

UNIVERSIDAD PERUANA DE LAS AMÉRICAS



ESCUELA DE DERECHO

TESIS

El contrato de gestación subrogada legitima la identidad del recién
nacido, Lima-2019

PARA OPTAR EL GRADO DE ABOGADO

AUTORAS:

FANNY CRISTINA ODAR SILVA

CODIGO ORCID: 0000-0001-9494-3613

NARDY GIOVANA AHUANARI VASQUEZ

CODIGO ORCID: 0000-0002-8493-8869

JANETH CARMEN RUIZ ODAR

ORCID: 0000-0002-2497-9191

ASESOR:

DR. Mg. PANTIGOZO LOAIZA MARCO HERNÁN

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: DERECHO PENAL, CIVIL Y
CORPORATIVO

LIMA, PERÚ

Diciembre, 2021

DEDICATORIA

A Dios por estar siempre a mi lado y Fortaleciéndonos. A nuestros padres que siempre nos dieron unas palabras de aliento y ser ejemplos para esforzarnos a cumplir nuestras metas de información superior.

GRADECIMIENTO

Agradecimiento sincero, a todos los docentes que han contribuido significativamente en nuestros aprendizajes y formación académica; quienes, con esfuerzo, paciencia y compromiso, nos han guiado en la elaboración de la presente tesis, en especial de mayor consideración al Dr. Vicente Llapas.

PENSAMIENTO

“Porque el hijo... Es nuestro, De nuestro
semen y nuestro óvulo La gestante solo es una
Incubadora”.

Resumen

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

Palabras clave: Maternidad subrogada, contrato, identidad, verdad biológica.

Abstract

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

Keywords: Surrogacy, contract, identity, biological truth.

Tabla de Contenido

Resumen	2
Abstract	6
Lista de Tablas	9
Lista de Figuras	10
Introducción	11
Capítulo I: Problema de la Investigación.	13
1.1 Descripción de la Realidad Problemática	13
1.2 Planteamiento del Problema.	16
1.2.1 Problema general.	16
1.2.2 Problemas específicos.	16
1.3 Objetivos de la Investigación.	16
1.3.1 Objetivo general.	16
1.3.2 Objetivos específicos.....	16
1.4 Justificación e Importancia de la Investigación.....	17
1.5 Limitaciones	17
Capítulo II: Marco Teórico	18
2.1 Antecedentes.....	18
2.2. Bases Teóricas.	28
2.2.1. Concepto de Técnicas de reproducción asistida (Tera).....	28
2.2.1.1. Definición.....	28
2.2.1.2. Clasificación de las TERAS.....	29
2.2.1.3. Procedimiento médico de aplicación de las TERAS.....	30
2.2.1.4. Derecho y libertad de elección de las TERAS.	31
2.2.1.5. Derecho de intimidad de la familia y el contrato de gestación subrogada.	32
2.2.2. Maternidad subrogada	34
2.2.2.1. Concepto.....	34
2.2.2.2. Relación con la bioética.	36
2.2.2.3. Enfoque constitucional de la maternidad subrogada.....	42
2.2.3. Determinación de la paternidad y maternidad en el Perú.....	45
2.2.3.1. Aplicación legal.....	45
2.2.3.2. Determinación de la paternidad.....	46

2.2.3.2. Determinación de la maternidad.	47
2.2.4. Derecho a la identidad del recién nacido.	48
2.2.5. Contrato de maternidad subrogada.	54
2.3. Definición de términos básicos.....	57
Capítulo III: Metodología de la investigación.....	62
3.1. Enfoque de la investigación.....	62
3.2. Variables.....	62
3.3. Hipótesis.	64
3.4. Tipo de investigación.....	64
3.5. Diseño de investigación.....	65
3.6. Población y muestra.....	65
3.7. Técnicas e instrumentos de Recolección de Datos.....	66
Capítulo IV: Resultados.	67
4.1. Análisis de los Resultados 67	67
4.2. Discusión.	77
Conclusiones 82	82
Recomendaciones..... 85	85
Referencias 87	87
Apéndices 93	93
Apéndice 1: Matriz de consistencia 94	94
Apéndice 2..... 95	95
Apéndice 3: 97	97
PROPUESTA DE PROYECTO DE LEY 97	97

Lista de Tablas

Tabla 1.....	52
Tabla 2.....	56
Tabla 3.....	57
Tabla 4.....	58
Tabla 5.....	59
Tabla 6.....	60
Tabla 7.....	61
Tabla 8.....	62
Tabla 9.....	63
Tabla 10.....	64

Lista de Figuras

Figura 1.....	57
Figura 2.....	58
Figura 3.....	59
Figura 4.....	60
Figura 5.....	61
Figura 6.....	62
Figura 7.....	63
Figura 8.....	64
Figura 9.....	65
Figura 10.....	66

Introducción

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

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

La reproducción asistida en nuestro ordenamiento legal cuenta solo con el artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842 que a la letra ordena: “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de

reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”. Tenemos que la filiación de todo niño recién nacido es fundamental y es un derecho inherente de todo ser humano.

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

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

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

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

Capítulo I: Problema de la Investigación.

1.1 Descripción de la Realidad Problemática

La reproducción humana artificial, conocida como médicamente técnica de reproducción asistida se discute desde el siglo XX al día de hoy, el afán del hombre por desafiar los límites de lo conocido ha proporcionado a la humanidad logros importantes, como la maternidad en mujeres estériles o ancianas que biológicamente no podrían tener hijos y en la actualidad para parejas del mismo sexo (Silverino, 2012).

El derecho peruano, especialmente el derecho civil, ha experimentado cambios significativos en los últimos años. Muchos de nuestros institutos jurídicos dejaron de satisfacer los deseos de la sociedad y se hizo necesaria la aparición de nuevos principios y reglas que nacieron para regular la evolución de las relaciones sociales. Una realidad social se encuentra en el instituto familiar que adquirió nuevos contornos y sus institutos básicos fueron rediseñados, encontrándose comprometidos con el respeto de los intereses de la persona humana y la solidaridad. La legislación civil consagró la igualdad entre hombres y mujeres, entre los hijos concebidos dentro y fuera del matrimonio, así como introdujo el aprecio y afecto como factor preponderante en la conformación de nuevas entidades familiares.

En este contexto, familias homo y heteroafectivas, ya sea por imposibilidad fáctica o casos de esterilidad, han utilizado los avances tecnológicos para buscar vías alternativas para materializar el sueño de la maternidad y/o paternidad, recurriendo incluso a la práctica ilícita de contratar un útero sustituto con la finalidad de alcanzar el deseo de ser padres.

La etapa actual de reproducción humana muestra esta idea de ruptura y separación entre reproducción humana y sexualidad. Según Rodríguez (2012, p. 11), las tecnologías actuales de estas técnicas permiten la intervención en las características genéticas de los hijos, brindando oportunidades para la elección del sexo y características preferidas de los padres. Los términos utilizados para nombrar estas técnicas son: reproducción artificial, concepción artificial, fecundación artificial, fecundación o fecundación asistida.

En la evolución histórica de estas técnicas se encuentra a Louise Brown (año 1978) como el primer ser humano nacido por “fecundación in vitro”. En ese momento, los primeros procedimientos buscaban ayudar a las mujeres que tenían trompas obstruidas, factor que impide el encuentro de óvulos con espermatozoides y consecuentemente evitando el embarazo. El comienzo fue prometedor para el tratamiento de casos de infertilidad, convirtiéndose en un gran paso a la ciencia y solucionando las esperanzas de aquellas personas que buscaban ser padres cuando la naturaleza no podía darle ese privilegio. Parece, por tanto, que la ley no se ha mantenido al día con la evolución de la ciencia genética, dejando vacíos que actualmente solo cubre el artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842.

La legislación a la par de la ciencia, dio solución a esta problemática estableciendo la maternidad subrogada de efecto regulado en otros países (como contrato). No hay duda que la falta de aceptación en nuestra normativa se debe a las contradicciones legislativas que pueden traer como son: aspectos de filiación del menor recién nacido y las consecuencias legales que pueda acarrear por ausencias legales.

Nuestra codificación civil establece la filiación matrimonial y la extramatrimonial que tiene dentro de la filiación natural al principio de origen o verdad biológica que expresa al nacimiento del niño únicamente en las uniones del ovulo y espermatozoides de los padres.

Por otro lado, la importancia de impulsar estas técnicas de reproducción con necesidad de regulación legal es que, de acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (2017), entre el 8% y el 15% de parejas un problema de infertilidad pudieron alcanzar el embarazo deseado usando procedimientos de procreación artificial.

Esta alternativa de regular las técnicas de reproducción asistida trajeron muchas dudas y desafíos al legislador nacional, y en este punto se presentan conflictos éticos y legales inherentes a ella, como por ejemplo, la remuneración de la mujer que subroga la maternidad a cambio de renunciar al ser que lleva dentro de ella a partir del parto.

La inexistencia del procedimiento de filiación de los padres subrogantes del niño ante el hecho de haber nacido bajo gestación subrogada abre el abanico de ausencia de legitimidad documental cuando corresponda inscribir al menor en la RENIEC, topándose con la realidad problemática del registro de la partida e inscripción del nombre de ambos padres.

Es cierto que el Código Civil regula la paternidad y/o maternidad, en el caso de inseminación artificial homóloga o heteróloga, en el curso del matrimonio o unión estable. Sin embargo, falta una ley que regule la problemática planteada.

1.2 Planteamiento del Problema.

1.2.1 Problema general.

¿Cuál es la relación existente entre el contrato de gestación subrogada y la identidad del recién nacido, Lima-2019?

1.2.2 Problemas específicos.

- ¿Cuál es la relación existente entre la ausencia normativa del contrato de gestación subrogada y la identidad del recién nacido, Lima-2019?
- ¿Cuál es la relación existente entre la verdad biológica y la identidad del recién nacido, Lima-2019?
- ¿Cuál es la relación existente entre la jurisprudencia nacional y la identidad del recién nacido, Lima-2019?

1.3 Objetivos de la Investigación.

1.3.1 Objetivo general.

Determinar la relación que existe entre el contrato de gestación subrogada y la identidad del recién nacido, Lima-2019.

1.3.2 Objetivos específicos.

- Analizar la relación que existe entre la ausencia normativa del contrato de gestación subrogada y la identidad del recién nacido, Lima-2019.
- Determinar la relación que existe entre la verdad biológica y la identidad del recién nacido, Lima-2019.
- Identificar la relación que existe entre la jurisprudencia nacional y la gestación subrogada en la identidad del recién nacido, Lima-2019.

1.4 Justificación e Importancia de la Investigación

Se busca regular en nuestra legislación civil la identidad del recién nacido producto de una maternidad subrogada, pues en la actualidad no existe una legislación específica para la materia, aunque existen indicios proporcionados por la jurisprudencia. Como se observa, esta investigación aborda en general los temas de reproducción asistida y manipulación genética, originando vacíos legales, siendo necesario contar con una ley especial y adecuada a la realidad de nuestro país.

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

1.5 Limitaciones

Salvo legislación nacional sobre el tema propuesto, no se encontraron limitaciones en el desarrollo de la Tesis.

Capítulo II: Marco Teórico

2.1 Antecedentes

2.1.1. Internacionales.

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

Beetar (2018), expone que para minimizar conflictos jurídicos, sería la maternidad subrogada gestacional o parcial, donde la madre gestante solamente aporte su capacidad gestacional, cuya finalidad sea altruista la que debería acoger Colombia al momento de expedir una ley que regule su contenido, alcance y efectos. El autor sugiere que el marco jurídico más adecuado para Colombia debe ser su permisión regulada de con limitaciones, en el entendido que es el tipo de regulación hacia el cual están migrando tanto los estados prohibicionistas como los no restrictivos. Respecto a los Derechos y prerrogativas a favor del menor concebido como fruto del convenio de maternidad subrogada. En este punto corresponde hacer remisión a lo

establecido en la T-968/2009 de la Corte Constitucional Colombiana del cual se dio cuenta en el capítulo 4 y que establece unos requerimientos mínimos a favor del menor fruto del convenio de subrogación y que recoge mucha de las preocupaciones que a nivel internacional se discuten respecto a este punto, en especial en los pronunciamientos del TEDH, finalmente respecto a la relación maternidad subrogada y Derecho Penal, se podría pensar en agregar conductas punibles que en países como España, hacen parte de las infracciones en contra de las relaciones familiares, como son el delito de suposición de parto, la sustitución imprudente de un niño por otro y la ocultación y entrega de hijo.

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

una reforma que adicione el artículo 4.177 Bis en su Código Civil en el apartado de Familia, Libro Cuarto “Del Derecho Familiar”, Título Quinto “De la Paternidad y la Filiación”, el Capítulo IV definido “De la Gestación Subrogada”.

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

Sospedra (2018), afirma que en su país (España) se aplica una situación de “hipocresía jurídica” en asegurar el uso de la maternidad subrogada de muchos españoles en otros países donde se permite esta técnica de reproducción asistida. Por lo tanto, en España existe una contradicción, y es que a pesar de que la gestación subrogada sigue siendo una técnica

expresamente prohibida en el ordenamiento jurídico español, el hecho de que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos permita que, en el ámbito de la reproducción humana asistida, cada Estado disponga de un margen de apreciación a la hora de regular las técnicas de reproducción humana asistida, provoca la existencia de una pluralidad de regulaciones. Este efecto ha sido el turismo reproductivo internacional, donde las personas que tienen prohibido acceder en sus países a determinados usos de las TERA y tienen capacidad económica, acuden a otros países en los que no tienen dificultades legales para ser usuarias de las técnicas. Para tales efectos se podría establecer un sistema garantista donde se permita la gestación subrogada en su modalidad altruista, llevando a rechazar la situación actual en España donde a pesar de que la gestación subrogada se encuentra prohibida, se reconocen ciertos efectos jurídicos en virtud de la idea de orden público atenuado.

2.1.2. Nacionales.

Arce y Salazar (2019), enfatizan su posición afirmando que esta técnica se atiende más los intereses de los futuros padres que a los del ser humano por nacer, intentando convertir al niño en objeto de propiedad, en cuanto es algo de lo que no se puede disponer. La maternidad subrogada, genera la deshumanización de las personas con interferencias de las TERAS; también genera consecuencias negativas para la madre subrogada como enfermedades, que ponen en riesgo su integridad y vida, así como anomalías congénitas, malformaciones en el concebido, lo que podría conllevar a posibles abortos, desperdicios de embriones, deficiencias físicas y mentales en el nacido que implicaría su abandono por los contratantes. De igual manera trasgrede derechos fundamentales, como conocer su identidad biológica y sus orígenes que forman parte del ámbito íntimo del niño en protección de su interés superior. La legislación extranjera considera a la maternidad subrogada como un contrato ilícito, en la mayoría de países, se condena la práctica de esta técnica, por ser contraria a la dignidad humana

de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima con fines económicos. Otras legislaciones lo consideran nulo, por contravenir al derecho de filiación, rechazan la maternidad subrogada, por ser prácticas perjudiciales para el niño, y por el riesgo de caer en el uso indiscriminado del alquiler de vientres. Finalmente, el artículo 7 de la Ley General de Salud, prohíbe el uso de la maternidad subrogada, al mencionar la condición normativa “siempre que la madre biológica y la madre gestante sean la misma persona”. Pero esta condición no es tomada en cuenta por los órganos jurisdiccionales al momento de emitir sentencia; al contrario, consideran que existe un vacío legal por no estar regulada de manera literal, situación jurídica que ha generado la validez de los acuerdos de maternidad subrogada, pese a que la Ley General de Salud lo prohíbe.

Chumbile (2018), concluye afirmando que falta una regulación estricta de las mismas respetando la dignidad humana como fin supremo de la sociedad y del estado conforme lo estipula el art. 1 de la constitución peruana. Recomienda que al estar prohibido la técnica de maternidad subrogada, los médicos y clínicas que ejecuten dichas prácticas deben ser pasibles de sanción administrativa por parte del colegio médico del Perú. Haciéndose necesario la dación de una ley especial que admita o prohíba determinadas técnicas estableciendo sanciones para quienes la incumplan.

