



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



Tesis

**“La voluntad procreacional y la filiación del menor nacido mediante la técnica
de maternidad subrogada”**

Autora

Bach. Chapa Saldaña Katherine Lizbeth

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

Asesor

Mag. Yzquierdo Hernández Leopoldo

Lambayeque, 2022

Tesis denominada: “La voluntad procreacional y la filiación del menor nacido mediante la técnica de maternidad subrogada”, presentada para optar el título profesional de Abogada por:

Bach. Chapa Saldaña Katherine Lizbeth
Autora

Mag. Yzquierdo Hernández Leopoldo
Asesor

Aprobada por:

Dr. Arana Cortez Miguel Arcángel
Presidente

Mag. Rivera Paredes Juan Manuel
Secretario

Mag. Cevallos de Berrenechea Carlos Manuel Antenor
Vocal

DEDICATORIA

A mis padres que respetaron mis decisiones y me apoyaron durante el proceso, a mi hermano Julio que me ayudó en el camino pre universitario y a mi novio quien siempre ha sido un motor fundamental, para mi progreso como ser humano, profesional y empresaria; persona de la que aún me queda mucho por aprender.

AGRADECIMIENTO

 Mi agradecimiento eterno siempre a mi señor Dios que me permitió llegar hasta aquí y tener a mis padres vivos para verlo y por encontrar en el transcurso de mi vida personas llenas de liderazgo y con valores; un agradecimiento por la formación recibida en mi alma mater y por la paciencia de mis asesores que no deje de hostigarlos con llamadas.

Índice

DEDICATORIA	III
AGRADECIMIENTO.....	IV
ÍNDICE	V
RESUMEN	IX
ABSTRACT	X
INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO I:	14
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	14
1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	14
1.1.1. Planteamiento del problema.....	14
1.1.2. Formulación del problema.	18
1.2. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO.	18
1.3. IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.....	19
1.4. OBJETIVOS.....	20
1.4.1. Objetivo general.....	20
1.4.2. Objetivos Específicos.	20
1.5. HIPÓTESIS.....	20
1.6. VARIABLES.....	21
1.6.1. Variable independiente.	21
1.6.2. Variable dependiente.	21
1.7. MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	21
1.7.1. Métodos generales.....	21
1.7.2. Técnicas.....	22

1.7.3. Instrumentos.	23
1.8. UNIDAD DE ANÁLISIS.	23
1.9. POBLACIÓN.	23
1.10. MUESTRA.	23
CAPÍTULO II	24
LA FILIACIÓN Y SUS EFECTOS SOBRE EL MENOR NACIDO MEDIANTE LA TÉCNICA DE MATERNIDAD	
SUBROGADA	24
2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	24
2.1.1. Investigaciones nacionales:.....	24
2.1.2. Investigaciones extranjeras:.....	25
2.2. LA FILIACIÓN Y SUS EFECTOS SOBRE EL MENOR NACIDO MEDIANTE LA TÉCNICA DE MATERNIDAD SUBROGADA....	27
2.2.1. La filiación y su concepción en la doctrina.	31
2.2.2. TIPOS DE FILIACIÓN EN EL PERÚ.....	34
2.2.3. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL EN EL DERECHO COMPARADO.	38
2.2.3.1. Brasil.....	38
2.2.3.2. Costa Rica	41
2.2.3.3. Colombia.	43
2.2.3.4. Chile.....	45
2.2.4. TEORÍAS DE LA EXISTENCIA HUMANA Y SU RELACIÓN CON EL MENOR QUE NACE MEDIANTE LA MATERNIDAD	
SUBROGADA.	47
2.2.5. LAS CONDICIONES JURÍDICAS DEL MENOR NACIDO MEDIANTE LA TÉCNICA DE MATERNIDAD SUBROGADA.	49
2.2.6. EL VÍNCULO JURÍDICO DEL SUJETO DE DERECHO CON LA CONCEPCIÓN EN RELACIÓN AL DERECHO FILIATORIO.	
¿CUÁL ES LA POSICIÓN QUE ASUME LA BIOÉTICA SOBRE ESTAS TÉCNICAS?	62
CAPÍTULO III	67
LA VOLUNTAD PROCREACIONAL Y LA MATERNIDAD SUBROGADA.	67
3.1. EL CONCEPTO DE VOLUNTAD PROCREACIONAL.....	67

3.1.1. La voluntad en el ejercicio de los derechos.	68
3.1.2. La concepción de voluntad procreacional.	71
3.1.3. La voluntad procreacional basada en la libertad de decidir.	74
3.1.4. Límites en la libertad de decidir.	76
3.1.5. La voluntad procreacional basada en los derechos reproductivos.	77
3.1.6. La voluntad procreacional basada en el derecho a formar una familia.	79
3.1.7. La voluntad procreacional basada en el derecho a gozar de los beneficios y avances de la ciencia y tecnología.	82
3.1.8. La voluntad procreacional basada en el derecho genético.	85
3.2. ¿EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD GENERA ACTOS JURÍDICOS?	87
3.2.1. Justicia Social.....	87
3.2.2. Interés Público.	88
3.2.3. La teoría de las necesidades.....	90
3.3. LA MATERNIDAD SUBROGADA.	92
3.3.1. La maternidad y maternidad subrogada.....	93
3.3.2. La maternidad subrogada como técnica reproductiva.	97
3.3.3. Tipos de maternidad subrogada.	99
3.3.4. Tratamiento de la maternidad subrogada en el derecho comparado.	101
3.3.5. La persecución jurídica de la maternidad subrogada.....	105
CAPÍTULO IV	108
DEL ANÁLISIS Y LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN	108
4.1. ANÁLISIS Y LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.	108
4.2. RESULTADO DEL ANÁLISIS JURISDICCIONAL.....	108
4.2.1. Casación N° 563-2011 Adopción Civil Por Excepción (Inseminación Artificial) Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.	109

4.2.2. Sentencia N° 06374-2016 Proceso De Amparo Por Reconocimiento De Menor (Fecundación In Vitro).....	112
4.2.3. Sentencia N° 00113-2006 Impugnación de Maternidad (Fecundación In Vitro)	114
4.2.4. Casación N° 4323-2020 Nulidad De Acto Jurídico (Ovodonación).....	116
CAPÍTULO V	118
CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS.....	118
5.1. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS EN LA INVESTIGACIÓN.....	118
5.1.1. Sobre el objetivo específico: “Desarrollar doctrinariamente la filiación y sus efectos sobre el menor nacido mediante la técnica de maternidad subrogada”	118
5.1.2. Sobre el objetivo específico: “Estudiar la teoría de la voluntad procreacional en el ámbito de la maternidad subrogada”	124
5.1.3. Sobre el objetivo específico: “Revisar el tratamiento jurisdiccional de la filiación de los menores nacidos por maternidad subrogada”	130
5.1.4. Sobre el objetivo específico: “Analizar la necesidad de hacer una variación del sentido filiatorio reconocido en el Ordenamiento Civil peruano”	132
5.2. La validación de las variables.....	136
5.2.1. Sobre la variable independiente: “La voluntad procreacional en la técnica reproductiva de maternidad subrogada”	136
5.2.2. Sobre la variable dependiente: “La filiación del menor”	137
5.3. La contrastación de la hipótesis	137
CONCLUSIONES.....	139
RECOMENDACIONES.....	140
BIBLIOGRAFÍA	145
ANEXOS	164

Resumen

El presente trabajo de investigación tuvo como objetivo demostrar que la regulación de la voluntad procreacional basta para determinar el derecho filiatorio a favor de los padres de intención; haciendo uso de la doctrina, estudiando la teoría de la voluntad, revisando el tratamiento jurisdiccional y analizando la necesidad de una variación filiatoria.

El análisis se realizó a través de sentencias que evidenciaron la existencia de gestación subrogada propiamente dicha; donde el fundamento principal atiende al a interés superior del menor y la forma de determinarlo queda exenta al criterio del juzgador; demostrando la necesidad de una pronta regulación que ayude a suplir vacíos legales.

Como resultado se ha demostrado que la voluntad procreacional es una condición que permite acceder a técnicas reproductivas de maternidad subrogada y que pretende acceder a un derecho filiatorio que se considera necesario ante la existencia de nacimientos bajo esta modalidad; por lo que se sugiere una pronta inserción normativa por encontrarse frente a una realidad existente.

Palabras clave: Voluntad procreacional, Filiación, Maternidad subrogada.

Abstract

The objective of the present research work is to recognize if the procreation Will be sufficient to determine the filiation right in favor of the parents of intention; making use of the doctrine, studying the theory of the will, reviewing the jurisdictional treatment and analyzing the need of a filiation variation.

The analysis was carried out through sentences that evidenced the existence of the surrogacy itself; where the main foundation serves to the best interest of the minor and the way to determine it is exempt at the discretion of the judge; demonstrating the need for prompt regulation to help fill legal gaps.

As a result, it has been shown that the procreation will be a condition that allows access to reproductive techniques of surrogacy and that seeks to access a filiation right that is considered necessary in the presence of births under this modality; therefore, a prompt normative insertion is suggested because is in front of an existing reality.

Keywords: procreation will, Filiation, Surrogacy.

Introducción

La voluntad procreacional en casos de gestación subrogada busca la atribución filiatoria del menor nacido mediante esta práctica; sin embargo, la manera en que la voluntad procreacional sea determinada en la figura de la filiación se analizó acorde a lo recopilado mediante la doctrina y revisando el tratamiento jurisdiccional que permitió determinar si la voluntad procreacional puede o no ser una condición que permita insertar normas que se dirijan a una nueva modalidad de filiación.

La hipótesis del presente trabajo de investigación es una respuesta anticipada que para corroborar si es cierta o no; durante el trabajo de investigación se recopilaron todos los datos obtenidos a fin de determinar que si se regula la voluntad procreacional en la técnica de maternidad subrogada se determinará la filiación del menor; por ende, la inserción de normas que regulen la práctica sería necesaria.

La estructura del presente trabajo de investigación consta de cinco capítulos:

El capítulo I, desarrolla el marco metodológico, que contiene el procedimiento que se emplea para llevar a cabo la tesis; este primer capítulo contiene el planteamiento y formulación del problema, la justificación e importancia del estudio, los objetivos generales y específicos; la hipótesis; las variables dependiente e independiente, métodos, población y muestra.

El capítulo II, desarrolla los antecedentes de la investigación, la filiación y sus efectos sobre el menor nacido mediante la técnica de maternidad subroga haciendo uso exclusivo de la doctrina; este capítulo contiene la filiación y su concepción doctrinaria, tipos de filiación, la filiación extramatrimonial en el derecho comparado, las teorías de la existencia humana y su relación con el menor que nace mediante la maternidad subrogada, las condiciones jurídicas del menor nacido mediante la técnica de maternidad

subrogada, el vínculo jurídico del sujeto de derecho con la concepción en relación al derecho filiatorio.

El capítulo III, desarrolla la voluntad procreacional y la maternidad subrogada haciendo uso exclusivo de la doctrina; el presente capítulo contiene el concepto de voluntad procreacional, la voluntad en el ejercicio de los derechos, la concepción de la voluntad procreacional, la voluntad procreacional basada en la libertad de decidir, límites en la libertad de decidir, la voluntad procreacional basada en los derechos reproductivos, la voluntad procreacional basada en el derecho a formar una familia, la voluntad procreacional basada en el derecho a gozar de los beneficios y avances de la ciencia y tecnología, la voluntad procreacional basada en el derecho genético, justicia social, interés público, la teoría de las necesidades, la maternidad subrogada, la maternidad y maternidad subrogada, la maternidad subrogada como técnica reproductiva, tipos de maternidad subrogada, tratamiento de la maternidad subrogada en el derecho comparado, la persecución jurídica de la maternidad subrogada.

El capítulo IV, desarrolla el análisis de la jurisprudencia y los resultados de la investigación; para ello se hizo uso de la casación N° 563-2011, que desarrolla un caso de adopción civil por excepción; frente la existencia de la técnica reproductiva de Inseminación Artificial; se recopiló el análisis de la sentencia N° 06374-2016, que desarrolla un caso mediante un proceso de amparo por reconocimiento de menor, frente a la existencia de la técnica reproductiva de fecundación in vitro; se analizó la sentencia N° 00113-2006, que desarrolla un caso de impugnación de maternidad, frente a la existencia de la técnica reproductiva de fecundación in vitro y por último se analizó la casación N° 4323-2020, que desarrolla un proceso de Nulidad de acto jurídico, frente a la existencia de la técnica reproductiva de ovodonación.

El capítulo V desarrolla la contrastación de la hipótesis y esta a su vez contiene la discusión de los resultados en la investigación, que trata objetivo por objetivo siendo ello que versa: sobre los objetivos específicos: desarrollar doctrinariamente la filiación y sus efectos sobre el menor nacido mediante la técnica de maternidad subrogada, estudiar la teoría de la voluntad procreacional en el ámbito de la maternidad subrogada, revisar el tratamiento jurisdiccional de la filiación de los menores nacidos por maternidad subrogada, analizar la necesidad de hacer una variación del sentido filiatorio reconocido en el Ordenamiento Civil peruano; luego se realizó la validación de variables.

De los resultados se logró determinar que la voluntad procreacional si guarda relación con la estructura de filiación; toda vez que los nacimientos por gestación subrogada son una realidad existente; que generan disputas materna y paterno filiales, que confrontan derechos fundamentales de los adultos frente al de los menores y que a nivel jurisdiccional se ha determinado que el interés superior del niño debe primar al no encontrarse un derecho filiatorio existente; sin embargo, el juzgador en todos los casos expuestos a determinado que para proteger el interés superior del menor; este debe quedarse con los padres de intención quienes han demostrado la suficiente responsabilidad en el cuidado y crianza del menor; aunque cabe recalcar que las sentencias emitidas sólo han sido desarrolladas bajo criterio del juzgador; valoración que sirve de precedente; pero que dicho procedimiento requiere de una regulación necesaria.

La autora.

Capítulo I:

Aspectos metodológicos.

1.1. Realidad problemática.

En las investigaciones de corte no experimental de tipo jurídico, se debe realizar la descripción de la realidad problemática en función a los aspectos sobre los que genera un efecto negativo, los cuales definitivamente deben estar relacionados con el ámbito del derecho, partiendo del aspecto social que abarca la ética, la moral, costumbres, cultura, etc., hasta llegar a una consecuencia legislativa; normas o reglas que sirvan de ayuda a un sector poblacional, una comunidad o a un país que necesita apoyo del Estado para cubrir una necesidad de bien común; como es el caso de esta investigación que se ocupa de la posibilidad de normar un modo de filiación especial para garantizar la identidad del menor nacido por gestación subrogada desde antes del nacimiento; asimismo, proteger a los comitentes y a la mujer gestante que son personas intervinientes en este proceso.

Por lo expuesto; la problemática se plasma en dos momentos; el primero, refiere a la descripción antes indicada, pero de forma amplia como parte del planteamiento; para luego ser sintetizada en un cuestionamiento que juega un rol importante en el desarrollo de la tesis; esto es la formulación del problema.

1.1.1. Planteamiento del problema.

La intención de ser padres y no lograrlo de manera natural genera un problema para la pareja; por lo que empieza a buscar nuevas formas de reproducción; siendo una de ellas la gestación subrogada y al encontrar una nueva alternativa es donde deciden por voluntad procreacional llevarla a cabo la técnica reproductiva; sin embargo, en el mundo la maternidad subrogada genera una gran controversia, donde para algunos países realizar

estas prácticas genera una nueva oportunidad de vida y para otros un problema ético, moral, religioso y legal.

Mediante texto traducido de la revista ISS; “(...) en el mundo se estima que cada año a nivel mundial nacen por lo menos 20.000 niños mediante el método de gestación subrogada” (International Social Service, 2016, p.1); son varios países los que vienen emitiendo pronunciamiento normativo respecto la gestación subrogada; sin embargo, son posturas que no encuentran unanimidad, debido a que cada país legisla en base a lo estipulado en su ordenamiento jurídico y atiende a las necesidades observando su realidad social; por otro lado, para la revista estadounidense un tema de importancia radica en una pronta regulación para salvaguardar los derechos del niño y la creación de normas que regulen este tipo de gestación desde una perspectiva que se extienda de manera internacional.

En América latina; la falta de legalidad en casos de gestación subrogada hace que los ciudadanos no puedan realizar esta práctica en sus propios países; lo que conlleva a que, los padres de intención no se encuentren protegidos y que, si en algún momento optan por procrear mediante gestación subrogada en otros países donde si se encuentran regulados; al regresar a su país de origen se enfrentan con muchos problemas legales; puesto que, ante su país no se encuentran protegidos, resultando vulnerables ante temas de filiación por gestación subrogada.

A nivel nacional en el Perú, el artículo 7° de la Ley General de la Salud; no prohíbe expresamente la gestación subrogada; sin embargo, es clara al señalar que en las técnicas reproductivas aceptadas; el procedimiento reproductivo recae en la misma persona (óvulo y gestación). (Ley 26842, 1997, p.4). Esta práctica reproductiva a pesar de no encontrarse regulada, es una realidad existente; tal como se puede corroborar en ocasiones emitidas

por el Poder Judicial, que ya han tenido pronunciamientos sobre casos de gestación subrogada u ovodonación y ha precisado que, al no existir una prohibición en el artículo 7° de la Ley General de la Salud, estos procedimientos son posibles y no tienen nada de ilícitos; sin embargo, sigue existiendo un vacío legal para regular si este procedimiento es admitido o no; razón por la que, en los casos referidos los padres de intención no se encuentran protegidos legalmente.

En la actualidad el desconocimiento del tema genera un problema que se presenta porque aún no se ha definido correctamente la relación que existe entre la voluntad procreacional y la estructura de la filiación del menor nacido mediante la maternidad subrogada; una omisión que hasta el día de hoy ha generado que la técnica reproductiva no se encuentre dentro de nuestro ordenamiento jurídico, pues debe tenerse en cuenta que, las TERAS en el Perú; no tienen un texto normativo prohibitivo expreso, prestándose a varias interpretaciones.

A razón de lo expuesto anteriormente debe resaltarse la Sentencia Casatoria N° 563-2011- Lima; mediante la cual la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República resolvió en su décimo considerando que “(...) ante un conflicto de derechos de una parte el de los padres de la menor a ejercer su patria potestad y de la otra, el derecho de la menor a tener una familia idónea (...)”.(Sentencia Casatoria N° 563, 2011, p.10). Es decir, ante un conflicto de derechos por los que se pronuncia la corte suprema de justicia radica, en que al momento de ponderar los derechos de personas adultas y el derecho del menor a crecer en un ambiente sano y estable; se toma como punto determinante el bienestar del menor en todo momento; sin embargo, debe entenderse por esto que, el bienestar del menor se determina a base de factores sociales que lleven a la idea de que el menor nacido cuente con una buena crianza desde el

momento en que se considera el nacimiento con vida; siendo eso lo ponderado hasta el momento por la corte termina señalando que en el análisis de los derechos exigidos “(...) nos encontramos ante padres que premeditadamente han acordado procrear un ser humano con la finalidad de entregarlo a otras personas (...)”. (Sentencia Casatoria N° 563, 2011, p.10). Razón por la cuál más que tratarse de un vínculo afectivo; la mujer que accedió a gestar al menor nacido vivo tuvo desde un inicio una finalidad económica, con la que fue retribuida por llevar a término la práctica reproductiva y razón por la que el tribunal no valoró a favor de ella la sentencia expedida; puesto que, el menor desde el primer momento en que fue entregado a los padres de intención, se encuentra en muy buenas condiciones y en un hogar estable donde recibe mucho cariño, siendo el lugar más idóneo para el desarrollo del menor.

Aunque el fallo fue a favor de los padres de intención; el problema aún sigue latente porque no se reconoce la voluntad procreacional para la realizar de manera legal las TERAS, como medio para acceder a la filiación; sino que, fallan a favor de los padres de intención porque el actuar de los padres que figuran como biológicos son deplorables; pues, buscaban un beneficio propio y cuando ponderaron entre el derecho de un adulto y el derecho de un menor; primó lógicamente el derecho del menor.

De este modo la falta de contemplación en el ordenamiento jurídico de una norma legal que favorezca a los padres de intención en casos de gestación subrogada causa que los padres de intención no puedan acceder a estas técnicas de reproducción de manera legal, y que no se encuentren jurídicamente protegidos. Asimismo, la falta de legislación traerá como consecuencia la clandestinidad de la praxis e impedirá superar la situación de desventaja en la que se encuentran los padres intencionales para realizar esta práctica; puesto que, el derecho no les asiste.

De este modo lo que se busca es analizar la necesidad de incorporar normas legales que vayan a corde con la estructura de filiación a la que puedan tener acceso aquella parte de la población que, por fines médicos, genéticos o de edad se le sea imposible concebir estableciendo una ayuda a su problema y generando esperanzas de vida para armonizar su núcleo familiar.

1.1.2. Formulación del problema.

¿De qué manera la regulación de la técnica de maternidad subrogada en función a la voluntad procreacional, determinará la filiación del menor nacido?

1.2. Justificación del estudio.

La presente investigación va a servir para ayudar a que los padres de intención puedan desarrollar estas técnicas dentro del margen legal que se logrará, mediante la incorporación de normas legales que especifiquen una nueva modalidad de filiación y las limitaciones necesarias a las que se debe someter a este avance científico para prevenir su uso indebido.

El impacto social, radica en ayudar a la parte de la población peruana que por diversos motivos no pudieran concebir; muchas veces la ciencia y la sociedad avanzan más rápido que la legislación; lo cual, puede llevar a las malas prácticas; en el caso de la maternidad subrogada; la falta de una regulación adecuada puede llevar a problemas o malos modos de actuar que atentan contra la ética y la moral, como en cualquier práctica médica o de otra índole; sin embargo, la maternidad subrogada aplicada correctamente y basada en una regulación adecuada que tenga en cuenta los intereses y derechos de todas las partes no tiene por qué ser considerado como un acto de inmoralidad por la sociedad.

Asimismo, el impacto económico de la maternidad subrogada, se produce en un segundo momento que no debe ser tratado como un comercio ni compraventa; sino como

una retribución que se percibe por la dedicación, el tiempo que conlleva el proceso reproductivo y los malestares propios de una gestación; puesto que, lo que se busca es normar una nueva modalidad de filiación que sirva de ayuda a esa parte de la población que pasa por una situación difícil, pero prima su voluntad para ser padres y poder conformar un núcleo familiar.

La regulación filiatoria de la gestación subrogada; ayudará a cubrir los vacíos legales que existen en la Ley General de la Salud, en la constitución (protección a la familia) y en el Código Civil; favoreciendo al desarrollo del país y brindando protección a esa parte de la población con problemas reproductivos siendo factible; puesto que, la técnica de maternidad subrogada, se impone en la sociedad y es de gran relevancia para un determinado sector poblacional; por lo que, no se descarta la posibilidad de que se convierta en un modo de subsistencia generalizado, sin existencia legal lo que sería contra productivo para el país que lo practique.

1.3. Importancia del estudio.

La importancia de la presente investigación puede ser resumida desde dos aspectos: el aspecto social y el aspecto jurídico.

La importancia a nivel social de la investigación radica en hacer uso de la ciencia para brindar oportunidades a esa parte de la población peruana que deciden someterse a este tipo de técnicas de reproducción (maternidad subrogada), cuya única intención es formar una familia y que por motivos de trascendencia no pudieron concebir.

La importancia a nivel jurídico de la investigación radica en elaborar un análisis profundo del tema que ayude a determinar si es necesaria o no la incorporación de normas legales sobre filiación de la práctica realizada por gestación subrogada para el país; bajo una nueva modalidad de filiación, que permita salvaguardar en un primer plano la

identidad del menor y sirva de protección y ayuda para los padres de intención, permitiendo de esta manera que la técnica de reproducción (gestación subrogada); sea realizada dentro de los parámetros legislativos y bajo limitaciones que no atenten contra ninguna de las partes, incluso no atente contra la práctica misma.

1.4. Objetivos.

1.4.1. Objetivo general.

Demostrar que la regulación de la técnica de maternidad subrogada en función a la voluntad procreacional, determinará la filiación del menor.

1.4.2. Objetivos Específicos.

- Desarrollar doctrinariamente la filiación y sus efectos sobre el menor nacido mediante la técnica de maternidad subrogada.
- Estudiar la teoría de la voluntad procreacional en el ámbito de la maternidad subrogada.
- Revisar el tratamiento jurisdiccional de la filiación de los menores nacidos por maternidad subrogada.
- Analizar la necesidad de hacer una variación del sentido filiatorio reconocido en el Ordenamiento Civil peruano.

1.5. Hipótesis.

Si se regula la técnica de maternidad subrogada en función a la voluntad procreacional, se determinará la filiación del menor.

1.6. Variables

1.6.1. Variable independiente.

La voluntad procreacional en la técnica reproductiva de maternidad subrogada.

Atendiendo al trabajo de investigación la voluntad procreacional en la técnica reproductiva de maternidad subrogada encuentra sustento lógico en la voluntad para llevar a cabo la técnica reproductiva y pretende encontrar sustento jurídico en el desarrollo de derechos fundamentales.

1.6.2. Variable dependiente.

La filiación del menor

Atendiendo al trabajo de investigación la filiación del menor es la atribución de relaciones materno y paterno filiales consecuencia del nacimiento de un ser vivo, cuya atribución se origina mediante un vínculo sanguíneo o jurídico.

1.7. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos.

1.7.1. Métodos generales.

Método Hipotético Deductivo: Habida cuenta que el método hipotético deductivo, en cuanto a las investigaciones jurídicas interviene de manera activa en la consecución del razonamiento principal basándose en una observación que parte de algún aspecto general que se incorpora como problema; así para el caso estudiado interesa la verificación de la regla o norma que se ocupa de la filiación desde un punto de vista doctrinario, toda vez que los resultados de dicho análisis han permitido establecer cuán adecuada es su aplicación sobre el caso específico de la que debe corresponder a los menores nacidos mediante la técnica de maternidad subrogada; tal operación me ha conllevado a establecer

si en efecto existe un problema que ha de ser resuelto por el Estado mediante la incorporación de reglas que permitan salvaguardar el derecho de estos sujetos vulnerables.

Método Inductivo: En el método inductivo en cuanto a las investigaciones jurídicas, se parte observando la realidad específica y particular existente materia de investigación, conociendo la necesidad y la voluntad de los padres de intención para acceder a las técnicas reproductivas; por lo que, a través de la comparación y cotejo de doctrina, jurisprudencia, revistas, me ha permitido analizar y contrastar cuán viable es la posibilidad de agregar normas a nuestro ordenamiento jurídico para llevar a cabo la filiación en casos de gestación subrogada, aspecto general en el que aterriza el método aplicado, que se pretende lograr en esta investigación.

1.7.2. Técnicas.

Para el trabajo de investigación se utilizó la técnica de recolección de datos, lo que nos permitió analizar si a nivel de doctrina y jurisprudencial, es necesaria o no una mejora en la estructura en el marco filiatorio dependiendo de resultados obtenidos.

Análisis Documental: para el desarrollo de esta técnica se creyó conveniente utilizar fichas de investigación documental, con el fin de recolectar los datos procedentes de fuentes documentales.

Investigación de campo: Para la realización de la técnica; el estudio de campo consistió en solicitar el acceso de expedientes judiciales habidos en el Archivo General de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque; a fin de ubicar expedientes que sirvan de apoyo al trabajo de investigación y ante la inexistencia se procedió a requerir la constancia de no ubicación.

1.7.3. Instrumentos.

Como instrumento de aporte para el trabajo de investigación se consideró necesario como medio auxiliar aplicar:

La ficha de recolección de datos: Instrumento que nos ha permitido localizar y almacenar fuentes doctrinarias.

La guía de observación: instrumento que sirve de apoyo a la investigación de campo a fin de sistematizar los aspectos de la observación y análisis de las resoluciones.

1.8. Unidad de Análisis.

En el presente trabajo de investigación la unidad de análisis se desarrolla mediante casaciones y sentencias a nivel nacional de los últimos 20 años.

1.9. Población.

Se ha considerado como población de esta investigación el análisis de casos judiciales que busquen por voluntad procreacional la atribución filiatoria de menores nacidos mediante la técnica de maternidad subrogada durante los últimos 20 años; casos judiciales que se han desarrollado a nivel nacional a fin de verificar si existe o no la necesidad de una pronta regulación que ayude amenguar la confrontación de derechos fundamentales existentes.

1.10. Muestra.

En función a la población consignada se proyectó una pequeña muestra de CUATRO sentencias judiciales sobre maternidad subrogada a nivel nacional, durante los últimos 20 años, en las que se aprecie la necesidad de una pronta regulación filiatoria en casos de gestación subrogada.

Capítulo II

La filiación y sus efectos sobre el menor nacido mediante la técnica de maternidad subrogada

2.1. Antecedentes de la investigación

Desarrollar los antecedentes que guardan relación con el problema y las variables de la presente investigación permite conocer la realidad existente sobre el tema propuesto, como ha venido siendo abordado y como se ha pretendido dar solución.

2.1.1. Investigaciones nacionales:

La investigación realizada por la tesista Corrales (2019), en la tesis titulada “La técnica de reproducción asistida de maternidad subrogada como causa de vulneración de los derechos de filiación e identidad y el interés superior del niño respecto del recién nacido, a partir de fallos judiciales emitidos a nivel nacional y local en los años 2012, 2016 y 2017” Se resume de la siguiente manera: “(...) es necesario proponer una reforma constitucional con la que se incorpore a la constitución política del Estado, la Filiación como un Derecho Fundamental Autónomo, además de proponer una regulación explícita en nuestro ordenamiento sustantivo y adjetivo nacional (...)”. (p.1)

Esta postura abarca de manera conclusiva que es necesario una reforma legislativa para casos de gestación subrogada, con la que se concuerda; toda vez, que la ejecución de la técnica se presenta como una realidad existente y hacer caso omiso a lo que sucede solo acrecentaría la vulneración de derechos fundamentales existentes; la formalidad normativa juega un aporte importante en la vida del menor que nace bajo esta modalidad toda vez que muy independiente de la valoración respecto a los derechos de los adultos, la protección hacia el menor debe encontrarse en todo momento.

Se considera que el tesista omitió desarrollar a fondo la importancia con la que se presenta la voluntad procreacional en casos de gestación subrogada, es preciso recordar que para abordar este tema se necesita de alguien que lo solicite y tenga pleno interés en concretar la práctica reproductiva; y que ese interés se mantenga hasta el punto de pretender responsabilidades a favor del menor.

La investigación realizada por los tesisistas Rojas y Pajares (2020), en la tesis titulada “La incorporación legal de la maternidad subrogada, para lograr la consolidación de la institución familiar en el Perú”, se resume de la siguiente manera. “(...) es necesaria la incorporación legal de la figura de la maternidad subrogada para consolidar a la institución familiar (...)”. (p.x) Desde esta perspectiva la inserción de normas se desarrolla en base a la intención de formar un vínculo familiar que se proyecta como refuerzo a la institución familiar, argumento que se utiliza en esta investigación para sugerir la regulación de la práctica reproductiva de maternidad subrogada con el fin último de beneficiar al sector poblacional que presenta problemas reproductivos.

2.1.2. Investigaciones extranjeras:

La investigación realizada por el tesisista Ecuatoriano Bermúdez (2016); en la tesis titulada “El derecho a fundar una familia y su vinculación con la gestación subrogada”, concluye que: “(...) Resulta necesario contar con una normativa (...) que brinde seguridad jurídica a todas las partes que intervienen en el procedimiento de gestación por sustitución (...)”. (p.95). Esta postura se inclina hacia la reforma de cuerpos legales en casos de gestación subrogada con la finalidad de brindar protección jurídica a los intervinientes ante la existencia de una nueva forma de constituir familias; puesto que, la práctica reproductiva apoya al desarrollo científico y a la biotecnología.

Postura con la que concuerda; toda vez, que el uso y disfrute de la técnica reproductiva debe contribuir en todos los aspectos en la vida del ser humano y la regulación ayuda a suplir deficiencias reproductivas y a que se establezcan límites abusivos para su uso.

