

UNIVERSIDAD PRIVADA SAN PEDRO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“MATERNIDAD SUBROGADA: LA IDENTIDAD
BIOLÓGICA Y EL PRINCIPIO DEL INTERÉS
SUPERIOR DEL NIÑO EN EL PERÚ”**

Tesis para optar por el título profesional de abogada

AUTOR:

Chávez Huerta, Freysi Katherine

ASESOR:

Urcia Quispe, Manuel Ulises

CHIMBOTE – PERÚ

2019

PALABRAS CLAVE:

| | |
|---------------------|------------|
| Tema | Maternidad |
| Especialidad | Derecho |

KEYWORDS:

| | |
|-------------------|-----------|
| TOPIC | Maternity |
| SPECIALITY | Laws |

| Línea de investigación | OCDE | | |
|-------------------------------|----------------------|----------------|-------------------|
| | Área | Subárea | Disciplina |
| Derecho de familia | 5. Ciencias Sociales | 5.5. Derecho | Derecho |

“Maternidad subrogada: La identidad biológica y el principio
del interés superior del niño en el Perú”

RESUMEN

El presente informe final tuvo como propósito identificar si ante la presencia de un conflicto filiatorio originado por el nacimiento de un menor procreado utilizando la técnica de la maternidad subrogada en nuestro país, debería primar la identidad biológica del menor o el principio del interés superior del niño, objetivo que se logró mediante el análisis de los aspectos normativos que regulan esta práctica a nivel internacional, análisis de aspectos normativos nacionales sobre maternidad y filiación, así como también, del análisis de jurisprudencia nacional relacionada al tema, y a través de la interpretación de los resultados obtenidos como producto de la aplicación del cuestionario de encuesta dirigida a especialistas en el tema.

La metodología de investigación utilizada en este informe de tesis, corresponde a una de tipo descriptivo, diseño no experimental, empleándose como instrumentos al análisis documental y el cuestionario de encuesta. Los resultados que se obtuvieron en este trabajo, reafirmaron la hipótesis previamente estructurada, toda vez que, se ha logrado identificar que la aplicación del principio del interés superior del niño debe primar sobre la identidad biológica del menor en los conflictos filiatorios generados por el uso de la maternidad subrogada como técnica de procreación en nuestro país, estableciéndose además, que resulta necesario implementar una regulación especial sobre el tema en nuestro país a fin de evitar poner en peligro los derechos fundamentales de las partes intervinientes en esta clase de procedimiento.

ABSTRAC

The purpose of this final report was to identify if in front presence of a filial conflict caused by the birth of a child procreated through the technique of surrogacy in our country, should prevail the biological identity of the child or the principle of best interest of the child, this objective that was achieved through the analysis of the normative aspects that regulate this practice at the international level, analysis of national normative aspects on maternity and filiation, as well as, the analysis of national jurisprudence related to the subject, and through the interpretation of the results obtained from the application of the survey aimed at specialists in the theme.

The research methodology analyzed in this thesis report corresponds to a descriptive type, non-experimental design, used as instruments for documentary analysis and survey questionnaire. The results obtained in this work reaffirmed the previously structured hypothesis, since it has been possible to identify that the application of the principle of the best interests of the child must take precedence over the biological identity of the child in the filial conflicts generated by the use of Surrogacy as a procreation technique in Peru, also establishing that it is necessary to implement a special regulation on the issue in our country in order to avoid the violation of the rights of the participants in this type of procedure.

INDICE

| | |
|--|-----|
| Palabras Clave..... | i |
| Título | ii |
| Resumen..... | iii |
| Abstrac..... | iv |
| Índice..... | v |
| 1. INTRODUCCIÓN | |
| 1.1 Antecedentes y Fundamentación..... | 01 |
| 1.2 Justificación de la investigación..... | 06 |
| 1.3 Problema..... | 09 |
| 1.4 Conceptualización y Operacionalización de las variables..... | 10 |
| A. Maternidad subrogada y filiación..... | 11 |
| A.1 Infertilidad..... | 11 |
| A.2 Reproducción asistida..... | 18 |
| A.3 Maternidad subrogada..... | 22 |
| A.4 Filiación..... | 27 |
| A.5 Referencias normativas a nivel nacional..... | 32 |
| B. Identidad biológica..... | 40 |
| B.1 Nociones Preliminares..... | 40 |
| B.2 Identidad biológica..... | 44 |
| C. Principio del interés superior del niño..... | 48 |
| 1.5 Hipótesis..... | 52 |
| 1.6 Objetivos..... | 52 |
| 2. METODOLOGIA | |
| 2.1 Enfoque de la investigación..... | 53 |
| 2.2 Tipo de estudio..... | 53 |
| 2.3 Diseño de la investigación..... | 54 |

| | |
|---|----|
| 2.4 Población y muestra..... | 54 |
| 2.5 Técnica, instrumentos y procedimientos de recolección de datos..... | 54 |
| 3. RESULTADOS..... | 56 |
| 3.1 Descripción de los Resultados de la Técnica: Análisis Documental..... | 56 |
| 3.2 Descripción de Resultados de la Técnica: Encuesta..... | 66 |
| 4. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN..... | 77 |
| 5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES..... | 85 |
| 6. AGRADECIMIENTOS..... | 87 |
| 7. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS..... | 88 |
| 8. ANEXOS Y APÉNDICES..... | 96 |

I. INTRODUCCION

1.1 Antecedentes y fundamentación del problema

Dentro de la moderna sociedad actual, la subrogación gestacional constituye uno de los temas más interesantes y controversiales, tanto así que, muchos investigadores, han creído conveniente estudiar las diferentes aristas que esta técnica de reproducción asistida implica, siendo que, gran parte de estos, se centra en los conflictos generados como consecuencia de su no regulación en nuestro país, los mismos que concluyen en recomendar que resulta necesario adecuar nuestros dispositivos legales a las situaciones que se podrían generar a raíz de su empleo.

Otros, casi en el mismo sentido, establecen fundamentos para la creación de una normativa especial que regule esta práctica en nuestro territorio nacional, basándose en la defensa de la dignidad de los sujetos de derecho involucrados y de los derechos reconocidos por nuestra normativa vigente.

Debemos tener en cuenta que los antecedentes de una investigación, nos permiten tener un mejor panorama sobre los aspectos, relacionados a nuestro tema de investigación, que ya se han estudiado, ya sea a nivel nacional como internacional.

Bajo esta premisa, debemos de tener en cuenta que dentro de nuestro territorio nacional, si bien es cierto no existe normativa que regule el tema, si se han planteado proyectos de reforma de nuestro Código Civil actual, en los cuales se incluyen capítulos sobre este tema dentro de la institución jurídica de filiación, propiamente relacionada al derecho de familia; así también se han realizado trabajos de investigación, en los cuales se expone la problemática que origina la ausencia de pronunciamiento de nuestros legisladores sobre el tema.

Entre los trabajos de investigación consultados, tenemos que, según Zaldívar Cerpa, en su trabajo titulado “Necesidad de regulación jurídica de la maternidad subrogada, Arequipa 2013”, nos dice que, la ausencia de legislación especial dentro de nuestro territorio nacional, origina problemas de índole legal entre los intervinientes, sobre todo, respecto a los derechos de maternidad y paternidad, derechos sucesorios, derechos filiatorios, obligaciones, entre otros; además, su

investigación muestra un dato estadístico producto de la aplicación de un cuestionario de encuesta dirigido a médicos y abogados que se encontraban en la ciudad de Arequipa, de la cual se obtuvieron los siguientes resultados: “el 44% de abogados encuestados optaron por no responder acerca de la legalidad de la maternidad subrogada por desconocimiento del tema y un 45% de médicos encuestados desconocería como actuar si tendría que definir sobre quien sería la madre del menor concebido mediante esta figura”, estos resultados reflejan la falta de difusión de un tema que podría suscitarse en todas las esferas, ya sean jurídicas o relacionadas con las ciencias de la salud. (Zaldivar Cerpa, 2016)

Con relación a los conflictos que podrían generarse por el empleo de la maternidad subrogada en nuestro país, tenemos el trabajo de Carlos Villamarín titulado “La Maternidad Subrogada en el Perú: ¿Problema o Solución?”, el cual trata a la maternidad subrogada como un acto jurídico, y nos dice que aquella autonomía de los intervinientes para fijar el contenido de los contratos de este tipo de práctica, frente a la inexistencia de regulación alguna, involucra una posibilidad de incremento de riesgos en referencia al quebrantamiento de derechos fundamentales, toda vez que, no habrían dispositivos normativos que imposibiliten la configuración de situaciones que devengan en el abuso con fines lucrativos de la función natural procreativa que caracteriza a la mujer, o el uso de cláusulas abusivas en el contrato que no tengan en consideración la dignidad de la mujer que esta llevando la gestación, así como la del menor procreado, es por todo lo señalado que el autor refiere que esta TERA debe ser materia de regulación a fin de proteger los aspectos y derechos anteriormente desarrollados. (Villamarin Zuñiga, 2014)

Si tenemos en cuenta una de las principales críticas que muchos hacen a la procreación por subrogación materna, es justamente que esta, transgrede la dignidad de la fémina, motivo por el cual, este trabajo nos muestra un panorama diferente, toda vez que, su conclusión se centra en que la regulación de esta práctica contribuirá a salvaguardar los derechos de la gestante y el de los que anhelan convertirse en padres.

Bajo la misma línea, Robert Percy Ávila Cárdenas, en su trabajo de investigación denominado “El vientre de alquiler en la vulneración del derecho a la identidad del

niño”, afirma que, la escasa regulación en nuestra legislación nacional sobre esta figura de procreación, quebranta el derecho que posee un menor a conocer su identidad (Avila, 2016), proponiendo además, que resulta necesario realizar una variación en el artículo 7 de la Ley General de Salud, con el propósito de incorporar legislación sobre el empleo y aplicación de este tipo de técnica en nuestro país. En líneas generales, este trabajo recomienda crear normatividad peruana, orientada a proteger el derecho a la identidad del menor nacido por el empleo de esta técnica.

Además, la tesista Susan Daniela Flores Guzmán, en su trabajo denominado “Implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia en resguardo del Interés Superior del Niño”, concluye afirmando que dentro de este tipo de procedimiento de subrogación materna, la identidad e integridad cumple un rol importante e incentiva la protección de la familia y del interés superior del menor, toda vez que, cuando alguien conoce su procedencia y se desenvuelve de acuerdo a esta, mantendrá un equilibrio en cuanto a su desarrollo personal (físico y emocional); asimismo, señala que este precepto constitucional influye trascendentalmente dentro de las posturas adoptadas por nuestros operadores de justicia al momento de decidir sobre casos vinculados a la aplicación de esta técnica de reproducción, teniendo siempre en cuenta el carácter imperativo de las normas constitucionales y tratados internacionales, señalando también que este aspecto debería regularse por normatividad específica nacional. (Flores Guzmán, 2017)

Del mismo modo, (Schult Echevarría, 2015), en su trabajado titulado “Efectos jurídicos de la regulación del convenio de maternidad subrogada en el libro de familia del Código Civil – Huánuco - 2014”, luego del análisis inferencial practicado en su trabajo de investigación, obtuvo como resultado que, es necesario contar con normativa especial que regule el empleo de esta técnica como acto jurídico, es decir, busca crear la figura de convenio de maternidad subrogada, cuya suscripción generaría seguridad jurídica y otras consecuencias jurídicas entre las partes, además, se señala que esto involucraría la delimitación de derechos y deberes a cumplirse entre las partes intervinientes.

Así pues, la investigadora Nidia Enríquez, en su trabajo denominado “Técnica de maternidad subrogada y la vulneración del derecho a la identidad de los menores en el Perú”, concluye que actualmente en nuestro país existe una relación de correspondencia entre el empleo de la maternidad subrogada y el quebrantamiento del derecho a la identidad del niño, toda vez que, luego de terminada su investigación, pudo identificar que se presentan muchos inconvenientes en el desarrollo de esta práctica, sobre todo, cuando se quiere proceder con la inscripción del menor en los registros civiles, entidad que por lo general, basa el reconocimiento en favor de la persona que procreó al recién nacido, motivo por el cual no admitiría cualquier otra variante respecto a la determinación de la maternidad. (Enriquez Mattos, 2017)

Con relación a la importancia que tiene de regular este tema en nuestro país, Yovanna Zegarra, en su trabajo titulado “Aspectos jurídicos intervinientes en la contratación de la maternidad disociada (vientre de alquiler) y la necesidad de su regulación legal en el Perú, 2012”, también coincide con las investigaciones precitadas, toda vez que, también considera importante regular esta figura en nuestro país, agregando a su investigación una descripción de posibles problemas generados por la inexistencia de la normativa correspondiente, tales como: la inexistencia de un protocolo médico, lo que produciría, que el vientre de alquiler tenga origen clandestino y sea más difícil controlar los procedimientos y definir responsabilidades entre los intervinientes en este tipo de práctica. (Zegarra Torres, 2014)

Por otro lado, la investigadora Marlene Ticse, en su trabajo de investigación denominado “La regulación de la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida con subrogación materna en la legislación peruana”, concluye que, regular la institución de la filiación generada por el uso de las TERAS, resultaría provechoso para nuestra normatividad nacional, sobre todo por la disyuntiva existente entre la mujer que aporta sus genes, la que gesta y quien desea convertirse en padre o madre, siendo necesario una modificatoria en nuestro Código Civil para regular esta institución. (Ticse Traverzo, 2018)

A nivel latinoamericano también se han desarrollado interrogantes similares, conforme lo manifiesta el investigador chileno Cristóbal Antonio Santander, en su

trabajo de investigación denominado “El contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad?”, mediante el cual nos señala que, la maternidad subrogada debe analizarse desde lo permitido y lo prohibido, cautelando el respeto por la dignidad y el derecho de reproducción que debe asistir a todas las personas, asimismo, señala que, la dignidad humana debe ser interpretada bajo un punto de vista amplio, observando por sobre todas las cosas a la primacía de voluntad como expresión de la independencia inherente al individuo para realizar actos o contratos, más allá de lo que la sociedad considere ético o correcto, presupuesto que no debe limitar dicha manifestación de libertad. Así también, señala que las personas son las únicas que deben manejar la dirección de sus vidas, a través de las decisiones e intereses por los que puedan optar a lo largo de su vida, teniendo en cuenta que hoy en día la ciencia se ha convertido en aquel facilitador que los ayuda a mejorar sus modos de vida a través de la innovación, incluso en el aspecto de la maternidad. (Santander, 2012)

Además de todo ello, se han planteado propuestas sobre la creación de proyectos legislativos que regulen este tema, como es el caso del colombiano Byron Alberto Orbea Corrales, quien en su proyecto de investigación denominado “Derechos contenidos en la maternidad subrogada gestacional”, nos propone la creación de un proyecto legislativo, en el cual se debería incluir consideraciones científico-médicas al momento de definir esta técnica, asimismo, tenemos que en esta propuesta, el autor establece parámetros respecto a los intervinientes en el procedimiento, regula quienes pueden tener acceso a él y cómo es que se pueden desenvolver correctamente durante el tiempo que este dure, restringiendo ciertas situaciones que podrían devenir en aprovechamiento e inseguridad respecto a alguna de las partes, propuesta que resulta importante, sobre todo si tenemos en cuenta las recientes propuestas para un proyecto de ley que modifique los capítulos sobre la filiación de nuestro Código Civil, en el cual se establecería por primera vez un tratamiento normativo a esta técnica de reproducción. (Orbea Corrales, 2012)

Actualmente, en nuestro país se están planteando modificaciones en nuestro actual Código Civil, a fin dotarlo de las nuevas instituciones jurídicas exigidas por

nuestra sociedad, dentro de las cuales podremos encontrar, específicamente, aquellas situaciones jurídicas generadas como resultado de la aplicación de la maternidad subrogada, sobre todo en el ámbito de la filiación, iniciativa que, a mi modo de pensar, debería concretizarse a fin de salvaguardar el adecuado desarrollo de los derechos fundamentales y la formación de la familia, toda vez que la inexistencia de regulación acarrearía vulneración y extralimitación de condiciones entre las personas que puedan someterse a este procedimiento de manera clandestina.

1.2. Justificación de la investigación

Los avances científicos y tecnológicos han ido creando nuevas situaciones jurídicas, los individuos buscan la satisfacción de sus necesidades a través del empleo de nuevas técnicas y procedimientos, siendo así que durante esa búsqueda si bien se suplen algunas, también nacen otras, es justo ahí donde se generan discrepancias o conflictos entre las personas, los mismos que analizados desde el punto de vista del Derecho, constituyen grandes vacíos legales que solo algunos países han considerado necesario regular. En este sentido, no podemos ser ajenos a uno de los tantos problemas que enfrenta un importante porcentaje de personas que conforman nuestra sociedad, me refiero a la infertilidad, la misma que hoy en día es considerada una enfermedad a la que deben enfrentarse muchas personas o parejas, y que casi siempre es descubierta cuando estos quieren materializar su anhelo de convertirse en padres.

Siguiendo la misma línea, es menester mencionar que, ante la presencia de esta enfermedad y otras particularidades, se desarrollaron una serie de alternativas científicas para que las personas puedan formar una familia, teniendo en cuenta además que el Tribunal Constitucional del Perú y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han motivado sus resoluciones teniendo en consideración el derecho a la familia y a la procreación, estableciendo que quienes tengan el deseo de ser padres, pueden emplear métodos científicos para alcanzar este fin, hecho que, de algún modo, respalda el uso de este tipo de técnica para fines de naturaleza personal, mas no comercial.

Es en este punto que, considero importante abordar uno de los procedimientos de procreación humana más controversiales de los últimos años, cuyo empleo ha ido incrementando conforme al desarrollo tecnológico y científico de estos últimos años, me refiero a la figura conocida como “madre sustituta”, cuya aplicación en los centros de reproducción asistida ha aumentado progresivamente, tanto en nuestro país como a nivel internacional, ello a consecuencia del creciente índice de individuos que tienen la imposibilidad de procrear de manera natural y por ende buscan concretizar su derecho reproductivo a través del uso de la ciencia, el mismo que muchas veces es materializado mediante el empleo de esta técnica.

Se debe tener en cuenta que, las personas que optan por emplear la figura de la maternidad subrogada, muchas veces se exponen a atravesar una serie de situaciones no previstas por el Derecho, y que, por ende, podrían configurar una serie de conflictos legales, los mismos que podrían propiciar la creación de un ambiente jurídico inestable, carente de seguridad jurídica y propenso a la vulneración de los derechos de padres e hijos.

Por lo expuesto considero que, el desarrollo de este tema es de interés social y jurídico, toda vez que, al brindar alcances sobre la regulación de este tipo de técnica y los criterios en los que se podrían basar su aplicación, se trata de informar y hacer notar la importancia que tiene incluir los aspectos principales de este tema en nuestra legislación nacional, hecho que está orientado al resguardo de los derechos del natus (incluso los vinculados a este después de su nacimiento) y el de las personas que optan por emplear este método, contribuyendo de esa manera, a prevenir que esta práctica sea utilizada para fines delictivos, como, por ejemplo, en delitos de trata de personas, explotación infantil, extorsión y sus derivados.

Debemos tener en cuenta que, si bien es cierto nuestra legislación no prohíbe expresamente esta figura, tampoco significa que la misma sea legal en nuestro país, toda vez que no hay derecho positivo que la regule, más que una disposición legal suelta comprendida en la Ley General de Salud actual, hecho que podría ocasionar que muchas veces se vulneren aquellos derechos que si están reconocidos por nuestra Constitución.

Es por ello que, la regulación de esta práctica, proporcionaría seguridad jurídica respecto al desarrollo de la misma y los efectos que pueda acarrear su aplicación, estableciéndose de esta manera, una serie de parámetros y presupuestos a los que se deberían someter las personas que opten por el uso de esta práctica, asumiendo en primer orden, que se deben salvaguardar los derechos humanos, la ley y los principios que rigen dentro de nuestro territorio nacional.

Concretamente, ante la no regulación de esta figura, debemos tener en cuenta qué criterio es el que se va a manejar cuando, generalmente nuestros operadores de justicia y profesionales involucrados, estén frente al desarrollo de este tipo de situación, es ahí que resulta necesario identificar si debe primar la identidad biológica del menor o la defensa su interés (previsto como principio en nuestro país), sobre todo en las situaciones donde esta técnica se desarrolle con intervención de la pareja intencional y el aporte de óvulos de la gestante o una tercera persona, esto principalmente para determinar la filiación del procreado, la misma que deberá definirse salvaguardando la integridad y el bienestar del menor procreado.

Si bien en la actualidad ya existe jurisprudencia nacional relacionada al tema, las mismas que han resuelto casos en base de preceptos reconocidos en nuestra constitución, se debe tener en cuenta que, cada caso en concreto es analizado e interpretado de manera diferente, recalcando que, si bien su práctica se da en nuestro país y ha sido reconocida a grandes rasgos por algunos de nuestros operadores de justicia, resulta importante regularla y otorgarle el respaldo jurídico correspondiente, con el fin de que no se generen conflictos de índole legal, los mismos que podrían originar, entre otras cosas, la separación del menor de sus padres (ya sean legales, afectivos o biológicos) por el lapso de tiempo dure la solución de un proceso judicial al que tengan que someterse, hecho que produciría desprotección respecto del menor y la vulneración del derecho a pertenecer a una familia, así como la construcción de su identidad.

También es importante recalcar que, un estudio de esta clase, beneficia a la sociedad en su conjunto, pues pone al alcance de la colectividad, instrumentos sustanciales que, contribuyen al esclarecimiento de aquellas interrogantes que puedan

generarse durante el proceso de búsqueda de información por parte de las personas interesadas en este tipo de práctica, así como también proporciona precisiones respecto a los criterios manejados por nuestra justicia nacional, recogiendo los fundamentos aplicados en cada caso.

El hecho de que esta actividad se desarrolle en varios países del mundo, deja cierta desazón en nuestra población nacional pues, para tener acceso a esta técnica de procreación con el respaldo jurídico pertinente, tendrán que acudir a países del extranjero en aras de satisfacer plenamente este tipo de necesidad, resultando éste, un gasto innecesario, sobre todo, si tenemos en cuenta que dentro de nuestro país, también existen centros de reproducción asistida de gran prestigio y con los equipos adecuados que exige la realización de este tipo de procedimiento, sin embargo no hay un ordenamiento que garantice que el empleo de este método sea legal en nuestro territorio y que no se corra el riesgo de generarse algún tipo de consecuencias jurídicas de índole penal o civil; además, en el supuesto de que la práctica se haya desarrollado plenamente en el extranjero, debemos considerar que es toda una batalla legal poder nacionalizar al menor nacido mediante el empleo de esta técnica en nuestro país, toda vez que el proceso para lograr ello resulta engorroso y ocasiona costos de dinero y tiempo, sin tener la certeza de que la pretensión sea alcanzada.

Consiguientemente, la disyuntiva surge con el nacimiento del menor procreado a través del uso de esta técnica, siendo que, se genera un vacío legal respecto de la filiación existente entre los intervinientes del acuerdo, calidades que no siempre recaen sobre las mismas personas, por lo que su reconocimiento resulta difícil de aplicarse.

1.3 Problema

Consecuentemente, el problema queda enunciado de la siguiente manera:

- ¿En los conflictos jurídico-filiatorios originados por el nacimiento de una persona procreada mediante el uso de la maternidad subrogada en el Perú, debería primar la identidad biológica del menor o el principio del interés superior del niño?

1.4 Conceptualización y operacionalización de las variables

| VARIABLES | | DEFINICION CONCEPTUAL | DIMENSIONES | INDICADORES | INSTRUMENTO |
|---|----------------------|--|--|---|---|
| INDEPENDIENTE | MATERNIDAD SUBROGADA | Práctica mediante la cual se pacta la gestación de un niño o niña, previo acuerdo entre la gestante y la persona o pareja intencional, siendo que la primera de los nombrados se compromete a entregar al menor una vez acontecido el nacimiento, existiendo una renuncia de derechos filiatorios sobre el menor por parte de la gestante. | Doctrina Normatividad Jurisprudencia | <ul style="list-style-type: none"> - Infertilidad - TERAS - Maternidad Subrogada - Filiación - Aspectos normativos nacionales - Derecho comparado - Tratamiento Jurisprudencial nacional | <p>Ficha de análisis de contenido</p> <p>Cuestionario de Encuesta</p> |
| | DEPENDIENTES | FILIACION | Es aquel lazo existente entre progenitores e hijos, la misma que no solo se centra en el aspecto biológico sino que va más allá, constituyendo un conglomerado de deberes y derechos respecto del mas desvalido. | Doctrina Normatividad Casuística | |
| IDENTIDAD BIOLÓGICA | | Componente de la identidad personal, y está altamente relacionada con la carga genética que posee cada ser humano. | Jurídica Social | <ul style="list-style-type: none"> - Identidad - Derecho a la identidad - Identidad biológica | |
| PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO | | Aquella prioridad que se debe otorgar a los derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a los derechos de cualquier otra persona, ello por considerarse que ellos constituyen una población vulnerable que merece protección especial por parte del Estado | Jurídica Social | <ul style="list-style-type: none"> - Definición - Funciones - Características - Determinación | |

A. MATERNIDAD SUBROGADA Y FILIACIÓN

A.1 INFERTILIDAD:

Para abordar un tema como el esbozado en el planteamiento del problema, primero debemos tener en cuenta algunos alcances sobre una de las principales causas que impulsa a las personas a preferir esta forma de reproducción, me refiero a “la infertilidad”. La Organización Mundial de la Salud (OMS), conceptualiza a la infertilidad como una enfermedad del sistema reproductivo, la misma que implica la imposibilidad de conseguir un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales sin protección (Zegers Hochschild, y otros, 2010). Sin embargo, existen posturas en contra de que esta condición sea considerada como una enfermedad, de modo que la han ido conceptualizando con otras definiciones como incapacidad o deficiencia, sin desconocer que si podría ser considerada como causa de otras enfermedades.

