



UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA



TESIS

“ANÁLISIS DE POSIBLES AFECTACIONES AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN
SUPUESTOS DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERÚ 2019”

PARA OPTAR AL TÍTULO DE: ABOGADO

PRESENTADO POR:

BACH. PAULINO LIMA VILLENA

ASESOR:

MGT. GENARO JULIO ALVAREZ LOPEZ

CUSCO – PERÚ

2019



DEDICATORIA

Dedico este trabajo principalmente a Dios, por haberme dado la vida y permitirme el haber llegado hasta este momento tan importante de mi formación profesional. A mi madre, por ser el pilar más importante y por demostrarme siempre su cariño y apoyo incondicional sin importar nuestras diferencias de opiniones.



AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por ser mi guía y acompañarme en el transcurso de mi vida, brindándome paciencia y sabiduría para culminar con éxito mis metas propuestas y el presente trabajo.



ÍNDICE

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
RESUMEN	ix
ABSTRACT.....	x
INTRODUCCIÓN.....	xi
CAPÍTULO I	1
Planteamiento del Problema.....	1
1.1. Descripción del problema	1
1.2. Formulación del problema.	3
1.2.1. Problema General.....	3
1.2.2. Problemas específicos.....	3
1.3. Justificación de la Investigación	3
1.4. Objetivos de la Investigación	4
1.4.1. Objetivo general.....	4
1.4.2. Objetivos específicos.	4
1.4.3. Delimitación del estudio	4
CAPÍTULO II.....	6
MARCO TEÓRICO.....	6
2.1. Antecedentes de la Investigación.....	6
2.1.1. Antecedentes nacionales.	14
2.2. Bases legales	19
2.2.1. Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas en su art. 3 y 27.1 y ratificada por el Perú.....	19
2.2.2. Declaración Universal de los Derechos Humanos.	19
2.2.3. Constitución Política del Perú de 1993: Art. 4 Art. 6.....	19
2.2.4. Código civil peruano (familia)	20
2.2.5. Código de los Niños y Adolescentes:.....	20
2.2.6. Ley N° 30466,	20
2.2.7. Ley N° 26842	20
2.2.8. Jurisprudencia Casación N° 563-2011	21
2.2.9. Sentencia de la Corte Superior de Justicia de Lima Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional.	22
2.2.10. MATERNIDAD SUBROGADA Y ALQUILER DE VIENTRES. DERECHO	



COMPARADO.....	23
2.2.10.1. Legislación sobre Maternidad Subrogada en Rusia	23
2.2.10.2. Maternidad Subrogada y Alquiler de vientres en Chile.	24
2.2.10.3. Maternidad Subrogada y Alquiler de Vientres en España.....	25
2.2.10.4. Maternidad subrogada y Alquiler de Vientres en India	26
2.2.10.5. Maternidad Subrogada y Alquiler de Vientre en Brasil	26
2.2.10.6. Maternidad Subrogada California	27
2.2.10.7. La maternidad subrogada se encuentra prohibida Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.	28
2.2.10.8. Maternidad subrogada en Francia.	28
2.2.10.9. Maternidad subrogada en Suecia.....	29
2.2.10.10. Maternidad subrogada Australia.....	29
2.3. Bases teóricas.....	29
2.3.1. Derecho de Familia.	29
2.3.2. Familia.	30
2.3.3. Concepto de familia.	30
2.3.4. Clases de familia	31
2.3.5. Definición de hijo.....	32
2.3.6. La maternidad subrogada	36
2.3.6.1. Tipos de Maternidad Subrogada	41
2.3.6.2. Maternidad Total.....	41
2.3.6.3. Maternidad Parcial	41
2.3.6.4. Técnicas de Reproducción Asistida	41
2.3.6.5. Inseminación Artificial.....	42
2.3.6.6. Fecundación In Vitro.....	42
2.3.6.7. Dignidad Humana y maternidad subrogada	42
2.3.6.8. Los “contratos” de maternidad subrogada.....	43
2.3.6.9. Controversia respecto de los contratos de maternidad subrogada.....	45
2.3.6.10. Regulación de la maternidad subrogada en el Perú.....	46
2.3.6.11. Bases históricas del Principio del interés superior del niño, niña.	48
2.3.6.12. Expresión de un consenso universal sobre el interés superior del niño.....	50
2.3.6.13. Fundamentación del principio de interés superior de los niños y niñas.	52
2.3.6.14. Definición del principio de protección del Interés Superior del Menor.	53
2.4. Formulación de hipótesis	55



2.4.1.	Hipótesis general.....	55
2.4.2.	Hipótesis específicas.....	55
2.5.	Categorías de estudio.....	56
2.6.	Definición de términos.....	56
CAPÍTULO III.....		58
METODOLOGÍA.....		58
3.1.	Diseño Metodológico.....	58
3.2.	Tipo de investigación.....	58
3.3.	Nivel de investigación.....	58
3.3.1.	Nivel.....	58
3.3.1.1.	Enfoque.....	58
3.3.1.2.	Métodos de muestreo.....	59
3.4.	Población y muestra.....	59
3.4.1.	Población.....	59
3.4.2.	Muestra.....	60
3.5.	Técnicas e instrumentos para la recolección de datos.....	60
3.5.1.	Técnica.....	60
3.5.2.	Instrumentos.....	60
3.5.3.	Descripción del instrumento.....	60
3.5.4.	Técnicas estadísticas para el procesamiento de la información.....	60
CAPITULO IV.....		61
RESULTADOS.....		61
4.1.	Análisis documental.....	61
4.2.	Guía de análisis documental.....	61
4.3.	Discusión y Resultados.....	66
4.4.	Sobre la hipótesis general y el objetivo general.....	67
4.4.1.1.	Sobre la primera hipótesis específica.....	68
4.4.1.2.	Sobre la segunda hipótesis específica.....	69
4.4.1.3.	Sobre la tercera hipótesis específica.....	70
CONCLUSIONES.....		71
RECOMENDACIONES.....		73
BIBLIOGRAFÍA.....		75
ANEXOS.....		79



ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 <i>Países donde la maternidad subrogada está permitida y prohibida</i>	39
Tabla 2 <i>Categorías de estudio</i>	56
Tabla 3 <i>Análisis N° 01</i>	61
Tabla 4 <i>Análisis N° 02</i>	63
Tabla 5 <i>Análisis N° 03</i>	64
Tabla 6 <i>Análisis N° 04</i>	65



RESUMEN

El objetivo general de la presente investigación fue, determinar las posibles afectaciones al interés superior del menor en supuestos de maternidad subrogada, los objetivos específicos están referidos a identificar y analizar la génesis y naturaleza jurídica del derecho a la procreación, analizar cómo se viene tratando jurisprudencialmente los casos de maternidad subrogada en el Perú, así como determinar los principios y normas que deben regir los procesos de reproducción asistida en el Perú.

Se formuló como hipótesis general la siguiente: “Hay posibles afectaciones al interés superior del menor en supuestos de maternidad subrogada y están relacionados con el derecho a la identidad, dignidad y desarrollo integral.”

Dentro del marco teórico se analizó doctrina peruana e internacional, así como derecho comparado que fundamentan el trabajo de investigación. La investigación fue cualitativa documental, la discusión de resultados se realizó de acuerdo a dicho enfoque.

Las hipótesis fueron validadas y la principal conclusión arribada fue:

“Hay posibles afectaciones al interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada y están relacionadas con el derecho a la identidad a la dignidad y desarrollo integral del menor”.

La recomendación fundamental está referida a considerar en el sistema jurídico peruano la postura dominante sobre la aplicación de la maternidad subrogada, de igual manera se debe tener en cuenta las implicancias jurídicas de aplicar esta técnica.

PALABRAS CLAVES: Maternidad subrogada, Interés superior del menor, Derecho a la dignidad.



ABSTRACT

The general objective of this investigation was to determine the possible effects on the best interests of the child in cases of surrogacy, the specific objectives are to identify and analyze the genesis and legal nature of the right to procreation, analyze how it is being treated jurisprudentially the cases of surrogacy in Peru, as well as determining the principles and norms that should govern the processes of assisted reproduction in Peru.

The following was formulated as a general hypothesis: "There are possible effects on the best interests of the child in cases of surrogacy and are related to the right to identity, dignity and integral development."

Within the theoretical framework, Peruvian and international doctrine as well as comparative law that underlie the research work were analyzed. The research was qualitative documentary; the discussion of results was carried out according to that approach.

The hypotheses were validated and the main conclusion reached was:

"There are possible effects on the best interests of the child in cases of surrogacy and are related to the right to identity and integral development of the child."

The fundamental recommendation refers to considering in the Peruvian legal system the dominant position on the application of surrogacy, in the same way the legal implications of applying this technique must be taken into account.

KEY WORDS: Surrogacy, superior interest of the minor, right to dignity.



INTRODUCCIÓN

Hoy en día, la tecnología ha generado la aparición de nuevos derechos civiles en relación a la vida humana como la maternidad subrogada, que es un derecho vinculado a los derechos reproductivos, al cual toda mujer infértil puede recurrir a fin de cumplir su proyecto de vida y formar una familia y de esa manera lograr tener la misma igualdad y autonomía para ejercer su voluntad.

La legislación en nuestro país debe estar regulada para frenar la vulneración del artículo 7° de la Ley N° 26842 Ley General de Salud, que aún no contempla dentro de las TERA la subrogación materna que constituye un método reproductivo. Con una regulación disminuiría la práctica clandestina de este método, porque los acuerdos que se celebren entre la madre genética y la madre subrogada, estarían amparados por Ley.

En el entorno internacional la maternidad subrogada es una práctica, vinculada al derecho a la salud reproductiva lícita en algunos países, e ilícitas en otras por considerar que las personas no son objetos.

Nuestra legislación peruana no regula la maternidad subrogada a pesar que la realidad mediante la prensa, ha puesto al descubierto casos formales e informales de “vientres de alquiler”, asimismo existen avisos publicitarios de mujeres que a cambio de dinero se ofrecen a gestar un niño que después del parto entregará, satisfaciendo mutuamente sus propios intereses, sin embargo, muchas veces se generan conflictos, entre ellos, remordimientos de entregar al recién nacido.



CAPÍTULO I

Planteamiento del Problema.

