puedan suscribir contratos y el arriendo del útero no está prohibido por ley, por lo cual estas prácticas podrían efectuarse mediante un acuerdo contractual sin infringir norma alguna o delito.

Por otro lado, en el caso de Argentina y Colombia no tienen ninguna norma que contemple la Maternidad Subrogada, no obstante, se han presentado proyectos de ley, pero los intentos por una regulación han sido fallidos.

Existen casos sobre la maternidad subrogada que han llegado a la Corte Constitucional Colombiana como la sentencia T-968 (2009), ya que no se estableció la validez de los contratos de Subrogación, pero sí resalta la necesidad de una regulación absoluta y establecer requisitos para la celebración de estos actos jurídicos.

Rodríguez Yong, Martínez Muñoz (2014) precisa que la Constitución Colombiana ha reconocido que esta práctica no se encuentra prohibida ya que en su artículo 42 establece que los hijos nacidos en el matrimonio o fuera de él, nacidos de forma natural o artificialmente con la ayuda de tecnológica, tienen igualdad de derechos y deberes.

Por lo que en Colombia ha sido reconocido como valido pero no existe una regulación expresa. Por otro lado, Lamm (2012) indica que este tema no ha sido ajeno a la Haya quien, en una conferencia de Derecho Internacional Privado, ha estado proponiendo criterios para que la regulación de acuerdos internacionales acerca de la Maternidad Subrogada debido a la presencia de numerosos casos y la imperiosa necesidad de regulación.

### **La Maternidad subrogada en la India**

En el 2006 se publica una guía ética con referencias biomédicas, que sirvió como eje político y ético para la realización de procedimientos tecnológicos y biomédicos de la India. A razón de esta guía, el personal médico de la India en el año 2010 elabora la guía de regulación de reproducción asistida, donde se establecen las restricciones a dicha práctica como la experimentación con fetos, la inseminación con material genético y animal, las inseminaciones con espermatozoides de diferentes hombres a una sola mujer, entre otros. (ICMR)

Estas guías establecen que la infertilidad es un padecimiento inmenso a nivel mundial por lo que los profesionales de salud están dispuestos a crear soluciones y dotar de toda la tecnología necesaria para solucionar este problema. ICMR (2006).

### **La maternidad subrogada en el Derecho interno**

#### **Constitución Política del Perú**

Como se mencionó en el marco normativo, el Perú, en su Constitución contempla los artículos 2, 4, 6, 11 y 44 sobre la maternidad subrogada.

Como podemos apreciar en estos artículos el estado garantiza la seguridad personal, protege la familia y el desarrollo personal de cada persona aunado a ello la libertad que tiene para el acceso a la salud. Por lo cual, serian derechos vulnerados ante la no regulación de la maternidad subrogada.

Esto no es ajeno en nuestro sistema jurídico ya que esto se puede apreciar, también en la Jurisprudencia, tal es así que, la Corte superior de Justicia de la ciudad de Lima en el expediente

N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-01 se presenta un caso de subrogación, por la que esta no es una realidad ajena en nuestro país donde se declara fundada la demanda de amparo, interpuesta para exigir que RENIEC inscriba con los apellidos de la pareja infértil al menor nacido mediante el método de maternidad subrogada. Se consideró que en la normativa y jurisprudencia peruana convencional el derecho a la salud reproductiva y los derechos autodeterminación, privacidad. Asimismo, la Corte reconoce la facultad que tienen las mujeres para recurrir a dichas prácticas asistidas de manera informada y acceder a ser madre, situación a la que llegan con el apoyo de los avances tecnológicos y el respaldo adicional de terceras personas para alcanzar la condición de madre.

### **La Maternidad Subrogada en el Código Civil**

La Ley N° 26842, establece en su artículo 7 una prohibición tacita respecto de esta práctica en los siguientes términos:

Todo ser humano tiene derecho a tratar su infertilidad como a poder acudir a técnicas de reproducción asistida para lograr la procreación siempre y cuando la madre biológica y gestante sean las mismas. Para realizar dicho procedimiento se deberá contar con el compromiso por escrito de la pareja que pretende someterse a dicha técnica.

Jiménez (2010) afirma que el Código en materia civil en especial en casos de filiación este ultimo se encuentra desfasado puesto que, este se sustenta en el concepto romano, la madre es conocida.

No obstante, la subrogación es una practica que ya es latente en nuestro país, tal y como se puede evidenciar ya un canal de cable español hizo un documental sobre una red de personas y profesionales quienes eran encargados de contactar por internet a parejas con imposibilidades para concebir con mujeres que estuvieran dispuestas a prestar su vientre para gestar al nuevo ser, donde se utilizaba a jovencitas peruanas como incubadoras. La Republica (2006).

### **Leyes especiales**

## **Ley General de la Salud**

En su artículo 7 nos refiere lo siguiente:

“Todo ser humano tiene derecho a tratar su infertilidad como a poder recurrir a técnicas de reproducción asistida para lograr la procreación siempre que la madre genética y la gestante sean las mismas. Para realizar dicho procedimiento se deberá contar con el consentimiento por escrito de los padres biológicos. Por otro lado, se prohíbe la clonación de seres humanos, así como la fecundación de óvulos con otros fines que no sean los de la procreación” (Ley General de Salud N° 26842).

### **Concepto de Técnicas de reproducción asistida (Tera).**

Para poder enmarcarnos en nuestro tema es importante tener unos breves alcances sobre las “Teras”. Paraíso, Blanca; Dolz Arroyo, Miguel; Salgado, Sara; Salvador, Zaira (2019) define a las “Teras” como:

El conjunto de técnicas y tratamientos que sustituyen el proceso natural de la reproducción con el objetivo de facilitar un embarazo.

En función de cual sea la causa y el origen de la infertilidad, los profesionales de la reproducción asistida (ginecólogos y embriólogos) podrán manipular en mayor o menor grado el funcionamiento del sistema reproductor masculino y femenino. [...]. (Párr. 1-6)

Como podemos colegir, en este tipo de técnicas se puede intervenir en cualquiera de los factores y procesos de la concepción.

### **Clasificación de las TERAS.**

La clasificación de las TERAS según el procedimiento a realizar puede ser: intra corpóreas y extracorpóreas.

- **TERAS intracorpóreas.** Es aquella que se realiza en el interior del útero, mediante la introducción de semen de manera mecánica sin copulación, en donde se tiene que



obtener previamente el semen (gametos masculinos) que permita la unión con el ovulo para dar paso a la fertilización (Marco & Tarasco, 2001, p. 20).

Estas se pueden clasificar en:

- Inseminación artificial (IA).
- Inseminación intrauterina directa (IIUD).
- Inseminación intraperitoneal (IIP).
- Transferencia intraperitoneal de espermias y ovocitos (TIPEO).
- Transferencia intratubárica de gametos (GIFT).

De las cuales la más comúnmente utilizada es la inseminación artificial (IA).

- **TERAS extracorpóreas.** Es aquella que se da en laboratorio, el cigoto o embrión obtenido de la unión de los gametos (ovulo y espermatozoide) el cual es transferido al útero de la mujer para que continúe su desarrollo hasta el nacimiento (Marco & Tarasco, 2001, p. 20).

A este tipo de técnica también se le conoce como fertilización in vitro (FIV) puede realizarse de diferentes maneras (sin micro manipulación de gametos, con micro manipulación de gametos).

Se pueden clasificar también según la donación de gametos (femeninos y masculinos) y pueden ser:

- **Homólogas.** Tanto el gameto femenino (ovulo como el masculino) espermatozoide, pertenecen a los esposos o convivientes voluntarios.
- **Heterólogas.** Cuando uno o los dos gametos no pertenecen a los esposos o convivientes voluntarios.

En el Perú se realizan estas técnicas de reproducción asistida, desde muchos años atrás; actualmente existen muchas clínicas especializadas en fertilidad, así mismo, algunos centros de salud privados y públicos que ofrecen este servicio en todo nuestro territorio nacional.

Para nuestro estudio nos interesa lo referente a las extra corpóreas (fuera del útero) tanto homólogas, las cuales poca discusión ya que se fundamentan en su totalidad bajo el principio de verdad biológica y las heterólogas que si generan mucha discusión y controversia.

No me explayo más en el tema, toda vez que solo busco un conocimiento breve respecto del tema médico, ya que este no es objeto de estudio en el presente trabajo de investigación.

### **Condición médica para la aplicación de las TERAS.**

Las TERAS son utilizadas como un recurso para lograr obtener un hijo (que porte tu genética).

Las parejas o mujeres que acuden a los servicios de salud lo hacen porque necesitan de una asistencia profesional para lograr su objetivo.

Existen condiciones médicas que producen problemas de infertilidad, para lo cual deberán evaluar a la pareja (hombre –mujer) o la mujer para determinar las causas de esta, Paraíso (2019) refiere:

Las alteraciones en la fertilidad de hombres y mujeres que les impiden o dificultan tener un hijo de forma natural son las siguientes:

- Infertilidad masculina. Mala calidad seminal, ausencia de espermatozoides, alteraciones genéticas en los espermatozoides, etc.
- Infertilidad femenina. Alteraciones del ciclo menstrual, cantidad y/o calidad de los óvulos disminuida, problemas que afectan a la implantación embrionaria, etc.

Además, si existe en la familia alguna enfermedad hereditaria que pueda dar lugar al nacimiento de un niño enfermo, se recomienda no intentar el embarazo natural y acudir a una clínica para realizar un estudio genético... (Paraíso et al, 2019).

La condición médica es muy importante, ya que si no existiera esta condición no tendría sentido someterse a las TERAS. El solo capricho, no es suficiente para acudir a la ciencia, sino que debe existir una causa objetiva y real de la necesidad de la pareja (hombre –mujer) o la mujer para someterse a estas, de lo contrario nos estaríamos excediendo en nuestra libertad.

### **Derecho a la libertad de las TERAS.**

La libertad es una facultad y un derecho inherente que nos da la naturaleza al ser humano; en virtud de la libertad podemos obrar de diferentes maneras, o simplemente omitir o dejar de obrar, haciéndose responsable de los mismos.

La Libertad observada como un derecho lo tenemos consagrada en nuestro ordenamiento jurídico peruano en la constitución Política que en su Art. 2, el cual se encuentra íntimamente vinculado el derecho a la vida y el desarrollo en sociedad, para conducirse con libertad. Esta libertad también alcanza a la disposición del propio cuerpo, y dentro de esta disposición tenemos a la práctica de las TERAS.

Respecto de los actos de disposición del propio cuerpo el Art. 6 del CC señala: “Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios.

Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia”. La necesidad de las personas o las parejas que recurren a estas TERAS, lo hacen en virtud de su libertad, ya que la constitución peruana en su Art. 2 Inc.24 literal a proscribire. “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella

no prohíbe”. Por lo tanto, el hombre tiene amplia libertad sobre sí mismo, esto incluye la utilización de las TERAS.

**Derecho a la intimidad de la familia que se encuentran dentro de un contrato de subrogación uterina.**

La intimidad es un derecho que tienen todas las personas, se encuentra consagrado en la constitución peruana en el Art.2 Inc. 7. Sobre la intimidad Canessa, Rolando (2008) refiere: “La palabra intimidad etimológicamente proviene del adverbio latín *intus* que traducido significa por adentro, o hacia adentro. De tal manera que *intimus* debe traducirse como algo recóndito, profundo del ser”.

Respecto de la concepción a la intimidad como derecho autónomo tiene su origen, en 1980, cuando los abogados Samuel Warren y Lovis Brandeis escribieron el ensayo “The right to privacy”, en la que fundamentan la existencia de un espacio de libertad del ser humano, sin intromisiones.

Morales (2003) nos dice sobre la intimidad: “El ser humano toma conciencia de la vida privada (o íntima como la denomina nuestro sistema jurídico) cuando se percata de su individualidad, cuando percibe que ha sido lanzado al mundo para que se construya a sí mismo, cuando su libertad está condicionada más que por el pasado, por el futuro que debe diseñar” (p. 158).

Teniendo ya un alcance como individuo, tenemos que este derecho esta también está íntimamente vinculado con la familia el desarrollo familiar, argumento que encontramos en algunas sentencias, en las que se falla a favor de los padres que ocultaron su origen (que fueron concebidos dentro de un contrato de subrogación uterina) bajo el argumento que las parejas tienen derecho a cumplir con el deseo de ser padres (tener hijos), esta decisión es parte del desarrollo personal y familiar; esta decisión es parte de su vida privada y familiar.

En este sentido tenemos que en el primer párrafo del Art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no se menciona explícitamente este derecho, sin embargo, se menciona el derecho de contraer matrimonio y fundar una familia. Los cuales se entienden implícitamente a los actos procreativos, los cuales forman parte de un derecho derivado de este.

Al respecto en la Carta Social Europea, en el artículo 16, sólo se contiene la referencia directa a un derecho cuyo sujeto es la familia y que consiste en una triple protección: social, jurídica y económica. La finalidad de este derecho es el pleno desarrollo de la institución familiar. (Miembros del consejo de Europa, 1996). Como podemos notar, existe una protección especial a la familia y a la reproducción que es el origen del grupo familiar, por lo tanto, indirectamente se estaría protegiendo todos los actos que conducen a la procreación.

Estos derechos han sido contenidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incorporada en el tratado de Lisboa Art. 7 que indica: “Toda persona tiene derecho al respecto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”.

Canessa, (2008), nos dice al respecto: A Decir de Clara Mosquera Vásquez: “La intimidad no solo se refiere a la esfera de la reserva del individuo sino que abarca mucho más, llegando a su esfera genética. Me explicó, así como nadie puede hurgar en la esfera privada de ninguna persona sin previo consentimiento, nadie puede sin previo consentimiento descifrar el código genético de determinada persona. O si ya lo hizo, claro está, previo consentimiento expreso, no debe divulgar los resultados sin autorización, debiendo ser mantenidos estos en secreto” (p. 143).