Algunos doctrinarios creen conveniente diferenciar los conceptos de esterilidad e infertilidad, señalando que cuando una persona es estéril, no puede llegar a la etapa de concepción, es decir no se inicia el embarazo, mientras que cuando una persona es infértil, la concepción del nuevo ser si se produce, empero, a causa de deficiencias en el sistema reproductivo no se alcanza a producir el nacimiento; incluso hay quienes señalan que existe una infertilidad total y parcial, teniendo en cuenta que la infertilidad total está referida a que a pesar de que la mujer logra embarazarse no se producirá el nacimiento, mientras que en la infertilidad parcial, la mujer solo podrá embarazarse y concretar el nacimiento del nuevo ser mediante el uso de herramientas y/o procedimientos científicos.

Actualmente, se calcula que esta condición afecta entre el 16% y el 20% de las parejas a nivel mundial, cifra que sobrepasa los noventa millones de personas. Roa Meggo, define a la infertilidad de pareja como: “la imposibilidad de lograr un embarazo después de un año de vida sexual activa,

sin uso de anticonceptivos” (Roa Meggo, 2009, pág. 57); añadiendo a este concepto el obstáculo que tienen las personas para concebir, para llevar el feto en el vientre y para lograr que este nazca vivo.

Dentro del campo de la salud reproductiva, la infertilidad es considerada como una deficiencia que, si bien es cierto, no amenaza la integridad física de la persona, puede ser causa de problemas emocionales o psicológicos, toda vez que algunas parejas ven a la posibilidad de tener hijo como un objetivo de vida, cuyo cumplimiento implica la satisfacción de su desarrollo personal dentro de la sociedad, motivo por el cual, convendría considerarla como una deficiencia de relevante importancia dentro de nuestras políticas de salud, y el Estado debería reforzar las políticas de prevención, sobre todo, teniendo en cuenta que la demanda del tratamiento de este padecimiento crece, así como la necesidad de especialistas en el tema.

Dentro del campo del derecho, se debe señalar que, la genética ha tenido avances importantes a lo largo del tiempo, sobre todo en lo que respecta al empleo de métodos de reproducción asistida, los mismos que han empezado a regularse desde hace algunos años, ello como respuesta al incremento de casos de parejas infértiles. Personalmente considero que estos avances deben ir de la mano con la biotecnología, a fin de garantizar el respeto por nuestra existencia y la preeminencia humana, conciencia que es necesario implantar dentro de nuestra cultura social.

En el Perú, según una entrevista al Dr. Edwin Reyes, coordinador del capítulo de infertilidad de la Sociedad Peruana de Urología, el 15% de las parejas presentan problemas de infertilidad, siendo que, de esa cifra, el 30% y 40% sería responsabilidad del varón; asimismo, respecto a las causas que generan esta condición, informó que pueden ser orgánicas, congénitas o producto del estilo de vida, incluso puede asociarse con la contaminación ambiental. (Reyes Alpaca, 2018).

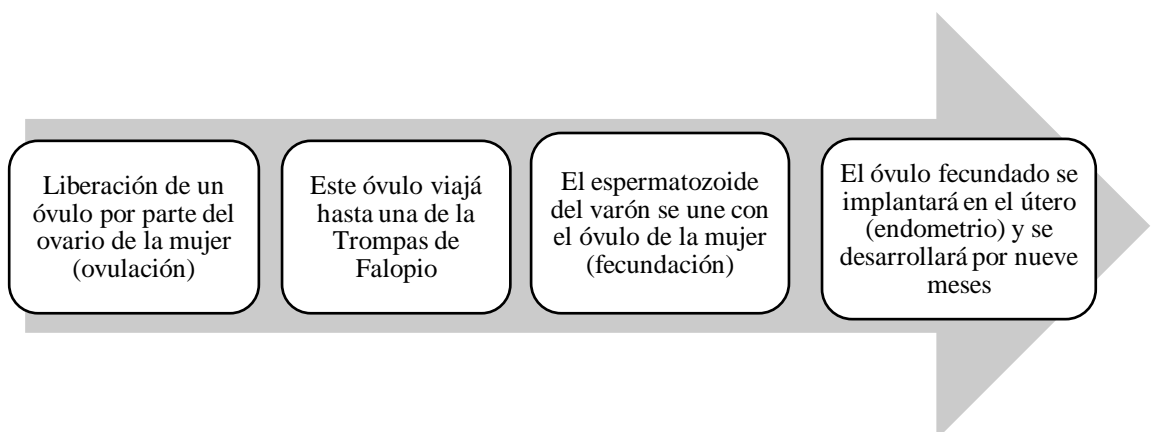
Entre los problemas congénitos, los mismos que abarcan desde malformaciones en el útero, los ovarios o partes del sistema reproductor masculino, este tipo de problemas pueden desarrollarse en cualquier persona, sea hombre o mujer, conforme a lo que veremos más detalladamente, a continuación.

Causas:

En líneas generales, y después de revisar estadísticas en salud sexual, tenemos que una de las causas fundamentales de ausencia de fecundidad en las personas son las infecciones, las mismas que pueden producir daños sin que el paciente lo advierta, toda vez que estas se pueden alojar mucho tiempo en el sistema reproductivo de manera imperceptible y pueden dañar los diferentes órganos que lo componen.

Según el Instituto de Infertilidad y Genética de México, la infertilidad puede tener su origen en cinco factores primordiales: factor ovulatorio, factor masculino, factor embrionario, factor tubárico y factor uterino (Instituto de Fertilidad y Genética, 2017).

A fin de entender mejor el tema, se debe comenzar señalando que el embarazo implica un periodo de tiempo, el cual está conformado por una serie etapas que se producirán en una mujer, apreciaremos cómo es que se produce el mismo en el siguiente gráfico:



Aquellas situaciones que interfieran con lo detallado, serán consideradas como causas de infertilidad, debemos tener en cuenta que a algunas personas no les es posible lograr un embarazo y llevarlo hasta que se produzca el nacimiento, y dichos defectos son detectados después de haberlo intentado por un largo periodo de tiempo, por lo que optan por acudir a tratamientos en lugares especializados en el tema.

Se debe precisar que, dentro de las causas que ocasionan la infertilidad, se tiene un gran número de posibles deficiencias, que van desde lo biológico hasta lo psicológico, toda vez que, no solamente nuestro cuerpo debe estar preparado para ser padres, sino que también debe estarlo nuestra mente. Así también, existen factores relacionados con nuestro estilo de vida, los mismos que pueden contribuir a la ausencia de fertilidad en nuestros órganos reproductivos, por lo que es necesario identificar todo tipo de conductas que sepamos que podrían influir si estamos frente a este problema, generalmente, se recomienda evitar el consumo de alcohol y tabaco pues se considera que ello predispone a la presencia de esta deficiencia.

Si nos basamos en causas netamente biológicas, encontraremos las siguientes:

i. Factor ovulatorio:

Este factor está vinculado con los ovarios y la estabilidad hormonal, el mismo que se presenta cuando hay alguna variación en la ovulación de la mujer. Como sabemos, la ovulación es una etapa primordial en el periodo menstrual femenino, en la cual alguno de los ovarios (al rompimiento del folículo ovárico) libera un óvulo, que conforme vimos en la secuencia anterior, viajará hasta alguna de las Trompas de Falopio a fin de ser fecundado por un espermatozoide.

Este proceso es manejado por el hipotálamo y se realiza a través de la secreción de la hormona luteinizante y la hormona estimuladora. Por lo que cualquier modificación del mismo, puede originar una disminución en la capacidad de engendrar en la mujer.

Dentro de los problemas mas comunes relacionados a esta causa, encontramos a los ovarios poliquísticos (desequilibrio hormonal), quistes ováricos (bolsas llenas de líquidos, algunos pueden obstaculizar el desarrollo normal de la ovulación), la resistencia a la insulina, sobrepeso, disminución de producción de óvulos, problemas con la glándula tiroides, etc.

ii. Factor embrionario:

Luego de que el óvulo fue fecundado con el espermatozoide, tendrá que implantarse en las paredes del útero, así que cualquier alteración de este supuesto devendrá en infertilidad. Sabemos que, cada gameto que es aportado por la pareja posee cierta carga genética, la misma que, una vez producida la fecundación, se verá reflejada en las características que posea el nuevo ser.

Las deficiencias presentadas en lo expuesto en el párrafo anterior podrían generar pérdidas recurrentes del producto (pérdida de dos o más embarazos), fallas en la implantación, alteraciones genéticas o incompatibilidad.

iii. Factor tubárico:

Esta causa está directamente ligada a cualquier detrimento que se produzca en las Trompas de Falopio, en las cuales se produce la procreación del nuevo ser, es decir donde se unen los gametos para que luego, esa unión, sea trasladada hasta el útero, se implante y se desarrolle adecuadamente.

Dentro de los problemas más comunes que se causan aquí, terminan aumentando las probabilidades de que se produzcan embarazos ectópicos, hecho que supone que el embarazo no logre llegar a su término pues será imposible el desarrollo del embrión. Este resulta ser uno de los factores principales.

iv. Factor uterino:

La matriz uterina es el lugar destinado a albergar al embrión durante todo el periodo que le tome desarrollarse, esta acondicionada para hospedar a esta nueva vida y darle lo que necesita, toda vez que se encargará de salvaguardar y proveer de nutrientes necesarios al embrión a lo largo de la etapa gestacional.

Las deficiencias que pueden darse lugar en el útero están vinculadas más que nada con el hecho de la implantación, siendo que esta no se produce de manera adecuada.

Dentro de los defectos más comunes encontramos la endometriosis o los pólipos ubicados en el útero.

v. Factor masculino:

Con respecto a temas de infertilidad, debemos tener en cuenta que, los casos de embarazos no logrados por problemas en los varones se han ido incrementando a través del tiempo, dejándose de lado el pensamiento de que estos son ocasionados solamente por las mujeres, por lo que, ante la presencia de cualquier anomalía, es importante visitar a un médico especialista y que este realice un examen integral de la pareja.

Estos problemas, están relacionados directamente con los espermatozoides, tiene mucho que ver la cantidad en que son producidos, su conformación estructural (forma) y su desplazamiento en los conductos respectivos hasta llegar a alguna

de las Trompas. Este tipo de condición es detectada mediante exámenes o análisis de laboratorio.

Entre otras causas atribuibles al incremento de los índices de infertilidad en las parejas figura, la avanzada edad de procreación elegida por un grupo importante de mujeres, toda vez que hoy en día, la misma se encuentra desde los 30 años a más, hecho que crea un ambiente menos favorecedor para la procreación y mayor exposición al padecimiento de alguna enfermedad o dolencia durante el embarazo, pues, debemos tener en cuenta que las probabilidades de concepción se van reduciendo conforme avanza la edad de la mujer, esto generalmente obedece a que, el desarrollo profesional y la participación en diferentes actividades, ha llevado a la mujer a posponer su decisión sobre el embarazo.

Así también, podemos encontrar entre las causas de infertilidad, a lo malos estilos de vida, constituidos por excesos con las bebidas alcohólicas y cigarrillos, lo que crea una calidad baja de semen en hombres, y una disminución en la producción de los óvulos en las mujeres.

Impacto económico y social:

El aumento de los índices de infertilidad tiene como resultado inmediato la existencia de una población más longeva, la misma que llegará a depender de los servicios del Estado, hecho que ocasiona un descontrol sobre todo en el sistema de salud pública, que en la actualidad ya es bastante precaria, y un déficit en los aportes al seguro social, toda vez que los jóvenes al constituir una menor población en comparación con los beneficiarios de la pensión, no logran aportar lo necesario para cubrir con las pensiones generadas, hecho que ocasionara un gasto publico mayor para el Estado y un incremento en las edad de jubilación y un incremento en la tasa de aportación.

Como ya se ha visto, para las parejas o la persona infértil, también se originan problemas de índole económico, toda vez que los gastos en tratamientos de fertilidad o el empleo de tratamientos de reproducción en laboratorios son altamente costosos, y en la mayor parte de casos, inaccesibles para los ciudadanos peruanos, teniendo en cuenta que no estaría al alcance del estado poder ofrecer estos servicios.

Asimismo, este problema produce una serie de problemas emocionales en la persona, hecho que podría ocasionar estrés, frustración, inestabilidad y muchas veces hasta depresión, problemas que interfieren en su modo de vida personal y de pareja, afectando también a las personas que se encuentran alrededor.

A.2 REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Si hablamos de infertilidad, no podemos dejar de hablar de las TERAS, las cuales entran a tallar a modo de opción cuando se detecta este tipo de condición en una pareja. El empleo de estas técnicas de reproducción, viabilizan la procreación de un embrión, que por diferentes motivos no puede formarse de manera natural, es decir, trata de solucionar las deficiencias que podrían existir en una pareja para la concepción de un nuevo ser a través del uso de la biotecnología. En pocas palabras, estos procedimientos científicos coadyuvan con la pareja a fin de que esta pueda concretar su objetivo de convertirse en padres.

Estas técnicas implican presencia y aplicación de la ciencia en la naturaleza humana, concretamente en el ciclo reproductivo del ser humano cuando este no pueda desarrollarse de manera eficiente por sí solo. Ello se podría definir en concebir mediante el uso de la ciencia, sin la presencia del contacto sexual. Estamos frente a técnicas de innovación científica dirigidas al control biológico.

En concreto, aquel impedimento natural de no poder formar una familia, actualmente tiene como alternativa de solución el empleo de estos procedimientos de procreación asistida, los cuales fundamentan su razón de ser en la ciencia, ello con la finalidad de lograr que se produzca la procreación, es decir, se persigue un aspecto subjetivo de protección de la familia, orientada a reemplazar los defectos que pueda presentarse en una pareja durante el periodo de querer convertirse en padres.

Clasificación de las Técnicas de Reproducción Asistida

- **Inseminación Artificial.** - Esta técnica radica en la extracción del espermatozoides del varón y colocarlo en el conducto reproductivo femenino, ello a fin de que la procreación del embrión se produzca en la cavidad uterina; para ello, resulta necesario cumplir con dos aspectos previos a este procedimiento: un semen adecuado y una pelvis fuerte. Generalmente, este procedimiento se plantea como paso previo de otras técnicas.

Asimismo, debe señalarse que esta TERA no consigue resultados en cuestiones de deficiencias detectadas en las Trompas de Falopio, que habiendo sido tratadas no se obtuvo éxito. Es un procedimiento utilizado como primera alternativa en casos de infertilidad dentro de las clínicas de fertilización.

La inseminación artificial es factible de ser realizada con aporte seminal de la pareja o el de un tercero. Debemos tener en cuenta que, con la inseminación artificial, existe cierta probabilidad del desarrollo de varias gestaciones simultáneas.

En las clínicas de fertilización donde se realizan este tipo de procedimientos, se distinguen 4 fases. La primera de ellas es la

estimulación ovárica, la cual consiste en la administración de hormonas en la mujer, desde el segundo día de menstruación, luego de ello se realizan controles a través de exámenes ecográficos a fin de determinar el día mas efectivo para llevar a cabo la inseminación. La segunda fase es la muestra de semen, la misma que se obtiene unas horas antes de proceder con la inseminación, esto es desarrollado en el laboratorio, y reside en la elección de los mejores espermatozoides para luego proceder con la siguiente fase. Como tercera fase tenemos a la inseminación que consiste en la introducción de la muestra seminal en la cavidad uterina con la finalidad de que se produzca la procreación, por ultimo se recomienda el reposo por un corto tiempo. Si no se producen los resultados esperados, se vuelve a intentar el procedimiento hasta una cuarta vez. Si no llegara a resultar, se puede proceder con la F. I. V.

- Fecundación Extracorpórea o in Vitro.- En 1978 nació la primera niña procreada mediante el uso de esta técnica, desde aquel tiempo hasta la actualidad, la forma de emplear este procedimiento se ha ido renovando y adecuando a las nuevas necesidades de las parejas; se ha creado material orientado a favorecer la calidad de gametos, hecho que supone la formación de mas embriones, aumentando la posibilidad de embarazos exitosos. El desarrollo de esta técnica se basa en la extracción del óvulo y el semen, a fin de que estos sean unidos en una probeta, para luego proceder con la implantación en la matriz uterina de la persona que llevará el embrión durante el tiempo que dure el embarazo.

En pocas palabras, con este procedimiento se busca fecundar el óvulo y los espermatozoides fuera del vientre femenino, para luego ser colocados en el útero, teniendo como fines a la procreación e investigación humana científica.

Ambas técnicas, en cuanto al aporte de gametos, se pueden desarrollar de dos formas:

- Homólogas o Interconyugal.- Cuando el procedimiento se lleva a cabo entre personas que están enlazadas por vínculos de afinidad, como el matrimonio o la convivencia. Es decir, los óvulos y/o espermatozoides son extraídos de la pareja que acudió a esta técnica de reproducción; en el supuesto de la inseminación artificial, se obtienen los espermatozoides para luego introducirlos en la mujer, y en el caso de la F.I.V., se obtienen ambos gametos de la pareja, se unen en la probeta y luego se implanta el producto en la mujer. En el último supuesto, existe una variante, y es cuando la mujer no posee un útero funcional, pero si cuenta con ovarios, de modo que el embrión fecundado se instaura en la matriz uterina de otra mujer, previo acuerdo y consentimiento.
- Heteróloga o Supraconyugal.- En este caso, la técnica se desarrolla usando material genético aportado por un donante, que es una persona diferente a los integrantes de la pareja. En este tipo de aporte de gametos, se puede dar la posibilidad de que ninguno de estos pertenezca a alguno de los miembros de la pareja, en cuyo caso, estaríamos frente a una donación de embrión, el mismo que luego será trasladado al útero de la mujer que solicita el empleo de la técnica. Aquí también puede darse de que la mujer no tenga un útero funcional, motivo por el cual también podrá intervenir una segunda fémina que llevara a cabo la gestación, todo ello previo acuerdo y consentimiento de los intervinientes.
- Mixto.- Este tipo se va a configurar, cuando el procedimiento se lleve a cabo usando material genético del varón miembro de la pareja con el de un donante.

| INSEMINACION ARTIFICIAL | FECUNDACION IN VITRO |
|--|---|
| Reproducción de forma natural, en el cuerpo de la mujer. | El proceso de unión de los gametos se desarrolla en un laboratorio |
| Solo se extrae el espermatozoide del hombre | Además del espermatozoide del hombre, es necesario extraer el ovulo de la mujer |
| Pueden ser homólogas, heterólogas o mixtas. | Pueden ser homólogas, heterólogas o mixtas. |

Después de lo expuesto, se debe precisar que si bien es ciertos el uso de estas técnicas se presentan como alternativa de solución a la infertilidad, también es cierto que su empleo tiene un alto costo económico y emocional para los pacientes, además que, al no estar reguladas normativamente en nuestro país, pueden presentarse situaciones que atenten y lesiones los derechos de los intervinientes (pacientes, menor procreado y médicos), por lo que resulta necesario legislar este tema.

A.3 MATERNIDAD SUBROGADA

Como sabemos, la familia es pilar fundamental de nuestra sociedad, lugar donde comienza la formación de la persona, y como tal, es protegida por el Estado y las normas que rigen nuestras conductas; es así que luego de abordar el tema de la infertilidad, abordaremos una de las TERAS que nace a modo de respuesta o posible alternativa a esta deficiencia. Una de las técnicas, que, si bien no ha sido regulada por nuestra legislación nacional, pero cuyo uso ha ido aumentando a través del tiempo, es la maternidad subrogada.

Para comenzar a desarrollar este tema primero señalaré en qué consiste. En cuanto a su definición tenemos que, según el D. R. A. E., expresa que la “maternidad” es “el estado o cualidad de madre” (Real Academia Española, 2017), teniendo en cuenta también que, madre es aquella persona de sexo femenino que ha concebido o parido uno o mas hijos, se debe precisar que,

jurídicamente, es un vínculo constituido por lazos biológicos o de afinidad, ubicado en el primer grado de la línea recta del parentesco.

Asimismo, el citado texto de consultas, define subrogar como “sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa” (Real Academia Española, 2017), por lo que, en líneas generales, tenemos que el término maternidad subrogada hace alusión al reemplazo de la madre en la etapa de fecundación o gestación.

Es decir, estamos frente a un acuerdo constituido entre una pareja y una mujer (que será la subrogante), mediante el cual se comprometen a que esta última pueda llevar la gestación del embrión durante el embarazo hasta el nacimiento del menor, para luego entregarlo a la pareja.

El Dr. Enrique Varsi Rospigliosi (Varsi Rospigliosi, 2001), manifiesta a favor de esta técnica, lo siguiente:

- Esta técnica se fundamenta en la declaración de voluntad de los intervinientes, quienes hacen uso de sus derechos y atribuciones, sin afectar los intereses de los demás, por lo cual no podría cuestionarse a estas por el empleo de esta técnica.
- Afirma que, los intervinientes en la referida técnica se suelen beneficiar en la misma medida, toda vez que, la pareja contratante logra concretar su anhelo de convertirse en padres, al concebido se le brinda la posibilidad de tener una familia que haya planeado su nacimiento, le brinden cariño y estabilidad, y por último, la mujer que facilitó su útero, verá realizado un acto de altruismo, mediante el cual ayuda a otros para que puedan realizar su objetivo de formar una familia.

Algunos autores sostienen que se debería diferenciar a la maternidad subrogada de la maternidad portadora, señalando que cuando la madre gestante, además del útero, proporciona o aporta los óvulos necesarios, se

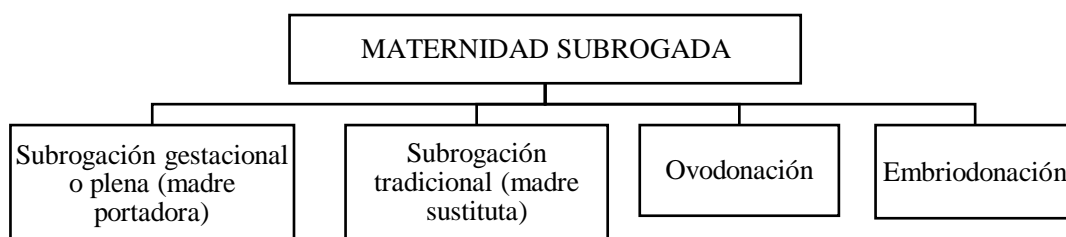
estaría ante la primera de las figuras mencionadas, en cambio cuando la madre gestante solo se limita a llevar el embrión durante el periodo de gestación, se hablaría de una madre portadora.

Para Javier Camacho, es factible señalar que la maternidad subrogada se constituye como una figura mediante la cual una persona de sexo femenino, acuerda con otra persona o pareja, llevar un embarazo, durante el tiempo que este tome en gestarse, para luego ceder al menor cuando se produzca su nacimiento, desistiendo de las atribuciones que le corresponderían como madre del mismo, a cambio de un monto dinerario. (Camacho, 2009)

En ese sentido, podemos definir a esta técnica como aquella práctica, a través de la cual, se pacta la gestación de un niño o niña, previo acuerdo entre la gestante y la persona o pareja intencional, siendo que la primera de los nombrados se compromete a entregar al menor una vez acontecido el nacimiento, existiendo una renuncia de derechos filiatorios sobre el menor por parte de la gestante.