La investigación realizada por la tesista Argentina Amado (2017), en la tesis titulada “Análisis del desarrollo jurídico y jurisprudencial de la práctica de la gestación por sustitución. Una propuesta superadora”, concluye que: “(...) una regulación acorde, que permita un control de los acuerdos de gestación por sustitución, puede convertirse en un instrumento de suma utilidad que proteja a las partes (...) y vele por garantizar los derechos reconocidos (...)” . (p.74) . Desde esta perspectiva, la incorporación de normas en la gestación subrogada es de utilidad para la protección de derechos, una postura con la que se concuerda; toda vez, que ante una realidad existente y frente a un vacío normativo o una falta de regulación esta práctica incurre ciertas vulneraciones que no solo afectan al menor sino que también afecta en la disputa materno y paterno filiales de los adultos.

Entonces frente a un dilema, para observar la realidad se requiere de un estudio jurisprudencial que demuestre la necesidad de inserción de normas; sin embargo, esa realidad tiene que encontrarse fundamentada mediante la construcción doctrinaria que permita el desprendimiento de nuevos conceptos que aporten jurídicamente para cumplir con el objetivo.

Por lo observado, en las investigaciones nacionales y extranjeras se desprende que respecto a la problemática existente se concluye que a pesar de existir trabajos de investigación que consideran que la gestación subrogada debe encontrarse incorporada dentro de un marco legal; estos no logran abarcar el tema principal; que si bien busca en el ámbito filiatorio su regulación pero no considera que la voluntad procreacional es

fundamental en estas prácticas; como lo señala la doctrina, se puede suprimir del aspecto biológico pero de lo que no se puede prescindir es de la voluntad para hacerse responsable del cuidado y bienestar de un menor.

Por ende; desde otra mira la voluntad procreacional tiene que ser vista de manera irreversible; es decir, ante la existencia de casos de gestación subrogada no deben existir vacíos legales; asimismo, los solicitantes necesitan saber que existen normas que protegen al menor; por lo que, una vez llevada a cabo la práctica reproductiva, los solicitantes no podrán desistir de responsabilidades jurídicas adquiridas.

2.2. La filiación y sus efectos sobre el menor nacido mediante la técnica de maternidad subrogada

La filiación tiene su aparición desde tiempos remotos con la estrecha línea del parentesco; es por ello que, cuando es resultado de un nacimiento biológico es fácil determinarlo; puesto que, la filiación les corresponde a ambos padres biológicos por el simple hecho de procrear y por pertenecer al tipo de familia natural que la ley protege.

Los avances en el desarrollo de la ciencia dan la oportunidad de procrear utilizando material genético que pasará por un proceso de fecundación cuando se utilicen las TERAS; en este procedimiento, se puede utilizar el material genético de la mujer que lleva el proceso de gestación o se puede utilizar el material genético de ambos comitentes, pero la gestación la realiza una persona diferente; estos son los tipos de gestación subrogada que se conocen.

Esta situación, llevada al ámbito de filiación se encontraría dentro del rubro de la filiación civil - familia; deslindando la típica definición de paternidad y maternidad, que se genera por la procreación biológica. Este tipo de filiación jurídica se enfoca en proteger la voluntad de los padres de intención para procrear aportando su material genético, en la

voluntad de la madre portadora para entregar al menor y lo más importante se enfoca en que el menor nazca con una identidad jurídicamente definida.

En el Perú, no existe legislación específica de fecundación extracorpórea, pero existe cierta indicación en el artículo 7° de la Ley General de la Salud que de manera superficial refiere a las TERAS, admitiendo técnicas humanamente asistidas cuando la condición genética y gestacional recae en la misma persona; pese a la restricción normativa, en el Perú la gestación subrogada ya es una realidad, que se puede observar en sentencias de la Corte Suprema de Lima; sentencias que serán analizadas con posterioridad; y de cuyos nacimientos en el aspecto filiatorio no puede atenderse de manera efectiva, dada la existencia de un vacío en el contenido del artículo 409° del Código Civil vigente.

Recurriendo a la doctrina; la investigación realizada por López y Amado (2014), en su tesis titulada: *“Determinación de la filiación materna en Colombia en la Práctica de la Maternidad Delegada”*, presentada a la universidad de los Andes; de cuyo trabajo se ha creído conveniente extraer la idea de que ante la ausencia de una regulación en casos de gestación subrogada; asignar el vínculo filiatorio es un problema a nivel social y normativo; puesto que, la falta de normativa pone en desventaja a “(...) mujeres que por razones de salud o de malas prácticas quirúrgicas quedaron sin la capacidad de llevar a feliz término un embarazo. Los intentos legislativos por regular el tema no han contado con el respaldo debido (...)”. (pp.16, 17)

Ante el avance de la ciencia, la maternidad subrogada viene siendo un tema de relevancia mundial y el vacío legal que presentan las normas hace que el sector poblacional que no pueda concebir naturalmente le sea restringida la oportunidad de formar un vínculo familiar utilizando los avances tecnológicos.

Es importante tener en cuenta también lo señalado por el autor colombiano cuando señala que en casos de incertidumbre jurídica atribuir legalmente la maternidad desarrolla importancia social y legal. (López y Amado, 2014, p.16); porque, es normal cuestionarse cómo se desarrollará el tema de filiación cuando se realizan estas técnicas, sobre todo teniendo en cuenta el cuidado que requiere el menor al momento de su inscripción; además; del aspecto que aún no existe, como sería el hecho de brindar seguridad jurídica a los padres de intención; quienes ante la necesidad de formar una familia buscan desesperadamente muchos métodos de reproducción.

Aunque esta técnica reproductiva no se realiza de manera tradicional, deja ver la necesidad de cierta parte de la población que agota todos sus recursos ante la imposibilidad de formar una familia; entonces, porque ser indiferentes ante aquella carencia, las costumbres no han podido variarse, aspecto social que debería tener un efecto en el ámbito jurídico para modificar esta concepción cerrada respecto a la filiación.

Por ello se adopta en esta investigación, la idea de que la técnica reproductiva realizada de manera correcta, no atenta contra las buenas costumbres, ética y mucho menor con la moral ante la sociedad.

Si bien es cierto, el problema sigue vigente en la actualidad y no sólo en el Perú, los países que se atrevieron a acoger esta técnica reproductiva mostraron resultados favorables para el sector poblacional que lo solicita.

La voluntad procreacional se ha convertido en el impulso principal para realizar la técnica de maternidad subrogada; entonces, que tan ligada debería estar en la estructura de filiación si el parentesco hasta el día de hoy es la que determina a quién le corresponde; en consideración a ello, se necesita formular reglas que se acoplen al estado de derecho que permita a un país ayudar a esa parte poblacional que presenta problemas de

concepción; asimismo, permita que el nacimiento del menor sea legalmente reconocido sin incertidumbre jurídica posterior.

Siguiendo esta idea; se cita un trabajo de investigación realizado por el tesista Rojas (2020), quien expresa en su tesis titulada: *“Incorporación Legal de la Maternidad Subrogada, para garantizar la Consolidación de la Institución familiar en el Perú*, presentada a la universidad César Vallejos, que al regular la técnica de procreación asistida “(...) busca consolidar a la familia como tal dentro de la sociedad para que se pueda cumplir con uno de los deberes primordiales del Estado peruano, el mismo que es la promoción y protección de la familia como institución social”. (p.61)

La incorporación de una nueva modalidad de filiación realizada mediante las técnicas reproductivas tal como lo expresa el tesista; sólo busca consolidar a la familia dentro de la sociedad; puesto que, son métodos utilizados para suplir deficiencias, carencias, temas severos de infertilidad y de concepción; estas técnicas reproductivas realizadas de manera adecuada de ningún modo atentarán contra las buenas costumbres, la ética, la moral ni la reproducción biológica; problemas que, vienen siendo muy mencionados al momento de hablar de técnicas reproductivas.

Filiar la técnica reproductiva que realiza la gestación subrogada, involucra la protección de recurrir a esta modalidad de reproducción a los padres de intención; la protección legal del menor nacido mediante la gestación subrogada; permite que los menores lleguen a un hogar siendo queridos, deseados y planificados formando familias sólidas.

Por lo que, la relación entre la filiación en casos de maternidad subrogada y la voluntad procreacional van de la mano; sin voluntad procreacional, no se llevaría a cabo el desarrollo de técnicas reproductivas; así como tampoco se pensaría en incorporar normas

legales a favor de la maternidad subrogada y la solución al problema social reproductivo seguirá siendo deficiente.

2.2.1. La filiación y su concepción en la doctrina.

La filiación en técnicas reproductivas de maternidad subrogada; es un tema de competencia mundial; para lograr la finalidad de esta investigación que se compromete con demostrar lo útil que es implementar una nueva forma de filiación; es necesario, recurrir a la doctrina de donde extraerán definiciones de autores que han realizado investigaciones a fondo y que sus conocimientos permitan identificar correctamente cuál es el verdadero término filiatorio dentro o fuera del marco de la maternidad subrogada; asimismo, es necesario desarrollar doctrinariamente el rol de los padres de intención en la práctica de las TERAS; para lograr una nueva modalidad filiatoria dentro del margen legal y jurídico.

Desde esta perspectiva se cita al reconocido Jurista Varsi (2010), quien en su artículo titulado *“Filiación y reproducción asistida”*; indica que “La filiación es consecuencia de la reproducción. Esta puede ser natural o asistida (...). Es la reproducción asistida la que genera inconvenientes que, en muchos casos, se condicen con los planteamientos legales tradicionales y con el biologismo imperante”. (p.78)

Desde esta perspectiva; la filiación se determina mediante la existencia de un nuevo ser que pudo ser procreado por la existencia de un acto de reproducción natural; donde la madre gestante es la que aporta su material genético y es la que lleva a término el parto o a través de una reproducción medicamente asistida aplicando la técnica reproductiva que permite realizar una gestación subrogada a un tercero; donde la mujer gestante no aporta su material genético pero lleva el proceso de gestación y el parto; esta última concepción

de reproducción en la actualidad no cuenta con protección jurídica y se encuentra constantemente cuestionado por temas éticos, morales y legales.

La filiación producto de una reproducción medicamente asistida debe asemejarse al sistema de adopción; puesto que, en ambas la filiación es el deseo y la intención de la pareja volitiva; asimismo, la intervención es también similar; pues existe pareja volitiva y colaboradores; aquí se deja de lado lo biológico para crear un tipo de filiación por socio afectividad tal como sucede cuándo se lleva a término un proceso por adopción.

En la actualidad para determinar la filiación es necesario conocer el vínculo o relación sanguínea, biológica y jurídica existente entre los que pretender asumir la maternidad o paternidad y el menor recién nacido; entonces, desde esta perspectiva Sokolich (2012), en la revista titulada *“Reflexiones sobre el tratamiento de la filiación en el Perú”* tomando lo expuesto por Cornejo manifiesta que la filiación encuentra relación de “(...) una persona con sus antepasados y descendientes, comúnmente denominada “filiación genérica y a los padres con sus hijos, que no vienen a ser otra cosa que la “filiación en sentido estricto”. (p.61)

Esta postura señala en un primer momento que la filiación se encuentra relacionada al parentesco que existe con relación de antepasados y descendientes; sin embargo, la filiación que es de interés para el trabajo de investigación es la denominada filiación en sentido estricto; una filiación que une a padres con sus hijos; mediante el nacimiento que debió producirse de manera natural y cuyos intervinientes son considerados padres legales y biológicos; creando un vínculo jurídico que genera derechos y deberes recíprocos; es decir, a los derechos del hijo se denomina filiación y a los derechos del padres y madre se conoce como paternidad y maternidad.

La filiación encuentra un vínculo jurídico en el parentesco Zannoni y Bossert (2005), de manera general la define como “el vínculo existente entre las personas en virtud de la consanguinidad, la afinidad o la adopción”. (p.38)

Bajo esta postura se adopta el parentesco por adopción; siendo esta figura regulada en el artículo 238° del Código Civil; esta figura abre una nueva posibilidad de formar un vínculo familiar que no está sostenida con vínculos biológicos; generando un modo diferente de acceder a la maternidad y a la paternidad. Siendo así, el parentesco por adopción sustituye la filiación de origen; aquí los adoptantes no aportan material genético en el menor y si se compara con la técnica reproductiva de maternidad subrogada se aprecia que esta técnica si cuenta con material genético de uno o ambos padres de intención; generando una relación similar con el Artículo 236° del Código Civil que regula el parentesco consanguíneo.

El hecho jurídico de la procreación denota una vinculación de origen consanguíneo y una declaración de voluntad si se quiere llevar a cabo las técnicas reproductivas; por lo que, adoptar una nueva modalidad de filiación será producto de un interés volitivo que busca una protección jurídica; desde esta perspectiva se cita al catedrático de la facultad de Derecho de la UNAN; el doctor Galindo (1978), quien señala que “(...). Es la filiación el presupuesto jurídico necesario, la *conditio sine qua non* para conocer la situación jurídica en que se encuentra una persona como hijo de otra”. (p.395)

La situación jurídica del menor en materia de filiación, otorga el derecho de filiación al menor y otorga a los padres de intención el derecho a la maternidad y paternidad, logrando consolidar la familia; asimismo, según su procedencia la filiación puede ser determinada mediante una reproducción biológica o natural o mediante la adopción; en ambos casos, su filiación no presenta problemas legales en la actualidad. Pero si lo que

pretende es adecuar una filiación para nacidos por gestación subrogada esta se encuentra frente a un conflicto social y una deficiencia normativa.

El origen genético en la filiación da lugar a una relación jurídica paternofilial; sin embargo, también existe una relación jurídica no biológica, que es el caso de la filiación adoptiva.

La filiación desde el punto de vista jurídico, implica derechos y obligaciones que otorgan protección legal al menor (vínculo filiatorio), razón necesaria para pretender incorporar una nueva modalidad de filiación donde los nacidos mediante la técnica reproductiva de maternidad subrogada cuenten con un sustento legal que permita la filiación y la consolidación de familias con ayuda de procedimientos médicos alternativos.

2.2.2. Tipos de filiación en el Perú.

En el Perú la filiación se realiza primero mediante el vínculo matrimonial, puesto que, el hijo concebido durante del matrimonio se presume hijo de ambos cónyuges; aquí, determinar la filiación no genera dificultad; el segundo modo de determinar la filiación se desarrolla fuera de un vínculo matrimonial, lo que genera incertidumbre en la paternidad del concebido; aquí los hijos extramatrimoniales son reconocidos como tal por voluntad del padre o mediante sentencia firme.

El Código Civil de 1984, reconoce dos tipos de filiación; la filiación biológica inmersa en la filiación matrimonial y extramatrimonial, y la filiación jurídica en casos de adopción sin embargo, no precisa una definición acerca de ellos lo que lleva a recurrir a la doctrina para desarrollar a más profundidad el tema; el jurista peruano Varsi (1999), señala que la filiación matrimonial “(...) es una institución que se encuentra unida al matrimonio entre

progenitores, (...) Sin embargo, el solo acto matrimonial es insuficiente para establecer una filiación (...). (p.41)

En la filiación matrimonial el vínculo filiatorio se relaciona con el nacimiento del menor dentro del matrimonio, mediante una reproducción natural que genera un vínculo biológico unido por lazos de sangre; en la filiación matrimonial la presunción de paternidad existe por el hecho de que el concebido nace dentro de un vínculo familiar constituido; sin embargo, el acto matrimonial no da certeza que el menor nacido dentro del matrimonio sea de ambos cónyuges; un menor puede nacer dentro del matrimonio y eso no garantiza que el padre sea el marido; sin embargo, la norma presume que a él le corresponde la paternidad; debiendo prestar atención al artículo 361° “presunción de filiación matrimonial del Código Civil; puesto que, es lo que actualmente rige al momento de determinar la filiación del menor.

Para el catedrático Corral (2003), en su artículo titulado “*La filiación matrimonial*” señala que la filiación matrimonial puede ser de dos clases: “A la primera, la designamos filiación matrimonial de origen o innata (...). A la segunda le damos la denominación de filiación matrimonial sobrevenida o adquirida (...). (p.246)

Para el autor la filiación matrimonial presenta dos clases; la filiación de origen que se limita al nacimiento del menor dentro del matrimonio y la filiación sobrevenida o adquirida que consiste en que, el menor logra nacer vivo fuera del matrimonio; sin embargo, en el transcurso del tiempo su estado filial cambia a matrimonial y es debido a que los padres del menor con el pasar del tiempo se unen en matrimonio formando el vínculo familiar con posterioridad a la procreación, concepción y nacimiento del menor.

Esta segunda clase de filiación matrimonial es más minuciosa debido a que se deslinda de la filiación matrimonial de origen y adiciona una clase de filiación matrimonial más específica en cuanto refiere al vínculo familiar en proceso matrimonial.

Así como el Código Civil regula la filiación matrimonial; también se pronuncia sobre la filiación extramatrimonial en su Artículo 386°; que señala “Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio”. Entonces tomando como punto de referencia lo regulado por el Código Civil se recurre a la doctrina para citar a Mejía (2015), quién señala que la filiación extramatrimonial “Es el vínculo jurídico que existe (...), cuando los padres no están casados ni para la época de la concepción del hijo, ni para la fecha de su nacimiento”. (p.3)

Esta postura, desarrolla el vínculo sanguíneo que existe entre el hijo con el padre o madre producto de una relación extramatrimonial; manteniendo el estado de convivencia entre ambos; esta postura es clara y lo único resaltante es el hecho que el menor nace bajo una familia que no presenta un vínculo matrimonial, pero se presume por participación de ambos que el menor es producto de su relación o convivencia; sin embargo, en estos casos la filiación no siempre se da de manera voluntaria; también surgen problemas legales en busca del reconocimiento de un menor.

Asimismo, el jurista Varsi (1999) expresa que en la filiación extramatrimonial “Los progenitores carecen de un estado legal vinculante con respecto a su descendencia, de ahí que la voluntad (reconocimiento) o la imposición legal (declaración judicial) son los medios de establecerla”. (p.45)

En la filiación extramatrimonial la procreación se desarrolla al margen del matrimonio, siendo el concebido producto de la unión de dos personas que sin ser casadas no están impedidas de hacerlo; sin embargo, el reconocimiento de la relación paternofilial en la

filiación extramatrimonial, no se ampara en la presunción de paternidad, porque este es un efecto propio del matrimonio; así como tampoco es automático, por lo que requiere la intervención de un reconocimiento voluntario que debe ser practicado por el progenitor declarándose padre en el acta de nacimiento del que considere su hijo, o a falta de este reconocimiento voluntario se determine la filiación del hijo extramatrimonial mediante una declaración judicial, que dará por concluida la filiación extramatrimonial.

La filiación jurídica se encuentra bajo la figura de adopción que doctrinariamente citando a Aguilar (2018), toma lo expuesto por Mizrahi y señala respecto a la filiación jurídica que es “el vínculo legal que se entabla entre dos personas, calificadas por la ley como padre o madre, en un extremo, e hijo o hija en el otro”. p.38. Desde esta postura, la idoneidad para ser considerado padre y madre de un menor, es fundamental para obtener la filiación legal; puesto que, la calificación jurídica requiere de ciertos requisitos que permiten proteger y asegurar el desarrollo del menor que se pretende adoptar; este tipo de filiación trata una filiación más completa que no requiere del vínculo biológico, y toma como aspecto primordial el interés volitivo bajo el concepto de idoneidad en favor del adoptado, toda vez, que ante casos de adopción se recurre frente a niños que se encuentran en estado de abandono.

La filiación por adopción se encuentra regulado en el Ordenamiento Civil en el Artículo 337° que señala “Por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea”. (Código Civil del Perú, 1984, art. 337). El Código Civil permite que una vez consumada la adopción de un menor; todos los derechos y deberes en protección del mismo se otorgan a favor de los adoptantes; a fin de resguardar el interés superior del menor; mediante la filiación legal el adoptado

deja de pertenecer a sus padres biológicos y adquieren la identidad jurídica de los padres adoptantes a quienes les corresponde la protección jurídica.

2.2.3. Filiación extramatrimonial en el derecho comparado.

El derecho comparado en la filiación extramatrimonial permite determinar similitudes y diferencias en cuanto a la regulación en los diversos ordenamientos jurídicos vigentes en el mundo o de ciertos países con el que se realice el análisis legislativo, con el único propósito de lograr comprender y mejorar el sistema jurídico del país, que en este caso está orientado a la adecuación del reconocimiento filiatorio en relación a los menores nacidos mediante la técnica de maternidad subrogada.

Existen países que en el transcurso del tiempo han evolucionado más que otros por lo que llevarlos al campo del derecho comparado permitirá beneficiarse de las experiencias de otros países para mejorar el nuestro.

Debido a la evolución del derecho constitucional y de los tratados internacionales a favor de la filiación extramatrimonial; los países a examinar en este trabajo de investigación son Brasil, Costa Rica, Colombia y Chile.

2.2.3.1. Brasil.

En el Ordenamiento Jurídico brasileño la familia recibe protección por el Estado; razón por la cual la Constitución de la República Federativa de Brasil (1988); en el capítulo VII de la Familia, de los Niños, de los Adolescentes, de los Jóvenes y de las Personas mayores; en su artículo 227° señala en el párrafo 6. “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, o adoptados, tendrán los mismos derechos y denominación, quedando prohibida cualquier designación discriminatoria relacionada con la filiación”. (p.125)

La carta magna de Brasil protege la igualdad entre los hijos; dejando de lado la procedencia de los menores nacidos; asimismo, les brinda protección jurídica ante cualquier acto discriminatorio al momento de determinar la filiación.

La citada norma, no distingue la condición civil de los padres al momento de haberse producido el nacimiento del menor; esta protege al niño nacido dentro o fuera del del vínculo matrimonial; asimismo protege al menor que provenga por medio de la adopción asignándoles a los presuntos padres derechos, obligaciones y sobre todo la norma actúa exigiendo a los padres un trato igualitario.

La filiación extramatrimonial llevada al Código Civil de Brasil (2002), se desarrolla en el Capítulo III, Reconocimiento de los Niños; en el Artículo 1.607° texto traducido “El niño nacido fuera del matrimonio podrá ser reconocido por los padres, de forma conjunta o por separado”. (p.285)

Esta normativa, presenta un texto similar a lo que comprende el Código Civil peruano; toda vez que, acepta el reconocimiento del menor nacido en forma conjunta o por separado; bajo esta norma el padre biológico puede reconocer a quien considere ser hijo suyo aun cuando la mujer con la que lo concibió se encuentre casada con otra persona. (Decreto legislativo 1377, 2018). Esta norma pertenece al estado peruano; como protección a la filiación que se pueda producir en casos de menores nacidos fuera del matrimonio.

Del mismo Código Civil de Brasil (2002), en el Artículo 1.609° se señala las formas en las que se puede reconocer al menor que ha nacido fuera del vínculo matrimonial siendo estas: “En el registro de nacimiento, por escritura pública o privada (...), por voluntad (...) y por manifestación directa y expresa ante el juez (...)”. (p.285)

A pesar de la similitud de este artículo con el Código Civil peruano; en este Código se contempla de manera más clara y adecuada cómo es que se realiza el reconocimiento de hijos nacidos extramatrimonialmente. El reconocimiento filiatorio se realiza asumiendo la paternidad o maternidad en las oficinas de registros de nacimientos; sin embargo, estas también se realizan mucho antes en la clínica donde se les atendió; por voluntad propia o reconocimiento voluntario o en los últimos casos mediante una orden judicial que determine la inscripción de la paternidad o maternidad.

En la Ley N° 8.560, “Regula la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio y toma otras medidas”, del 29 de diciembre de 1992, de Brasil regula la investigación de oficio por parte del ministerio público en su artículo 2°, considerando 4). (Ley 8.560, 1992) o a petición de parte para determinar a quién le corresponde la paternidad regulada en el Artículo esta connotación se encuentra regulada en el considerando 6). (Ley 8.560, 1992). Asimismo, el artículo en mención de esta ley expresa que la inscripción de nacimiento de un menor debe contar con los nombres del presunto padre a fin de realizar de manera extraoficial el origen de la acusación; y es que en la legislación brasileña el menor nacido extramatrimonialmente aun cuando sea reconocido sólo por la madre; esta deberá indicar los datos completos del presunto padre con la finalidad de que el menor lleve un proceso de filiación adecuado; resguardando la verdad biológica del menor.

La filiación extramatrimonial en la legislación brasileña tiene mucha similitud con la legislación peruana; sin embargo, difiere con lo regulado en la Ley N° 8.560; toda vez que, en el Perú el Ministerio Público no actúa de oficio para reconocer la paternidad; asimismo, se rescata que el estado de Brasil en su carta magna fomenta y promueve el desarrollo científico; y que en el Código Civil de Brasil (2002) en el Artículo 1.597, en

su considerando III,IV,V, se observa que en la República brasileña se realiza una concepción de fertilización artificial homóloga y heteróloga; técnicas reproductivas que se realizan dentro del matrimonio; lo que hace deducir que en la legislación brasileña aun cuando no regula la filiación en técnicas reproductivas de maternidad subrogada, conocen perfectamente que la ciencia y la tecnología juegan un rol fundamental en el desarrollo reproductivo.

Del análisis comparado, se advierte que la construcción legislativa tiene un avance significativo en cuanto a la legislación peruana se refiere; toda vez que, se contemplan de manera específica las técnicas que son aceptadas legalmente; pese a ello, no se aprecia un efecto de manera directa sobre la estructura legal que asiste a la filiación, desde luego ello se debería a que las condiciones limitantes que se observan no requieren de ningún tipo de modificación puesto que no salen del ámbito de la maternidad; pues los conflictos están considerados respecto a la paternidad.

2.2.3.2. Costa Rica.

Costa Rica, desarrolla la filiación extramatrimonial con ayuda de la Ley 5476 “Código de Familia” (2011); en el capítulo IV; hijos habidos fuera del matrimonio; señalando el reconocimiento desde el Artículo 84° al 90°; asimismo, esta legislación concibe un reconocimiento voluntario y mediante sentencia firme. (Ley 5476, 2011, Art. 85)

A diferencia de otras legislaciones Costa Rica, cuenta con una institución que permite una nueva forma de reconocimiento que se realiza ante el Patronato Nacional de la Infancia. (Ley 5476, 2011, Art. 84)

En la Ley N° 8101, del 27 de abril del 2001, que regula la “Ley de Paternidad Responsable” desarrolla el procedimiento de inscripción de hijos e hijas nacidas fuera del matrimonio; es decir, un trámite netamente administrativo encontrándose regulado en el

Artículo 1° que reforma el Artículo 54° y 122° de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil N° 304, del 10 de mayo de 1965. (Ley N° 8101, 2001). La República de Costa Rica crea esta ley con la finalidad de que en el país costarricense disminuya considerablemente el índice de padres que evadan su responsabilidad paternofilial.

De la legislación de Costa Rica se logra extraer que a comparación de Perú; su Ordenamiento Jurídico como forma alterna desarrolla el reconocimiento de filiación extramatrimonial a través de una institución llamada Patronato Nacional de la Infancia con la única intención de resguardar los derechos de la niñez y adolescencia; asimismo, la impugnación de paternidad y maternidad en la presente investigación ayuda a conocer la procedencia en la que debe actuar quienes consideren que se ha vulnerado su derecho a la paternidad o maternidad e incluso tal como lo menciona la norma costarricense podrá el mismo reconocido impugnar el reconocimiento cuando tenga la certeza que en su inscripción se ha suscitado un error.

Del análisis comparado, se advierte que la construcción legislativa no tiene un avance en cuanto a la legislación peruana se refiere; hasta se puede decir que, señala un retroceso en el proceso de filiación extramatrimonial por técnicas reproductivas; toda vez que Costa Rica fue el primer país latinoamericano que prohibió la fertilización In Vitro (...). El tribunal internacional ordenó a Costa Rica crear una ley que permita la FIV e incluir esta opción gradualmente en su sistema de salud pública. Pero a pesar de la condena, Costa Rica se mantiene en una especie de rebeldía jurídica internacional. (Muñoz, 2013); la prohibición que se observa requiere de modificación expresa a lo solicitado por el tribunal internacional; puesto que, los conflictos están considerados respecto a la paternidad y maternidad.

2.2.3.3. Colombia.

En la legislación colombiana la filiación extramatrimonial se encuentra regulada en la Ley N°45; del 05 de marzo de 1936; ley que regula “Sobre reformas civiles (filiación natural)”; en su Artículo 1° señala “El hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural, cuando ha sido reconocido y declarado como tal (...)”. (Ley 45, 1936)

Para la legislación colombiana el menor producto de una relación sentimental es presumido hijo; en esta norma, el vínculo matrimonial no es determinante al momento de reconocer el vínculo filiatorio; por lo tanto, si producto de una relación nace un menor aun cuando los padres se encuentren con estados civiles diferentes a momento del nacimiento, sólo basta con el reconocimiento voluntario de los progenitores.

Bajo esta norma, se protege al menor y es lo idóneo; toda vez, que el estado civil de los intervinientes no es fundamental para conocer quiénes serán los padres del menor procreado y recién nacido; asimismo el menor goza de protección jurídica independiente de la forma como se ha procreado (reproducción natural).

Asimismo, en el Artículo 2°, modificado en el Artículo 1° de la Ley 75 del 30 de diciembre de 1968; ley “Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto colombiano de bienestar”; señala las formas de reconocimiento que se pueden utilizar bajo esta legislación encontrando entre ellas el reconocimiento mediante “acta de nacimiento, (...), por escritura pública, por testamento” (Ley 75, 1968). Si se somete a comparación la forma de reconocimiento a la que se somete el menor nacido de una relación extramatrimonial en las legislaciones latinoamericanas se aprecian similitudes.

En el Código Civil colombiano la filiación extramatrimonial es conocida como la filiación de hijos naturales; sin embargo, en la actualidad todos los Artículos han quedado

derogados. Colombia no cuenta con normas que regulen la filiación producto de técnicas reproductivas; pero, existe una sentencia de la Corte Constitucional (Sentencia T-968/09, 2009); que falla reconociendo la práctica realizada de gestación subrogada a favor de los contratantes; toda vez, que valora la existencia de un contrato de por medio; los contratantes gozan de solvencia económica lo que permite brindar un mejor estilo de vida al menor, los comitentes son los que buscan por todos los medios la concepción y que la mujer gestante gozó de beneficios económicos; asimismo, se le permitió a la señora poder verlos. La técnica reproductiva realizada fue la fecundación in vitro. Por las razones expuestas el tribunal emite el fallo pronunciándose a favor de los padres de intención.

Asimismo, la Constitución Política de Colombia en el capítulo II. De los Derechos Sociales, Económicos y Culturales; en su Artículo 42°, en el párrafo 6 señala “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes (...)”. (Constitución Política de Colombia, 1991). Desde esta perspectiva, la carta magna de Colombia otorga igualdad de derechos y deberes entre hijos nacidos de forma natural, producto del proceso de adopción o a través de técnicas reproductivas; brindando de esta manera protección al menor nacido bajo asistencia científica y acercándolo al rubro de filiación; toda vez que, la única forma de adquirir derechos y deberes es a través de un proceso filiatorio a los que se deben someter los nacidos por asistencia científica.

Del análisis comparado, se advierte que la construcción legislativa colombiana tiene un avance significativo ya que supera en cuanto a la legislación peruana se refiere, toda vez que brinda igualdad de derechos y deberes a los nacidos por gestación subrogada; pese a ello, no se aprecia una normativa sobre la estructura legal, que de manera expresa señala o admita la gestación subrogada como tal; por lo que de esta norma se desprende

que para esta legislación el término maternidad y paternidad dan un paso más evolucionado.

2.2.3.4. Chile.

En el Ordenamiento Jurídico chileno, la filiación extramatrimonial, se desarrolla en el Código Civil de la República de Chile en el título VII. De la Filiación; en el Artículo 179° que señala “La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial. La adopción, (...)”. (Código Civil de la República de Chile, 2000)

Esta norma, recoge las clases de filiación; una clasificación igual a la que se puede revisar en la doctrina peruana; por lo tanto, no existe un avance significativo en cuanto filiación; la república chilena no acepta la práctica reproductiva de maternidad subrogada; por lo tanto, no abre la posibilidad de establecerse un nuevo modo de filiación.