Este derecho a la intimidad se encuentra vigente en la aplicación de las TERAS, abarcando obviamente al derecho genético (derecho a la intimidad genética). Aquí podemos notar que en el contrato de subrogación uterina existen tres puntos importantes respecto de la intimidad:

### **Intimidad Familiar en la aplicación de una TERA.**

El a la familia se encuentra consagrado en nuestra constitución peruana en el Art. 4 cuarto párrafo que dice: "...protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad..."; desde luego este derecho debe ejercerse dentro del orden público de nuestro país.

El derecho a la intimidad personal y familiar lo encontramos en el Art. 14 del CC que prescribe: "La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden".

Por lo tanto, para el desarrollo de la familia es fundamental, la intimidad para su desarrollo en nuestra sociedad. En este contexto el contrato de subrogación uterina que se deriva de la aplicación de las TERAS, se encuentra bajo la esfera de la intimidad familiar.

#### **Intimidad de donante de gametos para ser aplicado en una TERA.**

Otro punto importante es la intimidad del donador que se ve reflejado en el anonimato de este. El profesor Varsi (2010) manifiesta que en la práctica usual en las TERAS, las historias clínicas los donantes de gametos (Ovulo-Espermatozoides) sometidos al proceso de selección de los cedentes y la información que se encuentra en los registros nacionales de los donantes, los cuales son recogidos, tratados y custodiados con estricta confidencialidad, con el fin de conseguir una inmunidad parenteral (p. 240).

En este sentido notamos que bajo el anonimato, los donantes no tienen ninguna responsabilidad legal, respecto del niño que nacería (portando su genética); por ende dejando solamente la responsabilidad legal a la a la pareja o mujer que se somete a una TERA.

#### **Intimidad del menor procreado aplicando una TERA.**

Tanto el Artículo 2 Inciso. 7 de la constitución política del Perú y el Artículo 14 del Código Civil no refieren una disposición respecto la protección de los datos de niños que han sido concebidos mediante la utilización de las TERAS.

Considero importante precisar que este sometimiento a este tipo de prácticas no debe constar en un documento público – Partida de Nacimiento (que origina la filiación del menor); sin embargo considero que si se debe tener presente en el documento médicos (historia clínica de la paciente gestante) que ha sido sometida a una subrogación uterina, Ya que como notamos legalmente este contrato según la jurisprudencia es válido y por lo tanto lo entienden bajo la figura de donación y le rige lo referente a ella.

Los documentos médicos referidos al contrato de subrogación uterina, van desde la historia clínica de la pareja que soliciten aplicar una TERA (implica todo el procedimiento) y la historia clínica de la gestante subrogada, ya que esta última es sujeto de derechos.

El documento primo regular que tiene todo recién nacido en el Perú (se encuentra dentro de la esfera de la intimidad familiar) es el Certificado De Recién Nacido Vivo, el cual da cuenta del proceso del parto y del recién nacido; en donde se consigna los datos de la madre (entendida como madre natural: gestante y biológica) con huella digital del dedo índice derecho, también los datos referenciales del padre y la huella plantar del recién nacido.

Con este documento los padres se acercan a la municipalidad o RENIEC para asentar la partida de nacimiento. En este punto encontramos que este Certificado de Recién Nacido Vivo no contempla la distinción entre gestante y madre legal ya que como sabemos nuestro CC peruano se rige bajo los principios principio “*mater Semper certa est*” y “*partus sequitur ventrum*” (el parto prueba que la mujer gestó un hijo y por ende adquiere el estatus social de la madre).

Por lo tanto considero que en aquellas pacientes gestantes que se encuentren bajo un contrato de subrogación uterina, no se debería utilizar el documento de Certificado de Recién Nacido Vivo convencional; Sino, uno especial en donde se consignen y separen los datos de los padres legales, los datos de la madre gestante, manteniendo los demás datos contenidos en el documento ordinario.

De esta manera también se evitaría los conflictos que se originan en RENIEC ya que no existe ninguna directiva que regule estos contratos en esa institución gubernamental.

### **Regulación de la maternidad Subrogada.**

Todos los estudios revisados concluyen que en el Perú no existe una regulación específica respecto de la maternidad subrogada; sin embargo, es un contrato que se viene aplicando en la actualidad.

En lo revisado en los estudios podemos observar que existe controversia respecto de la validez del contrato de subrogación uterina ya que algunos como Salazar (2017) plantea que este contrato no debería permitirse toda vez que uno de los elementos del contrato es que sea lícito, en este sentido ellos plantean que tanto la ley general de salud se consigna que en el caso de fertilización heteróloga solo se podrá realizar en aquellas mujeres que la condición de madre genética y madre gestante recaigan en la misma persona.

Rodríguez (2012) en cambio considera que la corte señala “al establecer los derechos a la vida privada de los Arts. 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Por otro lado, en la casación 4323 – 2010 Lima, esta manifiesta en su fundamento octavo indica: “...Que habiendo quedado establecido que el proceso de fecundación cuestionado no deviene en ilegal...” este caso se trató de una subrogación uterina Heteróloga en donde el gameto masculino era del esposo y el gameto femenino era de una donante anónima.

Considero que el derecho es una ciencia evolutiva, y como tal se debe renovar de acuerdo a las necesidades que se generan en la población, con respecto a el contrato de subrogación uterina, considero que una persona puede beneficiarse de la ciencia para conseguir el anhelo de ser padres y de esta manera desarrollarse plenamente.

### **Determinación de la paternidad y maternidad en el Perú.**



### **Aplicación legal.**

Como sabemos en el Perú el derecho de familia está regulado en el libro III, existiendo familias por parentesco consanguíneo Art. 236 que prescribe: “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...”. Tenemos el parentesco por afinidad (Art. 237) y finalmente tenemos el parentesco por adopción (Art.238). La filiación en nuestro país se plantea en la sección tercera del CC y estas son de tres formas: filiación matrimonial, filiación extra matrimonial y filiación por adopción.

Existen dos componentes para la filiación: la madre y el padre, para que de esta manera se proceda a la filiación del recién nacido esto de acuerdo con el Art. 19 del Referido al derecho al nombre, respecto de los apellidos el Art. 20 nos dice: “Al hijo le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre”.

### **Determinación de la paternidad.**

El Artículo 361 del Código Civil señala que: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”. En el caso de la filiación matrimonial respecto de paternidad nuestro legislador asume el parentesco consanguíneo con el hijo natural (hijo biológico- genético). Deja la posibilidad de la negación de la paternidad matrimonial Art. 363, en donde entre otras circunstancias tenemos que en el Inc. 5: “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 Artículo 402 indica la 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 a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Lo dispuesto en el presente inciso

no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

El juez desestimarás 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.

Podemos notar que el Código Civil toma muy en cuenta el principio de verdad biológica respecto del padre, toda vez que tanto para impugnar y como reconocer a un hijo toma la validez científica del ADN o una prueba de igual o mayor certeza (tratando de cubrir lo que pueda deparar la ciencia en un futuro).

### **Determinación de la maternidad.**

En la actualidad nuestra legislación establece la maternidad matrimonial o extramatrimonial, para el cual toma en cuenta el principio “*mater Semper certa est*”, para lo cual entiende que la madre siempre esta la que gesta y pare (madre biológica), solo cabe la impugnación de la maternidad por suplantación o parto supuesto (art. 371).

Con la aplicación de una maternidad subrogada se hace la distinción de la madre biológica en madre gestante (quien porta la gestación) y madre genética (quien aporta la carga genética). Por lo que surgen las teorías de la maternidad, según explica Vega (2017) plantea tres teorías para determinación de la maternidad:

#### **Teoría de la preferencia de la gestante.**

Tradicionalmente la maternidad era determinada por el hecho del parto, sobre la cual se sustenta la presunción de la maternidad desde las mismas instituciones jurídicas romanas y en muchas jurisdicciones madre es quien da a luz. Para esta postura, la maternidad se define por la gestación y se determina por el parto.

**Teoría de la contribución genética.** Un sector de la doctrina considera que en el caso que la gestante solo aporte la gestación, la maternidad jurídica se debería atribuir a la mujer que aportó el gameto. Es así que los partidarios de esta postura admiten que se podría impugnar la

maternidad por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo sobre la base de la realidad genética, en cuyo caso la madre sería quien aportó el óvulo.

**Teoría de la intención.** En la actualidad existe una nueva corriente jurídica, acerca de la determinación de la maternidad en los casos de los menores nacidos mediante la técnica de “útero subrogado”. Esta teoría doctrinaria define la posibilidad de una maternidad social, es decir, que el presupuesto del hecho del parto sea sustituido por el de la libertad y responsabilidad de la procreación de los cónyuges, siendo este el criterio más favorable a los intereses del menor en los casos de útero subrogado. En consecuencia, la maternidad deberá corresponder a la mujer que tuvo la voluntad procreacional, que originó el nuevo ser humano y desee tener la calidad de madre legal. (p. 67).

#### **Aplicación del principio de verdad biológica en el Perú.**

Para conceptualizarnos respecto de este principio tenemos como concepto: En principio la filiación es un hecho biológico y consiste en que una persona ha sido engendrada o procreada por otra. A esta relación que une a progenitores y a seres engendrados o procreados el ordenamiento jurídico les atribuye derechos y obligaciones. Por lo tanto, es un hecho biológico con trascendencia jurídica, de tal manera que puede decirse que la relación jurídica de filiación se establece entre las personas a quienes el Derecho coloca en la condición de padre y madre y las que sitúa en la de hijos. Se va a denominar filiación, pues, tanto a la “condición que a una persona atribuye el hecho de tener a otra u otras por progenitores suyos, como a la relación o vínculo que une a la persona con sus dos progenitores o con uno solo. (Segura, 2014)

En la actualidad respecto a la *paternidad*. Se establece la paternidad matrimonial (incluida la adopción) o extramatrimonial. Como notamos, esta paternidad se determina por la genética del padre (padre biológico). Todos estos supuestos regulados en nuestro código civil en el libro III, sección tercera Título I (Filiación matrimonial) Título II (filiación extramatrimonial). No

generándose mayor cuestionamiento ni discusión, toda vez que predomina para la determinación de la paternidad el principio de verdad biológica (padre biológico).

Respecto de la **maternidad**. En la filiación matrimonial Artículo 361 del Código Civil, no especifica la maternidad pero la deja claramente sentada que la esposa es la madre cierta. Solamente se puede impugnar la maternidad Artículo 371 señala: “La maternidad puede ser impugnada en los casos de parto supuesto o de suplantación del hijo”. Así mismo el Artículo 409 que se refiere a la declaración judicial de maternidad extramatrimonial: “La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo”.

En el caso de la madre el Código Civil toma implícitamente el principio “*mater semper certa est*”, ya que asume que la mujer que pare siempre es la madre cierta por naturaleza, no indicando una prueba científica como es el caso de la paternidad, solo basta la prueba de parto; no siendo aplicable explícitamente el principio de verdad biológica porque está esta asumida como tal, ya que cuando se escribió el código civil no existía forma de que el hijo que expulsara una mujer en el parto no sea su hijo.

#### **Derecho de filiación del recién nacido producto de una subrogación uterina.**

El derecho al nombre se encuentra en el Artículo 2, Inciso 1: “1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”. En concordancia con este artículo tenemos el Artículo 19 del Código Civil: “Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos”.

Entonces, independientemente de cómo fue concebido el recién nacido vivo, es sujeto de derecho y por lo tanto a disfrutar de los mismos; en consecuencia, le asiste el derecho a la filiación como cualquier otro ciudadano sin distinción (bajo principio de igualdad ante la ley).

### **Interés superior del niño.**

También llamado interés superior del menor, en nuestra legislación peruana lo encontramos en el Código De Los Niños y Adolescente, en el Título Preliminar, Artículo IX que a la letra dice:

#### **Artículo IX. Interés superior del niño y del adolescente.**

En toda medida 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.

La Casación N° 563-2011-Lima, en su fundamento sexto nos indica: “ Que, debe entenderse por Interés Superior del Niño como la plena satisfacción de sus derechos, la protección integral y simultánea de su desarrollo integral y la calidad o nivel de vida adecuado (artículo 27.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños) el cual nos trae como consecuencia que, en virtud del mismo, los derechos del niño y la niña deban ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección de los mismos; pues el mismo permite resolver “conflicto de derechos” recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto, luego de haberse establecido la imposibilidad de satisfacción conjunta (...)”.

Vienen a ser aquellas acciones y procesos los cuales garantizan un desarrollo integral y una vida digna, y así como las condiciones materiales y efectivas que permitan vivir plenamente y poder alcanzar el bienestar.

### **2.3. Definición de términos básicos.**

- **Concepción asistida:** Término general que cubre la concepción que no tiene lugar de forma natural a través de las relaciones sexuales. Los ejemplos incluyen la inseminación artificial y la Fecundación in vitro (FIV).
- **Contrato de Subrogación:** Práctica de una mujer que acepta quedar embarazada y dar a luz a un bebé con la intención de entregarlo poco después del nacimiento a los padres previstos, quienes lo criarán. Acuerdo escrito entre la madre sustituta y los futuros padres con respecto a su intención de celebrar un acuerdo de maternidad subrogada, y los términos en los que acuerdan. Dependiendo de la ley del país que se aplique, estos acuerdos o contratos de maternidad subrogada pueden, o no, ser legalmente exigibles.
- **Cigoto:** Célula resultante por la unión del espermatozoide y el ovulo. Resultado de la fecundación de un ovocito por un espermatozoide creando una célula diploide la cual se divide subsecuentemente para la formación de un embrión.
- **Donante de óvulos:** mujer que dona óvulos u ovocitos para reproducción asistida mediante Fecundación in vitro (FIV).
- **Donación de embriones:** Transferencia de embriones resultantes de gametos (espermatozoides y ovocitos) que no se originaron de la receptora y su pareja.
- **Edad gestacional:** Edad de un embrión o feto calculada al sumar dos semanas (14 días) al número de semanas completadas después de la fecundación.
- **Embarazo clínico con latido cardíaco fetal:** Embarazo diagnosticado con ecografía o por documentación clínica de al menos un feto con latido cardíaco. Esto incluye embarazo ectópico.
- **Embarazo clínico:** Embarazo diagnosticado por visualización ecográfica de uno o más sacos gestacionales o signos clínicos definitivos de embarazo. Esto incluye embarazo ectópico. Múltiples sacos gestacionales son contados como un solo embarazo clínico.