Formas

Se ha considerado que esta práctica de reproducción, admite las siguientes formas:



Subrogación gestacional o plena (madre portadora)

Aquí, la mujer puede producir óvulos, pero no puede gestar, por lo que debe buscar a otra para que geste. El procedimiento a seguir en esta forma, radica en la

| | |
|---|--|
| | <p>extracción del óvulo y el espermatozoide de la pareja, a fin de que se produzca la fecundación mediante la F.I.V., para luego proceder con la implantación del embrión en la matriz uterina de la fémina que gestará al bebé.</p> <p>La calidad de padres intencionales y padres genéticos coinciden.</p> |
| <p>Subrogación tradicional (madre sustituta)</p> | <p>Aquí la mujer no puede producir óvulos ni le es posible gestar, motivo por el cual, debe buscar a otra persona para que geste y aporte los óvulos. El procedimiento que acontece en este supuesto, se desarrolla de la siguiente manera: la mujer que gestará al embrión es inseminada artificialmente con los espermatozoides del varón (perteneciente a la pareja) a fin de producirse la fecundación con su óvulo, lo que implica que la calidad de madre biológica coincidirá con la de madre gestante, pero será diferente a la de madre intencional.</p> |
| <p>Ovodonación</p> | <p>Aquí, la mujer tiene la capacidad de llevar a cabo la gestación, pero no es capaz de producir óvulos, motivo por el cual se requiere de una donante. Generalmente, se emplea este procedimiento cuando una mujer esta frente al supuesto mencionado anteriormente o sufre de alguna enfermedad de origen hereditario. En concreto, aquí se emplea el óvulo donado y este es unido con el espermatozoide del hombre integrante de la pareja, se fecundan y luego se procede con la implantación de este producto en la matriz uterina de la madre intencional. La calidad de madre intencional concuerda con la gestante, pero no con la madre genética.</p> |

Embriodonación

En este caso, tanto el marido como la mujer son infértiles, por lo que buscan los aportes de un tercero para poder procrear un embrión y gestarlo. Este procedimiento implica la existencia de un embrión fecundado con gametos donados, el cual es implantado en el claustro materno para ser gestado por una tercera mujer: esta forma es empleada cuando existe infertilidad total en la pareja que desea convertirse en padres.

Teorías de Atribución de la Maternidad

La doctrina coincide en la presencia de tres teorías principales de atribución de la maternidad. Así, Borja Gonzales (Gonzales Pineda, 2015), realiza la siguiente clasificación:

- **Teoría de la preferencia de la gestante:** Esta teoría atribuye la maternidad a la persona que produce el alumbramiento, como podemos notar, se basa en una de las presunciones más usadas por los romanos *mater semper certa est*, lo cual supone que, la madre siempre será conocida, esto es porque antiguamente se creía que era muy fácil probar la maternidad por el solo hecho del parto, siendo que a partir de este, se establecían las relaciones biológicas de manera automática. En pocas palabras, esta teoría postula que, aquella persona de sexo femenino que geste el embrión fecundado por el lapso que dure el embarazo, será considerada como madre de este.
- **Teoría de la contribución genética:** Esta teoría se fundamenta en el elemento genético, el cual se convierte en determinante para definir la relación materna; en concreto, tenemos que la madre será aquella que

aporte el óvulo para la fecundación del embrión, por ende, esta relación será válidamente comprobada de manera científica.

Critica: Como notamos, esta teoría presenta problemas cuando los gametos son aportados por un donante, toda vez que, no existiría relación genética entre el menor procreado y la gestante, ni tampoco tendríamos como probar la filiación entre la madre intencional y el menor.

- **Teoría de la intención:** Esta teoría tiene su fundamento en el deseo, es decir, será madre aquella mujer que tuvo la intención de engendrar, independientemente si hubo de por medio el aporte de algún gameto. En líneas generales, el fundamento de una gran parte de la doctrina se basa en que la donante o gestante solo cumple la función de facilitadora del objetivo de la madre intencional, toda vez que, esta es quien tiene el propósito de engendrar y criar al menor. Como vemos, la voluntad procreacional cumple un papel muy importante en esta teoría de atribución de maternidad, siendo mas flexible y sin restringirse a lo biológico, a su vez, se abren las puertas al uso de los avances tecnológicos y nuevas formas de reproducción que se presentan hoy en día dentro de nuestra sociedad.

Critica: La principal crítica de esta teoría se basa en que, de producirse la fecundación, la intencionalidad radicaría en traer un hijo al mundo, sin embargo, que pasa si la gestante (que no es la madre intencional) cambia de opinión durante la gestación, entonces como llamaríamos a la voluntad originada en esta, aquí surgiría un gran problema que de no ser regulado solo podría determinarse luego de una batalla legal.

A.4 FILIACION

Concepto

Desde la época de los romanos, la filiación materna y paterna siempre han sido considerados como hechos biológicos por excelencia, por ese motivo es que la filiación ha venido siendo tratada de la misma manera. Si bien se puede

considerar que la filiación es un hecho natural, existente por el solo hecho de ser engendrado, también es cierto que se requiere que este hecho haya sido determinado legalmente para que genere efectos jurídicos.

Actualmente, la mayor parte de ordenamientos jurídicos, afirman que la filiación estaría conformada por aquella relación o lazo que existe entre padres e hijos, la misma que estaría constituida por una serie de elementos, no estrictamente genéticos, si que se complementan con otros aspectos más amplios, como los deberes de protección y cuidado del menor; estos conceptos son manejados al reconocer la existencia de la adopción en sus legislaciones respectivas.

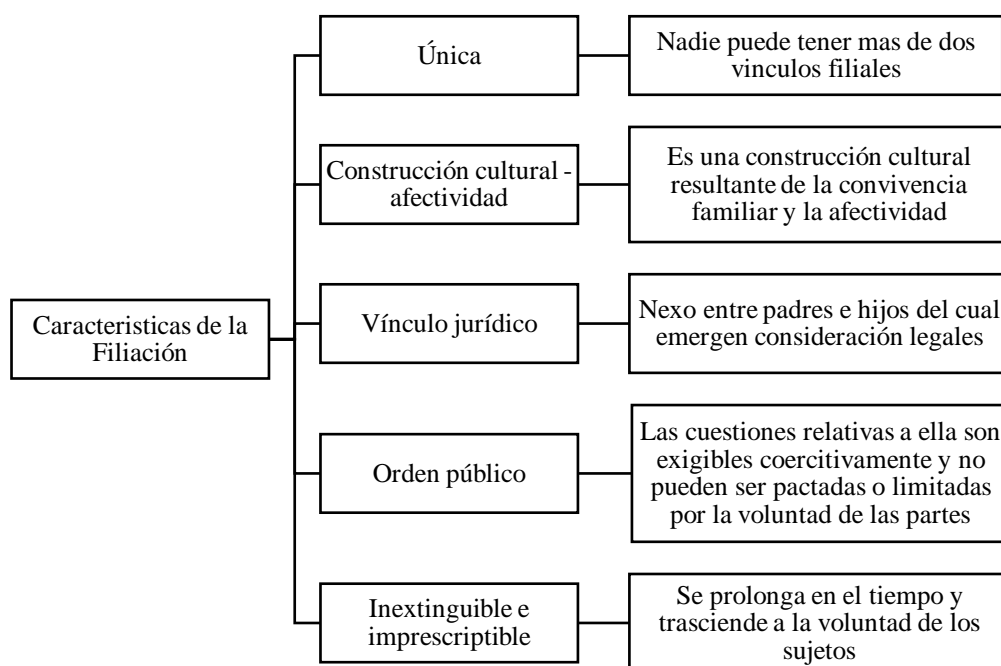
Como vemos, la filiación comprende un aspecto biológico, determinado por la procreación, y un aspecto voluntario, el mismo que se maneja en los casos de adopción o el empleo de técnicas de reproducción asistida.

Muchas personas, creen erróneamente que ser padres solo implica engendrar, no asumiendo que este rol va más allá, toda vez que, se adquieren un conjunto de deberes y derechos sobre los hijos, los mismos que deben ser inculcados, enseñados y asumidos, brindarles un ambiente armonioso y una educación de calidad para que se desarrollen dentro de la sociedad como personas de bien y con respeto por la vida de los demás.

En ese sentido, Schmidt y Veloso, refieren que la filiación es un vínculo jurídico, originado por la relación entre dos o más personas, el cual implica un carácter cívico y a la vez sentimental. (Schmidt & Veloso, 2001)

En conclusión, para Enrique Varsi R., la filiación se fundamenta en el afecto que existe padres e hijos del que emanan deberes y relaciones jurídicas filiales, dentro del cual se debe tener como prioridad lo social. (Varsi Rospigliosi, 2013).

Asimismo, señala que posee las siguientes características:



Clasificación

Desde un punto de vista tradicional, existen dos formas de filiación, por naturaleza y por adopción, sin embargo, a estas dos se añade una tercera categoría, filiación derivada de los métodos de procreación asistida, que, si bien aún no se encuentra regulada en nuestro país, es una situación que se encuentra presente.

Actualmente, la doctrina moderna ya no tiene como tendencia la subdivisión que se hace de la filiación en matrimonial y extramatrimonial, si no que mas trata de diferenciar entre la filiación por sangre y la filiación legal. Para efectos de este trabajo se tomará en cuenta la siguiente clasificación:

- Filiación biológica. Aquella que está determinada por la procreación, es decir aquella donde existe aporte genético existente por parte de los padres a los hijos.
- Filiación civil. Son aquellas determinadas por la voluntad de querer convertirse en padres o ejercer patria potestad sobre un menor.

- ✓ Por adopción
- ✓ Por TERAS.

Elementos

Se pueden considerar los siguientes elementos de la filiación:

- ✓ Sujetos (padre o madre; hijo)
- ✓ Objeto (de donde deriva la filiación, puede ser filiación biológica o civil)
- ✓ Hechos (la fecundación, gestación y el parto - determinación de la filiación)

Determinación de la filiación

La determinación de la filiación implica definir jurídicamente quien es el padre o la madre de una persona, en función al reconocimiento de la realidad o de la voluntad. La filiación legal es aquel vinculo determinado por la ley (presunción matrimonial o declaración judicial) o la voluntad procreacional de la persona.

En muchas legislaciones, la filiación también se determina en función al matrimonio, haciendo diferencias entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales. En nuestra constitución política actual se recoge un trato igualitario de los hijos y prohíbe la alusión al estado civil de los padres, así como origen filiatorio de los hijos en el registro civil o cualquier documento de identificación, motivo por el cual solo tomaremos en cuenta para la determinación de la filiación los aspectos biológicos y la voluntad de los padres.

Cuando hablamos de las TERAS, en el supuesto donde hay una contribución de material genético proveniente de un donante, la filiación se determinará en beneficio de la persona que, sin haber aportado sus gametos, consiente que su pareja acuda a esta forma de reproducción, para que una vez producido el

nacimiento asuma la relación filiatoria respecto del nacido, originándose de esa forma, una disparidad entre lo genética y lo intencional (basada en la procreación).

Entonces, la filiación se podrá determinar en función de una verdad biológica sustentada en la transmisión de carga genética entre progenitores y su descendencia (favor veritatis: basado en la comprobación genética), y en función de una verdad formal sustentada en el principio voluntarista (favor affectionis).

En nuestro país, la realidad biológica no es únicamente el supuesto válido para establecer la filiación, si bien es el criterio que predomina (art. 361° del Código Civil, 363° inc. 5 del Código Civil) también es cierto que esta regla general admite otro tipo de pruebas que serán consideradas por nuestros operadores de justicia en sus decisiones judiciales (artículo 363, 377 del Código Civil), esta situación, se presenta justamente porque ahora los tribunales evalúan otras circunstancias que van mas allá de lo biológico.

Como vemos, la filiación por generada por las TERAS, se consolida en la socio-afectividad, la misma que implica un grado de bienestar y satisfacción personal que los padres transmitirán al procreado.

Voluntad procreacional

En mérito a la voluntad procreacional, se tiene que el principio voluntarista va a primar sobre la verdad biológica, teniendo en cuenta que esta no es una verdad absoluta si tomamos en cuenta los hechos y el deseo de las partes. La voluntad procreacional es el deseo que tiene una persona de pretender formar familia, indistintamente de que exista un vínculo biológico.

Por consiguiente, en virtud de la voluntad procreacional, se da prioridad a la voluntad de la pareja de tener un descendiente común, por lo tanto, los

cedentes no adquieren responsabilidad alguna, y es la pareja quienes asumen la paternidad o maternidad del nacido. Aquí nace el concepto de **padres intencionales**, que no es mas que la pareja que tuvo la iniciativa de acudir al empleo de estas técnicas para convertirse en padres.

Tenemos que tener en cuenta que, el individuo nace esencialmente debido a la decisión de los padres intencionales, siendo que, sin dicha manifestación de voluntad el hijo no hubiese nacido. Asimismo, es importante señalar que la voluntad procreacional es distinta a la voluntad que se observa en la filiación por adopción, toda vez que en la voluntad en esta última surge después del nacimiento del niño, en cambio en la voluntad procreacional en la reproducción asistida se va a dar previamente al nacimiento.

A.5 REFERENCIAS NORMATIVAS A NIVEL NACIONAL

En el Perú, en materia de procreación asistida, no existe regulación alguna, nuestras normas no dicen nada sobre el particular, nuestra constitución política y nuestro código civil de 1984 no contienen disposiciones sobre el tema.

Como se ha visto, en las formas de maternidad subrogada, pueden darse diferentes supuestos en los cuales las condiciones de madre genética, madre gestacional y madre intencional no siempre van a coincidir, hecho que supone un gran problema al momento de establecer la filiación del menor procreado a través del uso de esta TERA. Es por eso, que daré algunos alcances sobre normativa existente y propuestas sobre este tema.

Artículo 7° de la Ley General de Salud

Dentro del estado peruano, no existe una prohibición concreta sobre el empleo de las TERAS, ni mucho menos sobre la maternidad por subrogación, sin embargo, muchos han interpretado que esta técnica si se encuentra limitada, fundamentando dicha limitación en dos artículos importantes: el primero es

el artículo 409° del Código Civil, el cual prescribe que la maternidad se prueba con el parto y el segundo basado en que la calidad de madre genética debe concordar con la de madre gestante, conforme a lo prescrito en el artículo 7° de la Ley N° 26842 (L.G.S.), el cual señala que:

Artículo 7°.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos. (Ley N° 26852, Ley General de Salud, 1997)

Empero, estas solo se tratan de una suerte de restricciones éticas, pero no constituyen delito ni falta toda vez que no se encuentran tipificadas en el Código Penal, sobre todo si tenemos en cuenta lo resuelto en la **Casación N° 4323-2010**, (Casación, 2011) donde se resolvió un recurso de casación interpuesto por PRANOR S.R.L. (Clínica de Fertilidad Asistida Concebir) contra la resolución que declaró INFUNDADA la demanda de nulidad de acto jurídico, en este caso la recurrente consideró que su derecho a una decisión correctamente motivada se vulneró, toda vez que el pronunciamiento sustentó que el artículo 7° de la Ley General de Salud prohibiría la ovodonación al prescribir que el empleo de una TERA puede ser efectuada solo si la calidad de madre genética y gestante concurre en el mismo individuo.

Con relación a lo suscitado en el caso, tenemos que la fecundación se realizó con el semen del marido y con un óvulo donado a través de Fecundación in vitro, llevando la gestación la recurrente, se consideró que en este caso no aplicaría ninguna prohibición toda vez que no existe ninguna norma especial que prohíba la ovodonación, y que dicho artículo debió ser interpretado de

manera sistemática, no habiendo lugar a la nulidad del convenio por el argumento de que su cláusula cuarta supondría que las partes están facultando la ejecución de un procedimiento contrario al orden público, toda vez que dicho procedimiento no se encuentra prohibido explícitamente en el Perú, instituyendo en todo caso un vacío legal.

Como se ha señalado, anteriormente, la ovodonación supone una donación de óvulos por lo que evidentemente la condición de madre genética y gestante no podrían coincidir, si bien cierto la sala trata de deslindar la ovodonación de la posibilidad de madre sustituta, si analizamos esta última, tenemos que aquí la madre subrogante es inseminada con los gametos del marido y se compromete a ceder al menor concebido a su nacimiento, aquí la calidad de madre genética y gestante coinciden, motivo por el cual también sería inaplicable la prohibición indicada en el artículo materia de análisis, lo contrario vendría con lo expuesto en el Código Civil al momento de determinación de la maternidad.

Asimismo, debemos tener en cuenta que cuando se publicó la Ley General de Salud en nuestro país, alrededor del año 1997, se manejaban otros criterios que actualmente resultan desfazados, del mismo modo es bueno señalar que el derecho siempre ha partido de un principio natural que es el que madre es la que da a luz (conforme a lo determinado en nuestro Código Civil), en base a un principio romano, *partus sequitur ventrem* (el vientre precede al parto), en virtud de ello se tiene que si una mujer da a luz a un menor se entiende que es la madre de este nuevo ser, o el **mater semper certa est** (lo que quiere decir que la madre siempre es cierta o conocida, en clara referencia a la madre que aporta el gameto), claro está que, a los romanos jamás se les hubiese imaginado que se podrían hacer uso de técnicas que implicarían alguna modificación de este “estado natural”, sobre todo cuando por causas de deficiencias en la pareja o persona no pueden concretar su derecho a formar una familia.

Anteproyecto de reforma del Código Civil

Conforme al transcurso del tiempo, se han presentado un conglomerado de propuestas normativas destinadas a normar el empleo de las técnicas de reproducción asistida dentro de nuestro territorio nacional, estableciendo parámetros médicos y legales. Entre los más resaltantes están aquellos que se basan en la determinación de la filiación respecto de las personas que puedan acudir al empleo de estas técnicas. Recientemente ha sido publicado el Anteproyecto de Reforma del Código Civil de nuestro país realizado por el grupo de trabajo de revisión y mejora del Código Civil de 1984, el mismo que se ha ido elaborando desde octubre del 2016 y que se terminó en marzo de este año, teniendo como producto un conjunto de propuestas normas para incluir o modificar nuestra norma actual.

Este anteproyecto se han propuesto algunos artículos para regular esta materia, no para prohibirla sino para canalizarla, porque el derecho no está para prohibir salvo que sea un delito, pero no podemos decir que una técnica de reproducción asistida sea ilícita solo que tenemos que establecer los parámetros para esta logre la finalidad correspondiente. Entre los artículos a los que se hace referencia en este anteproyecto, hay un capítulo sobre reproducción asistida, aquí se trata de establecer parámetros sobre filiación y la forma de determinación de la maternidad.

El primero de los artículos incluidos en la modificatoria, es uno relacionado al consentimiento que debe existir entre las partes que intervendrán en el uso de alguna de las TERAS, para ser exactos, nos habla de un consentimiento informado y libre, sustentado en la voluntad procreacional, asimismo, establece la prohibición de que en la partida de nacimiento del menor procreado mediante esta técnica se haga mención alguna respecto a la forma en que el menor fue engendrado. En este aspecto es conveniente resaltar lo de la voluntad procreacional, elemento que hace una alusión directa al concepto de padres intencionales, es decir que, el empleo de estas técnicas, la filiación

intencional se basa en el deseo de las partes que la emplean, siendo este aspecto determinante también al momento de establecer la filiación.

“Artículo 415.- Filiación mediante fecundación asistida.

1. Toda técnica de reproducción asistida debe contar con el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten a su uso y debe estar sustentada en la voluntad procreacional.
2. No podrá hacerse ninguna referencia acerca del tipo de reproducción en ningún documento personal ni en el Registro del estado civil.
3. El consentimiento informado debe ser prestado en forma personal e individual por cada una de las personas que se someten al uso de la técnica de reproducción asistida.”

Otro de los artículos incluidos en la modificatoria, es el que trata sobre la determinación de la filiación matrimonial, en la cual se señala que los hijos serán considerados matrimoniales cuando se utilice la carga genética del marido a fin de que se lleve a cabo la técnica de reproducción asistida, del mismo modo, señala que la existencia de dicho material hace presumir el asentimiento del marido, salvo que el procedimiento sea realizado después de la muerte del marido, para lo cual si se deberá contar con un asentimiento expreso y dentro del plazo de trecientos días después de acontecido el fallecimiento.

Artículo 415-A.- Determinación de la filiación matrimonial.

1. Los hijos se consideran matrimoniales cuando se utiliza material genético del marido para la realización de la reproducción médicamente asistida. La existencia de material genético del marido para su uso en una reproducción médicamente asistida hace presumir su asentimiento, salvo lo dispuesto en el numeral 3.
2. Los hijos se consideran matrimoniales cuando exista asentimiento expreso del cónyuge, formalizado en documento de fecha cierta, para la

realización de la reproducción médicamente asistida con material genético de tercero.

3. En los casos de reproducción médicamente asistida post mortem con material genético del marido, el hijo será matrimonial siempre que exista asentimiento expreso de aquel y se realice dentro del plazo máximo de trescientos días de la muerte del marido. La misma regulación se aplica a los embriones crio conservados.

Otro de los artículos más resaltantes de la modificatoria propuesta por el grupo de trabajo antes mencionado, es el referido a la determinación de maternidad, este artículo nos establece como supuesto general que el parto determina la maternidad, sin embargo, se ha incluido un supuesto más, en el cual manifiesta que dicha regla no operará cuando se trate de un concebido con aporte genético procedente de un tercero ajeno, o de un embrión de la pareja o de terceros.

Como se puede notar, lo expuesto nos hace referencia directamente al uso de técnicas de ovodonación, embriodonación, madre portadora y madre sustituta, las mismas que constituyen supuestos de maternidad subrogada. Así también, nos habla que cuando se presente este supuesto, para determinar la maternidad, en concreto la filiación respecto al menor procreado mediante esta técnica, se deberá considerar la voluntad procreacional de la mujer o pareja que requirió la procreación, el principio del interés superior del niño o el principio de identidad genética, entendiéndose que ello se evaluará según cada caso en particular, dejando en claro también que los supuestos de maternidad subrogada referidos, no tienen contenido patrimonial, descartando la figura del contrato y las demás críticas que nacen al querer configurar el uso de esta técnica en el ámbito comercial.

Artículo 415-D.- Determinación de la maternidad.

1. El parto determina la maternidad.

2. La regla establecida en el numeral 1 no se aplica al concebido con el uso de material genético proveniente de otra mujer o pareja, o, en su caso, de un embrión de la pareja o de terceros.
3. En los supuestos descritos en el numeral 2 se deberá tener en cuenta la voluntad procreacional de la mujer o pareja que solicitó la procreación, o gestación por cuenta de otro, el interés superior del niño o el principio de identidad genética. Estos criterios no son excluyentes entre sí.
4. Los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro no tienen contenido patrimonial.

Como se ha podido identificar, estos artículos son solo algunos propuestos a fin de ser incluidos en nuestro código civil actual, por lo que es preciso mencionar que su inclusión ayudaría a regular una situación que esta cada vez más presente en nuestro país. Sin ir mucho tiempo atrás, nada más recordemos lo acontecido en agosto del 2018 con una pareja de chilenos que intentó salir del país con un menor concebido mediante maternidad subrogada, a los mismos que se les inició un proceso penal por el delito de trata de personas.

Caso de subrogación por sustitución en nuestro país - 2019

Una pareja de nacionalidad chilena, luego de tener varias pérdidas en sus intentos de querer procrear mediante tratamientos de fertilidad y por recomendación de su médico, deciden llegar a la ciudad de Lima para realizar un procedimiento de maternidad subrogada y acudir a un vientre sustituto, es el caso que la pareja ingresa al Perú un día después al día en que los niños habían nacido, es así que, al momento de querer salir del Perú, la pareja fue detenida por personal de migraciones, los mismos que les solicitaron el acta de nacimiento de los menores, ellos hacen entrega del documento, sin embargo migraciones se percató de un detalle, y es que la pareja de esposos ingresó al país un día sábado y los menores nacieron el día anterior, acontecido ello migraciones decide informar ello a la fiscalía correspondiente y esta inicia una investigación por el delito de trata contra la pareja.

Es más, la fiscal encargada del caso pidió prisión preventiva por el plazo de doce meses contra la pareja, el juez concedió dicha medida sin embargo días después esta fue revocada por la Sala. En la fecundación de los menores se utilizó el material genético del esposo, por lo que luego de obtener los resultados de los exámenes de ADN, se procedió a la liberación de la pareja.

En concreto, se puede notar que aquí no hay trata de personas, no hay delito, lo que hay es una técnica de alta reproducción asistida que lo que busca es satisfacer el interés de una pareja, toda vez que la mujer no podía gestar, y no hay ninguna norma que lo prohíba, más aun si tenemos en cuenta que el artículo séptimo de la ley general de salud ya ha sido interpretado por la Corte Suprema, en el sentido de que aquí no hay una prohibición si no que lo que busca la ley general de salud es establecer un principio que debería respetarse pero que debe reconocerse excepcionalmente que la maternidad sustituta debiera ser admitida pero como una última opción no como una norma general que se aplique de manera libre.