1.1. Descripción del problema

El sueño de muchas personas es convertirse en padres, sin embargo este sueño puede verse truncado cuando se presentan problemas de infertilidad e imposibilidad física, gracias a la tecnología biomédica se brinda la posibilidad de ser padres mediante la maternidad subrogada o vientre en alquiler, este método en algunos países está permitido por su legislación como en Canadá y Estados Unidos, en otros países está prohibida esta práctica e incluso en algunos países está considerado como un delito por ejemplo en Alemania y España.

En nuestro país no hay ley que la prohíba, por lo que existe un vacío legal para las personas que deseen realizar este procedimiento de maternidad subrogada o vientre en alquiler, así como sucedió a la pareja de chilenos Jorge Tovar Pérez y Rosario Madueño el año 2018, quienes fueron intervenidos en el aeropuerto Jorge Chávez del Callao y acusados por el delito de trata de personas, por haber realizado un procedimiento de maternidad subrogada en el Perú.

Recientemente en el año 2019, por los medios de comunicación tuvimos conocimiento que no solo las mujeres que no pueden ser madres biológicas acceden a este método, sino también personas de otras orientaciones sexuales que deciden tener hijos y para ello tienen que recurrir a la técnica de maternidad subrogada, como casos referenciales tenemos a los de personajes televisivos, Ricardo Morán Vargas y Ernesto Pimentel Yesquén.

Este hecho podría estar generando la vulneración del derecho de los niños en su identidad y dignidad, teniendo en cuenta que el Interés Superior del Menor está enfocado en garantizar un desarrollo integral y una vida digna del niño, niña o adolescente; en ese sentido algunas posiciones



doctrinarias sostienen que si una mujer decide alquilar su vientre ejerce su derecho a la autodeterminación reproductiva, cuando accede llevar al embrión de otras personas, entregándoles después del parto al niño que llevo en su vientre, sin embargo, con este accionar estaría atentando contra los derechos del menor o recién nacido.

Frente a ello existe otra posición a favor de la práctica de la maternidad subrogada teniendo en cuenta un concepto relativamente nuevo que es el de la identidad dinámica, definida como aquella que se encuentra en permanente construcción, en constante cambio, como lo es la edad, fisonomía, entorno socio familiar, proyectos de vida, experiencias, entre otras cuestiones, complementando a la identidad estática que está relacionada con el aspecto genético.

El Principio del Interés Superior del Niño, enunciado por el artículo 3° de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Constitución Política del Perú en su artículo 4° que prevé que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono en concordancia con el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, son fundamentos que deben tenerse en cuenta.

En ese orden de ideas corresponde analizar la posible afectación o no de los derechos de menores y su interés superior en todos los supuestos de maternidad subrogada que se vienen presentando en la actualidad, por lo que nos planteamos como problemas de investigación los siguientes:



1.2. Formulación del problema.

1.2.1. Problema General.

¿Hay una afectación al interés superior del menor en supuestos de maternidad subrogada en nuestro país?

1.2.2. Problemas específicos.

1° ¿Está la génesis y naturaleza jurídica del derecho a la procreación relacionada con los derechos humanos?

2° ¿Cómo se vienen tratando jurisprudencialmente los casos de maternidad subrogada en el Perú?

3° ¿Cuáles son los principios y normas que deben regir los procesos de reproducción asistida en el Perú?

1.3. Justificación de la Investigación

El presente proyecto de investigación está debidamente justificado por que analiza desde la perspectiva del enfoque cualitativo, doctrina, jurisprudencia y derecho comparado sobre situaciones de posible afectación al interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada o vientre en alquiler, que constituyen una realidad que se viene presentando en nuestro país por lo que resulta conveniente abordar el tema, con la finalidad de evitar posibles afectaciones al principio del interés superior del menor, cuando se invoca el derecho a la procreación y el derecho de libertad de la persona en cuanto a su desarrollo.



1.4. Objetivos de la Investigación

1.4.1. *Objetivo general.*

Determinar las posibles afectaciones al interés superior del menor en supuestos de maternidad subrogada.

1.4.2. *Objetivos específicos.*

1° Identificar y analizar la génesis y naturaleza jurídica del derecho a la procreación.

2° Analizar cómo se viene tratando jurisprudencialmente los casos de Maternidad subrogada en el Perú.

3° Determinar los principios y normas que deben regir los procesos de reproducción asistida en el Perú.

1.4.3. *Delimitación del estudio.*

- Geográfica: El ámbito geográfico donde se realizará el estudio está circunscrito al contexto del territorio peruano.
- Temporal: La presente investigación se desarrolla en el tiempo actual.
- Social: La investigación se orienta a toda la población peruana.
- Limitaciones: No existe ninguna limitación para realizar el presente trabajo de investigación.
- Aspectos éticos: En el presente trabajo se considerarán los principios éticos como son el respeto por las personas, su dignidad y la obligación de propender al mayor beneficio de los niños o adolescentes, pues analizaremos cómo es que se afectan sus derechos en casos de maternidad subrogada, con la finalidad de lograr que se generen mecanismos legales que



protejan al menor de posibles afectaciones, ello sin afectar derechos de terceros a la procreación.

- Laguna o vacío Legal: En nuestro ordenamiento jurídico la maternidad subrogada como variante de las técnicas de reproducción asistida, no tiene ningún tipo de regulación, de manera que su uso, aplicación y límites se encuentran supeditada a la ética de cada profesional de salud, generando indefensión no solo en las personas que utilizan la Maternidad Subrogada para ser padres sino también a la familia como núcleo fundamental de una sociedad, sin contar con algún tipo de seguridad Jurídica; este vacío normativo originado por la ausencia de una ley que se adapte al contexto social en el que vivimos y regule adecuadamente la Maternidad Subrogada como variante de las Técnicas de Reproducción Asistida, es advertido en la presente investigación.



CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la Investigación.

Antecedentes internacionales

Avalos (2017), En su tesis titulada “*La Maternidad Subrogada y el Interés Superior del Niño*” trabajo realizado para la obtención el título de abogada en la Universidad Técnica de Abanto de Ecuador, concluyó:

Es un procedimiento medico en el cual una mujer previo acuerdo con las partes (padres biológicos), presta su vientre para quedar embarazada y al concluir el embarazo entrega al niño a los padres que guardan un vínculo genético con el menor.

Este tipo de maternidad es un procedimiento medico muy frecuente que optan parejas las cuales no pueden quedar embarazadas, siendo la maternidad subrogada usada a nivel mundial teniendo tres formas en las que algunas naciones la permiten o prohíben.

En algunos países es un procedimiento permitido, en otros está prohibido que la mujer alquile su vientre mientras que en algunos existe restricciones o cláusulas que deben cumplir las parejas que vayan a alquilar el vientre, así como la mujer que lo alquila, uno de esos requisitos es que la madres subrogantes sea familiar y esta práctica médica se haga con fines altruistas.

Jiménez (2019) en su tesis “*Maternidad Subrogada. propuesta de reforma al apartado 4.177 bis del código civil del estado de México*” tesis realizada para la obtención Titulo en licenciada en Derecho, en la Universidad Autónoma del Estado de México.



Las conclusiones a las que arribó fueron:

Primera:

El marco teórico que se empleó para analizar nuestro objeto de estudio permitió precisar la magnitud del problema y con ello plantear una solución al proceso de la maternidad subrogada. La maternidad legal se convierte en un tema de prioridad social y de salud esencial para salvaguardar la integridad de la familia que, en el Estado de México, debe ser atendida para garantizar los derechos humanos de los niños y el interés superior del menor producto de una subrogación del vientre. Por ello, la llamada madre sustituta, o madre de alquiler, debe contar con una regulación jurídica que le permita ofrecer seguridad jurídica tanto para la madre gestora como para la madre artificial, que tienda a beneficiar al menor. La inseguridad a que ven expuestas ambos tipos de mujeres las coloca en el nivel del conflicto con serias consecuencias para los menores.

Segunda:

En el proceso de elaboración de esta tesis nos encontramos que no se vincula en la praxis la relación del menor con sus derechos humanos y con su interés superior que como menor detenta en el proceso de maternidad subrogada. Este hallazgo fue muy importante porque permitió que se incluyera en la propuesta de solución del problema que la maternidad subrogada considere estos dos aspectos vitales para asegurar no sólo el nacimiento del menor mediante esta técnica, sino también que en el seno de la familia donde se crezca y se desarrolle cuente la protección de sus derechos humanos y la estricta vigilancia del interés superior.

Tercera:

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 entre aquellos que desean ser padres

hija, ya que la naturaleza de todo ser humano en algún momento de su



vida es tener descendencia y perpetuar la especie, de esta forma verse proyectado de alguna manera, el tener un hijo, procreado por sus padres, que tendrá su carga genética y que por tanto heredará sus características físicas, le transmitirán sus costumbres y tradiciones, es decir, la línea consanguínea es algo significativo. 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. En las sociedades modernas la procreación se ha convertido en la idea de proyecto y de deseo de la mujer y del hombre. El tener un hijo es un deseo común, su realización requiere disponer de posibilidades para dar vida a un ser, a quien ofrecer una existencia digna y en caso de no poder concebir un hijo, recurrir a otros métodos, con ayuda de la ciencia, que sean de utilidad para su realización. Tener un hijo es responsabilidad de la pareja que plantea su futuro, ya que el cuidar a un bebé requiere cuidado y tiempo.

Cuarta:

Uno de los puntos de mayor discusión tiene que ver con la libertad de procrear, que independientemente de que se ubique en el artículo 4º constitucional como la libertad para planificar la familia y el número de espaciamiento de sus hijos, no puede ser limitado. Su objeto es la familia; la pareja que decida tener un hijo, ya sea naturalmente, o por alguna alternativa de los métodos de reproducción asistida como lo es la inseminación artificial o a través de maternidad subrogada, debe considerarse constitucionalmente protegida por el Estado. Todo lo que signifique una procreación humana debe contar con seguridad jurídica debidamente normada en el derecho.



Quinta:

La Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México, “Título Segundo de los Principios Constitucionales, los Derechos Humanos y sus Garantías”, 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. Bajo el principio de igualdad consagrado en los ámbitos de desarrollo humano primordiales como lo son el educativo, laboral, político, económico, social y en general, todos aquellos que dignifiquen a la persona. En este precepto normativo todo mexiquense tiene el derecho a decidir sobre la conformación de su familia y la autoridad pública debe ser garante de salvaguardar la célula básica de la sociedad, mediante reglas normativas que protejan la maternidad subrogada.