Delgado (2019), expone como conclusiones finales que no existe el acuerdo de maternidad subrogada como contrato, puesto que para serlo, primero debe cumplir con los requisitos legalmente establecidos por el Código Civil, en su artículo 140 y, a contrario sensu, artículo V del título preliminar, para ser un acto jurídico válido. Si bien las partes pueden manifestar de manera libre y consciente, su voluntad de querer obligarse entre sí, el objeto y causa de tal acuerdo no están ajustados a Derecho. Asimismo, su celebración y ejecución

contravienen normas y principios que le interesan al orden público y a las buenas costumbres. Esto quiere decir que los acuerdos de maternidad subrogada son nulos de pleno derecho. Los acuerdos de maternidad subrogada son inválidos, por cosificar los cuerpos de las mujeres que acceden a actuar como madres subrogadas y objetivar a los niños que están por nacer, fruto de la aplicación de esta técnica. Es decir, tales acuerdos reducen a la persona a un medio para satisfacer deseos personales y familiares, lo cual es incorrecto; pues, el ser humano no es un bien, ni dentro ni fuera del comercio de los hombres. Por tal motivo, no han de ser promovidos ni protegidos por el Derecho.

Gamarra (2018), determina que en la práctica del vientre subrogante no violenta la dignidad ética de la procreación humana, porque en ella participan exclusivamente los componentes genéticos de quienes asumen la paternidad y la maternidad, ya que la investigación biológica y genética que hace el hombre para poder dar solución a la imposibilidad que tiene una mujer de llevar un embarazo, y mediante técnicas de inseminación artificial se le puede implantar un embrión a otra mujer que ofrece su útero para que pueda traer al mundo al nuevo ser anhelado por una pareja de convivientes o esposos. La legalización de vientre de alquiler en el Perú es una alternativa de solución jurídica al problema de práctica ilegal de maternidad subrogada a la que se vienen sometiendo las parejas matrimoniales o en convivencia propia que por infertilidad se ven imposibilitadas de tener sus propios hijos. En el Perú, la contratación de vientre de alquiler con maternidad subrogada, se realiza ilegalmente por falta de una legislación especial apropiada. Se oferta y demanda vientres de alquiler para maternidad subrogada por diversos medios de comunicación escrita e internet. Existen clínicas privadas que ofertan servicios médicos y realizan procreación humana mediante “inseminación in vitro” con alquiler de vientre. Por lo que se debe replantear los preceptos jurídicos de la filiación de los niños que nacen por vientre de alquiler en el Código Civil Peruano vigente y la

Ley General de Salud que se sustentan bajo el principio “Mater Semper Serte Es”, lo que deja desprotegidos a los padres genéticos.

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

Hidalgo (2018), expone que en el Perú, existe una resistencia a aceptar la ocurrencia reiterativa del Contrato de maternidad subrogada desde el punto de vista de la doctrina, sin embargo, jurisprudencialmente se ha aceptado bajo el interés superior del niño y el derecho de identidad. En consideración a los efectos de la maternidad subrogada como contratación, se puede establecer que según el artículo 6° del Código de los Niños y Adolescente concordante con la Constitución, el niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho de tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tiene también derecho al desarrollo integral de su personalidad. Es obligación del Estado y, en su caso, del Juez, preservar la inscripción e

identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal. En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos. Es razonable considerar que en tales casos, el acceso a la verdad genética debe ser decidido por quienes serán sus padres. Tal información forma parte del ámbito íntimo del niño o niña y demás personas involucradas el cual se levantará en función del interés del niño y a su solicitud como en los casos en los que se requiere mantener a salvo los impedimento matrimonial por consanguinidad.

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

constitución peruana en su artículo 2, inciso 24, literal b “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. Se ha venido practicando de manera irresponsable y clandestina en algunos casos, resultando el más afectado el niño nacido bajo estas técnicas, al estar alterando su derecho a la identidad y filiación, además de ser susceptible aun tráfico de menores.

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

Ramirez (2019), explica detalladamente que, nuestra legislación actual proporciona una regular adecuación en la regulación normativa respecto a la maternidad subrogada. El único amparo es la Ley General de Salud (artículo 7°), aun así, es una norma insuficiente ya que no encuentra una solución a las diversas controversias jurídicas que se vienen dando. Es necesaria la regulación de la maternidad subrogada, porque con una debida regulación se apaciguarán y resolverán polémicas jurídicas que están quedando en el olvido, y sin acción alguna existirá la

vulneración de derechos fundamentales y que existe transgresión al Principio Superior del Niño y Adolescente, ya que se está generando incertidumbres jurídicas respecto a ciertos derechos, como es el de la dignidad, la identidad y la filiación del que está por nacer.

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

Vega (2017), expone en la técnica de útero subrogado aparecen interrogantes sobre la determinación de la maternidad al aplicar el principio *mater semper certa est*, ya que en el ordenamiento jurídico peruano vigente, la determinación de la misma supone la reunión de dos supuestos: el hecho del parto y la identidad del hijo; no obstante, cuando se pretenda obtener la

filiación del niño nacido mediante la técnica de útero subrogado resulta inaplicable dicho axioma romano, por cuanto la maternidad en este caso queda comprobada por la voluntad procreacional y la identidad genética amparada en el principio de la verdad biológica, como únicos supuestos válidos para determinar la relación filial materna de los menores nacidos bajo dicha técnica. En consecuencia, si existe controversia en la determinación de la maternidad deberá fundamentarse la precisión de la misma en la identidad genética que recae en el principio de la verdad biológica, ya que si se persiste en aplicar el principio *mater semper certa est* en los casos de útero subrogado se afectará la filiación materna del hijo nacido mediante dicha técnica. La técnica de útero subrogado no es una realidad ajena ni extraña ni el Perú, ya que diversos centros médicos ofrecen tratamientos de reproducción asistida, los mismos que se rigen mediante la autorregulación debido a que no existe en el Derecho Peruano un marco normativo que regule la técnica de útero subrogado, evidenciándose un vacío legal; por cuanto la legislación existente resulta insuficiente para la regulación de la filiación materna del menor nacido mediante esta técnica.

2.2. Bases Teóricas.

2.2.1. Concepto de Técnicas de reproducción asistida (Tera).

2.2.1.1. Definición.

En este sentido, Técnicas de reproducción asistida es definida por Notrica (2017) como: Un conjunto de técnicas que tienen como objetivo provocar el embarazo reemplazando o facilitando cualquier etapa que resulte deficiente en el proceso reproductivo, consistente en el proceso lo que hace que el óvulo entre en contacto con el espermatozoide, resultando en un ser humano sin cópula carnal. (p. 5)

Es un conjunto de técnicas utilizadas por médicos especializados, cuyo propósito es facilitar o posibilitar la procreación en hombres y mujeres estériles o infértiles.

Funciona manipulando al menos uno de los gametos (espermatozoides y / o óvulos) y los medios de fertilización, preparando las condiciones ideales para que el proceso se desarrolle según lo previsto. El procedimiento se puede realizar de diferentes formas, ya que a lo largo de los años se han ido desarrollando nuevas técnicas que han demostrado ser más favorables para facilitar la fecundación

Quienes entienden así afirman que tales técnicas disociaron la reproducción del sexo. Sin embargo, el término también cubre aquellos casos en los que no se manipulan gametos, como por ejemplo, la administración de medicamentos que bajo supervisión médica estimulan la ovulación. Se entiende, por tanto, que habrá reproducción asistida siempre que exista algún tipo de interferencia médica para posibilitar o facilitar la procreación.

2.2.1.2. Clasificación de las TERAS.

Esta clasificación según sus procedimientos realizados:

- **TERAS intracorpóreas:** aquella que se da por inseminación artificial. Es el método por el cual el gameto masculino se inserta en el tracto genital femenino, permitiendo la fecundación dentro del cuerpo de la mujer. Existe la inoculación, la introducción de semen en la mujer, sin ningún tipo de manipulación externa del óvulo o embrión.
- **TERAS extracorpóreas:** Aquella que se da por Fertilización in vitro (FIV), mediante la cual se recolectan el óvulo y el espermatozoides, la fecundación se realiza fuera del cuerpo humano en un tubo de ensayo o medio de cultivo (de ahí el nombre tubo de ensayo del bebé) y, posteriormente, el óvulo fecundado (embrión) transferido al útero materno.

Ésta entiende una sub-clasificación:

- Homólogo: se utilizan los propios gametos de la pareja;
- Heterólogos: se utilizan gametos masculinos, femeninos o ambos de donantes.

En nuestro país estos métodos se llevan a cabo en diversas clínicas locales con especialización en fertilidad desde los años ochenta y noventa hasta la actualidad.

2.2.1.3. Procedimiento médico de aplicación de las TERAS.

Actualmente, existe una lista de técnicas de reproducción sexual asistida reconocidas en el ámbito científico que no pueden considerarse absolutas, pues con el desarrollo de la ciencia reproductiva pueden surgir nuevas y más efectivas técnicas de reproducción.

En este sentido, Baffone (2013), enumera las técnicas de reproducción asistida existentes, siguiendo un criterio abierto, se describen cada una de las técnicas existentes:

- **Inseminación artificial.** Consiste en el depósito de espermatozoides en la cavidad uterina o en el orificio cervical uterino, con o sin tratamiento hormonal para la mujer. Según Martínez (2015), “consiste en la introducción de semen en los genitales de la mujer para facilitar el encuentro de los gametos masculinos y femeninos esenciales para la fecundación.” (p. 53)
- **Fertilización “in vitro”.** También denominan por algunos autores, la fecundación “in vitro” consiste en la fecundación realizada en el laboratorio de un ovocito extraído de una mujer con un espermatozoide realizada mediante estimulación hormonal de la mujer, con la obtención de óvulos por aspiración del contenido de los folículos del ovario. Los huevos se incuban “in vitro” junto con los

espermatozoides de la pareja o donante, que se preparan en condiciones especiales para inducir una activación fisiológica necesaria para la fecundación. En pocas palabras, la fertilización "in vitro" consiste en reproducción en laboratorio del proceso de fecundación, que normalmente tendría lugar en la cavidad uterina de la mujer.

- **Inyección intracitoplasmática de espermatozoides.** Implica la introducción de espermatozoides directamente en el citoplasma de los ovocitos, a través de una inyección. Se utiliza especialmente en situaciones en las que la infertilidad está provocada principalmente por problemas masculinos, que se producen cuando los espermatozoides son escasos o no tienen la movilidad suficiente para realizar una fecundación "in vitro".

2.2.1.4. Derecho y libertad de elección de las TERAS.

La libertad de la persona es muy amplia y al mismo tiempo fácil de entender, por lo tanto el ser humano es sujeto de protección por parte del Estado y la comunidad. Siempre con el objetivo de esta protección integral, liberándolo de cualquier acto degradante o inhumano.

La dignidad de la persona humana confiere unidad a los derechos y garantías fundamentales, siendo inherente a las personalidades humanas. Este fundamento rechaza la idea del predominio de concepciones transpersonales de Estado y Nación, en detrimento de la libertad individual (Aparisi, 2017). La dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta únicamente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y trae consigo el reclamo de respeto de otras personas, consciente y responsable de la propia vida y el respeto por parte de las demás personas, constituyendo un mínimo invulnerable que todo estatuto legal debe asegurar, de modo que sólo excepcionalmente se

puedan limitar al ejercicio de los derechos fundamentales, pero sin menospreciar la necesaria estima que todas las personas merecen como seres humanos.

Nuestra carta magna, en su artículo 2 encuentra el derecho a la vida conducente a la libertad que deviene en disponer del propio cuerpo y como tal al acceso de las técnicas de reproducción asistida.

Cuando llevamos el tema de la gestación subrogada al centro de la libertad y la dignidad humana, podemos ver que en vista de tantos derechos y deberes que nos otorga la Constitución, aún no podemos tener un sustento legal concreto que realmente garantice los derechos y deberes de las personas biológicas (padres, madre sustituta y el propio hijo).

Cuando analizamos esta problemática podemos notar que además de ser un tema complejo, es delicado al tratar no solo con personas civilmente capaces, sino también con niños que difícilmente entenderán por qué son los hijos de una pareja, y haber nacido de una mujer que no sea su madre.

2.2.1.5. Derecho de intimidad de la familia y el contrato de gestación subrogada.

La intimidad es un derecho que tienen todas las personas, se encuentra consagrado en la constitución peruana en el artículo 2, inciso 7., sobre la intimidad Sar (2008) refiere:

La palabra intimidad etimológicamente proviene del adverbio latín *intus* que traducido significa por adentro, o hacia adentro. De tal manera que *intimus* debe traducirse como algo recóndito, profundo del ser.

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

El término derecho a la intimidad se considera una tipificación de los denominados “derechos de la personalidad”, que son inherentes al hombre mismo y están destinados a salvaguardar la dignidad de la persona humana. Aparecen como reacción a la teoría estatal sobre el individuo y encuentran tutela en documentos como la Declaración de Derechos Humanos y Ciudadanos, de 1789, la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948 (art. 12), la IX Conferencia Internacional 1948 (art. 5).

Este derecho encuentra respaldo en las técnicas de reproducción asistida, que apuesta por la creación de una ley que autorice la práctica de la gestación subrogada basado en el principio de autonomía privada de la mujer, decidiendo qué caminos tomar en relación con su propio cuerpo.

Por tanto, basta con que el legislador regule la materia, contemplando explícitamente los derechos de la gestante subrogada, así como de la futura madre biológica o socioafectiva. De esta forma se estabilizarían las relaciones jurídicas, siempre atendiendo al interés superior del niño y la mujer.

La materialización del trámite legal sería a través de un convenio, un contrato, el cual debe contener especificaciones sobre la custodia del menor o menores y las relaciones parentales; métodos de pago para la gestante sustituta; garantías médicas; las evaluaciones

físicas y psicológicas de los padres y madres sustitutas; la posible reducción selectiva de los nacimientos múltiples y, principalmente, las sanciones por incumplimiento de contrato.

2.2.2. Maternidad subrogada

2.2.2.1. Concepto.

La maternidad se inserta naturalmente en el ciclo de vida de las mujeres, pero provoca intensas repercusiones en su vida como fenómeno social, porque tiene una dimensión simbólica, ideológica, emocional, religiosa, política y económica.

Según Cieza (2016) “El contrato (de subrogación) se convierte en un canal efectivo de intercambio de recursos escasos, dirigiéndonos a la satisfacción de necesidades individuales (no necesariamente materiales). Tiene además el mérito de asignar recursos sin intervención del Estado, pues este se limita a determinar que los contratos sean exigibles” (p. 298).

Para Malespina (2018) en los casos de vientre de alquiler (modalidad de TERA), donde una mujer se compromete a llevar adelante un embarazo para entregar al niño nacido a la persona o pareja contratante, existen hasta tres mujeres que tienen participación activa en el proceso. Citando a Kemelmajer (2003):

La aportante del óvulo, que es la trasmisora de la información genética a la criatura, la gestante, quien porta al niño durante nueve meses y sin cuya ayuda jamás hubiese nacido, y la comitente o madre del deseo, que es la mujer que deseó tener al niño y que aportó la expectativa y el dinero para pagar el servicio (p. 175).

La maternidad es un estado de suprema felicidad, en la cual el cuerpo se prepara durante 9 (nueve) meses para la llegada del bebé, creando toda una expectativa respecto al futuro del bebé y como realización de algunas mujeres. La maternidad subrogada tiene varias

denominaciones: útero sustituto, maternidad subrogada o popularmente conocida como el vientre de alquiler.

El primer registro de esta técnica está en la Biblia, cuando Rachel, esposa de Jacob, al darse cuenta de que no podía darle hijos a su marido, le pide se relacione sexualmente con una sierva para poder luego criar al niño como si fuera suyo. Esta práctica consiste en insertar de material genético de una mujer a otra, cuya tarea engloba desarrollar el embrión en su útero, posibilitando la superación de problemas como ausencia, malformación o anomalías uterinas.

Existen dos formas de maternidad subrogada:

- **Portador sustituto:** su uso está indicado cuando los ovarios de la madre tiene la capacidad de producir gametos de forma natural y normal, pero es incapaz terminar el embarazo debido a problemas uterinos, malformaciones, etc. En estos casos, el óvulo de esta mujer se fertiliza con el espermatozoides del marido y el embrión se transfiere a la gestante subrogada.
- **Madre subrogada:** ocurre Cuando hay una mujer incapaz de producir óvulos activos, es el caso, por ejemplo, de mujeres que tuvieron que extirpar el útero o los ovarios. En este caso, incluso puedes recurrir a una donante de óvulos y luego a un "vientre sustituto", es decir, utilizando diferentes mujeres.

La conceptualización sirve para entender el papel que juega cada mujer en la relación de maternidad subrogada, dándose cuenta del vínculo establecido en el convenio entre las madres y el papel de cada una en esta situación.

Teniendo en cuenta nuestra actual legislación solo sería posible la filiación bajo el principio “*mater Semper certa est*”; generando un serio problema respecto de la legislación y la realidad social actual; la aplicación del principio de verdad biológica pondría orden para la regulación de estos casos en particular.