Aquí nacen algunas interrogantes resueltas por el derecho comparado ¿Cómo llegar a declarar la filiación en los procesos de técnicas de reproducción humana asistida? ¿cómo se quíenes son los padres en una técnica de reproducción asistida, sea heteróloga simple o heteróloga compleja?, si empezamos diciendo ¿Cómo acreditamos quíenes son los padres de un hijo adoptivo? , obviamente la respuesta es los que adoptan, porque si yo les hago una prueba de ADN a los que adoptaron y claro que saldrá negativo, yo no me puedo valer de una prueba para demostrar esa filiación porque va a salir que no es, lo mismo sucede con la maternidad subrogada (en este caso madre sustituta), entonces, tendremos que esta filiación se va a sustentar por el principio de la afectividad, ¿quién quiso ser el padre?, independientemente de quien sea el progenitor, aquí lo que tenemos que demostrar es quien quiso usar la TERA para concretar su anhelo de convertirse en padres, porque si le preguntan a la madre colaboradora, ella va a decir, yo no quise ser madre,

simplemente tuvo ese deseo altruista, colaborador de entrega, para que esta mujer tenga los hijos, y ella tiene los hijos, y si ha habido un trato económico (que es lo que fundamentaba la fiscal en su requerimiento de prisión preventiva) es una cosa distinta, una suerte de compensación, pero aquí no hay una venta o un tráfico de menores, lo que hay es un acto técnico, con la finalidad de satisfacer ese deseo de querer tener una descendencia. Entonces en el uso y aplicación de las TERAS, la filiación se prueba con el deseo, con la intención, con el querer, que es justamente este gran principio de la filiación afectiva, sustentada en el criterio de la adopción.

B. IDENTIDAD BIOLÓGICA

B.1 Nociones Preliminares

Identidad:

La identidad resulta ser un concepto bastante amplio, el mismo que implica la intervención de muchos factores, cada uno de ellos referidos a diferentes aspectos del ser humano. En cuanto a los conceptos o acepciones de esta palabra, la Real Academia Española, muestra varias definiciones, entre ellas, señala: conglomerado de rasgos propios de un individuo o una colectividad que los caracterizan frente a los demás, conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta de los demás. (Real Academia Española, 2017).

Respecto al tema, el jurista Carlos Fernández Sessarego, define a la identidad como todo aquello que hace que cada cual sea “uno mismo” y “no otro”. (Fernandez Sessarego, 1992); en este punto es que determina que la identidad es un elemento diferenciador de cada individuo. Debemos tener en cuenta que, dentro de nuestra sociedad, cada ser humano será capaz de construir su propia identidad, este proceso se desarrolla en todos los aspectos de nuestra vida (familiar, cultural y social), a partir del mismo adquirimos características propias que nos diferencian de los demás y nos convierten en seres únicos.

En ese sentido, parafraseando lo expresado por Roberto Andorno, se debe precisar que, dentro del proceso de formación de nuestra identidad, los medios de comunicación influyen de modo preponderante, toda vez que nos muestran conductas y culturas, que muchos suelen tomar en cuenta en el desarrollo de su personalidad. (Andorno, 1993)

El ejercicio de nuestra identidad incluye que el Estado garantice la tolerancia y no discriminación entre las personas, que se respeten entre si los derechos de cada una y que podamos desarrollarnos de la mejor manera en la sociedad. Al hablar de identidad, también hablamos de la identidad personal, la misma que presupone el reconocimiento de una persona como tal, delimitándola en base a sus características físicas y conductuales.

Derecho a la identidad

El derecho a la identidad es definido como un derecho inherente al ser humano, caracterizado por reunir un conglomerado de características que individualizan al ser humano dentro un grupo de personas. Para Fernández Sessarego, la identidad como derecho es definida como “el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a una persona en la sociedad”. (Fernandez Sessarego, 1992)

Para la United Nations Children’s Fund, la identidad como derecho involucra el reconocimiento normativo y social de un individuo, estableciéndolo como sujeto de derechos y deberes, integrante de una nación, una sociedad y una familia, siempre velando por el respeto de su dignidad. (UNICEF, 2017)

El reconocimiento de un menor mediante el registro civil permite que este pueda adquirir un nombre que lo diferencie de los demás, así como una nacionalidad que lo identifique como miembro de un territorio, y por ende, ser considerado como sujeto de derechos dentro de un Estado, asimismo, esto contribuye a la formación de su personalidad.

Por otro lado, el jurista Enrique Varsi, conceptualiza la identidad como un derecho humano, que resulta transcendental para el desarrollo armónico del individuo y de la sociedad. (Varsi Rospigloisi, 2001, pág. 226).

Respecto a la normatividad nacional que reconoce a la identidad como derecho, tenemos en primer lugar a la Constitución del Perú, la cual contempla expresamente en el artículo 2, inciso, lo siguiente: “Toda persona tiene derecho: inciso 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral (...)”. El referido artículo no hace más que reconocer el derecho a la identidad como fundamental, es protegido y cautelado por el Estado ante cualquier caso de vulneración.

Del mismo modo, el artículo 19° del Código Civil peruano, prescribe que “*toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre*”; este punto reflejado en nuestra norma nacional, cautela el derecho que posee una persona a ser identificada por su nombre, el mismo que implica que todo ser humano sea reconocido como integrante de una familia.

Asimismo, el Código de los Niños y Adolescentes estipula en su Art. 6° que: “El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad, y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a llevar sus apellidos. En caso que se produjera dicha alteración, sustitución o privación el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos. (...)”.

En este dispositivo legal, podemos ver reflejados los diferentes aspectos que abarca el derecho a la identidad, entre ellos la identidad personal, la biológica y la filiatoria, así como los derechos involucrados, los cuales deben ser libremente desarrollados y tutelados por el Estado.

Como vemos, la identidad no se rige al ámbito de la carga genética que se transfieren de padres a hijos, sino que estará determinada por otros factores adicionales que complementan y garantizan la no vulneración de su ejercicio.

Si ubicamos el concepto de identidad dentro del ámbito legal, tenemos que, la misma otorgará a la persona una serie de atributos vinculados no solo al aspecto biológico o genético, sino también por elementos psicológicos o educativos, y que están directamente vinculados a la capacidad de goce que puede ostentar un individuo.

Sobre el derecho a la identidad, el maestro Marcial Rubio Correa manifiesta que “es el derecho a reconocerse y a ser reconocido en todos los términos de la existencia, física, psíquico o espiritual”. (Rubio Correa, 2012)

Como podemos notar, este derecho es protegido dentro de nuestra nación, en su concepción integral, toda vez que abarca el derecho que tienen las personas a conocer su origen, respetar y preservar sus manifestaciones, ya sean biológicas, culturales o sociales, así como poder ser identificados como seres únicos e irrepetibles dentro de la sociedad.

Respecto a las acepciones de identidad, la doctrina ha advertido dos aspectos: la identidad estática y la identidad dinámica.

- Identidad estática. Está relacionada directamente con la identificación de la persona y responde a características físicas. Está representada por el origen genético biológico de la persona. En pocas palabras, este aspecto es resultado de una información genética que permite identificar a cada persona sin confundirla con otra.
- Identidad dinámica. Implica las relaciones que el ser humano va formando en el desarrollo de su vida y se relaciona con su historia personal, cultural y social. Además, está dada por una serie de particularidades, características y rasgos de la personalidad que

pueden variar a través del paso del tiempo. Esto involucra el derecho que posee cada individuo a desenvolver su personalidad libremente.

Si llevamos estas vertientes al ámbito jurídico legal, tenemos que tener en cuenta que, por ejemplo en casos sobre filiación, lo estático nos llevará directamente a la prueba biológica, que por excelencia es el ADN, y que lo dinámico nos llevará más allá, pues está referido a aspectos subjetivos que muchas veces complementan el aspecto genético, y que en consecuencia son más difíciles de probar, ya que se tendría que realizar una fundamentación integral de otros medios probatorios que van desde declaraciones del menor, entrevistas y evaluaciones psicológicas, entre otros.

Para Paula Siverino Bavio, el ser humano a efectos de su dignidad y por ser autónomo, dirige su propia vida y forma de actuar, constantemente se crea, se construye, siendo de tal modo único e irrepetible de esa manera se vuelve un ser con propia identidad, formando su propia biografía, pero a su vez y de manera fundamental, es el derecho de ser uno mismo y a ser percibido por los demás como quien se es. (Siverino Bavio, Los derechos fundamentales: Estudio de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho, 2010)

B.2 Identidad Biológica

La identidad biológica resulta ser un mecanismo integrante de la identidad personal, y está altamente relacionada con la carga genética que posee cada ser humano. Debemos tener en cuenta, que todos tenemos una identidad biológica, así no conozcamos quienes son nuestros progenitores o el origen de nuestros genes, es un aspecto inherente a cada ser humano.

Si hablamos de identidad genética, tendremos que esta se vincula de manera estrecha con los conceptos de probidad, reserva e independencia informativa, toda vez que, la “identidad genética” abarca un conjunto de información (datos genéticos) sensibles e invaluable, que conviene ser resguardados.

El ejercicio de nuestro derecho a la identidad biológica, se manifiesta en tratar de descubrirnos como individuos particulares, más allá de los lazos que tengamos con aquellas personas de las poseemos carga genética que determinó nuestro nacimiento. En ese aspecto, que resulta importante precisar que, legalmente, la condición de padre no solamente se basa estrictamente en lo genético, si no que dependerá de otras circunstancias, esto sucede por ejemplo con el empleo de figuras como la adopción o la procreación mediante las TERAS.

Lo claro es que, todo individuo proviene de un tronco, y en base a ello podremos establecer quienes son nuestros ascendientes, en tal sentido, se dice que el derecho a la identidad alcanza, además de otras cosas, el derecho que posee todo sujeto a saber sobre su procedencia biológica, supuesto que muchos doctrinarios manifiestan que se debería enfocar en la posibilidad de investigar judicialmente sobre sus orígenes genéticos, teniendo en cuenta que ello se dará siempre y cuando resulte posible.

Ahora, si relacionamos el aspecto biológico con la institución de la filiación, tendremos que surgirán diversas interrogantes que deberían precisarse y por qué no, ser materia de regulación dentro de nuestro territorio nacional, frente a ello el Dr. Varsi Rospigliosi, nos manifiesta que, toda persona, desde el punto de vista de la transmisión de genes, cuenta con una filiación, empero, para que esta tenga relevancia jurídica, debe determinarse según las directrices que establece la ley o la manifestación de voluntad de las personas, a fin de que a raíz de esta determinación pueda ser reconocidos como padre o madre. (Varsi Rospigliosi, 2001)

En este punto es importante recalcar que, se podrían generar situaciones donde la madre o padre “legal”, no sean los mismos que aportaron sus gametos para la fecundación del nuevo ser, respecto a ello, se cuestiona la posible solución aplicable en el caso donde se produzca la procreación de un

niño con intervención de material genético de un tercero, teniendo en consideración que nuestra legislación no determina supuestos sobre filiación respecto al tema, pues aquí dependerá de cómo nuestros operadores de justicia puedan interpretar los derechos y principios establecidos en nuestra constitución así como también, la identidad biológica y la voluntad procreacional existentes en cada caso en concreto.

Mención aparte merece la determinación de la filiación en los casos de la adopción de un menor y la procreación proveniente del empleo de las TERAS, en estas situaciones, generalmente no encontraremos un vínculo genético (salvo en la aplicación de TERAS donde si haya aportado algún miembro de la pareja), por ejemplo, en el caso de la adopción, no existen vínculos mas que aquellos que se han formado en base a la afectividad y el amor entre el adoptado y los adoptantes. Como podemos ver, estas personas no compartirán características físicas, pero si un lazo basado en el amor y protección. Sin embargo, si estas personas mas adelante deciden investigar sobre sus orígenes biológicos, debemos tener en cuenta que ello no debe significar un menoscabo de los lazos afectivos que ya han venido formando a lo largo de sus vidas.

Con respecto a lo señalado últimamente, Varsi recalca la importancia del derecho que poseemos a conocer nuestros orígenes, señalando a su vez, que dicho conocimiento debe ser facultativo para cada persona, y que no solo debe orientarse a establecer consecuencias legales, si no mas que nada, para complementar el disfrute de su derecho a la identidad, teniendo en cuenta, que ello puede favorecer a la persona en caso de presentar enfermedades hereditarias por ejemplo, o de necesitar de un familiar directo para salvaguardar su derecho a la vida, entre otras cosas relevantes. (Varsi Rospigloisi, 2001)

Es importante resaltar en este punto que, si bien la identidad biológica resulta ser un aspecto estático de la identidad, el cual está conformado por aquellas

características físicas y genéticas de cada individuo, el ejercicio de su derecho a la identidad biológica va más allá, toda vez que hablamos de una investigación de sus orígenes, ya no solo nos referimos a lo que lo diferencia de los demás en presente si no que se busca encontrar el verdadero origen genético cuando este no ha sido conocido, cuando los padres que no son los progenitores, cuando la identidad biológica no coincide con la identidad filiatoria.

En concreto, el derecho a la identidad alcanza otros factores que van más que solo rasgos físicos o biológicos de las personas, sino que también abarca aspectos espirituales y profesionales. Respecto a la identidad filiatoria, Zannoni refiere que, solo el ámbito biológico no es suficiente para definir el concepto de identidad filiatoria, y nos lleva al concepto de la fase dinámica de la identidad, precisando que, para definir esta fase es necesario considerar todos los factores que intervienen dentro de una relación interfamiliar. (Zannoni, 1998)

Como vemos, el concepto de identidad no se restringe a algo ya establecido, si no que implica una amplia gama de factores que deben concurrir y ser tomados en cuenta para hablar de un pleno ejercicio de nuestro derecho a la identidad.

También es importante diferenciar, al referirnos al término de identidad genética, se hace alusión a aquella que debería ser determinada al momento del nacimiento del ser humano procreado a través de la subrogación gestacional, independientemente del derecho que tiene este niño a conocer sus orígenes biológicos. Respecto a ello, el jurista sostiene que el hijo adoptado, así como el nacido por las TERAS, tienen derecho a saber y conocer quiénes son sus padres genéticos al momento de cumplir la mayoría de edad para garantizar la defensa de sus intereses, como el de su salud en caso requiera algún trasplante de órgano y necesite de algún familiar

biológico que de manera altruista se lo conceda. Por lo que ese derecho podrá ser ejercido a posteriori. (Espinoza Espinoza, 2012)

Es conveniente precisar que, toda ser humano tiene la potestad de conocer su proveniencia; en la medida que así lo desee, tiene la facultad para poder indagar de dónde proviene, y quiénes conforman su árbol genealógico, sin embargo, cuando esta necesidad deriva de personas adoptadas o concebidas mediante TERAS con material genético donado, se manejan ciertas restricciones.

C. PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

Cuando hablamos de este principio, nos referimos, en términos sencillos, a aquella prioridad que se debe otorgar a aquellos derechos de los menores de edad frente a los de cualquier otra persona, ello por considerarse que ellos constituyen una población vulnerable que merece protección especial por parte del Estado. Así también, este principio es apreciado como una norma fundamental para proveer una solución a aquellos conflictos de intereses que se puedan presentar, en la cual estén de por medio los derechos e intereses de los menores.

Respecto a su regulación normativa, comenzaré señalando que este principio tiene como primer antecedente a la Declaración de Ginebra en el año de 1924, donde si bien no se manejó expresamente como principio, se hacía alusión a términos como “los niños primero” o “darle lo mejor a los niños”, luego ya fue reconocido como como principio en la Convención Americana sobre los derechos del niño del año 1989. Esta convención establece un reconocimiento de derechos universales a favor de los niños, niñas y adolescentes, fundamentándose en cuatro preceptos primordiales: la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo, y el respeto del punto de vista del menor en todos los asuntos que este involucrado.

Es en esta convención que este principio tomó gran relevancia y se logró constituir como principio rector que funge de garantía en el amparo y cumplimiento de los derechos característicos del menor, estableciéndose, además, que ante cualquier interpretación o decisión donde estén involucrados los derechos de los niños, debe priorizarse los intereses de estos sobre los intereses de las otras partes.

La Convención sobre los Derechos del Niño, generó grandes cambios en la sociedad existente, ya que por primera vez en menor fue reconocido como sujeto de derechos, y estableció que todos los temas involucrados con los “niños” en cualquier institución, ya sea del sector público o privado, deberían ser atendidos, teniendo como principal y primer factor, la salvaguarda de su interés.

En el año 1992, se promulgó en el Perú el Código del Niño y Adolescentes, en cual, basándose en los lineamientos establecidos por la Convención, acoge en su contenido normativo el principio del interés superior del niño, estableciéndose desde ese momento, una perspectiva de protección integral del menor.

Con respecto a su aplicación, este principio va a estar conceptualizado por aquellas medidas que podrá ejecutar el Estado en su actuación, a fin de asegurar y velar por el ejercicio de los derechos humanos del menor, considerando también, el empleo de otros derechos conexos, siempre con el propósito de favorecer el adecuado desenvolvimiento del niño dentro de la sociedad.

Del mismo modo, Rony López, entiende que este principio se encuentra involucrado directamente con el desarrollo de la personalidad del menor en un medio equilibrado, en el cual prime su seguridad, comodidad y respeto por

su integridad, siendo que, con ayuda de este precepto normativo, lo que se busca es repotenciar su bienestar. (López Contreras, 2015)

Desde la perspectiva de la profesora Caridad Valdés, el principio del interés superior del menor, está integrado por un conglomerado de actos y procedimientos dirigidos a promover y cautelar que el menor pueda gozar de una vida digna, a través de circunstancias favorecedoras a nivel afectivo y económico, que le permita asegurar su máximo bienestar. Asimismo, manifiesta que este posee un triple concepto: *derecho* de los niños a que su interés prime sobre los demás, *principio* reconocido por la ley y *norma de procedimiento*, toda vez la fundamentación del fallo del operador de justicia deberá adecuarse, evaluarse y determinarse en función de este interés superior. (Valdes Diaz , 2014)

En el ámbito judicial, este principio es aplicado por la mayor parte de los jueces para fundamentar sus resoluciones en controversias que puedan surgir e involucren a niños, niñas o adolescentes. Sin embargo, hay posiciones que manifiestan que el carácter indeterminado que posee el concepto jurídico de este principio impide una interpretación uniforme, toda vez que amplía la facultad de discrecionalidad del operador y se atenuaría la tutela efectiva de derechos.

En concreto, tenemos que va a corresponder a los operadores de justicia interiorizar los alcances del principio del interés superior del niño y aplicarlos a modo de cimiento principal en cada uno de sus veredictos, siempre teniendo presente que el interés del menor debe primar sobre otros intereses. Por ello se puede precisar que el único límite en el ámbito judicial para este principio, es que la decisión, al mismo tiempo de encontrarse debidamente cimentada en cuanto a lo fáctico y lo jurídico, prime el aspecto más beneficioso para el menor.

Para (Zermatten, 2003), el principio del interés superior del niño posee funciones y características que se detallan a continuación.

a. Funciones:

- **Garantista:** toda vez que, en virtud de este principio, se velará por el adecuado desenvolvimiento de los deberes y derechos de los niños, estableciéndose, el carácter privilegiado de estos frente a otros intereses de naturaleza colectiva en caso que ambos se contrapongan. Este aspecto deberá ser implementado por el Estado a través de políticas públicas en nuestro ámbito social.
- **Motivar decisiones judiciales justas:** pues su aplicación está orientada a reducir los márgenes de discrecionalidad que se maneja en las instituciones del Estado al momento de decidir sobre temas donde intervengan los derechos fundamentales de un menor, todo ello a fin de que los operadores de justicia salvaguarden el bienestar del niño y establezcan medidas de protección integral.

b. Características

- No constituye un derecho subjetivo en toda su extensión, sino que resulta factible de interpretación, debiendo emplearse en todas las situaciones donde estén involucrados los niños, de modo que otorgue una garantía a los menores de que su destino será examinado conforme a los lineamientos establecidos en ese principio de interpretación.
- Su conceptualización dentro del ámbito del derecho, constituye un concepto jurídico no determinado que debe ser desarrollado por la experiencia y las reglas de aplicación en cada caso determinado. Para ello, es que se toma muy en cuenta la jurisprudencia existente sobre la materia, evaluando cada una de las posturas que motivan a los jueces decidir en favor del bienestar del menor.
- La aplicación de este principio es relativo al tiempo y al espacio. Al tiempo, ya que resulta necesario examinar el factor científico existente con

respecto a la niñez y evaluar la prevalencia de una postura demostrada en un instante en especial; también es relativo al espacio, pues se debe tener en consideración la normatividad existente dentro de cada territorio nacional determinado.

Asimismo, (Zermatten, 2003) afirma que, para la aplicación de este principio se deben tener en cuenta los siguientes aspectos:

- la opinión personal del menor.
- la evaluación de sus necesidades físicas, afectivas, educativas.
- Los efectos que tendría sobre el menor la producción de un cambio.
- Su edad, sexo y su personalidad.
- Los males que ha padecido o que podría padecer.
- La probabilidad de que cada uno de sus padres responda a sus necesidades.

1.5. Hipótesis

- La aplicación del principio del interés superior del niño debe primar sobre la identidad biológica del menor en los conflictos jurídico-filiatorios generados por el nacimiento de una persona procreada mediante el uso de la maternidad subrogada en el Perú.

1.6. Objetivos

Objetivo general:

- Identificar si debe primar la identidad biológica del menor o la aplicación del principio del interés superior del niño en los conflictos jurídico-filiatorios generados por el nacimiento de una persona procreada mediante el uso de la maternidad subrogada en el Perú.

Objetivos específicos:

- Analizar el tratamiento normativo nacional existente sobre filiación materna y su relación con la técnica de maternidad subrogada.
- Analizar el tratamiento normativo internacional existente sobre la técnica de la maternidad subrogada.
- Analizar jurisprudencia nacional relativa al uso de la técnica de maternidad subrogada y su relación con el derecho a la identidad biológica del menor y el principio del interés superior del niño.
- Conocer la opinión de los especialistas respecto al uso y regulación de las TERAS en nuestro país.

II. METODOLOGIA

2.1 Enfoque de la Investigación:

El enfoque que se ha optado en el presente estudio es el *cualitativo*, pues acopiará los datos de los supuestos investigados con la finalidad de saber si, frente a un conflicto jurídico filiatorio generado por el empleo de la maternidad subrogada en nuestro país, debería primar el derecho a la identidad biológica del menor o la aplicación del interés superior del niño.

2.2 Tipo de Estudio

Este trabajo de investigación corresponde al tipo *descriptivo*, toda vez que, busca definir las particularidades y características más relevantes de los individuos, grupos, comunidades o cualquier otra muestra que sea sometida a análisis. En concreto, a través de esta investigación, buscamos saber si frente a un conflicto jurídico filiatorio generado por el empleo de la maternidad subrogada en nuestro país, debería primar el derecho a la identidad biológica del menor o la aplicación del interés superior del niño, presupuesto que se logrará identificar, a través de la descripción de las variables y el análisis de lo esbozado en la doctrina, norma y jurisprudencia, nacional y de países extranjeros.

2.3 Diseño de la Investigación:

El diseño de investigación a seguir, será el *no experimental*, pues este tipo de investigación no extrae sus conclusiones a través de experimentos, es decir no manipula las variables que busca interpretar, sino que se basa en la observación de los fenómenos de interés en su ambiente natural, para luego describirlos y analizar su incidencia en la investigación. En este caso, nos basaremos en el análisis y descripción de las variables: maternidad subrogada, identidad biológica y principio del interés superior del niño, a fin de verificar su incidencia en relación al tema de investigación planteado.

2.4 Población y muestra

- **Población:**

Para la presente investigación, la población destinada a la aplicación de la encuesta está integrada por 16 especialistas en el tema, conformados por:

- 2 jueces de paz letrado especializado en familia de la Corte Superior de Justicia del Santa.
- 3 jueces especializados en familia de la Corte Superior de Justicia del Santa.
- 5 docentes universitarios, con especialización en Derecho de Familia o Derecho Constitucional de las Universidades de Chimbote: Universidad Privada San Pedro y Universidad Nacional del Santa.
- 6 abogados especializados en derecho civil, familia o constitucional.

- **Muestra:**

No se trabajará con muestra, toda vez que la encuesta se aplicará a la totalidad de la población señalada en el párrafo precedente.

2.5 Técnica, instrumentos y procedimientos de recolección de datos.

Se han optado por las siguientes técnicas de acopio de información:

a. Técnicas

- **Análisis Documental**

Esta técnica permitirá construir y desarrollar nuestras variables y abordar otros aspectos de la literatura científica especializada. Así como recolectar información estadística de archivos, registros, folletos, revistas, libros y otros. Empleándose como instrumento la ficha de Análisis de Contenido.

- **Encuesta**

Esta técnica utiliza un conjunto de procedimientos de investigación a fin de recoger y analizar una serie de datos de interés proveniente de un grupo de sujetos, utilizando la interrogación como fórmula para obtener dichos datos, de los cuales obtendremos resultados sobre nuestra investigación.

b. Instrumento.