Sexta:

Por esta razón, este trabajo propone formular una humilde propuesta que permita impulsar una solución al latente mercado gestativo que pone en riesgo no sólo a la madre subrogada, sino también al hijo gestado, e incluso, la naturaleza de la misma familia. Se parte de la importancia de darle certeza jurídica a toda decisión que tome una pareja, que, por el simple hecho de no poder gestar un hijo, pueda contar con un mecanismo que les de seguridad al momento de optar por una adopción plena como es la maternidad subrogada. Los avances que se han presentado en la materia han sido lentos, si bien a nivel nacional se carece de un instrumento legal que regule el alquiler de vientre, los estados de manera local como son Tabasco, Sinaloa y Ciudad de México permiten que se practique sobre ciertas condiciones la subrogación, pero hay otros como Querétaro que la prohíbe.



Séptima:

El Estado de México no cuenta con una normatividad que la regule, por ello, se 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”. Dentro de este Capítulo se señala el procedimiento de maternidad subrogada, todo en el marco de los derechos humanos y el interés superior del menor, destacando que se formaliza con un contrato de servicios. Dentro de este capítulo se proponen definiciones básicas sobre madre gestante y madre sustituta, los requisitos para subrogar el vientre, las modalidades de subrogación según se especifique en el contrato de servicios, y, por último, el procedimiento de maternidad subrogada, todo el marco de los derechos humanos y el interés superior del menor. La maternidad subrogada tiene una gran importancia, ya que mediante ésta figura brinda a la mujer que no puede procrear hijos, la oportunidad de ser madre, si bien es cierto que la ciencia y el derecho van evolucionando constantemente de acuerdo a las necesidades y exigencias de la sociedad, por lo que en el pasado algunas cosas que se creían inmorales o contrarias a derecho, hoy ya no lo son.

Leon, (2015), en su trabajo de investigación titulada “*El futuro de la Maternidad Subrogada en Colombia: una perspectiva desde las experiencias de España y México*” trabajo de investigación presentado como requisito para optar al título de Especialista en Derecho de Familia, en la Pontificia Universidad Javeriana Bogotá.

En la que llegó a las siguientes conclusiones:

Primera:

La maternidad subrogada es una realidad de Colombia, y del mundo entero en general, la cual no puede ser desconocida por el legislador. El reconocimiento de este fenómeno social en

ídricos, sea a su favor o en su contra, conlleva a brindarle certeza a



quienes celebran este contrato y a los operadores, puesto que hace una previsión de soluciones a problemas que aún no han ocurrido pero que puede ocurrir. No obstante, para regular la maternidad subrogada es necesario reconocer la realidad colombiana, puesto que si no comprendemos en qué contexto social se desarrolla esta actividad, la ley será la que lesionará los derechos de los ciudadanos por reconocer la realidad de la maternidad subrogada en Colombia.

Segunda:

Si el legislador estudia las experiencias en materia legislativa que otros países ya han tenido, como la mexicana o la española, podrá comprender las diferentes variables que pueden ocurrir dentro de este contrato, para así poder legislar la maternidad subrogada exitosamente. De lo contrario, será muy difícil ofrecer una solución eficaz que permita garantizar los derechos de las partes del contrato que están en juego. Estas experiencias nos han permitido definir qué se debe preguntar el legislador para regular esta materia en Colombia.

Tercera:

De las experiencias mexicana y española podemos concluir podemos concluir, que mientras la legislación española y la prohibicionista mexicana busca evitar los conflictos jurídicos y éticos que podría originar la maternidad subrogada, las legislaciones permisivas mexicanas buscan reconocer la realidad social de esta práctica, también con el fin de evitar conflictos. Más allá de abogar por la prohibición o la permisión de la maternidad subrogada, el objetivo de este trabajo es mostrar como el desconocimiento de las realidades sociales de un país y el anti tecnicismo de una ley podrían conllevar a un real desconocimiento de los derechos de las partes y del menor o nasciturus, como se observa en el caso del D.F. de forma potencial.



Rivera (2015) en su tesis titulada “*Maternidad subrogada frente al principio del interés superior de los menores en la Legislación Ecuatoriana*” para optar título de abogada en la Universidad Central de Ecuador, llegó a las siguientes conclusiones:

Primera:

La esterilidad e infertilidad, constituyen en la contemporaneidad, un problema que aqueja a un porcentaje trascendente de la población mundial. La imposibilidad de procrear, por medios naturales y sin la intervención de la medicina y la ciencia, constituye un fenómeno que supone la imposibilidad para muchas parejas, de procrear y dejar descendencia. Esta cuestión, constituye desde el origen del hombre, una de sus principales metas. El perpetuarse mediante los genes, constituye un deseo innato a todo ser vivo, en la que el hombre, no es la excepción.

Segunda;

Ante ello, y con los avances de la ciencia y la técnica, el hombre ha encontrado mecanismos para lograr ayudar que el proceso de fecundación sea exitoso. Es así como surgen las Técnicas de Reproducción Asistida, constituyendo un conjunto de procedimientos mediante los cuales se logra fecundar el óvulo, a partir de la utilización de métodos científicos. No obstante, ello, estas formas, no solo no siempre son efectivas, sino que son altamente costosas, por lo que todas las parejas imposibilitadas de procrear, no pueden acceder a ellas.

Tercera:

Una solución mucho más antigua, es la adopción, institución que permite que una pareja, cumpliendo los requisitos exigidos por la legislación nacional, logran hacerse con un menor de edad, asumiéndolo legalmente como si fuera suyo, de forma tal que, a los efectos jurídicos, es como si hubiera nacido de la pareja adoptante. No obstante, esta posibilidad, no siempre es bien acogida



por las parejas, debido a lo demoroso y tedioso de los trámites, que en muchos casos duran meses, incluso hasta más de un año, lo que provoca el desistimiento de los futuros padres. Unido a ello, se encuentra la percepción de los miembros, de que al final, el menor no posee los genes de ninguno de los integrantes de la pareja.

Cuarta:

De este modo surge, la Maternidad Subrogada, como otra alternativa mediante la cual, una pareja imposibilitada para procrear, contrata los servicios de una mujer, y mediante diversos procedimientos, aquella queda en gestación, llevando al hijo de la pareja subrogante, de forma tal que en su interior posea el feto resultante de la unión del esperma y óvulos de la pareja sustituta, o al menos de uno de los dos componentes, y de esta forma, la mujer encinta se obliga a gestar al bebé durante el periodo y al nacer, deberá entregárselos a la pareja, renunciando a todo derecho sobre el mismo.

Quinta:

Esta modalidad, ha tenido innumerables opiniones en contra. Cuestiones éticas y morales que atentan contra muchos de los principios de la familia, argumentos relacionadas a lo lucrativo del acto, así como la utilización de esta modalidad para el contrabando de órganos, constituyen sin lugar a dudas, fundamentos para sostener una posición en contra. Pero no obstante ello, se ha evidenciado que ello se produce, cuando la legislación en torno al fenómeno es inexistente, o insuficiente, para dar una respuesta efectiva al mismo.

Sexta:

Ecuador no es la excepción a este fenómeno. A pesar de que no se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la Maternidad Subrogada tiene un sitio importante al interior



de la sociedad, pues investigaciones serias al respecto, así como búsquedas en las redes sociales, aportan sin lugar a dudas datos suficientes de que el fenómeno se está manifestando en el país, ajeno a la legalidad de lo que los procedimientos derivados suponen.

Séptima:

Una de las principales consecuencias nocivas es el impacto que posee sobre el interés superior de menor. Este, entendido como todo lo que le beneficia, se encuentra vulnerado en la Maternidad Subrogada. La inexistencia de una normativa que ordene y regule la cuestión, las parejas deben acudir a centros médicos o a prestadores de salud, que en precarias condiciones deben realizar los procedimientos para lograr que la madre gestante quede embarazada. o, al nacer el menor, se encuentra en un estado de indefensión, pues queda la duda de cómo es que se logra cambiar los apellidos en el acta de nacimiento, con las consecuentes repercusiones en el registro civil.

2.1.1. Antecedentes nacionales.

Huyhua (2018) en su tesis titulada “*Maternidad Subrogada en las familias monoparentales y su implicancia en el Interés Superior del Niño, Independencia*” tesis para obtener título de abogada en la Universidad de Cesar Vallejo Lima, concluyó que:

La maternidad subrogada afecta el interés superior del niño, conformé a las entrevistas y análisis documental refieren que los nacidos por esta práctica se ve afectados en su identidad, filiación y efectos sucesorios, anexos a la maternidad subrogada, por la modalidad de maternidad subrogada a ser practicada, si la carga genética pertenece a los padres intencionales la prueba de ADN determinara que el niño es hijo de estos, sin embargo si la carga genética no corresponde a los padres intencionales, no existirá una vinculación con el menor.



Saavedra, (2017), en su tesis titulada “*Aspectos Jurídicos Relevantes en la Maternidad Subrogada: Un Análisis a la Realidad Peruana*” tesis para obtener el título de abogada en la Universidad César Vallejo, concluyó que:

Se puede concluir que la ausencia de un marco normativo que se encargue de regular la Maternidad Subrogada como variante de las Técnicas de Reproducción Asistida ha suscitado conflictos respecto a cómo establecer la filiación materna de los niños nacidos mediante el uso de esta técnica; si la filiación corresponde a la mujer que alumbró a un bebé con quien no comparte material genético o si corresponde a la mujer que aportó su óvulo y además comparte material genético con el bebé pero debido a problemas físicos, biológicos en su sistema reproductor no puede llevar a cabo el proceso de gestación.

Villamarín, (2015) en su tesis titulada “*La maternidad subrogada en el Perú: ¿Problema o Solución?*”, para optar por el título profesional de Abogado en la Universidad Católica Santa María de Arequipa.

Primera:

La regulación sobre técnicas de reproducción asistida, específicamente en lo que se refiere a la maternidad subrogada, es casi nula en nuestro ordenamiento jurídico; por cuanto la única disposición normativa al respecto es la prevista en el artículo 7° de la Ley N° 26842 - Ley General de Salud, a pesar que esta materia está orientada al tratamiento de la infertilidad, que es considerada la quinta mayor discapacidad, e involucra el ejercicio de distintos derechos fundamentales, argumentos que sustentan su necesidad de ser regulada.