Asimismo, esta normativa no brinda un aporte significativo en el modo de determinarse la filiación ya que se determina bajo los mismos parámetros que en la legislación peruana.

Por otro lado, en el Artículo 182° señala “El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas (...) (Código Civil de la República de Chile, 2000)

Desde esta perspectiva, se enmarca una limitación en cuánto técnicas reproductivas y es que las técnicas reproductivas a las que hace mención el presente artículo se condice solo en la participación de ambos padres para llevar a término la práctica reproductiva; entonces, mientras la técnica reproductiva se realice solo con la participación de los padres esta no podrá impugnarse porque se sobre entiende el mutuo acuerdo para llevar a término la práctica reproductiva; asimismo, no se podrá reclamar paternidad o maternidad

alguna entiéndase por esto que, no se regula otra forma de procrear que la de acudir a tratamientos médicos para tratar el problema de infertilidad.

En el Artículo 183° señala “La maternidad queda determinada legalmente por el parto (...). En los demás casos la maternidad se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación”. (Código Civil de la República de Chile, 2000). Este Artículo describe las formas en las que puede determinarse la maternidad; asimismo, expresa un reconocimiento maternal que no sólo se da mediante el parto; sino que, existe una maternidad que puede ser adquirida ante tribunales; como el caso de cambio de un menor por otro en un hospital; el reconocimiento de la maternidad mediante sentencia judicial es un proceso similar al proceso de reconocimiento paternal que la mayoría de Códigos establece.

Aunque no especifica, la cuales son los casos donde se puede imgnar la maternidad; al no encontrarse regulado la gestación subrogada; se sobre etiendo que, ante esta legislación la gestación subrogada se encuentra bajo un vacío legal.

Del análisis comparado, se advierte que la construcción legislativa no presenta un avance significativo; puesto que, la normativa tiene gran similitud a la legislación peruana; que contempla la aplicación de técnicas de reproducción humana asitidas; sólo cuando la práctica recae en la misma persona; la única diferencia es que esta normativa en Chile se encuentra regulada en el Código Civil; mientras que en la legislación peruana se encuentra regulado en la Ley General de la Salud.

2.2.4. Teorías de la existencia humana y su relación con el menor que nace mediante la maternidad subrogada.

Antes de desarrollar la existencia de un menor que ha nacido mediante gestación subrogada; es necesario conocer las dos teorías más importantes para desarrollar la existencia humana y estas son la teoría de la concepción y la teoría del nacimiento.

En la teoría de la concepción, la existencia del ser humano comienza desde la fecundación, volviéndose sujeto de derecho digno de protección y tutela; tal condición se adquiere mediante un proceso humano; Cruz y Mendoza (2009) toma lo expuesto por Espinoza y señala “El concebido es un sujeto de derecho privilegiado, que se inicia desde la concepción y culmina antes del nacimiento”. (p.57).

Esta postura, atribuye al concebido la condición de sujeto privilegiado; que puede entenderse como que el concebido es considerado ante el ordenamiento jurídico como un ser humano incluso antes de producirse el nacimiento del menor. (Osorio, 2006, p.178), lo que conlleva a que, el concebido, goce de derechos que le ayuden a preservar su vida hasta que culmine el proceso de gestación y se convierta en persona ante la sociedad.

Asimismo, el Código Civil del Perú (1984), en su artículo 1° señala “(...) La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece (...)”. (p.31). Reconociendo de esta manera al concebido como ser humano; una concepción ya antes descrita por Espinoza; por lo tanto, la cualidad de ser humano le permite al concebido, que la gestante no pueda atentar contra su vida (concebido y de la mujer misma); y que por el contrario ayude a preservar la vida del concebido hasta que se produzca su nacimiento. Siendo de este modo, los derechos a los que se refiere son inherentes a la vida y protección del concebido.

La segunda teoría, desarrolla la teoría del nacimiento; para ello, se cita al magistrado Escobar (2007), decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Hispanoamericana (UHispan); en su artículo titulado “*Derecho a la Reproducción Humana (Inseminación y Fecundación In Vitro)*” señala que: “(...) Una vez que nace surge su personalidad e individualidad y las consecuencias jurídicas que éstas traen”. (P.142)

Desde esta perspectiva, se adquiere la personalidad e individualidad cuando el menor nace con vida; puesto que, es la única forma que el concebido se mantenga como persona y como sujeto de derechos y deberes; asimismo para el autor la personalidad e individualidad empieza a aparecer cuando se inicia el proceso de formación del sistema nervioso (Escobar Fornos, 2007, p.141)

De todo lo expuesto en la doctrina, se desprende que la existencia humana se desarrolla desde la concepción hasta el nacimiento; puesto que, el concebido goza de derechos que permiten preservar su vida durante el proceso de gestación y que esta se mantiene después de la existencia física que se realiza mediante el parto y donde el menor adquiere una personalidad exteriorizada; cabe resaltar que la personalidad jurídica del ser humano se mantiene con la condición de que este nazca vivo.

El menor nacido mediante la práctica de maternidad subrogada, se lleva a cabo con la ayuda de la ciencia a razón de ello se cita a Aznar y Tudela (2019) quienes señalan que la gestación subrogada “es una práctica de procreación asistida, mediante la cual una mujer gestiona un embrión con el que no tiene una relación biológica (...)”. (p.746)

Como es visto el avance de la ciencia en temas reproductivos ha generado lo que se conoce como gestación subrogada, una práctica que finaliza con el nacimiento de un menor; sin embargo, empieza desde la concepción; justo desde ese momento en el que el óvulo y el espermatozoides pasaron por un proceso de fecundación en un laboratorio; siendo

implantado una semana después en la mujer que lo gestará; por lo tanto, lo que vuelve sujeto de derechos a un ser, es la idea de la existencia humana que inicia con la concepción; entonces, por el simple hecho de haber sido concebido se le atribuye derechos que permiten preservar la vida.

De lo expuesto se concluye que, aún cuando el menor sea producto de una gestación subrogada este menor debe gozar de protección jurídica desde el momento de su concepción hasta después de su nacimiento; asimismo debe gozar con igualdad de derechos independiente de su procedencia reproductiva; no debe existir ningún tipo de diferenciación si el hecho reproductivo se llevó a cabo de forma biológica o mediante técnicas reproductivas. Aquí lo importante es salvaguardar al concebido hasta que nazca y adquiera todos los derechos y deberes que la ley le atribuye. Cabe hacer mención que las teorías antes mencionadas no señalan un tipo de reproducción que se acopla a ellas; sino que, protegen al concebido y más aún al menor nacido vivo.

2.2.5. Las condiciones jurídicas del menor nacido mediante la técnica de maternidad subrogada.

¿existe reconocimiento legislativo de los menores nacidos mediante la técnica de maternidad subrogada?

En el Perú, no existen normas que reconozcan de manera legal la técnica reproductiva de maternidad subrogada; sin embargo, un acercamiento al tema se encuentra en el Artículo 7° de la Ley 26842 “Ley General de la Salud”, del 15 de julio de 1997 señala:

“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 (...)”. (Ley 26842, 1997, p.4).

Este primer párrafo del Artículo en mención; denota la protección que tienen las personas con deficiencias reproductivas; para acudir a tratamientos de infertilidad; una protección expresada en normas que regulan la conducta humana para acudir a tratamientos médicos en cuánto le favorece y hacer valer su derecho reproductivo “(...) El derecho está presente en todos lados y en todo momento, resulta imposible imaginar una sociedad sin su presencia” (Antinori, 2006, p.25)

Por lo tanto; el derecho se encuentra vinculado a normas que permiten no sólo lograr una convivencia armoniosa ante la sociedad; sino que rige también para la protección del individuo frente a todo en cuanto le favorece; por lo que, el derecho de recurrir a procedimientos de infertilidad permite a las personas acceder a los tratamientos médicos que requiera la pareja; sin embargo, cuando el tratamiento médico no funciona, la norma permite procrear mediante técnicas de reproducción asistida.

Esto nos lleva a la aceptación normativa de procrear mediante técnicas de reproducción asistida “Siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona” (Ley 26842, 1997, p.4). La palabra “siempre” denota frecuencia continua en el tiempo, de un determinado acto o comportamiento; mientras que la frase “siempre que”, señala una condición determinante para realizar la práctica. Expresamente se puede observar que esta norma brinda medidas alternas para suplir deficiencias reproductivas favoreciendo a mujeres con problemas para concebir; más no para mujeres que no pueden gestar.

La jurista Canales Torres (2008), respecto al artículo 7° de la Ley General de la Salud expresa lo siguiente “(...) se desprende de acuerdo al artículos 7 arriba mencionado que la ovodonación, la embriodonación y la maternidad portadora se encuentran prohibidos, ya que en estos casos la madre genética no coincide con la madre gestante”. (p31)

En esta postura, se debe tener en consideración que el vacío jurídico se expresa como una prohibición deducida que no permite realizar la gestación subrogada; sin embargo, la prohibición expresada por la jurista abarca la práctica de ovodonación donde se requiere de un óvulo donado y el espermatozoides del esposo y en la embriodonación se requiere de ambos gametos donados y formados; en ambos procedimientos se realiza en la mujer que solicita el procedimiento; mientras que, en la gestación subrogada una tercera persona lleva a término el embarazo; ésta no tiene vínculo genético con el bebé; encontrando coherencia en lo expresado por la jurista; toda vez, que la norma señala que se puede procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida; siempre que, la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona y en los procedimientos antes descritos se observa que no se cumple con la condición; puesto que la madre gestante, no es la madre biológica.

Una postura contraria la encontramos con la jueza Mosquera (2014); quien señala que, “(...) la condición de madre gestante y madre genética recae sobre la misma persona, está referida a los vientres de alquiler y no a la ovodonación, el que es un tratamiento aceptable (...)”. (pp.23,24)

Esta postura, entiende que la norma establecida en el Artículo 7 de la Ley General de la Salud prohíbe los vientres de alquiler, lo que la jurista Canales señala como maternidad portadora; pero discrepa en que la ovodonación este incluida en esta prohibición; sin embargo, como ya se ha descrito antes; la ovodonación incumple con la norma toda vez que, aunque no se necesita de una tercera persona que gesticione, este procedimiento funciona con un óvulo donado; lo que sin duda lleva a incumplir la condición señalada por la norma.

Como se observa, las juristas no tienen una postura unánime, cuándo se pretende analizar el Artículo en mención; sin embargo, ambas concuerdan que la maternidad subrogada, vientre de alquiler, madre de alquiler, madre sustituta, maternidad portadora o gestación subrogada; ante la norma se encuentra prohibida a pesar de no existir prohibición expresa. Es pertinente cuestionarse ¿qué técnicas de reproducción asistida se encuentran permitidas?, tomando en consideración que la norma protege el derecho de recurrir a tratamientos de infertilidad accediendo a técnicas reproductivas y que al parecer los juristas al momento de resolver tienen criterios diferentes y es debido a la falta de claridad en la norma. Se considera que, si la norma pretende otorgar derechos a las mujeres con problemas de fertilidad para acudir a un tratamiento que les sirva de ayuda; se debe empezar por normar de manera expresa que técnicas reproductivas se consideran protegidas.

En el Perú no contamos con una base normativa que favorezca la maternidad subrogada y el único Artículo en la Ley General de la Salud que se pronuncia sobre la reproducción asistida lo hace de manera escasa y deficiente.

Del análisis del Artículo descrito en el presente trabajo de investigación se debe desglosar, si lo referido por la norma pretende otorgar derechos a todas las personas con un trato igual para ejercer tratamientos de infertilidad y si el término procrear utilizando las técnicas reproductivas también abarca para hombres con problemas de infertilidad; puesto que, si la norma se extiende a proteger derechos reproductivos en el hombre deja abierta la posibilidad que este pueda desarrollarlo usando un espermatozoides donado, permitiéndole utilizar técnicas reproductivas que para las mujeres estarían prohibidas.

La Defensoría del Pueblo, (2007) señala “La discriminación es el trato diferenciado (...) que tiene por objeto o por resultado la anulación o menoscabo en el ejercicio o goce de derechos y libertades fundamentales de una persona (...)”. (p.29)

La existencia de actos discriminatorios limita los derechos de ciertas personas, a tal punto de generar la disminución de los efectos positivos en la norma; asimismo, las libertades fundamentales tutelan intereses y necesidades primordiales; son una forma de enriquecer la democracia y el bienestar del país; gracias a ello, las creencias y pensamientos de las personas son respetadas; por lo que, defender los derechos fundamentales debe ser prioridad para el Estado.

De lo expuesto; se desprende la interrogante ¿existe discriminación en el uso de técnicas de reproducción asistidas?. Resolver esta interrogante sin duda requiere tomar en cuenta varios puntos de vista; por un lado la norma favorece a las mujeres con problemas de fertilidad leve; pero deja desprotegidas a las mujeres con problemas de fertilidad severas; segundo, en todas las prácticas de reproducción asistida se necesita la ayuda de la ciencia; sin embargo, la diferencia radica en que la gestación subrogada necesita el apoyo de la ciencia con la intervención de una tercera que gesta y tercero, la práctica a nivel social como fuente de controversia para determinar la moralidad o no de la práctica reproductiva.

Por otro lado, el derecho a la igualdad ante la sociedad implica que todo ser humano debe ser reconocido como un igual y por lo tanto debe disfrutar de todos sus derechos sin discriminación; puesto que, ante actos contrarios a la igualdad se genera discriminación. Para Huerta Guerrero (2019); “El derecho a la igualdad implica que todas las personas deben ser tratadas en forma igual por parte del Estado”. (p.308). Hacer valer el derecho

de los ciudadanos, sin distinción alguna es deber del Estado; las normas deben ser tan claras y justas que no permitan generar cuadros de desigualdad ante la sociedad.

Las normas son creadas a base de las necesidades que se consideran imperantes para un sector poblacional, una comunidad o incluso para un país; en cada país existe un cierto porcentaje de mujeres que presentan problemas reproductivos; por lo que, las necesidades no se pueden medir en la misma dirección para todos; razón por la que, en busca de igualdad de derechos se puede considerar que la ciencia en la medicina reproductiva además de generar un avance en el país sirve de ayuda al sector poblacional que lo padece.

La igualdad ante la ley connota la creación de normas con un contenido igualitario; sin embargo, es necesario hacer la aclaración que la igualdad ante la ley va inmersa en el derecho de igualdad en la ley y que el estudio de ambas se realiza de forma separada. El derecho de igualdad en la Ley refiere la protección a la igualdad como derecho fundamental e inherente a cada persona o a un grupo de personas; mientras que el principio de igualdad ante la ley refiere sobre la forma con la que se llevan a cabo los mandatos proporcionando un derecho que no contenga excepciones o privilegios que favorezcan a unos y perjudiquen a otros.

En la sociedad se presentan muchos casos de discriminación; sin embargo, cabe acotar que no todo trato desigual es un acto discriminatorio; entonces, desde esta perspectiva el Investigador de la Comisión Andina de juristas, el letrado Huerta (2019) en su artículo titulado “*El derecho a la igualdad*” expresa que el trato diferenciado debe: “(...) llevarse a cabo respecto a personas que se encuentran en una situación de desigualdad, (...) debe sustentarse (...) guardar relación con el objetivo legítimo (...) aplicarse o llevarse a cabo en forma proporcional al objetivo legítimo (...)”. (p. 314)

Desde esta postura, la desigualdad en la sociedad se expresa cuándo un grupo social o colectivo recibe un trato diferente frente al resto de personas que pertenecen al mismo entorno; mientras que, el objeto legítimo al que refiere el autor desarrolla el principio de razonabilidad; toda vez, que la norma debe ser sustentada bajo el principio de razonabilidad. Si un trato diferenciado no está debidamente justificado; entonces, se tiene una situación de discriminación que es equivalente a un trato desigual frente a iguales.

Como no todos los tratos desiguales son actos discriminatorios; es de evaluar si no es discriminatorio que la ley favorezca a mujeres con problemas de fertilidad leves frente a mujeres con problemas de fertilidad severas; en ambos casos las mujeres se encuentran en situación de desigualdad ante la sociedad que puede procrear de manera natural; las razones conocidas hasta el día de hoy para no legislar una nueva modalidad de filiación radica en problemas éticos , morales y legales; es un tema que, a entender de muchos viola derechos fundamentales y atenta contra la identidad del menor.

Partiendo del derecho a la libertad reproductiva; Mota y Ruíz (2020); tomando lo expuesto por Candal señala “(...) la libertad reproductiva como derecho humano implica igualdad de expectativas y oportunidades basadas en ayudar a mitigar las desventajas de género que sufren las mujeres en relación con la reproducción (...)”. (p.22)

La libertad reproductiva debe gozar de igualdad en todas las partes intervinientes; es decir, lo que se busca es el bienestar reproductivo desarrollándolo de manera adecuada y segura; de modo que, las técnicas humanamente asistidas en específico las técnicas de gestación subrogada se realicen bajo un marco de libre elección, connotado en un ejercicio real y voluntario de todas las partes; donde, no se exponga indicios de explotación y desigualdad de quienes tienen los recursos económicos frente a mujeres en estado económicamente vulnerables.

Como se puede observar; lo expresado por la autora sale del concepto tradicional de libertad reproductiva; toda vez que, lo más común sería relacionarlo con la planificación y decisión que permita saber si quieren tener hijos o no; la cantidad de hijos, que tipo de familia desea formar; sin embargo, no todo es bonito porque este tipo de libertad de reproducción también aplica en la decisión de abortar si así lo desea; siendo legal en algunos países; mientras que, cuando se realizan técnicas reproductivas de maternidad subrogada ese anhelo de formar un vínculo familiar direcciona a la voluntad de proteger y cuidar en todos los aspectos al menor.

Para Cruz (2012-2013); “(...) Ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que la práctica se realice, antes bien se utilizan estrategias o subterfugios que generan conflictos que podrían ser evitados con una regulación legal que controle la práctica (...)”. (p.651)

Las técnicas reproductivas son un derecho, una realidad existente y de orden mundial; la falta de regulación no es una opción ante una sociedad que practica de manera ilagal la gestación subrogada; la falta de normativa sólo conlleva a una mala paxis, genera riesgos en los intervinientes; y evita el desarrollo de un país; asimismo, restringe a la mujer con problemas de fertilidad acudir a la medicina avanzada para buscar nuevas modalidades para procrear genéticamente; puesto que, no se reconoce el problema reproductivo como tal, el interés volitivo; ni su libertad reproductiva; por lo que, deberá pasar por diferentes tribunales para poder determinar el interés superior del menor y decidir con que familia ese menor crecerá en buenas condiciones.

La incertidumbre jurídica genera lo que el autor señala como subterfugios; esa mala fe y engaño que utilizan personas que se aprovechan de la necesidad existente en la

sociedad; creando problemas éticos, morales, jurídicos y sobre todo logra hacer lejana legalmente la práctica reproductiva, la necesidad maternal y el buen desarrollo del menor.

El Código Civil del Perú (1984), no sale de su zona de confort; regulando como tipos de filiación matrimonial y extramatrimonial; estos tipos de filiación sólo demuestran que los menores nacen condicionados ante una sociedad que discriminaba y negaba derechos a los menores que nacían fuera del matrimonio; si bien es cierto, en la actualidad todos los hijos tanto matrimoniales como extramatrimoniales tienen los mismos derechos ante la ley; en mayoría de casos esta conformación de vínculo familiar no se encuentra ligada a la necesidad imperiosa de constituir un vínculo familiar; apareciendo lo que se conoce como hijos no reconocidos o hijos extramatrimoniales.

“Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio”. (Código Civil del Perú, 1984, art.386°); La diferencia entre hijos extramatrimoniales nacidos por naturaleza y los nacidos por reproducción asistida; se encuentra en que en los hijos extramatrimoniales por naturaleza; no siempre son producto de una planificación familiar y por ende se encuentra supeditados a que el padre quiera reconocerlo por voluntad propia o mediante tribunales si es forzado al reconocimiento; mientras que, los nacidos por reproducción asistida, son menores deseados y planificados; la paternidad y maternidad son judicialmente reclamados a petición de parte.

También se cree necesario realizar una comparación entre algunos Artículos procedentes del Capítulo Segundo “Adopción”; empezando por el Artículo 377°; donde señala que el adoptado deja de pertenecer a su familia consanguínea. (p.204)

Aquí nace la interrogante ¿Porqué la ley protege a desconocidos entre sí; otorgándoles un vínculo filiatorio legalmente definido? Y ¿porqué desconoce la filiación en casos de gestación subrogada?. En ambos existe voluntad procreacional; en la adopción no se

encuentra ningún vínculo biológico con el menor; en la reproducción asistida interviene el material genético de uno o ambos padres; en ambos casos los padres de intención son personas adultas y con capacidad de razonamiento; asimismo, en los intervinientes en técnicas reproductivas se incluyen al proceso de reproducción por voluntad propia; con capacidad mental estable y con libertad para decidir siempre y cuándo no vulneren derechos de otros.

Las técnicas reproductivas; se encuentran dentro de lo permitido, siempre y cuándo no se vulneren derechos de los demás; ni atenten contra las normas éticas, morales y jurídicas de una sociedad; miedo que se hizo partícipe por personas que clandestinamente realizan estas prácticas que al no estar reguladas las practican con libertinaje.

En la adopción se requiere que el adoptante goce de conciencia moral (Código Civil del Perú, 1984, Art. 378°). En la práctica de maternidad subrogada también se cumple con ese requisito; puesto que, en la adopción tienen la capacidad de decidir si adoptar es lo correcto para ellos; reflexionar si es su único medio para lograr su fin primordial que es formar una familia; y en las técnicas reproductivas también cuentan con la capacidad de reflexionar y evaluar si requieren de ayuda profesional y el uso de la tecnología; asimismo, los intervinientes podrán reflexionar si es su voluntad someterse a ese proceso; conocer todas las medidas necesarias que pudieran llevarse para la realización de técnicas de maternidad subrogada. Es un mero trámite de conciencia moral para todas las partes con el único fin de formar una familia. En ambas surge esa necesidad imperiosa de construir un hogar cuando ya agotaron todos los recursos naturales existentes para lograr una concepción con éxito.

La estructura que presenta el Código Civil señala la parlamentaria Estrada (2018); extraído de Jiménez “(...) en materia de filiación se encuentra desfasado. Se sustenta en

la concepción clásica romanista: *Mater semper certa est* (la madre siempre es conocida), según la cual la mujer que gesta, es la madre de la criatura que alumbra (...)” (p.14)

Sólo basta leer la normativa peruana para estar de acuerdo con el autor; en ninguna parte del Código Civil del Perú; encontramos otra concepción de maternidad y filiación más que la concepción romanista; es lamentable que las técnicas reproductivas de maternidad subrogada se realicen y dejen al menor nacido con una incertidumbre jurídica de su procedencia; para nadie es nuevo que, las prácticas reproductivas de maternidad se realizan en la clandestinidad y ante el peligro de los intervinientes; recordemos la Casación N° 563-2011; Lima, que fue la primera sentencia que trato de un caso de maternidad subrogada y cuándo fue llevada a tribunales los magistrados observaron el comportamiento de todos los intervinientes y los hechos sustentados; sin embargo, al momento de resolver se pronuncia sobre el interés superior del menor; de que manera consideran en que el menor nacido se encuentra protegido y en buenas condiciones, declarando la filiación a favor de los padres de intención.

“Esta situación evidencia; no sólo el tratamiento irregular de la maternidad subrogada en el Perú; sino esencialmente, el vacío legal que impide su control y dificulta la resolución de controversias (...)” (Estrada Mora, 2018, p.17). La ausencia legislativa abre paso a un medio engañoso para solucionar o eludir una situación como esta; por lo que, la regulación expresa de las prácticas reproductivas se fija como una fuente de solución ante cualquier vacío legal; la mejor manera de proteger los derechos de todos los intervinientes y sobre todo del menor nacido mediante esta práctica es normándolo.

Sobre las condiciones jurídicas del menor nacidos mediante la técnica de maternidad subrogada; se puede apreciar que a los magistrados les toca valorar estos casos cuando el menor ya ha nacido mediante estas prácticas; no quedándole más, que valorar el interés

superior del menor, el estado en el que se encuentra, las condiciones en las que vive, con quien estuvo desde el primer momento en el que nació; etc., Son puntos determinantes al momento de resolver casos de maternidad subrogada. “La identidad, la personalidad jurídica y la nacionalidad de las personas desde su nacimiento son derechos reconocidos y protegidos tanto en el ámbito nacional como en el ámbito internacional”. (Garibo, 2017, p.251); es conveniente advertir que cuando el autor señala la personalidad jurídica refiere a la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones reconocidos por las normas jurídicas.

La investigadora Garibo (2017); tomando lo expuesto por Marín Ostos señala que el interés superior del menor es “aquel principio general inspirador de toda la legislación relativa al menor y que no se concreta en una serie de derechos o garantías particulares, aunque lógicamente también los incluya (...)”. (p.247)

Se discrepa de esta postura; toda vez, que el menor como ser humano es inspirador de protección jurídica; sin embargo, antes de concretarse el nacimiento del menor nacido por gestación subrogada, existe un interés volitivo que busca brindar al menor protección jurídica a través de una debida inscripción ante la entidad de RENIEC; haciendo al menor merecedor de derechos y obligaciones en todo a cuanto le favorece. La práctica reproductiva de maternidad subrogada no busca hacer caso omiso al interés superior; por lo contrario, busca otorgar protección tanto jurídica como afectiva al menor.

La doctora Valdés (2014); extrae de lo expedido por la corte de California en el año 1993; en el caso Mark y Crispina Calvert y señala que la corte falla alegando que los contratos que abarcan casos de gestación subrogada “no es contrario al orden público el contrato de maternidad subrogada (...) Estos contratos no afectan el interés superior del

niño porque, el interés de los niños tan pequeños coincide con el de los padres (...).”(pp.470, 471)

La postura que adopta la corte de California es partidaria de la gestación subrogada; toda vez que, esta valora el interés superior del niño y a la práctica reproductiva basada en la libertad personal de cada individuo para decidir que es lo que considera necesario; es decir considera que la retribución económica recibida no es producto de una compra venta sino por el tiempo y el compromiso prestado; en California el derecho al aborto se encuentra regulado por lo tanto, la práctica reproductiva no genera en ese sentido que se ejerza la violencia para obligarla a hacer algo que no quiera; no lo toma como una explotación a la mujer por tener bajos recursos puesto que, considera que la explotación económica aparece incluso cuándo se acepta un trabajo con salarios menores al mínimo legal, horas extras sin remuneración o trabajos que al parecer de otros son desagradables; asimismo considera que, los intereses del menor van de la mano con los intereses de los padres; es decir, brindarles protección, el reconocimiento, la afectividad, derechos y obligaciones, etc; (Valdés, 2014, pp. 470,471) y por último considera que ser madre no significa parir o aportar genes; sino que es un término que inicia en la intención.

Los tribunales al momento de resolver se enfocan en el interés superior del menor; los que apoyan la maternidad subrogada tratan de combatir ese vacío jurídico para proteger el interés superior del menor y de paso su interés volitivo; mientras que, posturas en contra señalan que para proteger el interés superior del menor; los intereses personales no deben ser valorados.

La condición jurídica del menor producto de una gestación subrogada en el Perú se encuentra frente a un vacío legal; sin embargo cuándo se presentan casos de la práctica; los tribunales de Lima resuelven partiendo del interés superior del menor, y trasladan la

atribución de maternidad o paternidad frente a quienes consideran que el menor goza de estabilidad afectiva y económica; tal como se verá más adelante cuando se exponga el análisis de casaciones.

2.2.6. El vínculo jurídico del sujeto de derecho con la concepción en relación al derecho filiatorio. ¿Cuál es la posición que asume la bioética sobre estas técnicas?

El campo de la bioética en la práctica reproductiva de maternidad subrogada; no se limita al ámbito médico; también abarca los problemas éticos que desarrolla la práctica reproductiva a fin de determinar cuál sería el comportamiento adecuado que debe tener el ser humano respecto a la vida.

En el campo médico se desarrollan las técnicas de reproducción humanamente asistida; por lo que, se es conveniente cuestionarse si por medio de la bioética en la maternidad subrogada debe primar las personas que donaron los gametos; entiéndase como padres biológicos, las personas que recurren a las prácticas con o sin aportaciones de gametos o la mujer portadora del vientre pero no del gameto biológico.

Esta determinación será lo que permita dilucidar el aspecto formal para el reconocimiento de la filiación; es decir, establecer los elementos que enlacen a los sujetos mediante la figura jurídica filiatoria. Lo más cercano al vínculo jurídico en relación al derecho filiatorio; es analizar las complicadas relaciones existentes; López y Aparisi (2012); señala la relación que se encuentra entre: “(...) la madre de alquiler con los donantes de los gametos o con los receptores del hijo (...)”. (p.261)

Esta postura, señala como primer nexos la relación entre la madre de alquiler con los donantes de los gametos; aquí, es la mujer gestante la que permite ser inseminada con gametos donados; por lo tanto su participación es sólo gestar; por lo tanto, se puede

apreciar dos vínculos; el vínculo biológico que se determina mediante prueba de ADN, el vínculo afectivo de la mujer gestante y de los comitentes.

La segunda relación existente se encuentra entre la mujer gestante con los receptores del hijo; aquí, existen dos supuestos; en el primero, mujer gestante es receptora del material genético de los comitentes o también conocidos como padres de intención; por lo tanto, su participación en el proceso es la de gestar; los vínculos existentes son: el vínculo biológico a favor de los comitentes y el vínculo afectivo que se crea en los meses de gestación; el segundo supuesto se encuentra en que la mujer gestante, aporta su material genético; el mismo que pasa por un proceso de fecundación con el gameto del comitente (López y Aparisi, 2012, p.261); aquí el vínculo existente se torna más complejo; puesto que, la mujer gestante desarrolla un vínculo biológico y afectivo en forma conjunta convirtiéndose en madre legal del menor; asimismo se encuentra el vínculo biológico del comitente y el vínculo afectivo de la comitente.

Del análisis realizado de lo expuesto; se extrae que la filiación biológica en el ámbito médico; se inclina a favor de quién aporta el material genético; puesto que, la mujer gestante sólo crea vínculos afectivos al igual que los comitentes; la práctica reproductiva de maternidad subrogada propiamente dicha se desarrolla cuando la mujer gestante permite ser inseminada por gametos que pertenecen a los comitentes; llevando ella por voluntad propia el proceso de gestación; asimismo en esta práctica existen derivados consistentes en la donación de gametos; el detalle está que cuando se habla de gametos donados se recurre a un banco de donadores anónimos; por lo tanto, no pertenecen a personas que pretenden adquirir un vínculo biológico; entonces hasta aquí el vínculo que se crea hasta el momento favorece a los padres de intención si de genética se trata.

Por otro lado, se encuentra el vínculo que nace con la mujer gestante que no aporta material genético; conocido como vínculo afectivo, que nace en el periodo de gestación; y por último existe también un vínculo afectivo, volitivo y emocional de los padres de intención con el menor nacido. Si, se deja de lado el interés afectivo y volitivo de los intervinientes; el vínculo biológico del menor en relación a la maternidad y paternidad se encuentra definida en los gametos.

Como se puede apreciar, las relaciones existentes en la gestación subrogada generan un alto nivel de dificultad para determinar el vínculo jurídico filiatorio; por lo tanto, determinar a quién le corresponde la filiación necesita de una perspectiva más amplia que de lo acogido por el ordenamiento civil, que tiene por característica la simpleza relacional con la verdad biológica, que pretende hacer coincidir la filiación del menor con el hecho biológico producto de la procreación.