2.2.2.2. Relación con la bioética.

La palabra bioética significa literalmente ética de la vida (Busnelli, 2003). Uno de sus rasgos más problemáticos e interesantes es su carácter interdisciplinario. Observando la palabra Bioética, la parte inicial de la palabra: bio, el término en sí dice: bio = vida, por lo tanto, pertenece al área que estudia problemas que surgen de diversas disciplinas específicas, por ejemplo, ciencias humanas, psicología, ingeniería biomédica y por supuesto: genética. Para comprender estos problemas incluso a un nivel básico se examinan variedad de datos proporcionados por las ciencias físicas y naturales, para poder juzgar nuevos procedimientos, líneas de acción así como aplicaciones de técnicas experimentales o controvertidas (Cárdenas, 2015).

Según Cieza (2016) menciona los aspectos donde la aplicación de la bioética transversalmente a las técnicas de reproducción asistida se enuncia:

- “1. Filiación del hijo nacido producto de Teras.
2. Fecundación post mortem y sus implicancias jurídicas.
3. El caso de los embriones crioconservados y el de los embriones sobrantes.
4. La gestación subrogada o vientre de alquiler.
5. La investigación biomédica en embriones.
6. La fecundación heteróloga.
7. La identidad genética y su problemática.

8. El caso de la comunidad LGTB y la posibilidad de que sean padres por Teras.
9. La mujer que quiera ser madre sola, sin pareja estable o inestable, por medio de Teras” (p. 155).

Los temas antes señalados serán tratados desde una óptica jurídica y humanista (en el sentido de multidisciplinaria) en ulteriores artículos y no necesariamente seguirán el orden señalado las líneas precedentes sino que serán tratados principalmente cuando analicemos la necesidad de una regulación en nuestro país.

La ética y moral están entrelazadas, es decir la ética es “la conciencia moral que debe orientar o clarificar el comportamiento del ciudadano”, por ello, la ética y moral estudian el comportamiento científico imponiendo reglas y desafiando estudios bioéticos en la genética con nuevas técnicas de reproducción asistida. Hay tres principios que rigen la bioética, como la autonomía o consentimiento informado, la beneficencia, la no maleficencia y la justicia. Estos principios se observan al utilizar técnicas de reproducción asistida.

La bioética, sin embargo, va mucho más allá de las técnicas de reproducción asistida cubriendo distintas áreas de conocimiento, como explica Busnelli (2003):

A la luz de sus orígenes la bioética se define mejor en su sentido global, como ética de las ciencias de la vida y la salud. Por lo tanto, va más allá de las cuestiones éticas relacionadas con la medicina para incluir los temas de salud pública, problemas de población, genética, salud ambiental, tecnologías reproductivas, salud, bienestar animal, etc. (p. 174).

La bioética está presente en todas las ramas del conocimiento que involucran directa o indirectamente a la vida. En cuanto a la bioética aplicada directamente a las técnicas de reproducción asistida pueden seguir diferentes caminos como lo define De Lora y Gascón

(2008), “situando el papel de la bioética ligada a las técnicas de reproducción asistida: la libertad ética, vista desde esta perspectiva, permite conciliar el derecho de la futura madre a la autodeterminación y el respeto de los derechos e intereses del niño” (p. 75).

Cárdenas (2015) expone claramente el problema que atraviesa la bioética hoy. Según el autor, “se debe discutir la reproducción asistida con urgencia, investigando las consecuencias a partir del origen de quienes la necesitan, analizando la bioética desde el campo cotidiano” (p. 115).

Hay numerosos problemas que discute la bioética en la gestación subrogada, por ejemplo, definir si los embriones manipulados merecen la condición de seres humanos, el “préstamo del útero” de la madre subrogante implica la existencia de una madre portadora lo que genera un problema ético-legal más que científico o médico. De esta forma, las convenciones sociales encuentran difícil transgredir las reglas naturales y legales que siempre han atribuido la calidad de madre que da a luz y nunca de una tercera.

Para la medicina, su complejidad proviene de la bioética, en la que el proceso crea un problema ético desde su origen, aquí la reproducción está completamente dissociada de la gestación y el nacimiento. El caso de la gestación subrogada, como piensa Busnelli (2003), es uno de los falsos problemas que debe afrontar la bioética, ya que según su opinión “no está ligado a la evolución del conocimiento, sino que solo lo provoca el apetito económico y lucrativo que buscan algunos médicos” (p. 75).

El uso de la inseminación artificial y los avances recientes eliminan la necesidad de relaciones sexuales que provoquen el embarazo subrogado. Este proceso genera un problema

ético desde su origen, causa un conflicto paterno y materno, con lo que la bioética acaba por plantearse ¿cuál tiene el mayor derecho, la madre genética o la madre corporal? Porque existe una circunstancia compleja en torno al vínculo emocional que a menudo se establece entre la madre subrogante y el hijo cuyo embarazo realizó.

La gestación subrogada es un tema delicado y muy complejo en nuestra sociedad que involucra aspectos interdisciplinarios, principalmente relacionados al derecho, medicina, ética hasta la religión. Así, son varios los debates sobre este controvertido tema, con corrientes que afirman ser inconcebibles así como defensores reconociendo que el uso de la técnica es totalmente posible. Por ejemplo, Lalupú (2013) indica:

El acuerdo de maternidad subrogada en el Perú está prohibido por el artículo 7 de la Ley General de Salud, Ley N° 26842, vigente desde julio de 1997; en cuyo único artículo dispone “Toda persona tiene derecho de recurrir a tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona (...)”. Entonces, si el acuerdo de maternidad subrogada contraviene el artículo 7 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, norma que es orden público y, por tanto, de ineludible cumplimiento, dichos acuerdos son nulos conforme lo disponen el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, que señala que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres (p. 179).

La regulación esta modalidad de reproducción asistida vendría a frenar la informalidad garantizando la dignidad tanto de la gestante como de la pareja que desea se genere el hijo por gestación subrogada, sin olvidar al propio recién nacido cuya garantía de derechos debe ser una prioridad para el Estado, la familia y la sociedad.

El tema es controvertido en cuanto algunos consideran que este tipo de embarazo por otros generaría la “objetivación de la mujer” producto del embarazo, es decir del niño y entre otra problemática que podría desarrollarse como un mercado de compras y venta de niños como producto final sin respetar los principios constitucionales de dignidad humana e interés superior del niño. De esta opinión es Bermúdez (2011) quien considera que el “acceder a una relación familiar con respecto de una progenie, es un valor tan elevado e importante que la generación de casos de maternidad subrogada no nos resultan ni ilegales ni inmorales” (p. 55).

Por otro lado, no sería posible prevenir la evolución tecnológica que afecta las ciencias humanas y biomédicas que en consecuencia acaba influyendo en el derecho. Es importante poder utilizar estos descubrimientos y posibilidades que brinda la ciencia a favor de mejorar la calidad de vida de las personas, lo que incluye la posibilidad de que cada grupo familiar busque las soluciones alternativas que mejor se adapte a estos problemas de capacidad reproductiva. La regulación de esta técnica pondría los debidos límites a las relaciones entre los implicados (la pareja contratante, la mujer subrogante, su familia, médicos, centros médicos de reproducción asistida y el niño deseado). Así, la adopción como única opción no se impondría a la mujer infértil o estéril, ya que ella como individuo o como pareja, como unidad familiar diferenciada, puede no sentir que su proyecto parental se complete de esta manera, debiendo respetarse cada particularidad del ser humano garantizado por el principio constitucional de igualdad, por lo tanto debe ser posible extender a toda persona interesada diversas posibilidades de formar una familia, incluido el embarazo por subrogación, cuando se utilizan técnicas de reproducción asistida, se debe tener en cuenta la prohibición de toda conducta que sugiera la posibilidad de que la persona humana es tratada como “propiedad patrimonial”, de conformidad con el principio de dignidad humana. Especialmente en casos que involucran la maternidad de

sustitución, práctica que por su naturaleza puede vulnerar el principio de dignidad de la persona humana, este principio debe ser estrictamente observado, considerando que la instrumentación de la persona humano sería tratarlo como un medio y no como un fin en sí mismo.

Se concluye que en la bioética no existe la necesidad de exponer contrato o alguna renta, se deben observar estrictamente la legislación que sea favorable al ser humano como ser vivo, ya que de lo contrario se atentaría contra la dignidad de la persona humana, precepto constitucionalmente previsto y que debe respetar como valor primordial, ya que como se expuso a lo largo de esta investigación, el ser humano no puede ser considerado objeto o mercancía para poner a disposición de quien quiera y pueda comprar. Se debe respetar la vida y la libertad de cada uno, pero la dignidad debe ser superior cuando exista la maternidad subrogada.

Finalmente, podemos concluir que sin duda la bioética no puede ignorar el actual contexto legal que determine la problemática de reproducción asistida, dentro de un contexto complejo como este que involucra la sexualidad, la reproducción, la familia, el matrimonio, generaciones futuras y el propio concepto de vida. Desafíos permanentes que renuevan el debate sobre la bioética, la ciencia y la normativa.

Por lo tanto, nos corresponde aceptar el desarrollo tecnológico y afrontarlo al mismo tiempo dejando de lado las respuestas inmediatas y simplistas de aprobación o desaprobación, pero buscando articular una discusión permanente sobre deseos y poderes en las relaciones de género, con foco en lo jurídico y aspectos bioéticos de la maternidad que respetan la dignidad humana.

2.2.2.3. Enfoque constitucional de la maternidad subrogada

En el Perú hasta ahora no existe ningún derecho, incluido el constitucional, que prohíba o regule el uso del contrato de gestación subrogada. El criterio para establecer la maternidad a través de una tercera persona sigue siendo el parto según lo previsto en nuestra legislación civil. Pero la cuestión crucial se refiere a los procedimientos que deberían adoptar una legislación aplicada si se eligiera una solución.

Al hablar de una regulación de reproducción asistida, se señala que en nuestra Constitución de 1993, no existen parámetros específicos que orienten sus estudios.

“Por otro lado, los llamados derechos tridimensionales que refieren a la tecnología de la información y la manipulación genética lato sensu o bioderecho, se encuentran todavía en una etapa embrionaria, cuando se analizan bajo el prisma del constitucionalismo contemporáneo. La preocupación, ya presenté en muchas discusiones técnicas y políticas están relacionadas con cómo controlar y regular estas actividades”.

Nuestra Constitución no proporciona en su contenido respuestas exactas sobre maternidad subrogada, el texto constitucional lo que y debe interpretarse son los principios debiendo aplicarse supletoriamente bajo las ramas del derecho en materias para las cuales no existe una legislación específica o definida (como en este caso). Nuestros principios constitucionales serán siempre los fundamentos basados a cualquier legislación en técnicas de reproducción asistida.

Estos principios constitucionales son aquellos consagrados como la dignidad de la persona humana (artículo 1), la paternidad responsable (artículo 6°) y el interés superior del niño (artículo 4), frente a otros como el derecho a la vida (artículo 2, inc. 1), el derecho salud

(artículo 7, incluida la salud reproductiva), lo que nos permite visualizar el panorama donde se desarrolla la discusión y cómo afecta a la sociedad.

Los principios existentes en la Constitución son referentes en las prácticas de reproducción asistida, ya que al no existir una legislación específica al respecto, solo se aplica la Ley General de Salud, Ley N° 26842, artículo 7 como única norma existente en situaciones relacionadas a reproducción asistida sirviendo como norte en causas judiciales por lo que no tiene fuerza coercitiva.

El principio de afecto corona la concepción de familia que otorga la Constitución, igualando a los hijos y reconociendo grupos familiares basados en lazos de afecto por encima de cualquier relación basada en el ADN.

Considerado como uno de los pilares sobre los que se asienta la Constitución Política y afirmado en el artículo primero de esta Carta Magna, el principio de dignidad humana no es absoluto solo porque puedan confrontarse casos en los cuales dos o más personas puedan participar en algún conflicto donde puedan perjudicarse mutuamente ese valor supremo. Como enseña Sokolich (2013), “es un verdadero principio constitucional donde se materializan los derechos fundamentales y despliegan sub principios o principios implícitos” (p. 99).

La dignidad es inherente, nace con el ser humano, nunca se separa de él, por lo que todas las formas vulnerables deben ser evaluadas para que en su defensa pueda garantizarse en nuestro ordenamiento jurídico (Varsi, 2013). En su amplia gama de significados, la dignidad humana incluye el deseo de ser parte de una familia (como también tiene el derecho pleno a no formarla, también refiere al derecho a la planificación familiar, que expresa la autonomía de las familias

para decidir si tener o no hijos y cuántos tener, sin la injerencia del Estado, que solo debe orientar y asistir.), incluye la salud reproductiva (amparada también por la Constitución) como una preocupación real de muchas personas que buscan alcanzar ser padre o madre como objetivo de sus vidas.

El deseo de perpetuar la especie a través de un niño es característico de la naturaleza humana, este deseo de procrear está relacionado con el principio de la dignidad humana en medida que sea posible dar continuidad a uno mismo en la figura del hijo (Rubio, 1999), legarle el nombre, valores, herencia económica y por supuesto: genética (Varsi, 2013).

Así, en cualquiera de las múltiples cuestiones que pueda plantearse el contexto de maternidad subrogada, tanto la dignidad humana de la gestante como de la pareja subrogante y en especial la del hijo resultante de reproducción asistida, debe ser protegida.

Los niños y adolescentes son prioridad absoluta en salvaguarda de sus derechos fundamentales que corresponde no solo a la familia sino también al Estado y a la sociedad en su conjunto, asegurarlos, tal como establece el artículo 4° de nuestra Constitución. En este sentido, el principio constitucional del interés superior del niño está íntimamente ligado a la dignidad de la persona humana ya que reconoce al niño tanto a su individualidad como a la condición peculiar de persona en proceso de desarrollo por tanto, merecedor de una tutela especial, es necesario considerar también, la prevalencia de esta protección a los intereses del feto independientemente del método (científico o natural) que se utilizó para su concepción y nacimiento.

El uso de técnicas de reproducción asistida, por tanto, debe ser utilizado observando el compromiso de responsabilidad parental, siendo los padres mayores responsables del cuidado y apoyo de sus hijos, supliendo todas sus necesidades vitales, materiales y afectivas, observando en el mejor de los casos el interés superior del niño como factor principal de crianza.

Por hechos puntuales relacionados con la inseminación artificial, la fecundación in vitro y la gestación subrogada surgen en el mundo jurídico situaciones inusuales que traen la necesidad de subsanar vacíos legales aún no cubiertos por nuestro legislador. Ante la falta de legislación, específica según el cual lo no prohibido y permitido más la evolución tecnológica que ahora forma parte de nuestro día a día, hace que la reproducción humana artificial sea practicada, explorada y consentida libremente, sin ningún compromiso.

Así, considerando principalmente los principios constitucionales mencionados, sin excluir la incidencia sobre la temática de varios otros principios difundidos por la legislación civil y el derecho de familia, se puede concluir que la modalidad de reproducción asistida de la gestación subrogada encuentra cobijo dentro del ordenamiento jurídico con fundamento constitucional. Obviamente, se requiere una regulación que encuentre límites dentro de estos principios que pueda dar seguridad a los ciudadanos en la contratación con acuerdos entre las partes involucradas, la garantía de filiación, concebida como un derecho de identidad con protección de dignidad y derechos de todos los contratantes.

2.2.3. Determinación de la paternidad y maternidad en el Perú.

2.2.3.1. Aplicación legal.

Como sabemos en el Perú el derecho de familia está regulado en el libro III, existiendo familias por parentesco consanguíneo, cuyo artículo 236 prescribe: “El parentesco

consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común. El grado de parentesco se determina por el número de generaciones...”. Tenemos el parentesco por afinidad (artículo 237) y finalmente tenemos el parentesco por adopción (artículo 238). La filiación en nuestro país se plantea en la sección tercera del C.C. y estas son de tres formas: filiación matrimonial, filiación extra matrimonial y filiación por adopción.

La doctrina actualmente no define al padre o la madre solo por los lazos biológicos que unen al hijo, sino por el *animus* de ejercer la relación de afecto como padre o madre, asumiendo así la paternidad o la maternidad con todas sus responsabilidades y deberes derivados de la paternidad, sin tener en cuenta la existencia o no del vínculo biológico.

En este sentido, Pariona (2019, p. 4) menciona que: “el principio de afectividad tiene un fundamento constitucional, en el ámbito jurídico-constitucional, la afirmación de la naturaleza de la familia como grupo social esencialmente basado en los lazos de afectividad.”