Segunda:

La naturaleza de los contratos de maternidad subrogada corresponde al ámbito civil, en tanto las prestaciones que regula versan sobre conductas que ambas partes deben realizar, siendo que una de ellas, conformada por el o los padres intencionales, asume la obligación de proporcionar a la otra, la gestante, los suficientes recursos económicos para cubrir los gastos derivados del embarazo; en consecuencia, esta última se compromete a llevar a cabo la gestación y, a su término, a entregar al recién nacido a sus padres intencionales; por lo que su intervención se resume únicamente en desarrollar la función gestacional.

Tercera:

Las técnicas de reproducción asistida no han sido materia de regulación especial en el ordenamiento jurídico peruano; mientras que, en la legislación española se advierte la existencia de la Ley 14/2006, que desarrolla ampliamente distintos aspectos relacionados a las técnicas de reproducción asistida, dentro de los que incluye a la maternidad subrogada, siendo que para este caso sanciona todo contrato de esta naturaleza con la nulidad absoluta; no obstante, admite la inscripción de menores nacidos como resultado de contratos de subrogación; por tanto, podría afirmarse que, implícitamente, reconoce la filiación a favor de los padres contractuales.

Cuarta:

El derecho a ser padre, entendido como la facultad de toda persona para decidir lo relativo a la formación de una familia y a ser o no padre biológico, involucra la determinación de la propia persona sobre futuros eventos en su vida; asimismo, la autodeterminación reproductiva está relacionada con la libertad de toda persona para decidir sobre aspectos vinculados a la procreación, en la medida que permite establecer cómo, cuándo y con quién desea reproducirse una persona; en



suma, ambos derechos responden a una sola razón, la libertad que toda persona debe tener para fomentar su personalidad en el ámbito personal, el cual está protegido bajo, el más genérico, derecho a la vida privada.

Quinta:

La libertad de las partes para determinar el contenido de los contratos de maternidad subrogada, ante la ausencia de una regulación específica al respecto, implica un mayor riesgo para la vulneración de derechos fundamentales; en la medida que, no existirá obstáculo que impida la configuración de supuestos que puedan devenir en la explotación económica o comercial de la función generativa de la mujer, o que signifiquen la imposición de cláusulas abusivas que desconozcan la dignidad no sólo de la gestante, sino del menor nacido como resultado de la subrogación; es por ello que la regulación en sobre maternidad subrogada debe ser entendida como urgente y necesaria, y, además, debe estar orientada a garantizar la plena eficacia de los derechos fundamentales involucrados, así como el debido respeto a la dignidad humana.

Cabrera, (2018) en su tesis titulada *“La Tipificación de la Maternidad Subrogada como garantía para la no afectación de los Derechos del niño y niña”* para optar al título de abogado en la Universidad Cesar Vallejo de Lima. En la que llegó a las siguientes conclusiones:

Primera:

Se ha analizado que la tipificación de la maternidad subrogada no constituye un factor determinante para evitar afectaciones a los derechos del niño y niña reconocidos en la Constitución en su artículo 2 inciso uno derecho a la identidad e integridad y en la Convención de los Derechos del niño, conformé a las entrevistas y análisis documental refieren, ya que si se impusiera sanciones sin regulación previa que posibilite el acceso adecuado para aquellos



impedidos naturalmente de procrear, ello no reduciría su práctica clandestina debido a la búsqueda de las personas de generar descendencia.

Segunda:

Se ha explicado de qué manera la maternidad subrogada afecta el derecho a la identidad del niño y niña reconocido en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución, conforme a las entrevistas y análisis documental señalan, debido a que esta práctica principalmente en su tipo heterólogo conlleva a la disociación de identidad de estos menores con los recurrentes alterando lo que establece la ley dado la participación de diversas personas que se da para consumir la procreación; de la misma forma el anonimato de los donadores de gametos en esta práctica perjudica el acceso al conocimiento de su ascendencia biológica.

Tercera:

Se ha explicado de qué manera la maternidad subrogada afecta el derecho a la integridad del niño y niña, reconocido en el artículo 2 inciso 1 y el derecho a la salud reconocido en el artículo 7 de la Constitución, conforme las entrevistas y análisis documental indican, debido a que el apartamiento del menor de quien lo gestó altera su integridad física impidiendo su buen funcionamiento al no recibir adecuadamente la alimentación que le proporciona la madre gestante mediante la leche materna posibilitando la generación de infecciones que no solo altera su salud si no que puede ocasionar perjuicios severos en su integridad fisiológica.



2.2. Bases legales

2.2.1. *Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas en su art. 3 y 27.1 y ratificada por el Perú.*

Artículo 3. “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

Artículo 27 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2.2.2. *Declaración Universal de los Derechos Humanos.*

Artículo 16 inciso 3) La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado

2.2.3. *Constitución Política del Perú de 1993: Art. 4 Art. 6.*

Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

Artículo 6.- Política Nacional de población. Paternidad y maternidad responsables. Igualdad de los hijos La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a



decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. (...)

2.2.4. Código Civil peruano (Libro de Derecho de Familia)

Artículo 233.- La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú.

La familia nace de la unión de dos personas, esta unión puede ser bajo la institución del matrimonio o unión de hecho que sin estar casados hacen una vida en común, los hijos que nazcan de esta relación serán amparados por la ley. Por lo tanto, el Estado deberá que brindar la mayor protección a la institución familiar.

2.2.5. Código de los Niños y Adolescentes:

Artículo IX Interés Superior del Niño y del Adolescente.

En toda medida concerniente al niño y adolescente que adopte el Estado a través del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, Ministerio Público, Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el interés superior del niño y adolescente y el respeto a sus derechos.

2.2.6. Ley N° 30466,

Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño.

2.2.7. Ley N° 26842

Ley General de Salud



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

Ley N° 26497 Orgánica del Registro Nacional de identificación y estado civil.

2.2.8. *Jurisprudencia Casación N° 563-2011.*

Interpuesto por la señora Zenayda Castro Muñoz contra el matrimonio conformado por don Giovanni y doña Dina Felicitas Palomino; la acción consiste en la solicitud de la medida de adopción por excepción de la menor Vitoria Palomino Castro, situación a la que se llegó por el uso de acuerdo de maternidad subrogada entre los previamente mencionados.

La pareja manifestó que la menor está bajo sus cuidados desde que la madre les entregase a ellos, doña Zenayda manifestó querer recuperar la custodia de su hija oponiéndose al proceso de adopción de los solicitantes manifestando que no procede tal acción ya que el padre biológico fue quien solicitó la realización del vientre de alquiler, por lo que la controversia se llevó a sala para ser evaluada por los magistrados. La sala expresa de forma reiterativa ya que el acuerdo pactado por las partes se toma en inmoral y en contravención al orden público y lo establecido por las normas civil, en igual medida señaló que las decisiones a tomarse iban estar orientadas en el interés superior de la menor.



2.2.9. Sentencia de la Corte Superior de Justicia de Lima Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional.

Expediente: 06374-2016-0-1801-JR-CI-05

Demandante: francisco David Nieves Reyes y

Otros Demandado: RENIEC.

Del expediente N 06374-2006 se puede advertir que ante la respuesta negativa de la RENIEC, los demandantes recurren en vía de amparo, fundamentando su recurso, en la afectación del derecho a la identidad de los menores y en el amparo del principio del interés superior del niño, para lograr la rectificación de las partidas de nacimiento de sus hijos.

Debe entenderse por interés superior del niño a la plena satisfacción de sus derechos, la protección integral y simultanea de su desarrollo integral y la calidad o nivel de vida adecuado.

El juez tuvo en cuenta el principio del interés superior del niño y el respeto de sus derechos y por tanto determinó que la niña debía tener una familia con el pre adoptantes cuya solvencia moral y salud física estaba acreditada.

Por todo lo anterior, el juzgado decidió declarar fundada la demanda de amparo, anulando las actas de nacimientos de los menores en cuestión imponiendo el pago de costos y ordenando al RENIEC que inscriba en el plazo de dos días que emita nuevas partidas de nacimiento de os menores de iniciales L.N.N.R y C.D.N.R.



2.2.10. MATERNIDAD SUBROGADA Y ALQUILER DE VIENTRES. DERECHO COMPARADO.

2.2.10.1. Legislación sobre Maternidad Subrogada en Rusia

Existen muy pocos países en el mundo donde alquilar un vientre es legal, Rusia es uno de ellos desde el año 1995, aquí mencionaremos los aspectos legales relevantes de dicha legislación, una de las clínicas más importantes de dicho país nos proporciona la siguiente información: “La Federación de Rusia es uno de los pocos países en los que el alquiler de vientres es absolutamente legítimo y va regulado por la legislación vigente. Los aspectos legales de la gestación subrogada se rigen por el Código de Familia ruso (artículos 51.4 y 52.3), la Ley N°. 5487-1 “Sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia” (artículo 35) y la Ley Federal N°. 143-FZ “Sobre las actas de estado civil” (artículo 16.5)”. La legislación establece que pueden ser madres de alquiler sólo las mujeres entre 29 y 35 años de edad. Deben tener al menos, un hijo propio sano, una buena salud. Antes de que se ponga en marcha un programa de gestación subrogada, los promotores del mismo y la madre de alquiler deben otorgar por escrito su consentimiento informado para la adhesión al programa y concertar un contrato de prestación de servicios médicos. Tras el nacimiento del niño, la madre sustituta debe dar su autorización para que los promotores sean inscritos por el Registro Civil como padres del nacido.



2.2.10.2. Maternidad Subrogada y Alquiler de vientres en Chile.

En Chile no existe una norma que prohíba expresamente la maternidad subrogada, como sucede en otros países. Su ley de filiación al igual que en Argentina establece que la madre es la que da a luz al niño. Tampoco existe la posibilidad de la adopción directa, es decir la posibilidad de acordar entre los padres del niño y los adoptantes sin la intervención de una institución estatal, en este caso Sename (Servicio Nacional de Menores de Chile). Sin embargo, se pueden encontrar disposiciones legales que hacen referencia a las técnicas de reproducción asistida como ocurre con el artículo 182 del Código Civil chileno, incorporado por la ley 19.585 de 1998, el cual dispone que: “El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta.” Como se puede observar, la norma sólo se limita a establecer los efectos filiativos derivados de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, pero nada señala acerca de los alcances y límites de éstas. No obstante, de la lectura de la norma antes transcrita, se pueden desprender las siguientes conclusiones: Se excluye cualquier efecto filiativo respecto del hijo nacido mediante las técnicas de reproducción asistida a parejas homosexuales, al señalar la norma: “...el hombre y la mujer que se sometieron aquellas.” (Art. 182, Cód. Civ. chileno). No se realiza distinción alguna respecto a las parejas matrimoniales y no matrimoniales, permitiendo el acceso a las técnicas de reproducción asistida a las uniones de hecho entre un hombre y una mujer. En el inciso 2º del art. 182 del Cód. Civil chileno, al señalar “ni reclamarse una distinta” reconoce la intervención de un tercero en la fecundación, es decir, a un donante, dando cabida a la fecundación heteróloga.