Por otro lado, el informe del comité de bioética señala en su primera postura que, la técnica de maternidad subrogada debe darse de manera excepcional y que “(...) mantener el vínculo jurídico entre relación sexual, gestación y filiación es importante para las partes afectadas en la procreación, para el niño y la correcta ordenación social (...)”. (López y otros, 2018, p.20). En esta postura, es importante que el menor cuente con el procedimiento natural que conllevan a la reproducción; es decir, se da prioridad a la reproducción natural, que trae consigo una procreación producto de una relación sexual que se desarrolla bajo el vientre materno y cuyos vínculos biológicos y afectivos son propios de la procreación; ya que, ante la sociedad es la manera correcta y ética de traer hijos al mundo. En esta postura; también se considera que la reproducción mediante la técnica reproductiva de maternidad subrogada puede ser contemplada en casos que

realmente lo ameriten; resaltando como sustento la necesidad médica apremiante de los intervinientes.

La segunda postura, apunta a que “(...) relación sexual, gestación y filiación no tienen por qué mantenerse vinculadas puesto que lo que debe prevalecer, en todo caso, es el deseo individual de tener un hijo, que podrá ser obtenido mediante las TRHA y/o la gestación subrogada”. (López y otros, 2018, p.20). En esta postura, se observa que el interés principal es proteger la libertad que tiene cada ser humano para elegir la manera que considera adecuada para satisfacer la necesidad de formar una familia cuando padece de algún problema reproductivo; sin embargo, deja la posibilidad de que ese deseo individual no se trate de motivos o razones que justifiquen la utilidad de la práctica reproductiva; distorcionando la necesidad básica y primordial de otorgar al menor un hogar constituido; lo que conlleva a que, la práctica reproductiva aplicada en casos de gestación subrogada no sea interpretada correctamente de ahí la idea de que la práctica necesita una debida regulación; entonces, tomando de referencia todo lo extraído se puede percibir que esta postura es un acercamiento para incluir el vínculo afectivo y el interés volitivo para pretender acceder a un vínculo filiatorio.

Jouve (2017), señala “En caso de conflicto, o de dudas sobre quien (...) es la madre o el padre biológico del niño cuya maternidad o paternidad se disputa, se puede recurrir a las pruebas de paternidad a partir del ADN (...)”. (p.156)

En esta postura, se desarrolla la verdad biológica que se utiliza para determinar a quién le corresponde la maternidad y paternidad; que desde esta perspectiva, la manera de determinarlo en caso de dudas o conflictos existentes se puede resolver mediante una prueba de ADN; sin embargo, dentro de los conflictos se puede encontrar incorporada la necesidad del nacido mediante la gestación subrogada de conocer su vínculo biológico y

en cuánto a la existencia de la donación de gametos anónimos para llevar a término la práctica reproductiva, las probabilidades que ayuden a determinar la maternidad y paternidad en esos casos son casi nulas por tratarse de gametos que pertenecen a un banco de donadores cuya procedencia se desconoce.

Aquí, para pretender determinar el vínculo jurídico del concebido en relación al derecho filiatorio se necesita conocer si los gametos donados son de ambos padres de intención o sólo uno de ellos y de ser el caso de haber conseguido un donante conocido, especificar quién es el donante. En esta práctica reproductiva es esencial que el menor conozca sus orígenes; por ello López y Aparisi (2012), tomando lo expuesto por Siegel y Cold señalan “(...) es conveniente que los padres comuniquen pronto a sus hijos que han nacido por subrogación, (...) Si se hace de esta forma, el conocimiento de su origen biológico puede tener menos impacto en su psicología (...)”. (p.263).

De todo lo expuesto, se observa que el vínculo jurídico que adquiere todo sujeto de derecho desde la concepción con el derecho filiatorio tiene que pasar de una valoración subjetiva a una objetiva por parte del legislador para poder construir debidamente tal derecho. Existen vínculos creados mediante la donación de gametos y por voluntad procreacional; sin embargo, al menos un padre de intención debe tener un gameto en la práctica reproductiva; además, se genera vínculo con la madre portadora que aunque algunos autores señalen que puede donar su óvulo y portar al bebé, se considera que no es lo más idóneo; toda vez, que si lo que se busca es protección de la práctica a favor de los padres de intención; no se le debe pretender otorgar lazos sanguíneos y vínculos afectivos a la vez con el menor; además que se trataría de una concepción heteróloga; una práctica que se utiliza para tratamientos de infertilidad leve.

Capítulo III

La voluntad procreacional y la maternidad subrogada.

La voluntad procreacional para acceder a la gestación subrogada es un tema muy controversial en estos tiempos; puesto que, cuestionar la libertad de decidir sobre el cuerpo, si existe un derecho reproductivo y las características de moralidad para formar una familia; es posible considerarlo como un tema subjetivo, más que normativo; toda vez que, la norma ampara y protege lo que hasta su momento fue controvertido en esos tiempos; sin embargo, cabe hacer mención que, la sociedad ha evolucionado gracias a los constantes cambios tanto en avances tecnológicos como en formas de vivir; por ende, permite una mejora en la existencia humana al utilizar esos recursos.

La voluntad procreacional que se tiene para acceder a la práctica reproductiva de maternidad subrogada; la doctrina la relaciona con la teoría de la intención; como su propio nombre lo dice, esta teoría desarrolla la voluntad o intención de procrear o no, ya que básicamente se centra en el interés volitivo (Mendoza, 2017, p.351). Ese interés volitivo para no querer renunciar a tener hijos propios; de hacerse responsables por las consecuencias que derivan de su proceder, porque todo se presenta como un conjunto para suplir necesidades.

3.1. El concepto de voluntad procreacional.

Para arribar a un concepto de voluntad procreacional; primero se debe establecer el vínculo de la voluntad en el ejercicio de los derechos; es necesario saber cómo es que la voluntad influye en el derecho y bajo qué circunstancias; así mismo, se necesita recurrir a la doctrina para poder definir si existe un derecho procreacional y cómo se desarrolla bajo la maternidad subrogada; dos criterios que nos ayudan a tener una clara definición de la importancia de la voluntad procreacional en casos de maternidad subrogada.

3.1.1. La voluntad en el ejercicio de los derechos.

La voluntad en el ejercicio de los derechos juega un rol muy importante para los actos jurídicos; si se pretende dar un concepto de voluntad, la primera definición sería la intención o actuar de una persona para realizar o llevar a término algo que es de interés personal; sin embargo, “La voluntad no puede apreciarse en su aspecto autónomo sin un previo análisis de su condición jurídica (...)”. (Llanos, 1944, p.51)

No solo basta tener voluntad para realizar un determinado acto; estos actos deben ser exteriorizados y traer consigo consecuencias jurídicas; puesto que, la voluntad adquiere tal condición cuando el actuar del individuo se orienta a hacer valer ciertos derechos o deberes regulados bajo normas vigentes; más no bajo suposiciones de derechos no reglamentados donde prima la autonomía subjetiva del individuo.

Entonces, para que la voluntad traiga consigo consecuencias jurídicas, debe producir hechos que influyan en el derecho; visto desde “(...) Derecho positivo, ningún hecho es necesariamente jurídico o no jurídico, de por sí, sino que se convierte en jurídico, respecto de un determinado Derecho (...)”. (Albaladejo, 1955, p.347)

No todos los hechos tienen relevancia jurídica, es decir no todos los hechos producen consecuencias o efectos jurídicos; existen hechos que se encuentran regulados en el ordenamiento jurídico, por ende nacen con efectos jurídicos y existen hechos donde con posterioridad de realizados se les atribuye la condición jurídica; sin embargo, cabe hacer mención que no todo hecho jurídico es voluntario dependerá mucho de la capacidad de discernimiento por ejemplo, el niño que causa un incendio, en este caso los padres pueden verse obligados a responder por el hecho, pero para el menor que cometió el hecho no le surten efectos jurídicos.

Para el caso planteado, el derecho con el que se relaciona el acto sería el de la propiedad o los bienes materiales perdidos en el incendio, es ello lo que convierte a la acción en un hecho jurídico, observándose que resulta incluso independiente de la voluntad del sujeto que actúa, por condiciones especiales reguladas en el ordenamiento jurídico. Quiere ello decir que, las acciones voluntarias también podrán tener efectos jurídicos, pero dependerá de la preexistencia de condiciones legislativas que permitan su identificación y relación con un determinado derecho.

“(…) aquellos hechos jurídicos voluntarios realizados con la intención de producir efectos jurídicos (...) en la ciencia del derecho reciben el nombre de actos jurídicos”. (Llanos, 1944, p.26)

Desde esta perspectiva, la voluntad existe en el acto jurídico como elemento esencial; toda vez, que la voluntad existe en el hecho y en las consecuencias que derivan del hecho voluntario realizado.

Hasta aquí, la diferencia que se encuentra entre el hecho jurídico y el acto jurídico es que; mientras que en el primero el hecho producido por el individuo puede ser voluntario e involuntario, en el segundo prima la consciencia del individuo en obtener el resultado que desea, predominando la intención de realizar el hecho y desde luego que cumpla con los otros requisitos o elementos que se regulan para su existencia.

“Los actos jurídicos son hechos voluntarios, pero donde no prima la autonomía privada (...) se encuentra regulado en la ley (reconocimiento del hijo, adopción), por lo cual el agente tiene que cumplir con los requisitos establecidos en ella (...)”. (González, 2017, p.18). Como ya se ha visto un presupuesto indispensable para el acto jurídico es la manera consciente y deliberada del individuo para producir un hecho que acarree consecuencias jurídicas; sin embargo, existen hechos voluntarios realizados por el individuo que se

desarrollan bajo un marco normativo ya establecido que otorga ciertos deberes y obligaciones, tal como lo menciona la cita expuesta por ejemplo el acto producto de un reconocimiento voluntario de un menor; sin embargo, los hechos jurídicos que refiere el autor han nacido dentro de lo establecido en una norma, por lo que no concibe la idea de que un individuo pretenda hacer valer un derecho basado en la sola intención; sino que ésta debe estar contenida dentro del marco normativo.

Entonces, de lo antes expuesto ¿Bajo que contexto debe ser entendida la autonomía privada del individuo?. Soto, (2003), quién tomando la definición expuesta De la Puente y Lavalle señala “La autonomía privada es el poder reconocido a las personas para regular, dentro del ordenamiento jurídico, sus propios intereses y crear libremente relaciones jurídicas obligatorias entre sí”. (p.525)

Por ello se entiende que la autonomía privada desarrolla un poder de autodeterminación que permite a las personas en el ejercicio de sus facultades, desarrollar sus derechos subjetivos dentro de lo reglamentado en el ordenamiento jurídico y en cuanto el Estado protege; asimismo, esta autonomía también comprende el poder reconocido para que el individuo pueda realizar actos jurídicos.

Las relaciones jurídicas nacidas producto de la voluntad procreacional en casos de maternidad subrogada, no se encuentran regulados en el ordenamiento jurídico peruano, como tampoco es bien aceptado en el ámbito de derecho de familia; puesto que, la doctrina aún lo señala como un problema ético y moral.

La voluntad en el ejercicio de los derechos en un primer momento juega un rol indispensable en el acto jurídico, la misma que nace producto de hechos voluntarios que han sido exteriorizados; generando consigo consecuencias jurídicas; sin embargo, la voluntad producto de hechos que generan efectos jurídicos no cuentan con autonomía

privada; es decir el individuo subjetivamente no puede crear derechos inexistentes; estos se deben encontrar debidamente establecidos en el ordenamiento jurídico; bajo la protección y lineamientos que el Estado reconozca y proteja.

La voluntad en el ejercicio de los derechos en un segundo momento encuentra relación con los derechos fundamentales, puesto que, la voluntad para procrear se encuentra dentro del marco de los derechos sexuales y reproductivos; derecho protegido en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y en la Ley N° 26842 “Ley General de la Salud”; sin embargo, la voluntad procreacional producto de la técnica de maternidad subrogada involucra una serie de derechos fundamentales que deben encontrarse debidamente protegidos.

Dentro de lo expuesto; se puede decir que entre los derechos relacionados con la voluntad procreacional se encuentra la libertad de decidir; el derecho a gozar de los beneficios y avances de la ciencia y tecnología, el derecho genético, los derechos reproductivos, el derecho a formar una familia.

3.1.2. La concepción de voluntad procreacional.

Tratar la voluntad procreacional; involucra una serie de acontecimientos, dirigidos hacia la libertad de decidir del ser humano y el correcto desarrollo del derecho reproductivo en base al deseo de formar una familia; asimismo, la voluntad procreacional se encuentra en la decisión de ser madre o padre, y de los que aportan el material genético.

La doctrina relaciona a la voluntad procreacional bajo dos teorías “(...) por un lado, la teoría de la intención y por el otro, la teoría de la filiación genética”. (Mendoza, 2017, p.351). En esta postura, se desarrolla la teoría de la intención con el carácter volitivo del individuo para conseguir consecuencias. En la teoría de la intención prima el interés volitivo para pretender obtener la condición de maternidad y paternidad; mientras que la

teoría de la filiación genética dista completamente del interés volitivo y se concentra en el aspecto biológico; siendo su factor determinante para acceder a la condición de maternidad y paternidad; para esta teoría, la genética es el único nexo que vincula al menor con el individuo.

Para la Asociación de familias Diversas de Argentina, la voluntad procreacional “Es un elemento fundamental de la filiación, es el acto de la voluntad, la decisión autónoma e independiente de ser madre o padre, es la causa eficiente por excelencia de la filiación (...)”. (Rivas , 2018). La mejor manera de formar un vínculo familiar se desarrolla bajo la planificación; por ende, la capacidad del ser humano de decidir es un factor muy importante para llevar a término la reproducción independiente de la modalidad reproductiva. La decisión de ser madre o padre, va tomando forma en el interés volitivo cuando; se adopta, se aplican técnicas de reproducción asistida o incluso en una reproducción natutal; es el interés volitivo lo que preserva que un menor tenga un hogar, sea alimentado, querido y protegido; el más claro ejemplo lo encontramos cuando se produce una adopción; el menor no presenta vínculos biológicos con los adoptantes pero sin embargo, ese interés volitivo de formar un hogar les conlleva a brindales la protección que necesitan.

La doctrina no es unánime, pero es bueno señalar que para los doctrinarios que apoyan la procreación a través de las prácticas reproductivas de maternidad subrogada; encuentran un sustento en la sola voluntad procreacional y lo expresado se encuentra con Fama (2012); quién tomando lo expuesto por Rivero señala “(...) el elemento más relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por TRA es el de la voluntad o decisión de que ese ser naciera (...)”. (p.177); Esta postura, al igual que la anterior opta por considerar a la voluntad procreacional como el elemento principal para llevar a

término la práctica reproductiva; por lo tanto, esta indicación permite advertir que la filiación tiene un proceso previo o punto de partida en el que se precisa la intervención o voluntad para concebir al menor, pero debe asumirse como una condición previa que influye en la relación filiatoria; puesto que, sin voluntad no hay necesidad de acudir a especialistas que desarrollen la gestación subrogada; es decir, la voluntad más que un simple interés volitivo, radica en la búsqueda de ayuda para suplir necesidades reproductivas.

La voluntad procreacional, desde esta perspectiva debe ser considerada como un elemento importante; sin embargo, en este tipo de práctica reproductiva también intervienen otros elementos como los biológicos ; sin embargo, el autor señala que “(...) los demás elementos, biológicos, pueden ser sustituidos (...), lo que nadie puede suplir (...), para un determinado nacimiento, es el acto de voluntad (...)” (Fama, 2012, p.177)

Aquí, la voluntad procreacional sigue teniendo gran importancia; puesto que, para el autor lo único que prevalece son las ganas de procrear; sin embargo, aunque la voluntad juega un rol muy importante para pretender acceder a una nueva modalidad de filiación; existe otro elemento que no podemos desconocer y está relacionado con la genética, que permite determinar los lazos sanguíneos y aunque en la realidad la voluntad procreacional que se encuentra amparada es relativo a casos de adopción; se debe tener en cuenta que, la gestación subrogada propiamente dicha involucra el elemento sanguíneo y volitivo.

Un aporte importante acerca de la voluntad procreacional se extrae de Esparza (2020), quien tomando lo expuesto por Guzmán y Valdés indica “ Esta manifestación de voluntad debe entenderse como la expresión de una persona que de manera libre y consentida asume las consecuencias de un acto, como sucede por ejemplo en la voluntad en casos de adopción”. (p.67). Desde esta perspectiva, no sólo se abarca la intención subjetiva de

procrear; sino también, la responsabilidad de hacerse cargo de las consecuencias que derivan de su actuar; un aporte muy importante ya que siempre se ha pensado que la voluntad procreacional se determina en el simple deseo de querer formar un vínculo familiar; dejando de lado, la responsabilidad que conlleva la realización de las prácticas reproductivas; agregándose, de esta manera un punto de vista más a lo antes observado; siendo de este modo, la voluntad procreacional involucra el interés volitivo, la relación biológica y la responsabilidad que el individuo adquiere producto de las consecuencias derivadas de la misma.

De todo lo expuesto, se extrae que la voluntad procreacional, es considerada por algunos doctrinarios como un elemento muy importante para determinar la filiación en casos de técnicas reproductivas humanamente asistidas; asimismo, se considera que el aspecto biológico puede ser desplazado ya que lo único que prevalece para llevar a término el nacimiento de un menor mediante las TRAS, es el acto de voluntad y que la voluntad procreacional se encuentra asociada a la responsabilidad de adquirir consecuencias jurídicas que permitan la estabilidad del menor.

3.1.3. La voluntad procreacional basada en la libertad de decidir.

Decidir cuestiones básicas o sobre aspectos reproductivos, es una cuestión volitiva propia del ser humano, cada individuo busca su satisfacción personal a base de creencias y necesidades; no todas las personas tienen una necesidad imperiosa de procrear o presentan problemas reproductivos en la misma medida que otros; por lo tanto, no porque un sector poblacional considere que la única forma reproductiva sea procrear de manera natural tiene necesariamente que ser así, las necesidades, carencias y derechos que protegen a las personas deben encontrarse protegidos en las mismas condiciones para todos.

Varsi (1997), define a la libertad como aquella “facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra y de no obrar; por lo que, es responsable de sus actos”. (p.48). Desde esta perspectiva, la libertad se encuentra relacionada con la autodeterminación del ser humano para realizar o no un acto que trae consigo consecuencias y aunque el individuo tenga cierta libertad para decidir sobre su aspecto personal y reproductivo; esta libertad no es plena; puesto que, se puede disponer libremente sobre el cuerpo siempre y cuando estas decisiones no afecten a otras personas o a él mismo; para que puedan desarrollarse dentro de la sociedad a base de creencias, educación, estilo de vida, valores, la única limitación de esta libertad se da cuando no se respeta la que corresponde a otros.

“(…) La libertad corporal no puede estar encima de otros derechos fundamentales (vida, integridad y salud)” (Varsi, 2019, p.21). Entonces, la libertad que tiene el individuo para ejercer su derecho a decidir sobre su cuerpo no se determina mediante el aspecto individual y subjetivo; sino que, esta libertad debe ser entendida desde un aspecto social protegiendo la dignidad de la persona; es decir, proteger ese valor propio de cada uno sin rebajarse a la voluntad de otros.

La voluntad procreacional, basada en la libertad de decidir cuando se trata de la libertad corporal, no otorga al individuo el derecho de utilizar su cuerpo para hacer cualquier cosa que crea conveniente para el mismo o a favor de personas ajenas; sino como, un derecho que debe ser ejercido bajo ciertos límites que protejan la integridad y la salud del individuo; puesto que, la sola voluntad no es suficiente si está en juego la violación de derechos fundamentales.

3.1.4. Límites en la libertad de decidir.

Como ya se ha podido observar en los pequeños alcances anteriormente expuestos; la libertad de decidir no es plena; esta presenta límites; que para el entender Cobo señala que “(...) Para que la voluntad cause efectos jurídicos entre los contratantes, es preciso que la misma se encuentre también reconocida en el Ordenamiento Jurídico (...)” Por lo tanto, no basta con la simple voluntad o interés entre las partes; sino que, este interés tiene que guardar relación con normas que no atenten contra las buenas costumbres, la ética, la moral y sobre todo que esa libertad para decidir se encuentre reglamentada.

Se concuerda con esta postura; toda vez que, las normas cumplen una función muy importante en la sociedad; y de ahí radica la intención de crear nuevas normas que regulen los procedimientos de gestación subrogada con la única finalidad de seguir manteniendo una convivencia pacífica y atendiendo las necesidades dentro de la sociedad.

Sin embargo, hay “quienes sostienen que las regulaciones limitan excesivamente la libertad entrometiéndose en las relaciones entre los privados (...)”. (Wagner, 2013, p.3) Esta postura tiene más que ver con las limitaciones que generan desigualdades; las normas cumplen un rol fundamental ante la sociedad y por lo tanto deben apuntar a un estado de igualdad; es decir, la limitación de una norma debe encontrarse debidamente motivada y asimismo debe considerarse la creación de nuevas conforme y a base de la evolución del aporte que brinda la ciencia, y la sociedad.

De lo expuesto; se puede concluir que las limitaciones que presenta la libertad de decidir tienen mucho que ver con lo que se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico; además que la libertad se encuentra condicionada a que los actos realizados no sean netamente volitivos; sino que, todo acto realizado no puede atentar con el orden público; es decir, no puede atentar contra las normas, por tratarse de intereses generales.

3.1.5. La voluntad procreacional basada en los derechos reproductivos.

Los derechos reproductivos, son derechos otorgados a las personas para que puedan decidir sin ningún tipo de coacción, la cantidad de hijos que desea tener, que métodos anticonceptivos utilizar; asimismo, permiten recurrir a tratamientos de infertilidad y acceder a técnicas de reproducción asistida.

El derecho reproductivo, es conocido como el derecho de autodeterminación reproductiva; que se expresa en poder decidir responsablemente, cuándo, cómo y con quién procrear; asimismo, también se expresa como la voluntad de acceder a métodos para llevar a cabo su derecho reproductivo. (ONG "Acción de lucha anticorrupción" Sentencia N° 02005-2009-PA/TC-Lima, 2009, fundamento 6)

Para Quiroga y otros (2009), “Los derechos sexuales y los reproductivos son derechos humanos universales, basados en la libertad, dignidad e igualdad inherentes a todos los seres humanos”. (p.22). Esta postura, reconoce a los derechos reproductivos como derechos humanos de tercera generación; es decir, son derechos que aseguran el desarrollo de los seres humanos y de los pueblos, como nuevos derechos; con lo que se coincide en esta investigación; toda vez, que bajo este derecho las personas pueden llevar una vida sexual y reproductiva sin que medie ningún acto de violencia, sin que generen riesgos en su vida y salud, permite el acceso a ser informados sobre temas de sexualidad y acceder a métodos anticonceptivos, en la misma medida para todas las personas sin ninguna forma de discriminación para llevar a cabo tal derecho reproductivo; puesto que, son derechos reconocidos y otorgados a todas las personas.

Para Siverino (2013), los derechos reproductivos “(...) Son los derechos que garantizan la libre decisión sobre la forma en que se utiliza el propio cuerpo en la esfera sexual y reproductiva”. (p.305). Se discrepa de esta postura; toda vez, que no toma en

cuenta los límites existentes y propios de la disposición del cuerpo humano; la libertad de disponer del cuerpo en el derecho reproductivo no es pleno; es decir, existe un límite para su desarrollo para su desarrollo y radica en hacer uso de este derecho cuando no afecte a otros o incluso a la persona misma.

La libertad reproductiva, para desarrollarse como tal requiere información, planificación y prevención; por lo tanto, lo expuesto por el autor al tomarlo como una concepción general requiere de la especificación o aclaración de la existencia de límites que conllevan al control de ejercicio de tal derecho, que como ya se ha indicado anteriormente se relacionan con la integridad del propio ser humano.

Para Melzi (2004), tomando lo expuesto por Petchesky, señala que los derechos reproductivos “se pueden definir en términos de poder y recursos: poder para tomar decisiones informadas (...); y recursos para llevar a la práctica tales decisiones en forma segura y efectiva”. (p.57)

Esta postura, presenta una definición un poco más profunda toda vez, que lo descrito aplica tanto al derecho reproductivo natural como al derecho reproductivo que requiere la ayuda la ayuda de las técnicas de reproducción asistida.

Esta definición, se relaciona con la voluntad procreacional y el derecho reproductivo en materia de la técnica de maternidad subrogada; toda vez, que cuando señala que las personas para hacer uso de su derecho reproductivo tienen el “poder para tomar decisiones informadas” y “recursos para llevar a la práctica tales decisiones”, plasma la idea que es la condición básica desde una mirada al derecho reproductivo para que las personas con voluntad procreacional puedan acceder a la técnica reproductiva; existiendo la libre información y el consentimiento para llevar a término dicha práctica.

La voluntad procreacional, basada en los derechos reproductivos; se desarrolla en el derecho que se otorga a las personas sin ningún tipo de discriminación, para que puedan decidir libremente, cuantos hijos tener, cuando y con quién tenerlos; que métodos anticonceptivos utilizar, acceder a técnicas reproductivas alternas para suplir deficiencias reproductivas (Ley General de la Salud); asimismo, este derecho garantiza que las personas puedan recibir servicios médicos de calidad y puedan ser informados de los derechos reproductivos que les asisten.

3.1.6. La voluntad procreacional basada en el derecho a formar una familia.

Todas las personas tienen derecho a formar una familia; este es un derecho reconocido nacional e internacionalmente; la Constitución Política del Perú en el Artículo 4° señala “La comunidad y el Estado protegen (...) a la familia y promueven el matrimonio”. (Constitución Política del Perú, 1993). El Estado protege a la familia; sin embargo, desde tiempos remotos protegen a la familia constituida dentro del matrimonio; por lo que, es conveniente señalar que a ésta protección también se le ha sumado el reconocimiento de familias constituidas bajo la unión de hecho o concubinato; que visto desde este modo es una manera de constituir una familia que en la actualidad se encuentra protegida.

El Artículo 6° señala “La política nacional de población tiene por objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir (...)”. (Constitución Política del Perú, 1993)

Como se puede observar en la Constitución el derecho de familia no se encuentra plasmada en la lista de derechos de la persona; sin embargo, le atribuye esa condición de manera análoga en su Artículo 3° que encuentra su sustento, en la protección de derechos que no han sido señalados y que son igualmente protegidos. En base a ello se ejecutan estrategias de la política orientada a través de programas de difusión nacional; a fin de

concientizar a la población y pueda decidir formar un hogar de manera responsable; este derecho se otorga con el reconocimiento a las familias para que libremente puedan decidir o utilizar medios alternos para formar un vínculo familiar.

En el derecho internacional, se encuentra la protección al derecho de formar una familia en: la Declaración Universal de Derechos Humanos en el Artículo 16° que señala “Los hombres y las mujeres (...) tienen derecho (...) a casarse y fundar una familia (...)”. (Organización de las Naciones Unidas, 1948)

Visto de este modo, para formar una familia es indispensable el vínculo matrimonial; puesto que, de este vínculo se desprenden muchos derechos y deberes reconocidos que brindan protección a todos los integrantes del grupo familiar; asimismo, se desarrolla bajo la modalidad de una familia nuclear, un modelo tradicional de familia que se genera dentro del matrimonio y cuyos integrantes son el padre, la madre y los hijos que nacieran dentro de esta modalidad de familia.

El Artículo 17° inciso 1) de la Convención de los Derechos Humanos; tiene el mismo texto normativo del Artículo 23°, inciso 1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que señala “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. (Organización de las Naciones Unidas, 1966). La familia dentro del contexto natural se desarrolla producto de la naturaleza, entiendase como reproducción natural; es la primera escuela donde se forma el ser humano antes de salir y desarrollarse en la sociedad y a razón de ello, el Estado le brinda protección; el contexto de familia ha evolucionado y seguirá haciéndolo; algunos doctrinarios como Morgan toma la postura de Engels y señala que la familia se encuentra en constantes cambios a medida que la sociedad evoluciona; por lo que, no debe ser entendida como una institución fija o estable. (Oliva y Villa, 2014, pp.12,13)

Hasta aquí, la familia se encuentra protegida tanto nacional como internacionalmente; sin embargo, no se debe olvidar que formar una familia es un fin primordial para la sociedad y que ésta presenta una estructura que permite a las personas decidir el número de los miembros que la conforman; aunque a lo largo de la historia el concepto de familia ha ido evolucionando; la concepción que tiene hoy en día se deslinda de las formas comunes de conformarla.

Para la profesora Fernández (2003) señala que “No existe una forma única de familia pues ésta puede adoptar diversas maneras de constituirse y estructurarse, dependiendo ello en gran medida de factores socioeconómicos y culturales (...)”. (p.119)

Las maneras conocidas de construir una familia se desarrollan de manera natural; dentro o fuera del matrimonio e incluso de manera monoparentales; sin embargo, con el derecho otorgado a acceder a técnicas humanamente asistidas, abre la posibilidad de recurrir a tratamientos de infertilidad para procrear y formar una familia; por lo que, el debate hasta el día de hoy se encuentra en la voluntad para procrear al usar la técnica de maternidad subrogada y pretender que el Estado considere adecuar el derecho de formar una familia con ayuda de técnicas humanamente asistida de manera amplia.

Debe tener en cuenta que el primer paso para formar una familia, es la voluntad procreacional y la libertad de decidir sobre los derechos de reproducción que le asisten; sin embargo, no en todos los casos prima la voluntad procreacional.

El Poder Judicial del Perú (2014) en el Artículo titulado “*La familia como derecho humano en la jurisprudencia internacional*” señala “(...) al no establecerse una definición determinada de Familia, la protección es integral a todo Tipo de Familia, siendo así, el derecho de fundar una familia no es limitativo a una forma determinada de crearla (...)”. (p.6)

Esta postura reconoce que para formar un vínculo familiar puede desarrollarse de diversas maneras y por tanto; se considera que al no existir una sola forma de crear un vínculo familiar todas las formas existentes deben tener igual protección; postura que concuerda con la investigación; toda vez, que el vínculo familiar debidamente constituido requiere de voluntad procreacional; compromiso y determinación para llevar a cabo la maternidad y paternidad; por lo tanto, no basta sólo con pensar en el sector poblacional que puede concebir hijos de manera natural para que ejerza la potestad de decidir; si tener o no hijos dentro o fuera del matrimonio o incluso tener varios hogares; se necesita, también proteger una nueva unidad familiar que pueda crearse a raíz de las técnicas reproductivas y aún más específico, se acepte la voluntad procreacional para concebir utilizando técnicas de maternidad subrogada.

3.1.7. La voluntad procreacional basada en el derecho a gozar de los beneficios y avances de la ciencia y tecnología.

Los beneficios y avances producto de la ciencia son considerados como un Derecho Humano al que tienen acceso todas las personas, este beneficio es reconocido nacional e internacionalmente; el Artículo 14° de la Constitución Política del Perú, en su segundo párrafo señala “Es deber del Estado promover el desarrollo científico y tecnológico del país”. (Constitución Política del Perú, 1993). El derecho que otorga el Estado peruano a las personas de participar en el desarrollo científico y tecnológico; no solo permite el crecimiento en la vida científica; sino que, aunque no se encuentra expreso en la referida norma, esa participación permite y mejora los estilos de vida de todos el país; no basta con aportar y participar en el desarrollo de la ciencia y tecnología; ésta debe ser de utilidad para el uso, desarrollo y mejora de un Estado.

En el Artículo 27° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se señala que “Toda persona tiene derecho a (...) participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”. (Organización de las Naciones Unidas, 1948)

Participar en el desarrollo y disfrute de la ciencia es un derecho internacional; el goce de los avances producto de la tecnología es un derecho que tienen las personas, para mejorar su estilo de vida; es la razón de ser de este derecho; por lo tanto, siendo una regla convencional, impulsa y justifica la positivización en el derecho interno de cada país, a fin de que los estados propicien la participación de todos los ciudadanos en los avances tecnológicos y además de ello facilitar el disfrute de la tecnología.