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

2.2.3.2. Determinación de la paternidad.

El artículo 361 del CC: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”. En el caso de la filiación matrimonial respecto de paternidad nuestro legislador asume el parentesco consanguíneo con el hijo natural

(hijo biológico-genético). Deja la posibilidad de la negación de la paternidad matrimonial Art. 363, en donde entre otras circunstancias tenemos que en el inciso 5: “El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:... 5.- Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental...”.

El artículo 402 indica la procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial: La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:... 6.- Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

El juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

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

2.2.3.2. Determinación de la maternidad.

En la actualidad nuestra legislación establece la maternidad matrimonial o extramatrimonial, para el cual toma en cuenta el principio “*mater Semper certa est*”, para lo

cual entiende que la madre siempre es la que gesta y pare (madre biológica), solo cabe la impugnación de la maternidad por suplantación o parto supuesto (art. 371).

Con la aplicación de una maternidad subrogada se hace la distinción de la madre biológica en madre gestante (quien porta la gestación) y madre genética (quien aporta la carga genética). Así, queda claro que cuando se firma un contrato de gestación subrogada, por buenas que sean las intenciones que se impliquen, nunca será justo el derecho de los contratantes, siempre estará en juego el derecho de la personalidad del bebé a ser engendrado.

De esta forma, se vulneran flagrantemente los derechos de la personalidad del niño a dar a luz, especialmente en sus aspectos morales, en lo que respecta a la identidad materna, el honor y el respeto. Dichos derechos no están disponibles y no pueden ser objeto de una transacción legal entre sus tutores, ya que afectan cuestiones de derechos y valores subjetivos del recién nacido cuando los padres solo tienen el deber de protegerlos y no disponer de ellos.

En otras palabras, la voluntad sentimental de una pareja nunca podrá prevalecer hasta el punto de equiparar al niño generado en el útero con un simple fruto. El ser humano no es un producto y no puede ser explotado; es la razón de ser de la ley y, aunque sea incapaz, debe ser visto y debe recibir la protección jurisdiccional plena del Estado, por ser consustancial en uno de sus fundamentos.

2.2.4. Derecho a la identidad del recién nacido.

El derecho a la identidad es aquel que protege a la persona en lo que constituye su propio reconocimiento: quien y como es. Comprende diversos aspectos de la persona que van desde lo más estrictamente físicos y biológicos (su herencia genética, sus características corporales, etc.)

hasta los de mayor desarrollo espiritual (sus talentos, su ideología, su identidad cultural, sus valores, su honor, su reputación, etc.)

La existencia de una cantidad de derechos de la persona dentro de los ordenamientos positivos significa, como bien señala Fernández (2017), “que cada uno de ellos protege un determinado interés existencial” (p. 37). Sin que esto suponga que todos los derechos de la persona no sean inter-dependientes en virtud de la imprescindible unidad ontológica en que consiste la persona humana. Los derechos existenciales se hallan esencialmente vinculados y reconocen a la persona humana como único fundamento. Se debe a la creativa labor de la jurisprudencia que el interés existencial referente a la identidad personal en cuanto a protección social de la personalidad aparezca como una nueva y autónoma situación jurídica subjetiva.

Todo interés existencial digno de tutela asume la calidad de un derecho de la persona que deriva de su propia dignidad, aunque el derecho objetivo no lo haya acogido como un derecho subjetivo típico, Espinoza (2007) define entonces al derecho a la identidad como "el presupuesto de la persona que se refiere a sus órdenes como ser humano y a su pertenencia abarcando su nombre, filiación, nacionalidad, idioma, costumbres, cultura propia y demás elementos componentes de su propio ser"(p. 116).

Otros medios viables para la protección de la identidad los ubicamos en las normas aplicables al nombre, que se podrían invocar analógicamente, como en el caso de su contestación o usurpación. Habría que recordarlo prescrito en el artículo 17 del Código Civil, cuando señala que frente a la violación de cualquier derecho de la persona, ésta puede exigir "la cesación de los actos lesivos". En todo caso, el juez queda en libertad para encontrar, por vía analógica, cualquier otro medio de tutela adecuado.

La identidad tiene en nuestro concepto relación con varios otros derechos. Entre ellos su vínculo más directo está con los siguientes:

- Los derechos a la integridad y libre desarrollo contenidos en el mismo inciso 1 del artículo 2 de la constitución.
- La libertad de conciencia y religión establecida en el inciso 3 del artículo 2 de la constitución.
- Las libertades de opinión y difusión del pensamiento, establecidas en el inciso 4 del artículo 2 de la constitución.
- Los derechos al honor y la buena reputación, a la intimidad, a la voz y la imagen, reconocidos en el inciso 7 del artículo 2 de la constitución.
- La libertad de creación establecida con detalles adicionales en el inciso 8 del artículo 2 de la constitución.
- El derecho de participación en la vida de la nación, contenido en el inciso 17 del artículo 2 de la constitución.
- El derecho de mantener reserva sobre sus convicciones, contenido en el inciso 18 del artículo 2 de la constitución.
- El derecho a la nacionalidad propia reconocido en el inciso 21 del artículo 2 de la constitución
- El derecho a la libertad considerado en el inciso 24 del artículo 2 de la constitución.
- El derecho a casarse y formar una familia, contenido en el artículo 4 de la constitución.
- El derecho a la protección de la salud establecido en el artículo 7 de la constitución.
- El derecho a educarse que, aun cuando no está expresamente señalado en el texto, consta tácitamente de los artículos 13 y siguientes de la constitución.

- El derecho al trabajo en tanto medio de realización de la persona, contenido en el artículo 22 de la constitución. Incluye la libertad de trabajo considerada en el artículo 2 inciso 15 de la misma carta magna.
- El derecho de ciudadanía establecido en el artículo 30 de la constitución.
- El derecho al nombre, contenido en el artículo 19 del código civil.
- La capacidad de goce y ejercicio de los derechos civiles, establecida en los artículos 42 y siguientes del código civil.

La identidad es uno de los derechos humanos básicos, reconocido por la Constitución Política del Estado. Permite a los seres humanos tener un nombre propio, una nacionalidad y el reconocimiento jurídico del Estado, para acceder a otros derechos personales tales como el origen familiar, la filiación paterna y el acceso a la educación, la salud y la participación en la sociedad.

Es claro que el derecho de toda persona a conocer a sus padres goza de reconocimiento en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 7, numeral 1); la que, habiendo sido aprobada y ratificada por el Perú, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, está garantizado por la Constitución y debe ser interpretado conforme a su texto (artículo 3 y Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta magna). Por ello, este derecho tiene fundamento constitucional reconocido. No obstante, si bien toda persona tiene derecho a su identidad, a indagar su filiación, a conocerla, a emplazarla, a recibir para ello tutela jurisdiccional efectiva; el ejercicio de ese derecho debe realizarse dentro de un marco de razonabilidad a fin de no violentar los derechos del presunto progenitor.

La Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por el gobierno peruano en 1990). Respecto al derecho al nombre, La Convención sobre los Derechos del Niño parece ser el documento jurídico que destaca mayores facetas del derecho a la identidad al mencionar la necesidad de inscripción del nacimiento, el derecho a un nombre, a una nacionalidad; asimismo, incide en el compromiso de los Estados de preservar la identidad del niño. Así, el artículo 7° destaca que “1) El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad, y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2) Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”.

El artículo 8° de esta Convención complementa y protege este campo de acción al resaltar que “1) Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño y a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, de conformidad con la Ley, sin injerencias ilícitas. 2) Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad, o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

El Código de los Niños y Adolescentes también reconoce el derecho a la identidad y a la inscripción, al determinar en su artículo 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 llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad. Es obligación del Estado preservar la inscripción e

identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal.

Es decir, el derecho a la Identidad supone el reconocer a cada persona, en cuanto ser único y no intercambiable. El derecho a la identidad, por ser más amplio, comprende el derecho al nombre y el derecho de toda persona a conocer a sus padres y a llevar sus apellidos. En nuestro país, por regla general, no se admite el cambio de nombre.

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

Artículo IX. Interés superior del niño y del adolescente.

En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

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

mismos; pues el mismo permite resolver “conflicto de derechos” recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto, luego de haberse establecido la imposibilidad de satisfacción conjunta (...).”

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

2.2.5. Contrato de maternidad subrogada.

El contrato de maternidad subrogada es un contrato de derecho civil, mediante el cual una mujer previamente seleccionada se compromete a cambio de una contraprestación, o por un sentimiento altruista, a dejar que se le implante un ovulo fecundado de otra mujer o un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de un ovulo propio fecundado mediante inseminación con el espermatozoides de un hombre diverso de su marido o compañero permanente (si lo tiene) con la obligación de entregar a la criatura después de su nacimiento a la otra parte contratante. (Jiménez, 2018)

El contrato de gestación subrogada, se admite implícitamente cuando los dos padres intencionales han presentado el reclamo para ser reconocidos como padres legítimos invocando lo que puede definirse como el derecho al cuidado (Medina, 2010). Así, el contrato adquiere una especie de validez transnacional y deja de ser atribuible a una realidad nacional concreta.

El contrato de gestación subrogada, como cualquier otro acto contractual, se divide en tres partes. Existe una transacción económica entre los futuros padres y la gestante subrogada (que puede ser gratuita o no); un acto productivo que es el reproductivo; un acto legal que

cambia el estatus legal de las partes involucradas (por ejemplo, la patria potestad que se le quita a la madre subrogada para ser entregada a los futuros padres).

Ante esta complejidad de condiciones e intentos de predecir el resultado reduciendo al máximo los factores de incertidumbre y riesgo, la unidad del contrato está en el fin último, la paternidad. Este propósito en el pensamiento de las madres subrogadas cuando sienten que pueden dar el regalo de ser padres a quienes de otra manera no podrían; está latente en el camino hacia la decisión de la pareja de la gestante subrogada y en aquellos ámbitos que no aparecen en el contrato como partes pero que sí están involucrados, los familiares y los juzgados a los que recurrir para que se reconozca el vínculo de filiación (Lorenzetti, 2015). El papel del juzgado es especialmente relevante cuando la pareja debe hacer uso de él ya que, en el país de origen, está vigente la prohibición de la gestación subrogada, es necesario reconocer la relación de filiación.

El contrato de gestación subrogada se rige por derecho privado, siendo un derecho privado que plantea un nuevo problema, el de la constitucionalización del régimen de gestación subrogada privada. Si bien, en nuestro país la gestación subrogada está prohibida, se realiza en otros contextos. Bien entendido, esto no significa que exista un derecho a la gestación subrogada como un derecho de acceso a técnicas de procreación asistidas médicamente. Por el contrario, el derecho a la gestación subrogada es posible como derecho contractual. Entonces podemos resolver el problema de constitucionalización que plantea la maternidad subrogada, en su duplicidad de contractualidad y privatización.

Parece que la idea del vínculo afectivo entre la embarazada y su hijo está arraigada en nuestra sociedad, por lo que un contrato que impone un deber legal de obligación de entregar un ser humano a otro reemplaza la idea materna de embarazo por un comercial de visión.

En este sentido, la justicia no puede ser utilitaria, es decir, no puede consubstanciarse en un instrumento de satisfacción de la felicidad, una escala que mide el placer / sufrimiento de quienes donan sobre el encanto de la pareja que la recibe, y sobre eso, intentar para llegar a la conclusión de la feria. La justicia, a pesar de las más diversas formas de pensar, tiene como objetivo asegurar los valores mínimos y morales de una sociedad, materializados en disposiciones legales, construcciones doctrinales y jurisprudenciales.

En el aspecto específico de los valores, tenemos la dignidad de la persona humana como una pauta clara en nuestra Constitución, que asegura el valor espiritual y moral inherente a la persona, trayendo el reclamo de respeto de las demás personas, constituyendo un mínimo invulnerable que cualquier persona. El ordenamiento jurídico debe garantizar, sin menoscabo, la necesaria estima que merecen todas las personas como seres humanos.

Por tanto, es evidente que estamos ante un "caso difícil" en el sentido de que no podemos aplicar en estas hipótesis positivismo el jurídico puro ya que la cuestión requiere el ejercicio de la discrecionalidad judicial en la interpretación.

2.3. Definición de términos básicos.

Concepción asistida: Término general que cubre la concepción que no tiene lugar de forma natural a través de las relaciones sexuales. Los ejemplos incluyen la inseminación artificial y la Fecundación in vitro (FIV).

Contrato de Subrogación: Práctica de una mujer que acepta quedar embarazada y dar a luz a un bebé con la intención de entregarlo poco después del nacimiento a los padres previstos, quienes lo criarán. Acuerdo escrito entre la madre sustituta y los futuros padres con respecto a su intención de celebrar un acuerdo de maternidad subrogada, y los términos en los que acuerdan. Dependiendo de la ley del país que se aplique, estos acuerdos o contratos de maternidad subrogada pueden, o no, ser legalmente exigibles.

Donante de óvulos: mujer que dona óvulos u ovocitos para reproducción asistida mediante Fecundación in vitro (FIV).

Donación de embriones: Transferencia de embriones resultantes de gametos (espermatozoides y ovocitos) que no se originaron de la receptora y su pareja.

Edad gestacional: Edad de un embrión o feto calculada al sumar dos semanas (14 días) al número de semanas completadas después de la fecundación.

Embarazo clínico: Embarazo diagnosticado por visualización ecográfica de uno o más sacos gestacionales o signos clínicos definitivos de embarazo. Esto incluye embarazo ectópico. Múltiples sacos gestacionales son contados como un solo embarazo clínico.

Embarazo ectópico: Un embarazo en el cual la implantación tiene lugar fuera de la cavidad uterina.

Embrión: Producto de la división del cigoto hasta el fin del estadio embrionario. Un organismo formado por la fertilización de dos gametos. En el embarazo humano, desde una perspectiva médica, se clasifica como feto a partir de la octava semana después de la fertilización del óvulo.

Fecundación in vitro (FIV): Técnica de Reproducción Asistida (TERA) que involucra fecundación extracorpórea.

Fecundación: Penetración de un ovocito por un espermatozoide y la combinación de sus materiales genéticos, lo que resulta en la formación de un cigoto.

Fertilidad: En el contexto de una pareja del sexo opuesto, la Organización Mundial de la Salud define la infertilidad como una enfermedad del sistema reproductivo definida por la imposibilidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales regulares sin protección.

Feto: Producto de la fecundación desde el fin del desarrollo embrionario, a las 8 semanas después de la fecundación, hasta el aborto o el nacimiento.

Gestante subrogada: Mujer que lleva adelante un embarazo habiendo acordado que ella entregará el bebé a los padres previstos. Los gametos pueden originarse de los padres previstos y/o de terceros.

Inseminación artificial: Procedimiento en el que se introducen espermatozoides en el sistema reproductivo de una mujer mediante una jeringa. Este proceso se puede completar en casa, sin la participación de una clínica de fertilidad, o puede tener lugar dentro de una clínica.

Implantación: Unión usualmente en el endometrio, que comienza 5 a 7 días después de la fecundación.

Infertilidad: Enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas.

Padre o parentesco genético: Un término que se refiere a una o ambas de las dos personas cuyos gametos se utilizaron para concebir un hijo.

Padre o parentesco gestacional: Un término que se refiere a la mujer que da a luz a un hijo.

Paternidad biológica: Un término que puede usarse para referirse a la paternidad gestacional y/o genética. En el documento de consulta, preferimos especificar si nos referimos a la paternidad gestacional o genética, según corresponda, pero podemos citar fuentes que utilizan el término "biológico".

Paternidad legal: Una persona o personas a las que la ley reconoce como padres de un niño.

Recuperación de óvulos: Este es el proceso mediante el cual se extraen óvulos (ovocitos) de los ovarios de la donante de óvulos.

Reproducción médicamente asistida: Reproducción lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación, técnicas de reproducción asistida (TERA), inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen del esposo/pareja o un donante.

Subrogación tradicional: Cuando la madre sustituta está relacionada genéticamente con el niño. Arreglo de gestación subrogada tradicional resulta típicamente de la inseminación artificial de una subrogada con el esperma del padre previsto. Hemos preferido este término al de subrogación "directa" o "parcial" que también se puede utilizar para describir este arreglo.

Subrogación comercial: Un acuerdo de subrogación en el que la mujer que se convierte en la subrogada y cualquier agencia involucrada cobran a los futuros padres una tarifa que incluye un elemento de ganancia. Un acuerdo de subrogación comercial también puede caracterizarse por la existencia de un contrato de subrogación ejecutable entre los padres previstos y la subrogada.