- **Embarazo ectópico:** Un embarazo en el cual la implantación tiene lugar fuera de la cavidad uterina.
- **Embrión:** Producto de la división del cigoto hasta el fin del estadio embrionario. Un organismo formado por la fertilización de dos gametos. En el embarazo humano, desde una perspectiva médica, se clasifica como feto a partir de la octava semana después de la fertilización del óvulo.
- **Fecundación in vitro (FIV):** Técnica de Reproducción Asistida (TERA) que involucra fecundación extracorpórea.
- **Fecundación:** Penetración de un ovocito por un espermatozoide y la combinación de sus materiales genéticos, lo que resulta en la formación de un cigoto.
- **Fertilidad:** En el contexto de una pareja del sexo opuesto, la Organización Mundial de la Salud define la infertilidad como una enfermedad del sistema reproductivo definida por la imposibilidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales regulares sin protección.
- **Feto:** Producto de la fecundación desde el fin del desarrollo embrionario, a las 8 semanas después de la fecundación, hasta el aborto o el nacimiento.
- **Gameto:** Células reproductoras humanas. Los gametos femeninos se llaman óvulos y los gametos masculinos se llaman espermatozoides.
- **Gestación múltiple:** Embarazo con más de un feto o bebé.
- **Gestante subrogada:** Mujer que lleva adelante un embarazo habiendo acordado que ella entregará el bebé a los padres previstos. Los gametos pueden originarse de los padres previstos y/o de terceros.
- **Inseminación artificial:** Procedimiento en el que se introducen espermatozoides en el sistema reproductivo de una mujer mediante una jeringa. Este proceso se puede

completar en casa, sin la participación de una clínica de fertilidad, o puede tener lugar dentro de una clínica.

- **Implantación:** Unión usualmente en el endometrio, que comienza 5 a 7 días después de la fecundación.
- **Inducción de ovulación (IO):** Tratamiento farmacológico de mujeres con anovulación u oligo-ovulación con la intención de inducir ciclos ovulatorios normales.
- **Infertilidad:** Enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas.
- **Inyección intracitoplasmática de espermatozoide:** procedimiento mediante el cual un solo espermatozoide es inyectado en el citoplasma de un ovocito.
- **Padre o parentesco genético:** Un término que se refiere a una o ambas de las dos personas cuyos gametos se utilizaron para concebir un hijo.
- **Padre o parentesco gestacional:** Un término que se refiere a la mujer que da a luz a un hijo.
- **Paternidad biológica:** Un término que puede usarse para referirse a la paternidad gestacional y/o genética. En el documento de consulta, preferimos especificar si nos referimos a la paternidad gestacional o genética, según corresponda, pero podemos citar fuentes que utilizan el término "biológico".
- **Paternidad legal:** Una persona o personas a las que la ley reconoce como padres de un niño.
- **Recuperación de óvulos:** Este es el proceso mediante el cual se extraen óvulos (ovocitos) de los ovarios de la donante de óvulos.
- **Reproducción médicamente asistida:** Reproducción lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación,



técnicas de reproducción asistida (TERA), inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen del esposo/pareja o un donante.

- **Subrogación tradicional:** Cuando la madre sustituta está relacionada genéticamente con el niño. Arreglo de gestación subrogada tradicional resulta típicamente de la inseminación artificial de una subrogada con el esperma del padre previsto. Hemos preferido este término al de subrogación "directa" o "parcial" que también se puede utilizar para describir este arreglo.
- **Subrogación comercial:** Un acuerdo de subrogación en el que la mujer que se convierte en la subrogada y cualquier agencia involucrada cobran a los futuros padres una tarifa que incluye un elemento de ganancia. Un acuerdo de subrogación comercial también puede caracterizarse por la existencia de un contrato de subrogación ejecutable entre los padres previstos y la subrogada.
- **Técnicas de Reproducción Asistida (TERA):** Conjunto de técnicas para lograr un embarazo que no se puede conseguir de manera natural. Tratamientos los cuales incluyen el manipulado de espermatozoides, embriones humanos u ovocitos cuya finalidad es establecer un embarazo. Las tecnologías más comunes de reproducción asistida son: inyección de espermatozoides, fecundación in vitro y maternidad subrogada.
- **Tamizaje genético preimplantacional:** Evaluación cromosómica de los embriones para detectar posibles anomalías. Análisis de cuerpos polares, blastómeras o trofoectodermo de embriones, ovocitos o cigotos para la detección de mutaciones y/o anomalías del ADN.

## Capítulo III: Metodología de la investigación.

### 3.1. Enfoque de la investigación.

Se aplicó un enfoque cuantitativo, que para la finalidad de esta investigación asume que el significado que se le da al fenómeno y su cuantificación. Según Sampieri (2018) la investigación cualitativa es un conjunto de prácticas que transforman el mundo visible en datos representativos, incluyendo notas, entrevistas, registros, etc. El investigador cualitativo busca comprender el fenómeno en su contexto natural.

Los resultados de la investigación cualitativa explicará el contexto en el que se aplicó la investigación, no pudiendo generalizar los resultados a una población ni a otros contextos diferentes.

### 3.2. Variables.

#### 3.2.1. Operacionalización de variables.

Tabla 1

Operacionalización de variables.

Variable	Definición conceptual	Definición operacional	Subcategorías e indicadores	Escala/Nivel/Rango
V.I.-	Es la posibilidad de la gestación a través de una mujer sustituta ajena a la pareja solicitante o	Su medición se calcula de acuerdo a las solicitudes de gestación la gestación a través de una mujer sustituta ajena a la pareja solicitante.	Concepción asistida.  Fecundación in vitro (FIV).	Nominal  (Escala de Likert)

Maternidad subrogada.	contratante. (Canessa, 2018)		Técnicas de Reproducción Asistida (TERA).	1, 2, 3, 4, 5 y 6
V. D.- Aplicación jurídica	En el Perú no existe una regulación específica respecto de la maternidad subrogada; sin embargo, es un contrato que se viene aplicando en la actualidad.	Su medición se calcula en la aplicación real a la aplicación legal de una norma expresa en el sistema jurídico peruano.	Contrato de Subrogación.  Gestante subrogada.  Subrogación comercial.	Nominal  (Escala de Likert)  7, 8, 9 y 10.  (Escala de Likert)

Fuente: Creación Propia

### 3.3. Hipótesis.

#### 3.3.1. Hipótesis general.

La ausencia de legislación específica influye significativamente en maternidad subrogada en el Perú, 2021.

#### 3.3.2. Hipótesis específicas.

- Existe relación significativa entre la ausencia de legislación aplicable y la contratación específica de maternidad subrogada en el Perú, 2021.
- Existe relación significativa entre el principio “mater semper certa est” y la aplicación jurídica de maternidad subrogada en el Perú, 2021.
- Existe relación significativa entre el Principio de verdad biológica y la aplicación jurídica de maternidad subrogada en el Perú, 2021.

### 3.4. Tipo de investigación.

La investigación aborda un tipo básico de carácter teórico y dirigida exclusivamente al ámbito académico, es decir requiere revisión de la literatura hacia la profundización del tipo de

conocimiento científico que haya sido previamente estudiado por otros investigadores respecto al contrato de gestación subrogada.

Gómez (2012) infiere que el propósito del investigador es complementar la investigación realizada anteriormente y contribuir de alguna manera con alguna particularidad del tema.

### **3.5. Diseño de investigación.**

El propósito principal de esta investigación consiste en la descripción de una norma que favorezca a la temática de la misma. Para este fin, el diseño de la Tesis será transversal- no experimental, definido como aquel estudio elaborado sin intención de manipulación de alguna variable que servirán para su posterior análisis y formular una idea clara del tema investigado. (Hernández, Fernández y Baptista, 2014).

### **3.6. Población y muestra.**

#### **3.6.1. Población.**

Según Fernández (2018), la población constituye un grupo de personas que tienen características propias. Para la finalidad de esta investigación, la conformación está integrada por Magistrados del Poder Judicial, abogados y médicos que laboran en temas de reproducción asistida.

#### **3.6.2. Muestra.**

La muestra refiere al subconjunto de la población, fracción o parte de este grupo. En algunos casos, sería imposible entrevistar a todos los elementos de una población ya que llevaría mucho tiempo completar el trabajo o incluso sería inviable económicamente, por lo que el número de entrevistados corresponde a una cierta cantidad de elementos del conjunto (Baptista, 2009). Para los fines de esta investigación, la muestra queda representada en la tabla siguiente:

*Tabla 2*

*Muestra.*

<b>Muestra</b>	<b>Cantidad</b>	<b>Porcentaje</b>
Magistrados del Poder Judicial.	4	13%
Abogados.	18	60%
Médicos que trabajan en TERAS.	08	27%

### **3.7. Técnicas e instrumentos de Recolección de Datos.**

La función principal de obtener los datos es orientar la dirección en la cual seguirá la investigación. Esta recopilación se realizó de varias formas, entre las que podemos mencionar:

- **Encuesta:** Este procedimiento se basó aplicando 10 preguntas directas o cerradas que para llevar a cabo este método se aplicó el cuestionario Tipo Likert.

- **Análisis documental:** Este procedimiento se ocupa del contenido existente, ya sea que el material de análisis esté disponible en libros, artículos, documentos o informes. A partir de ellos, es posible comparar la diferencia entre datos de diferentes épocas o encontrar similitudes de información a lo largo del tiempo, siempre con el objetivo de tratar la mayor cantidad de datos posible.

Los datos se procesaron a partir de un análisis estadístico del muestreo, resultado de los datos encuesta, utilizando la aplicación informática SPSS versión 25, detallándose mediante tablas y figuras en el siguiente capítulo

#### **Instrumentos.**

Asimismo, se utilizaron los siguientes instrumentos en la recolección de los datos.

- **Cuestionario.** Cada entrevistado responderá marcando una alternativa a las preguntas cerradas aplicadas en cada ítem, recopilando datos sobre algún hecho, actitud o creencia.

- **Ficha documental.** Este instrumento servirá para analizar cada documento bibliográfico, jurisprudencial o normativo que son utilizados en esta investigación.

## Capítulo IV: Resultados.

### 4.1. Análisis de los Resultados.

Se procede a utilizar la tabulación y posterior elaboración de los gráficos que ofrecen una mejor revisión de los datos obtenidos a través de una guía de encuesta basada en 10 preguntas, con la finalidad de responder los objetivos generales y específicos planteadas a inicio de esta Tesis.

#### Pregunta N° 1:

**¿Considera Usted necesaria una legislación específica en maternidad subrogada en nuestro país?**

*Tabla 3.*

*Necesidad de legislación específica en maternidad subrogada en el Perú.*

	<b>fi</b>	<b>hi</b>	<b>Fi</b>	<b>Hi</b>	<b>hi%</b>	<b>Hi%</b>
Totalmente de acuerdo	22	0.73	22	0.73	73.33%	73.33%
De acuerdo	6	0.20	28	0.93	20.00%	93.33%
Ni de acuerdo/ni desacuerdo	2	0.07	30	1.00	6.67%	100.00%
Desacuerdo	0	0.00	30	1.00	0.00%	100.00%
Totalmente desacuerdo	0	0.00	30	1.00	0.00%	100.00%
<b>N=</b>	<b>30</b>					

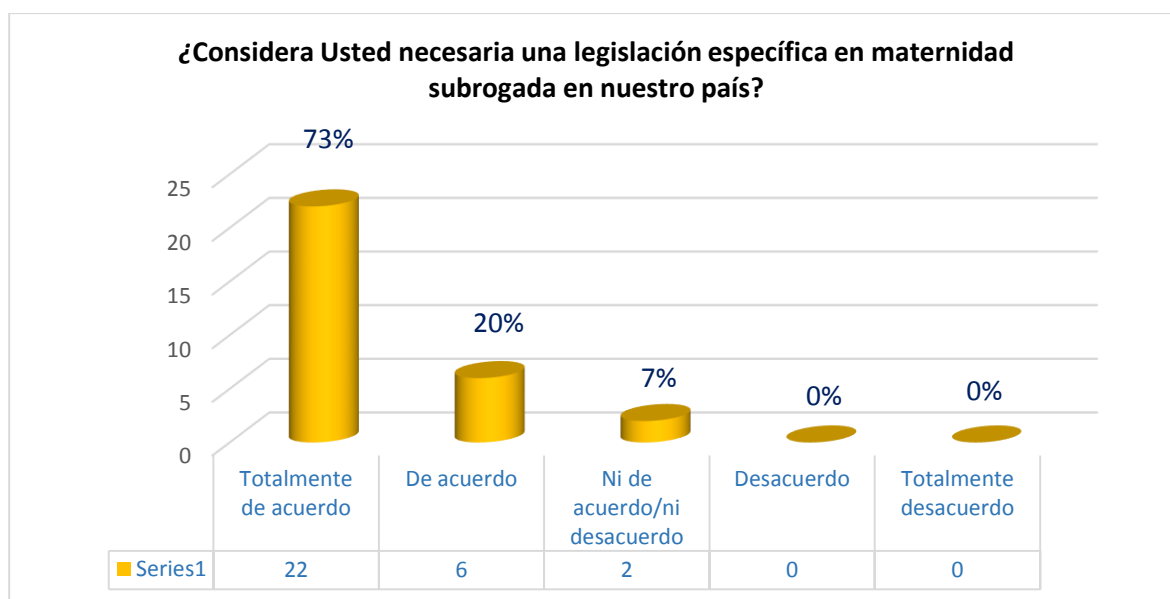


Figura 1: Datos obtenidos de la encuesta.

### **Análisis e interpretación**

Respecto a las respuestas de los encuestados (30 muestras), 22 personas consideran estar totalmente de acuerdo con la necesidad de una legislación específica en maternidad subrogada en nuestro país (73%), seguido de 6 encuestados que están de acuerdo (20%), en duda 2 encuestados mostraron no estar ni de acuerdo/ni desacuerdo (7%). Ningún encuestado estuvo en desacuerdo, ni totalmente desacuerdo.