En el Artículo 14° del Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales en el Artículo 15° en su primer considerando, inciso b), señala “Los estados partes en este protocolo reconocen el derecho de toda persona a: Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”. (Organización de las Naciones Unidas, 1966)

Sin duda, el progreso científico, es un tema internacional que ha facilitado la vida de las personas ante la sociedad y que goza de protección; el uso de aquel facilita la vivencia del ser humano en el mundo; la tecnología aporta en gran medida en el sector de la salud; puesto que, el aspecto reproductivo en un primer momento solo se concebía de manera natural; dejando en desventaja a mujeres y hombres que no pudieran concebir; sin embargo, cuándo la tecnología empezó a tomar importancia en el mundo, ésta ayudó a personas con problemas de fertilidad, permitiéndoles recibir tratamientos médicos que en muchos casos fueron resueltos; no suficiente con ello, la tecnología en la actualidad puede ayudar de manera alterna a la reproducción, una determinación que aún no se encuentra

protegida; pero que, si se atiende a los intereses de las personas es muy probable que se reconozca.

Entonces hasta aquí, los derechos biológicos y científicos son reconocidos nacional e internacionalmente y cuyo desarrollo y progreso generan un aporte a nivel mundial. En materia de salud, la tecnología ha avanzado con tal fuerza que permite concebir alternamente mediante técnicas que requieren el apoyo de la tecnología; por lo que, atendiendo a las necesidades reproductivas se espera un próximo reconocimiento de la técnica de maternidad subrogada como aporte en la mejora y el vance del país.

Por otro lado, “El derecho a gozar de los avances científicos tiene dos sujetos titulares: los científicos quienes tienen derecho a acceder al conocimiento, información y desarrollo (...) y las personas quienes tienen el derecho a usar estos avances (...)”. (Ramón y Araiza, 2017. P.29)

En este caso, de lo expuesto por el autor se puede indicar que sobre el derecho que se otorga a las personas para utilizar los avances de la ciencia y tecnología; aplica como la posibilidad de acceso a ellas relacionado con la voluntad procreacional que con llevaría a la aplicación de técnicas reproductivas; en tanto que, estas últimas forman parte del avance científico.

El uso de la tecnología, en materia reproductiva facilita la voluntad procreacional a través de la gestación subrogada, suple carencias reproductivas; sin embargo, no es el único rubro donde aporta una mayor relevancia siendo de este modo, la Organización de las Naciones Unidas; se pronuncia reconociendo “El derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones abarca todas las ciencias: de la vida, la física y química, del comportamiento y sociales, así como las profesiones de la ingeniería y la salud”. (Shaheed, 2012)

El avance de la ciencia, permite a las personas mejorar la calidad de vida; si bien abarca todos los ámbitos de la existencia humana, en el aspecto de salud siendo más específicos el ámbito reproductivo, ha tenido gran consideración con la aplicación de técnicas reproductivas; demostrando que la ciencia y la tecnología ha avanzado tanto que, abre la posibilidad de concebir de maneras nada tradicionales; ahora, es de cuestionarse si el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico es para todos los ciudadanos por igual y por qué, no permitirles acceder a una nueva modalidad de procreación, si las necesidades de los ciudadanos son diversas y el reconocimiento internacional del mismo protege a los ciudadanos en igual medida.

Por lo tanto, restringir el avance de la ciencia y la tecnología en temas reproductivos significaría un retroceso en el país y un descuido del Estado frente a un sector poblacional vulnerable.

3.1.8. La voluntad procreacional basada en el derecho genético.

Para entender en que consiste el derecho genético, es necesario saber de qué se encarga la genética; para ello el jurista Varsi (1995); en su libro titulado “*Derecho genético: principios generales*” señala “La genética, es la ciencia encargada de estudiar la herencia biológica (...)”. (p.24). Es decir, la genética, abarca el proceso de cómo se transmiten los genes de los padres hacia los hijos; esta definición se encuentra relacionada con la apariencia o características propias de la persona, trastornos hereditarios y comportamientos; sin embargo, el tema genético es amplio; esta definición no abarca todos los ámbitos de los que se encarga la genética, pero si es importante para la investigación.

Teniendo en claro lo que abarca parte de la genética; es necesario identificar en que consiste ese derecho siendo de este modo, la doctrina señala que el derecho genético “Es

la rama del Derecho que regula el desarrollo de la ciencia genética y su influencia sobre el ser humano”. (Varsi, 1995, p.24)

Este derecho permite que el desarrollo a base de la ciencia con relación a los genes no atente contra la integridad humana; siendo de este modo el ser humano se encuentra bajo protección jurídica; sin embargo, se debe tener en cuenta dos conceptos muy importantes; primero, que la información genética refiere al factor determinante que hace único a cada ser; abarca características físicas y comportamientos; segundo, y muy controversial la manipulación genética que llevada al término de salud permite eliminar, insertar o reemplazar el ADN en un gen; lo que conlleva a realizar un tipo experimental para pretender mejorar la existencia humana.

La voluntad procreacional, basada en el derecho genético; producto de la técnica reproductiva de maternidad subrogada, permite la posibilidad de formar hogares sin que medie las relaciones sexuales; sin embargo, la concepción doctrinaria considera que esta práctica atenta contra la integridad y dignidad humana; puesto que, señalan que la práctica reproductiva cosifica a la mujer que presta el vientre. (Emaldi, 2018, p.125); lo que lleva a muchos investigadores que consideran que esta práctica beneficia como avance científico a las mujeres y hombres vulnerables reproductivamente; realizar un análisis minucioso para pretender incorporar los beneficios de la ciencia ante deficiencias reproductivas. (Castellanos, 2019, pp. 63,64)

Por otro lado, debe tenerse en consideración que lo único que pretende la ciencia médica es evolucionar y aplicar la tecnología para suplir deficiencias reproductivas, como apoyo hacia el ser humano que lo adolece.

3.2. ¿El ejercicio de la libertad genera actos jurídicos?

3.2.1. Justicia Social.

Respecto al concepto de justicia social Arnaiz (2020); lo explica muy bien y señala que “es un principio básico, un valor fundamental para conseguir la convivencia pacífica y el progreso de las sociedades”. Puesto que, se vive en un mundo globalizado y por ende requiere de mecanismos que ayuden a erradicar los problemas más comunes como la pobreza y la desigualdad. Ante la problemática existente la ONU, señaló el 20 de febrero como el día mundial de la Justicia Social; con la finalidad de lograr la concientización del mundo hacia el bienestar, buscando el desarrollo mediante la igualdad de oportunidades.

Cuando se habla de convivencia pacífica; esta se desarrolla bajo tres principios éticos; el primero, es la relación que se desarrolla dentro de la sociedad que les permite interactuar en base a la democracia, es decir es una convivencia que respeta las normas que velan la vida en común; el segundo principio ético, guarda relación con la inclusión social; es decir, el objetivo es integrar a las personas ante la sociedad evitando actos discriminatorios; encaminado en políticas públicas que vinculen a toda la sociedad y por último el tercer principio ético de la convivencia pacífica refiere a una cultura de paz; es decir, promover una convivencia en base a valores como el respeto y tolerancia; asimismo, fomenten el cuidado colectivo y la inserción comunitaria. (Unión, 2021)

Encontrarse frente a una convivencia pacífica; no solo significaría un trabajo conjunto de las personas para lograr el desarrollo personal y colectivo; sino que ante la presencia de conflictos se requiera soluciones que involucren a los gobiernos y a la sociedad.

Asimismo, el progreso de las sociedades se relaciona con los cambios sociales en los que se encuentran constantemente; que les permite alcanzar un mejor estilo de vida y que influyen en los ciudadanos como un estado ideal de bienestar. “Es el movimiento que

separa la distancia entre el escenario actual y el plano deseado a nivel social (...)" (APD, 2018)

Es de recordar que las personas se desarrollan en base a la sociedad y por ende el nivel de satisfacción del ser humano aumenta gracias a las condiciones externas; las personas que aprovechan o hacen uso de oportunidades mejoran su calidad de vida; entonces, desde esta perspectiva el progreso social necesita el compromiso y la responsabilidad del ser humano y las autoridades para conducirla bajo valores éticos y morales.

Por ende, la justicia social en el sector de la salud, se debería abarcar en un sentido más complejo que permita desarrollarse con la ayuda de la tecnología y de este modo suplir necesidades reproductivas, postulando a un primer acercamiento normativo que tome en cuenta la deficiencia reproductiva, el verdadero aporte de la ciencia, la igualdad frente al derecho reproductivo, la voluntad y el enfoque más amplio de la dignidad humana.

3.2.2. Interés Público.

Cuando se habla de interés público, se está frente a un concepto indeterminado; sin embargo, puede ser entendido como el conjunto de necesidades existentes dentro de un grupo social determinado; por lo cual, se formulan medidas que toma un Estado en beneficio de un país; el tribunal constitucional peruano mediante Sentencia N° 3283-2003-AA/TC, señala que "Se denomina como interés público al conjunto de actividades o bienes que, por criterio de coincidencia, la mayoría de los ciudadanos estima, meritúa o tasa como algo necesario, valioso e importante para la coexistencia social". (Taj Mahal Discoteque y otra sentencia N° 3283-2003-AA/TC, 2003)

Esta postura, señala que es la sociedad la que exige al Estado velar por sus intereses en base de una necesidad que se considera útil para el bienestar colectivo; pues, en el

interés público existen dos elementos primero, es el interés que denota una estimación valorativa dando importancia a algo, a nivel personal o colectivo y el elemento público que consiste en la necesidad imperante que el estado debe proteger a favor de una comunidad. Para entender un poco más acerca de la competencia del interés público, es necesario identificar las definiciones de interés difuso y colectivo; no sin antes definir que se entiende como colectividad; siguiendo esta idea se cita a la Real Academia Española, (2021) que define a la colectividad como el “Conjunto de personas reunidas o concertadas para un fin”. Esta definición se dirige a un grupo de personas pertenecientes a una sociedad que comparten algún objetivo en común; por lo tanto, se concluye que las colectividades se forman del propio accionar de las personas quienes presentan intereses comunes.

De lo expuesto; en el párrafo anterior, se considera de interés público los intereses difusos y colectivos; para ello se cita a la catedrática Aguirrezabal (2006); quién en su Artículo titulado “*Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)*” señala “los intereses difusos refieren al sujeto no como individuo sino como miembro de un grupo que puede ser más o menor amplio (...), mientras que los intereses colectivos atañen a grupos delimitados en que los miembros se encuentran determinados (...)”. (p.84)

Desde esta perspectiva los intereses difusos y colectivos difieren en tanto cuantía; puesto que, mientras que en el primero conforman un grupo difícil de determinar; en el segundo conforma un grupo de miembros determinados; sin embargo, hablar de intereses difusos también denota el vínculo de personas que forman una comunidad que se unen para reclamar o exigir su protección, cuando se sienten amenazados; mientras que en el interés colectivo, denota el vínculo de personas que forman una asociación que actúan

reclamando ante la amenaza concretada de algo (Fundación Wolters kluwer Guías Jurídicas, 2021). Asimismo, la doctrina también señala que en los intereses colectivos los miembros que lo conforman se encuentran unidos por un vínculo jurídico; no existiendo este vínculo en el interés difuso. (Grau, 2001)

A raíz de lo expuesto; es necesario cuestionarse si la maternidad subrogada guarda relación con el interés público; toda vez, que la técnica reproductiva de maternidad subrogada beneficia a un sector dentro de la población que presenta problemas reproductivos (una población que no puede determinarse fácilmente a nivel mundial) y para los que el avance de la ciencia es un medio alternativo de ejercer su derecho reproductivo; convirtiéndose en una necesidad de carácter colectivo que debe ser atendida por el Estado; a fin de suplir deficiencias reproductivas de un individuo en particular y en consecuencia de manera general ocuparse del interés de un sector poblacional.

3.2.3. La teoría de las necesidades.

Hablar de necesidades abarca dos connotaciones; la primera, da la idea de carencia o falta de algo; mientras que la segunda, se desarrolla bajo una necesidad que deben suplir las personas.

Para Maslow “Las necesidades más básicas son defectivas, constituidas por un faltante y deben ser satisfechas para evitar una situación indeseable”. (Cotrina, 2020, p86). Desde esta perspectiva; se considera que es importante poder satisfacer las necesidades que se consideran básicas para pasar al siguiente nivel; es decir, las necesidades son ilimitadas; por lo tanto, al suplir unas aparecen nuevas por lo que, el ser humano necesita contar con medios que le permitan satisfacer sus necesidades; la satisfacción de necesidades conlleva a las personas a desarrollar muchos ámbitos de su vida; asimismo, en esta postura, la

importancia de suplir las necesidades, permite que esas deficiencias no afecten el desarrollo personal (psicológico y físico) del ser humano.

Continuando con Maslow este clasifica a las necesidades en cinco niveles; “En primer lugar, coloca las necesidades fisiológicas (...) Segundo, las necesidades de seguridad (...) Tercero, las necesidades de amor y pertenencia (...), Cuarto, las necesidades de estima (...) Quinto las necesidades de autorrealización (...)”. (Elizalde y otros, 2006, pp.5,6). El primer nivel está conformado por necesidades básicas que tienen influencia en el ser humano; estas necesidades aportan en la supervivencia física; en este nivel se encuentra la necesidad de sentir hambre, sed, cansancio, etc. En el segundo nivel la necesidad va aumentando y ahora el ser humano tiene que preocuparse por sentirse seguro ya sea a través de ahorrar dinero, comprar bienes, etc; el individuo tiene que buscar los medios necesarios para sentirse protegido; en el tercer nivel, empieza la necesidad de querer ser reconocido ante la sociedad, surge la necesidad de hacer amigos, de formar y tener una familia, etc. En el cuarto nivel, surge la necesidad de desarrollar su nivel psicológico, es decir el ser humano busca la manera de mantener la auto aceptación, reputación, respeto, confianza, etc. Por último el quinto nivel y más alto nivel de esta pirámide contiene las necesidades internas y de autorrealización; es decir, en este nivel se busca la satisfacción en todos los aspectos del ser humano.

De todo lo expuesto en párrafos anteriores; si se aplica la teoría de las necesidades en la maternidad subrogada, se puede colegir que se trataría de una necesidad que se inicia en el tercer nivel cuando nace la necesidad de formar una familia y se extiende hasta el quinto nivel; toda vez, que el ser humano necesita sentirse realizado en todos los ámbitos de su vida; además que esta práctica reproductiva como necesidad se desarrolla bajo dos aspectos; el primero abarca el aspecto biológico; es decir, cuando el ser humano padece

de algún problema reproductivo y el segundo abarca el aspecto cultural cuando el desarrollo personal predomina en un primer momento en la vida del ser humano alcanzando una edad en la que tener descendencia se le hace imposible.

Para la investigadora Pérez (2012); la necesidad de recurrir a las técnicas reproductivas encuentra su sustento “(...) en la necesidad de resolver problemas que las parejas pueden tener en cuanto a la concepción por vía natural de sus hijos, encontrándose frente a obstáculos de naturaleza anatómica, biológica y funcional (...)”. (p.136)

El sector humano que padece de enfermedades congénitas o presenta problemas reproductivos que impiden procrear de manera natural, se encuentran en desventaja ante la sociedad para formar un vínculo familiar; no es lo mismo, adoptar que intentar tener descendencia donde sea posible establecer una relación genética; como tampoco se podría hablar de justicia social si se permite proteger el vínculo familiar de manera natural y privar a los que no pueden concebir por presentar problemas reproductivos; la infertilidad y la esterilidad son dos problemas muy frecuentes; la infertilidad es un problema que no permite culminar el nacimiento de un menor; mientras que, la esterilidad es la imposibilidad de conseguir un embarazo; convirtiéndose en una necesidad que la ciencia puede suplir en la actualidad.

3.3. La maternidad subrogada.

Antes de emitir pronunciamiento a cerca de una definición de maternidad subrogada; es necesario señalar que, la doctrina que apoya esta técnica reproductiva utiliza este término para relacionarlo con la autonomía que hace o pretende que el ser humano decida abiertamente sobre su cuerpo. (Regalado, 2017, p.12)

Asimismo, es un término que nace producto del avance de la ciencia, que fue utilizado por profesionales de salud para dar nombre a la técnica reproductiva; esta práctica aparece

como un medio de ayuda para las personas que presentan problemas reproductivos; las dificultades que genera la carencia reproductiva puede variar en gran medida, razón por la que, las técnicas reproductivas humanamente asistidas pueden llevar a término el embarazo que no es posible realizarlo de manera normal por quienes se consideran los padres de intención; o en casos más severos (esterilidad, infertilidad o deformaciones uterinas, etc.) utilizan procesos médicos sobre una tercera persona. (Jouve, 2017, p.155)

Esta técnica reproductiva, parece ser beneficiosa para el sector que presenta problemas de fertilidad; sin embargo, al ver que en esta práctica intervienen intereses personales, económicos y científicos; se requiere la intervención del Estado para que se haga cargo de evaluar la situación existente y crear normas que determinen los nuevos límites si se aceptara este procedimiento. (Arteta, 2011, pp.92,93). Cabe señalar que esta práctica reproductiva busca suplir deficiencias; más no solucionar el problema reproductivo; puesto que, esta práctica funciona como un intento desesperado para no perder la oportunidad de tener descendencia y para poner en práctica un nuevo avance científico en el país.

3.3.1. La maternidad y maternidad subrogada.

La maternidad desde sus orígenes ha sido relacionada con la reproducción y las responsabilidades provenientes de ella; siguiendo el orden de esta idea se cita a Arvelo (2004); quién tomando lo expuesto por Loraux y Vegetti señala que “La maternidad históricamente ha estado asociada a la fecundación, fertilidad (...). Así mismo se le vincula con la protección, afecto, conservación, cuidado, incondicionalidad, sacrificio, al orden biológico, natural, instintual (...)”. (p.93)

Entonces, es claro que en esta postura la concepción de maternidad está predeterminada por la reproducción biológica propia de la mujer y el desarrollo afectivo

que de aquel se derive; el aspecto natural para la reproducción juega un rol muy importante ante las leyes y la sociedad; es el medio bien visto y aceptado para procrear y ser considerada madre; sin embargo, es una postura que no toma en cuenta que el término maternidad no solo se desarrolla dentro del aspecto natural; por lo que, obvia la importancia del aspecto cultural del término.

Siendo de este modo Palomar (2005); señala que “La maternidad no es un hecho natural, sino una construcción cultural multideterminada, definida y organizada por normas que se desprenden de las necesidades de un grupo social específico y de una época definida de su historia (...)”. (p.36)

Debe entenderse entonces que la construcción cultural multideterminada impone una manera de ser dentro de la sociedad a base de ideologías y costumbres en una determinada época; a razón de ello existen normas comunes que la gente reconoce; sin embargo, es una construcción cultural que viene evolucionando. (Briñón, 2012). Esta postura, no reconoce a la maternidad como un hecho biológico o natural; lo cual puede entenderse como un tema de género; puesto que, a base de creencias se le asigna el rol de maternidad y paternidad; considerando que el hecho reproductivo natural deviene de lo natural; mientras que el aporte reproductivo del hombre deviene como un aporte cultural. Esta postura desarrolla el instinto y amor maternal, un término que al entender de algunos doctrinarios; no corresponde a procesos naturales por ende, forma parte de la construcción cultural que puede o no mantenerse. (Cieza, 2019, p.47)

De lo expuesto, se considera que el aspecto natural y cultural no pueden deslindarse el uno al otro; puesto que, el factor natural presenta igual importancia que el aspecto cultural; mientras que, la maternidad en el aspecto cultural se encuentra en constantes cambios por formas de vivencias; la maternidad también se fundamenta biológicamente

y producto de ello está la reproducción natural, aunque no en todas las personas les sea factible; por lo tanto, en la maternidad implica lo natural (corporal) y psíquico (real, imaginario y simbólico. (Cieza, 2019, p.48)

Antes de definir un concepto de maternidad subrogada; es necesario conocer que los avances científicos han dado paso a una concepción de maternidad más complicada y eso se debe a que la valoración del término maternidad se desarrolla estableciendo una diferencia entre “carga genética, gestación y responsabilidad legal”. (Brasch y Álvarez, 2019). Siendo de este modo, se entiende por carga genética la relación existente del gen transmitido por la madre; asimismo, se entiende por gestación el proceso de fecundación dentro del vientre hasta el día del parto y por último se entiende por responsabilidad legal, los derechos y obligaciones que adquiere la mujer para el cuidado y crianza del menor. Sin embargo, a esta postura se le puede agregar el término voluntad procreacional para referir al interés volitivo de ser madre bajo el concepto de familia. (Rojas, 2017)

Entonces, si la maternidad involucra el aspecto biológico, cultural y la diferencia de términos básicos respecto a la maternidad subrogada en qué medida puede asociarse la práctica reproductiva de maternidad subrogada; para ello la doctrina señala que la maternidad subrogada es un procedimiento que “(...) se realiza cuando el nacimiento de un hijo se presenta como consecuencia de la participación de una mujer que lleva a término el embarazo bajo las condiciones de un pacto y que se compromete a entregar al nacido (...)”. (Pérez, 2012, p.129).

Para esta postura, la maternidad subrogada se realiza bajo un procedimiento anterior a la práctica reproductiva, plasmada mediante un documento; lo que significaría que esta práctica involucra la autonomía, voluntad y el aspecto cultural que desarrolla la doctrina para referirse a la maternidad; la gestación subrogada desde esta perspectiva, se presenta

como la posibilidad de tener descendencia, como la voluntad consciente y ejercida de las partes para realizar esta práctica que accedieron por razones de creencias, posibilidades, u/o cualquier tipo de interés de por medio: por ende, el ser humano es consciente y responsable de sus actos y su actuar va a depender mucho de sus creencias, de la manera como evoluciona ante la sociedad y de lo que considere correcto.

Una vez que exista ese acuerdo de intereses individuales, se lleva a término la práctica reproductiva de maternidad subrogada que “implica utilizar métodos de reproducción asistida, principalmente FIV ICSI, para llevar a cabo la implantación del embrión con los gametos de la pareja comitente o con el gameto del padre comitente y de la madre gestante”. (Mendoza y otros, 2019, p.60). Para esta postura, la maternidad subrogada es un mero trámite reproductivo que se desarrolla mediante la fecundación in vitro con microinyección intracitoplasmática una variación del FIV, que permitirá la implantación del esperma directamente en el óvulo, técnica reproductiva que se desarrollará más adelante; por otro lado, debe entenderse como pareja comitente a las personas que buscan procrear de forma natural sin éxito alguno; que al no haber podido llevar a término su derecho reproductivo pretenden acudir a esta práctica reproductiva; por ende, en este campo la pareja comitente puede ser la portadora de ambos gametos o sólo uno de ellos y aunque la doctrina contemple que en la maternidad subrogada también se encuentre factible la donación de gametos como producto de esta práctica, es una posición con la que no se concuerda.

La maternidad subrogada, vista desde un aspecto más coloquial la encontramos con Romero (2016); quién señala que la gestación subrogada “(...) es cuando una mujer carga el embarazo y da a luz a un bebé que les pertenece a otros padres genética y legalmente (...)”. (p.12). Esta postura, se acerca más a lo que realmente se debería concebir como

maternidad subrogada; puesto que, si bien es cierto, el hecho de participar como mujer portadora, debe presentar límites que ayuden al buen desarrollo jurídico de la práctica reproductiva y al señalar que esta mujer lleva a término el embarazo cuya genética les pertenece a otras personas, se asimila como el aporte que debe provenir de los comitentes; sin embargo, no siempre es así; es de señalar que cuando el aporte es realizado por los comitentes ya cuentan genéticamente con un vínculo que llevado al ámbito legal debe ser tomado en cuenta para una aproximación biológica en cuanto a su regulación.

De todo lo expuesto, se considera conveniente mencionar al ponente Richard quién señala que la maternidad se presenta bajo diferentes modalidades; siendo estas, la maternidad genética que es atribuida a quién realiza el aporte del óvulo; la maternidad parcial que es atribuida a la mujer gestante, la maternidad legal que es atribuida a la mujer que asume los derechos y obligaciones propios de la maternidad sin intervención biológica (adopción); la maternidad plena que es atribuida a la mujer que presenta el vínculo biológico, gestacional y legal sobre el menor. (Ruiz y Silió, 2013, p.4,5). Por lo tanto, de la idea de maternidad se deslinda el clásico concepto biológico y se aproxima a una nueva forma de determinarla y es ahí donde la maternidad subrogada puede ser tomada en consideración.

3.3.2. La maternidad subrogada como técnica reproductiva.

La maternidad subrogada es una técnica reproductiva que se desarrolla necesariamente con la intervención de una tercera persona conocida como mujer portadora y de manera complementaria con donadores de gametos; dependiendo del problema reproductivo.

Como ya se ha indicado antes la doctrina señala como técnica reproductiva inherente a la maternidad subrogada a la fecundación In Vitro; más conocida como FIV, una técnica

que consiste en unir ambos gametos en un laboratorio, para luego ser implantados en el útero de la mujer.

A vista de Borrajo (2015); la fecundación In Vitro “(...) implica reproducir, afuera del cuerpo humano, el proceso de fecundación (...) Una vez obtenidos los embriones, se procede a su inserción en el útero de la mujer (...)”.(p.30)

Esta técnica reproductiva, se lleva a cabo extrayendo el óvulo y el espermatozoide que es manipulado en el laboratorio para obtener embriones, entiéndase por este término la fecundación en etapa inicial que es insertada en el útero de la mujer subrogante.

Si, el desarrollo de la técnica reproductiva se realiza en un laboratorio con los gametos de los comitentes o donados (diferente al de la mujer gestante) y son insertados al útero de la mujer portadora se está ante un caso de maternidad subrogada plena; puesto que, la gestante sólo se encarga de llevar a término el proceso de gestación, mientras que genéticamente no presenta vínculos. En eso consiste esta práctica reproductiva; prestar la ayuda de una tercera mujer que lleve el proceso de gestación, requerida por los comitentes que presentan problemas reproductivos; la participación de esta tercera persona se caracteriza solo por gestar. (Charrasquiel, 2020)

La FIV, presenta una variación conocida como ICSI que consiste “En crear un embrión por medio de la inseminación de un óvulo mediante la microinyección de un solo espermatozoide en su interior” (García y otros, 2018,p.3)

La variación de esta técnica reproductiva se encuentra ligada al nivel de infertilidad; así como en la supuesta probabilidad alta de embarazo; esta variación de la técnica consiste en inyectar un espermatozoide de manera directa en el óvulo para lograr obtener la procreación; generalmente esta variación es utilizada en la llamada maternidad subrogada plena; donde la mujer portadora es la misma que aporta su material genético. Sin

embargo, a criterio personal se podría expresar que esto ya no se trataría de una técnica de maternidad subrogada propiamente dicha; puesto que, la tercera persona al donar su óvulo y procrear crea un cuadro que involucra el gen, el vientre y la legalidad, convirtiéndose en madre biológica y el elemento de madre portadora (tercera persona) ya no tiene importancia como término.

3.3.3. Tipos de maternidad subrogada.

Para poder identificar el nexo o vínculo de la comitente en cuestiones de maternidad; es necesario tener en claro bajo qué medio gestacional se produjo la práctica reproductiva y a razón de ello la doctrina muestra que la maternidad se puede desarrollar bajo la procedencia de gametos; mediante la relación existente entre la comitente y la gestante y por existencia o no de contraprestación.

De acuerdo a la procedencia de gametos Brasch y Álvarez; en su publicación titulada “*¿Cuáles son los diferentes tipos de gestación subrogada?*”, señala dos tipos “Gestación subrogada tradicional o parcial: la gente aporta los óvulos. Así como también es la madre biológica (...). Gestación subrogada completa o total: la gestante no tiene ningún vínculo biológico con el bebé (...)”. (Brasch y Álvarez, 2019)

Desde esta perspectiva entiéndase como gestación al proceso comprendido entre la concepción y el nacimiento; asimismo, se debe señalar que el término subrogar es el acto de sustituir a una persona por otra; estas dos clases se diferencian en la procedencia del aporte genético; sin embargo, lo único que tienen en común es la participación de una tercera persona quién lleva a término el embarazo; en el primer tipo de subrogación no es necesario buscar un donador dado que es la mujer portadora la que dona su propio óvulo; sin embargo, emocional y jurídicamente se vuelve un tanto complicada por el mismo hecho que involucra la genética y la subrogación; mientras que, el segundo tipo de

subrogación la portadora sólo realiza el trabajo gestacional; en cuánto a genética dista de ella; toda vez, que el óvulo proviene de un donador o de la comitente (Blogger de la CE, 2020). Asimismo, es de señalar que jurídicamente en los países que aceptan la maternidad subrogada; la subrogación gestacional es legal a diferencia de la subrogación tradicional.

De acuerdo a la relación existente entre la comitente y la gestante; Rojas (2017), en su publicación realizada “*Clases o tipos de maternidad subrogada*”; señala que existe una “Maternidad subrogada intrafamiliar: cuando la mujer gestante pertenece a la familia de los padres intencionales (...). Maternidad subrogada extrafamiliar: cuando la gestante no posee ningún tipo de relación familiar con los padres intencionales o comitentes”. (Rojas, 2017)

Aquí, se debe tener en cuenta que el proceso de subrogación requiere de una tercera persona que puede encontrarse dentro del ámbito de los comitentes como el caso de los parientes cercanos quienes prestan su consentimiento para realizar el procedimiento reproductivo y el segundo supuesto que se relaciona con la intervención de una tercera persona que en un primer momento es desconocida para los comitentes; pero una vez que se culmine el proceso de gestación. Asimismo, señala el autor que los problemas que surgen aquí son de tipo moral y la confusión de roles entre familias a las que se deberá enfrentar el menor.

De acuerdo a la contraprestación económica; Rupay (2018), en su Artículo titulado “*La maternidad subrogada gestacional altruista en el Perú: problemática y desafíos actuales*” señala que “Subrogación comercial: (...) una mujer acepta embarazarse por otra a cambio del pago de una cantidad cierta y determinada (...). Subrogación altruista: (...) una mujer acepta gestar al hijo por cuenta de otra, de manera gratuita (...)”. (p.106)

Esta clasificación pertenece a la realidad existente en países que han admitido la maternidad subrogada y aunque es cierto que en la legislación altruista no recibe compensación económica por gestar; los comitentes se hacen cargo de gastos médicos y pertenecientes al cuidado y alimentación de la gestante, generalmente en este tipo de prácticas son familiares los que prestan el consentimiento desinteresado como ayuda a sus familiares para que puedan formar una familia; mientras en la gestación comercial lo que predomina es la retribución económica; donde los comitentes se hacen cargo de los gastos antes mencionados además de asignar una compensación a favor de la subrogante. (Rojas, 2017). Desde esta perspectiva la diferencia entre ambos se encuentra en la retribución económica.

3.3.4. Tratamiento de la maternidad subrogada en el derecho comparado.

Para poder realizar un correcto análisis de lo que conlleva la práctica reproductiva de maternidad subrogada; es necesario, conocer cuáles son esas prohibiciones que en el derecho comparado se desarrollan; la doctrina separa el tratamiento de la maternidad subrogada en tres grupos: el primero conformado por países que lo prohíben; el segundo conformado por países con admisión regulada y el tercero conformado por países con admisión amplia. (Ruiz, 2013, p.12). Dentro de los países que prohíben la maternidad subrogada se encuentra:

Alemania; que es un país que regula la prohibición de esta práctica reproductiva y castiga a esta práctica con cárcel o pena de multa; encontrándolo regulado en el Artículo 1º de la Ley de Protección del Embrión 745/90 del 13 de diciembre de 1990; que señala la prohibición de las técnicas de procreación artificial cuando:

Artículo 1º; primer considerando “transfiera a una mujer un óvulo ajeno no fecundado”. (Villalobos, 1994, p.417). Apartarse de la gestación tradicional aqueja a

muchos países en la actualidad; razón por la que, la legislación alemana sanciona cualquier tipo de fecundación del óvulo, cuando este tenga un destino diferente al de la mujer que solicita el procedimiento; en un primer momento la norma prohíbe la transferencia de un óvulo a otra mujer; asimismo, la norma en un segundo considerando señala que se sanciona al que “emprenda la acción de fecundar artificialmente un óvulo, con otros fines al de producir un embarazo, en la mujer de la cual proviene el óvulo en cuestión”. (Villalobos, 1994, p.417); esta prohibición se encuentra inmersa a la fecundación artificial de un óvulo para fines reproductivos; es decir, que todo fin diferente a la conservación de un óvulo se encuentra sancionado o castigado para Alemania; esta norma, no distingue si el tratamiento proviene de la mujer que pretende fecundar o presta el vientre, esta sanciona la práctica como tal.