2.2.10.3. Maternidad Subrogada y Alquiler de Vientres en España.

La ley española 35 (ley 35/1988 de Reproducción Humana Asistida), del 22 de noviembre de 1988, al igual que la actual ley 14 (ley 14/2006 de Reproducción Humana Asistida), del 26 de mayo de 2006, que la deroga, mantiene el criterio prohibitivo de la maternidad subrogada por sustitución. Si bien es una legislación 46 prohibitiva, en los últimos años permitió el registro de niños nacidos en otros países. El actual art. 10 de la ley 14 prohíbe expresamente, la gestación por sustitución en los siguientes términos: “art. 10: Gestación por sustitución. 1) Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor de un contratante o de un tercio. 2) la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto. 3) Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. En el año 1997 se creó la Comisión Nacional de Reproducción Humana asistida. Se trata de “un órgano colegiado definido como de carácter permanente y consultivo en su propio decreto de constitución, fue prevista en el artículo 21 Ley 35/1988, de 22 de noviembre por la que se regulan las técnicas de reproducción humana asistida, para orientar acerca de la utilización de esas técnicas y colaborar con las Administraciones Públicas Sanitarias en lo relativo a dichas técnicas y sus derivaciones científicas”. La creación de este organismo ha significado un aporte importante en la discusión de las materias relacionadas con las técnicas reproducción asistida en España, debido a la especialización de dicho organismo, que además de establecer criterios jurídicos y éticos para la procedencia de las técnicas de reproducción asistida, cuenta con una Comisión Técnica Permanente de cinco miembros, los cuales aportan los conocimientos científicos necesarios para la mejor comprensión y toma de decisiones en los temas de su competencia.



2.2.10.4. Maternidad subrogada y Alquiler de Vientres en India

En India, la comercialización de la reproducción asistida en todos sus formatos, se legalizó en el 2002. Por lo cual este país se ha convertido en un país que atrae el turismo reproductivo de gran parte del mundo. La India solo exige que los países de origen de las parejas emitan un certificado oficial que reconozca a la maternidad subrogada como una práctica legal en su territorio. Este último cambio en la legislación India provocó que en el 2013 una pareja de españoles, no pueda regresar con los niños nacidos en la India producto de un alquiler de vientres, debido a que España no puede emitir dicho certificado. A su vez la legislación India estableció que las parejas que pretenden acceder a este tipo de programa de reproducción, deben ser heterosexuales, llevar dos años de casados, tener un visado médico para ingresar a la India. Las empresas Indianas están preparadas para ofrecer este servicio por lo que cuentan con todos los resguardos legales para asegurarle a los clientes que la mujer contratada no podrá realizar ningún tipo de demanda para quedarse con el bebé. Uno de los resguardos legales para los “padres clientes”, según los lineamientos emitidos por el Consejo Indio de Investigación Médica, las madres sustitutas firman un documento por el cual renuncian a los derechos sobre cualquier hijo. Su nombre ni siquiera aparece en el acta de nacimiento.

2.2.10.5. Maternidad Subrogada y Alquiler de Vientre en Brasil

En enero de 2011 se admitió la posibilidad de procrear a merced de un “vientre solidario”, la resolución CFM n 1358/92 del Consejo Federal de Medicina, estableció en su sección VII – Sobre la gestación de sustitución (donación temporaria de útero)- que, las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. En estos casos, la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica, en una



relación de parentesco hasta el segundo grado; los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina. Asimismo, se prohíbe expresamente el carácter lucrativo de esta práctica. De acuerdo con el art. 199, parágrafo 4 de la Constitución Federal, el cuerpo humano y sus sustancias constituyen objetos fuera del comercio y, en esa inteligencia la gratuidad será un presupuesto de legalidad.

2.2.10.6. Maternidad Subrogada en California

California es considerado el Estado más liberal en esta materia, donde las parejas pueden recurrir a la maternidad subrogada a través de una agencia o de forma particular. La agencia más importante en este campo es Center for Surrogating Parenting, la cual ofrece los servicios médicos y jurídicos necesarios. De acuerdo con la legislación californiana, el dinero que recibiría la madre gestante no correspondería a un “pago” contractual, sino a una “compensación” por todos los gastos que implica un embarazo. Se permite, además, la inscripción del nacimiento y de la filiación de los padres que han acudido a la figura de la maternidad subrogada en la Dirección Registral Californiana sin que sea impedimento para ello que los padres sean heterosexuales u homosexuales. Muchas parejas de diversas partes del mundo, viajan hasta California para celebrar un pacto de subrogación de maternidad, cuando la legislación de su propio país se los prohíbe o bien no lo regulan. Esta situación se ha denominado “el turismo procreativo.”, ya que en este Estado se brinda la seguridad jurídica necesaria para la 49 celebración de un contrato de maternidad subrogada, al regularse los efectos del mismo, ya sea, respecto a la determinación de la filiación del hijo nacido mediante esta técnica de reproducción asistida o bien frente al incumplimiento del contrato, más allá de los efectos que el pacto tendrá en el país de origen de las partes que lo celebran.



2.2.10.7. La maternidad subrogada se encuentra prohibida Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

En este caso, se sostuvo que la maternidad subrogada es moralmente repugnante en razón de que en ella el móvil es el dinero y no el amor, lo que pervierte la relación que debe existir entre una mujer y un hijo. Es así que en la Surrogacy Arrangements Act, de 1985, se prohíbe la publicidad y gestión comercial encaminada a fomentar y a ayudar a que se convenga un acuerdo o contrato de maternidad subrogada. Sin embargo, mediante la recomendación 54 se señala que a las legislaciones deben otorgar la maternidad a la mujer de quien nazca el niño y que el “donante de óvulo no debe ostentar derecho ni obligación alguna en relación con ese niño”. Actualmente la ley británica permite los procesos de subrogación uterina con restricciones como son: que se debe tratar de británicos y deben residir en el país.

2.2.10.8. Maternidad subrogada en Francia.

En este país el proyecto de ley presentado a la Asamblea Nacional Francesa el 18 de mayo de 1984, en su art. 2° proclama la nulidad de pleno derecho de cualquier convención acerca de la concepción del hijo, fecundación y embarazo de la mujer”. La ley francesa “Code de la Santé Publique” prohíbe la maternidad subrogada. Sin embargo, existe un proyecto de ley en estudio para legislar el tema de las “madres de alquiler”, a raíz de que se han presentado situaciones reales. Silvana María Chiapero (2012, p. 110) cita el caso en el cual el 25 de octubre de 2007 la justicia reconoció a Sylvie et Dominique sus derechos como “padres” de las gemelas que tuvieron gracias a una madre de alquiler californiana. Los políticos franceses comprendieron que es necesaria una legislación.



2.2.10.9. Maternidad subrogada en Suecia

La Comisión nombrada por el gobierno en diciembre de 1981 para el estudio de la inseminación artificial y fecundación in vitro, cuyo informe sirviera de base para la ley que entro en vigor en marzo de 1985, consideró a la maternidad en sustitución como indeseable fenómeno, porque los niños son tratados como objetos de comercio, lo cual éticamente indefendible.

2.2.10.10. Maternidad subrogada en Australia

El estado de Victoria es el único que ha legislado, por la Infertility Medical Procedures Act, 1984, la nulidad de un contrato de maternidad subrogada.

2.3. Bases teóricas

2.3.1. Derecho de Familia.

El derecho de familia se refiere a las normas de orden e interés social que regula y protegen a la familia y a sus integrantes, así como su organización y desarrollo integral, sobre la base del respeto a los derechos de igualdad, no discriminación y respeto a la dignidad humana, en orden a lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los instrumentos internacionales de derecho humanos ratificados por México, aplicables a la materia, fundamentalmente en el pacto Internacional de Derechos civiles y políticas, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar de la violencia familiar y la mejora en la calidad de vida de os integrantes dela familia. El derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas (<http://www.juridicas.unaman.mx.pdf>).



2.3.2. *Familia.*

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad que como constitucionalmente se establece, requiere de protección al igual que sus integrantes; esto en atención y provecho de los individuos que la conforman, cumpliendo así con la fundación social que le corresponde.

Es decir que el interés familiar debe entenderse como el medio de protección del interés y derechos de los miembros del núcleo familiar. Sobre la base de que se cumpla con los fines familiares, que son: la asistencia mutua, la solidaridad, la convivencia, la subsistencia, la reproducción, la filiación familiar, los fines morales y de socialización, la relación afectiva, la educación, la unidad y la formación de un patrimonio. (<http://www.juridicas.unaman.mx.pdf>)

2.3.3. *Concepto de familia.*

Desde punto de vista social suele definirse como la institución formada por persona unida por vínculo de sangre y los relacionados con ellos en virtud de intereses económicos, religiosos o de ayuda. Si consideramos las tendencias actuales, ampliaríamos el concepto, ya que dichas uniones no solo se dan por el vínculo de sangre sino también de simple solidaridad, cuando cumplen con el elemento de validez y existencia, como el que sea o se considere un unión estable, publica y voluntaria, y que cumpla con la obligación de proteger a sus integrantes identificándolos en la comunidad donde se desarrolla e interactúan como un solo núcleo solidario para tales efectos.(<http://www.juridicas.unaman.mx.pdf>)



2.3.4. *Clases de familia*

- A. **Nuclear:** El término familia nuclear hace referencia al grupo de parientes integrado por un progenitor, es decir, el padre y madre y sus hijos.
- B. **Monoparental:** Es aquella que se integra por uno solo de los progenitores, la madre o el padre y los hijos. En esta, los hijos pierden contacto con unos de los padres, ya sea prolongada o definitivamente
- C. **Extensa o ampliada:** Está conformada por los abuelos, los padres, los hijos, los tíos y los primos. Los miembros de la familia extensa están en contacto permanente, puedes vivir varias generaciones en la misma casa o predio. Se relaciona o interactúa como red de apoyo, sobre la base de la ayuda mutua.
- D. **Ensamblada:** Aquellas familias integradas por familiares reconstituidas, por dos familias monoparentales, por miembro del núcleo familiares previos, que al separarse se unen nuevamente, de hecho o de derecho, con nuevas personas o grupos familiares formando el ensamble o una nueva estructura de familiar, sin que ello obste para que subsistan, salvo por disposición en contrario de la autoridad judicial, la obligaciones derivadas de los vínculos jurídicos originados respectivamente, en su caso .<http://www.juridicas.unaman.mx.pdf>.
- E. **Homoparental:** Es aquella en la que los miembros de una pareja del mismo sexo se convierten en los progenitores de uno o varios niños. Hay que indicar que el prefijo griego homo quiere decir el mismo, como las palabras homosexual, homólogo u homónimo.