Según los resultados, se interpreta que se hace necesaria una legislación específica en maternidad subrogada en el Perú.

### **Pregunta N° 2:**

**¿Considera usted que deba aprobarse una norma que regule específicamente la maternidad subrogada en nuestro país?**

Tabla 4

*Aprobación de una norma que regule específicamente la maternidad subrogada en el Perú.*

<b>fi</b>	<b>hi</b>	<b>Fi</b>	<b>Hi</b>	<b>hi%</b>	<b>Hi%</b>
-----------	-----------	-----------	-----------	------------	------------



Totalmente de acuerdo	25	0.83	25	0.83	83.33%	83.33%
De acuerdo	3	0.10	28	0.93	10.00%	93.33%
Ni de acuerdo/ni desacuerdo	2	0.07	30	1.00	6.67%	100.00%
Desacuerdo	0	0.00	30	1.00	0.00%	100.00%
Totalmente desacuerdo	0	0.00	30	1.00	0.00%	100.00%
<b>N= 30</b>						

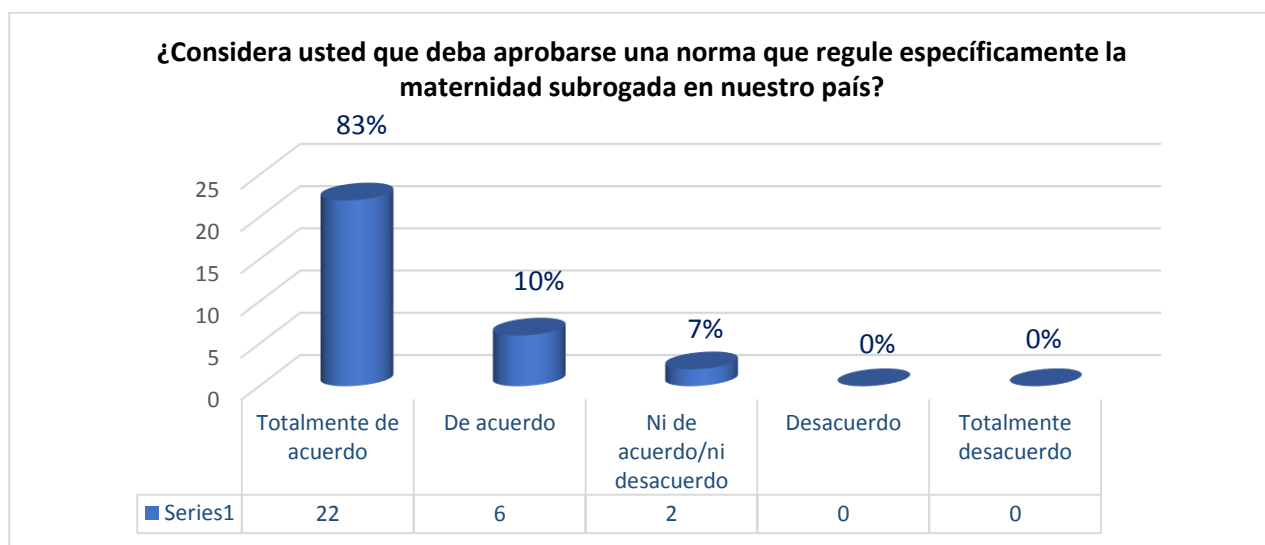


Figura 2: Datos obtenidos de la encuesta.

### **Análisis e interpretación.**

Según el espectro de la muestra, 25 encuestados (83%) consideran estar totalmente de acuerdo con que deba aprobarse una norma que regule específicamente la maternidad subrogada en nuestro país, 3 encuestados (10%) opinaron estar de acuerdo, 2 personas no estuvieron ni de acuerdo ni desacuerdo. Ningún encuestado estuvo en desacuerdo

Según los datos y porcentajes obtenidos se interpreta que deba aprobarse una norma que regule específicamente la maternidad subrogada en nuestro país.

### **Pregunta N° 3:**

**¿Cree usted que la legislación existente sobre técnicas de reproducción humana asistida, regula la maternidad subrogada en el Perú?**

Tabla 5

*Legislación existente sobre técnicas de reproducción humana asistida que regulen la maternidad subrogada en el Perú.*

	<b>fi</b>	<b>hi</b>	<b>Fi</b>	<b>Hi</b>	<b>hi%</b>	<b>Hi%</b>
Totalmente de acuerdo	2	0.07	2	0.07	6.67%	6.67%
De acuerdo	6	0.20	8	0.27	20.00%	26.67%
Ni de acuerdo/ni desacuerdo	0	0.00	8	0.27	0.00%	26.67%
Desacuerdo	2	0.07	10	0.33	6.67%	33.33%
Totalmente desacuerdo	20	0.67	30	1.00	66.67%	100.00%
<b>N=</b>	<b>30</b>					

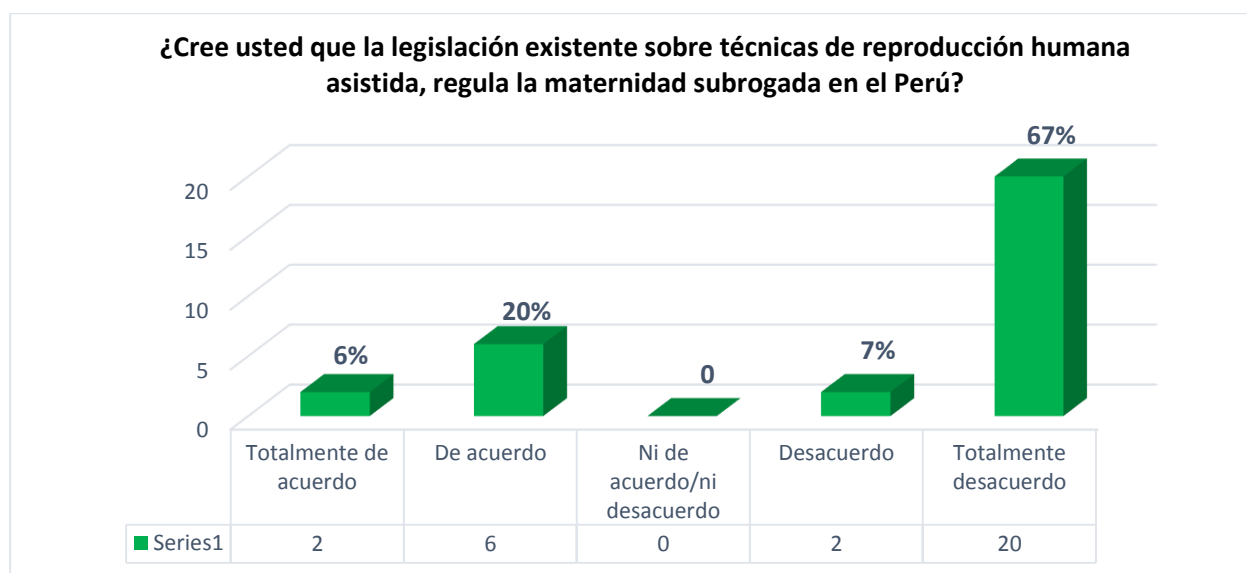


Figura 3: Datos obtenidos de la encuesta.

**Análisis e interpretación:**

Según los porcentajes arrojados, 20 personas (67%) consideran estar totalmente en desacuerdo en afirmar que la legislación existente sobre técnicas de reproducción humana asistida, regule

la maternidad subrogada en el Perú, 2 personas (7%) mostraron su desacuerdo a la pregunta, frente a un 20% opuesto en opinar estar de acuerdo sumando a 2 encuestados (6%) están totalmente de acuerdo.

Según los resultados de la pregunta, se interpreta entonces que la legislación existente sobre técnicas de reproducción humana asistida, no regula la maternidad subrogada en el Perú.

#### **Pregunta N° 4:**

**¿Considera usted falta de ética profesional médica en una posible legislación de contratación de maternidad subrogada?**

*Tabla 6*

*Opinión de falta de ética profesional médica en una posible legislación de contratación de maternidad subrogada.*

	<b>fi</b>	<b>hi</b>	<b>Fi</b>	<b>Hi</b>	<b>hi%</b>	<b>Hi%</b>
Totalmente de acuerdo	0	0.00	0	0.00	0.00%	0.00%
De acuerdo	0	0.00	0	0.00	0.00%	0.00%
Ni de acuerdo/ni desacuerdo	1	0.03	1	0.03	3.33%	3.33%
Desacuerdo	3	0.10	4	0.13	10.00%	13.33%
Totalmente desacuerdo	26	0.87	30	1.00	86.67%	100.00%
<b>N=</b>	<b>30</b>					

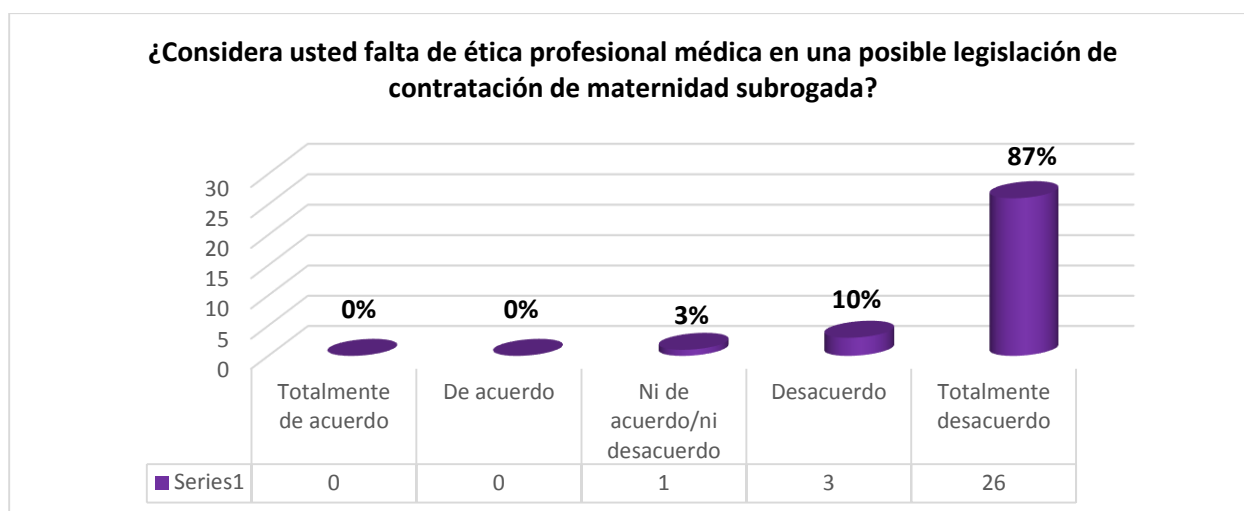


Figura 4: Datos obtenidos de la encuesta.

### **Análisis e interpretación:**

En relación a la pregunta, mayoritariamente 26 personas (87%) mostraron su total desacuerdo con la falta de ética profesional médica en una posible legislación de contratación de maternidad subrogada, seguido de 3 encuestados (10%) opinaron su desacuerdo contra a una persona (3%) de Ni de acuerdo/ni desacuerdo. Ninguno de los encuestados mostró estar de acuerdo.

Estos resultados muestran que no existe falta de ética profesional médica en una posible legislación de contratación de maternidad subrogada.

### **Pregunta N° 5:**

**¿Cree usted viable el reconocimiento legal al derecho de una persona a la maternidad subrogada en el Perú?**

Tabla 7

*Viabilidad del reconocimiento legal al derecho de una persona a la maternidad subrogada en el Perú.*

<b>fi</b>	<b>hi</b>	<b>Fi</b>	<b>Hi</b>	<b>hi%</b>	<b>Hi%</b>
-----------	-----------	-----------	-----------	------------	------------

Totalmente de acuerdo	18	0.60	18	0.60	60.00%	60.00%
De acuerdo	10	0.33	28	0.93	33.33%	93.33%
Ni de acuerdo/ni desacuerdo	2	0.07	30	1.00	6.67%	100.00%
Desacuerdo	0	0.00	30	1.00	0.00%	100.00%
Totalmente desacuerdo	0	0.00	30	1.00	0.00%	100.00%
N= 30						

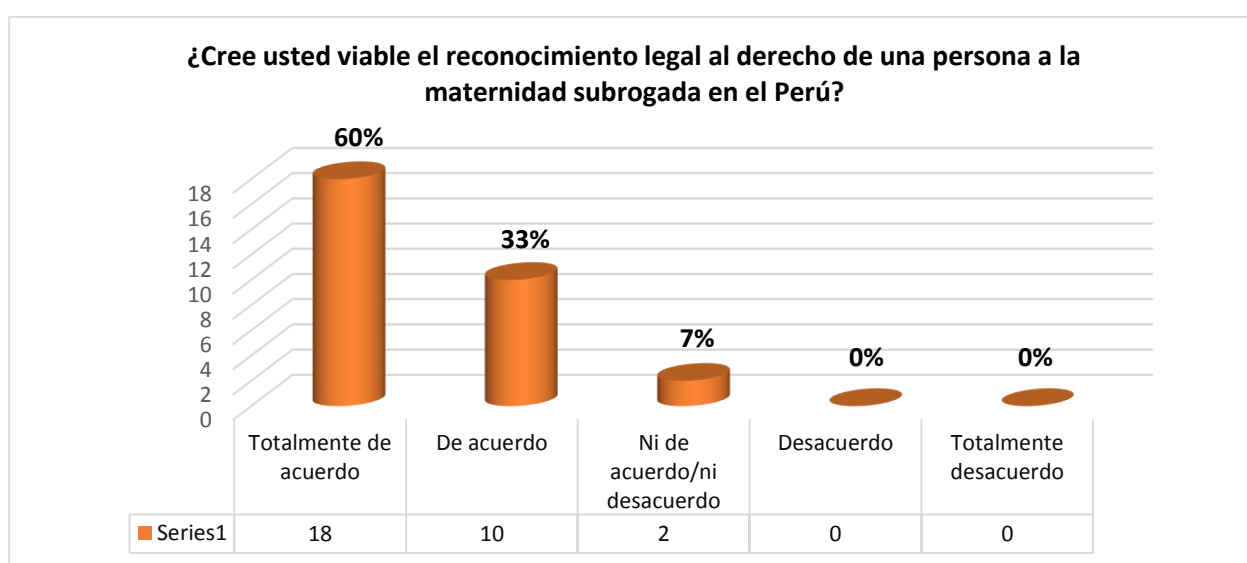


Figura 5: Datos obtenidos de la encuesta.