Técnicas de Reproducción Asistida (TERA): Conjunto de técnicas para lograr un embarazo que no se puede conseguir de manera natural. Tratamientos los cuales incluyen el

manipulado de espermatozoides, embriones humanos u ovocitos cuya finalidad es establecer un embarazo. Las tecnologías más comunes de reproducción asistida son: inyección de espermatozoides, fecundación in vitro y maternidad subrogada.

Capítulo III: Metodología de la investigación.

3.1. Enfoque de la investigación.

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

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

3.2. Variables.

3.2.1. Operacionalización de variables.

Tabla 1.

Operacionalización de las variables.

Variable	Definición conceptual	Dimensiones	Indicadores	Ítem
Variable Independiente X:	Conocidos también como acuerdos de reproducción asistida, son aquellos acuerdos entre una madre	- Contrato.	- Acuerdo entre dos o más personas u organizaciones, creando obligaciones legales mutuas.	Ordinal: Escala de Likert (1, 2, 3, 4 y 5)
	CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA	- Maternidad subrogada	- Práctica en la que una mujer (denominada	

	obligaciones de ambas partes, incluidos aquellos derechos y deberes parentales de los padres firmantes. (Atienza, 2015)		madre subrogada) pare y entrega un hijo a una pareja que no puede tener hijos de la forma habitual.	
		- Técnicas de reproducción asistida.	- Aquellos tratamientos de fertilidad donde se manipulan óvulos y espermatozoides para obtener embriones.	
Variable Dependiente Y: IDENTIDAD DEL RECIÉN NACIDO.	La identidad es un concepto legal dentro de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño y adolescente y conferida por los registros de nacimiento de cada Estado. (Notaro, 2020)	- Derecho a la identidad. - Principio de verdad biológica.	Es una condición esencial del derecho a la autonomía y al desarrollo que incluye el derecho al nombre y la identificación. - Conocer el sentido de como una persona fue procreada genéticamente.	Ordinal: Escala de Likert (6, 7, 8, 9 y 10)
		- Determinación de la paternidad y maternidad.	- Se determina mediante filiación matrimonial, filiación extra	

matrimonial y
filiación por
adopción.

3.3. Hipótesis.

3.3.1. Hipótesis general.

Existe relación significativa entre el contrato de gestación subrogada y la identidad del recién nacido, Lima-2019.

3.3.2. Hipótesis específicas.

- Existe relación significativa entre la ausencia normativa del contrato de gestación subrogada y la identidad del recién nacido, Lima-2019.
- Existe relación significativa entre la verdad biológica y la identidad del recién nacido, Lima-2019.
- Existe relación significativa entre la jurisprudencia nacional y la gestación subrogada en la identidad del recién nacido, Lima-2019.

3.4. Tipo de investigación.

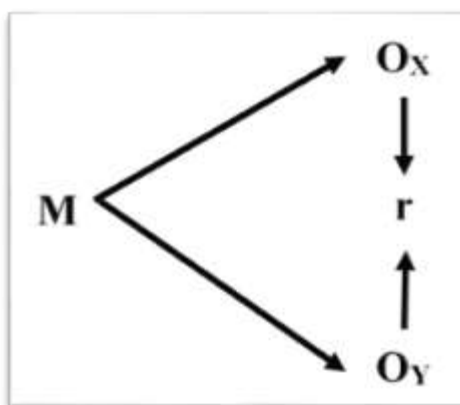
La investigación aborda un tipo básico de carácter teórico y dirigida exclusivamente al ámbito académico, es decir requiere revisión de la literatura hacia la profundización del tipo de conocimiento científico que haya sido previamente estudiado por otros investigadores respecto al contrato de gestación subrogada.

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

3.5. Diseño de investigación.

La tesis aborda la descripción del fenómeno investigativo en el momento que ocurren los hechos. En esta investigación no existe manipulación directa de las variables, el investigador se limita a observar los datos y a partir de ellos construir modelos para llevar a cabo inferencias y conclusiones (Fernández, 2014).

En aplicación de esta tesis, se determina la formula siguiente:



Donde:

- M = muestra.
- O = observación.
- r = relación entre las dos variables.
- x = contrato de gestación subrogada.
- y = identidad del recién nacido.

3.6. Población y muestra.

3.6.1. Población.

Según Fernández (2018), la población constituye un grupo de personas que tienen características propias. Para la finalidad de esta investigación, la conformación está integrada por estudiantes de derecho, abogados y jueces.

3.6.2. Muestra.

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

Tabla 2.

Muestra.

Muestra	Cantidad	Porcentaje
Jueces (Corte Superior de Justicia de Lima-CSJL).	8	20%
Abogados (Estudios Jurídicos en Lima).	14	35%
Estudiantes de Derecho (Universidad Las Américas).	18	45%
TOTAL	40	100%

3.7. Técnicas e instrumentos de Recolección de Datos.

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

- **Encuesta:** Este procedimiento se basó aplicando 10 preguntas directas o cerradas que para llevar a cabo este método se aplicó el cuestionario Tipo Likert.
- **Análisis documental:** Este procedimiento se ocupa del contenido existente, ya sea que el material de análisis esté disponible en libros, artículos, documentos o informes. A partir de ellos, es posible comparar la diferencia entre datos de diferentes épocas o encontrar similitudes de información a lo largo del tiempo, siempre con el objetivo de tratar la mayor cantidad de datos posible.

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

Capítulo IV: Resultados.

4.1. Análisis de los Resultados

Esta sección presenta los resultados de la investigación cualitativa, en primer lugar se presentarán las preguntas, seguida de los resultados en tablas, posteriormente estos se presentarán junto debido a la figuras que demostraran la frecuencia de respuesta.

Pregunta 1

¿Considera usted que existe relación entre el contrato de gestación subrogada y la identidad del recién nacido, Lima-2019?

Tabla 3.

Relación entre el contrato de gestación subrogada y la identidad del recién nacido.

	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente de acuerdo	26	65%
De acuerdo	12	30%
Válido No sabe	2	5%
En desacuerdo	0	0%
Totalmente en desacuerdo	0	0%
Total	40	100%

Fuente: Datos de la encuesta, SPSS-v25.

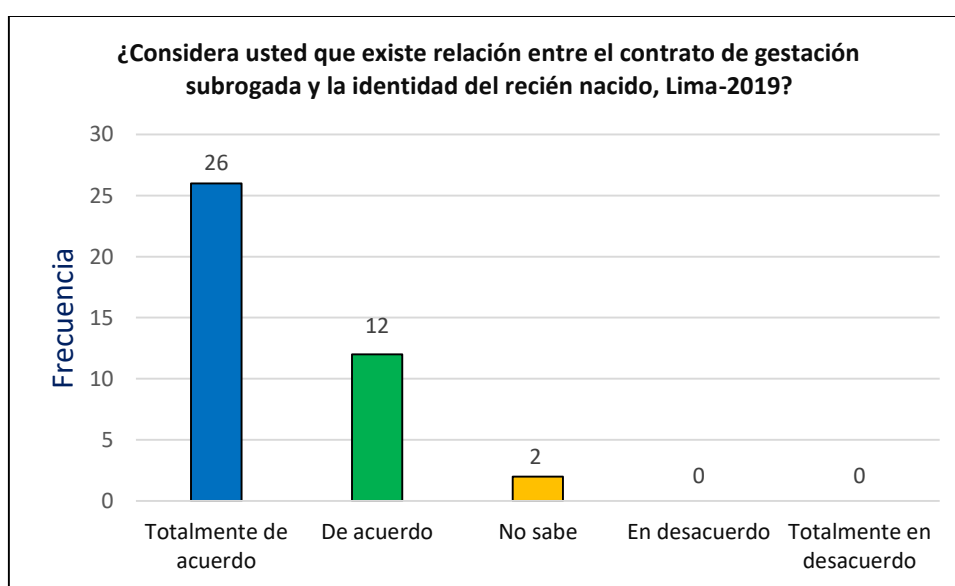


Figura 1: Datos obtenidos de la encuesta.

Análisis e interpretación:

De acuerdo a los resultados obtenidos, un 65% de los entrevistados consideran totalmente de acuerdo con la relación entre el contrato de gestación subrogada y la identidad del recién nacido, seguido de un 30% muestra estar de acuerdo. Un 5% no sabe del tema, contraria a la cuestión, nadie respondió estar en desacuerdo. Se interpreta entonces que si existe relación entre el contrato de gestación subrogada y la identidad del recién nacido.

Pregunta 2

¿Considera usted que la ausencia normativa de un contrato de gestación subrogada vulnera la identidad del recién nacido?

Tabla 4.

Ausencia normativa de un contrato de gestación subrogada vulnera la identidad del recién nacido.

	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente de acuerdo	0	0%
De acuerdo	0	0%
Válido No sabe	8	20%
En desacuerdo	10	25%
Totalmente en desacuerdo	22	55%
Total	40	100%

Fuente: Datos de la encuesta, SPSS-v25.

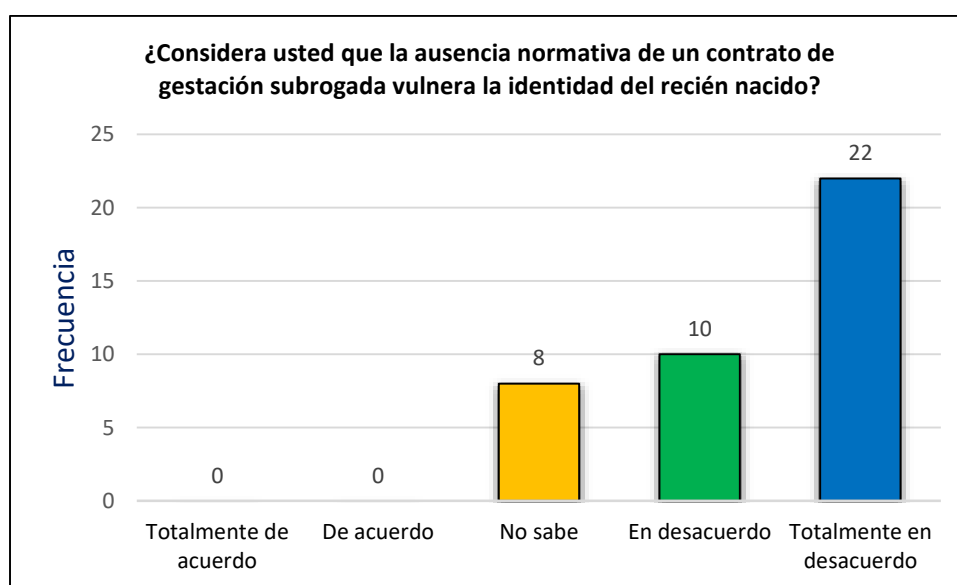


Figura 2: Datos obtenidos de la encuesta.

Análisis e interpretación:

Una amplia mayoría de encuestados (55%) consideraron estar totalmente en desacuerdo con la pregunta de si la ausencia normativa de un contrato de gestación subrogada vulnera la identidad del recién nacido, un 25% en menor medida respondieron estar en desacuerdo frente a 20% que no supo responder, ningún encuestado estuvo de acuerdo. Se interpreta entonces que la ausencia normativa de un contrato de gestación subrogada no vulnera la identidad del recién nacido.

Pregunta 3

¿Cree usted que debería existir una legislación de contratación de gestación subrogada en nuestro país?

Tabla 5.

Existencia de legislación de contratación de gestación subrogada en el Perú.

	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente de acuerdo	38	95%
De acuerdo	2	5%
Válido No sabe	0	0%
En desacuerdo	0	0%
Totalmente en desacuerdo	0	0%
Total	40	100%

Fuente: Datos de la encuesta, SPSS-v25.

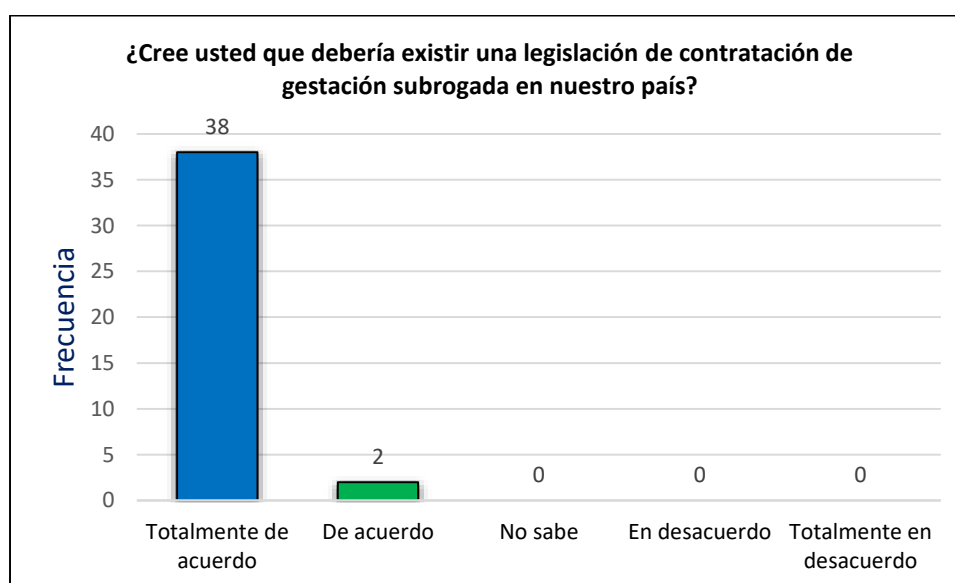


Figura 3: Datos obtenidos de la encuesta.

Análisis e interpretación:

Según resultado de la muestra, el 95% opina estar totalmente de acuerdo en la existencia de una legislación de contratación de gestación subrogada en nuestro país, seguido de un 5% de opinión similar. Se interpreta entonces que debería existir una legislación de contratación de gestación subrogada en el Perú.

Pregunta 4

¿Considera usted que debería adecuarse la normativa de técnicas de reproducción asistida respecto a la identidad del recién nacido?

Tabla 6.

Adecuación en la normativa de técnicas de reproducción asistida respecto a la identidad del recién nacido.

	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente de acuerdo	35	88%
De acuerdo	3	8%
Válido No sabe	2	5%
En desacuerdo	0	0%
Totalmente en desacuerdo	0	0%
Total	40	100%

Fuente: Datos de la encuesta, SPSS-v25.

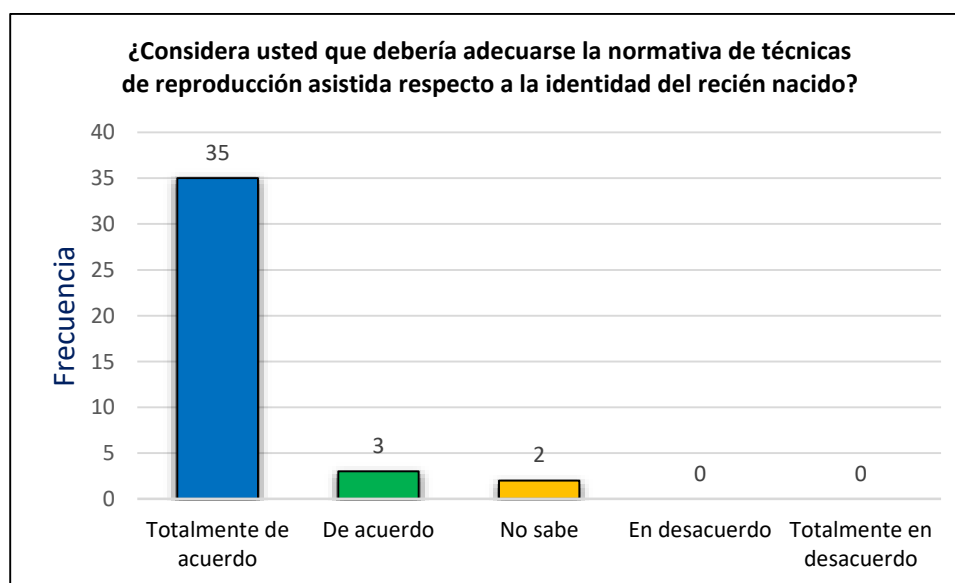


Figura 4: Datos obtenidos de la encuesta.

Análisis e interpretación:

Según los resultados obtenidos de la encuesta, un 88% consideraron estar totalmente de acuerdo con la adecuación de la normativa de técnicas de reproducción asistida respecto a la identidad del recién nacido, seguido de 8% estar de acuerdo, un 5% no opinó y nadie estuvo en desacuerdo. Se interpreta entonces que debería adecuarse la normativa de técnicas de reproducción asistida respecto a la identidad del recién nacido.

Pregunta 5

¿Considera usted que los nacidos por gestación subrogada tienen el posterior derecho a conocer su origen biológico?