- Ficha de Análisis de Contenido (lectura de libros, informes y artículos que han sido analizados y de los cuales se han recolectado los datos más relevantes para la investigación)
- Cuestionario de Encuesta (instrumento que contiene una serie de preguntas ordenadas de manera clara y coherente, a fin de que sean resueltas a través de su aplicación)

3. RESULTADOS

3.1 DESCRIPCIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA TÉCNICA: ANÁLISIS DOCUMENTAL

CUADRO N° 01: DEFINICIÓN DE MATERNIDAD SUBROGADA (DOCTRINA)

| | |
|--|---|
| 1. Eduardo A. Zannoni | La maternidad subrogada consiste en que el embrión de una pareja sea instaurado en el útero de otra mujer, quien llevará a cabo el embarazo y dará a luz a un niño que será entregado a la pareja. (Zannoni, 1998) |
| 2. Nataly Sofía Villasis Reyes | Práctica en la cual la “gestante”, se compromete a llevar a cabo un embarazo por medio de un acuerdo previo entre las partes, en el cual se determina que se someterá a una de las THRA y desarrollará un embarazo. (Villasis Reyes, 2016) |
| 3. Cristiana Baffone | Hace alusión al procedimiento, a través del cual una mujer renta su útero, basándose en un acuerdo plasmado en un contrato, a una pareja, pudiendo o no existir una retribución económica. Aquí la mujer que prestará su útero se encargará de llevar la gestación del menor hasta su nacimiento, momento en que entregará al menor a la pareja solicitante, y se produce la renuncia de los derechos que pueda tener sobre él. (Baffone, 2012) |
| 4. Javiera Catalina Verdugo Toro | Procedimiento en el cual el óvulo fecundado no se implanta en el útero de la mujer que se somete al tratamiento, sino en el de una tercera. (Verdugo Toro, 2007) |
| 5. Morán de Vicenzi Claudia, González Pérez de Castro Maricela. | Es el contrato por el cual una persona o más habitualmente, una pareja comitente (homosexual o heterosexual, casada entre sí o unida de hecho), que a su vez pueden aportar o no sus gametos, encarga a una mujer que lleve a término la gestación- aportándolo o no su óvulo- y nacimiento de un niño concebido mediante TERAS, a cambio de una prestación económica o a título gratuito. (Morán de Vicenzi & González Pérez de Castro, 2013) |
| 6. Karla García Coronado | Es un contrato oneroso o gratuito por el cual una mujer fértil se compromete a gestar un embrión ajeno (que puede o no pertenecer a los contratantes) y entregarlo a los comitentes (una persona o pareja casada o no) renunciando a todos los derechos que le asisten como gestante. (García Coronado, 2017) |

Elaborado por la tesista.

CUADRO N° 02: DEFINICIÓN DE DERECHO A LA IDENTIDAD (DOCTRINA)

| | |
|--|---|
| 1. Luisa Estela, Morales Lamuño | Define el derecho a la identidad como la capacidad de ser uno mismo, representado con sus propias características y sus propias acciones. (Morales Lamuño, 2008) |
| 2. Carlos Fernández Sessarego | La identidad es, esencialmente, lo que diferencia a cada persona de los demás seres humanos, a pesar de ser igual estructuralmente a todos ellos. Es, pues, el derecho a ser "uno mismo y no otro". (Fernandez Sessarego, 1992) |
| 3. UNICEF | El derecho a la identidad radica en el reconocimiento jurídico y social de un individuo como sujeto de derechos y responsabilidades y, a su vez, de su pertenencia a un Estado, un territorio, una sociedad, una familia y sus orígenes como condición necesaria para preservar la dignidad individual y colectiva de las personas. (UNICEF, 2017) |
| 4. Jorge Machicado | La identidad es una institución que permite distinguir a una persona de otra. La identidad es aquel elemento de Derecho que permite establecer con precisión y certeza que una persona es esa y no otra. (Machicado, 2017) |
| 5. Javiera Verdugo | La identidad es la esencia de la persona, eso que no cambia a pesar de las transformaciones que pueda sufrir un individuo. (Verdugo Toro, 2007) |
| 6. Corte Interamericana de Derechos Humanos | El derecho a la identidad puede ser conceptualizado, como el conjunto de atributos y características que admiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, abarca varios otros derechos según el sujeto de derechos del que se trate y las circunstancias del caso. |
| 7. Pauka Siverino Bavio | Aquella facultad o prerrogativa de ser quien uno es y ser reconocido plenamente de este modo; en otras palabras, un derecho al reconocimiento de la autoconstrucción personal. (Siverino Bavio, Derecho a la identidad y verdad biológica) |

Elaborado por la tesista.

CUADRO N° 03: DEFINICIONES DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO (DOCTRINA)

| | |
|--|--|
| <p>1. Rony Eulalio, López Contreras,</p> | <p>Es la potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de cada uno de los niños y niñas, persiguiendo la evolución y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y agradable, que apremie como fin primordial el bienestar general del niño o niña (López Contreras, 2015).</p> |
| <p>2. Caridad del Carmen, Valdés Diaz</p> | <p>El principio del interés superior del niño o niña, se integra por un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a los niños. (Valdes Diaz , 2014)</p> |
| <p>3. Jean Zermatten</p> | <p>Es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social, funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. (Zermatten, 2003)</p> |
| <p>4. Gloria, Baeza Concha</p> | <p>Es el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar. (Baeza Concha, 2001)</p> |
| <p>5. Nora Gatica y Claudia Chaimovic</p> | <p>Significa que, en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/niña. (Gatica & Chaimovic, 2002)</p> |
| <p>6. Daniel O'Donnell</p> | <p>Todo aquello que favorezca su desarrollo físico, psicológico, moral y social, para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad. (O'Donnell, 2004)</p> |

Elaborado por la tesista.

CUADRO N° 04: JURISPRUDENCIA NACIONAL RELACIONADA A LA MATERNIDAD SUBROGADA

| | |
|--|--|
| <p>CASACIÓN N° 5003-2007-LIMA</p> | <p>Materia: Impugnación de maternidad</p> <p>Hechos y decisión: La Sra. M.C.O.C., actuando en representación de su hijo O.F.Q.O., impugna el reconocimiento de maternidad efectuado por la Sra. M.A.A.D. respecto de la menor A.B.A.D., argumentando que la demandada no es la madre biológica de dicha menor, pues ella fue inseminada artificialmente con el óvulo de una mujer distinta (mediante el procedimiento de ovodonación), para tal fin, se utilizó el espermatozoides del marido de la recurrente, el Sr. C.O.Q.C., sin el consentimiento de este. Por ende, el menor O.F.O.Q. sería medio hermano paterno de la menor A.B.A.D.</p> <p>Las instancias declararon improcedente la demanda por falta de interés para obrar, sin embargo, la Sala de la Corte considera que la acreditación del vínculo filiatorio (en términos estrictamente genéticos) es elemento suficiente “así como la obligación que existe a nivel de hermanos en la protección recíproca sus intereses” (considerando noveno) para dar por acreditada la legitimación del menor. Es por eso que en esta casación se declara nula la resolución que declara improcedente la demanda y ordena que el juez de la causa expida nueva resolución.</p> <p>En este caso, si bien lo que discute es en primer momento una cuestión procesal de procedencia, tenemos que tener en cuenta que la Sala, en la fundamentación de su resolución, considera que el reconocimiento efectuado por la emplazada es ilegal, lo que originaría desprotección respecto de la menor, y nos hace pensar en cuál sería el destino de la menor, toda vez que al carecer de vínculo genético y jurídico con quien quiso gestarla, quedaría vinculada legalmente solo con su padre biológico, quien además refiere no haber prestado su consentimiento para el uso de la técnica y teniendo como madre biológica a una desconocida. De ello se desprende que, lo que se busca en realidad con esta demanda es anular cualquier tipo de vínculo maternal que pudiera tener la menor, posiblemente para que la persona que quiso gestarla no pueda reclamar algún tipo de derecho devenido de la filiación con el padre.</p> <p>(Casación, 2008)</p> |
|--|--|

| | |
|--|--|
| <p style="text-align: center;">SENTENCIA N°183515-2006</p> | <p>Materia: Impugnación de maternidad. Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia. Resolución N° 31 (seis de enero del 2009).</p> <p>Hechos: La Sra. Carla Monique See Aurish interpuso demanda de impugnación de maternidad la misma que la dirigió a doña Jenni Lucero Aurish De la Oliva y don Luis Eduardo Mendoza Barber, con la finalidad de que se declara a la menor Daniela Mendoza Aurish hija de la recurrente y de su esposo Luis Eduardo Mendoza Barber y se rectifique la partida de nacimiento.</p> <p>La recurrente conoció al demandado Luis Eduardo Mendoza Barber entre 1992-1993, casándose en el año 2003, en el año 1998 decidió pasar por un examen médico ya que tenía molestias físicas, siendo que el 28 de diciembre del mismo año, el doctor le diagnosticó que padecía de insuficiencia renal y solo contaba con el riñón izquierdo en funcionamiento inadecuado, el médico tratante le confirmó que su organismo nunca podría resistir un embarazo, dado que en caso de quedar embarazada su vida como la del embrión no podrían coexistir, por lo cual decidieron optar por métodos científicos en lugar de la adopción.</p> <p>Es así que llegan a la Clínica de Miraflores, siendo atendida por el doctor Augusto Ascenzo quien les planteó la posibilidad de utilizar el método de “maternidad subrogada”, la madre de la actora Jenni Lucero Aurich de la Oliva, ofreció su vientre, se extrajeron los óvulos de la recurrente y los espermatozoides de su marido, es así que cuando la menor nació fue entregada a la pareja. El día en que nace la menor se consigna en la partida que la madre era Jenni L.A.O., siendo que en dicha acta de nacimiento figuraban las firmas de esta y de Luis E.M.A., asimismo de los embriones resultantes en la Fecundación in Vitro se congelaron 3. Como acto procesal, se ordenó que se practique un examen de ADN a las partes, por lo que producto de ello se obtuvo como resultado que la demandante es la madre biológica de la menor.</p> <p>En la sentencia se ordena dejar sin efecto la inscripción de reconocimiento como madre de la niña, la rectificación del apellido de la menor y otorga un plazo de dos años a efectos de que tanto la recurrente como su cónyuge hagan efectivo el derecho a la vida que tienen los tres embriones concebidos producto de la fecundación in vitro que se encuentran congelados en la Clínica, caso contrario, si ello no se cumpliera cursar oficios al Juzgado de Familia o el Ministerio de la Mujer a efectos de que se inicie un proceso de abandono de los citados embriones congelados y pueda otorgarse en adopción a padres sustitutos. (Sentencia, 2009)</p> |
|--|--|

| | |
|--|--|
| <p style="text-align: center;">CAS. N° 563-2011 LIMA</p> | <p>Materia: Adopción por excepción</p> <p>Hechos y decisión: El recurso es interpuesto por Isabel Zenaida Castro Muñoz contra la sentencia de vista que declaró fundada la demanda de adopción por excepción que declara a la menor V.P.C hija de Dina Felicitas Palomino Quicaño y don Giovanni Sansone.</p> <p>Es el hecho que, Dina Felicitas Palomino Quicaño y don Giovanni Sansone, interpusieron demanda de adopción civil por excepción de la niña Vittoria Palomino Castro, nacida el 26 de diciembre del 2006, por los siguientes hechos: los demandantes y los demandados se pusieron de acuerdo para que Isabel Zenaida C.M. y Giovanni Sansone se sometan a una fecundación asistida para procrear una menor y que esta sea entregada a los demandantes a su nacimiento. La menor nació el 26/12/2006, siendo que en el acta de nacimiento aparecen como padres de la menor las personas de Paul Frank Palomino Cordero e Isabel Z.C.M., siendo que a los 9 días de su nacimiento la menor fue entregada a los demandantes, con quienes ha vivido ininterrumpidamente. El propósito de los demandados era optimizar su situación, toda vez que, habrían aceptado recibir dinero mensualmente durante el tiempo que dure la gestación de la demandada y en otros casos como “ayuda económica” (9 mil 800 dólares). Inicialmente los esposos demandados se allanaron a la demanda; sin embargo, antes de que se emita sentencia en el proceso de adopción correspondiente, la madre biológica en su calidad de demandada se retractó.</p> <p>El recurso presentado fue declarado infundado, argumentando que no se ha quebrantado norma alguna, toda vez que debe primar el interés superior de la niña, la cual se encuentra viviendo con los padres pre-adoptantes en un adecuado ambiente familiar, por lo que sería perjudicial arrancarla del seno familiar. Más aún si los demandantes han manifestado su desinterés sobre la menor, al haberse beneficiado económicamente con la inseminación artificial a favor de los demandados. (Casación, 2011)</p> |
|--|--|

| | |
|--|---|
| <p>EXPEDIENTE 06374-2016</p> | <p>Materia: Acción de amparo</p> <p>Hechos: El 14 de mayo de 2016, los esposos A.N.B.V. y F.D.N.R. y los cónyuges E.B.R.U. y F.C.L.S. interpusieron, a favor propio y de los menores de iniciales L.N.N.R y C.D.N.R., demanda de amparo contra el Reniec. Los dos primeros acreditaron estar casados y que intentaron procrear sin éxito. Ante esta situación, acudieron a la técnica de vientre subrogado con ovodonación (donación de óvulos), pues sus óvulos de A.N.B.V. no lograban el nivel de maduración necesario para producirse el embarazo, ni los óvulos donados fertilizados lograron implantarse en su cuerpo. Los demandantes E.B.R.U y F.C.L.S., también casados, acordaron suscribir con la primera pareja un “acuerdo privado de útero subrogado”, en el que se consigna que los óvulos de una donante anónima serían fertilizados por los espermatozoides de F.D.N.R. e introducidos en el útero de E.B.R.U. Como resultado de este procedimiento, en noviembre de 2015 nacieron los menores de iniciales L.N.N.R y C.D.N.R. Pese a lo declarado por los demandantes, el médico tratante consignó como madre a E.B.R.U. y como padre a F.D.N.R. Estos datos se repitieron en las actas de nacimiento correspondiente, por ello, estos demandaron reconocimiento y rectificación en las partidas, siendo que RENIEC declaró improcedentes dichas pretensiones. Por ello deciden interponer acción de amparo.</p> <p>Se resolvió FUNDADA la demanda de amparo, en consecuencia: 1.- Se declara nulas las resoluciones registrales: 299-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC Y 300-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR-RENIENC, asimismo, se anulan las actas de nacimiento 30022117908 y 3002217885. 2. Se ordena a RENIEC que emita nuevas partidas de nacimiento de los menores, donde se consigne como sus apellidos (paterno y materno), los de los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, así como registrar que ellos son sus padres, admitiéndoles también poder suscribir las nuevas actas de nacimiento.</p> |
|--|---|

Elaborado por la tesista.

CUADRO N° 05: PAISES QUE PERMITEN EN SU LEGISLACIÓN EL EMPLEO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

| PAIS | NORMA | TIPO DE FAMILIA | LIMITACIONES |
|--|--|---|---|
| CANADÁ | Ley de Reproducción Humana Asistida (2004) | Todos los modelos de familia (parejas heterosexuales, homosexuales, solteros) | <ul style="list-style-type: none"> - La madre subrogada debe tener más de 21 años - Solo poder ser altruista (pero si se permiten retribuir gastos no mayores a 22 mil dólares). - No se permiten intermediarios. Una agencia solo puede ayudar a los padres de intención a encontrar una gestante - Esta prohibida en la provincia de Quebec. |
| ESTADOS UNIDOS (Solo los estados de Florida, California, Arkansas, Delaware, New Hampshire, Nevada, Illinois) | Leyes especiales de cada estado | Todos los modelos de familia (parejas heterosexuales, homosexuales, solteros) | <ul style="list-style-type: none"> - Texas (se necesita aprobación legal antes de iniciar el proceso) - Virginia (conseguir el certificado de nacimiento es más complicado) - Tennessee (ambos miembros deben aportar sus gametos) - Utah (los padres de intención deben estar casados) - Nueva Jersey (ningún tipo de compensación es permitida y los padres intencionales solo tiene 72 horas para reclamar la maternidad) - Vermont (requiere sentencia judicial para la filiación) - Washington (solo puede ser altruista) |
| GEORGIA | Ley sobre atención médica (artículos 141, 143 y 144) | Solo para parejas heterosexuales casadas. | <ul style="list-style-type: none"> - Se permite cuando una mujer no tenga útero. - La gestante debe ser menor de 35 años, haber tenido un hijo propio y de nivel socioeconómico medio-alto. - En el certificado de nacimiento del menor solo constarán los nombres de los padres intencionales. |
| RUSIA | Código de Familia de la Federación de Rusia y la Ley Federal de Salud (2011) | Solo para parejas heterosexuales. | <ul style="list-style-type: none"> - La madre de intención debe tener incapacidad médica para gestar - Solo se permite la subrogación gestacional sin aporte de óvulos de parte de esta. - La gestante debe tener entre 20 y 35 años, y contar con buen salud física y emocional. - Se requiere la renuncia de la madre gestante para que los padres intencionales puedan aparecer en el certificado de nacimiento. |

| | | | |
|--------------------|-------------------------------------|--|---|
| UCRANIA | Código de Familia de Ucrania | Solo para parejas heterosexuales casadas. | <ul style="list-style-type: none"> - La madre intencional debe poseer incapacidad médica para gestar. - La donante debe ser anónima. - Una vez que nace el menor los padres intencionales reciben automáticamente el certificado de nacimiento. - Se permiten acuerdos comerciales. |
| GRECIA | Ley 3089/2002 y la Ley 3305/2005 | Se permite para parejas heterosexuales y mujeres solteras que no puedan tener hijos. | <ul style="list-style-type: none"> - Solo se permite en forma altruista. - La gestante no puede aportar los óvulos. - Antes del procedimiento es necesario el consentimiento del tribunal. - Se permite una compensación a la gestante no mayor a 12 mil euros, bajo pena de multa o cárcel. |
| AUSTRALIA | Leyes sobre subrogación materna | En general solo se permite para parejas heterosexuales. Para los residentes de los estados de Queensland, Tasmania y Nueva Gales también se permite para parejas homosexuales. | <ul style="list-style-type: none"> - Solo debe ser altruista, y se retribuyen solo gastos derivados del embarazo. - Es ilegal hacer publicidad para encontrar gestante así como ofrecerse a gestar. - La gestante es considerada madre, por lo que se permite el arrepentimiento. - La filiación debe realizarse antes de que el menor cumpla 6 meses sino se debe solicitar por sentencia. |
| INDIA | Surrogacy (Regulation) Bill, 2016 | Solo es posible para parejas heterosexuales casadas | <ul style="list-style-type: none"> - Solo esta permitido para sus residentes. - Solo permite el altruista. - La pareja debe tener al menos 5 años de casados. |
| REINO UNIDO | Ley de Maternidad Subrogada de 1985 | Permitido para parejas heterosexuales u homosexuales. No se admite en personas solteras. | <ul style="list-style-type: none"> - Es delito hacer publicidad para buscar gestante o para ofrecerse como tal. - Debe ser altruista, solo se reconocen los gastos. - Tras el parto, los padres intencionales tienen 6 meses para solicitar paternidad, caso contrario será hijo legal de la gestante. |
| SUDAFRICA | Art 19 del "Children's act" | Permitido para todo tipo de familia. | <ul style="list-style-type: none"> - Solo para residentes. - Debe ser altruista, pero permite un pago por gastos del embarazo. - al menos uno de los padres intencionales debe aportar su gameto. |
| TAILANDIA | Ley de gestación subrogada (2015) | Parejas heterosexuales casadas. Su práctica está prohibida con cárcel en el caso de homosexuales y personas solteras. | <ul style="list-style-type: none"> - La pareja debe tener al menos 3 años de casados. - Al menos un miembro de la pareja debe ser tailandés y la mujer tener problemas de fertilidad. - Debe ser altruista. |

| | | | |
|---------------|---|------------------------|---|
| ISRAEL | Ley 5756 sobre acuerdos de maternidad subrogada | Parejas heterosexuales | <ul style="list-style-type: none"> - La gestante no puede tener vínculo familiar con los padres intencionales y debe estar solera. - Es necesaria una resolución judicial - Los padres intencionales deben tener entre 18 y 52 años. |
|---------------|---|------------------------|---|

Elaborado por la tesista.

CUADRO N° 06: DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD EN LOS CÓDIGOS CIVILES EXTRANJEROS

| | |
|--|--|
| Artículo 242° del Código Civil Argentino | “La maternidad quedará establecida aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento e identidad del nacido”. |
| Artículo 197° del Código Civil Venezolano | “La filiación materna resulta del nacimiento, y se prueba con el acta de la declaración del nacimiento escrita en los libros del registro civil”. |
| Artículo 335° del Código Civil Colombiano | “La maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, podrá ser impugnada probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero. Tienen el derecho de impugnarla: 1) El marido de la supuesta madre y la misma madre supuesta, para desconocer la legitimidad del hijo; 2) Los verdaderos padre y madre legítimos del hijo para conferirle a él, o a sus descendientes legítimos, los derechos de familia en la suya; 3) La verdadera madre para exigir alimentos al hijo. |
| Artículo 139° del Código Civil Español | "La mujer podrá ejercitar la acción de impugnación de su maternidad justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo". |
| Artículo 311-14 y 311-25 del Código Civil Frances | <p>"La filiación se rige por la ley personal de la madre en el momento del nacimiento del hijo: si la madre no fuera conocida. por la ley personal del hijo".</p> <p>“La filiación respecto de la madre será establecida mediante la designación de la misma en la partida de nacimiento del niño”.</p> |
| Artículo 183 del Código Civil de Chile | “La maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil. En los demás casos la maternidad se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación (...)” |

Elaborado por la tesista.

3.2 DESCRIPCIÓN DE RESULTADOS DE LA TÉCNICA: ENCUESTA

Por otro lado, se aplicó una encuesta dirigida a 16 especialistas en el tema, conformados por:

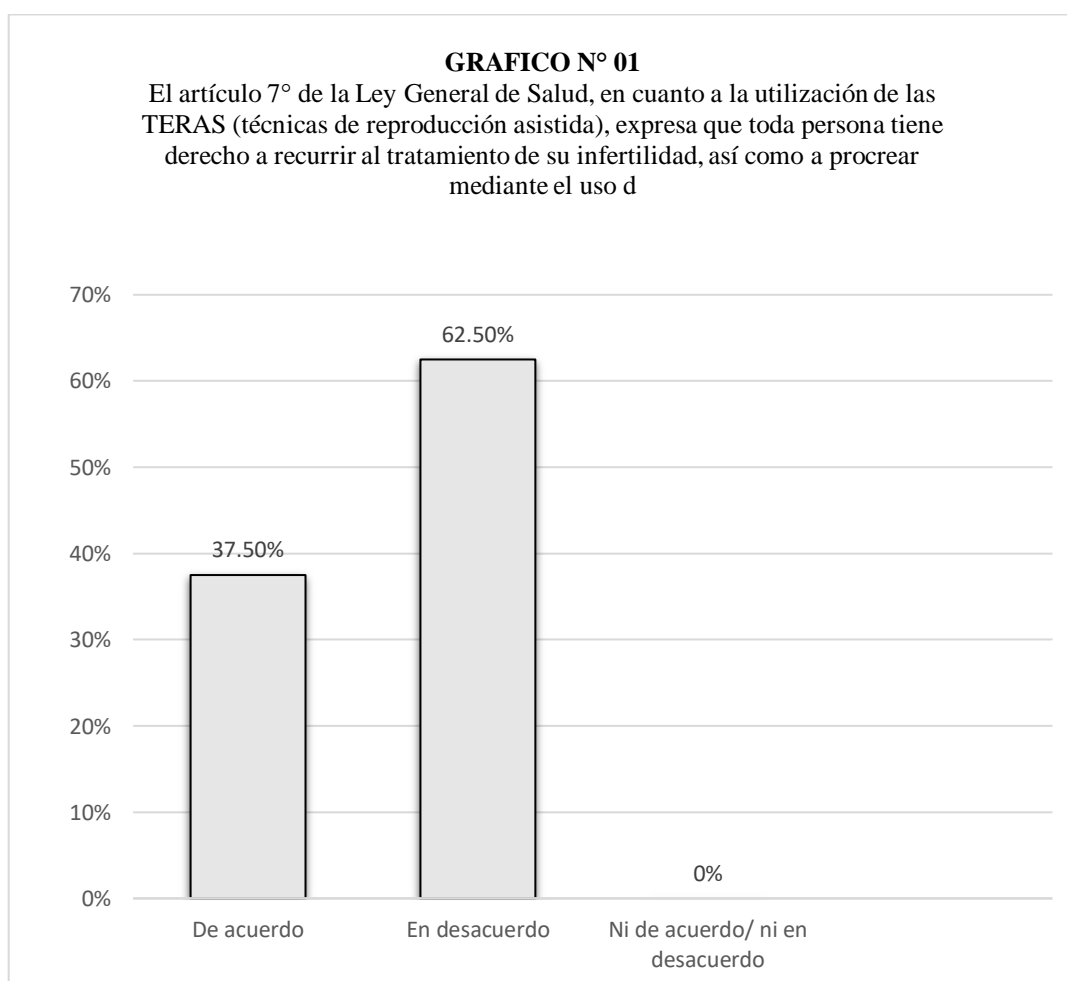
- 2 jueces de paz letrado especializados en familia de la Corte Superior de Justicia del Santa.
- 3 jueces especializados en familia de la Corte Superior de Justicia del Santa.
- 5 docentes universitarios, con especialización en Derecho de Familia o Derecho Constitucional de la Universidad Privada San Pedro y la Universidad Nacional del Santa.
- 6 abogados especializados en derecho civil, familia o constitucional.