### **Análisis e interpretación:**

18 encuestados (60%) de la muestra considera estar totalmente de acuerdo con la viabilidad del reconocimiento legal al derecho de una persona a la maternidad subrogada en el Perú, seguido de 10 personas encuestadas (33%) están de acuerdo, ante 2 personas (7%) que afirmaron su duda al responder estar ni acuerdo/ni desacuerdo a la pregunta propuesta. Ningún encuestado estuvo en desacuerdo.

Se interpretan los resultados considerando viable el reconocimiento legal al derecho de una persona a la maternidad subrogada en el Perú.

### Pregunta N° 6:

**¿Considera usted que se vulneran derechos del menor de edad nacido bajo maternidad subrogada en aplicación del principio mater semper certa est?**

Tabla 8

*Vulneración de los derechos del menor de edad nacido bajo maternidad subrogada en aplicación del principio mater semper certa est.*

	<b>fi</b>	<b>hi</b>	<b>Fi</b>	<b>Hi</b>	<b>hi%</b>	<b>Hi%</b>
Totalmente de acuerdo	0	0.00	0	0.00	0.00%	0.00%
De acuerdo	0	0.00	0	0.00	0.00%	0.00%
Ni de acuerdo/ni desacuerdo	4	0.13	4	0.13	13.33%	13.33%
Desacuerdo	11	0.37	15	0.50	36.67%	50.00%
Totalmente desacuerdo	15	0.50	30	1.00	50.00%	100.00%
<b>N=</b>	<b>30</b>					

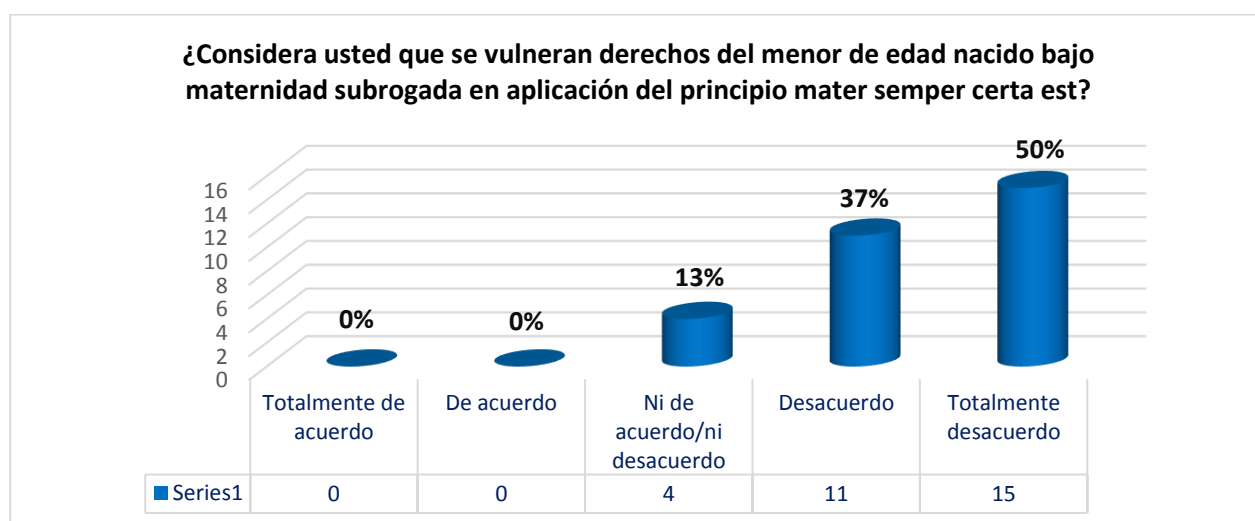


Figura 6: Datos obtenidos de la encuesta.

### Análisis e interpretación:

Los encuestados mostraron su desacuerdo total con la vulneración de los derechos del menor de edad nacido bajo maternidad subrogada en aplicación del principio *mater semper certa est*. 15 encuestados (50%), seguido de 11 (37%) mostraron su desacuerdo. 4 encuestados (13%) respondieron estar ni de acuerdo/ni desacuerdo.

Los encuestados consideraron que si se vulneran derechos del menor de edad nacido bajo maternidad subrogada en aplicación del principio *mater semper certa est*.

### Pregunta N° 7:

**¿Cree usted importante y necesaria la aplicación del principio “*mater semper certa est*” en la maternidad subrogada?**

Tabla 9

*Importancia y necesidad de la aplicación del principio “*mater semper certa est*” en la maternidad subrogada.*

	<b>fi</b>	<b>hi</b>	<b>Fi</b>	<b>Hi</b>	<b>hi%</b>	<b>Hi%</b>
Totalmente de acuerdo	14	0.47	14	0.47	46.67%	46.67%
De acuerdo	10	0.33	24	0.80	33.33%	80.00%
Ni de acuerdo/ni desacuerdo	3	0.10	27	0.90	10.00%	90.00%
Desacuerdo	3	0.10	30	1.00	10.00%	100.00%
Totalmente desacuerdo	0	0.00	30	1.00	0.00%	100.00%
<b>N=</b>	<b>30</b>					

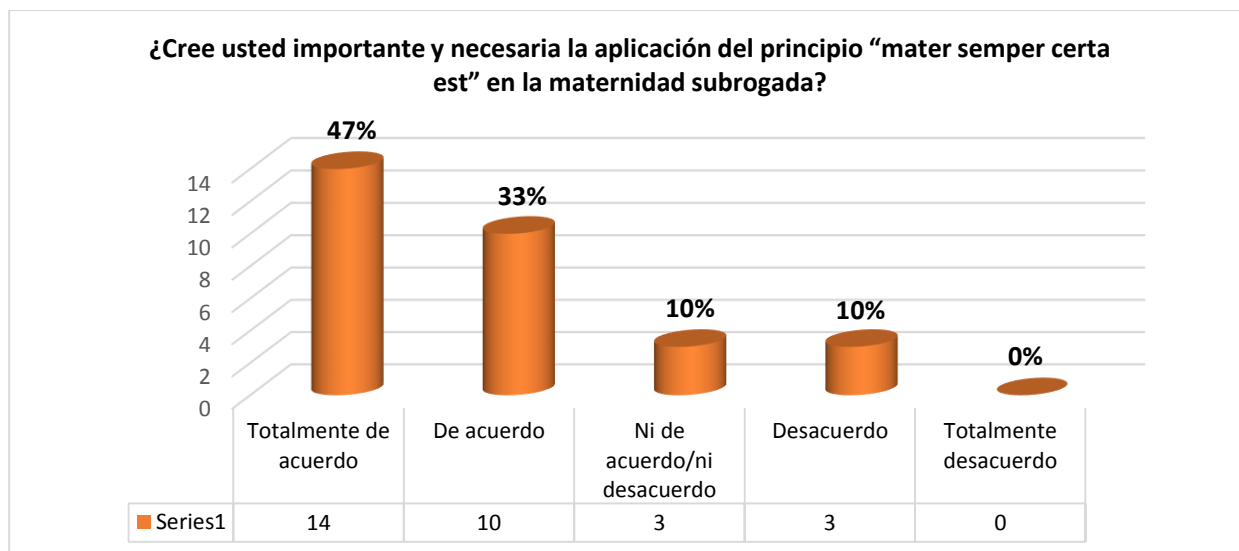


Figura 7: Datos obtenidos de la encuesta.

### **Análisis e interpretación:**

La muestra obtenida arroja un 47% (14 encuestados) están totalmente de acuerdo, seguido de un 33% (10 encuestados) consideran estar de acuerdo en la importancia y necesidad de la aplicación del principio “mater semper certa est” en la maternidad subrogada, mientras un 10% (3 encuestados) se encuentra en desacuerdo, contrario a un 10% (3 encuestados) que no estuvieron ni de acuerdo/ni desacuerdo.

Según la respuesta de la mayoría de los encuestados, se interpreta entonces que es importante y necesaria la aplicación del principio “mater semper certa est” en la maternidad subrogada.

### **Pregunta N° 8:**

**¿Considera usted que el principio de verdad biológica vulnera algún derecho de la madre biológica en aplicación de la maternidad subrogada?**

Tabla 10

*Vulneración del principio de verdad biológica con algún derecho de la madre biológica en aplicación de la maternidad subrogada.*



	<b>fi</b>	<b>hi</b>	<b>Fi</b>	<b>Hi</b>	<b>hi%</b>	<b>Hi%</b>
Totalmente de acuerdo	16	0.53	16	0.53	53.33%	53.33%
De acuerdo	10	0.33	26	0.87	33.33%	86.67%
Ni de acuerdo/ni desacuerdo	2	0.07	28	0.93	6.67%	93.33%
Desacuerdo	2	0.07	30	1.00	6.67%	100.00%
Totalmente desacuerdo	0	0.00	30	1.00	0.00%	100.00%
<b>N=</b>	<b>30</b>					

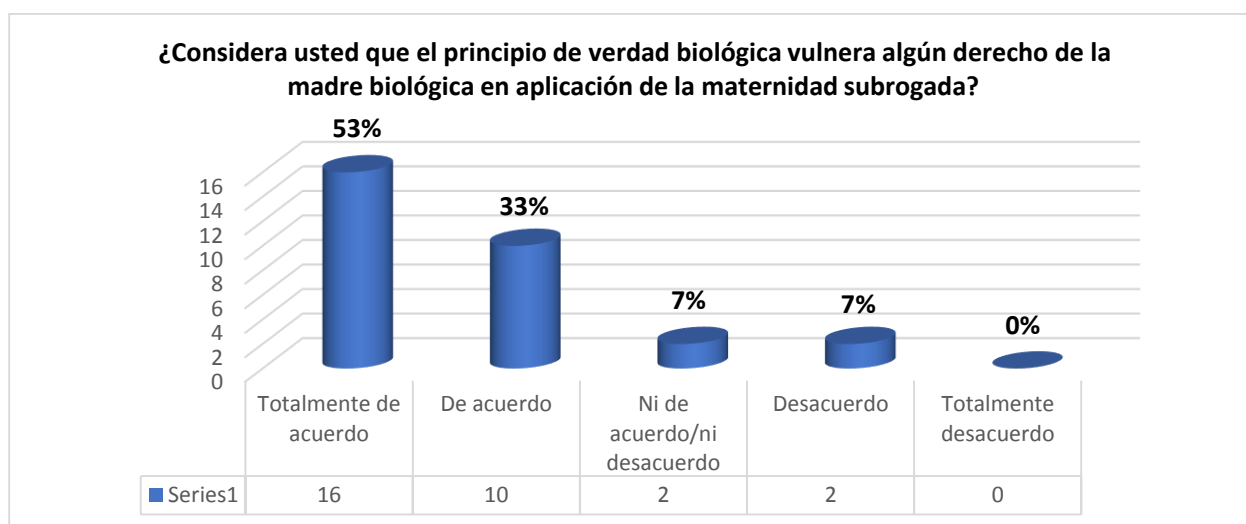


Figura 8: Datos obtenidos de la encuesta.

### **Análisis e interpretación:**

De la muestra obtenida, 16 personas (53%) y 10 personas (33%) de los encuestados respondieron estar totalmente de acuerdo afirmando que el principio de verdad biológica vulnera algún derecho de la madre biológica en aplicación de la maternidad subrogada. 2 encuestados (7%) muestran su desacuerdo, al igual que otras 2 personas encuestadas (7%) mostraron su desacuerdo.

De acuerdo a lo anterior, se interpreta que el principio de verdad biológica si vulneran derechos de la madre biológica en aplicación de la maternidad subrogada.

### Pregunta N° 9:

**¿Considera usted que el principio de verdad biológica en la maternidad subrogada colisiona con el derecho a la identidad del menor de edad?**

Tabla 11

*Colisión del principio de verdad biológica en la maternidad subrogada con el derecho a la identidad del menor de edad.*

	<b>fi</b>	<b>hi</b>	<b>Fi</b>	<b>Hi</b>	<b>hi%</b>	<b>Hi%</b>
Totalmente de acuerdo	0	0.00	0	0.00	0.00%	0.00%
De acuerdo	0	0.00	0	0.00	0.00%	0.00%
Ni de acuerdo/ni desacuerdo	2	0.07	2	0.07	6.67%	6.67%
Desacuerdo	8	0.27	10	0.33	26.67%	33.33%
Totalmente desacuerdo	20	0.67	30	1.00	66.67%	100.00%
<b>N=</b>	<b>30</b>					

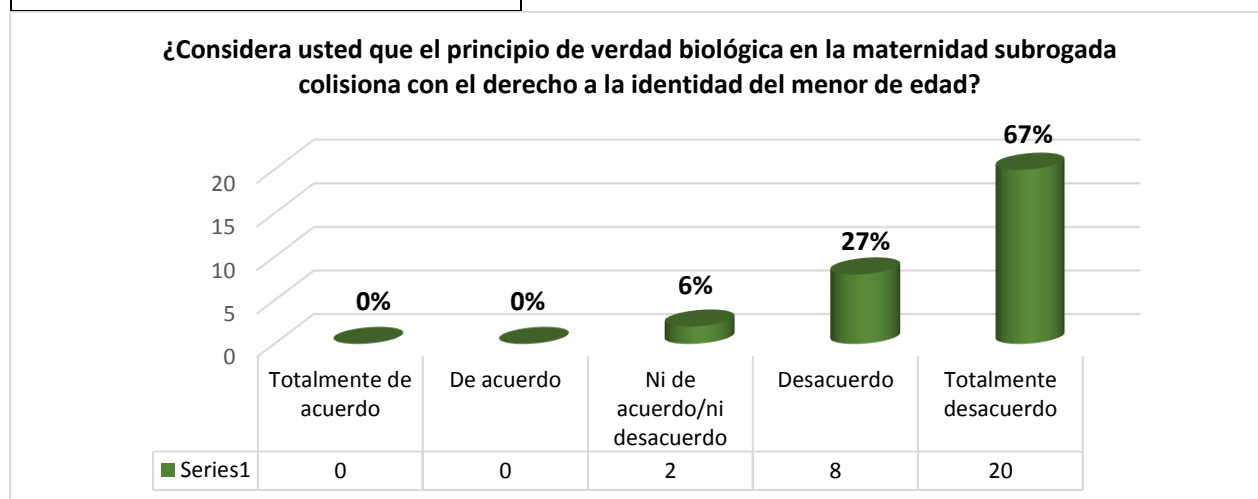


Figura 9: Datos obtenidos de la encuesta.