Tabla 7.

Posterior derecho a conocer el origen biológico de los nacidos por gestación subrogada.

	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente de acuerdo	25	63%
De acuerdo	10	25%
Válido No sabe	3	8%
En desacuerdo	2	5%
Totalmente en desacuerdo	0	0%
Total	40	100%

Fuente: Datos de la encuesta, SPSS-v25.

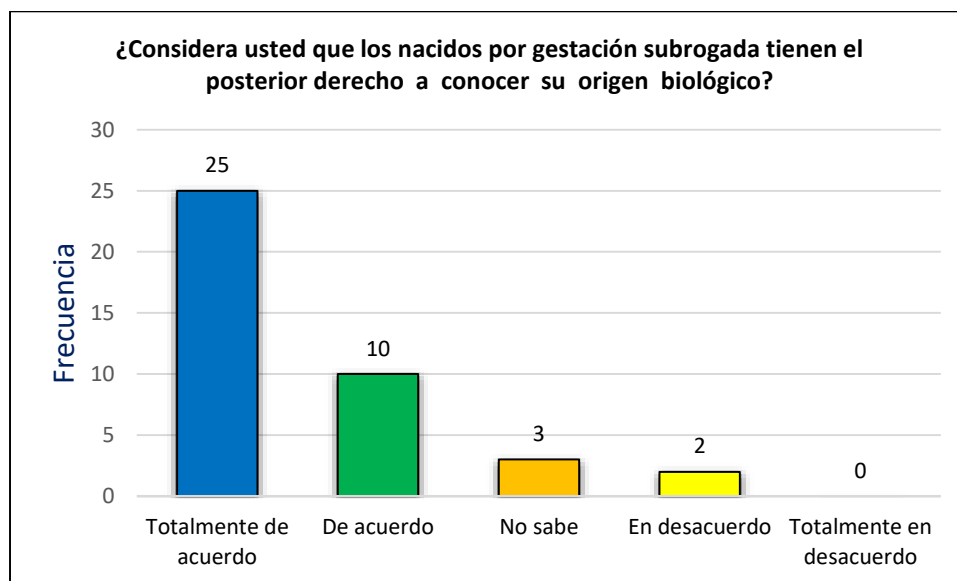


Figura 5: Datos obtenidos de la encuesta.

Análisis e interpretación:

Un 63% de los entrevistados opinaron estar totalmente de acuerdo con los nacidos por gestación subrogada tienen el posterior derecho a conocer su origen biológico, un 25% siguieron esta idea al estar de acuerdo, un 8% no sabe ante un 5% que estuvo totalmente en desacuerdo. Se interpreta entonces que los nacidos por gestación subrogada tienen el posterior derecho a conocer su origen biológico.

Pregunta 6

¿Cree usted importante aplicable el principio de verdad biológica en los contrato de gestación subrogada?

Tabla 8.

Aplicación del principio de verdad biológica en los contrato de gestación subrogada.

		Frecuencia	Porcentaje
Válido	Totalmente de acuerdo	0	0%
	De acuerdo	4	10%
	No sabe	1	3%
	En desacuerdo	19	48%
	Totalmente en desacuerdo	16	40%
	Total	40	100%

Fuente: Datos de la encuesta, SPSS-v25.

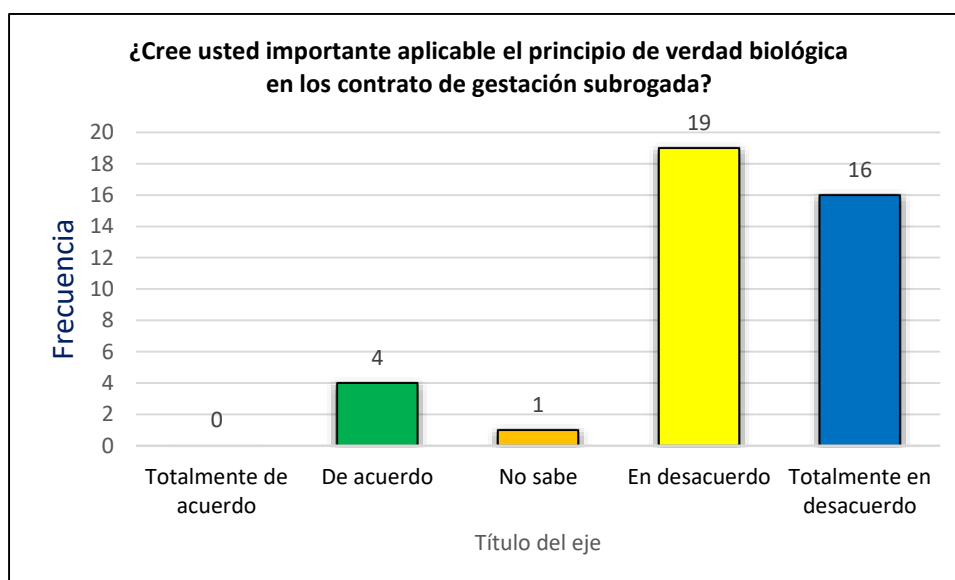


Figura 6: Datos obtenidos de la encuesta.

Análisis e interpretación:

Según la muestra, el 48% de los encuestados opinaron estar en desacuerdo junto al 40% estar totalmente en desacuerdo a la importancia en la aplicación del principio de verdad biológica en los contrato de gestación subrogada, un 3% no opinó, frente a 10% que mostraron estar de acuerdo a la pregunta. Se interpreta entonces que no es importante aplicable el principio de verdad biológica en los contrato de gestación subrogada.

Pregunta 7

¿Considera usted que la aplicación del principio de verdad biológica atenta contra el interés superior del niño?

Tabla 9.

Aplicación del principio de verdad biológica atenta contra el interés superior del niño.

	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente de acuerdo	0	0%
De acuerdo	4	10%
Válido No sabe	1	3%
En desacuerdo	19	48%
Totalmente en desacuerdo	16	40%
Total	40	100%

Fuente: Datos de la encuesta, SPSS-v25.

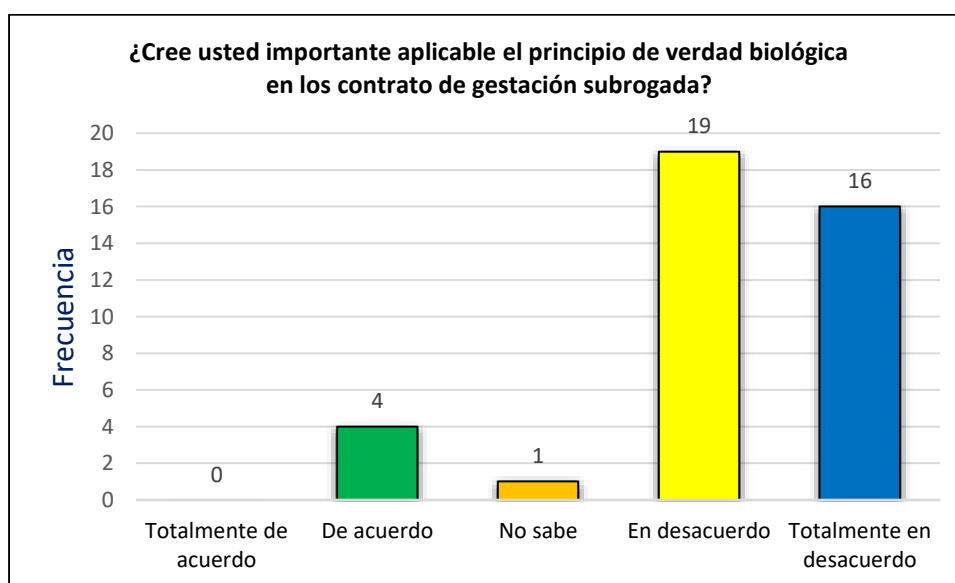


Figura 7: Datos obtenidos de la encuesta.

Análisis e interpretación:

Según los datos obtenidos de la muestra, un 48% de los encuestados derivaron su desacuerdo sumado a un 40% quienes expresaron estar totalmente en desacuerdo, 3% no sabe ante un 10% de la muestra que antagónicamente opinaron estar de acuerdo. Se interpreta entonces que la aplicación del principio de verdad biológica no atenta contra el interés superior del niño.

Pregunta 8

¿Cree usted que los jueces nacionales mediante sus resoluciones protegen la identidad del recién nacido?

Tabla 10.

Protección de las resoluciones de los jueces nacionales a la identidad del recién nacido.

		Frecuencia	Porcentaje
Válido	Totalmente de acuerdo	2	5%
	De acuerdo	2	5%
	No sabe	0	0%
	En desacuerdo	9	23%
	Totalmente en desacuerdo	27	68%
Total		40	100%

Fuente: Datos de la encuesta, SPSS-v25.

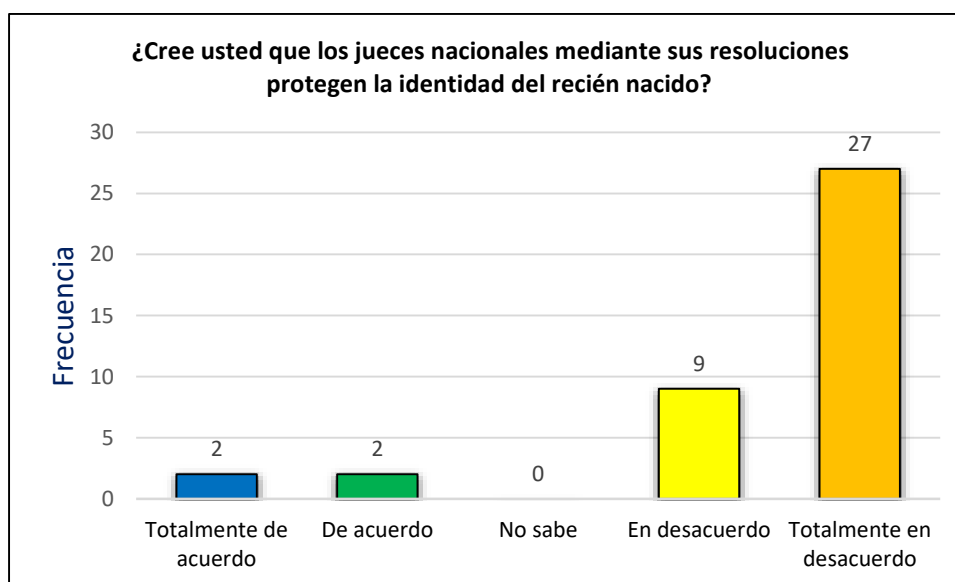


Figura 8: Datos obtenidos de la encuesta.

Análisis e interpretación:

De la muestra obtenida, un margen de 68% expresaron estar totalmente en desacuerdo a si los jueces nacionales mediante sus resoluciones protegen la identidad del recién nacido, de similar opinión 23% consideraron en desacuerdo la pregunta planteada. Mínimamente, 5% estuvieron de acuerdo y 5% estuvieron totalmente de acuerdo. Se interpreta entonces que los jueces nacionales mediante sus resoluciones protegen la identidad del recién nacido.

Pregunta 9

¿Considera usted que la jurisprudencia nacional considera los derechos de las personas que se someten a procedimientos de técnicas de reproducción asistida?

Tabla 11.

Consideración de la jurisprudencia nacional de los derechos de las personas que se someten a procedimientos de técnicas de reproducción asistida.

	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente de acuerdo	0	0%
De acuerdo	0	0%
Válido No sabe	2	5%
En desacuerdo	6	15%
Totalmente en desacuerdo	32	80%
Total	40	100%

Fuente: Datos de la encuesta, SPSS-v25.

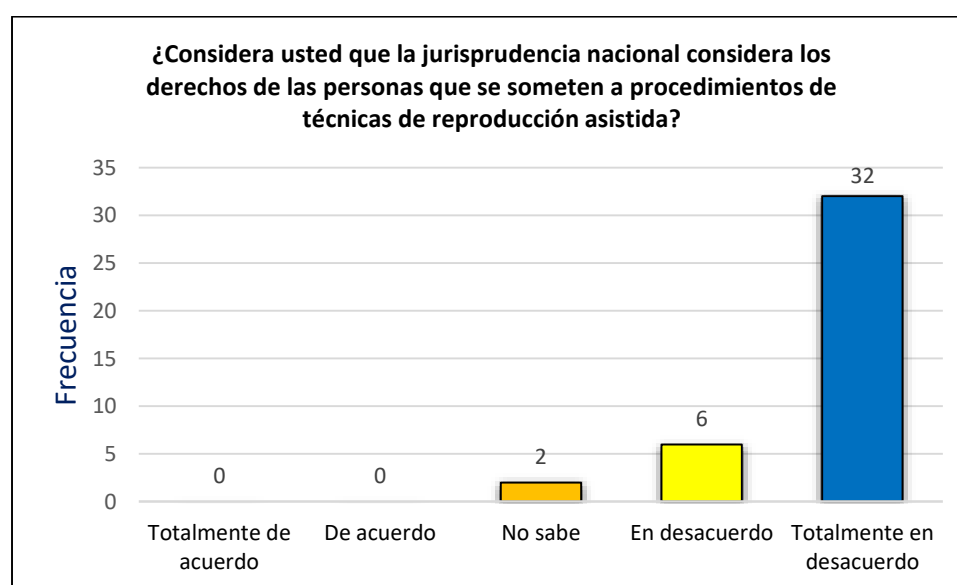


Figura 9: Datos obtenidos de la encuesta.

Análisis e interpretación:

De acuerdo a los resultados obtenidos, un 80% de los entrevistados expresaron estar totalmente en desacuerdo que la jurisprudencia nacional considera los derechos de las personas se someten a procedimientos de técnicas de reproducción asistida, consecuentemente un 15% afirmaron estar en desacuerdo, contrariamente no saben sumaron un 5%. Se interpreta entonces que la jurisprudencia nacional no considera que los derechos de las personas se someten a procedimientos de técnicas de reproducción asistida.

Pregunta 10

¿Considera usted que debería prohibirse la práctica de la gestación subrogada en nuestro país?

Tabla 12.

Prohibición de la práctica de la gestación subrogada en el Perú.

	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente de acuerdo	0	0%
De acuerdo	0	0%
Válido No sabe	2	5%
En desacuerdo	12	30%
Totalmente en desacuerdo	26	65%
Total	40	100%

Fuente: Datos de la encuesta, SPSS-v25.

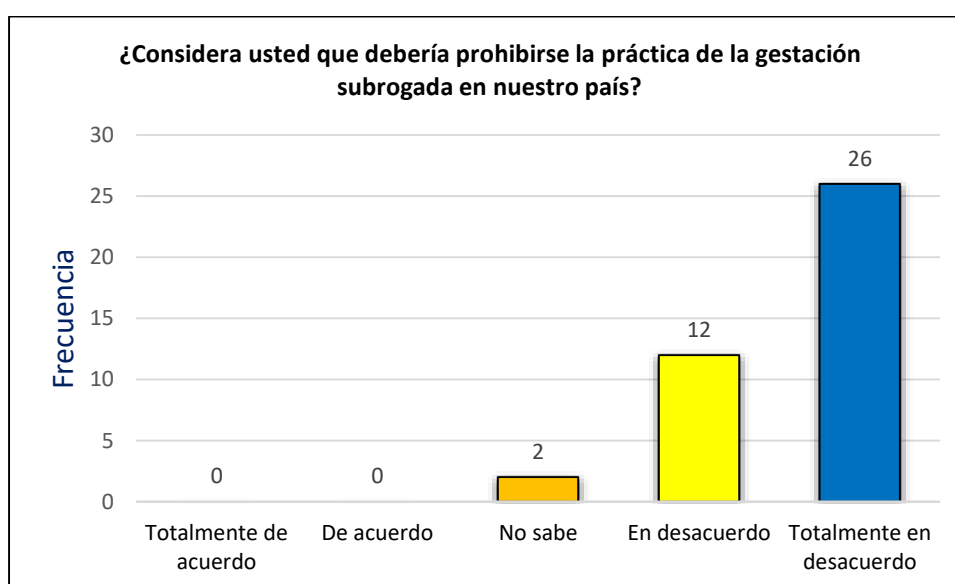


Figura 10: Datos obtenidos de la encuesta.

Análisis e interpretación:

De acuerdo a la muestra, el 65% de los encuestados opinaron estar totalmente en desacuerdo con la pregunta de prohibirse la práctica de la gestación subrogada en nuestro país, seguido de un 30% expresaron su desacuerdo. Un 5% no sabe, finalmente ninguno de los entrevistados mostró estar de acuerdo. Se interpreta entonces que no debería prohibirse la práctica de la gestación subrogada en nuestro país.