Las parejas homoparentales pueden ser de padres o madres porque han adoptado un niño, a través de la maternidad subrogada o como consecuencia de la inseminación artificial en el caso de las mujeres (Javier, 2016).



2.3.5. *Definición de hijo:*

Es el descendiente en primer grado de una persona, también se llama a aquel ser humano con afinidad a su madre y de su padre; esta situación implica una relación de consanguinidad entre padres e hijos. De alguna manera, todos los seres humanos somos hijos de alguien, ya que todos tenemos padres, aunque los mismos ya hayan fallecido o se encuentren lejos de sus hijos porque viven en un lugar lejano, o en su defecto porque se hayan peleado y no tengan contacto. Consiguientemente veamos los tipos de hijo:

- A. Hijo matrimonial:** El artículo 361 del Código Civil refiere que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución tiene por padre al marido, en consecuencia, serán, matrimoniales los hijos nacidos durante el matrimonio, aunque hubieran sido concebidos fuera de él, y lo serán los nacidos después de la disolución del matrimonio si han concebido durante su vigencia.
- B. Hijo extramatrimonial:** Son aquellos menores de edad que nacieron fuera del matrimonio y reconocidos o declarados Judicialmente por ambos padres.
- C. Hijo putativo:** Es aquel sujeto nacido dentro de un matrimonio supuesto como si tuviera apariencia de legal, sin que en realidad lo sea, pero este matrimonio. es nulo por algún impedimento y disuelto por divorcio.
- D. Hijo adoptivo:** Es aquel menor que es acogido por una pareja quienes deben tener como mínimo 2 años de convivencia. El hijo adoptivo tiene los mismos derechos y obligaciones que el hijo por naturaleza.

➤ **Derecho a la Identidad**

Desde el momento de su nacimiento, toda persona tiene derecho a obtener una identidad. La identidad incluye el nombre, el apellido, la fecha de nacimiento, el sexo y la nacionalidad. Es



la prueba de la existencia de una persona como parte de una sociedad, como individuo que forma parte de un todo; es lo que la caracteriza y la diferencia de las demás tal como señala en artículo 2 inciso 1 de la constitución política del Perú.

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) establece, por ejemplo, que “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”. Incluso obliga a que el Estado se comprometa a respetar el derecho del niño, a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares.

➤ **Derecho a la Dignidad**

El Artículo 1° de la Constitución sobre la dignidad señala, que es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; asimismo la dignidad humana es un valor y un derecho innato, inviolable e intangible de la persona, es un derecho fundamental y es el valor inherente al ser humano porque es un ser racional que posee libertad y es capaz de crear cosas

➤ **Derecho de desarrollo integral**

Es necesario que las políticas y los programas diseñados para niños y niñas en la primera infancia, tengan un enfoque integral, es decir, que incluya todas las áreas de crecimiento: perceptivo, lingüístico, físico, mental, emocional y social. Es un enfoque que busca asegurar que cada niño y niña sea saludable, que esté bien nutrido, y que viva en un medio ambiente limpio y saneado.



➤ **Derecho a la liberad**

Fundamentales es la libertad de opinión, de expresión, de circulación, de pensamiento, de consciencia, de religión y el derecho a la vida privada.

➤ **El derecho a la procreación en el Perú**

En la actualidad no existe en el Perú un ordenamiento específico sobre las técnicas de reproducción asistida. Es importante mencionar que la Constitución Política del Perú está por encima de todo ordenamiento jurídico. Los Tratados Internacionales son jerárquicamente de rango superior a las leyes, pero son de rango inferior a la Constitución. En consecuencia, las leyes son de rango inferior a la Constitución.

En el caso de la Ley General de la Salud, en su art. 7, no se puede soslayar que es general e indeterminada y establece lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida, siempre que la condición de madre genética y madre gestacional recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción humana 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.

El Código de los Niños y Adolescentes en el art. 1 establece que todo niño y adolescente tiene derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico o mental.

La Constitución Política del Perú en los arts. 2 inciso 1 y 4 establece el Interés Superior del Niño. De igual modo, establece en el art. 7 que todos tienen derecho a la protección de su salud.



El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, ONU, desarrolla lo que significa el derecho a la protección a la salud, no en términos estrictamente de enfermedades sino en lo que respecta a la salud sexual y reproductiva

Poder acceder a tratamientos de infertilidad, significa poder ejercer los derechos reproductivos, el derecho a la salud tanto sexual que es el bienestar físico, emocional, mental y social según la definición de la Organización Mundial de la Salud y la salud reproductiva, contempla que en el caso la persona tenga problemas en su salud reproductiva tendrá derecho a decidir sobre el tratamiento médico más adecuado como se establece en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo.

De igual modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que “la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres”. Resultado Legal Abogados hace mención que a los tratamientos de fertilidad no solo asisten mujeres sino también varones quienes tienen los mismos derechos a realizarse como padres. El estrés y las exigencias de la modernidad hacen que desde algunos años los hombres también presenten algunos problemas. (Estudio jurídico de Alemania: Sandweg).

En conclusión, toda persona tiene derecho a acceder a la ciencia y a la tecnología médica ya que tiene autonomía reproductiva, derecho a la vida privada y a formar una familia. Estos derechos están ligados a los derechos civiles y políticos, derecho a la vida, a la libertad, a la privacidad, respecto a la vida familiar y a la no discriminación. Es preciso mencionar que en el Perú debería existir una Ley de Reproducción Asistida propia como ya lo tienen otros ordenamientos jurídicos.



2.3.6. *La maternidad subrogada*

Antecedentes históricos de la técnica de maternidad subrogada.

El primer antecedente de gestación de esta naturaleza, se produjo en la sociedad de préstamos de úteros que se denominó Surrogate Parenting Associates, creada por Levina en Louisville – Kentucky, donde en 1980 se logró el primer programa coordinado de maternidad subrogada, en la que la madre subrogada era a la vez la donante del óvulo y se sometía a inseminación artificial con el espermatozoides del hombre solicitante del programa, el primer embarazo fue un éxito y nació un niño sano, es así que la agencia logra renombre y comenzaron a formalizarse contratos en los que se elegía a una madre gestante la misma que se obligaba a ser inseminada, gestar y alumbrar al niño y luego entregarlo a quienes habían solicitado sus servicios. Para que el sistema se encuentre revestido de legalidad, el niño era entregado al padre y luego la esposa de ese debía adoptarlo y solo se permitía cuando la mujer tuviera una incapacidad total para gestar. Después de conseguir este embarazo exitoso, la técnica se hizo muy popular e instituciones similares comenzaron a través de contratos y posibilidades de remunerar a la madre gestante, incluso en Londres no se permitía que la madre gestante tuviera algún contacto con aquellos que iban a recibir al niño. Una característica esencial salta a la vista en todo su proceso histórico y de formalización de esta TERAs, a pesar de los múltiples problemas de paternidad y maternidad, la realidad biológica y el componente genético del niño nacido mediante esta técnica la solución, al menos inicial, siempre se inclinaba por otorgar la plena paternidad al donante del material genético masculino, quien siempre será el padre, mientras que la maternidad se resolvía mediante un proceso judicial de adopción, de esa manera la filiación quedaba subsanada. (Carcaba, 1995, p.165- 166).



Beatriz Boza, citada por Marcial Rubio Correa establece que la reproducción humana asistida engloba diversos procedimientos y tecnologías, entre los que se destacan la inseminación artificial, fertilización in vitro, transferencia de embriones, cesión de vientre, la preservación de gametos y embriones, en si las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, permiten que no exista vínculo entre fecundación y relación sexual; que pueda ser padre quien no tiene relaciones sexuales con la madre, y que pueda ser madre genética una mujer que no fue la madre gestante y, por lo tanto, la que dio a luz.(Rubio, 1996, p.18).

Concepto

Para precisar el concepto de maternidad subrogada, es necesario entender previamente la definición de maternidad, para ello la (RAE, 2016) define la maternidad como “el estado o cualidad de madre”, de lo que se colige que es la mujer que alumbró un hijo, así como la relación existente entre ambos, por lo que se entiende que madre es, además de ser la mujer que engendra; es la encargada de cuidar y proteger al nuevo ser.

La maternidad se encuentra adherida a la institución jurídica de la filiación la cual es la relación jurídica que vincula a los padres con los hijos.

La Real Academia Española. (2016). define subrogar como “sustituir o poner a alguien en lugar de otra persona”, de lo cual tenemos que la subrogación consistiría en el reemplazo de la madre genética durante el periodo de la gestación.

Sánchez (2010), sobre la maternidad subrogada sostiene:

Se llama maternidad subrogada, gestación de sustitución o alquiler de útero el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o



compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido en favor de otra mujer que figurará como madre de éste. (p. 136).

Por su parte Calva (1989) define a la Maternidad Subrogada como: “El caso de la mujer fértil que acuerda ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado y gestar y dar a luz el hijo que una vez nacido será entregado al dador de semen y su esposa”. (p.45).

Reyes (2008), menciona que la maternidad subrogada es el acto de sustituir a una que no puede concebir por otra que se convierte en madre gestante.

Castillo (2007) manifiesta que mal nombrada vientre de alquiler, indica que es el proceder de una mujer que gesta en su vientre a un niño para otra, y a la hora del nacimiento se entrega al bebe, autorizada por la legislación señalada.