### Análisis e interpretación:

Del total de las respuestas obtenidas, 20 encuestados (67%) consideran su total desacuerdo al principio de verdad biológica en la maternidad subrogada colisiona con el derecho a la identidad del menor de edad, 8 encuestados (27%) quienes muestran su desacuerdo, seguido de 2 encuestados (6%) que respondieron estar ni de acuerdo/ni desacuerdo.

La interpretación de la muestra considera que el principio de verdad biológica en la maternidad subrogada no colisiona con el derecho a la identidad del menor de edad.

### **Pregunta N° 10:**

**¿Cree usted que una posible norma expresa de maternidad subrogada en el Perú contravenga la Constitución Política del Perú?**

*Tabla 12*

*Contravención a la Constitución Política del Perú sobre una norma expresa de maternidad subrogada en el Perú.*

	<b>fi</b>	<b>hi</b>	<b>Fi</b>	<b>Hi</b>	<b>hi%</b>	<b>Hi%</b>
Totalmente de acuerdo	3	0.10	3	0.10	10.00%	10.00%
De acuerdo	2	0.07	5	0.17	6.67%	16.67%
Ni de acuerdo/ni desacuerdo	5	0.17	10	0.33	16.67%	33.33%
Desacuerdo	12	0.40	22	0.73	40.00%	73.33%
Totalmente desacuerdo	8	0.27	30	1.00	26.67%	100.00%
<b>N=</b>	<b>30</b>					

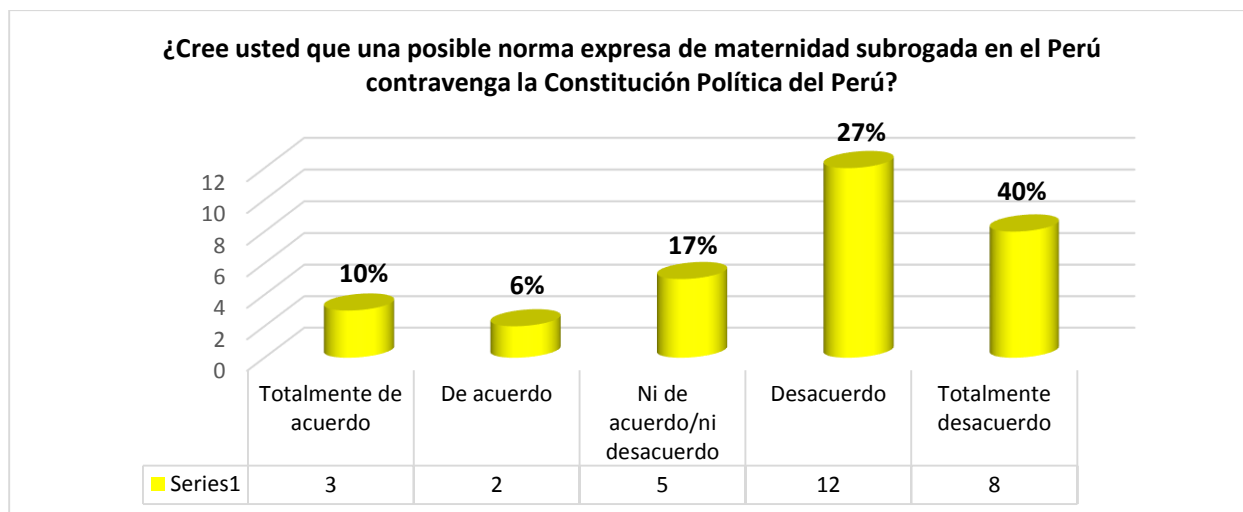


Figura 10: Datos obtenidos de la encuesta.

### **Análisis e interpretación:**

Según se muestra, 8 encuestados (40%) muestra totalmente su desacuerdo, 12 encuestados (27%) en desacuerdo en creer que una posible norma expresa de maternidad subrogada en el Perú contravenga la Constitución Política del Perú. 3 encuestados (3%) muestran estar totalmente de acuerdo, 2 encuestados (6%) están de acuerdo, finalmente 5 encuestados (17%) opinaron no estar ni de acuerdo/ni desacuerdo.

Según el cuadro, los resultados se interpretan que una posible norma expresa de maternidad subrogada en el Perú no contraviene la Constitución Política del Perú.

### **4.2. Discusión.**

Respondiendo al objetivo principal de la investigación que busca determinar de qué manera la ausencia de legislación específica influye en la maternidad subrogada en el Perú, podemos notar que en el análisis de resultados analizados, se dejan en claro que todas las personas tenemos derecho a acceder a las técnicas de reproducción asistida (TERAS), deviniendo estas en lícitas; siendo que en algunos casos se deba acudir a un contrato de subrogación uterina. Esto según el

marco establecido por los pactos y convenios internacionales firmados y ratificados por el Perú, los cuales en materia de derechos humanos tienen jerarquía constitucional.

Lo mismo que el artículo 7° de la Ley General de Salud que menciona “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida...”, en este orden de ideas, al igual que la jurisprudencia, los encuestados dan por válido el contrato de maternidad subrogada. Para su aplicación, es indispensable que se tome en cuenta la condición médica que conduce a la esterilidad de la pareja, para de esta manera se haga un adecuado estudio de fertilización y de esta manera se pueda emplear la técnica de reproducción asistida (TERA) más adecuada al caso.

El primer objetivo específico que busca determinar la relación que existe entre el principio de verdad biológica con la aplicación jurídica de maternidad subrogada en el Perú, se muestra una correlación del respeto de la filiación y el principio de verdad biológica. La partida de nacimiento es el primer documento formal y legal que da inicio a la filiación, la cual se obtiene presentando según sea el lugar (municipalidad o Reniec) el certificado de recién nacido vivo. Con la partida de nacimiento quedan establecido el vínculo legal de los padres con los hijos. Se demuestran según los datos analizados, que el tanto en la filiación materna como paterna ha primado el principio de verdad biológica, siendo este principio el factor determinante para la filiación. Como hemos observado este principio se aplica tanto en TERAS homólogas (donantes de los gametos son la pareja de esposos o convivientes) como en las heterólogas (en donde uno de los padres es donante de gametos).

El segundo objetivo específico que busca identificar la relación que existe entre el principio “mater semper certa est” con la aplicación jurídica de maternidad subrogada en el Perú, respecto

a la filiación paterna nuestro Código Civil establece el reconocimiento de las pruebas genéticas como medio para probar la paternidad, esto en virtud del principio de verdad biológica. Pero no establece este principio para la filiación materna, ya que esta se encuentra bajo el principio romano “mater Semper certa est”. Siendo que el derecho de familia en el Perú, en tanto instituto natural, ha evolucionado inevitablemente, encontrando en la realidad nuevos contextos sociales y como consecuencia de ello es que han generado las llamadas “familias ensambladas” que tienen estructuras distintas a la tradicional que, pero también merecen protección y reconocimiento.

El tercer objetivo específico que busca analizar la relación que existe entre la ausencia de legislación aplicable de contratación específica y la maternidad subrogada en el Perú, se hace notar que no se considera el Interés Superior del Niño y Adolescente, como el elemento fundamental para que se determine la filiación y por ende el vínculo legal, el cual debe entenderse como la plena satisfacción de los derechos del niño y adolescente, la protección integral y simultánea de su desarrollo integral y la calidad o nivel de vida adecuado.

Se observan en las respuestas que los encuestados denotan la existencia de un vacío legal en este aspecto, resolviendo según interpretación de las normas ya existentes (nacionales e internacionales).

## Conclusiones

Conforme se ha podido analizar en la investigación realizada, hace falta una legislación específica que regule la maternidad subrogada, tanto más que la legislación existente sobre técnicas de reproducción humana asistida no regula específicamente sobre la maternidad subrogada, vulnerando de esta manera derechos fundamentales tanto de las personas que quieren beneficiarse de la maternidad subrogada como de los fecundados.

La ausencia de una norma especial que regule un tipo o modalidad de contrato de servicios para poder garantizar que la madre subrogada sólo se limite a facilitar su cuerpo par poder alojar embriones humanos debe ser clara y precisa tanto más que la legislación no considera expresamente que la madre subrogada no tiene derecho de filiación con el recién nacido por la naturaleza da fecundación in vitro a la que ha sido sometida.

El principio de que la madre siempre es conocida “mater Semper certa est”, influye de manera negativa cuando se lleva a cabo el embarazo asistido utilizando embriones ajenos a los de la madre, pues no siempre viene a ser la madre biológica, tanto mas si se tiene en cuenta que la madre subrogada es sólo quien alquila o presta su vientre para alojar al embrión producto de un manejo biológico en laboratorio que es implantado en el útero de la madre subrogada razón por la cual este principio no es aplicable pues no existe presunción con respecto a la maternidad de quien lleva en sus entrañas un embrión.

Con relación al principio de verdad biológica, se ha determinado a través de la investigación realizada que dicho principio no colisiona con el derecho a la identidad del recién nacido, pero de alguna forma si vulnera el derecho de la madre subrogada, puesto que no tiene ningún

vínculo jurídico con el recién nacido, por lo que no habría ninguna incompatibilidad si se legisla adecuadamente la maternidad subrogada



## Recomendaciones

Se debe promover la promulgación de una legislación específica sobre maternidad subrogada que regule, de manera más amplia todos los supuestos existentes sobre la maternidad subrogada, regulando el contrato de subrogación el mismo que debe realizarse en concordancia con las disposiciones del Código Civil.

Por tratarse de un tema relacionado a la salud es conveniente que se convoque a los profesionales médicos para que puedan integrarse a un equipo multidisciplinario que permita desarrollar una norma adecuada que regule objetivamente la contratación del embarazo subrogado, previniendo las complicaciones que se puedan dar en dicho tratamiento.

Se debe modificar el Código de los Niños y Adolescente así como el Código Civil, con relación a la filiación del recién nacido a través de un embarazo subrogado, para garantizar que los derechos del menor y sobre todo el interés superior del niño se garantice

La Universidad Peruana de las Américas, debe convocar a seminarios para tratar el tema del embarazo subrogado y de esta forma analizar y llegar a conclusiones que pueden servir para mejorar y promover un proyecto de ley que garantice el embarazo subrogado en el Perú, que no vulnere el principio de la verdad biológica a los derechos de la madre biológica en aplicación de la maternidad subrogada

## Referencias

- Arce, L. & Salazar, P. (2019). Consecuencias jurídicas que generan los acuerdos de maternidad subrogada en el sistema jurídico civil peruano. (Tesis para optar el grado académico de Abogado). Repositorio institucional de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, recuperado de: <https://bit.ly/3vBkMtB>
- Ayque, G. (2020). La maternidad subrogada como garantía del derecho a formar familia de las mujeres infértiles en el Perú. (Tesis para optar el grado académico de Abogado). Repositorio institucional de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, recuperado de: <https://bit.ly/3c5aoT2>
- Bolaño, J. & Sierra, B. (2019). Subrogación de vientre y filiación en parejas heterosexuales, desarrollos jurídicos y científicos en Colombia. (Tesis para optar el título de Tesis de Maestría en Derecho xxxx). Repositorio institucional de la Universidad Libre Seccional Barranquilla, recuperado de: <https://bit.ly/3fUOJxW>
- Beetar, B. (2018). La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente. *Estudios Socio-Jurídicos*, 21(2), 135-165. Recuperado de: <https://bit.ly/2TwBZ9h>
- Canessa, R. (2018). Problemas jurídicos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación civil peruana. (Tesis para optar el grado académico de Magíster en derecho con mención en Derecho civil y comercial). Repositorio institucional de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, recuperado de: <https://cutt.ly/Jndmmfu>
- Carrasco, S. (2006). Metodología de la investigación científica. Pautas metodológicas para diseñar y elaborar el proyecto de investigación. Lima: San Marcos.
- Comité de Bioética de España. (2017). Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. Obtenido de Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. Recuperado de: <https://cutt.ly/undmTyE>

- Cruz, A. (2014). La subrogación uterina, breve estudio comparado. Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey EGAP Gobierno Y Política Pública, recuperado de: <https://cutt.ly/zndmhNZ>
- Chumbile, M. (2018). El derecho a la vida del embrión y la reproducción humana asistida extracorpórea en el Perú”. (Tesis para optar el grado académico de Abogado). Repositorio institucional de la Universidad Autónoma del Perú, recuperado de: <https://bit.ly/2R8Q7EU>
- De la Fuente-Hontañón, R. (2017). La subrogación gestacional: ¿Vientre o personas en alquiler? Implicancias jurídicas y éticas. Repositorio institucional de la Universidad de Piura. Recuperado de: <https://cutt.ly/BndmFi7>
- Delgado, A. (2019). Análisis de la maternidad subrogada desde el Derecho Civil y Derecho Constitucional. (Tesis para optar el grado académico de Abogado). Repositorio institucional de la Universidad de Piura, recuperado de: <https://bit.ly/3fQGXVS>
- García, K. (2019). Análisis de los principios y derechos fundamentales vulnerados con la maternidad subrogada. (Tesis para optar el grado académico de Abogado). Repositorio institucional de la Universidad de Piura, recuperado de: <https://bit.ly/3wPdcM5>
- Gamarra, J. (2018). Hacia una regulación de la problemática del vientre subrogante en el Perú y el derecho de familia. (Tesis para optar el grado académico de Abogado). Repositorio institucional de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, recuperado de: <https://bit.ly/34A6E7M>
- Gómez Sánchez, Yolanda (1994) El Derecho a la reproducción Humana, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Socilaes, S., Madrid
- Gutiérrez, L. (2016). Restitución del Derecho natural de ser padres: necesidad de legislar la maternidad subrogada homologa en el Perú. (Tesis para optar el grado académico de Abogado). Repositorio institucional de la Universidad Cesar Vallejo, recuperado de: <https://bit.ly/34yc0k8>
- Hernández, R. (2014). Metodología de la investigación. México: Mc Graw Hill Interamericana.