Los datos conseguidos fueron analizados e interpretados mediante cuadros estadísticos y gráficos de barras.

PREGUNTA N° 01. POSTURA FRENTE A LO ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 7° DE LA LEY GENERAL DE SALUD SOBRE EL USO DE LAS TERAS (LA CONDICIÓN DE MADRE GENÉTICA Y GESTANTE COINCIDAN).

| ALTERNATIVAS | F | % |
|---------------------------------|----|------|
| De acuerdo | 6 | 37.5 |
| En desacuerdo | 10 | 62.5 |
| Ni de acuerdo, ni en desacuerdo | 0 | 0 |
| TOTAL | 16 | 100 |

Fuente: Elaborado por la tesista. Encuesta.

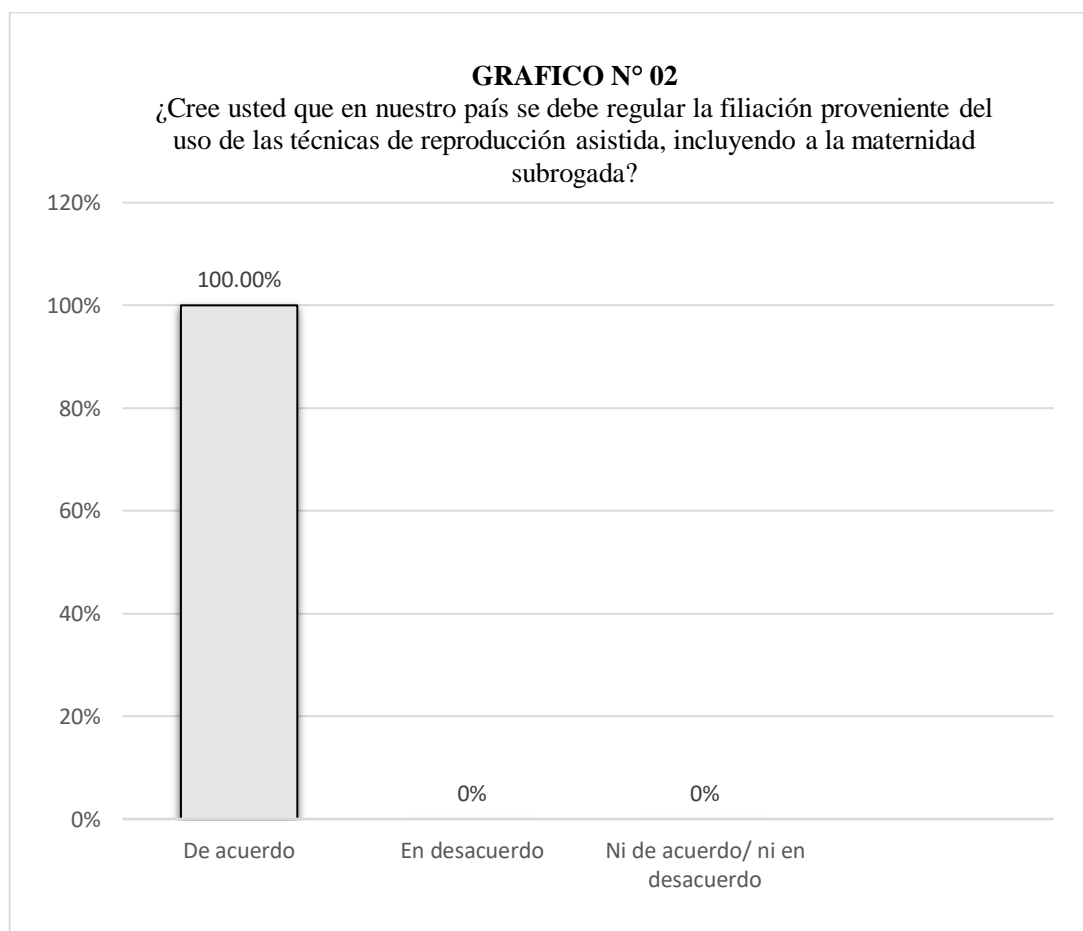


Fuente: Elaborado por la tesista. Encuesta.

PREGUNTA N° 02. POSTURA RESPECTO A LA REGULACIÓN DE LA FILIACION PROVENIENTE DEL USO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN NUESTRO PAÍS.

| ALTERNATIVAS | F | % |
|---------------------------------|-----------|------------|
| De acuerdo | 16 | 100 |
| En desacuerdo | 0 | 0 |
| Ni de acuerdo, ni en desacuerdo | 0 | 0 |
| TOTAL | 16 | 100 |

Fuente: Elaborado por la tesista. Encuesta.

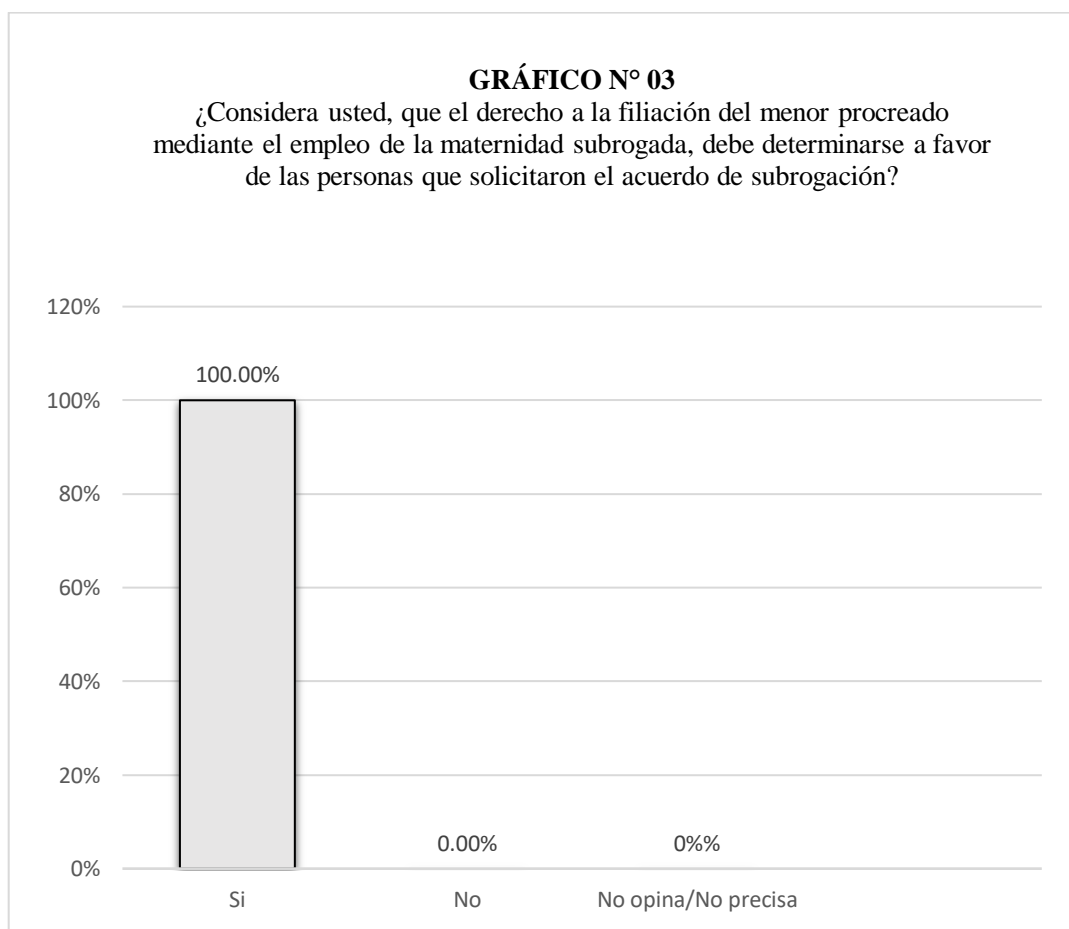


Fuente: Elaborado por la tesista. Encuesta.

PREGUNTA N° 03. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN FAVOR DE LOS SOLICITANTES DEL ACUERDO DE SUBROGACIÓN.

| ALTERNATIVAS | F | % |
|-----------------------|-----------|------------|
| Si | 16 | 100 |
| No | 0 | 0 |
| No opina / No precisa | 0 | 0 |
| TOTAL | 16 | 100 |

Fuente: Elaborado por la tesista. Encuesta.

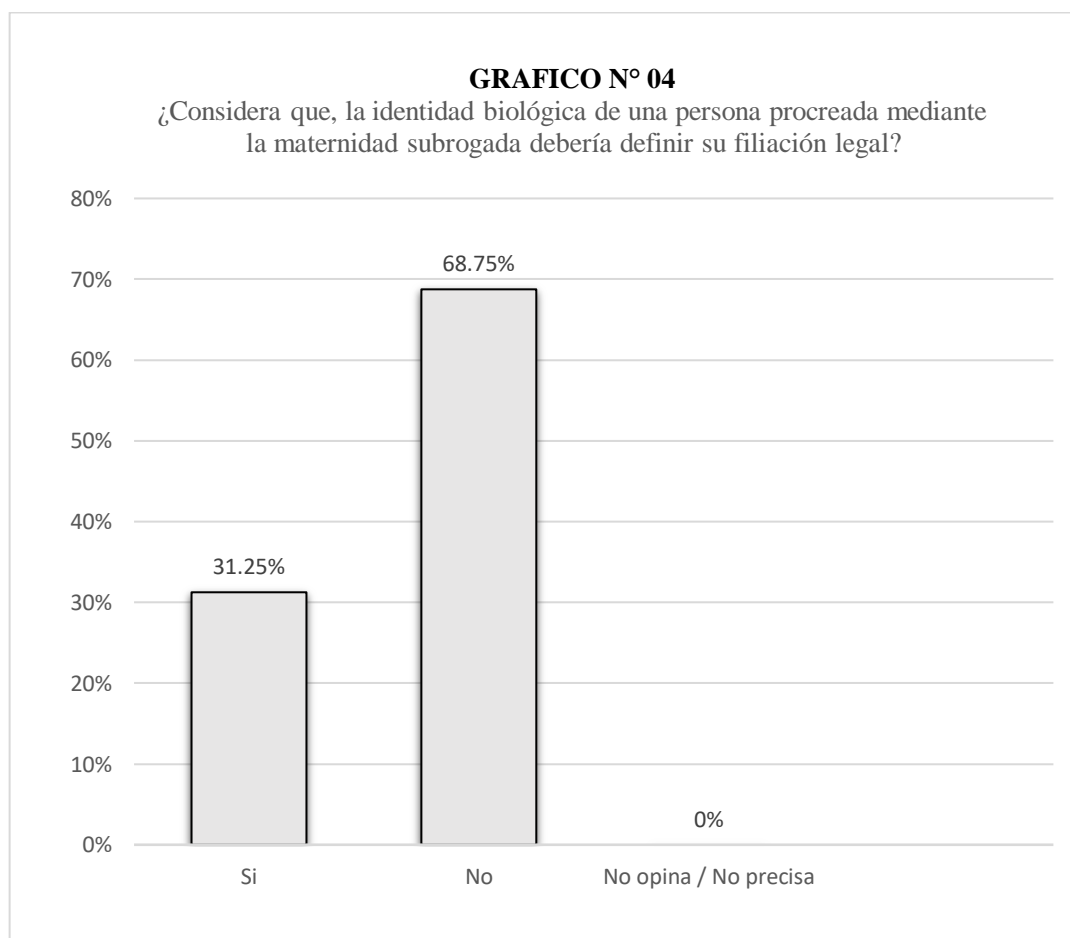


Fuente: Elaborado por la tesista. Encuesta.

PREGUNTA N° 04. FILIACIÓN LEGAL DEL MENOR PROCREADO MEDIANTE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN FUNCIÓN DE SU IDENTIDAD BIOLÓGICA.

| ALTERNATIVAS | F | % |
|-----------------------|----|-------|
| Si | 5 | 31.25 |
| No | 11 | 68.75 |
| No opina / No precisa | 0 | 0 |
| TOTAL | 16 | 100 |

Fuente: Elaborado por la tesista. Encuesta.

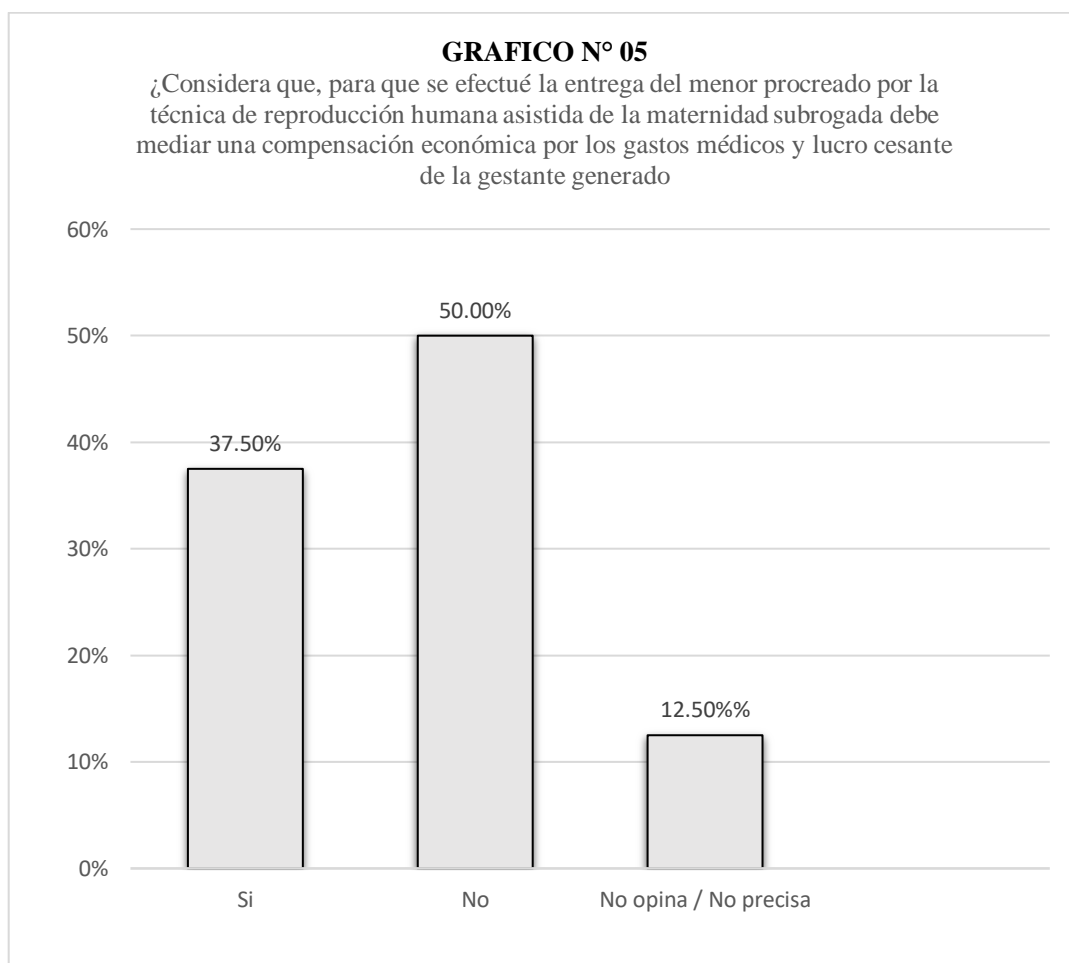


Fuente: Elaborado por la tesista. Encuesta.

PREGUNTA N° 05. COMPENSACIÓN ECONÓMICA A FAVOR DE LA GESTANTE POR GASTOS OCASIONADOS DURANTE EL EMBARAZO.

| ALTERNATIVAS | F | % |
|-----------------------|----|------|
| Si | 6 | 37.5 |
| No | 8 | 50 |
| No opina / No precisa | 2 | 12.5 |
| TOTAL | 16 | 100 |

Fuente: Elaborado por la tesista. Encuesta.

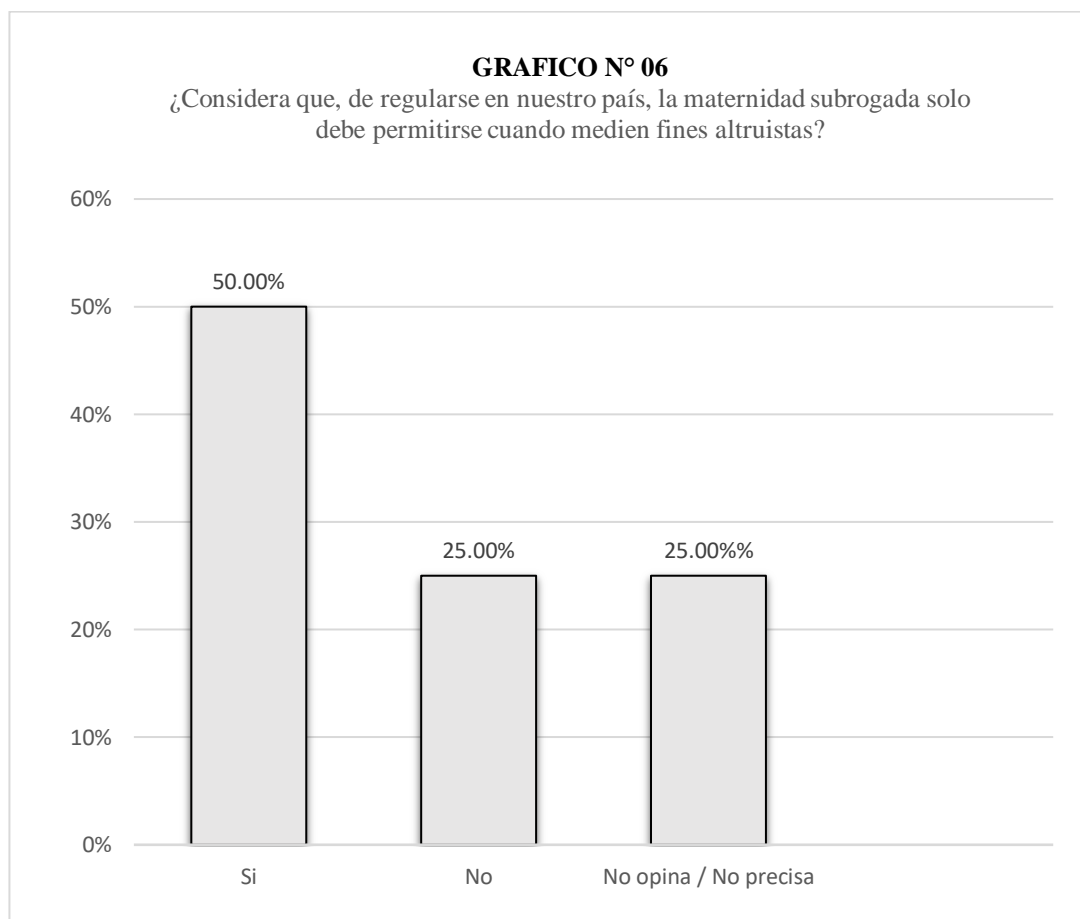


Fuente: Elaborado por la tesista. Encuesta.

PREGUNTA N° 06. REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA CON FINES ALTRUISTAS.

| ALTERNATIVAS | F | % |
|-----------------------|----|-----|
| Si | 8 | 50 |
| No | 4 | 25 |
| No opina / No precisa | 4 | 25 |
| TOTAL | 16 | 100 |

Fuente: Elaborado por la tesista. Encuesta.

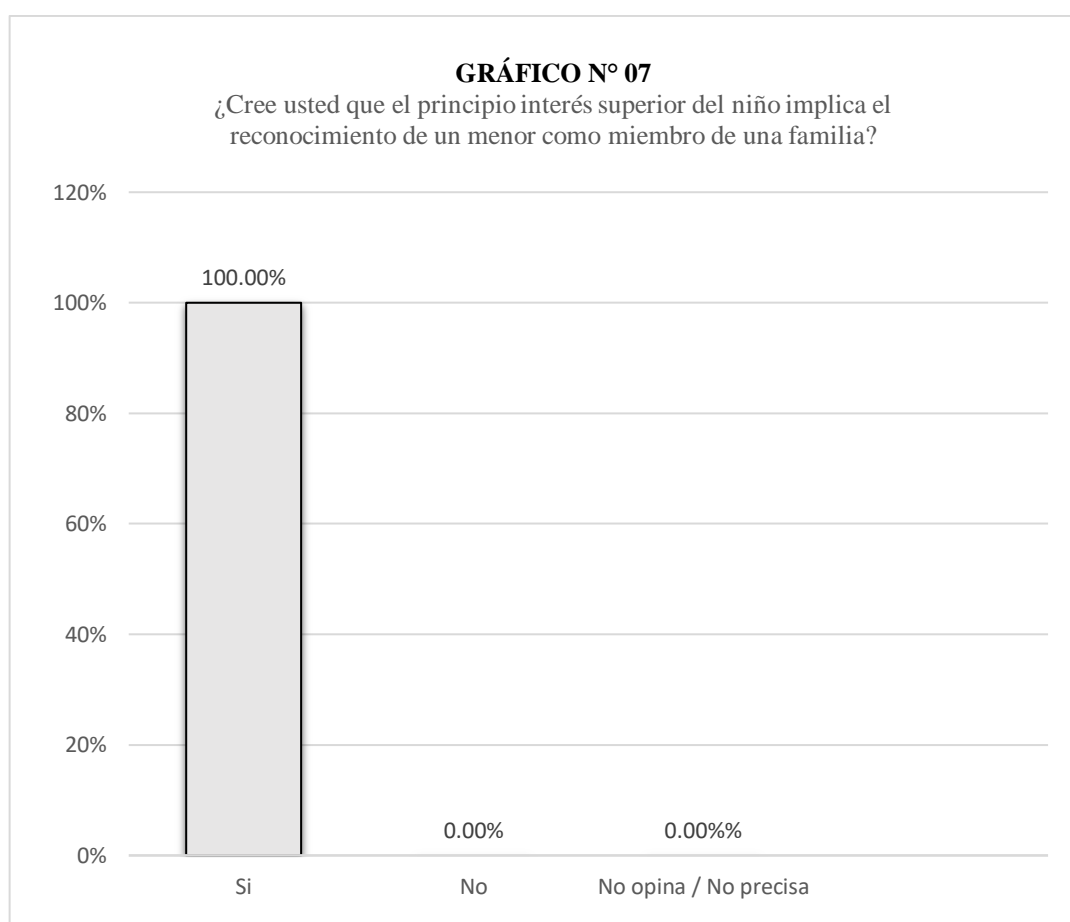


Fuente: Elaborado por la tesista. Encuesta.

PREGUNTA N° 07. PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO IMPLICA SU INCLUSIÓN COMO MIEMBRO DE UNA FAMILIA.

| ALTERNATIVAS | F | % |
|-----------------------|----|-----|
| Si | 16 | 100 |
| No | 0 | 0 |
| No opina / No precisa | 0 | 0 |
| TOTAL | 16 | 100 |

Fuente: Encuesta. Elaborado por la tesista.

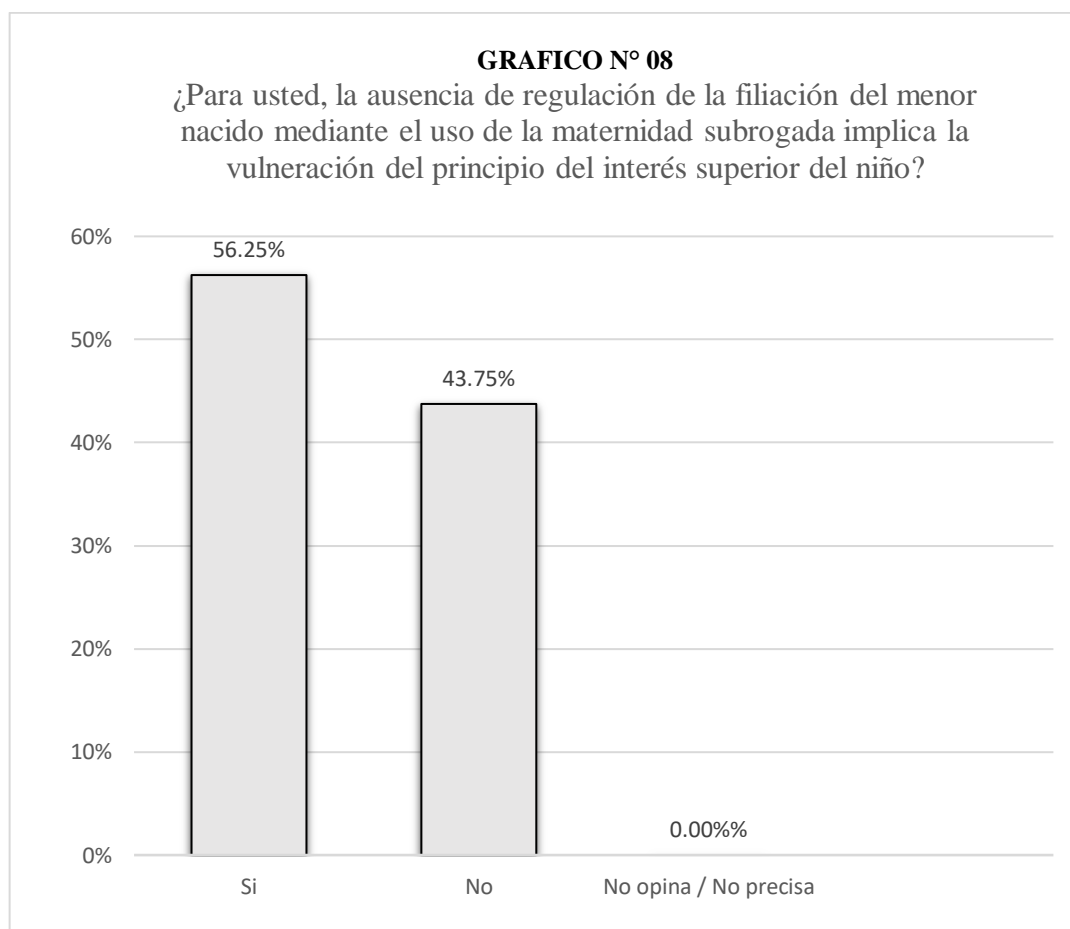


Fuente: Elaborado por la tesista. Encuesta.