La maternidad subrogada consiste en utilizar a una mujer por la cual se reemplaza a la madre genética, (quien aportado los gametos femeninos) a efecto de que sea la primera quien gestar y dé a luz al bebe, llamándosele madre sustituta o madre subrogada a quien gesta al bebe. (Pereznieto, 2014, pág. 722.)

De lo manifestado podemos entender por maternidad subrogada al proceso por el cual una mujer distinta a la madre genética, se encarga de llevar la gestación durante los nueve y una vez concluida entregar al bebe a sus padres genéticos; quienes tuvieron la intención en un primer momento de concebirlo.

También se define a la maternidad subrogada como una técnica a través de la cual una mujer lleva en su vientre un bebé que en lo posterior será entregado a otra mujer que guarda un vínculo genético con el niño.



Tabla 1

Países donde la maternidad subrogada está permitida y prohibida.

<i>País</i>	<i>Normas de acceso a la gestación subrogada</i>	<i>Extranjeros</i>	<i>Altruista o compensado</i>
Albania	No hay leyes definidas	✓	compensado
Austria	Prohibido para todos	X	—
Bélgica	Disposiciones nulas e inejecutables	X	—
Bulgaria	Prohibido para todos	X	—
Croacia	Prohibido para todos	X	—
Chipre	No hay leyes definidas	X	—
Republica checa	Disposiciones nulas e inejecutables	X	—
Dinamarca	Prohibido para todos	X	—
Estonia	Prohibida para todos	X	—
Finlandia	prohibida para todos	X	—
Francia	Prohibida para todos	X	—
Alemania	Prohibida para todos	X	—
Georgia	Parejas heterosexuales, incluidos los extranjeros	✓	Compensado
Grecia	Pareja heterosexuales y mujeres solteras incluidos los extranjeros	✓	Altruista
Hungría	Prohibido para todos	X	—



Irlanda	Disposiciones Nulas e inejecutables bajo revisión.	X	—
Italia	Prohibida para todos	X	—
Letonia	Prohibida para todos	X	—
Lituania	Prohibida para todos	X	—
Luxemburgo	Prohibido para todos	X	—
Malta	Prohibido para todos	X	—
Noruega	Prohibido para todos	X	—
Países Bajos	Disposiciones Nulas e inejecutables	X	Altruista
Polonia	Prohibido para todos	X	—
Portugal	Parejas heterosexuales con necesidad medica	✓	Altruista
Reino Unido	Sólo se permite a los nacionales del Reino Unido	X	Altruista
Republica checa	Disposiciones Nulas e inejecutables	X	—
Rumania	Prohibido para todos	X	Compensado
Rusia	Prohibido para todos	✓	—
Suecia	Prohibido para todos	X	—
Suiza	Prohibido para todos	X	—
Ucrania	Parejas casadas heterosexuales ,incluidos los extranjeros	✓	Compensado

Fuente extraída: <https://es.euronews.com/2018/09/13/donde-en-europa-es-legal-la-gestacion-subrogada>



2.3.6.1. Tipos de Maternidad Subrogada

Para Mendoza (2013), existen dos tipos de maternidad subrogada, a continuación, se detallará cada una de ellas:

2.3.6.2. Maternidad Total

La maternidad total, sucede cuando la madre sustituta, no aporta con su óvulo y los gametos a fecundarse pertenecen a la pareja subrogada, por lo tanto, la mujer que presta o alquila su vientre no guarda ningún vínculo genético con el niño.

2.3.6.3. Maternidad Parcial

La maternidad parcial se da cuando la madre que alquila o presta su vientre también con su óvulo, es decir la fecundación se da con el óvulo de la madre subrogante y con el espermatozoides del padre subrogado. En estos casos la mujer subrogante guarda un vínculo biológico con el niño que va nacer.

2.3.6.4. Técnicas de Reproducción Asistida

Todo ser desde que nace, llega a cierta edad donde busca componer una familia, para ello requiere tener una pareja de sexo diferente para así poder procrear a un hijo; este individuo es producto biológico y natural de dos personas de distintos sexos que por lo general están casados; quienes se han encargado de concebir a un bebe de manera natural; son sus padres genéticos y biológicos. Ese es el ideal de la procreación social. (Varsi, 2013 p. 313.)

Araiza (2009), establece que técnicas de reproducción asistida son una serie de procedimientos utilizados por las ciencias médicas que tienen como finalidad embarazar a una mujer que no puede hacerlo por medios naturales.



Se considera aproximadamente que entre un promedio del 10% y 15% de individuos en edad de poder procrear padecen de infertilidad primaria (jamás han concebido, no obstante, es probable que lo realicen); de infertilidad secundaria (anteriormente procrearon), o de infertilidad total (no existe la posibilidad de procrear). De este porcentaje, el 60% pueden concebir por medio de un tratamiento adecuado. (Varsi, 2013, pág. 189).

2.3.6.5. Inseminación Artificial

Lema (1999), menciona que la inseminación artificial es procedimiento reproductivo que consiste en la toma de semen para ser introducido en el vientre de una mujer, esto con el fin de que el espermatozoide sea unido al óvulo y se produzca la fecundación, este método es realizado por los médicos ginecólogos.

2.3.6.6. Fecundación In Vitro

Pérez (2014), considera lo siguiente:

“La fecundación in Vitro consiste esquemáticamente en la fecundación extracorpórea de los gametos masculino y femenino en un ambiente creado en el laboratorio que reproduce el de las trompas de Falopio. Posteriormente se realiza la transferencia del embrión al útero de la mujer. Si se logra que se produzca la implantación, lo que no siempre ocurre, y siempre y cuando no se produzca alguna complicación (aborto, embarazo extrauterino, etc.), se continuaría con una gestación normal “(p. 38).

La fecundación in vitro, es un procedimiento reproductivo en el que se busca unir el óvulo con el espermatozoide para unir las células y con ello crear una nueva vida.



2.3.6.7. Dignidad Humana y maternidad subrogada

Mir (2010), manifiesta que la maternidad subrogada va ligada a la dignidad humana, debido a que si se alquila un vientre este está siendo objeto de comercio e incluso el niño que va nacer estaría siendo considerado como un producto que se encuentra a la venta.

Por otro lado, la Declaratoria Universal de los derechos humanos (1948), es muy clara y menciona que los seres humanos no podemos ser objetos de ningún tipo de transacción económica, por ende, la maternidad subrogada violenta los derechos de los seres humanos.

2.3.6.8. Los “contratos” de maternidad subrogada.

El primer caso de maternidad subrogada fue reportado en 1976 por Noel Keane, abogado que creó la Surrogate Family Service Inc, en Dearborn, Michigan, Estados Unidos, con la finalidad de ayudar a parejas con dificultades para concebir, para lo cual facilitaba el acceso a madres sustitutas y realizaba los arreglos necesarios. Ese fue el origen de los contratos de maternidad subrogada, entendidos como aquellos acuerdos de voluntades que regulan la “prestación de servicios de gestación o gestacional; que tendrá por objeto la realización de conductas de hacer y dar por parte de la mujer gestante; entre las primeras, se encuentran las de ser fecundada con el material genético de las personas que solicitaron el empleo de las técnicas de reproducción asistida. Una vez sucedido lo anterior, el llevar a buen término la gestación y al final de la misma, el entregar a los progenitores el producto del alumbramiento, y por parte de estos últimos, la contraprestación consistirá en el pago de gastos originados tanto con motivo de la gestación, como del alumbramiento y de todos aquellos que se originen con motivo del estado de salud de la mujer gestante, luego del alumbramiento”. (Contreras, 2013)

En la doctrina podemos encontrar las siguientes definiciones: “Acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer – la cual puede ser sólo gestante y/o biológica -,



sujeta a un acuerdo, contrato, pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer u hombre que figurará como madre o padre de éste”. (González, 2012)

“Acuerdo por el que una mujer, la madre subrogada, “madre de alquiler” o “madre portadora”, acepta someterse a las técnicas de reproducción asistida (TRA) para llevar a cabo la gestación a favor de un individuo o pareja comitente, también llamados “padres intencionales”, a quienes se compromete a entregar el niño o niños que puedan nacer”. (Farnós, 2010)

Se puede apreciar que las definiciones de contrato de maternidad subrogada están referidas a los acuerdos, convenios, pactos, o en términos generales, a la convergencia de voluntades en el sentido de que una mujer acceda a que el embrión creado a partir de los gametos sexuales de otras personas sea implantado en su útero, para que ella desarrolle la función gestacional durante el periodo del embarazo y, una vez culminado, entregue al niño a los recurrentes, quienes serán reconocidos como los padres intencionales, cediéndoles todos los derechos, responsabilidades, deberes y obligaciones respecto del menor, lo que significa que asumirán el rol de padres legales del menor. Ahora bien, en la Conferencia Internacional de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (2014) se establecieron algunos criterios que son comunes a la mayoría de ordenamientos jurídicos que regulan la maternidad subrogada, entre los cuales tenemos:

Los padres contractuales deberán cumplir con determinados criterios para alcanzar la pre aprobación de los contratos de maternidad subrogada, o para el lograr el reconocimiento legal de la paternidad post facto.

1. Asimismo, es posible que los Estados exijan el cumplimiento de algunos requisitos de salud física y mental a los padres contractuales.



2. Las restricciones de edad y determinadas condiciones psico-sociales serán requeridas a las mujeres que aspiren convertirse en madres subrogadas.
3. La gratuidad debe ser una característica esencial de estos contratos, lo cual no impide que se acuerde el pago de una compensación por gastos razonables.

2.3.6.9. Controversia respecto de los contratos de maternidad subrogada

Existen algunas posibles complicaciones en estos acuerdos sobre maternidad subrogada, en primer lugar, los padres que recurren a la mujer portadora pueden desconocer su responsabilidad para con ella en cualquier momento durante el embarazo, como en el caso de Jaycee Louise Buzzanca, que fue concebida en un útero subrogado con gametos de donantes anónimos porque sus padres eran estériles. Durante el proceso la pareja se separó y Jaycee nació en 1995, en Estados Unidos, cuando sus padres no vivían juntos. Jaycee fue declarada huérfana por un juez, a pesar de que, en alguna forma, había tenido cinco padres: los padres que contrataron el procedimiento, los donantes y la mujer que la había llevado en su vientre durante nueve meses. (Arteta, 2011)

Luego, la Corte revocó la apelada y resolvió que los padres legales de Jaycee Louise Buzzanca eran John y Luanne Buzzanca.