- Hidalgo, S. (2018). La maternidad subrogada y afectación a la teoría general de la contratación contenida en el Código Civil Peruano. (Tesis para optar el grado académico de Abogado). Repositorio institucional de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, recuperado de: <https://bit.ly/3wGp0jF>
- Jiménez, A. (2019). Maternidad subrogada. Propuesta de reforma al apartado 4.177 bis del Código Civil del Estado de México. (Tesis para optar el título de Licenciada en Derecho). Repositorio institucional de la Universidad Autónoma del Estado de México, recuperado de: <https://bit.ly/3uxUwyJ>
- López, P. (2018). Vulneración de los derechos personales del niño por nacer o menor de edad y de los padres potenciales por ausencia de la figura legal maternidad subrogada. (Trabajo final de graduación para optar el grado académico de Abogado). Repositorio institucional de la Universidad Siglo 21, recuperado de: <https://bit.ly/3uHktMA>
- Marcó, J., & Tarasco, M. (2001). Diez temas de la reproducción asistida. Madrid: Ediciones internacionales universitarias.
- MORÁN, C. y GONZÁLES, M. (2014) Los acuerdos de maternidad subrogada en el Perú. A propósito del primer caso de maternidad subrogada resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 563-2011-LIMA. Consultado el 14 de mayo de 2021 Disponible en <http://udep.edu.pe/derecho/files/2015/03/Los-acuerdos-de-maternidad-subrogada-en-el-Perú.pdf>
- Miembros del Consejo de Europa. (2006). Carta Social Europea. Carta Social Europea. Recuperado de: <https://cutt.ly/hndm2MZ>
- Morales, J. (2003). Control de la información de la vida personal y familiar. En: Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas, Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica editores.
- Paraíso, B.; Dolz, M.; Salgado, S. & Salvador, Z. (2019). La reproducción asistida: tipos, precio y seguridad social, de la reproducción asistida. Recuperado de: <https://cutt.ly/2ndQq7j>
- PERALTA DE ANDIA, R. (2008), Derecho de Familia en el Código Civil. Idemsa, Lima.

- Pérez, D. (2015). Presupuestos éticos y jurídicos mínimos que se deben tener en cuenta ante una inminente regulación de técnicas de reproducción asistida en el Perú. (Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho de Familia y de la Persona). Repositorio institucional de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, recuperado de: <https://bit.ly/3yTkSii>
- Ramírez, E. (2019). La maternidad subrogada como un nuevo escenario en la elección de un plan de vida desde la perspectiva de los derechos fundamentales, Huancavelica-2018. (Tesis para optar el grado académico de Maestro en Derecho y Ciencias Políticas). Repositorio institucional de la Universidad Nacional de Huancavelica, recuperado de: <https://bit.ly/2TtaP38>
- Salazar, A. (2020). Implicancias jurídicas de la regulación en la maternidad subrogada como parte de una realidad social. (Tesis para optar el grado académico de Abogado). Repositorio institucional de la Universidad de Huánuco, recuperado de: <https://bit.ly/34ukclg>
- Sospedra, A. (2018). La gestación subrogada en España. Idibe. *Cuestiones de Interés Jurídico*, (1), 1-48. Recuperado de: <https://bit.ly/3p5dAmN>
- Souto, B (2008). Dilemas éticos sobre la sustitución de la reproducción humana. La gestación de sustitución. *Feminismo: Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante*, 8, 181-195.
- Ticse, M. (2018). La regulación de la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida con subrogación materna en la legislación peruana. (Tesis para optar el grado académico de Abogado). Repositorio institucional de la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana, recuperado de: <https://cutt.ly/sndQurN>
- Urquiza, F.; Carretero, I.; Quaini, F.; Inciarte, F. & Pasqualini, A. (2014). Subrogación uterina. Aspectos médicos y jurídicos del primer caso con sustento legal en la Argentina, *Medicina*, 74(3), 11-52. Recuperado de: <https://cutt.ly/dndmBNd>

- Varsi, E. (2010). El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial. En razón de la Ley 28457 y la acción intimatoria Paternidad-Procreación Asistida y Socio afectividad. Lima: Perú: Jurista Editores E.I.R.L.
- Vega, S. (2017). Inaplicación del principio “mater semper certa est” en los casos de útero subrogado. (Tesis para optar el grado académico de Abogado). Repositorio institucional de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, recuperado de: <https://cutt.ly/SndQdto>
- WARNOCK, M. (1985). Question of Life.The Warnock report human fertilisation & Embriology United Kingdom. Oxford: Basil Blockwell.

## Apéndices

## Apéndice 1: Matriz de consistencia

**TÍTULO:** La Maternidad subrogada y su aplicación jurídica en el Perú, 2021.

PROBLEMA	OBJETIVO	HIPÓTESIS	VARIABLE E INDICADOR	METODOLOGÍA
<p><b>PROBLEMA GENERAL</b> ¿Cómo influye la ausencia de legislación específica en maternidad subrogada en el Perú, 2021?</p> <p><b>PROBLEMAS ESPECÍFICOS</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. ¿Cómo influye la ausencia de legislación aplicable de contratación específica de maternidad subrogada en el Perú, 2021?</li> <li>2. ¿Cómo influye el principio “mater semper certa est” con la aplicación jurídica de maternidad subrogada en el Perú, 2021?</li> <li>3. ¿Cómo influye el Principio de verdad biológica con la aplicación jurídica de maternidad subrogada en el Perú, 2021?</li> </ol>	<p><b>OBJETIVO GENERAL</b> Determinar de qué manera la ausencia de legislación específica influye en la maternidad subrogada en el Perú, 2021.</p> <p><b>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Analizar la relación que existe entre la ausencia de legislación aplicable de contratación específica y la maternidad subrogada en el Perú, 2021.</li> <li>2. Determinar la relación que existe entre el principio “mater semper certa est” con la aplicación jurídica de maternidad subrogada en el Perú, 2021.</li> <li>3. Determinar la relación que existe entre el Principio de verdad biológica con la aplicación jurídica de maternidad subrogada en el Perú, 2021.</li> </ol>	<p><b>HIPÓTESIS GENERAL</b> La ausencia de legislación específica influye significativamente en maternidad subrogada en el Perú, 2021.</p> <p><b>HIPÓTESIS ESPECIFICAS</b></p> <p>H<sub>1</sub> Existe relación significativa entre la ausencia de legislación aplicable y la contratación específica de maternidad subrogada en el Perú, 2021.</p> <p>H<sub>2</sub> Existe relación significativa entre el principio “mater semper certa est” y la aplicación jurídica de maternidad subrogada en el Perú, 2021.</p> <p>H<sub>3</sub> Existe relación significativa entre el Principio de verdad biológica y la aplicación jurídica de maternidad subrogada en el Perú, 2021</p>	<p>Maternidad Subrogada <b>(Variable Independiente: X)</b></p> <p>Aplicación jurídica. <b>(Variable dependiente: Y)</b></p>	<p><b>TIPO:</b> Básico-aplicado.</p> <p><b>DISEÑO:</b> Transversal-no experimental</p> <p><b>MUESTREO:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• (4) Jueces.</li> <li>• (18) Abogados.</li> <li>• (8) Personal médico.</li> </ul> <p><b>Instrumentos:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Encuesta.</li> <li>- Fichas Documentales.</li> </ul>





## Apéndice 2

### INSTRUMENTO: ENCUESTA

**Título:** La Maternidad subrogada y su aplicación jurídica en el Perú, 2021.

**Nombre:**.....

**Profesión/Cargo/Grado Académico:**.....

**Institución:**.....

**Lugar:**.....

**Fecha:**.....

Por favor, lea detenidamente y marque con un aspa en solo un recuadro según corresponda:

N°	ÍTEM	Totalmente de acuerdo	De acuerdo	Ni de acuerdo ni desacuerdo	Desacuerdo	Totalmente desacuerdo
		1°	2°	3°	4°	5°
<b>ESCALA</b>						
<b>Objetivo general:</b> Determinar de qué manera la ausencia de legislación específica influye en la maternidad subrogada en el Perú, 2021.						
1	¿Considera Usted necesaria una legislación específica en maternidad subrogada en nuestro país?					
<b>Objetivo específico N° 1:</b> Analizar la relación que existe entre la ausencia de legislación aplicable de contratación específica y la maternidad subrogada en el Perú, 2021.						
2	¿Considera usted que deba aprobarse una norma que regule específicamente la maternidad subrogada en nuestro país?					
3	¿Cree usted que la legislación existente sobre técnicas de reproducción humana asistida, regula la maternidad subrogada en el Perú?					
4	¿Considera usted falta de ética profesional médica en una posible legislación de contratación de maternidad subrogada?					
<b>Objetivo específico N° 2:</b> Identificar la relación que existe entre el principio "mater semper certa est" con la aplicación jurídica de maternidad subrogada en el Perú, 2021.						
5	¿Cree usted viable el reconocimiento legal al derecho de una persona a la maternidad subrogada en el Perú?					

6	¿Considera usted que se vulneran derechos del menor de edad nacido bajo maternidad subrogada en aplicación del principio mater semper certa est?					
7	¿Cree usted importante y necesaria la aplicación del principio “mater semper certa est” en la maternidad subrogada?					
<b>Objetivo específico N° 3:</b> Determinar la relación que existe entre el Principio de verdad biológica con la aplicación jurídica de maternidad subrogada en el Perú, 2021.						
8	¿Considera usted que el principio de verdad biológica vulnera algún derecho de la madre biológica en aplicación de la maternidad subrogada?					
9	¿Considera usted que el principio de verdad biológica en la maternidad subrogada colisiona con el derecho a la identidad del menor de edad?					
10	¿Cree usted que una posible norma expresa de maternidad subrogada en el Perú contravenga la Constitución Política del Perú?					

Muchas gracias por participar.

**Anexo 3**  
**Ficha de análisis de jurisprudencia**

**Expediente:** Nro. : 183515 - 2006 - 00113.

**Juzgado:** JUZGADO DECIMOQUINTO ESPECIALIZADO DE FAMILIA

**Materia:** Impugnación de maternidad

**Demandante:** Carla Monique See Aurich.

**Demandados:** Jenny Lucero Aurich De La Oliva y Luis Eduardo Menzoa Barber

**Fecha:** 06 – 01 – 2009.

**Presentación y formulación del caso**

- Que Carla Monique See Aurich está casada con Luis Eduardo Menzoa Barber
- Que al tener ella serios problemas de concepción, acudió junto con su esposo para que se sometieran a una TERA, en donde Jenny Lucero Aurich De La Oliva (madre de la demandante), ofrecido su vientre para posibilitar la procreación de un hijo, se realizó el procedimiento de "maternidad subrogada" en cuyo vientre se iba implantar el embrión concebido con las células sexuales de la pareja.
- 06-05-2005 nace la menor D. Mendoza Aurich, sin embargo el día que nace su hija, la Clínica de Miraflores consigna en la partida de nacimiento, de manera errónea, que la madre de Daniela era Jenny Lucero Aurich De La Oliva, esto es que, según la partida de nacimiento Daniela y la actora son hermanas e hijas de Jenny Lucero Aurich De La Oliva.

**Argumento del fallo:**

- a) Que es Lícita la subrogación uterina, toma en cuenta:
  - + La demandante ha probado tener una imposibilidad médica procreacional real.
  - + habiéndose determinado objetiva y científicamente, que la demandante Carla Monique See Aurich tiene la calidad de "madre biológica" lo que la doctrina y la ciencia también la califica como "madre genética" de la citada niña, y doña Jenny Lucero Aurich De la Oliva como "madre sustituta".
  - + Que al no cumplirse el supuesto planteado por el Art. 7 de la ley general de salud "madre genética" y "madre gestante" recaigan sobre diferentes personas, situación fáctica que no está prohibido legalmente, pero tampoco no está expresamente permitido, y a tenor de lo dispuesto en el Art. 2º inciso 24 letra a) de la Constitución Política del Estado, se concluye que es lícita tal conducta, cadenas considerando que la conducta de la subrogada es con fines altruistas sin fines de lucro.
- b) Que, regresando al concepto tradicional, salvo los casos de adopción, "madre solo hay una" la misma que se determina por la "filiación. biológica", por la identidad sanguínea, por la identidad biológica, que los genes transmiten de padres a hijos, la herencia de los caracteres anatómicos, citológicos funcionales entre los padres y los hijos; y por lo tanto debe ampararse la pretensión demandada, pese a que en el acta de nacimiento de la niña se encuentra registrada y expresamente reconocida como madre a la subrogada y lleva yuxtapuesto a su nombre y luego del primer apellido del padre, Que se dejara de aplicar lo dispuesto en el Art. 395 del código civil, aceptándose a la demandante como madre de la menor.

**Conclusión:**

- a) Dejan sentado la validez del contrato de subrogación uterina, ya que la demandante acreditó fehacientemente su condición médica que le impedía ser madre, y se demuestra la intención altruista bajo la cual se pactó este contrato de subrogación.
- b) Que los administradores de justicia no pueden dejar de impartirla frente a vacíos o deficiencia de la ley.
- c) Que el principio de verdad biológica y el derecho a la identidad se encuentran amparados en los tratados internacionales de derechos humanos, los cuales han firmados y ratificados por el Perú, en consecuencia, en esta materia tienen jerarquía constitucional.
- d) Que se dejara de aplicar lo dispuesto en el Art. 395 del código civil, en virtud al principio de verdad biológica- genética.