Si de lo expuesto, se extrae que Alemania sanciona la procreación artificial; es necesario tener definido que la inseminación artificial es un procedimiento que prepara el semen en un laboratorio para introducirlo en el óvulo y generar mayores probabilidades de embarazo. (Pisetta, 2016, pp.358.359).

Por último, esta norma en el séptimo considerando señala que se sanciona al que “emprenda la acción de practicar una fecundación artificial o de transferir un embrión humano a una mujer, la que está preparada para abandonar a su hijo a terceros (...)”. (Villalobos, 1994, p.417). La norma alemana castiga el mal uso de embriones ya sea por transferirlos o para procrear mediante la fecundación artificial; sin embargo, bajo este considerando prohíbe la práctica reproductiva de gestación subrogada toda vez, que en esta práctica se lleva a cabo una procreación donde a la mujer que realiza el proceso reproductivo es la que se encuentra de acuerdo que ante el nacimiento del menor; este sea entregado a un tercero; sin embargo, bajo lo expuesto en esta norma la práctica

reproductiva que se realiza tiene como fin que la gestante y la portadora del óvulo sea la misma persona. (Burstein, 2013, p.27)

Dentro de los países que admiten la maternidad subrogada de manera altruista se cita a Grecia, con la Ley 3089/2002 y la Ley 3305/2005; “*sobre asistencia médica de la reproducción humana*”; es la que precisa acerca de los requisitos a los que se encuentran sometidas a las partes y que posteriormente fueron incorporados al Código Civil en los siguientes términos:

Artículo 1458° “La transferencia de embriones en el cuerpo de otra mujer, extraños a ésta y la gestación por ella, son permitidos mediante autorización judicial acordada antes de la transferencia si existe acuerdo escrito (...)”. (Estrada, 2018,p.10) La primera parte del citado artículo, permite la transferencia de embriones mediante la existencia de una autorización judicial; desde este sentido, es el tribunal quien realiza un análisis minucioso del procedimiento que se pretende realizar y a partir de eso analiza bajo qué parámetros se encuentra el acuerdo realizado por escrito; asimismo, el pasar por un tribunal significa que este otorga protección a la comitente, al menor y a la subrogante; puesto que, un tribunal no otorgaría el permiso de dicha práctica si ésta significara riesgo para algunas de las partes; por ejemplo cuando un análisis médico resultara desfavorable para la gestante, sería un caso que no se encontraría permitido.

Asimismo, tal norma en su segundo párrafo expresa “La autorización judicial se acordará (...) (Estrada, 2018) si se comprueba que la gestación le es médicamente imposible y que la mujer que se preste a la gestación es apta teniendo en cuenta su estado de salud”. Desde esta perspectiva, es el tribunal que analiza el grado de necesidad de la comitente para pretender realizar la práctica; este tribunal, pondera las deficiencias reproductivas por ende, la necesidad imperante radica en el grado de dificultad que tiene

la comitente para llevar a término un embarazo; para que el tribunal pueda aprobar la práctica solicitada por la comitente; esta tiene que reunir varios requisitos por ejemplo la comitente no debe pasar de los 50 años; la subrogante debe encontrarse sana y con capacidad de gestar así como también mediante este proceso no debe aportar su óvulo; esta práctica se realiza sólo con ciudadanos griegos; aquí el hombre no se le permite solicitar un vientre subrogado; por otro lado, en esta norma obtenida la autorización pierden cualquier derecho al cambio de opinión; esta ley prohíbe la remuneración, pero acepta un aporte dinerario por el trabajo no realizado y los gastos producidos durante el procedimiento. (Ávila, 2017,p.331)

Del país con aceptación amplia en casos de maternidad subrogada se cita a México (Tabasco) en el Artículo 92 del Código Civil establece el deber de reconocer al hijo “(...) En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación (...)”. Esta norma protege que el hecho reproductivo se inició y llegó a término gracias a la iniciativa de la mujer comitente por ello cuándo se trate de un nacimiento producto de mujer sustituta la maternidad será determinada a favor de la comitente; asimismo, mediante la normativa existente en Tabasco la práctica reproductiva permite que se realice de manera gratuita u onerosa; el derecho de realizar el procedimiento de gestación subrogada se concede sólo a los mexicanos; se realizará cuando la comitente presente problemas reproductivos severos; aquí el personal de salud mediante análisis y tratamientos previos determinará la práctica subrogada, la legalidad del contrato se desarrolla ante la presencia del notario; algo que es de importancia y causa curiosidad en esta legislación es que en caso de que los comitentes adolezcan de alguna

discapacidad o haya ocurrido su muerte la subrogante y su esposo pueden pedir la custodia del menor. (Sastré, 2017)

3.3.5. La persecución jurídica de la maternidad subrogada.

La maternidad subrogada para el sector que requiere de ayuda científica genera un avance significativo en el desarrollo y en sus vidas; sin embargo, en el mundo siempre existen personas que, por razones de cultura, ética y vivencias morales, consideran que estas prácticas en vez de ayudar van en contra de los derechos fundamentales, generando una controversia y un atraso científico en los países que aún no aceptan esta técnica reproductiva.

Entonces para poder determinar qué tan importante es el aporte de la ciencia en la salud reproductiva desde una mirada hacia la gestación subrogada o cuánto daño causa la gestación subrogada ante la sociedad; se ha de analizar y tomar en consideración las posturas en contra de la gestación subrogada que desarrolla la doctrina.

Camacho (2009); realiza un análisis de las posturas a favor y en contra de la gestación subrogada en su artículo titulado *“Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores”*; donde señala como posturas en contra que “La maternidad es un proceso natural e incorporar otras variables que desnaturalicen el proceso es moralmente inaceptable”. (p.6). Para esta postura la maternidad que se pretende adquirir mientras no sea determinada por el parto y la gestación en la misma persona se considera inaceptable; entonces, si esto fuera cierto, que de naturalidad hay aceptar que mujeres que no pueden parir de manera natural se sometan a una cesárea o que en vez de recurrir a una partera se realicen ecografías 9D; como se puede explicar que las gestantes tomen medicamentos recomendados por el médico, que existan instrumentos utilizados por los doctores para lograr un parto con

éxito. Si no existiera la ayuda de la ciencia y la tecnología en procesos de maternidad ¿sería lógico dejarlas morir ante una complicación por no hacer uso de la tecnología y por sólo pretender utilizar el proceso natural? (Camacho, 2009, p.7); la respuesta es definitivamente “No” y por lo tanto, las variables existentes en un proceso de maternidad son útiles en cuanto ayuden o beneficien a la población que la necesita.

La maternidad debe verse y entenderse como algo más que parir o engendrar; debe visualizarse como la adquisición de responsabilidades a las que están dispuestos a someterse.

Arteta (2011); a través de la revista Ciencias Biomédicas, en su artículo titulado “*Maternidad Subrogada*” señala que “La Organización Panamericana de salud se pronuncia acerca del tema aduciendo que “la mujer que actúa como madre subrogada apremiada por la dificultad de su situación económica y la de su familia; no establece una relación contractual entre iguales (...)”. (p.94). Esta postura victimiza a la mujer a tal punto de obviar o minimizar la libertad de decidir; ya que para la postura en contra tomada por el autor la práctica reproductiva de maternidad subrogada suprime el valor de su consentimiento y la libre información recibida para realizar la práctica; asimismo, señala que frente a esta práctica reproductiva la mujer contratada es utilizada como máquina para gestar configurando tal supuesto como explotación hacia la mujer. Otro punto que se resalta en esta postura es la situación económica; puesto que, es la clave para que mujeres con escasos recursos decidan someterse a estas prácticas; minimizando la capacidad que tienen las mujeres para conseguir otro tipo de trabajos si así lo consideraran necesario.

Pérez (2012); “Se señala que no puede contratar sobre la gestación o la entrega del nacido, ya que no se trata de cosas o objetos de comercio o transacción (...)”. (p.135). Esta postura, relaciona el nacimiento del menor como un objeto de comercio o compra

venta; sin embargo, un menor nacido mediante la práctica reproductiva de maternidad subrogada no es creado para ser objeto de venta ni de compra; es innegable que esta práctica conlleva un valor calificable en dinero, que es atribuido por el tiempo que conlleva la gestación, los cuidados que amerita tener la mujer gestante y por los malestares propios del embarazo; aspectos que deben ser valorados y que ameritan un apoyo o retribución económica; ahora no es que la inmoralidad recaiga en la práctica reproductiva; sino en los valores y el nivel cultural propio de cada ser humano que se someta a esta práctica Cuando esta no amerite una necesidad en las partes intervinientes (Camacho, 2009, pp.9,10)

Ruiz (2013); tomando lo expuesto por Nosarka y Kruger señala que “Los hijos nacidos bajo éstas circunstancias sufrirán secuelas psicológicas y sociales”. (p.29). Esta postura se desarrolla bajo la ruptura del vínculo materno filial que puede nacer mediante la gestación; sin embargo, científicamente se ha comprobado que en verdad existe una conexión en ambos, pero no al límite de llevar a que el desprendimiento entre ellos ocasione complicaciones a nivel psicológico (Vasanti y otros, 2003). Si se vincula este hecho con las adopciones, no se difiere mucho; puesto que, aquí también se desarrolla ese vínculo materno afectivo y del cual surte efectos de deslinde. Se considera que lo más importante en el desarrollo del menor es el amor temprano que lleguen a recibir; tratándose de un aspecto más que biológico psicológico. (Camacho, 2009, pp. 12,13)

Capítulo IV

Del análisis y los resultados de la investigación

4.1. Análisis y los resultados de la investigación.

El presente trabajo de investigación con la finalidad de analizar la realidad existente ha considerado necesaria utilizar como población el análisis de cuatro sentencias judiciales sobre maternidad subrogada a nivel nacional durante los últimos 20 años; donde los padres de intención buscan la atribución filiatoria y donde el órgano jurisdiccional se pronuncia a fin de proteger el interés superior del menor.

4.2. Resultado del análisis jurisdiccional

Casos judiciales con declaración del derecho filiatorio	
Expediente	Criterio de decisión
CASACIÓN N° 563-2011 ADOPCIÓN CIVIL POR EXCEPCIÓN (INSEMINACIÓN ARTIFICIAL)	“(…) en atención al Interés Superior del Niño y el Adolescente consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, la Declaración de los Derechos del Niño (...) debe declararse infundado el recurso”. (Caso: Castro contra la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, 2011, fundamento Duodécimo).
SENTENCIA N° 06374-2016 PROCESO DE AMPARO POR	el juzgado en su Décimo Segundo considerando señala que para proteger el interés superior de los menores “(…) corresponde un inmediato mandato para que se tutele el derecho a la identidad de los menores derecho previsto en el

RECONOCIMIENTO DE MENOR (FECUNDACIÓN IN VITRO)	inciso 1 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú (...). (Caso: Reyes, Ballesteros, Lazaro, Rojas contra RENIEC, 2017, fundamento Décimo Segundo).
SENTENCIA N° 00113-2006 IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD (FECUNDACIÓN IN VITRO)	En su fundamento cuarto señala que “(...) resulta procedente emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, estando al Principio del Interés Superior del Niño y el respeto a sus derechos, y entre ellos, el derecho a preservar su identidad, el derecho al nombre (...)”. (Caso: Aurish contra lucero de la oliva y Luis Mendoza, 2019, fundamento cuarto).
CASACIÓN N° 4323-2020 NULIDAD DE ACTO JURÍDICO (OVODONACIÓN)	“(...) como consecuencia del proceso de fecundación se produjo el nacimiento de una niña, quien resulta protegida en virtud del artículo 1 del Código Civil, artículo 4 de la CADH y artículos 2,3,6 y 12 de la CDN (...)”. (Caso: PRANOR SRL contra Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, 2011, fundamento octavo)

4.2.1. Casación N° 563-2011 Adopción Civil Por Excepción (Inseminación Artificial)
Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Para comprender el caso; los demandantes contratan a la demandada para que en ella se realizara una fecundación artificial, que lleva el semen del demandante y el óvulo de la demandada; producto del acuerdo nace una menor, que fue entregada a los

demandantes a días de nacida; razón por la cual ellos interponen demanda de adopción civil por excepción. Durante el proceso, la demandada (mujer gestante) se desiste en otorgar el consentimiento para la adopción; sin embargo, no logra subsanar la observación realizada por el juzgado y lo toman como no presentado, declarando fundada la demanda en primera y segunda instancia; razón por la que, la demandada interpone recurso de casación contra la resolución de vista que declara fundada la filiación a favor de los demandantes; al momento de resolver el juzgador valora la intención de los demandados de querer entregar a la menor y que el fin principal fue obtener una retribución económica para mejorar su estilo de vida; mientras que, los demandantes desde un inicio sólo tuvieron el interés volitivo para formar un vínculo familiar; pero señalan que ante la existencia de un conflicto de intereses por un lado de los adultos frente a los del niño; prevalece los intereses del menor; razón, por la que haciendo un análisis de la forma en que ha venido siendo criada y frente a quienes reconoce como padres resuelven a favor del interés superior del menor y declaran INFUNDADO el recurso de Casación interpuesto por la demandada, otorgando la maternidad y paternidad mediante adopción excepcional a favor de los comitentes o demandantes.

La presente casación está dirigida contra la resolución de segunda instancia que falla declarando FUNDADO, el proceso de Adopción por excepción a favor de los comitentes; por lo que, la sala civil analiza el caso expuesto y para emitir pronunciamiento sobre la casación interpuesta por los demandados; refiere que a la infracción normativa a las que hacen mención del Artículo 115° y 128°, inciso b) del Código de los Niños y Adolescentes que refiere al proceso de adopción vía judicial y el Artículo 381° y 378°, inciso 1 y 6 del Código Civil referente a los requisitos de la adopción.

El juzgado desestima la supuesta infracción normativa de todos los artículos señalados; primero, por encontrar que sí existe una relación; entre la menor y la demandante; en este sentido, la menor resulta ser sobrina de la demandante, quien tiene parentesco con el demandado esposo de la mujer gestante; que aparece legalmente como padre de la menor nacida; segundo, respecto a la falta de consentimiento de los padres del adoptado, señala que ante el conflicto de intereses priman el interés superior del menor a tener una familia idónea.

Debido a ello el juzgado en su Duodécimo considerado señala “(...) en atención al Interés Superior del Niño y el Adolescente consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, la Declaración de los Derechos del Niño (...) debe declararse infundado el recurso”. (Caso: Castro contra la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, 2011, fundamento Duodécimo).

En el presente caso el juzgador valora al interés superior del menor sobre a cualquier otro derecho que se pueda presentar; por lo tanto, en lo referente a esta casación los criterios evaluados fueron el interés superior del menor al considerar que el menor merece crecer en un ambiente idóneo, la verdad biológica recaída gracias al aporte del espermatozoide del comitente, el desarrollo psicoafectivo y social de la menor al haber sido criada desde sus primeros días de nacida por los comitentes y al reconocer como padres a estos; sin embargo, el problema sigue latente en cuánto si esta práctica reproductiva no se encuentra regulada correctamente podría atentar contra el interés superior del menor; contra el derecho a formar una familia, el derecho reproductivo para acceder a técnicas reproductivas; asimismo los comitentes no contarían con una norma que les atribuya la obligación de velar por los intereses de los menores nacidos mediante esta práctica; y

aunque la sentencia resulto favorable al tomar en cuenta varios criterios eso no significa que se haya desarrollado el tema filiatorio de fondo.

4.2.2. Sentencia N° 06374-2016 Proceso De Amparo Por Reconocimiento De Menor (Fecundación In Vitro)

Para comprender este caso; la mujer y el hombre con voluntad procreacional contratan a una mujer gestante con consentimiento de su esposo, para que en ella se realizara la Fecundación In Vitro, con el espermatozoides del hombre con interés volitivo y el óvulo de un donante anónimo; procedimiento donde nacieron dos menores y a razón de ello se procedió a iniciar procedimientos de rectificación de las actas de nacimiento; siendo declaradas improcedentes, lo que conllevó a todos los actores en forma conjunta a interponer una demanda de Amparo a fin de que se reconozca como padre y madre a el hombre y la mujer de intención; sienta está valorada por el juzgador quien haciendo un análisis del caso señala que la RENIEC al no rectificar el acta de los menores atenta contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los demandantes, al derecho de fundar una familia; asimismo este juzgado atiende a los derechos de los adultos; pero también toma en cuenta el interés superior de los menores; por lo tanto, junto al derecho a la salud reproductiva, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho de fundar una familia; debe también tutelar el derecho al nombre; puesto que, resulta esencial para determinar el vínculo existente; por lo tanto, se resuelve declarar FUNDADA la demanda de amparo y en consecuencia se rectifique el Acta de nacimiento de los menores.

En este caso se interpuso demanda de Amparo, en contra de la RENIEC; a fin de proteger el derecho de identidad y el principio superior del niño; por ende, se demanda para que los menores nacidos bajo Fecundación In Vitro sean reconocidos como hijos de los comitentes; el juzgado especializado en lo Constitucional analiza el caso expuesto y

para emitir pronunciamiento de la demanda refiere que respecto a lo señalado en el artículo 46, inciso 1, 3 y 4, del Código Procesal Constitucional señala las causales para no dirigirse por la vía administrativa y a debida cuenta con el artículo 37°, inciso 25 del Código Procesal Constitucional señala los derechos fundamentales que son atendidos mediante proceso de Amparo, se admite a trámite la demanda; asimismo, desestima las excepciones planteadas por RENIEC, por considerar que respecto a la falta de excepción por representación. La mujer gestante cuenta con representación suficiente y respecto a los co-demandantes; si bien no tendrían representación legal, lo que reclaman ha generado este perjuicio de falta de representación; por ende, el juzgador señala que la RENIEC, al negar el proceso de rectificación de actas de los menores ratifica el perjuicio que recae sobre los menores; asimismo los demandantes no sólo actúan en representación de los menores; sino que también actúan a título personal, y respecto a la excepción de la falta de agotamiento de la vía previa, señala que no podría ser amparada por dos razones; primero causaría daño contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la vida privada, a los derechos sexuales y reproductivos y la identidad superior del menor; segundo, los menores y los señores viven en un estado precario al no poder ejercer su derecho; por tanto, señala que el derecho a la identidad e interés superior del niño de los menores se ha visto y seguirá afectado mientras dure el proceso administrativo.

Debido a ello el juzgado en su Décimo Segundo considerando señala que para proteger el interés superior de los menores “(...) corresponde un inmediato mandato para que se tutele el derecho a la identidad de los menores derecho previsto en el inciso 1 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú (...)”. (Caso: Reyes, Ballesteros, Lazaro, Rojas contra RENIEC, 2017, fundamento Décimo Segundo).

En lo referente a esta sentencia los criterios evaluados por el juzgador son: el interés superior del menor al considerar que el nombre y los apellidos son esenciales para brindar una identidad al menor y para formar un vínculo entre los miembros de la familia; reconoce el derecho existente hacia los adultos como el derecho a la salud reproductiva, el derecho a fundar una familia (libre desarrollo de la personalidad), asimismo valora que la mujer que gestó y su esposo, no tienen interés volitivo respecto a la crianza de los menores y solo procedieron sin fines de lucro a apoyar a los comitentes; razón por la que el juzgador decidió declarar fundada la demanda de amparo y ordena emitir nuevas actas de nacimiento en bienestar de los menores; como es de observar el juzgador mediante sentencia bajo sus criterios valorativos toma en cuenta el interés superior del menor y los derechos de los adultos; sin embargo, aunque la sentencia resultó favorable no significa que se haya desarrollado el tema filiatorio de fondo por lo que los comitentes quedan exentos sólo al criterio que refiera el juzgador; más no cuentan con una norma que les atribuya derechos y responsabilidades frente a menores nacidos mediante gestación subrogada.

4.2.3. Sentencia N° 00113-2006 Impugnación de Maternidad (Fecundación In Vitro)

Para comprender el presente caso los demandantes solicitan el apoyo de la demandada quien de manera altruista se ofrece para que en ella se realice la Fecundación In Vitro; en consecuencia se somete al proceso donde el óvulo le pertenece a la demandante y el espermatozoide le pertenece a su cónyuge; producto de ello nace una menor que fue entregada a días de nacida; sin embargo, en el acta de nacimiento se consigna el nombre de la demandada como madre; por lo que, a fin de que se ordene la rectificación de partida de la menor se interpone demanda de Impugnación de maternidad en contra de su esposo y la mujer gestante. Para el juzgador la admisión de la demanda se encuentra fundamentada

en el artículo 139° inciso 8 de la constitución política del Estado que señala que no se debe dejar de administrar justicia por la existencia de un vacío legal o deficiencia en la ley y tras realizarse la prueba de ADN se comprueba que la demandante es madre biológica de la menor, un vínculo que no se puede desconocer; asimismo, señala que la gestación subrogada no está prohibida legalmente, pero tampoco está expresamente permitido; por lo tanto, en virtud del artículo 2 inciso 24 señala que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe por lo tanto considera amparable la pretensión y a razón de lo expuesto falla declarando FUNDADA la demanda de impugnación de maternidad.

El juzgador en esta sentencia señala que jurídicamente sería imposible impugnar la maternidad cuándo se alega haber aportado un óvulo por no encontrarse previsto en el Artículo 395° del Código Civil que refiere la no admisión de una modalidad de reconocimiento, en el Artículo 371° que refiere los supuestos para impugnar la maternidad, en el Artículo 2° que refiere el reconocimiento del embarazo o parto y en el Artículo 409° que señala el supuesto de la maternidad extramatrimonial; sin embargo, señala que en base al artículo 139° inciso 8 de la constitución política del Estado refiere “El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal sentido deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario”. (Constitución Política del Perú, 1993, art. 139); a razón de ello se admite la demanda y por consiguiente pasa analizar los hechos materia del proceso pronunciándose al respecto en su cuarto considerando que En su fundamento cuarto señala que “(...) resulta procedente emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, estando al Principio del Interés Superior del Niño y el respeto a sus

derechos, y entre ellos, el derecho a preservar su identidad, el derecho al nombre (...).”
(Caso: Aurish contra Lucero de la Oliva y Luis Mendoza, 2019, fundamento cuarto).

En lo referente a esta sentencia los criterios evaluados por el juzgador son: el interés superior del menor al considerar que el menor cuenta con el derecho a preservar su identidad, el derecho al nombre incluido apellidos y las relaciones familiares; asimismo, valora la verdad biológica, en el sentido de que atendiendo a la doctrina señala que el significado de madre se determina mediante la filiación biológica; y por último, no desarrolla el aspecto psicoafectivo como tal, pero se presume inmersa dentro del interés superior del menor; sin embargo, aunque la sentencia resultó favorable no significa que se haya desarrollado el tema filiatorio de fondo por lo que los comitentes quedan exentos solo al criterio que refiera el juzgador; más no cuentan con una norma que les atribuya derechos y responsabilidades frente a menores nacidos mediante gestación subrogada.

4.2.4. Casación N° 4323-2020 Nulidad De Acto Jurídico (Ovodonación)

Para entender el presente caso el demandante interpone recurso de casación contra la sentencia de vista que revoca la apelada que declaró infundada la demanda de nulidad de acto jurídico y reformando la declara fundada; de las infracciones señaladas se encuentra el artículo 50° del Código Civil, por falta de una debida motivación y el artículo 7° de la ley general de la salud por tratarse de una incorrecta interpretación de la norma; ante estas infracciones señaladas el juzgador señala que es deber del juez realizar una correcta motivación antes de emitir pronunciamiento y que la motivación se encuentre de acuerdo con lo expuesto; asimismo señala que respecto a la segunda infracción esta no deviene de ilegal por lo tanto se efectuó una incorrecta valoración de la norma razón por la que se admitió a trámite el recurso de casación y ante la existencia de un menor que se encuentra

legalmente protegido se declaró FUNDADO el recurso de casación y nula la sentencia de vista expedida.

“(…) como consecuencia del proceso de fecundación se produjo el nacimiento de una niña, quien resulta protegida en virtud del artículo 1 del Código Civil, artículo 4 de la CADH y artículos 2,3,6 y 12 de la CDN (…)”. (Caso: PRANOL SRL contra Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, 2011, fundamento octavo).

En lo referente a este caso el criterio evaluado de manera ligera señala el interés superior del menor; sin embargo, no logra desarrollar temas de fondo, puesto que versa sobre infracciones normativas para la aceptación o rechazo del procedimiento realizado; por lo que, se considera que sigue existiendo un vacío normativo respecto a la procedencia del menor frente a técnicas reproductivas existentes.

De las casaciones expuestas se observa que ante el nacimiento de un menor mediante prácticas reproductivas humanamente asistidas; la maternidad es atribuida a la mujer que pare y por ende si es casada a su cónyuge; lo mismo sucede en los dos casos expuestos por gestación subrogada; donde se le fue atribuida la maternidad a la mujer que pare; puesto que, al no existir una norma que proteja casos de gestación subrogada sigue siendo el hecho del parto lo que determina la filiación independiente de cómo se produjo la concepción, generando una inscripción aparentemente errónea sobre la identidad del menor que conlleva a disputas para buscar atribuirse la maternidad y paternidad desde diferentes vías; sin embargo, determinar a quién le corresponde el derecho filiatorio queda a criterio del juzgador, y no frente a la observancia de una norma expresa que facilite su aplicación.

Capítulo V

Contrastación de la hipótesis

5.1. Discusión de los resultados en la investigación

En el presente trabajo de investigación la discusión de los resultados versa sobre cada uno de los objetivos específicos a fin de obtener una postura clara que permita analizar en cada uno de ellos utilizando lo recopilado mediante la doctrina que sirve de base para la discusión.

5.1.1. Sobre el objetivo específico: “Desarrollar doctrinariamente la filiación y sus efectos sobre el menor nacido mediante la técnica de maternidad subrogada”

El discurso crítico que se construye alrededor del contenido de este objetivo específico se orienta a la percepción de la filiación como figura jurídica dada su importancia, por lo cual se ha de tomar postura en base a la explicación de los contenidos teóricos que se han acumulado en la investigación sobre el particular. Ello se reconoce en base a los cuestionamientos que surgen del estudio realizado.

Así se tiene en primer lugar la necesidad de entender ¿Cuál es la importancia del vínculo biológico para determinar la filiación? De acuerdo a las especificaciones normativas, la filiación está sometida a ciertos parámetros en los cuales se observa dos espacios separados uno que corresponde a la filiación relacionada con el vínculo sanguíneo entre tanto que la otra corresponde a un vínculo jurídico adquirido.

En ese sentido se entiende que la importancia del vínculo biológico surte sus efectos sobre aquella primera clase de filiación, que como bien se sabe esta circunscrita a otro tipo de relación que se enmarca en función al matrimonio.

Teóricamente se ha podido encontrar que existen criterios que cumplen la función de apoyo a las determinaciones tanto legislativas como jurisdiccionales, esto es en el primer

caso funciona como elementos que orientarían la construcción de las reglas que en torno a la filiación existen; entre tanto que para el ámbito jurisdiccional sirven de apoyo a la formación de criterios para la determinación judicial que establece la filiación. Tales criterios son los vínculos afectivos, los biológicos y lo que se entiende en función al parto.

Existe también en la teoría un aspecto importante que señala a la voluntad como parte trascendental para el establecimiento del vínculo filiatorio, dado que tal condición subjetiva sería lo que da origen a la intención de asumir el vínculo que se genera entre padres e hijos. Ello se advierte de manera especial en tanto se reconoce dicho vínculo, puesto que, tal voluntad es lo que permite el correcto ejercicio del derecho filiatorio por parte del menor y por ende su bienestar integral.

Según lo indicado surge el cuestionamiento de si ¿En la actualidad existe una filiación netamente volitiva?, en efecto dadas las condiciones en que se ha establecido normativamente a la filiación, sólo existiría la posibilidad de asumir esta condición de voluntad respecto al vínculo filiatorio cuando se decide adoptar a un menor de edad, puesto que, se constituye como el primer elemento para establecerla. Esto se presenta como una cuestión no comprobable a nivel de las otras formas de generarse el vínculo filiatorio, dado que la intención no es demostrable.

Pese a lo indicado, con o sin la intención de los padres al momento de generarse el vínculo filiatorio, se consolidan derechos que corresponden por orden jurídico a los menores que forman parte de esta relación paterno filial. Lo cual permite cuestionar ¿El matrimonio influye sobre el menor para que éste adquiera derechos y obligaciones? Dadas las reglas sobre filiación se ha de entender su finalidad proteccionista de los menores, independientemente del vínculo que se asume fuera o dentro del matrimonio sus derechos están garantizados.

Por ende, la protección jurídica hacia el menor se extiende de manera general; es decir, si se cuestiona ¿El concebido y el nacido vivo mediante gestación subrogada es sujeto de derechos al igual que un nacido por reproducción natural?; en efecto, puesto que, el simple hecho de ser concebido ya cuenta con protección. El Estado no distingue el método reproductivo o manera reproductiva; por lo tanto, la falta de normativa que se presenta en base a las técnicas reproductivas para casos especiales no es determinante para marcar una diferencia frente a la protección que merece el concebido; para el Estado, es importante que se haya iniciado el proceso de concepción y que culmine con el nacimiento del menor vivo.

Por lo tanto, el nacimiento de un menor es sin lugar a duda un acto que genera protección y otorga ciertos derechos y obligaciones; permite la consolidación de muchos hogares, pero lo discutible para iniciar un nuevo vínculo familiar se encuentra dentro del marco legal; el vacío normativo existente permite cuestionar si ¿El artículo 7° de la ley general de la salud prohíbe realmente la maternidad subrogada?, la doctrina no encuentra una postura unánime para resolver la admisibilidad en cuanto técnicas reproductivas refiere; sin embargo, de este cuestionamiento se puede colegir una prohibición que no se encuentra expresa, pero está presente por el simple hecho de que la condición de madre genética y gestante no recae sobre la misma persona; una condición que alude netamente a la presunta prohibición de la gestación subrogada.

Entonces, si la gestación subrogada se encuentra prohibida por no cumplir con la condición que señala la norma ¿El menor nacido mediante la gestación subrogada, se encuentra bajo una incertidumbre jurídica respecto a su procedencia? En efecto, basta con observar la realidad producto de sentencias recabadas en el Perú; para poder señalar que la gestación subrogada es una práctica reproductiva realizada bajo modalidades y sobre

la cual ha existido pronunciamiento que pretende proteger al menor; pero que, al no encontrarse regulado, aparecen las disputas por el reconocimiento filiatorio para atribuirse la cualidad materna o paterna.

Cuando una norma no es lo suficientemente clara, se presta a múltiples interpretaciones y una de ella se refiere a si ¿existe discriminación en el uso de técnicas de reproducción asistida?, una respuesta que tiende a ser afirmativa y para tener en claro este cuestionamiento basta con observar la norma, que permite el uso de técnicas de reproducción asistida; pero, condiciona a la mujer para que en ella recaiga el vínculo genético y la capacidad de gestar y si esto es así; la norma no restringe la admisibilidad de la técnica reproductiva en los hombres; por lo tanto, les otorga la total libertad para acceder a dichos métodos; mientras que, son las mujeres quienes se encuentran excluidas de tal consideración normativa.

El sentido de la norma debe apuntar a una regulación justa y equitativa para todas las personas; por ende, no debe presentar ni un mínimo indicio de discriminación; la igualdad en la ley y ante la ley debe ser para todos bajo las mismas condiciones; sin embargo, no todo acto desigual es un acto discriminatorio; por lo que, surge el siguiente cuestionamiento ¿Se debe considerar una modificación en la estructura del Código Civil para agregar una nueva modalidad de filiación?, en efecto, sí se considera esa posibilidad; toda vez, que existen nacimientos de menores bajo técnicas reproductivas que aplican la gestación subrogada y la inserción de normas específicas otorgaría al menor una identidad jurídicamente definida y haría que de la voluntad de los comitentes se desarrollen obligaciones que conlleven a preservar el correcto desarrollo y crecimiento del menor que por derecho filiatorio le corresponde.