4.2. Discusión.

De la muestra de la primera pregunta, la respuesta de los encuestados consideraron mayoritariamente que si existe relación entre el contrato de gestación subrogada y la identidad del recién nacido, esto en razón de considerar su condición como calificación jurídica de persona que deriva del puesto que ocupa como sujeto en la sociedad y que otorgan derechos y deberes. En este sentido, su derecho a la identidad se materializa en el concepto de dignidad humana, ya que refleja el origen y la ascendencia del individuo, en la práctica, en el contrato de subrogación la madre gestante no aparecería en ningún documento. La justificación de estos casos modifica las perspectivas de reconocimiento del derecho a la identidad.

De acuerdo a la segunda pregunta, se discute que la ausencia normativa de un contrato de gestación subrogada no vulnera la identidad del recién nacido. Esta realidad implica desafíos para el legislador peruano ya que se relaciona con los conflictos éticos y morales inherentes a ella como la posibilidad de remunerar a la mujer que renuncia a su “propia maternidad”. Si bien es cierto que nuestro Código Civil regula la paternidad o maternidad en caso de filiación, sin embargo falta esa legislación específica relacionada a las técnicas de reproducción asistida

Según la interpretación de la tercera pregunta, debería existir una legislación de contratación de gestación subrogada en el Perú. Esta falta de regulación en la materia permite que las relaciones jurídicas se decidan exclusivamente por los jueces con base exclusiva a la legalidad y en circunstancia que genera una enorme inseguridad jurídica para las personas que viven el problema. Para resolver esta controversia y aplicando el principio de autonomía privada se debería apostar por la creación de una ley que autorice la contratación de maternidad subrogada contemplando los derechos de la gestante subrogada y futura madre biológica o socio-afectivo, cumpliendo el interés superior del niño.

La pregunta cuatro interpreta que debería adecuarse la normativa de técnicas de reproducción asistida respecto a la identidad del recién nacido. Esta afirmación debería considerar la materialización del trámite a través del contrato (ausente), el cual debe contener especificaciones sobre el cuidado del recién nacido, las relaciones parentales, métodos de pago (para la gestante sustituta), garantías médicas, evaluaciones físicas y psicológicas de la madre subrogada y principalmente, las sanciones por incumplimiento de contrato. Debe darse énfasis que las partes estén informadas de todos los posibles riesgos e incertidumbres legales que surjan del objeto del contrato, así como de las posibles consecuencias graves que resultarían de un incumplimiento material del acuerdo por parte de las partes.

La quinta pregunta interpreta que los nacidos por gestación subrogada tienen el posterior derecho a conocer su origen biológico. Este apartado de la discusión es muy sensible, cuando existe un conflicto entre la gestante y los titulares del proyecto parental (padres) no se excluye el principio de verdad biológica que corresponde al recién nacido, éstas deben resolverse con aporte del caso concreto que se presente y siempre con fundación en el interés superior del niño, que como conjunto de factores pueden influir en la formación de la personalidad del niño.

De acuerdo a la sexta pregunta, ésta interpreta que no es importante aplicable el principio de verdad biológica en los contrato de gestación subrogada. Teniendo en cuenta que este principio requiere que cuando no exista correspondencia de la maternidad biológica o la paternidad, puede ser impugnada para hacer verdadera correspondencia de la verdad biológica, esto en razón de la voluntad del niño o mayor de edad de conocer su origen genético. Para determinar el principio en un futuro contrato de gestación subrogada hay que tener en cuenta que en la sociedad actual, la defensa del interés superior del niño está conferida con prioridad al conocimiento sus padres mezclando conceptos de vínculos sociales y vínculos biológicos.

Según las respuestas de la séptima pregunta, los encuestados opinaron en mayoría que la aplicación del principio de verdad biológica no atenta contra el interés superior del niño. Sobre esta afirmación y teniendo presente los cambios sustanciales de protección del derecho de las mujeres, tampoco se deben ignorar los derechos de los niños que deben ser salvaguardados también por el Estado peruano. Respecto a este principio significa que no se puede negar el uso de técnicas de reproducción asistida que quien a pesar de no vivir con su “madre subrogada” en algún momento de su vida exigirá su derecho de conocer su identidad genética. Por ejemplo, si se exigiera el derecho de confidencialidad conferida al donante, se negaría al niño el derecho a la identidad genética, vulnerando el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Respecto a la octava pregunta, se interpreta que los jueces nacionales mediante sus resoluciones protegen la identidad del recién nacido. Las respuestas de los encuestados dejan entrever que la jurisprudencia reconoce la facultad de los jueces como punto focal de la protección a los menores de edad que se le da con la ley pues su realización permite al recién nacido no solo acceder a su derecho a la identidad, sino que además protege toda la información inherente de

sus derechos que a la par conllevan sus efectos que el ordenamiento jurídico civil determina en relación a su filiación.

En la novena pregunta, la interpretación de los encuestados supone que la jurisprudencia nacional no considera los derechos de las personas que se someten a procedimientos de técnicas de reproducción asistida. La regulación de estas técnicas resulta del conflicto entre el reconocimiento y respeto de los derechos reproductivos de quienes pretenden tener hijos utilizando estas técnicas y por otro lado, los límites de la normativa al acceso a esas técnicas.

Estos límites legales tienden a invocar el interés superior del niño como fundamento, cuando en realidad muchos de ellos son el resultado de puros caprichos impuestos por las normas de moral imperantes, que en ningún caso deben condicionar las opciones legales en este sentido.

En particular, las normas de moralidad no pueden imponer restricciones a los derechos fundamentales, cualesquiera que sean por tanto, no pueden constituir una barrera para el ejercicio del derecho a la reproducción. Sin embargo otros límites legales son resultado de preocupaciones legítimas relacionadas a la protección de la vida humana por nacer y los derechos del recién nacido.

Por último, la décima pregunta muestra como resultado la interpretación que no debería prohibirse la práctica de la gestación subrogada en nuestro país. Este tema está en constante evolución debido a la incansable búsqueda de satisfacer las necesidades de las personas aportando nuevos avances a aquellas parejas que padecen el problema de la fertilidad, así también la familia va cambiando de un siglo a otro en cuanto a sus necesidades. Por tanto, corresponde a la Ley vigilar la evolución del instituto familiar por tratarse de una materia de

orden público, velar por la seguridad de las relaciones derivadas de dicho avance siendo imprescindible poder resolver los conflictos en base al principio de la dignidad de la persona y el derecho a la vida. Como se ve, no existe un estándar específico en la materia, pero tienen disposiciones que se pueden aplicar a la reproducción humana asistida e incluso, en particular la creación necesaria del contrato de gestación subrogada.

Conclusiones

PRIMERO.- Existe relación entre el contrato de gestación subrogada y la identidad del recién nacido. En la actualidad no resulta idónea la alegación de ilegalidad en la realización del embarazo subrogado ya que esta relación incluye la construcción de la familia basada en el afecto como base del principio de dignidad humana: si una madre quiere que otra mujer tenga a su hijo biológico, esto debe ser promovido bajo nuestro sistema legal.

SEGUNDO.- La ausencia normativa de un contrato de gestación subrogada no vulnera la identidad del recién nacido. Aunque la falta de la misma conlleva la evasión de parejas al exterior y el incremento de prácticas ilícitas y subterráneas de gestación subrogada realizándose clandestinamente sin ningún medio de control.

TERCERO.- La técnica de reproducción asistida y la práctica de la gestación subrogada causan diversas repercusiones en el ámbito jurídico, cuestiones que no encuentran apoyo legal en el sistema legal peruano.

CUARTO.- Las implicaciones de la contratación de gestación subrogada contraviene al Código Civil, al no existir posibilidad que un recién nacido sea determinado como objeto de un contrato, así en la práctica, se infiere la necesidad de la aprobación de una ley que regule y no anule estos contratos.

QUINTO.- Los nacidos por gestación subrogada tienen el posterior derecho a conocer su origen biológico. Éste derecho debe garantizar el seguimiento médico de la mujer subrogada, así como el registro civil del recién nacido.

SEXTO.- No es importante aplicar el principio de verdad biológica en los contrato de gestación subrogada, dadas las nuevas técnicas reproductivas, la solución viable sería dotar de personalidad civil al ser humano desde la concepción, es decir desde la implantación del óvulo fecundado en el útero materno.

SÉPTIMO.- La aplicación del principio de verdad biológica no atenta contra el interés superior del niño. El derecho al reconocimiento de la identidad genética es un derecho fundamental del niño, el cual no está sujeto a obstáculo, renuncia o disponibilidad por parte de la madre o el padre, si bien es claro que la filiación no está supeditada únicamente a factores biológicos frente al vínculo socio-afectivo, se acepta con mayor primacía al principio del interés superior del menor y su dignidad como persona humana.

OCTAVO.- Los jueces nacionales mediante sus resoluciones protegen la identidad del recién nacido, aunque excluyendo los derechos de quienes buscan ser padres por medios de reproducción asistida, evidenciando la importancia de la libertad personal y la igualdad de estos ciudadanos ante la Constitución permiten la autonomía de su cuerpo y su voluntad.

NOVENO.- La jurisprudencia nacional no considera los derechos de las personas que se someten a procedimientos de técnicas de reproducción asistida. Pocas resoluciones que deliberan sobre estas prácticas carecen de contenido en cuanto al favorecimiento de la dignidad humana.

DECIMO.- La libertad es un derecho fundamental garantizado constitucionalmente, más aun la libertad de contratar de asegurar la posibilidad que los particulares firmen acuerdos sobre

cualquier asunto de interés común en la forma que deseen y en las condiciones que elijan, siempre que respeten los preceptos constitucionales y otras limitaciones impuestas por la ley peruana.

Recomendaciones

PRIMERO.- Implementar el contrato de gestación subrogada que tenga en cuenta la realidad en el ámbito social y el respeto de la identidad del recién nacido.

SEGUNDO.- Se propone elaborar un proyecto de ley que regule el contrato de gestación subrogada y que legitime la identidad del menor recién nacido.

TERCERO.- Debería existir una legislación de contratación de gestación subrogada en el Perú que ayude a enfrentar el problema surge en la búsqueda de compatriotas de esta necesidad en países que aceptan este tipo de contratación y que ofrecen garantías que respetan sus derechos, protección e integridad de ambas partes.

CUARTO.- Debería adecuarse la normativa de técnicas de reproducción asistida respecto a la identidad del recién nacido. La legislación médica actual no tiene competencia para definir qué ciudadanos están sujetos a utilizar estas técnicas y mucho menos tienen el poder de decidir sobre su derecho individual.

QUINTO.- La elaboración de la ley de contrato de gestación subrogada debe poner en discusión el legítimo derecho de los nacidos por este método a conocer su origen biológico cuando ellos lo requieran.

SEXTO.- Es imperativo encontrar nuevas referencias respecto a la verdad biológica, ya que ya no es posible buscar en la realidad biológica la identificación de los lazos familiares, teniendo

en cuenta que la maternidad no es solo un acto biológico sino principalmente un hecho de elección.

SÉPTIMO.- La identificación de los lazos parentales ya no puede buscarse exclusivamente en el campo genético, ya que situaciones fácticas idénticas dan lugar a soluciones sustancialmente diferentes.

OCTAVO.- Modificación extensa de las normas médicas que involucren una posible implementación de contratación de gestación subrogada.

NOVENO.- La jurisprudencia nacional debería considerar los derechos de las personas que se someten a procedimientos de técnicas de reproducción asistida. El tema es ciertamente controvertido lo que se traduce en procesos legales sin ningún apoyo legal por parte del Poder Judicial. Esta vez, la inseguridad jurídica acecha desde las parejas infértiles hasta los magistrados que no pueden dejar de decidir incluso ante la ausencia legislativa.

DECIMO.- No debería prohibirse la práctica de la gestación subrogada en nuestro país, ya que este tema genera desigualdad social y exclusión de derechos del Estado en no legislar sobre el tema. Eso termina generando clínicas clandestinas, desigualdad social, explotación humana y principalmente la exclusión social de los ciudadanos vulnerando derechos individuales y colectivos.

Referencias

- Abellán, F. & Sánchez-Caro, J. (2009). *Bioética y Ley de Reproducción Humana Asistida. Manual de Casos Clínicos*. Granada: Fundación Salud 2000.
- Aparisi, A. (2017). Maternidad subrogada y dignidad de la mujer. *Cuadernos de Bioética*, XXVIII (2), 163-175 <https://bit.ly/3vHWajG>
- Arce, L. & Salazar, P. (2019). Consecuencias jurídicas que generan los acuerdos de maternidad subrogada en el sistema jurídico civil peruano [Tesis para optar el grado académico de Abogado, Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo]. Repositorio institucional de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo. <https://bit.ly/3E7t4wO>
- Atienza, M. (2006). Reproducción humana asistida. Sobre la nueva ley. *Revista El Notario del siglo XXI*, 1(9), 143-138, recuperado de <https://bit.ly/2Twu9Zz>.
- Atienza, M. (2015). Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos. *Revista El Notario del siglo XXI*, 1(63), 88-101, recuperado de <https://bit.ly/2vA8M1r>
- Aguilar, B. (2013). *La Familia en el Código Civil peruano*. Lima: Ediciones Legales.
- Baffone, C. (2013). La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 46(137), 441-470. <https://bit.ly/3G7e3gu>

- Beetar, B. (2019). La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente. *Revista Socio-Jurídicos*, 21(2), 135-166. <https://bit.ly/3jplVAk>
- Bermúdez, M. (2011). Los límites en la tutela del derecho a la identidad de un menor. *Revista Jurídica del Perú* (12), 99-118.
- Bolaño J. & Sierra B. (2019). Subrogación de vientre y filiación en parejas heterosexuales, desarrollos jurídicos y científicos en Colombia [Tesis para optar el grado académico de Abogado, Universidad Libre Seccional Barranquilla]. Repositorio institucional de la Universidad Libre Seccional Barranquilla. <https://bit.ly/3BZHte1>
- Bustamante, E. (2010). Acción de filiación. Código Civil comentado. Tomo II: Derecho de Familia. 3ª edición. Lima: Gaceta Jurídica.
- Busnelli, F. (2003). Bioética y Derecho Privado. Fragmentos de un diccionario. Lima: Grijley,
- Cárdenas, R. (2015). Fecundación asistida y consentimiento informado ¿Qué tan informado es dicho consentimiento??. *Lumen*. (11), 175-193.
- Cárdenas, R. (2017). Una discutible sentencia. A propósito del fallo emitido por un juez admitiendo los contratos de alquiler de vientre. *Revista Gaceta Civil & Procesal Civil*, (48), 13-36.
- Cieza, J. (2016), Las técnicas de reproducción humana asistida. Una aproximación bioética y la necesidad de su regulación. *Revista Gaceta Civil & Procesal Civil*, 32(15), 143-178.

Chumbile, M. (2018). El derecho a la vida del embrión y la reproducción humana asistida extracorpórea en el Perú [Tesis para optar el grado académico de Abogado, Universidad Autónoma del Perú]. Repositorio institucional de la Universidad Autónoma del Perú. <https://cutt.ly/PRnJ9Lb>

De Lora, P. & Gascón, M. (2008). Bioética. Principios, desafíos, debates. Madrid: Alianza.

Delgado, A. (2019). Análisis de la maternidad subrogada desde el Derecho Civil y Derecho Constitucional [Tesis para optar el grado académico de Abogado, Universidad de Piura]. Repositorio institucional de la Universidad de Piura. <https://cutt.ly/mRnKnIJ>

Gamarra, J. (2018). Hacia una regulación de la problemática del vientre subrogante en el Perú y el derecho de familia [Tesis para optar el grado académico de Maestro en Derecho, con mención en Derecho Constitucional y Tutela Jurisdiccional, Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa]. Repositorio institucional de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. <https://cutt.ly/GRnKKHQ>

Hernández, Fernández, & Baptista. (2018). Metodología de la Investigación. México: Mc Graw Hill.

Jiménez, A. (2019). Maternidad subrogada. Propuesta de reforma al apartado 4177 del Código Civil del Estado de México [Tesis para optar el título de Licenciada en Derecho, Universidad Autónoma del Estado de México]. Repositorio institucional de la Universidad Autónoma del Estado de México. <https://bit.ly/3E33QzN>

Kemelmajer de Carlucci, A. (2003). El derecho del niño a su propio cuerpo. Bioética y derecho. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.

Lalupú, L. (2013). Las técnicas de fecundación artificial: maternidad subrogada y dignidad humana. Lima: San Marcos.