**Anexo 4**  
**Ficha de análisis de jurisprudencia**

**Expediente:** Cas. N° 4323-2010. Lima

**Juzgado:** CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA- SALA CIVIL  
PERMANENTE

**Materia:** Nulidad de acto jurídico

**Demandante:** PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción – Clínica  
Concebir) y María Alicia Alfaro Dávila

**Demandado:** la sentencia de vista expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior  
de Justicia de Lima, su fecha treinta y uno de agosto de dos mil diez.  
Custodio Olsen Quispe Condori

**Fecha:** 11- 08 – 2011.

**Presentación y formulación del caso**

- Que se firmaron un contrato de aplicación de una TERA en una pareja conformada por Custodio Olsen Quispe Condori y María Alicia Alfaro Dávila, en donde se donaría los gametos femeninos (óvulos) de una donante anónima y se utilizaría los gametos (espermatozoides) del esposo. Ya que ella (esposa) no puede ovular, implantándose el producto en su útero.
- Que producto de esta práctica nació una niña (con problema de salud), por lo que el padre quería desligarse legalmente, solicitando la nulidad del acto jurídico del convenio denominado “Autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria”.
- La mencionada sentencia plantea se declare fundada la nulidad de acto jurídico.
- Los demandantes PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción – Clínica Concebir) y María Alicia Alfaro Dávila, solicitan se declare infundada la nulidad del acto jurídico.

**Argumento del fallo**

- a) respecto a la infracción normativa por interpretación errónea del artículo 7 de la Ley 26842 “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida...” en ese contexto, se puede advertir que nuestra legislación admite las técnicas de reproducción asistida –TERAS. Esto daría pie a la subrogación uterina.
- b) en virtud al axioma jurídico de que “todo lo que no está prohibido está permitido”, reconocido por el Tribunal Constitucional: “En el ámbito del derecho constitucional opera el apotegma jurídico que dice que “sólo le está permitido al Estado aquello que expresamente le ha sido conferido”. por consiguiente, el aludido procedimiento de “ovodonación” no es ilícito ni constituye delito, constituyendo más bien un vacío normativo y jurisprudencial.
- c) Que el documento y las cláusulas contractuales están debidamente establecidas, y al firmarlo, configura una manifestación de voluntad válida y además ratificada en el documento denominado autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria.
- d) Al menor producto de esta TERA le protege en virtud a lo dispuesto en el artículo 1 del Código Civil, artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y

artículos 2, 3, 6 y 12 de la Convención sobre los derechos del niño, que regulan los principios rectores sobre el interés superior del niño.

- e) Respecto de la validez del contrato contenido en el Artículo 140 del código civil, se llega a concluir que cumple con los requisitos, por consiguiente lo resuelto por la Sala Superior no se ajusta a derecho, correspondiendo declarar fundado el recurso de casación, casar la sentencia de vista y en sede de instancia confirmar la sentencia apelada

### **Conclusión**

- a) Que es válido el contrato de autorización de una TERA, ya que al no estar expresamente ni permitido ni prohibido (Vacío de la norma), deviene en lícito y válido este tipo de contratos.
- b) Que, al encontrar un vacío legal, el juzgado debe administrar justicia, para lo cual analiza e interpreta la normativa ya existente (nacional e internacional), para dejar un precedente jurisprudencial.
- c) Que en virtud al axioma jurídico de que “todo lo que no está prohibido está permitido”, es posible y permitido la Ovodonación (donación del gameto femenino – ovulo)
- d) Que a la niña producto de esta TERA le asisten todos los derechos para su protección, siempre se debe ponderar el interés superior del niño.



**Anexo 5**  
**Ficha de análisis de jurisprudencia**

**Expediente:** CAS. N° 563-2011

**Juzgado:** CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA SALA CIVIL  
PERMANENTE

**Materia:** Demanda de adopción por excepción de la niña V. Palomino Castro

**Demandantes:** Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone

**Demandados:** Isabel Zenaida Castro Muñoz y Paúl Frank Palomino Cordero.

**Fecha:** 06 – 12 - 2011

**Presentación y formulación del caso**

- ✓ El 26-12-2006. Nace la menor V. Palomino Castro, se inscribe la partida de nacimiento indicando como padres legales y biológicos a Frank Palomino Cordero y Zenaida Castro Muñoz.
- ✓ Que solicitan su adopción arguyendo que la niña cuya adopción solicitan, es hija de don Paúl Frank Palomino Cordero, quien a su vez es hijo de José Palomino Quicaño, hermano de la co demandante Dina Felicita Palomino Quicaño, por lo que invocan el supuesto normativo a que se contrae el inciso “b)” del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes. Agregan, que a la niña la tienen en su poder desde el dos de enero de dos mil siete, fecha en que los padres biológicos la entregaron provisionalmente.
- ✓ los demandados precisando que se allanan y reconocen la demanda en los términos que allí constan
- ✓ tramitado el proceso conforme a su naturaleza, el juez expidió sentencia declarando fundada la demanda
- ✓ Zenaida Castro Muñoz, desiste de dar en adopción a la menor.
- ✓ En el proceso se encuentra que la pareja demandante había pactado con los codemandados una subrogación uterina para tener un hijo (niña), sometiéndose a una TERA en donde la gestante sería la donante del ovulo y el donante de espermatozoides sería el demandante; que cuando naciera el producto se la entregarían en cuanto fuera posible, a cambio la pareja les ayudaría con una suma de dinero para apoyarlos. Desiste la codemandada porque solicito más dinero de lo acordado.

**Argumentos del fallo:**

- a) que, los demandados figuran formal y legalmente como progenitores de la niña y ellos voluntariamente la entregaron a los pre-adoptantes a los días de nacida, renunciando y desentendiéndose de este modo y por completo de las responsabilidades que como madre y padre tenían con su hija.
- b) Que, bajo estas premisas y atendiendo el Interés Superior del Niño y Adolescente se encuentra acreditado que:
  - + con los informes sociales y psicológicos que la niña se encuentra plenamente identificada con el entorno familiar constituido por los pre - adoptantes, al vivir con ellos desde los primeros días de su existencia.
  - + que, si bien mediante la prueba de ADN se ha establecido que el progenitor de la niña es el demandante confluyendo en su persona una doble calidad como padre biológico y como pre -adoptante, no es menos cierto que por esta vía o por acción posterior el reconocimiento de su situación legal de padre será resuelta a su favor, por lo que no existe razón alguna para mantener en la incertidumbre la existencia de dicha relación paterno filial, y, por ende, impedir que la niña goce de la filiación

paterna a que tiene derecho y cuya naturaleza u origen no podrá ser mencionada en documento alguno.

+ se señala que la madre biológica en total acuerdo con su conviviente, procreó a la niña, aceptando ser inseminada artificialmente por persona distinta a su pareja por el vínculo que existía y con la intención de mejorar su situación para viajar a Italia con su familia, lo que dista de la lógica de una maternidad; la intencionalidad de los demandados en la concepción de un ser humano con fines distintos a la maternidad o paternidad, razón por la cual el Colegiado se aparta del previsión legal contenida en el artículo 378 inciso 5) del Código Civil referente al asentimiento de los padres para la adopción, privilegiándose el derecho fundamental de la niña a permanecer con la familia que le ha brindado protección, atención y cariño frente al derecho de la patria potestad de un padre y una madre que desde su concepción y posterior nacimiento actuaron desvalorizando la condición humana de la niña.

+ Aunque inicialmente se mintió respecto del parentesco entre los solicitantes, indicando que eran familiares, cuando en realidad el esposo era el padre biológico, incurriendo así en una falta que impediría la adopción preferente, se ha ponderado el interés superior del menor, por consiguiente declara fundada la demanda.

### **Conclusión**

- a) Que la partida de nacimiento es un documento público formal y legal que da inicio a la filiación.
- b) Que en la filiación paterna el código civil regula y acepta el principio de verdad biológica.
- c) Que se apartan de la literalidad de las normas en virtud de los hechos (realidad), ya que los administradores de justicia no pueden dejar de impartirla frente a vacíos o deficiencia de la ley.
- d) En este fallo han considerado Interés Superior del Niño y Adolescente, como el elemento fundamental para que se origine la adopción. Este debe entenderse como la plena satisfacción de sus derechos, la protección integral y simultánea de su desarrollo integral y la calidad o nivel de vida adecuado



**Anexo 6**  
**Ficha de análisis de jurisprudencia**

**Expediente:** N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05

**Juzgado:** QUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CONSTITUCIONAL

**Materia:** Proceso de amparo- Rectificación de partidas de nacimiento.

**Demandantes:** Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau; la sociedad conyugal conformada por Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco y los menores de iniciales L.N.N.R. y C. D. N. R

**Demandado:** RENIEC

**Fecha:** 20- 12 - 2017.

**Presentación y formulación del caso**

- Que los Sres. Nieves-Ballesteros contrajeron matrimonio
- La pareja presentaba imposibilidad de procrear, por lo que se sometieron a una TERA para lo cual recurrieron a un contrato privado de subrogación uterina. Para ello, se procedió a la fecundación in vitro, con el óvulo de una donante anónima y de los espermatozoides del Sr. Nieves (esposo), y con el consentimiento de los Sres. Lázaro-Rojas, se transfirieron los únicos dos embriones fecundados al útero de la Sra. Rojas.
- El 19-11-2015 nacen los menores L.N.N.R. y C.D.N.R Al momento del nacimiento, los menores fueron consignados como hijos de la Sra. Rojas (por ser esta quién los alumbró) y del Sr. Nieves, dado que se aceptó la declaración de la Sra. Rojas en el sentido de que el padre no era el Sr. Lázaro, su esposo.
- Posteriormente se solicitó rectificar la partida de nacimiento en el RENIEC, Tras ello, el RENIEC declaró improcedentes ambas solicitudes a través de las resoluciones registrales N° 29 9-2016-OSBORJ-JR10LIMGOR/RENIEC (29-02- 2016) y la Resolución Registral N°299-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC, (29-02-2016).

**Argumento del fallo**

- a) Concluyen que, si es lícita la subrogación uterina, indicando:
- + La normativa y jurisprudencia convencional – al que se encuentra sometido este Juzgado por imperio del Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional- disponen que el derecho a la salud reproductiva, sumado a los derechos a la autodeterminación y privacidad, reconocen la potestad fundamental de las mujeres para –de manera informada asistirse de las técnicas científicas que existan para acceder a la condición de madre. Situación a la que pueden llegar no solo con el apoyo tecnológico disponible, sino que, en algunos casos, con la cooperación adicional y necesaria de terceras personas (por ejemplo, los casos de maternidad subrogada comúnmente conocido como “vientre de alquiler”). De modo que no existen razones para que el Estado, actuando a través de este Juzgado constitucional, niegue la protección que el ordenamiento convencional reconoce, tanto más, si no existe legislación que prohíba expresamente la técnica de reproducción utilizada por los actores.
  - + No puede realizarse una interpretación a contrario sensu del texto citado para concluir que proscribe el uso de TERAS para otras situaciones. Lo único que puede afirmarse es que EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY GENERAL DE SALUD NO

**REGULA MÁS SUPUESTOS QUE LA MADRE GESTANTE COMPARTA CARGA GENÉTICA CON SU BEBÉ.**

+ con respecto al derecho a la familia y/o protección familiar o vida familiar, se debe recordar que constituye una garantía iusfundamental prevista tanto en la Constitución Política del Perú como en diversos Pactos Internacionales suscritos por el Perú. En el ámbito interno, el derecho a la familia, en tanto instituto natural, está inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales y como consecuencia de ello es que han generado las llamadas “familias ensambladas” que tienen estructuras distintas a la tradicional que, sin embargo, también merecen protección y reconocimiento. Por lo que los Sres. Nieves-Ballesteros tienen derecho a fundar una familia, acudiendo a los métodos científicos y legales que permite el ordenamiento jurídico peruano, por lo que el RENIEC no puede cuestionar u obstruir la manera en que se constituye y estructura esta familia.

b) Respecto del interés superior de los menores, consideran que:

+ Sra. Ballesteros desde un inicio tuvo voluntad pro-creacional para tener hijos, a diferencia de la madre biológica que desde un inicio –y hasta ahora- tuvo una voluntad de entregar a los menores a la Sra. Ballesteros.

+ Sra. Ballesteros y su esposo tienen a los menores bajo su guarda y que, de hecho, ejercen los cuidados y atributos propios de unos auténticos padres (lo que no ocurre con la Sra. Rojas), le otorga una mejor posición para ser considerada como madre de los menores.

+ El derecho a la identidad de los menores, derecho previsto en el inciso 1 del artículo 2º de la Constitución Política del Perú. En virtud del principio de verdad biológica.

c) junto con el derecho a la salud reproductiva, libre desarrollo de la personalidad y a fundar una familia de los padres Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, corresponde también que se otorgue tutela al derecho al nombre de sus hijos de iniciales L. N.R. y C. D. N. R. debiendo el RENIEC reponer las cosas al estado anterior a los agravios generados en su contra, anulando las partidas que emitió y emitiendo nuevas partidas.

**Conclusión**

a) Dejan sentado la licitud del contrato de subrogación uterina, indicando a su vez que no se puede interpretar erróneamente el Art.7 de la Ley general de salud, siendo que este es el que da pie a los derechos reproductivos, dejando claro que esta situación que presenta la maternidad subrogada, genera un vacío legal.

b) Que el derecho a la familia en el Perú, en tanto instituto natural, ha evolucionado inevitablemente, encontrando en la realidad nuevos contextos sociales y como consecuencia de ello es que han generado las llamadas “familias ensambladas” que tienen estructuras distintas a la tradicional que, pero también merecen protección y reconocimiento.

c) Respecto de la sentencia, como se ha mencionado anteriormente y en esa línea los tribunales ante un hecho que no se encuentra precisamente regulados tiene la obligación de resolver y de esta manera administrar justicia.

d) Contemplan el interés superior de los menores, fundamentados en la voluntad de ser madre (Sra. Ballesteros- esposa) y el derecho a la identidad, que se fundamenta en el principio de verdad biológica (Sr. Nieves-esposo).