PREGUNTA N° 08. LA FALTA DE REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERÚ SUPONE LA VULNERACION DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

| ALTERNATIVAS | F | % |
|-----------------------|----|-------|
| Si | 9 | 56.25 |
| No | 7 | 43.75 |
| No opina / No precisa | 0 | 0 |
| TOTAL | 16 | 100 |

Fuente: Elaborado por la tesista. Encuesta.

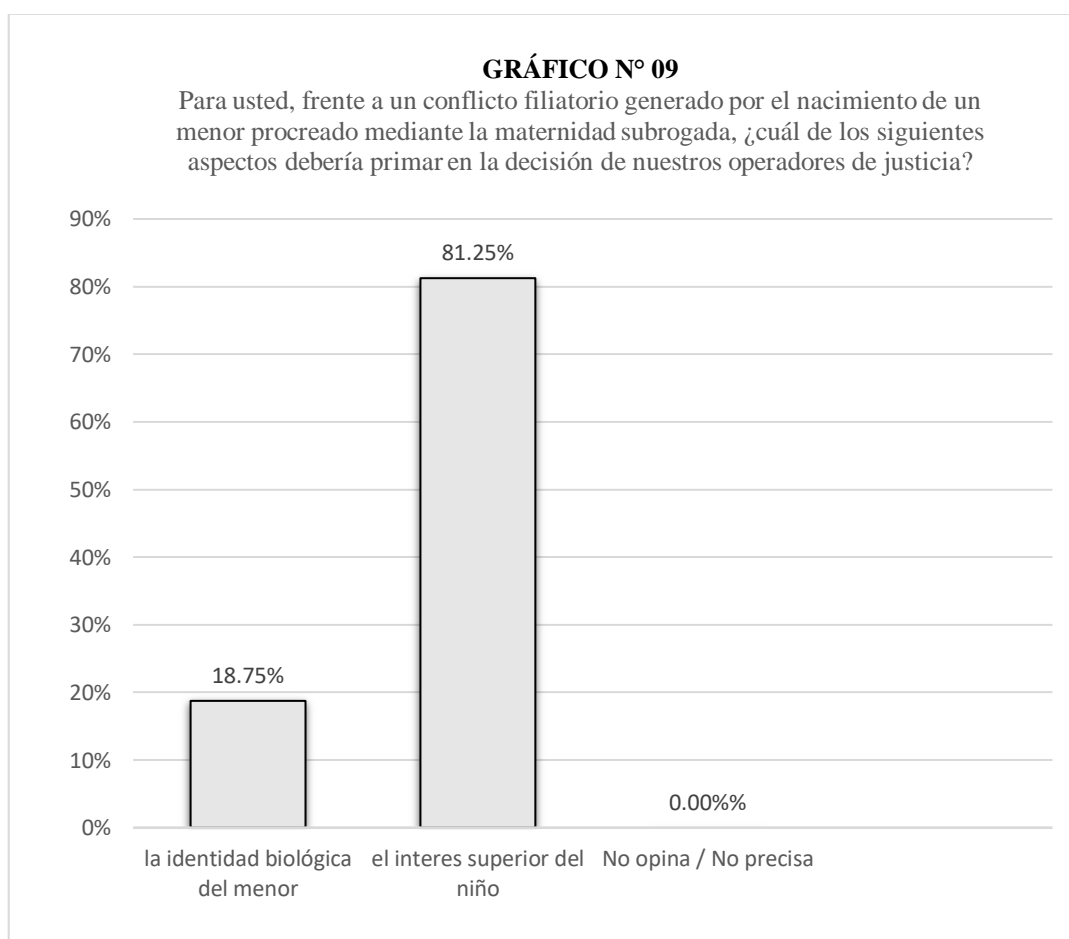


Fuente: Elaborado por la tesista. Encuesta.

PREGUNTA N° 09. CRITERIO QUE DEBERIA PRIMAR EN NUESTROS OPERADORES DE JUSTICIA SOBRE LA FILIACIÓN DE UN MENOR PROCREADO MEDIANTE MATERNIDAD SUBROGADA.

| ALTERNATIVAS | F | % |
|----------------------------------|----|-------|
| La identidad biológica del menor | 3 | 18.75 |
| El interés superior del niño | 13 | 81.25 |
| No opina / No precisa | 0 | 0 |
| TOTAL | 16 | 100 |

Fuente: Elaborado por la tesista. Encuesta.

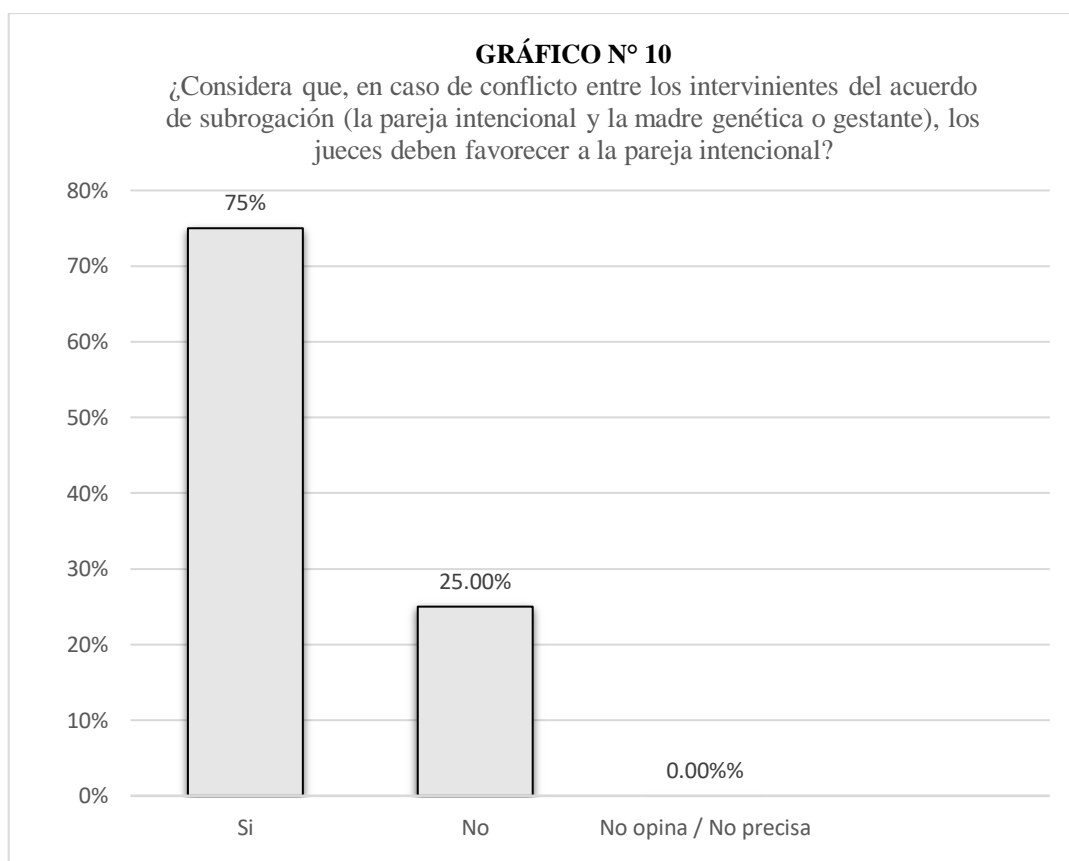


Fuente: Elaborado por la tesista. Encuesta.

PREGUNTA N° 10. CRITERIO DE LOS JUECES EN CASO DE CONFLICTO ENTRE LOS INTERVINIENTES DEL ACUERDO DE SUBROGACIÓN.

| ALTERNATIVAS | F | % |
|-----------------------|----|-----|
| Si | 12 | 75 |
| No | 4 | 25 |
| No opina / No precisa | 0 | 0 |
| TOTAL | 16 | 100 |

Fuente: Elaborado por la tesista. Encuesta.



Fuente: Elaborado por la tesista. Encuesta.

4. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN

Continuando con el despliegue de la presente investigación, se procederá a desarrollar la discusión de los resultados que se han obtenido mediante la técnica de análisis documental y de la encuesta respectiva.

4.1 Análisis y discusión de la técnica: análisis documental

Conforme se aprecia en el Cuadro N° 01, con respecto a las definiciones de Maternidad Subrogada, tenemos que luego del análisis de la doctrina expuesta, se puede definir esta figura como aquella técnica de procreación asistida mediante la cual se pacta la gestación de un niño o niña, previo acuerdo entre la gestante y la persona o pareja intencional, siendo que la primera de los nombrados se compromete a entregar al menor una vez acontecido el nacimiento, existiendo una renuncia de derechos filiatorios sobre el menor por parte de la gestante, independientemente de quien haya aportado los gametos y si debe existir o no una compensación por gastos generados durante la gestación a favor de la gestante. Hoy en día, esta práctica se sigue expandiendo por lo que resulta necesario que nuestras leyes establezcan parámetros para regular su uso en nuestro país.

Ya en el cuadro N° 02, correspondiente a las definiciones del derecho a la identidad, tenemos que es definida mayoritariamente por la doctrina, como aquel aspecto inherente al ser humano que nos convierte en únicos, con rasgos particulares y que por ende nos distingue de los demás, nos hace sujetos de derecho, pertenecientes a un Estado y a una familia. En esa línea, debemos tener en cuenta que nuestra identidad esta conformada por una serie de aspectos que no están limitados solamente al ámbito genético, si no que van más allá, y están estrechamente vinculados con la formación de nuestra personalidad dentro de la sociedad. El derecho a la identidad está vinculado con nuestra autoconstrucción personal, e implica el reconocimiento de que una persona existe y posee derechos.

En el cuadro N° 03, respecto a las definiciones del principio del interés superior del niño, tenemos que, los autores coinciden en que este precepto se encuentra orientado a proteger al menor y todos los derechos que este posee, en virtud de este principio se busca que ante cualquier conflicto generado en que el intervenga un menor, se deberá proteger el interés del menor por sobre los intereses de los demás. En concreto, este principio lo que hace es crear un ambiente favorecedor para el sujeto mas vulnerable que en este caso vendría a ser el menor, salvaguardando sus intereses y teniendo en cuenta sus necesidades según cada caso particular.

En el cuadro N° 04, relativo a jurisprudencia nacional sobre maternidad subrogada, se puede observar que, en los últimos antecedentes jurisprudenciales dados en nuestro país, más allá de tomar en cuenta lo estipulado por el artículo 7° de la Ley General de Salud (la cual afirma que se permitirá el empleo de una TERA siempre que la calidad de madre genética y gestante recaiga sobre la misma persona), se toma como factor predominante en la motivación de las resoluciones, el principio del interés superior del niño, es así que, si se comprueba que el niño está en buenas condiciones con la familia que hizo uso de esta TERA (además de otras consideraciones importantes evaluadas en cada caso en concreto), no habrá motivo por el cual se le niegue a familia y al niño el derecho de convivir armoniosamente, conformar una familia y que el nuevo ser adquiera los atributos que de ésta. Del mismo modo, también se está teniendo en consideración la voluntad de las personas para que el embarazo se lleve a cabo, analizando la intención y grado de intervención que tiene cada una de ellas en el mismo.

Estas resoluciones muestran un avance importante de nuestro país hacia el manejo de los nuevos avances tecnológicos, toda vez que los principios del derecho romano como el *mater semper certa est* y el *partus sequitur ventrem* actualmente no son los únicos tomados en cuenta para la determinación de la maternidad en favor de un menor procreado mediante una TERA, si bien aún no se regula esta forma de procreación en nuestro país, nuestros operadores de justicia no son ajenos a este tipo

de casos y ya han establecido precedentes que serán manejados como directrices en las futuras situaciones.

En el cuadro N° 05, sobre países que permiten el uso de la maternidad subrogada en sus legislaciones, tenemos que la figura del maternidad subrogada es permitida y regulada en países como Canadá (salvo Québec), Estados Unidos (solo algunos estados), Georgia, Rusia, Ucrania, Grecia, Australia, India, Reino Unido, Sudáfrica, Tailandia e Israel, claro que en cada uno de ellos, esta práctica se desarrolla con ciertas limitaciones que van desde permitirse solo con fines altruistas, imposibilidad comprobada de la persona que quiera convertirse en madre hasta ser aplicable solo para sus residentes; en otros países como Argentina o el nuestro, simplemente no mencionan la figura pero tampoco la prohíben, dejando una puerta abierta para el ciudadano que desee optar por este tipo de alternativa, en aras de mejorar su situación, pero aún con la inseguridad jurídica que su procedimiento no tenga respaldo legal deseado.

Ya en el cuadro N° 06, sobre la determinación de la maternidad en los Códigos Civiles extranjeros, tenemos que la mayoría de los textos analizados establece como prueba de maternidad al nacimiento o parto, sin embargo, hay otros que se basan en la declaración de los progenitores manifestada en el acta de nacimiento del menor. Como vemos, aún no se ha establecido una forma de filiación específica que regule la relación que existe entre los intervinientes y el menor procreado mediante alguna de las TERAS en los Códigos Civiles de los países de Argentina, Venezuela, Colombia, Chile, Francia, los mismos que en su mayoría corresponden a países latinoamericanos, por ello es que hasta ahora el tema se ha ido manejando según los criterios utilizados y esgrimidos por nuestros tribunales de justicia, los mismo que han tenido que hacer uso de otras fuentes del derecho y su facultad discrecional para fundamentar sus decisiones.

4.2 Análisis y discusión de la técnica: encuesta

De acuerdo con los resultados estadísticos emanados de la aplicación de la encuesta respectiva, tenemos que, con respecto a la primera pregunta del cuestionario, se observa que, según el gráfico N° 01, el 62.5% de los especialistas encuestados están en desacuerdo con lo estipulado en el artículo 7 de la Ley General de Salud, mientras que el 37.5% de los especialistas, si está de acuerdo con lo prescrito por dicho dispositivo legal. Respecto a lo señalado, se deduce que la mayoría de los especialistas encuestados han manifestado en contra de lo establecido por la Ley anteriormente señala, toda vez que este dispositivo legal limita de alguna manera el acceso de las personas a las técnicas de reproducción asistida, pues establece una condición para el uso de las TERAS, al prescribir que la calidad de madre genética y gestante recaiga sobre la misma persona, por lo que se encontraría excluyendo la reproducción heteróloga en el caso de la mujer, dejando abierta la posibilidad para el caso del varón. Como podemos ver, esta norma, ya ha sido interpretada por nuestros operadores de justicia, como es el caso de la Casación 4323-2010, donde se determinó que el artículo 7 de la Ley General de Salud no prohibiría la ovodonación, toda vez que ello no se había consignado expresamente y más bien, por el contrario, existiría un vacío legal respecto a ello.

Con respecto a la pregunta N° 02, se observa en el gráfico correspondiente que, el 100% de los especialistas encuestados están de acuerdo con que se regule la filiación proveniente del empleo de las TERAS, incluyendo la figura de la maternidad subrogada en el territorio nacional. Por lo cual se deduce que, la totalidad de especialistas encuestados se manifestaron a favor de este supuesto, el mismo que se presenta cada vez con mayor frecuencia, este pensamiento además se ve reflejado en iniciativas legislativas y propuestas de modificación en nuestro Código Civil actual, existiendo una preocupación latente sobre el establecimiento de directrices. Dentro de las propuestas más resaltantes y actuales, se tiene a la presentada en marzo de este año por el Grupo de trabajo de revisión y mejora del Código Civil de 1984 del Ministerio de Justicia, donde se propone la inclusión de algunos artículos que tratan

de regular de alguna manera el vacío legal existente respecto a la filiación generada por el uso de TERAS.

Siguiendo con el análisis, con relación a la tercera pregunta, se observa en el grafico N° 03 que, el 100% de los especialistas encuestados consideran que el derecho de filiación de un menor procreado mediante el empleo de la maternidad subrogada debe determinarse a favor de las personas que solicitaron el acuerdo de subrogación. Por consiguiente, se deduce que, ante la ausencia de regulación sobre el tema, la totalidad de especialistas encuestados refiere que la filiación a la que se hace referencia, debería determinarse en beneficio de los padres intencionales, es decir, a favor de quienes solicitaron el acuerdo de subrogación, teniendo en consideración la voluntad procreacional de las partes.

Se observa que, respecto a la pregunta N° 04 que, el 68.75% de los especialistas encuestados considera que la identidad biológica de un menor procreado mediante maternidad subrogada no debería definir su filiación legal, mientras que el 31.25% de los especialistas considera que sí. Por lo que se tiene que, la mayoría coincidió en que la identidad biológica del menor no es un aspecto estrictamente determinante en la filiación de un menor que ha sido procreado a través de una técnica de reproducción asistida como lo es la maternidad subrogada, sino que se deberían evaluar otro tipo de criterios y aspectos directamente relacionados con el menor y no solo basar la filiación en el aspecto genético, que es uno de los tantos atributos que implica su identidad.

En el desarrollo de la pregunta N° 05, se observa en el gráfico que, el 50% de los especialistas encuestados consideran que para que se efectúe la entrega de un menor procreado mediante maternidad subrogada no debe mediar una compensación económica por los gastos médicos y lucro cesante generados durante el periodo de gestación, mientras que el 37.5% de los especialistas manifiesta que si debería existir tal compensación económica, y un 12.5% de los mismos no opina sobre el tema. En concreto, se tiene que la mitad de especialistas se manifestó en contra de que la

gestante reciba algún tipo de compensación de carácter económico por gastos ocasionados durante el embarazo, por lo que se deduce que, los encuestados estarían a favor de que este tipo de acuerdo se lleve con fines totalmente gratuitos en el caso de ser regulada en nuestro país.

Con respecto a la pregunta N° 06, el gráfico correspondiente demuestra que, el 50% de los especialistas encuestados concuerdan en que, de regularse el empleo de la maternidad subrogada en nuestro país, solo debería ser permitida con fines altruistas, mientras que, el 25% de especialistas creen que no solo debe permitirse con estos fines, y el otro 25% de especialistas no opina sobre el tema. De lo expuesto se deduce que la mitad de encuestados están de acuerdo en que, de regularse la maternidad subrogada en nuestro país, sea permitida solo con fines netamente altruistas, descartando cualquier tipo de acuerdo de índole comercial.

Una vez analizada la pregunta N° 07, se desprende del gráfico correspondiente que, el 100% de los especialistas encuestados, consideran que el principio del interés superior del niño implica el reconocimiento del menor como miembro de una familia. Es decir, la totalidad de especialistas creen que este principio implica que un menor sea reconocido como miembro de un hogar constituido, salvaguardando su derecho a desarrollarse en un ambiente sano y planificado, teniendo en cuenta que, la finalidad consiste en salvaguardar al menor y asegurar su reconocimiento dentro de la sociedad, donde pueda desarrollar su personalidad de manera armoniosa.

En relación a la pregunta N° 08, se observa en el gráfico correspondiente que, el 56.25% de los especialistas encuestados creen que la ausencia de regulación de la filiación del menor nacido por el uso de la maternidad subrogada implica la vulneración del principio del interés superior del niño, y el 43.75% cree que no es así. En ese sentido, la mayor parte de los encuestados, coincide en que la ausencia de normas sobre filiación proveniente del uso de la maternidad subrogada, implica la vulneración del principio del interés superior del niño, toda vez que la regulación de este aspecto, representaría una manera de brindarle seguridad jurídica al menor y que

sus derechos sean respaldados, no permitiéndose de esa manera que esta practica permita excesos o incluso la comisión de hechos delictivos como extorsión.

En la pregunta N° 09, observamos que el gráfico respectivo, nos muestra que un 81.25% de los especialistas encuestados consideran que, frente a un conflicto filiatorio generado por el nacimiento de un menor procreado mediante la maternidad subrogada debería primar la aplicación del principio del interés superior del niño en la decisión de nuestros operadores de justicia, mientras que el 18.75% considera que debería primar la identidad biológica del menor. En esa línea, tenemos que gran parte de los encuestados, al ser consultados sobre que criterio debería primar en el caso de un conflicto filiatorio generado por el nacimiento de un menor procreado mediante maternidad subrogada, estos concuerdan en que debería primar el principio del interés superior del niño sobre la identidad biológica del menor, este pensamiento resulta estar acorde con los últimos pronunciamientos de nuestros operadores de justicia sobre maternidad subrogada, tendremos que los jueces al momento de resolver tomaron un criterio similar, recalcando la protección del interés superior del niño y de su derecho a la identidad en general, la misma que no se encuentra delimitada por aspecto biológico, sino que abarca más allá.

Desarrollada la pregunta N° 10, tenemos que el gráfico presentado nos muestra que, el 75% de los especialistas encuestados considera que en caso de conflicto entre las partes intervinientes en el acuerdo de subrogación (pareja intencional y la madre genética o gestante), los jueces deberían beneficiar a la pareja intencional, mientras que un 15% piensa que no debería ser así y por tanto se debería favorecer a la madre gestante. Por lo tanto, la mayoría de especialistas encuestados, se muestra a favor de que los jueces favorezcan a los padres intencionales, fundamento que se fundamenta en la voluntad procreacional de los intervinientes, el deseo y planificación de las mismas para formar una familia que brinde todas las garantías y seguridad hacia el menor procreado.

Como podemos notar, lo recopilado en el análisis documental, así como lo expresado por los encuestados, coinciden con los antecedentes propuestos en la presente investigación, pues, se ha comprobado que el interés superior del menor es el criterio que prevalece en los conflictos filiatorios generados por el empleo de alguna TERA, y que es necesario establecer modificatorias en nuestro Código Civil respecto de la institución de la filiación, a fin de otorgar la seguridad jurídica a las personas que decidan emplear esta técnica en nuestro país.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Después del análisis y discusión de los resultados conseguidos en esta investigación, se han llegado a las siguientes conclusiones:

Se ha logrado identificar que, en un conflicto filiatorio generado por el nacimiento de un menor procreado por el uso de la maternidad subrogada, debe primar la aplicación del interés superior del niño sobre la identidad biológica del menor, toda vez que la identidad del menor no debe fundamentarse solo en su aspecto genético, si no que resulta necesario evaluar una serie de atributos que componen su personalidad y el ambiente donde se desarrolla, por lo que al no existir legislación sobre el tema en nuestro país, es necesario que, en cada situación particular se priorice el interés superior del menor frente a los demás intereses que podrían coexistir, teniendo en cuenta también la intención o voluntad las personas que optaron por el empleo de esta técnica a fin de convertirse en padres.

Así también, se ha analizado el tratamiento normativo nacional e internacional vinculado a la maternidad subrogada y a la filiación materna, dejando en claro la existencia de un vacío legal respecto a la filiación de un menor nacido mediante TERAS a nivel nacional, vacío que debería regularse a fin de establecer parámetros entre los intervinientes del acuerdo de subrogación, tal y como sucede en algunos países extranjeros, donde si determinan que aspectos se deben tomar en cuenta para atribuir la maternidad de un menor concebido mediante maternidad subrogada.

Asimismo, se ha analizado jurisprudencia nacional sobre maternidad subrogada, entre las cuales se pudo observar que el criterio de los jueces se ha ido ampliando a través del tiempo, y que los pronunciamientos más recientes, no consideran como factor determinante en la relación jurídica de filiación, la existencia de un vínculo genético, sino que se evalúa por sobre todo los derechos de los niños, protegiendo su interés sobre cualquier otro aspecto, evaluando de esta manera el ambiente en donde se desarrolla y su derecho a la identidad a partir una perspectiva amplia y no restringida a lo biológico.