López, P. (2018). Vulneración de los derechos personales del niño por nacer o menor de edad y de los padres potenciales por ausencia de la figura legal maternidad subrogada [Tesis para optar el grado académico de Abogado, Universidad Siglo 21]. Repositorio institucional de la Universidad Siglo 21. <https://bit.ly/3G7TOiP>

Malespina, M. (2018). El interés superior del niño en el ámbito del bioderecho a la luz del D. S. N° 002-2018-MIMP *Revista Gaceta Civil & Procesal Civil*, 61(33), 147-160.

Maldonado, M. (2013). ¿Mi papá es un donante? El eufemismo del interés superior y la identidad del menor derivada de las técnicas de reproducción humana asistida. *Revista Jurídica del Perú* (152), 156-169.

Martínez, V. (2015). Maternidad subrogada: Una mirada a su regulación en México. *Dikaion*, 24(2), 353-382. <https://bit.ly/3E1Q9Ba>

Moran, C. (2005). El concepto de filiación en la fecundación artificial. Lima: ARA Editores.

- Notaro, P. (2020). Derecho a la identidad de origen y técnicas de reproducción humana asistida en Argentina. *Revista Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia*, 5(14), 151-187. <https://cutt.ly/6RnKMku>
- Notrica, F., Cotado, F. & Curti, P. (2017). La figura de la gestación por sustitución. *Revista IUS*, 11(39). <https://bit.ly/3b2G3U4>
- Pariona, T. (2019). ¿Cronograma establecido?: representaciones de maternidad según mujeres profesionales en Lima. *Anthropologica*, 37(43), 17-37. <https://bit.ly/3E20gWI>
- Rodríguez, C. & Martínez, K. (2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. *Revista de derecho Valdivia*, 25(2), 59-81. <https://bit.ly/30Rik7G>
- Rubio, M. (1999). Estudio de la Constitución Política de 1993. V Tomo. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sar, O. (2008). Derecho a la integridad personal en el Perú: Aspectos constitutivos y limitaciones. El caso de las personas privadas de libertad. *Cuestiones constitucionales*, (19), 211-282 <https://bit.ly/3psdhoA>
- Sokolich, M. (2013). La aplicación del principio del interés superior del niño por el sistema judicial peruano. *Vox Iuris* (25) 93-119.

Siverino, P. (2012). Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú. *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, 58(3), 213-220.

<https://bit.ly/3vxybUd>

Sospedra, A. (2018). La gestación subrogada en España. Cuestiones de Interés Jurídico, IDIBE,

(1), 1-48. <https://bit.ly/30Ftv36>

Varsi, E. (2013). Tratado de Derecho de Familia. Derecho de filiación. Tomo IV. Lima: Gaceta Jurídica.

Apéndices

Apéndice 1: Matriz de consistencia

TÍTULO: El contrato de gestación subrogada legitima la identidad del recién nacido, Lima-2019.

PROBLEMA	OBJETIVO	HIPÓTESIS	VARIABLES E INDICADORES	METODOLOGÍA
<p>PROBLEMA GENERAL ¿Cuál es la relación existente entre el contrato de gestación subrogada y la identidad del recién nacido, Lima-2019?</p> <p>PROBLEMAS ESPECÍFICOS</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. ¿Cuál es la relación existente entre la ausencia normativa del contrato de gestación subrogada y la identidad del recién nacido, Lima-2019? 2. ¿Cuál es la relación existente entre la verdad biológica y la identidad del recién nacido, Lima-2019? 3. ¿Cuál es la relación existente entre la jurisprudencia nacional y la identidad del recién nacido, Lima-2019? 	<p>OBJETIVO GENERAL Determinar la relación que existe entre el contrato de gestación subrogada y la identidad del recién nacido, Lima-2019.</p> <p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Analizar la relación que existe entre la ausencia normativa del contrato de gestación subrogada y la identidad del recién nacido, Lima-2019. 2. Determinar la relación que existe entre la verdad biológica y la identidad del recién nacido, Lima-2019. 3. Identificar la relación que existe entre la jurisprudencia nacional y la gestación subrogada en la identidad del recién nacido, Lima-2019. 	<p>HIPÓTESIS GENERAL Existe relación significativa entre el contrato de gestación subrogada y la identidad del recién nacido, Lima-2019.</p> <p>HIPÓTESIS ESPECÍFICAS</p> <p>H₁ Existe relación significativa entre la ausencia normativa del contrato de gestación subrogada y la identidad del recién nacido, Lima-2019.</p> <p>H₂ Existe relación significativa entre la verdad biológica y la identidad del recién nacido, Lima-2019.</p> <p>H₃ Existe relación significativa entre la jurisprudencia nacional y la gestación subrogada en la identidad del recién nacido, Lima-2019.</p>	<p>Variable Independiente X: CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA</p> <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Contrato. - Maternidad subrogada - Técnicas de reproducción asistida. <p>Variable Dependiente Y: IDENTIDAD DEL RECIÉN NACIDO.</p> <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Derecho a la identidad. - Principio de verdad biológica. - Determinación de la paternidad y maternidad. 	<p>TIPO: Básica.</p> <p>DISEÑO: Descriptiva-Correlacional</p> <p>MUESTREO:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Jueces (Corte Superior de Justicia de Lima-CSJL)(8) • Abogados (Estudios Jurídicos en Lima) (14). • Estudiantes de Derecho (Universidad Las Américas) (18). <p>Instrumentos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Encuesta. - Fichas.



Apéndice 2

INSTRUMENTO: ENCUESTA

Título: El contrato de gestación subrogada legitima la identidad del recién nacido, Lima-2019.

Nombre:.....

Profesión/Cargo/Grado Académico:.....

Institución:.....

Lugar:.....

Fecha:.....

Lea y marque según su respuesta:

N°	ÍTEM	Totalmente de acuerdo	De acuerdo	No Sabe	En Desacuerdo	Totalmente en desacuerdo
	ESCALA	-1-	-2-	-3-	-4-	-5-
Objetivo general: Determinar la relación que existe entre el contrato de gestación subrogada y la identidad del recién nacido, Lima-2019.						
1	¿Considera usted que existe relación entre el contrato de gestación subrogada y la identidad del recién nacido, Lima-2019?					
Objetivo específico N° 1: Analizar la relación que existe entre la ausencia normativa del contrato de gestación subrogada y la identidad del recién nacido, Lima-2019.						
2	¿Considera usted que la ausencia normativa de un contrato de gestación subrogada vulnera la identidad del recién nacido?					
3	¿Cree usted que debería existir una legislación de contratación de gestación subrogada en nuestro país?					
4	¿Considera usted que debería adecuarse la normativa de técnicas de reproducción asistida respecto a la identidad del recién nacido?					
Objetivo específico N° 2: Determinar la relación que existe entre la verdad biológica y la identidad del recién nacido, Lima-2019.						
5	¿Considera usted que los nacidos por gestación subrogada tienen el posterior derecho a conocer su origen biológico?					
6	¿Cree usted importante aplicable el principio de verdad biológica en los contrato de gestación subrogada?					

7	¿Considera usted que la aplicación del principio de verdad biológica atenta contra el interés superior del niño?					
Objetivo específico N° 3: Identificar la relación que existe entre la jurisprudencia nacional y la gestación subrogada en la identidad del recién nacido, Lima-2019.						
8	¿Cree usted que los jueces nacionales mediante sus resoluciones protegen la identidad del recién nacido?					
9	¿Considera usted que la jurisprudencia nacional considera los derechos de las personas que se someten a procedimientos de técnicas de reproducción asistida?					
10	¿Considera usted que debería prohibirse la práctica de la gestación subrogada en nuestro país?					

Gracias por participar.

Apéndice 3:

PROPUESTA DE PROYECTO DE LEY¹

PROYECTO DE LEY QUE REGULA LOS REQUISITOS Y PROCEDIMIENTOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

I. Exposición de motivos.

Mediante la presente iniciativa legislativa tiene como objeto regular la maternidad solidaria usando las técnicas de reproducción asistida así como legislar el derecho humano a ser madre, siendo de carácter progresivo, atendiendo y priorizando a los ciudadanos en situación de vulnerabilidad económica que deseen tener descendencia y que tengan previamente el diagnóstico de infértil y/o infértiles acreditado por el médico especialista, asimismo se evidencia que en la actual Ley General de Salud, Artículo 7°, sólo se faculta el acceso a la técnica de reproducción asistida a la madre gestante y la madre genética cuando recaiga en la misma persona que presente infertilidad y no cuando participe una tercera persona que acceda voluntaria y solidariamente a colaborar con dicha técnica mediante un vientre subrogado de carácter altruista mediante un acuerdo de voluntades basándose en las normas e impedimentos contractuales de nuestro código civil.

Es por ello que nuestra propuesta legislativa pretende regular lo expresado en el párrafo anterior modificando el artículo 7° de la Ley General de Salud e incorporando el artículo 7° A del mismo cuerpo normativo que regula el procedimiento referido al aporte genético femenino y/o gameto masculino para su concepción de al menos de algunos de los padres, para la figura de la maternidad subrogada, así también se precisa que la gestante colaboradora que voluntariamente desee llevar en su vientre al embrión, no sea considerada como progenitora, aunado a que los padres de intención presenten diagnósticos de infertilidad podrán recurrir a donantes voluntarios.

¹ Fundamentos basados en el Proyecto de Ley N° 3404/2018-CR

Ante los evidentes vacíos legislativos existentes en nuestro ordenamiento jurídico, es preciso y conveniente presentar la presente propuesta legislativa que establece los requisitos necesarios para acceder al derecho humano a fundar una familia, así como de las prohibiciones de ley para evitar la comercialización de embriones y/o gametos ya criopreservados, impidiendo así actos que favorezcan al tráfico y la trata de personas en cualquiera de sus formas.

II. Análisis costo-beneficio.

La aprobación y vigencia del presente proyecto de ley no genera costo económico al Estado y, por el contrario regula y contribuye al fortalecimiento de políticas públicas orientadas a promover y proteger el derecho a formar familia con cargo al presupuesto destinado al sector salud en caso de familias de escasos recursos que recurran a dicha técnica y de carácter progresivo conforme al presupuesto del Estado.

FORMULA LEGAL

Artículo 1°.- Objeto de la Ley.

La presente Ley tiene por objeto modificar el artículo 7° e incorporar el artículo 7-A, a la Ley N° 26842, Ley General de Salud, con la finalidad de evitar vacíos legislativos respecto a que en la actualidad sólo pueden acceder a dicha técnica las personas que presenten el diagnóstico de infertilidad. La presente ley permite salvaguardar el derecho humano a fundar una familia, así como el derecho a acceder a las técnicas de reproducción asistida, siempre que ello no afecte los derechos de terceros

Artículo 2°.- Modificación del artículo 7° de la Ley 26842, Ley General de Salud.

Modifíquese el artículo 7° de la Ley 26842, Ley General de Salud, el mismo que quedará redactado de la siguiente forma:

"Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida, la condición de madre genética y de madre gestante podrá recaer

sobre la misma persona o sobre una tercera persona siempre que los padres de intención presenten problemas de infertilidad como diagnóstico previo, debidamente certificada e informe suscrito por el médico especialista tratante, asimismo la clínica y /o hospital que realice dicho procedimiento de maternidad subrogada deberá cumplir con todos los protocolos de salud con la finalidad de evitar actos de negligencia médica, de no actuar así será considerado tercero civilmente responsable, sin perjuicios de las sanciones administrativas y penales que pudieran resultar.

De lo expuesto en el párrafo anterior, se tiene que dicho tratamiento será de carácter reservado entre las partes que voluntariamente accedan al uso de las técnicas de reproducción humana asistida de manera consensual e indubitable conforme a los artículos 43°, 44° y el 140° del Código Civil Peruano, sin fines de lucro, evitando así la comercialización de los embriones y gametos ya criopreservados y actos que favorezcan el tráfico y la trata de personas en cualquiera de sus formas.

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos."

Artículo 3°.- Incorporación del artículo 7°- A de la Ley 26842, Ley General de Salud.

Incorpórese el artículo 7°- A de la Ley 26842, Ley General de Salud, el mismo que quedará redactado de la siguiente forma:

"Artículo 7° - A.- La maternidad asistida y/o subrogada se realizará con el aporte genético (material genético femenino y/o con el gameto masculino para su concepción) al menos de uno de los padres que recurre a este procedimiento, a fin de que la mujer que voluntariamente gestará en su vientre al embrión, no sea considerada automáticamente como progenitora.

En el caso de que ambos padres de intención sean infértiles podrán recurrir a donantes voluntarios para el aporte de material genético, conforme lo permiten las técnicas médicas de reproducción humana".

Artículo 4°.- Requisitos Legales.

De los padres

De igual modo, los padres de intención implicados en este proceso de maternidad asistida, también deberán cumplir con unos parámetros:

- 1.-Ser peruanos de nacimiento o poseer la nacionalidad y/o residir legalmente en el Perú.
- 2.-Ser mayores de 24 años y menores de 47 años.
- 3.-Certificado Médico que acredite la capacidad física, mental y emocional de los padres (conforme a los artículos: 43°, 44° y el 140° del Código Civil Peruano).
- 4.-Ser pareja casada y/o en unión de hecho perfecta certificada por notario público.
- 5.-Los padres o al menos uno de ellos, deberá aportar sus genes en la fecundación. En el caso de que ambos padres de intención sean infértiles podrán recurrir a donantes voluntarios para el aporte de material genético.

De la Gestante Voluntaria

La gestante colaboradora que voluntariamente y solidariamente desee llevar en su útero el embrión para gestarlo hasta la etapa de término, deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- 1.-Ser peruana de nacimiento o poseer la nacionalidad y/o residir legalmente en el Perú, conforme a ley.
- 2.-Ser mayor de 24 años.
- 3.-Acreditar gozar de buena salud física, mental y emocional mediante certificado médico que deberá ser emitido por el especialista correspondiente.
- 4.-Haber sido madre de al menos un hijo sano antes de someterse a este procedimiento de reproducción asistida.

Artículo 5°.- Condiciones especiales para la aplicación del procedimiento de reproducción humana asistida.

La técnica de reproducción humana asistida solo deberá ser aplicado como un procedimiento excepcional cuando los padres de intención hayan agotado todos los métodos y/o procedimientos para tener descendencia, el mismo que sólo se aplicará a la mujer voluntaria cuando exista posibilidades razonables de éxito y estos no supongan riesgos graves para su salud, previo acuerdo suscrito de consentimiento de gestación voluntaria y libre.

Artículo 6°.- Del acuerdo de consentimiento de gestación libre y aceptado.

Los padres de intención y la gestante deberán suscribir un acuerdo y/o compromiso en la que se exprese detalladamente los compromisos, responsabilidades y obligaciones que deberán cumplir ambas partes durante el proceso de gestación, previo y posterior que pueda devenir del procedimiento de reproducción humana asistida, el mismo que será certificado refrendado ante notario público.

Artículo 7°.- De la filiación.

Los padres de intención deberán suscribir un acuerdo previo de consentimiento vía notarial, con la gestante voluntaria a fin de ser declarados los padres legales en el certificado de nacimiento cuando el niño nazca, prohibiéndose toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad, conforme lo dispone el último párrafo del artículo 6 de la Constitución Política del Perú.

Los padres de intención se consideran los padres legales desde la transferencia del embrión al útero de la gestante. Por lo tanto, ésta no tiene ningún derecho ni obligación sobre el bebé.

Tampoco será admisible el reconocimiento por una demanda de filiación y/o paternidad entre la gestante voluntaria y el nacido, cuando se haya suscrito un acuerdo contractual entre las partes vía notarial para someterse al procedimiento de reproducción humana asistida.

Artículo 8°.- Servicio Público de Salud para la Reproducción Asistida de carácter progresivo conforme al presupuesto del Estado

Las parejas infértiles tienen derecho a acceder a los procedimientos de reproducción humana asistida en las instituciones prestadoras de servicios de salud pública, siempre que se cumpla con los requisitos previstos en el artículo 4° de la presente ley, la misma a la que se accederá de forma progresiva priorizando los sectores de mayor vulnerabilidad económica como política pública, a fin de salvaguardar el acceso de los peruanos y peruanas al derecho fundamental de ser padres.

La práctica de cualquiera de las técnicas de reproducción humana asistida solo se podrá llevar a cabo en los hospitales y centros o servicios de salud debidamente autorizados por

la autoridad sanitaria correspondiente. Dicha autorización especificará las técnicas cuya aplicación se autoriza en cada caso.

Artículo 9°.- Vigencia de la Ley.

La presente Ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación.

Disposición final única.

Quedan derogadas todas las normas que se oponga a la disposición dada en la presente ley.

Lima, 2021.