Las maneras existentes de proteger el interés superior del menor en casos de gestación subrogada nacen con el interés volitivo para procrear; sea cual fuese el tipo de reproducción si no existe interés volitivo el menor se encontraría desprotegido.

Entonces; para lo indicado se considera necesario saber ¿Cuál es la posición que asume la bioética sobre estas técnicas? De la doctrina se recoge que las relaciones existentes son múltiples, pero, que se encuentran como un conjunto; la bioética no solo abarca el ámbito médico, sino que también involucra la ética; por lo tanto, determinar el vínculo filiatorio en casos de gestación subrogada deriva de vínculos existentes que se encuentran inmersos dentro de la bioética; y aunque la doctrina no es unánime, se puede extraer que para la bioética esta práctica es válida para situaciones excepcionales donde se constate la verdadera necesidad que aqueja a las personas que presentan problemas reproductivos (ubicar el fundamento teórico que le permite afirmar esto). En este sentido, es necesario cuestionar ¿Cuál es el vínculo existente entre el menor que nace mediante gestación subrogada frente a los intervinientes de la práctica? La bioética permite el desarrollo de vínculos en casos de gestación subrogada siendo el más característico el vínculo biológico; que es comprobable mediante la prueba de ADN, y que a través de ella otorga los lazos sanguíneos o la herencia genética propia de cada ser humano; el vínculo afectivo se desarrolla de dos maneras; primero el que nace producto de la mujer que gesta en el vientre el hijo de otra y el vínculo afectivo que se genera por el anhelo o producto del interés volitivo de la comitente; la gestante que no aporta material genético desarrolla el vínculo afectivo correspondiente al proceso de gestación; mientras que la comitente que aportó el óvulo desarrolla un vínculo biológico y afectivo: por otro lado, si la mujer gestante aportó el óvulo; en esta recae el vínculo biológico y afectivo; siendo el caso que la comitente más que acceder a una práctica de gestación subrogada propiamente dicha,

se encuentra bajo un concepto de adopción plena puesto que, el aporte genético y gestacional recae sobre otra persona; quedándose con un aspecto volitivo incierto; si el aporte genético en la gestación proviene de un donante; seguirá primando el vínculo afectivo en la comitente que es la encargada de llevar a término la práctica reproductiva.

Siendo de este modo la filiación en casos de gestación subrogada debe ser valorada desde todos los ámbitos intervinientes; no basta con pretender proteger el interés superior del menor sin tomar en cuenta el interés volitivo que se presenta como agente receptor y voluntario en la obtención de derechos y obligaciones en protección del menor.

TOMA DE POSTURA

Se considera que existen dos maneras de determinar la filiación; la primera mediante un vínculo sanguíneo, que ante conflictos jurídicos para conocer la procedencia biológica se realiza la prueba de ADN y la segunda, a través del vínculo jurídico que se considerada netamente volitiva que recae en casos de adopción; el cual serviría de soporte para casos de gestación subrogada; porque, existen nacimientos bajo esta modalidad y por lo tanto se requiere de una regulación a fin de evitar atentar contra la identidad del menor y se le otorgue a los comitentes responsabilidades propias respecto a su crianza.

De la norma presente en el artículo 7° de la ley general de la Salud, se desprenden múltiples interpretaciones y una de ellas, se presenta como una norma discriminatoria en cuanto faculta a los hombres a utilizar las técnicas sin restricciones y limita a la mujer en su uso; otra, cuestiona la prohibición por no encontrarse expresa y por no considerar una interpretación análoga; la importancia de una regulación en casos de gestación subrogada evita que el menor nacido pase por una disputa de maternidad y paternidad y que a su vez, este nazca con un nombre jurídicamente determinado y por último se otorgue responsabilidades a los comitentes dentro de un marco de obligaciones legales.

5.1.2. Sobre el objetivo específico: “Estudiar la teoría de la voluntad procreacional en el ámbito de la maternidad subrogada”

El discurso crítico que se construye alrededor del contenido de este objetivo específico se orienta al estudio de la voluntad procreacional existente en la práctica reproductiva.

Por la importancia que amerita el tema se considera tomar postura en base a la explicación de los contenidos teóricos expuestos y de los cuales han surgido los siguientes cuestionamientos ¿La voluntad procreacional supera al vínculo biológico, en las familias actuales? En efecto; La voluntad procreacional funciona como un elemento fundamental que permite asumir una responsabilidad en la crianza y cuidados del menor; un menor producto de una reproducción natural o asistida, si no cuenta con la intención de los padres para hacerse cargo del menor este se encontrará desprotegido; lo único que permite que un menor sea criado de la mejor manera es ese interés volitivo para formar un vínculo familiar; el aspecto biológico es importante porque permite determinar los lazos sanguíneos y determinar ciertos rasgos humanos; sin embargo, este no garantiza la protección del menor; producto de este vínculo se presentan casos de adopción, por ende el vínculo biológico no determina el compromiso adquirido con el nacido a diferencia de la voluntad que se tiene para asumir responsabilidades con el menor.

Siendo de este modo, la voluntad procreacional presenta cierta influencia en el derecho cuando los actos volitivos han sido exteriorizados; es decir, la pretensión de los comitentes para procrear, inician con el aspecto volitivo, pero se exteriorizan cuando llevan a término la práctica de gestación subrogada y producto de ello nace un menor; por lo tanto, según lo indicado surge el cuestionamiento ¿La voluntad procreacional trae consigo efectos jurídicos en la gestación subrogada? En efecto; sin embargo, la voluntad no cuenta con autonomía privada; lo que quiere decir, que mientras la voluntad de

pretender adquirir ciertos derechos, no se encuentre bajo un marco normativo existente; estos no serán acreedores de efectos jurídicos que la ley proteja; sin embargo, pese a ello, la jurisprudencia nacional ha respondido positivamente al derecho filiatorio en casos de gestación subrogada, pero no toca el verdadero problema existente.

Teóricamente se ha podido observar que la autonomía privada, no se basa en el simple deseo del individuo para obtener algo que considera necesario; sino que esta autonomía debe señalarse como el poder que el Estado reconoce al individuo para regular sus propios intereses, pero no se trata en un interés privado propiamente dicho puesto que, para que sea objeto de reconocimiento en el ordenamiento jurídico este interés tiene que beneficiar a un sector, comunidad o país.

En consecuencia, la voluntad se encuentra bajo el criterio de la libertad que tiene el ser humano para decidir y disponer del propio cuerpo; sin embargo, es necesario cuestionar si ¿Existe la libertad de procrear mediante gestación subrogada? La doctrina se pronuncia al respecto, sin embargo las posturas son diversas; lo que si se tienen en claro es que no hay una regulación acerca de la gestación subrogada y aunque los doctrinarios señalan que encuentran una prohibición en casos de gestación subrogada de las casaciones expuestas se desprende que la norma que hace mención a las TERAS no se pronuncia acerca de la gestación subrogada; por lo tanto, las valoraciones respecto del artículo no deben considerarse como si existiera una prohibición expresa.

Sin embargo, a base de lo expuesto es necesario señalar que no existe la libertad plena y que ésta presenta límites; es decir, la libertad para decidir sobre su propio cuerpo, no debe ser entendida como una libertad que permite al individuo utilizar su cuerpo con libertinaje, sino que debe ser entendida como un derecho que debe ser ejercido con límites que permitan la protección de derechos fundamentales.

La Libertad de decidir sobre el cuerpo se limita cuando atenta contra la integridad física o psíquica, la vida y la salud del ser humano ya sea para beneficio propio o de un tercero. Por lo que, parte de la doctrina señala, que no basta con la voluntad de querer concebir el hijo de otra mujer, puesto que la práctica atenta contra derechos fundamentales; sin embargo, la otra parte doctrinaria señala que una práctica de gestación subrogada realizada de manera correcta y encontrándose protegida no atenta contra los derechos fundamentales; puesto que los riesgos existentes son propios de una gestación normal.

Según lo indicado surge el cuestionamiento ¿haciendo uso del derecho reproductivo se puede decidir someterse a la gestación subrogada? En efecto, toda vez, que dentro de los derechos reproductivos se encuentra inmerso el derecho de recurrir a las TERAS; que, aunque exista una condición para su uso, es un derecho otorgado a todas las personas por igual; por ende, la planificación permite a los comitentes procrear de maneras alternas mientras no se encuentre una prohibición expresa.

El derecho de procrear en la actualidad se presenta ante la doctrina como una desventaja reproductiva para el sector poblacional que padece problemas reproductivos; por ende, surge el cuestionamiento ¿La falta de regulación en casos de gestación subrogada atenta contra el derecho a formar una familia? En efecto, puesto que, todas las personas tienen derecho a formar una familia y no existe una forma definida de crearla; siendo así, este derecho no es limitativo y las maneras o formas de crear un vínculo familiar son diversas; como referencia se encuentran familias que salen del contexto nuclear; encontrándose la familia adoptiva, sanguínea, monoparental, acogida, extensa; entre otras; todas con diferentes modalidades de creación y de vivencias.

La concepción de familias diversas, es una realidad existente que necesita de protección jurídica; puesto que, para considerar un vínculo familiar se requiere de voluntad, compromiso y determinación para asumir la maternidad y paternidad de un menor. Formar un hogar mediante gestación subrogada, requiere netamente del elemento volitivo; por lo que, surge la interrogante ¿formar un vínculo familiar mediante gestación subrogada es un acto inmoral? La doctrina sigue sin ponerse de acuerdo; sin embargo, el acto reproductivo no puede ser considerado un acto inmoral; lo que convierta en moral o inmoral un acto dependerá de los valores y el nivel de cultura de cada persona, para atribuirse o generar actos con fines perversos.

Según lo indicado surge el siguiente cuestionamiento ¿La maternidad subrogada guarda relación con la justicia social? En efecto toda vez, que la práctica reproductiva de gestación subrogada es una alternativa que suple problemas reproductivos para formar un vínculo familiar; un anhelo y a la vez una necesidad en la humanidad; por ende, debe ser entendida la práctica reproductiva en un grado de igualdad para todos; asimismo, no se puede tomar a la necesidad económica como excusa para limitar el acceso a la gestación subrogada; como tampoco se puede hablar de la existencia de justicia social si se protege el vínculo reproductivo natural y se pretende privar este derecho a las personas que presentan problemas reproductivos.

Por lo tanto ¿La maternidad subrogada guarda relación con el interés público? En efecto, toda vez que los problemas reproductivos no solo se presentan en una determinada persona; sino que esta aqueja a un grupo indeterminado de personas; por ende, necesita de una regulación; a fin de suplir deficiencias reproductivas y por considerarse un problema de interés público.

Las necesidades que se presentan en el ser humano son múltiples; por lo tanto, la necesidad de formar un vínculo familiar aparece en el tercer nivel de la teoría de Maslow; quien señala que para el correcto desarrollo del ser humano; este necesita sentirse realizado en todos los ámbitos de su vida.

La maternidad subrogada, aparece como una práctica que pretende suplir necesidades reproductivas; por ende, de la doctrina se desprende que lo que conlleva a realizar la maternidad subrogada, es la existencia de problemas reproductivos, que impiden lograr una concepción con éxito; en base a lo indicado surge la interrogante ¿La maternidad subrogada atenta contra la ética y la moral? Resolver esta interrogante sin lugar a dudas requiere tomar varios puntos de vista; por un lado, parte del desarrollo humano se encuentra en la satisfacción de necesidades; segundo, la imposibilidad de procrear por sus propios medios genera inestabilidad emocional y personal que se vuelve colectiva cuando involucra un grupo indeterminado de personas que padecen problemas reproductivos; tercero, la ciencia facilita la vida del ser humano; por ende, hacer uso de la ciencia y tecnología en temas reproductivos de gestación subrogada permite el desarrollo médico, suplir deficiencias reproductivas y por último aparece el subjetivismo producto de la ética y la moral que señala la inmoralidad de la práctica por atentar contra derechos fundamentales; sin embargo, respecto a ello la doctrina señala que lo que determina la moralidad o inmoralidad de un acto depende de los valores recibidos y propios del individuo.

Por ende, la maternidad debe ser entendida desde su aspecto natural y cultural; el primero, permite determinar la verdad biológica del individuo; mientras que el segundo, permite establecer un vínculo familiar a base de ideologías, y formas de vida; por lo tanto,

la maternidad para ser ejercida como tal necesita interés volitivo, y autodeterminación para proteger a un menor nacido.

En base a lo indicado surge la interrogante ¿el menor que nace por gestación subrogada sufre secuelas que pueden alterar su nivel psicológico? Para esta respuesta la doctrina señala que si bien es cierto existe un desprendimiento del menor con la gestante; esta señala que no es determinante a gran magnitud como para causar complicaciones psicológicas para el menor; puesto que el menor al encontrarse en una etapa inicial es receptor del cariño y de los cuidados que le propicien los comitentes.

Por lo tanto, a raíz de lo indicado se desprende el siguiente cuestionamiento ¿Bajo qué modalidad se debe realizar la maternidad subrogada? Existen variaciones en las técnicas reproductivas; sin embargo, al tratar el tema de gestación subrogada, la práctica reproductiva idónea es la fecundación in vitro; porque ésta permite que el material genético aportado sea de los comitentes y sólo se preste la ayuda de una mujer gestante; quien cumple la función de gestación.

Atendiendo el desarrollo de la práctica reproductiva de maternidad subrogada surge el cuestionamiento ¿Cómo se desarrolla la gestación subrogada en otros países? Las legislaciones que aceptan la maternidad subrogada permiten que sean los tribunales quienes evalúen la necesidad reproductiva de los intervinientes para otorgar o denegar el consentimiento a la práctica reproductiva; asimismo, cuidan mucho el aspecto normativo; por lo que se han creado normas que evitan que la práctica reproductiva genere algún tipo de comercio; mientras que los países que no aceptan la maternidad subrogada limitan la libertad de decidir y la autonomía privada del ser humano, asimismo cuando alegan la vulneración de derechos fundamentales; la prohibición de la misma atenta contra otros derechos; creando un constante enfrentamiento de derechos fundamentales.

TOMA DE POSTURA:

La voluntad procreacional en el ámbito de la maternidad subrogada, parte del desarrollo humano que busca suplir una necesidad generada por la deficiencia reproductiva, que no afecta a un individuo de forma individual; sino que, es un problema que aqueja a un grupo indeterminado de personas, hace uso de la ciencia bajo el concepto de libertad para decidir sobre el cuerpo y el derecho a formar una familia (contexto de familias diversas); se expresa en una práctica donde la moralidad depende de los valores y el nivel de cultura de cada ser humano que actúa con o sin alevosía; por ende, la voluntad en esta práctica busca atribuirse responsabilidades en la crianza y cuidado de un menor.

La maternidad subrogada, abarca la moral, ética y el constante enfrentamiento de derechos fundamentales; de una parte, el sector que puede concebir de manera natural y considera que la práctica es un acto inmoral, que atenta contra la integridad del ser humano y que vulnera derechos fundamentales y por el otro las personas con problemas reproductivos que consideran que tienen derechos a procrear utilizando las TERAS, a formar una familia y a cubrir necesidades propias del desarrollo humano. Dos posturas en contra pero que ha evidenciado la necesidad y la carencia legislativa.

5.1.3. Sobre el objetivo específico: “Revisar el tratamiento jurisdiccional de la filiación de los menores nacidos por maternidad subrogada”

5.1.3.1. ¿Cuán idóneo es el tratamiento jurisdiccional sobre el derecho de filiación de menores nacidos por maternidad subrogada?

Se considera que no existe idoneidad en el tratamiento jurisdiccional; toda vez que, que al no encontrarse regulado el derecho filiatorio en casos de gestación subrogada; hace que los casos expuestos queden a criterio del juzgador, lo que conlleva a que surjan

interpretaciones erróneas de la norma, que hace que ante el nacimiento del menor éste no cuente con un nombre definido y una familia idónea que se encargue de su protección.

Para señalar la idoneidad del tratamiento jurisdiccional, se requiere que las reglas que son aplicadas por la magistratura se ocupen de solucionar el problema de la clandestinidad de la práctica reproductiva; debiéndose cubrir la inserción de normas que permitan que ante casos de maternidad subrogada los comitentes adquieran de manera obligatoria responsabilidades a favor del menor; se otorgue al menor una identidad jurídicamente definida antes de su nacimiento; se proteja los derechos existentes de todas las partes intervinientes y de los menores nacidos previniendo disputas materno y paterno filiales posteriores a la realización de la práctica reproductiva; asimismo, facilite la construcción familiar a través del derecho de hacer uso de la ciencia en beneficio de un sector indeterminado.

5.1.3.2. ¿Qué criterios orientan las decisiones jurisdiccionales referidas a la filiación de los menores nacidos por maternidad subrogada?

De la jurisprudencia extraída resalta que los juzgadores al momento de sentenciar consideran que es determinante para la decisión jurisdiccional valorar:

- El interés superior del menor para que se proteja su derecho a la identidad a recibir un nombre y apellido, para que crezca en un ambiente idóneo donde se le brinde estabilidad emocional, cariño, protección y para que le ayude a preservar su identidad y las relaciones familiares de las que se deriven.
- La verdad biológica, para determinar la relación de consanguinidad del menor con los comitentes o con las partes intervinientes.

- El aspecto psicoafectivo, nace de la convivencia que se genera del menor producto de gestación subrogada con los padres de intención, lo que permite determinar a quienes el menor reconoce como padres y con quienes se encontraría protegido.

- Los derechos que asisten a los adultos que se encuentran inmersos en el derecho a la salud reproductiva, a fundar una familia (libre desarrollo de la personalidad); etc.

Aunque esta última valoración es muy escasa de encontrar ante tribunales.

TOMA DE POSTURA

Del tratamiento jurisdiccional en casos de reproducción asistida y en gestación subrogada la relación materno filial viene siendo atribuida médicamente a la mujer que pare y por consecuencia la presunción paterna recae en el marido de la gestante; lo que conlleva a una disputa materna y paterna; dejando en una incertidumbre jurídica al menor nacido; puesto que, al no existir una norma que regule casos de gestación subrogada la atribución filiatoria recae bajo el criterio de un juez quien será el que decida el futuro del menor y cuya decisión jurisdiccional servirá como un precedente filiatorio.

El problema no se encuentra en si el criterio del juez es favorable o no para los comitentes; sino que ha de tenerse en cuenta que esta nueva modalidad de formación familiar necesita de una regulación que proteja los intereses del menor y del adulto desde antes de su realización.

5.1.4. Sobre el objetivo específico: “Analizar la necesidad de hacer una variación del sentido filiatorio reconocido en el Ordenamiento Civil peruano”

5.1.4.1. ¿Cuál es el fundamento jurídico que ampara la necesidad de variar el sentido filiatorio del Código Civil?

La existencia de menores nacidos mediante gestación subrogada y la necesidad de formar un vínculo familiar o una nueva modalidad de familia para personas con

problemas reproductivos que no puedan concebir de manera natural conlleva a la necesidad de variar el sentido filiatorio, lo cual se basa en los siguientes fundamentos jurídicos:

Primero porque el Artículo 7 de la Ley General de la Salud se presta para múltiples interpretaciones que quedan exentos a criterio del juzgador.

Segundo porque el Artículo 2° inciso 1° de la Constitución Política del Perú refiere el derecho a la identidad, al libre desarrollo de las personas.

Tercero porque, jurídicamente sería imposible impugnar la maternidad cuando se ha aportado un óvulo por no encontrarse previsto en el Artículo 371° del Código Civil que refiere los supuestos para impugnar la maternidad, el Artículo 2° que refiere el reconocimiento del embarazo o parto y en el Artículo 409° que señala el supuesto de la maternidad extramatrimonial; siendo que estos artículos no amparan a las comitentes en caso de nacimientos para pretender se le otorgue el derecho filiatorio de los menores que han nacido por gestación subrogada; puesto que, las leyes están dadas a favor de la reproducción natural.

Cuarto porque la identidad del menor consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, la Declaración de los Derechos del Niño, se encuentra en constante vulneración.

Por último, porque la licitud o la ilicitud de la practica reproductiva a nivel legislativo no se encuentra bajo una norma expresa; dando cabida al criterio subjetivo del juez, más no ante el amparo o rechazo de una norma expresa.

5.1.4.2. ¿Cuán viable sería la modificación del carácter filiatorio en el ordenamiento civil?

Ante un problema de origen existente, la regulación filiatoria en casos de gestación subrogada es viable en muchos sentidos; siendo así que la inserción de normas que la regulen permite suplir necesidades reproductivas que aqueja un sector indeterminado del país; asimismo, se protege el derecho a la vida, el libre desarrollo de la personalidad, la identidad jurídica del menor, el derecho reproductivo y de formar una familia, etc.

La inserción de normas permite que la práctica reproductiva pase ante un juzgado que evalúe la necesidad de acudir a la técnica reproductiva antes de realizarse; lo que permitirá que el comercio reproductivo se encuentre expresamente prohibido al no encontrar autorización y al revisar el historial de los intervinientes y al evaluar los análisis psicológicos de las partes para determinar si existe coacción o no frente a la práctica.

Permitirá que los juzgadores no actúen subjetivamente, ni en aplicación de normas alternas; sino a través de la aplicación normativa expresa, suprimiendo la ambigüedad de una norma y sus múltiples interpretaciones cubriendo los vacíos legales existentes.

Permitirá acceder al derecho de formar una familia con una modalidad distinta, atendiendo al fin primordial de la sociedad.

5.1.4.3. ¿Qué efectos de sistematización jurídica provocaría la modificación sugerida?

Ante una situación de nacimientos existentes bajo la gestación subrogada, la necesidad de inserción de normas que regulen el derecho filiatorio debe priorizarse para que el menor cuente antes de su nacimiento con una identidad jurídicamente definida.

Dentro de lo observado se propone que la estructura del Código Civil cambie su sistematización jurídica con el fin de propiciar la aceptación del reconocimiento filiatorio respecto de los menores nacidos mediante esta técnica.

TOMA DE POSTURA

La necesidad de variar el sentido filiatorio se presenta ante la presencia de una norma con múltiples interpretaciones, ante la confrontación de derechos fundamentales, la carencia legislativa y a fin de salvaguardar el interés superior del menor; una normativa expresa puede ayudar a suplir necesidades y deficiencias reproductivas proteger derechos fundamentales, limita el abuso del derecho, facilita al juzgador la aplicación normativa, cubre vacíos legales, atiende el fin primordial de la sociedad y sobre todo cumple con la función protectora, con el avance y desarrollo del país.

5.2. La validación de las variables

En el presente trabajo de investigación la validación de variables nos va a permitir tomar una postura que nos permita afirmar o negar la viabilidad de las variables trabajadas a fin de llegar a una postura conclusiva.

5.2.1. Sobre la variable independiente: “La voluntad procreacional en la técnica reproductiva de maternidad subrogada”

Se expresa en el uso de la ciencia y tecnología para acceder a la práctica reproductiva de gestación subrogada a favor de un grupo indeterminado de personas con problemas reproductivos bajo el concepto de libertad para decidir sobre el cuerpo y el derecho a formar una familia; una práctica donde la moralidad se encuentra supeditada a la educación, valores y nivel de cultura recibida; esta voluntad busca la atribución filiatoria para adquirir el reconocimiento legal de responsabilidades frente al cuidado y crianza del menor.

Constituyéndose de esta manera como un elemento fundamental para acceder a la gestación subrogada y para buscar ante tribunales la aceptación de la práctica y en consecuencia pretender adquirir el vínculo filiatorio haciéndose acreedor de responsabilidades generadas y producto de la práctica protegiendo al menor antes de su nacimiento. En base a todo ello se logra validar la variable mediante lo siguiente:

La voluntad procreacional en la técnica de maternidad subrogada se constituye como la voluntad para llevar a cabo la técnica reproductiva y para la búsqueda del reconocimiento de derechos fundamentales.

5.2.2. Sobre la variable dependiente: “La filiación del menor”

La filiación es un vínculo que se determina mediante un lazo sanguíneo o jurídico; el acercamiento netamente volitivo se encuentra en este segundo vínculo que deberá encontrarse amparado frente a normas que pretendan cubrir vacíos legales existentes y corregir múltiples interpretaciones frente a una norma legal existente. La gestación subrogada es una realidad que genera disputas materno y paterno filiales que crea incertidumbre jurídica en el menor, dejando su futuro bajo el criterio de un juez que cuya decisión servirá de precedente para acercar o alejar la brecha de filiación frente a este marco filiatorio para casos de gestación subrogada.

La necesidad de variar el sentido filiatorio se presenta ante una realidad existente que conlleva a la confrontación de derechos fundamentales, la carencia legislativa, evitar múltiples interpretaciones en una norma y para proteger el interés superior del menor; convirtiéndose en una realidad que amerita la inserción de normas. En base a ello se logra validar la variable dependiente bajo la siguiente afirmación:

La filiación del menor en casos de gestación subrogada necesita la inserción de normas a fin de salvaguardar los derechos fundamentales existentes.

5.3. La contrastación de la hipótesis

Se ha demostrado que la voluntad procreacional juega un rol fundamental en el ejercicio de los derechos fundamentales, en la vida del menor y en la aplicación de la gestación subrogada; por ende, se considera que la voluntad procreacional si se relaciona con la estructura de la filiación del menor que nace mediante la técnica de maternidad subrogada; una técnica que requiere encontrarse inmersa dentro de un marco

filiatorio; para salvaguardar la identidad superior del menor, el desarrollo de los derechos fundamentales y cubrir vacíos legales.

La voluntad procreacional en la técnica de maternidad subrogada se constituye como la voluntad para llevar a cabo la técnica reproductiva y para la búsqueda del reconocimiento filiatorio de los derechos fundamentales en base a lo cual la filiación del menor en casos de gestación subrogada necesita la inserción de normas a fin de salvaguardar los derechos fundamentales existentes.

Hipótesis inicial	Hipótesis correlacional
Si se regula la técnica de maternidad subrogada en función a la voluntad procreacional se determinará la filiación del menor.	La voluntad procreacional se constituye como un elemento fundamental para acceder a la técnica reproductiva de maternidad subrogada, en base a lo cual la filiación del menor nacido amerita la inserción de normas para proteger los derechos fundamentales existentes.

Conclusiones.

Primera: Se concluye que la filiación se puede determinar mediante el vínculo biológico o jurídico y que el acercamiento filiatorio en la gestación subrogada recae sobre este segundo vínculo que se considera netamente volitivo y que requiere de una pronta regulación que ayude a cubrir vacíos legales a fin de salvaguardar el interés superior del menor.

Segunda: Se concluye que la voluntad procreacional en el ámbito de la maternidad subrogada busca suplir deficiencias reproductivas, para cubrir necesidades propias del desarrollo humano, bajo el concepto de libertad para decidir sobre el cuerpo, el derecho reproductivo y el derecho a formar una familia (contexto de familias diversas); buscado atribuirse la responsabilidad en la crianza y cuidado de un menor para preservar su identidad jurídica.

Tercera: Se concluye del tratamiento jurisdiccional que el futuro del menor nacido mediante gestación subrogada queda exenta a criterio del juzgador, pues ante la inexistencia normativa y ante el vacío legal, el menor nace bajo una incertidumbre jurídica, que genera disputas materna y paterno filiales.

Cuarta: Se concluye que la necesidad de variar el sentido filiatorio radica en evitar la ambigüedad de una norma, la confrontación de derechos fundamentales, limitar el uso abusivo del derecho, proteger los derechos fundamentales de un sector indeterminado de personas que padecen de problemas reproductivos, normar la identidad jurídica del menor antes de su nacimiento, contribuir en el bienestar de la población atendiendo necesidades e intereses de todos los intervinientes.

Recomendaciones

Primera

Se recomienda al Estado realizar un análisis exhaustivo de la realidad existente a fin de salvaguardar los derechos fundamentales y el interés superior del menor nacido mediante la técnica de maternidad subrogada, con cuyos resultados se acondicione la política pública de salud y referente a los derechos de las personas.

Segunda

Se recomienda la modificación legislativa de los siguientes cuerpos legales, quedando su construcción de la siguiente forma:

CÓDIGO CIVIL

SECCIÓN TERCERA: Sociedad **materno** y paterno filial

Modificación del Artículo 371°. – Impugnación de la maternidad

La atribución materna puede ser impugnada en los casos de parto supuesto, de suplantación de hijo o cuando el aporte genético proviene de la madre de intención en casos de gestación subrogada.

CAPÍTULO SEGUNDO

La voluntad procreacional en casos de adopción y gestación subrogada

Modificación del Artículo 377°. – Definición

La filiación adquiere lugar por naturaleza, adopción o por voluntad procreacional en casos de gestación subrogada (casos judicialmente determinados).

“Por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea” (Código Civil del Perú, 1984, art. 377)

Por gestación subrogada el menor nacido adquiere la calidad de hijo del hombre y la mujer que solicita la práctica reproductiva.

Insertión del Artículo 378-A.- Requisitos para la gestación subrogada

Para la gestación subrogada se requiere:

- 1. Que la mujer gestante, sea económicamente estable, mayor de 24 años, que tenga al menos un hijo propio y no tenga antecedentes de preclamsia.**
- 2. Que cuando la mujer gestante sea casada concorra con el asentimiento de su cónyuge.**
- 3. Que los solicitantes sean casados, gocen de solvencia económica y que médicamente se compruebe que la solicitante no puede llevar a cabo la gestación en su útero.**
- 4. Que todos los intervinientes se sometan a una evaluación médica, psicológica y otras que se requieran.**
- 5. Que el consentimiento o acuerdo se encuentre expreso por vía notarial y mediante firmas biométricas.**

Insertión del Artículo 379-A.- trámite de la gestación subrogada

La gestación subrogada se tramita con arreglo a lo dispuesto en el Código Civil; los intervinientes deben proporcionar al personal de salud y a la RENIEC la resolución judicial que aprueba la solicitud de gestación subrogada y ordena la inscripción del menor con los apellidos de la mujer y hombre solicitante

Modificación del Artículo 380. – Irrevocabilidad de la voluntad procreacional en casos de adopción y gestación subrogada.

La voluntad procreacional en la adopción y la gestación subrogada para la atribución filiatoria es irrevocable.

Modificación del Artículo 383°. – Adopción por el tutor o curador

“El tutor puede adoptar a su pupilo (...)”. (Código Civil del Perú, 1984, art. 383).

En caso de gestación subrogada, ante el fallecimiento de los padres de intención, y al no existir parientes, la mujer gestante y su esposo pueden solicitar la adopción del menor.

LEY GENERAL DE LA SALUD

Modificación del Artículo 7° de la ley general de la salud:

“Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida. **La condición de madre genética y gestante recae para mujeres que intentan suplir problemas de infertilidad leve; para casos fallidos de infertilidad y esterilidad, o patologías existentes la condición de madre genética y gestante podrá recaer en una tercera persona que lleve el proceso de gestación con gametos donados o de los padres de intención.**

Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos **y para la técnica reproductiva de gestación subrogada propiamente dicha se requiere del consentimiento expreso e informado de todos los participantes; asimismo de la validación certificada del problema reproductivo que padece, el consentimiento expreso notarialmente de las partes y la autorización vía judicial.**

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación, **el comercio reproductivo, la alteración molecular de los gametos para cambiar características propias del ser humano con fines estéticos y experimentos humanos.**

Incorporación en el Artículo 7° literal A) La gestación subrogada debe contener el aporte genético de ambos padres de intención, gametos donados por desconocidos o el aporte genético de uno de ellos y el otro gameto sea donado; bajo ninguna

circunstancia la mujer gestante deberá aportar su material genético o el de su esposo.