También se ha logrado conocer la opinión de los especialistas (jueces, docentes y abogados) con respecto a algunos aspectos vinculados al empleo de las TERAS, particularmente sobre subrogación gestacional, entre ellos tenemos que se ha llegado a la conclusión que, es necesario que nuestro país contemple una norma expresa sobre la maternidad subrogada, permitiendo que los que quieran ser padres mediante esta técnica consigan serlo, y que esa relación pueda ser registrada legalmente. Sobre todo, en los casos en que la madre genética, la gestante y la madre intencional no sean la misma persona, por lo que se evalúa qué ambiente sería más favorable para el menor, entre otras circunstancias relevantes.

Como vemos, es necesario mantenernos actualizados e informados sobre los nuevos procedimientos que se puedan emplear en nuestra sociedad para cumplir los deseos de procreación de una pareja, y no ser ajenos a los conflictos que podrían surgir por la no regulación de estas nuevas técnicas, teniendo en cuenta que es un tema que involucra derechos y deberes de los menores, los cuales deben ser protegidos por el Estado de manera privilegiada, cautelando siempre su bienestar y su adecuado desarrollo social y afectivo.

Es por ello que, como recomendación, planteo que es necesaria la regulación del uso de la maternidad subrogada, sobre todo en el tema de filiación, a fin de evitar que sigan aconteciendo conflictos legales que lleven inmersos largas batallas judiciales, donde los mas afectados serian los menores; en tal sentido, es momento que nuestro Poder Legislativo, pueda debatir el tema y tomar en cuenta los anteproyectos que han sido elaborados respecto a esta técnica de reproducción asistida, a fin de que, la administración de justicia en nuestro país mejore, ya que nuestros legisladores deberían recordar que el derecho no es estático, es decir, no se queda estancado en el tiempo, si no todo lo contrario, el derecho debe adecuarse a las nuevas situaciones que se presenten, conforme a las conductas que se desprendan de los seres humanos en la actualidad.

6. AGRADECIMIENTOS

Quiero empezar agradeciendo primero a Dios, quien me permitió tener vida y salud para poder cumplir con este objetivo. Gracias por bendecirme durante este largo camino.

A la Universidad San Pedro, por ser la casa de estudios que me albergó durante todos estos años de aprendizaje constante, donde aprendí que el esfuerzo y la constancia te hacen lograr grandes cosas.

De igual manera agradecer a mis padres y abuelos, que sin ellos no sería posible que hoy en día, este cumpliendo con este objetivo tan importante para mí. Siempre han sido mi ejemplo de perseverancia, todos mis logros y éxitos venideros serán por y para ustedes, familia.

A mi profesor y guía esencial en este trabajo, el Dr. Manuel Urcia Quispe, quien, desde el inicio de esta investigación, me ha brindado su apoyo desinteresado, motivándome siempre a superar cada uno de los retos que me tocaron enfrentar, le estaré eternamente agradecida por su paciencia y enseñanzas.

En general, agradezco a aquellas personas que formaron parte de este camino que me tocó emprender hace unos años, por acompañarme y ayudarme en todo momento, prometo que no los defraudaré y los haré sentir orgullosos de la calidad de profesional y ser humano que representaré.

A todos ustedes, muchas gracias.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Andorno, R. (1993). *El embrión humano ¿Merece ser protegido por el Derecho?* Paris: Cuadernos de Bioética.
- Avila, C. R. (2016). *El vientre de alquiler en la vulneración del derecho a la identidad del niño*. Huancayo.
- Baeza Concha, G. (2001). El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia. *Revista Chilena de Derecho*, 356.
- Baffone, C. (2012). *ELSEVIER*. Obtenido de ELSEVIER: <http://www.elsevier.es/es-revista-boletin-mexicano-derecho-comparado-77-articulo-la-maternidad-subrogada-una-confrontacion-S0041863313711396>
- Camacho, J. (2009). *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*. Obtenido de <https://www.fundacionforo.com/uploads/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>
- Casación, 5003-2007 (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema 06 de mayo de 2008).
- Casación, 563-2011 (LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA 06 de diciembre de 2011). Obtenido de <https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/53f1df80469c5c91b51bfdac1e03f85e/CAS%2B563-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=53f1df80469c5c91b51bfdac1e03f85e>
- Casación, Casación 4323-2010 (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República 11 de agosto de 2011).

- Enriquez Mattos, N. Y. (2017). *Técnica de Maternidad Subrogada y la Vulneración del Derecho a la Identidad de los Menores en el Perú*. Obtenido de <http://repositorio.ucv.edu.pe/handle/UCV/11700>
- Espinoza Espinoza, J. (2012). *Derecho de las Personas. Concebido y Personas Naturales*. Lima: Grijley.
- Fernandez Sessarego, C. (1992). *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea.
- Flores Guzmán, S. D. (2017). *Implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia en resguardo del Interés Superior del Niño*. Lima.
- García Coronado, K. (julio de 2017). Obtenido de <http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2014/12/Karla-Garcia-Coronado.pdf>
- Gatica, N., & Chaimovic, C. (2002). La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. *Semana Jurídica*.
- Gonzales Pineda, B. (2015). *Universitas Miguel Hernandez*. Obtenido de RediUHM: <http://dspace.umh.es/bitstream/11000/2309/1/Gonz%C3%A1lez%20Pineda%20Borja.pdf>
- Instituto de Fertilidad y Genética. (Mayo de 2017). *Ingenes*. Obtenido de Ingenes: <http://www.ingen.es.com/primeros-pasos/entendiendo-la-infertilidad/causas-de-la-infertilidad/>
- Ley N° 26852, Ley General de Salud. (15 de julio de 1997). *Diario Oficial El Peruano*. Lima, Perú.

- López Contreras, R. E. (2015). Interés superior de los niños y las niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 51-70.
- Machicado, J. (julio de 2017). *APUNTES JURIDICOS*. Obtenido de https://jorgemachicado.blogspot.pe/2012/05/iei.html#_Toc324780570
- Morales Lamuña, L. (2008). *Identidad de la Personas*. Carabobo: Castillo y Villegas.
- Morán de Vicenzi, C., & González Pérez de Castro, M. (2013). Los acuerdo de maternidad subrogada. A propósito del primer caso resuelto por la corte suprema. *Revista Juridica Thomson Reuters*, 41-63.
- O'Donnell, D. (setiembre de 2004). *Instituto Interamericano del niño, la niña y adolescentes*. Obtenido de www.iin.oea.org/badaj/docs
- Orbea Corrales, B. A. (2012). *DERECHOS CONTENIDOS EN LA MATERNIDAD SUBROGADA*. Quito.
- Real Academia Española. (mayo de 2017). *Diccionario de la Lengua Española*. Obtenido de <http://dle.rae.es>
- Real Academia Española. (mayo de 2017). *Diccionario de la Real Academia Española*. Obtenido de DRAE: <http://dle.rae.es/?id=ObhmSF0>
- Real Academia Española. (mayo de 2017). *Diccionario de la Real Academia Española*. Obtenido de DRAE: <http://dle.rae.es/?id=YZ2is6w>
- Reyes Alpaca, E. (18 de junio de 2018). Infertilidad. (A. A. Noticias, Entrevistador) Obtenido de <https://andina.pe/agencia/noticia-hombre-es-responsable-del-40-casos-infertilidad-peru-713611.aspx>
- Roa Meggo, Y. (2009). *La infertilidad en el Perú: nuevos criterios para un enfoque preventivo en salud pública*. Lima: Fondo Editorial Universidad San Martín de Porres.

- Rubio Correa, M. (2012). *Para conocer la Constitución de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Santander, C. A. (2012). *El contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿ejercicio legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad?* Santiago.
- Schmidt, C., & Veloso, P. (2001). *La Filiación en el nuevo Derecho de Familia*. Chile: Juridica Cono Sur Ltda.
- Schult Echevarría, J. C. (2015). *Efectos Jurídicos De La Regulación Del Convenio De Maternidad Subrogada En El Libro De Familia Del Código Civil - Huánuco-2014*.
- Sentencia, Exp. N 183515-2006-00113 (Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia 06 de enero de 2009). Obtenido de <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=267&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=4>
- Siverino Bavio, P. (2010). Los derechos fundamentales: Estudio de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho. *Gaceta Jurídica*, 60.
- Siverino Bavio, P. (s.f.). Derecho a la identidad y verdad biológica. *Dialogo con la jurisprudencia N°179*, 13-18.
- Ticse Traverzo, M. (2018). *La regulación de la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida con subrogación materna en la legislación peruana*". Iquitos.
- UNICEF. (mayo de 2017). *Derecho a la Identidad*. Obtenido de <http://www.unicef.org/>.
- Valdes Diaz , C. (2014). La maternida subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana*, 459-482.

- Varsi Rospigliosi, E. (2013). *Tratado de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Juridica S.A.
- Varsi Rospigliosi, E. (2001). *Derecho Genetico*. Lima: Ed. Grijley.
- Verdugo Toro, J. C. (2007). *Repositorio academico de la Universidad de Chile*. Obtenido de Repositorio academico de la Universidad de Chile: <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/113445>
- Villamarin Zuñiga, C. (2014). *LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERÚ: ¿PROBLEMA O SOLUCIÓN?* Arequipa.
- Villasis Reyes, N. S. (Junio de 2016). *Repositorio de la Universidad de Ecuador*. Obtenido de Repositorio de la UIDE: <http://repositorio.uide.edu.ec/bitstream/37000/1534/1/T-UIDE-1203.pdf>
- Zaldivar Cerpa, J. (2016). *Necesidad de Regulacion Juridica de la Maternidad Subrogada, Arequipa 2013*. Arequipa.
- Zannoni, E. A. (1998). *Adopción plena y derecho a la identidad personal; Nuevo paradigma de familia?* España.
- Zegarra Torres, Y. I. (2014). *Aspectos juridicos intervinientes en la contratacion de la Maternidad Disociada (ciente de alquiler) y la necesidad de su regulacion en el Peru, 2012*. Arequipa.
- Zegers Hochschild, F., Adamson, G. D., de Mouzon, J., Ishihara, O., Mansour, R., Nygren, K., . . . Vanderpoel, S. (Diciembre de 2010). *Organizacion Mundial de la Salud*. Obtenido de Organizacion Mundial de la Salud: http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1
- Zermatten, J. (2003). *El interes Superior del niño. Del alcance literal al Alcance Filosófico*. Obtenido de https://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf

7. ANEXOS Y APENDICES

ANEXO 1. MATRIZ DE CONSISTENCIA

TITULO. “MATERNIDAD SUBROGADA: LA IDENTIDAD BIOLÓGICA Y EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL PERÚ”

| PROBLEMA | OBJETIVOS | HIPÓTESIS | VARIABLES | MÉTODO Y DISEÑO | POBLACIÓN Y MUESTRA |
|--|--|--|---|---|---|
| <p>¿En los conflictos jurídico-filiatorios originados por el nacimiento de una persona procreada mediante el uso de la maternidad subrogada en el Perú, debería primar el derecho a la identidad biológica del menor o el principio del interés superior del niño?</p> | <p>Objetivo General:</p> <ul style="list-style-type: none"> Identificar si debe primar la identidad biológica del menor o la aplicación del principio del interés superior del niño en los conflictos jurídico-filiatorios generados por el nacimiento de una persona procreada mediante el uso de la maternidad subrogada en el Perú. <p>Objetivos Específicos:</p> <ul style="list-style-type: none"> Analizar el tratamiento normativo nacional existente sobre filiación materna y su relación con la técnica de maternidad subrogada. Analizar el tratamiento normativo internacional existente sobre la técnica de maternidad subrogada. Analizar jurisprudencia nacional relativa al uso de la técnica de maternidad subrogada y su relación con el derecho a la identidad biológica y el principio del interés superior del niño. Conocer la opinión de los especialistas respecto a las Técnicas de Reproducción Asistida. | <p>La aplicación del principio del interés superior del niño debe primar sobre la identidad biológica del menor en los conflictos jurídico-filiatorios generados por el nacimiento de una persona procreada mediante el uso de la maternidad subrogada en el Perú.</p> | <p>Variable independiente e: • Maternidad Subrogada</p> <p>Variables dependientes : • Identidad Biológica • Principio del interés superior del niño • Filiación</p> | <p>Enfoque de la Investigación: El enfoque que se ha optado en el presente estudio es el cualitativo.</p> <p>Tipo de Estudio: La investigación es de tipo descriptivo.</p> <p>Diseño de la Investigación: El diseño de investigación a seguir será el no Experimental.</p> | <p>La población para la aplicación de la encuesta está conformada por 16 especialistas en el tema, los cuales son:</p> <ul style="list-style-type: none"> 2 jueces de paz letrado especializados en familia de la Corte Superior de Justicia del Santa. 3 jueces especializados en familia de la Corte Superior de Justicia del Santa. 5 docentes universitarios especializados en Derecho de Familia o Derecho Constitucional de las Universidades: Universidad Privada San Pedro y Universidad Nacional del Santa. 6 abogados especializados en derecho civil, familia o constitucional. <p>No se trabajará con muestra, toda vez que la encuesta se aplicará a la totalidad de la población señalada en el párrafo precedente.</p> |

ANEXO 2. CUESTIONARIO DE ENCUESTA



UNIVERSIDAD PRIVADA SAN PEDRO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

“MATERNIDAD SUBROGADA: LA IDENTIDAD BIOLÓGICA Y EL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO EN EL PERÚ”

CUESTIONARIO DE ENCUESTA:

Instrucción: A continuación, se le presentará un cuestionario sobre aspectos relacionados a la técnica de reproducción asistida denominada “maternidad subrogada”. Marque con una “X” la alternativa que crea más conveniente. Gracias por

OBJETIVO GENERAL. IDENTIFICAR SI DEBE PRIMAR LA IDENTIDAD BIOLÓGICA DEL MENOR O EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LOS CONFLICTOS JURÍDICO-FILIATORIOS GENERADOS POR EL NACIMIENTO DE UNA PERSONA PROCREADA MEDIANTE EL USO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERÚ.

su tiempo.

1. El artículo 7° de la Ley General de Salud, en cuanto a la utilización de las TERAS (técnicas de reproducción asistida), expresa que *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.* ¿Está de acuerdo con ello?
 - a. De acuerdo
 - b. En desacuerdo.
 - c. Ni de acuerdo, ni en desacuerdo.

2. ¿Cree usted que en nuestro país se debe regular la filiación proveniente del uso de las técnicas de reproducción asistida, incluyendo a la maternidad subrogada?
 - a. De acuerdo.

- b. En desacuerdo.
 - c. Ni de acuerdo, ni en desacuerdo.
3. ¿Considera usted, que el derecho a la filiación del menor procreado mediante el empleo de la maternidad subrogada, debe determinarse a favor de las personas que solicitaron el acuerdo de subrogación?
- a. Si.
 - b. No.
 - c. No opina/ No precisa.
4. ¿Considera que, la identidad biológica de una persona procreada mediante la maternidad subrogada debería definir su filiación legal?
- a. Si.
 - b. No.
 - c. No opina/ No precisa.
5. ¿Considera que, para que se efectuó la entrega del menor procreado por la técnica de reproducción humana asistida de la maternidad subrogada debe mediar una compensación económica por los gastos médicos y lucro cesante de la gestante generados durante el periodo de gestación?
- a. Si.
 - b. No.
 - c. No opina/ No precisa.
6. ¿Considera que, de regularse en nuestro país, la maternidad subrogada solo debe permitirse cuando medien fines altruistas?
- a. Si.
 - b. No.
 - c. No opina/ No precisa.
7. ¿Cree usted que el principio interés superior del niño implica el reconocimiento de un menor como miembro de una familia?
- a. Si.

- b. No.
 - c. No opina/ No precisa.
8. ¿Para usted, la ausencia de regulación de la filiación del menor nacido mediante el uso de la maternidad subrogada implica la vulneración del principio del interés superior del niño?
- a. Si.
 - b. No.
 - c. No opina/ No precisa.
9. Para usted, frente a un conflicto filiatorio generado por el nacimiento de un menor procreado mediante la maternidad subrogada, ¿cuál de los siguientes aspectos debería primar en la decisión de nuestros operadores de justicia?
- a. La identidad biológica del menor.
 - b. El principio del interés superior del niño.
 - c. No opina/ No precisa.
10. ¿Considera que, en caso de conflicto entre los intervinientes del acuerdo de subrogación (la pareja intencional y la madre genética o gestante), los jueces deben favorecer a la pareja intencional?
- a. Si.
 - b. No.
 - c. No opina/ No precisa.

APÉNDICE 1. EXTRACTO DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL
REFERIDO A REPRODUCCION ASISITIDA Y FILIACION

Artículo 389.- Reconocimiento por los abuelos

El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos o abuelas de la respectiva línea, en el caso de muerte del padre o de la madre o cuando estos se hallen comprendidos en los artículos 43 incisos 2 o en el artículo 47 o también cuando los padres sean menores de catorce años. En este último supuesto, una vez que el adolescente cumpla los catorce años, podrá reconocer a su hijo.

Exposición de motivos.- Siendo el reconocimiento un acto jurídico unilateral, que no tiene el carácter de personalísimo desde que se autoriza a los abuelos o abuelas de las respectivas líneas la posibilidad de realizarlo en los supuestos expresamente señalados en la presente disposición.

Establece la propuesta normativa una adecuación al régimen de capacidad que se ha previsto en el Libro I del Código Civil.

Capítulo Tercero

Filiación por reproducción médicamente asistida

Artículo 415o.- Derechos del hijo alimentista

Fuera de los casos del Artículo 402, el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. La pensión con núa vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad sica o mental. El demandado podrá solicitar la aplicación de la prueba gené ca u otra de validez cien ca con igual o mayor grado de certeza. Si éstas dieran resultado nega vo, quedará exento de lo dispuesto en este Artículo.

Asimismo, podrá accionar ante el mismo juzgado que conoció del proceso de alimentos el cese de la obligación alimentaria si comprueba a través de una prueba gené ca u otra de validez cien ca con igual o mayor grado de certeza que no es el padre.

Artículo 415.- Filiación mediante fecundación asistida.

1. Toda técnica de reproducción asistida debe contar con el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten a su uso y debe estar sustentada en la voluntad procreacional.
2. No podrá hacerse ninguna referencia acerca del tipo de reproducción en ningún documento personal ni en el Registro del estado civil.
3. El consentimiento informado debe ser prestado en forma personal e individual por cada una de las personas que se someten al uso de la técnica de reproducción asistida.

Exposición de motivos.- El presente articulado constituye una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, reconociéndose, de esta manera, que la práctica de las técnicas de procreación médicamente asistida (TERMA) han sobrepasado la normatividad vigente, sino también los principios generales del Derecho.

Las normas son las técnicas de reproducción médicamente asistida (TERMA). Son procedimientos válidos que permiten el ejercicio del derecho a la reproducción, también conocido como derechos sexuales. Tal regulación se establece en concordancia con lo establecido por el artículo 7 de la Ley General de Salud.

Con el objetivo de preservar la dignidad humana y los derechos de los sujetos concebidos y nacidos mediante las TERMA, expresamente se prohíbe hacer cualquier referencia en el documento de identidad o en el Registro del Estado Civil acerca de la forma como se realizó la concepción, ni de la clase de TERMA empleada.

Se propone la derogación del actual régimen correspondiente a los “Hijos alimentistas” dado que actualmente se puede determinar la paternidad a través de la prueba de ADN.

Artículo 415-A.- Determinación de la filiación matrimonial.

1. Los hijos se consideran matrimoniales cuando se utiliza material genético del marido para la realización de la reproducción médicamente asistida. La existencia de material genético del marido para su uso en una reproducción médicamente asistida hace presumir su asentimiento, salvo lo dispuesto en el numeral 3.

2. Los hijos se consideran matrimoniales cuando exista asentimiento expreso del cónyuge, formalizado en documento de fecha cierta, para la realización de la reproducción médicamente asistida con material genético de tercero.
3. En los casos de reproducción médicamente asistida post mortem con material genético del marido, el hijo será matrimonial siempre que exista asentimiento expreso de aquel y se realice dentro del plazo máximo de trescientos días de la muerte del marido. La misma regulación se aplica a los embriones crio conservados.

Exposición de motivos.- La propuesta normativa dispone que cuando se emplee una TERMA con material genético de los cónyuges, los hijos se considerarán matrimoniales.

Este criterio se sustenta en el hecho de que el solo acto de cesión de material genético por parte de una pareja matrimonial implica una responsabilidad pro creacional.

Artículo 415-B.- Impugnación de paternidad.

Procede la impugnación de paternidad derivada de la reproducción médicamente asistida de la mujer, realizada sin mediar el asentimiento expreso del marido a que se refiere el numeral 2 o fuera de los requisitos establecidos en el numeral 3 del artículo 415.-A.

Exposición de motivos.- En la propuesta normativa se ha considerado que el cónyuge tiene el derecho de accionar negando la paternidad del hijo de su mujer cuando falte su asentimiento. La propuesta se sustenta en que el asentimiento del marido es requisito *sine qua non* cuando se practique una TERMA heteróloga en su mujer a efectos de establecer la filiación.

La voluntad del cónyuge debe estar presente en este tipo de técnica, caso contrario podrá contestar la paternidad.

Artículo 415-C.- Determinación de la paternidad extramatrimonial.

1. No mediando matrimonio entre quienes recurren a una reproducción médicamente asistida, el asentimiento en documento de fecha cierta o testamento para la utilización de material genética, equivale al reconocimiento de la filiación.
2. La utilización de material genético o de embriones de un cedente anónimo no dará lugar al establecimiento de una relación paterno filial entre el

cedente y quienes nazcan producto de estas técnicas, ni generará vínculo jurídico alguno, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales.

3. En la reproducción médicamente asistida post mortem con material genético de quien convivía con la madre, el hijo se presume de aquel siempre que concurra lo establecido en el numeral 3 del artículo 415-B.

Exposición de motivos.- Cuando se trate de una TERMA realizada con material genético de quienes no estén unidos por vínculos matrimoniales; resulta preciso regular el establecimiento de la filiación de la descendencia, para lo cual se ha tenido en cuenta, en el numeral 1 de la propuesta normativa, que el asentimiento sea en documento de fecha cierta o vía testamento representa título suficiente de reconocimiento del hijo.

Artículo 415-D.- Determinación de la maternidad.

1. El parto determina la maternidad.
2. La regla establecida en el numeral 1 no se aplica al concebido con el uso de material genético proveniente de otra mujer o pareja, o, en su caso, de un embrión de la pareja o de terceros.
3. En los supuestos descritos en el numeral 2 se deberá tener en cuenta la voluntad procreacional de la mujer o pareja que solicitó la procreación, o gestación por cuenta de otro, el interés superior del niño o el principio de identidad genética. Estos criterios no son excluyentes entre sí.
4. Los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro no tienen contenido patrimonial

Exposición de motivos.- La propuesta consagra que el parto determina la maternidad. Es decir, prima la maternidad biológica, la maternidad de la mujer que gesta y pare a la criatura. Ello independientemente de que sea una ovodonación, embriodonación, maternidad sustituta o cualquier otra derivación procreática aplicable.

Artículo 418.- Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores.

Artículo 418.- Noción de patria potestad.

Por la **responsabilidad parental** los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores de edad.

Exposición de motivos.- La norma actual establece que la función de los poderes que se atribuyen a los padres en relación con sus hijos, pues como muestra la evolución histórica de la institución, esos poderes se otorgan para el cumplimiento de los deberes que se imponen a los padres y, por tanto, en beneficio del hijo.

Aunque la actual regulación legal no expresa esa función en interés del hijo; la Convención sobre los Derechos del Niño completa el vacío.

El interés del hijo como fin de la potestad paterna, incorporada por la propuesta normativa, preside las relaciones personales como las patrimoniales y es el fundamento, en alguna medida, de la propuesta para la supresión del usufructo paterno.

Artículo 419.- La patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo. En caso de disenso, resuelve el Juez del Niño y Adolescente, conforme al proceso sumarísimo.

Artículo 419.- Ejercicio conjunto de la patria potestad.

El disenso respecto al ejercicio de la responsabilidad parental será resuelto por el juez de familia, por la vía del proceso único.

Exposición de motivos.- Determinada la filiación, la titularidad de la patria potestad corresponde, en principio, a ambos padres. Como corolario de esa determinación, se les atribuye a los padres el conjunto de los derechos y deberes, que es el contenido de la patria potestad.

Por otro lado, el ejercicio es la facultad de actuar concretamente en virtud de esos derechos-deberes, y que corresponde en unos casos a uno u otro o a ambos padres. De manera que puede haber en algunos supuestos titularidad con ejercicio actual de la patria potestad, y en otros, si bien se comparte la titularidad, se carece de ese ejercicio.

La propuesta normativa establece que el disenso sobre el ejercicio de la responsabilidad parental será resuelto por el juez de familia,