Incorporación en el Artículo 7 el literal B) Requisitos legales:

para los padres de intención en la gestación subrogada:

- **Ser peruanos de nacimiento o poseer la nacionalidad y residencia en el Perú no menor de 10 años.**
- **Ser mayor de 24 años y no exceder de los 40 años.**
- **Tener trabajo estable y solvencia económica.**
- **Acreditar la capacidad física, mental, psicológica y la necesidad reproductiva.**
- **Ser casado y/o conviviente acreditado.**
- **Proporcionar al médico tratante el certificado médico, el consentimiento expreso ante el notario público de las partes y la resolución judicial que aprueba la solicitud de la práctica reproductiva (sólo aplica para la gestación subrogada).**

Para la mujer gestante:

- **Ser peruana de nacimiento o poseer la nacionalidad y residencia en el Perú no menor de 10 años.**
- **Ser mayor de 24 años y no exceder de 35 años.**
- **Acreditar salud física, mental y psicológica.**
- **Tener un hogar constituido con al menos un hijo propio.**
- **Tener una economía estable.**
- **Prestar su consentimiento expreso vía notarial de ella y su cónyuge.**
- **Acceder con fines altruistas.**

Incorporar en el Artículo 7 el literal C): El médico tratante del sector público o privado para proceder a realizar la gestación subrogada debe contar con el historial médico del paciente, el consentimiento expreso vía notarial de las partes y la resolución judicial que permita a los solicitantes el acceso a la técnica reproductiva, caso contrario incurrirá en acción penal.

Incorporar en el artículo 7 el literal D): Servicio Público de salud para técnicas de Reproducción Asistida: cualquier ciudadano peruano que adolezca de problemas reproductivos, anomalías u/o cualquier tipo de deficiencia reproductiva podrá acceder a los servicios del Estado siempre que se cumpla con lo estipulado en los artículos anteriormente expuestos.

Bibliografía

- Aguilar Samanamud, E. (Enero de 2018). Filiación adoptiva y el derecho a ser hijo. *Revista Institucional* N° 14, 31- 40. Obtenido de <http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/1079>
- Aguirrezabal Grunstein, M. (2006). Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos). *Revista Chilena de Derecho*, Vol.33(Núm.1), 69-91.
- Albaladejo García, M. (1955). El hecho jurídico. (U. d. Oviedo, Ed.) *Revista de la Facultad de Derecho*, Vol.III(Núm. 73), 346-384. Obtenido de <http://hdl.handle.net/10651/5225>
- Amado, F. (2017). Análisis del desarrollo jurídico y jurisprudencial de la práctica de la gestación por sustitución. una propuesta superadora. *Universidad de San Andrés*, 1-85. Obtenido de <https://repositorio.udesa.edu.ar/jspui/bitstream/10908/15614/1/%5BP%5D%5BW%5D%20T.%20G.%20Abo.%20Amado%2C%20Floren%5C%20cia.pdf>
- Antinori, E. (Diciembre de 2006). Conceptos Básicos del Derecho. *Universidad del Aconcagua*, 3-103. Obtenido de http://bibliotecadigital.uda.edu.ar/objetos_digitales/208/conceptos-basicos-del-derecho.pdf
- APD. (09 de Noviembre de 2018). ¿A qué se llama progreso social y por qué debe importarnos? Obtenido de <https://www.apd.es/progreso-social/>

- Arnaiz, B. (22 de Enero de 2020). *7 ejemplos necesarios de justicia social*. Obtenido de Ayuda en acción: <https://ayudaenaccion.org/ong/blog/solidaridad/ejemplos-justicia-social/>
- Arteta Acosta, C. (1 de Julio de 2011). Maternidad Subrogada. *Revista de Ciencias Biomédicas*, Vol.2(Núm.1), 91-97. doi:<https://doi.org/10.32997/rcb-2011-3397>
- Arvelo Arregui, L. (Diciembre de 2004). Maternidad, paternidad y género. *Otras miradas*, Vol.4(Núm.2), 92-98. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=18340203>
- Ávila Hernández, C. J. (2017). La maternidad subrogada en el derecho comparado. *Cuadernos de Dereito Actual*(Núm.6), 313-344. Obtenido de <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/101>
- Aznar, J., & Tudela, J. (2019). Subrogación gestacional. Aspectos éticos. *Revista Internacional de bioética, deontología y ética médica*, Vol.30(Núm.3), 745-766. Obtenido de <https://publicaciones.anahuac.mx/bioetica/article/view/457>
- Bermúdez Pozo, S. V. (2016). El derecho a fundar una familia y su vinculación con la gestación subrogada. 1-105. Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5015/1/T1978-MDE-Bermudez-El%20derecho.pdf>
- Blogger de la CE. (19 de Junio de 2020). *Subrogación gestacional vs. Tradicional: Romper las diferencias*. Obtenido de <https://www.extraconceptions.com/es/gestational-vs-traditional-surrogacy/>
- BOE Legislación Comparada. (27 de mayo de 2006). Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. *BOE Legislación Comparada*, 1-21. Obtenido de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>

- Borrajó, M. E. (2015). La "Maternidad subrogada" ¿Una técnica de reproducción asistida más? *Revista electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*(Núm.14), 23-49. Obtenido de <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwippdPs0NzzAhWDs5UCHZq3BW4QFnoECAIQAQ&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F7180152.pdf&usg=AOvVaw2RxAAyN8gJPYOW1baBMOGJ>
- Brasch, J. G., & Álvarez, N. (05 de Julio de 2019). *¿Cuáles son los diferentes tipos de gestación subrogada?* Obtenido de Babygest: <https://babygest.com/es/tipos-de-subrogacion/>
- Brasch, J. G., & Álvarez, N. (05 de Julio de 2019). *¿Cuáles son los diferentes tipos de gestación subrogada?* Obtenido de Babygest: <https://babygest.com/es/tipos-de-subrogacion/>
- Briñón García, Á. (10 de Marzo de 2012). Caminado hacia la igualdad. *Maternidad vs (des) igualdad de oportunidades: Un poco de historia. (III)*. Obtenido de <https://brizas.wordpress.com/2012/01/31/maternidad-vs-des-igualdad-de-oportunidades-un-poco-de-historia-iii/>
- Burstein Augusto, M. G. (2013). Los derechos del embrión in vitro frente a la paternidad. Ilegitimidad de las técnicas de reproducción asistida extrauterinas. *Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima, Perú. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36873.pdf>
- Camacho, J. M. (2009). Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores. 1-18. Obtenido de <https://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>

Canales Torres, C. (Octubre de 2008). *"Madre ¿hay una sola? A propósito del primer fallo de la corte suprema referente a la reproducción asistida" en "diálogo con la jurisprudencia"* (Vol. Tomo 121). Lima: Gaceta Jurídica.

Caso: Aurish contra lucero de la oliva y Luis Mendoza, Expediente N° 113-2006 (Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia 06 de Enero de 2019). Obtenido de <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?muestra&codcontenido=267&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=4>

Caso: Castro contra la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, Casación N° 563-2011 (Sala Civil Permanente 06 de Diciembre de 2011). Obtenido de <https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/53f1df80469c5c91b51bfdac1e03f85e/CAS%2B563-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=53f1df80469c5c91b51bfdac1e03f85e>

Caso: PRANOR SRL contra Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, Casación N° 4323-2010 (Sala Civil Permanente 11 de Agosto de 2011). Obtenido de <http://www.articulacionfeminista.org/a2/objetos/adjunto.cfm?aplicacion=APP003&cnl=3&opc=8&codcontenido=4166&codcampo=21>

Caso: Reyes, Ballesteros, Lazaro, Rojas contra RENIEC, Expediente N° 06374-2016 (Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional 21 de febrero de 2017). Obtenido de https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/04/Descargue-aquí-en-PDF-la-sentencia-que-ordena-a-Reciec-a-reconocer-como-padres-a-pareja-que-alquiló-ventre-Legis.pe_.pdf

Castellanos Claramunt, J. (Octubre de 2019). Análisis de la maternidad subrogada como nueva tecnología en el ámbito biomédico y jurídico- filosófico: Avance técnico,

retroceso humano. *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia*(Núm.17), 62-80.

doi:<https://doi.org/10.4995/reinad.2019.11933>

Charrasquiel, T. (20 de Agosto de 2020). *Maternidad Subrogada*. Obtenido de

<https://storymaps.arcgis.com/stories/1644d2efc83a459a9b992506efb0b386>

Cieza Guevara, K. (2019). Representaciones sociales de la maternidad de mujeres jóvenes

de Lima. *Anthropologica*, Vol.37(Núm.43), 39-60. Obtenido de

<https://doi.org/10.18800/anthropologica.201902.002>

Cobo Aragonese, J. L. (17 de Diciembre de 2018). *Límites a la autonomía de la voluntad*

en los contratos. Obtenido de [https://www.ilpabogados.com/limites-a-la-](https://www.ilpabogados.com/limites-a-la-autonomia-de-la-voluntad-en-los-contratos/)

[autonomia-de-la-voluntad-en-los-contratos/](https://www.ilpabogados.com/limites-a-la-autonomia-de-la-voluntad-en-los-contratos/)

Código Civil de Brasil. (10 de Enero de 2002). Código Civil. *Cámara de Diputados*, 6-

342. Obtenido de <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/4130>

Código Civil de la República de Chile. (16 de Mayo de 2000). Código Civil. *Código Civil*,

1-222.

Obtenido

de

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1803.pdf>

Código Civil del Perú. (1984). Derecho de Personas. En C. C. Perú, *Derecho de Personas*

(págs. 1-948). Lima: Jurista Autores.

Constitución de la República Federativa de Brasil. (5 de Octubre de 1988). Constitución

de la República Federativa de Brasil. *Supremo Tribunal Federal*, 1-270. Obtenido

de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0507.pdf>

Constitución Política de Colombia. (20 de Julio de 1991). Constitución Política de

Colombia. (C. S. Corte Constitucional, Ed.) *Constitución Política de Colombia*.

Obtenido

de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>

Constitución Política del Perú. (31 de Octubre de 1993). Diario Oficial el Peruano. Lima, Perú. Obtenido de <https://www.congreso.gob.pe/constitucionyreglamento/>

Corral Talciani, H. (Enero de 2003). La filiación matrimonial. *Revista Actualidad Jurídica N° 7, Vol.7*, 241-262. Obtenido de <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/articulos/la-filiacion-matrimonial/>

Corrales Cuba, Y. F. (2019). La técnica de reproducción asistida de maternidad subrogada como causa de vulneración de los derechos de filiación e identidad y del interés superior del niño respecto del recién nacido, a partir de fallos judiciales emitidos a nivel nacional y local. *Universidad nacional de San Agustín de Arequipa*, 1-220. Obtenido de <http://repositorio.unsa.edu.pe/handle/UNSA/9261>

Corte Suprema de Justicia de la República Casación N° 5003-2007-Lima, N° 5003 (Sala Civil Permanente 2007). Obtenido de <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?muestra&aplicacion=APP003&cnl=3&opc=4&codcontenido=266&plcontampl=3>

Cotrina Gulfo, Y. E. (24 de Junio de 2020). Necesidades como criterio fundamentador de los derechos humanos. *Universitas. Revista De Filosofía, Derecho y Política*(Núm.33), 85-100. doi:<https://doi.org/10.20318/universitas.2020.5520>

Cruz Méndez, J. M. (2012-2013). La Maternidad Subrogada. *Anuario de la Facultad de Derecho*(Núm.30), 641-653.

Cruz Neyra, L., & Mendoza Ramírez, A. (2009). Fecundación, el concebido y el derecho a la vida. *Biotempo, Vol.9*, 55-60. Obtenido de <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=>

2ahUKEwj3gsqXtf3zAhX7H7kGHWg5BccQFnoECAMQAAQ&url=https%3A%
2F%2Frevistas.urp.edu.pe%2Findex.php%2FBiotempo%2Farticle%2Fdownload
%2F66%2F57%2F&usg=AOvVaw38TH7RCIG4B1D2bXIXRAjj

Decreto legislativo 1377. (24 de Agosto de 2018). *Diario Oficial el Peruano*. Obtenido de Diario Oficial el Peruano: <http://infanciaymedios.org.pe/wp-content/uploads/2018/08/Decreto-Legislativo-1377.pdf>

Defensoría del Pueblo. (Setiembre de 2007). La discriminación en el Perú problemática, normatividad y tareas pendientes. *Defensoría del Pueblo*, 3-218. Obtenido de https://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session2/PE/DP_PER_URP_S2_2008anx_anexo2dd002_07.pdf

Elizalde Hevia, A., Martí Vilar, M., & Martinez Salvá, F. A. (2006). Una revisión crítica del debate sobre las necesidades humanas desde el Enfoque Centrado en la Persona. *Polis, Revista Latinoamericana*, Vol.5(Núm.15), 1-18. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=30517306006>

Emaldi Cirión, A. (2018). La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica. La imperiosa necesidad de buscar una solución al problema español: cambio legislativo o cumplimiento de la ley. *Dilemata*(Núm. 28), 123-135. Obtenido de <https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000252>

Escobar Fornos, I. (Enero-Junio de 2007). Derecho a la reproducción humana (Inseminación y fecundación in vitro). *Revista Cuestiones Constitucionales*(Núm.16), 137-158. Obtenido de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932007000100005

- Esparza Pérez, R. V. (Noviembre de 2020). Voluntad procreacional: presupuesto para la filiación derivada de procedimientos de reproducción humana asistida en el contexto mexicano. *Boletín mexicano de Derecho Comparado*(Núm.157), 47-80. doi:<http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2020.157.15225>
- Estrada Mora, H. (2018). *Maternidad subrogada: Desarrollo conceptual y normativo*. Lima. Obtenido de [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/0EC35ECB8FC015E80525830C006C25FC/\\$FILE/N°09_2018-2019_maternidad.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/0EC35ECB8FC015E80525830C006C25FC/$FILE/N°09_2018-2019_maternidad.pdf)
- Estrada Mora, H. (Setiembre de 2018). Maternidad Subrogada: Desarrollo conceptual y normativo. *Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria*(Núm.26), 1-21. Obtenido de [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/0EC35ECB8FC015E80525830C006C25FC/\\$FILE/N%C2%B009_2018-2019_maternidad.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/0EC35ECB8FC015E80525830C006C25FC/$FILE/N%C2%B009_2018-2019_maternidad.pdf)
- Fama, M. V. (2012). El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación. *Revista Lecciones y ensayos*, 171-195. Obtenido de https://redib.org/Record/oai_articulo368940-el-derecho-a-la-identidad-del-hijo-concebido-mediante-técnicas-de-reproducción-humana-asistida-en-el-proyecto-de-código-civil-y-comercial-de-la-nación
- Fernández Revoredo, M. (2003). La familia vista a la luz de la Constitución y los Derechos Fundamentales: Aproximación a un análisis crítico de las Instituciones Familiares. *Foro jurídico*(Núm.2), 118-122. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18290>

- Fundación Wolters kluwer Guías Jurídicas. (10 de Noviembre de 2021). *Intereses colectivos y difusos*. Obtenido de https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjAyMLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzA7BAZlqlS35ySGVBqm1aYk5xKgAs6pTJNQAAAA==WKE
- Galindo Garfias, I. (1978). La filiación y la paternidad. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 395-413. Obtenido de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/27169/24516>
- García Gavilán, E. A., Gavilán López, Á., & Gavilán López, M. Á. (18 de Abril de 2018). La fecundación in vitro. *Revista electrónica de portales médicos.com*, 1-5. Obtenido de <https://www.revista-portalesmedicos.com/revista-medica/la-fecundacion-in-vitro/>
- Garibo Peyró, A. (2017). El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada. *Cuaderno de Bioética*, 245- 259. Obtenido de <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/245.pdf>
- Gonzáles Laca, C. M. (Agosto de 2017). Acto Jurídico: manual autoformativo interactivo. (M. Á. Solís, Ed.) *Universidad Continental*, 1-83. Obtenido de https://repositorio.continental.edu.pe/bitstream/20.500.12394/4262/1/DO_FCE_312_MAI_UC0004_2018.pdf
- Grau, A. M. (2001). Los intereses colectivos y difusos. *Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila*, 195-208. Obtenido de http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/DERYSO/2/deryso_2001_2_195-208.pdf

Huerta Guerrero, L. (2019). El derecho a la igualdad. *Pensamiento Constitucional*(Núm. 11), 307-334. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/download/7686/7932/#:~:text=El%20derecho%20a%20la%20igualdad%20implica%20que%20todas%20las%20personas,igual%20por%20parte%20del%20Estado.&text=El%20derecho%20a%20la%20igualdad%20impli>

International Social Service. (05 de Enero de 2016). Call for Action 2016 Urgent need for regulation of International subrogacy and artificial reproductive technologies. *International Social Service*, 1-2. Obtenido de https://www.issi-ssi.org/images/Surrogacy/Call_for_Action2016.pdf

Jouve de la Barreda, N. (2017). Perspectivas Biomédicas de la maternidad subrogada. *Cuaderno de Bioética*, XXVIII(Núm.93), 153-162. Obtenido de https://redib.org/Record/oai_articulo1223802-perspectivas-biomédicas-de-la-maternidad-subrogada

Ley 26842. (15 de julio de 1997). Ley General de la Salud. *Ministerio de Salud*, 1-27. Obtenido de <https://www.gob.pe/institucion/minsa/normas-legales/256661-26842>

Ley 45. (05 de Marzo de 1936). Sobre reformas civiles (filiación natural). *El Congreso de Colombia*, 1-6. Obtenido de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/INEC/IGUB/ley-45-de-1936.pdf>

Ley 5476. (14 de Octubre de 2011). Código de Familia. *La Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica*. Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/codigo_de_familia_costa_rica.pdf

- Ley 75. (30 de Diciembre de 1968). Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familia. *El congreso de Colombia*, 1-10. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4828>
- Ley 8.560. (29 de Diciembre de 1992). Regula la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio y toma otras medidas. *Regula la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio y toma otras medidas*. Obtenido de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8560.htm
- Ley N° 8101. (27 de Abril de 2001). Ley de Paternidad Responsable. *La Gaceta*(Núm. 81), 1-9. Obtenido de <https://www.tse.go.cr/pdf/normativa/leydepaternidadresponsable.pdf>
- Llanos Medina, A. (1944). El principio de la autonomía de la voluntad y sus limitaciones. *El principio de la autonomía de la voluntad y sus limitaciones*, 1-155. Obtenido de <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/43447/1/131318.pdf&origen=BDigital>
- López de Armas, K. M., & Amado Amado, C. (Julio-Diciembre de 2014). Determinación de la filiación materna en Colombia en la práctica de maternidad delegada. *Revista de Derecho Privado*(Núm. 52), 1-18. Recuperado el 02 de Noviembre de 2021, de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033223023>
- López Guzmán, J., & Aparisi Millares, Á. (2012). Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada. *Cuaderno de Bioética*, XXIII(Núm.2), 253-267. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87524464001>

- López López, M. T., Montalvo Jaaskelainen, F., Alonso Bedate, C., Bellver Capella, V., Cadena Serrano, F., De los Reyes López, M., . . . Serrano Ruíz calderón, J. M. (2018). *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. Universidad Complutense de Madrid. Madrid: E- Prints Complutense. Obtenido de <https://eprints.ucm.es/id/eprint/42816/>
- Mejía Ch, R. M. (2015). La filiación extramatrimonial post mortem. *Revista Jurídica Científica SSIAS*, Vol.8(Núm.1), 1-14. Obtenido de <http://revistas.uss.edu.pe/index.php/SSIAS/article/view/168>
- Melzi Tauro, F. (2004). *Los derechos sexuales y reproductivos, derechos humanos de las y los adolescente*. Perú: Nova Print S:A:C. Obtenido de http://bvs.minsa.gob.pe/local/MINSA/1200_GRAL1385.pdf
- Mendoza Cárdenas, H. A. (2017). La voluntad procreacional: un caso de inseminación artificial casera atípico. *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*(Núm.35), 345-361. doi:DOI: 10.15366/rjuam
- Mendoza Gonzáles, Y., Santibañez Alejo, M., Rivero López, C. A., Hernández Carrillo, J. G., & Yap Campos, k. (2019). Maternidad subrogada y su impacto en el tema de la infertilidad. *Atención Familiar*, Vol.26(Núm.4), 158-162. doi:http://www.revistas.unam.mx/index.php/atencion_familiar/article/view/70791#:~:text=DOI%3A%20http%3A%2F%2Fdx.doi.org%2F10.22201%2Ffacmed.14058871p.2019.4.70791
- Mosquera Vásquez, C. C. (Octubre de 2014). La genética en los tribunales peruanos. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 23,24.

Mota Rodríguez, A., & Ruíz Canizales, R. (Julio-Diciembre de 2020). Gestación por sustitución: libertad y autonomía de la mujer para decidir sobre su propio cuerpo: Un acercamiento desde la ética y el derecho. (B. I. Puyana, Ed.) *DIXI*, Vol.22(Núm. 2), 1-41. Obtenido de <https://doi.org/10.16925/2357-5891.2020.02.02>

Muñoz, N. (12 de Agosto de 2013). *Costa Rica: el país que niega la fecundación in vitro*. Obtenido de BBC News: https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/08/130812_fertilizacion_in_vitro_costarica_nm

Oliva Gómez, E., & Villa Guardiola, V. J. (Enero-Junio de 2014). Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización. *Revista Justicia Juris*, Vol.10(Núm.1), 11-20. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5995439>

ONG "Acción de lucha anticorrupción" Sentencia N° 02005-2009-PA/TC-Lima, 02005 (Tribunal Constitucional 16 de Octubre de 2009). Obtenido de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.pdf>

Organización de las Naciones Unidas. (10 de Diciembre de 1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. París, Francia. Obtenido de <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Organización de las Naciones Unidas. (16 de Diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. París, Francia. Obtenido de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

- Organización de las Naciones Unidas. (16 de Diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1-10. París, Francia. Obtenido de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>
- Osorio Arrascue, S. (2006). Régimen Jurídico del Nasciturus. *Revista Jurídica Docentia et Investigatio*, Vol.8(Núm.1), 177-185. Obtenido de <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/download/10381/9106/>
- Otzen, T., & Manterola, C. (2017). Técnicas de Muestreo sobre una población a Estudio. *International Journal of Morphology*, Vol. 35(Núm. 1), 227-232. doi:<https://dx.doi.org/10.4067/S0717-95022017000100037>
- Palomar Vereá, C. (2005). Maternidad: Historia y Cultura. *Revista de Estudios de Género. La ventana*(Núm.22), 35-67. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88402204>
- Pérez Contreras, M. d. (2012). El debate. *Biblioteca Jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 129-138. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3155/9.pdf>
- Pisetta Cecchini, F. (2016). Inseminación artificial y fecundación in vitro homólogas post mortem: la filiación y la sucesión según la ley brasileña. *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, Vol.19(Núm.1), 355-376. doi:<https://doi.org/10.5209/FORO.53397>
- Poder Judicial del Perú. (11 de Noviembre de 2014). La familia como derecho humano en la jurisprudencia internacional. *Poder Judicial del Perú*, 1-22. Obtenido de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/Corte+Superior+Arequipa+PJ/s_csj_arequipa_nuevo/as_inicio/as_imagen_prensa/publicaciones_csjli/

- Quiroga Soria, C. A., Ochoa Pantoja, J. A., & Andrade Vera, X. V. (2009). El derecho al aborto y la objeción de conciencia. Apuntes legales para los operadores de justicia y salud. *Ipas*, 1-78. Obtenido de <http://www.clacaidigital.info/bitstream/handle/123456789/362/IpasBoliviaDerechoAbort.pdf?sequence=5&isAllowed=y>
- Ramón Michel, A., & Araiza Navarrete, S. (Febrero de 2017). Entre la indolencia y el sesgo: el derecho de las mujeres a beneficiarse de los avances científicos en materia reproductiva. *Consortio Latinoamericano contra el aborto inseguro*, 1-56. Obtenido de https://www.redaas.org.ar/archivos-recursos/388-FINAL%20ENTRE%20%20%20IND-SES_CLACAI_CORRECC.pdf
- Real Academia Española. (26 de Octubre de 2021). Diccionario de la lengua española. España. Obtenido de <https://dle.rae.es/colectividad>
- Regalado Torres, M. D. (31 de Julio de 2017). Efectos , consecuencias y regulación de la maternidad subrogada. *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, Vol.2(Núm.2), 10-34. doi:<https://doi.org/10.20318/femeris.2017.3756>
- Rivas , A. (2018). *Voluntad procreacional ¿Que es?* Obtenido de Asociación de Familias Diversas de Argentina (AFDA): <https://www.afda.org.ar/2016/09/16/voluntad-procreacional-que-es/>
- Rojas Guillén, R. G., & Pajares Villacorta, K. A. (2020). *Incorporación Legal de la Maternidad Subrogada, para garantizar la Consolidación de la Institución Familiar en el Perú*. Universidad César Vallejo, Trujillo. Obtenido de <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/42606>

- Rojas Pascual, J. P. (10 de Abril de 2017). *Maternidad subrogada*. Obtenido de <https://www.maternidadsubrogada.com.ar/index.php/publicaciones/67-maternidad-subrogada-tipos>
- Romero Coloma, A. M. (2016). *La maternidad subrogada a la luz del derecho español*. España: Editorial Dilex S.L.
- Ruiz Martínez, R. (Junio de 2013). Maternidad subrogada: revisión bibliográfica. *Ucrea: Repositorio Abierto de la Universidad de Cantabria*, 1-36. Obtenido de <https://repositorio.unican.es/xmlui/handle/10902/2971>
- Rupay Allcca, L. K. (Octubre de 2018). La maternidad subrogada gestacional altruista en el Perú: problemática y desafíos actuales. *Revista Derecho & Sociedad*(Núm.51), 103-117. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/20862>
- Sastré Orosco, J. L. (2 de Mayo de 2017). *La maternidad subrogada como derecho humano y su regulación en México*. Obtenido de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/11242/13217#>
- Sentencia T-968/09.M.P: María Victoria Calle Correa, Sentencia T-968/09 (Corte Constitucional 18 de Diciembre de 2009). Obtenido de <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?muestra&codcontenido=939&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=4>
- Shaheed, Farida. (2012). *Derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones*. Asamblea General de las Naciones Unidas. Obtenido de <https://www.palermo.edu/cele/pdf/Informe-de-la-Relatora-Especial-sobre-los-derechos-culturales.pdf>

- Siverino Bavio, P. (2013). Bioética y Derechos reproductivos en el Perú: comentarios sobre algunos temas pendientes. *Foro jurídico*(Núm.12), 304-308. Obtenido de <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/119383>
- Sokolich Alva, M. I. (2012). Reflexiones sobre el tratamiento de la filiación en el Perú. *Revista del Instituto de la Familia, Vol.1*(Núm.1), 59-68. Obtenido de https://www.unife.edu.pe/facultad/derecho/familia/publicaciones/REVISTA_PERSONA_Y_FAMILIA_2012/59_Reflexiones%20sobre%20el%20tratamiento%20de%20la%20filiaci%C3%B3n%20en%20el%20Per%C3%BA%20-%20Maria%20Isabel%20Sokolich%20Alva.pdf
- Soto Coaguila, C. (Diciembre de 2003). La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. *Vniversitas*(Núm.106), 519-562. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82510616>
- Taj Mahal Discoteque y otra sentencia N° 3283-2003-AA/TC, N° 3283 (Tribunal Constitucional 15 de junio de 2003). Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/03283-2003-AA.html>
- Unión. (16 de Marzo de 2021). *La convivencia pacífica: una forma de aprender a estar juntos*. Obtenido de <https://www.unionpuebla.mx/articulo/2021/03/16/educacion/la-convivencia-pacifica-una-forma-de-aprender-estar-juntos>
- Valdés Díaz, C. C. (2014). La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas. *Anuario de la Facultad de Derecho, Vol. XXXI*, 459-482. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5212185>

- Varsi Rospigliosi, E. (1995). *Derecho Genético: Principios Generales*. Lima: Normas Legales S.A. Obtenido de <https://repositorio.ulima.edu.pe/handle/20.500.12724/5085>
- Varsi Rospigliosi, E. (Setiembre de 1997). Derechi y manipulación genética: calificación jurídica de la clonación. *Universidad de Lima*, 1- 223. doi:<https://www.ulima.edu.pe/node/2888>
- Varsi Rospigliosi, E. (1999). Filiación, derecho y genética: aproximaciones a la teoría de la filiación biológica. (F. d. Universidad de Lima, Ed.) *Universidad de Lima*. Obtenido de <https://repositorio.ulima.edu.pe/handle/20.500.12724/7707>
- Varsi Rospigliosi, E. (2010). Filiación y reproducción asistida. *Revista de derecho de familia y de las personas*(Núm. 10), 78-87. Obtenido de <http://repositorio.ulima.edu.pe/handle/ulima/3258>
- Varsi Rospigliosi, E. (Junio de 2019). Los actos de libre disposición del cuerpo humano. *Acta Bioethica*, Vol.25(Núm.1), 9-23. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2019000100009>
- Vasanti Jadv, Clare Murray, Emma Lycett, Fiona Maccallum, & Susan Golombok. (10 de Octubre de 2003). Subrogacy: the experiences of surrogate mothers. *Human Reproduction*, Vol.18, 2196-2204. Obtenido de <https://doi.org/10.1093/humrep/deg397>
- Villalobos, J. M. (1994). Ley Alemana de protección del embrión. *Revista Chilena de Derecho*, Vol.21(Núm.2), 417-422. Obtenido de <https://repositorio.uc.cl/xmlui/bitstream/handle/11534/14633/000123185.pdf>
- Wagner de Tizon, C. M. (2013). "Liimitaciones a la autonomía de la voluntad". *Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Nacional del Litoral*, 1-355.

Recuperado el 2021 de Noviembre de 10, de
<https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar:8443/bitstream/handle/11185/541/tesis%20final%20-%20Claudia%20Wagner.pdf?sequence=1>

Zannoni, E. A., & Bossert, G. A. (2005). *Manual de derecho de familia* (6ta edición actualizada ed.). Buenos Aires, Argentina: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

Obtenido de
https://franjamoradaderecho.com.ar/biblioteca/abogacia/6/CIVIL5FAMILIA_Y_SUCESIONES/Manual-de-Derecho-de-Familia-Zannoni.pdf

Anexos

1. Trámite de información al Archivo del Poder Judicial



"AÑO DEL BICENTENARIO DEL PERÚ: 200 AÑOS DE INDEPENDENCIA".

SUMILLA: SOLICITO CONSTANCIA DE NO HABER EXPEDIENTES JUDICIALES ARCHIVADOS EN EL DISTRITO DE LA LAMBAYEQUE EN MATERIA DE FILIACIÓN EN CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA.

JEFE DEL ARCHIVO CENTRAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE
DR. RINALDO ARANA CANO

CHAPA SALDAÑA, KATHERINE LIZBETH,
identificada con DNI N° 4662620, bachiller en
Derecho de la Universidad Nacional Pedro
Ruíz; ante usted respetuosamente me
presento y digo:

Que siendo el día 20 de septiembre del 2021, a horas 09 a.m.; el Dr. Rinaldo Arana Cano, jefe central de Archivo Central de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque; me permitió realizar la búsqueda de expedientes judiciales, a fin de poder encontrar alguno que ayude a mi informe de tesis; EN MATERIA DE FILIACIÓN EN CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA, al no haber encontrado expediente que contribuya con el presente trabajo de investigación PROCEDO A SOLICITAR SE ME EXPIDA CONSTANCIA DE NO HABER EXPEDIENTES JUDICIALES ARCHIVADOS EN EL DISTRITO DE LA LAMBAYEQUE EN MATERIA DE FILIACIÓN EN CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA DENTRO DE LOS ÚLTIMOS 20 AÑOS.

ANEXO:

- PAGO POR DERECHO DE CONSTANCIA DE NO HABER

POR LO EXPUESTO:

Pido a usted atender a mi petición por ser de Justicia.

Chiclayo, 22 de septiembre del 2021


CHAPA SALDAÑA KATHERINE LIZBETH
DNI N° 46626018



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Lambayeque
Gerencia de Administración Distrital
Unidad de Servicios Judiciales
Archivo Central

CONSTANCIA DE NO UBICACION

El Abog. Rinaldo Manuel Arana Cano, Coordinador I del Archivo Central de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, quien suscribe deja constancia la **NO** ubicación del Expediente en Materia de Filiación en Casos de Maternidad Subrogadas Procedentes en la especialidad de Familia.

Se expide la presente constancia a la parte interesada para los fines que estime conveniente.

Atentamente,



ABOG. RINALDO ARANA CANO
Coordinador
Archivo Central
CSJLA - PODER JUDICIAL