De igual manera, existen casos en los que el incumplimiento se produce por parte de la gestante, cuando se niega a entregar al bebé después del nacimiento, siendo el caso emblemático de este supuesto el de la bebé M, en el cual Mary Beth Whitehead aceptó llevar al bebé de los esposos William y Elizabeth Stern, pero apenas nació la niña se negó a entregárselas; ello conllevó a que la familia Stern demande a la señora Whitehead con la finalidad que sea la corte quien resuelva el conflicto a la luz del contrato firmado por las partes.



Este momento resulta esencial para la figura de la maternidad subrogada, al menos en ese contexto geográfico, puesto que durante el juicio la Corte reafirma la validez del contrato de subrogación, otorgándole la custodia exclusiva sobre la bebé M a la familia Stern y, consecuentemente, negándole los derechos que como madre se irrogaba a la señora Whitehead. Sin embargo, esta última apela tal decisión y se eleva a la Corte Suprema de Nueva Jersey, la cual revocó la decisión y reconoció a Whitehead como la madre de la bebé M, no obstante, decidió mantener la custodia primaria de la infante con la familia Stern.

Por otro lado, en el caso de contratos de maternidad subrogada con carácter oneroso, se vislumbra una posible comercialización de esta práctica, lo cual le añade un ingrediente negativo, moralmente desfavorable a la gestación sustituta. “La Organización Panamericana de la Salud (OPS) afirma que la ‘mujer actúa como madre subrogada apremiada por la dificultad de su situación económica y la de su familia, no establece una relación contractual entre iguales. Por el contrario, forma parte de una relación donde su participación es virtualmente eliminada, su consentimiento libre e informado, obviado y su único atributo valorado es su capacidad de servir de máquina de procrear, gestar y dar a luz. Así, este tipo de situaciones contiene todos los elementos que configuran una clara explotación de la mujer como ser humano y como madre’”. (Arteta, 2011)

2.3.6.10. Regulación de la maternidad subrogada en el Perú.

Para muchos doctrinarios las Técnicas de Reproducción Asistida si se encuentran reguladas, en el artículo 7 de la Ley General de Salud Ley Nro. 26842, la cual consideramos, personalmente que es muy restrictiva y no responde a la realidad de esta sociedad, más aún si esta Ley no se encuentra reglamentada. (Varsi, 2013, p.442)



González (1996), indica que mediante esta Ley se prohíbe la ovodonación, técnica de reproducción asistida hetereológica conocida también como supra conyugal al establecer que toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. (p.6)

Del artículo precedente se desprende que la ovodonación no está regulada en nuestra normativa vigente resultando, por ende, un acto ilícito. Muy por el contrario, a lo indicado por el maestro Gonzales Cáceres, la legislación supranacional se plantea la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de *iure* o de *facto* para ejercer las decisiones reproductivas que corresponda en cada persona, ello en mérito a la defensa del derecho fundamental a la salud reproductiva así como su derecho a formar una familia. Por lo que al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que “(...) la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres (...)”.

Meléndez Sotero (2017), indica que la Corte señala “el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2. y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. De lo que se puede colegir, que en mérito a que toda persona infértil tiene derecho a procrear mediante técnicas de reproducción asistida, técnicas médicas para la concepción, en nuestra legislación no existe una prohibición específica para el uso de las mismas, a excepción de la postura planteada por el artículo 7 la Ley General de Salud que señala lo siguiente:

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



genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Por todo lo expuesto, y ante esta diversidad de opiniones, resulta imperiosa la necesidad de uniformizar criterios y regular estas prácticas a efectos de garantizar seguridad jurídica entre sus usuarios, y evitar futuras controversias jurídicas y primordialmente determinar qué derechos son los que deben primar.

Por una parte, tenemos, los derechos constitucionales de todo menor de edad de protección de su derecho de identidad, a su integridad moral, psíquica y física, a conocer su origen biológico y a su libre desarrollo, a vivir en el seno de una familia, en mérito al resguardo del principio garantista del interés superior del niño, niña y adolescente. Así como los derechos a una maternidad o paternidad no dada en forma natural y los subsecuentes derechos sexuales y reproductivos, así como el derecho a formar una familia.

2.3.6.11. Bases históricas del Principio del interés superior del niño, niña.

Se debe entender el principio de interés superior del niño o niñas como eje fundamental en cada uno de los procesos donde interviene un niño, una niña o un sujeto adolescente, toda vez que este principio forma parte del sistema de protección de los derechos de la niñez, el cual goza de reconocimiento universal desde la declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños aprobado por la sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924, hasta la Convención sobre los Derechos de los niños y niñas adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Esta última Convención se caracteriza por el tratado internacional que más Estados han ratificado.

Dentro del contexto de las Naciones Unidas con lo que se demuestra el amplio grado de reconocimiento y aceptación de las normas de Derechos Humanos a favor de los niños niñas y adolescentes.



Antes de la Convención los niños y niñas fueron prácticamente personas ignoradas, protegiendo el sistema jurídico en muchas ocasiones, únicamente a sus padres y madres. Los derechos del niño y niña se ventilaban en asuntos privados, puesto que no se consideraban relevantemente públicos.

Este principio tiene su origen en los sistemas anglosajones en donde se consideró que con el INS se solucionarían los conflictos familiares, por lo que empezó la evolución del mismo hasta nuestros días (Contreras, 2015, p. 53).

En La Convención de Ginebra de 1924, se consagran por vez primera, en el ámbito internacional, los derechos de los niños y niñas estableciéndose la obligación de darles lo mejor con la frase “primero los niños” posteriormente de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se determina implícitamente los derechos de los niños como fuente de todos los derechos de la humanidad. Más adelante ,en el año 1959 se aprobó por la Asamblea General de las Naciones Unidas la declaración de los derechos de los niños y niñas en donde se disponía que el Interés Superior es el principio rector para orientar a los padres, madres, tutores (a) o responsables en relación con todo aquello que le sea más favorable al niño o niña quien tiene el pleno derecho de gozar de una protección especial ,con la finalidad de desarrollarse física, mental, moral, espiritual, socialmente así como en condiciones de libertad y dignidad, generando la obligación de promulgar leyes para ese fin, prevaleciendo para ello, el interés superior de los niños y niñas .

En igual sentido se han pronunciado los Pactos Civiles y Políticos (art .24.1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (art .10.3), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 16), la Convención Americana de Derechos Humanos (art .19), hasta llegar a la Convención sobre los Derechos de los niños (art. 3), de los cuales se desprende la obligación de regular internamente el principio de



niñas. La Convención sobre los derechos de los niños y niñas fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/25 de 20 de noviembre de 1989, entrando en vigor el 2 de septiembre de 1990. Con esta norma internacional se pretende proteger y salvaguardar todos y cada uno de los derechos humanos de los niños y niñas, con base en la visión del interés de los niños y niñas o adolescentes sobre cualquier otro tipo de interés incluyendo a cualquier sujeto adulto (Contreras, 2015, p. 54)

2.3.6.12. Expresión de un consenso universal sobre el interés superior del niño.

Durante el siglo XX la manifestación más significativa del movimiento de protección de los derechos del niño es la aprobación de la Convención Internacional. En el ámbito internacional es posible destacar dos hitos fundamentales que le sirven como antecedente: la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959. En el plano nacional se pueden encontrar numerosas iniciativas legales que, con mayor o menor eficacia, buscaron proteger a la infancia y promover sus derechos y bienestar.

Pese a las perspectivas culturales tan diversas y a la dificultad de la materia que aborda, la Convención es un instrumento de rápido y casi universal reconocimiento jurídico y masiva aceptación social. Si bien el consenso como dice Lyotard es siempre un horizonte a realizar, se puede afirmar que la Convención representa el consenso de las diferentes culturas y sistemas jurídicos de la humanidad en aspectos tan esenciales como los derechos y deberes de los padres y del Estado frente al desarrollo de los niños; las políticas públicas dirigidas a la infancia; los límites de la intervención del Estado y la protección del niño de toda forma de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales; y, finalmente, la obligación de los padres, los órganos del Estado, y la sociedad en general de adoptar todas las medidas para dar efectividad a sus derechos (Cillero, p. 3).



La Convención Internacional sobre los Derechos Humanos es una síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humano de carácter general y de principios de derechos propios de la tradición jurídica vincula a los derechos de la infancia, sin embargo, las disposiciones de la convención deben ser interpretadas y comprendidas sistemáticamente y armónicamente; esto tendrá particular importancia para interpretar, a la luz del nuevo contexto, aquellos principios que la Convención ha recogido del anterior derecho de familia o de menores, como es el caso del interés superior del niño.

Es en este marco que propone analizar la noción del interés superior del niño, formula usada profusamente por diversas legislaciones en el presente siglo, pero que adquiere un nuevo significado al ser incorporado en el artículo 3ro de la Convención

Generalmente se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga indetermina y sujeta a múltiples interpretaciones tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituirá una especie de excusas para tomar decisiones la margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior del niño de tipo extrajurídico (Cillero, p. 2).

El niño, (a) y adolescente por su especial situación debe ser considerado respetando los derechos fundamentales que le asisten como persona, en los procesos de familia el juez, deberá determinar el bienestar del menor, antes que otros deseos de tal forma, que puedan ser favorecidos y fortalecidos en observancia de su dignidad, por tanto, el juzgador deberá aplicar su discrecionalidad en virtud del interés del menor, a fin de proteger su integridad y bienestar. Debe tomarse en cuenta la realidad donde el niño se va desarrollar, social, familiar, de tal manera que se protejan sus derechos, en todo proceso de familia es determinante la valoración del interés del niño, en caso de filiación se contrapone la certeza jurídica con la realidad biológica, a razón de la utilización de las TERAs.



2.3.6.13. Fundamentación del principio de interés superior de los niños y niñas.

Preservar el interés superior de los niños y niñas es una obligación primordial de la administración pública y de todo el Estado en general tal y como lo ha establecido la Corte Interamericana de derechos humanos, por lo que se genera una obligación insoslayable para proteger, fomentar y desarrollar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes

La nueva concepción concentrada en el interés superior de niños y niñas y adolescentes y su origen el sistema Anglosajón específicamente en la child welfare and adopción asintance act de 1980 de los estados unidos de América ,que se vio reflejada en la Convención sobre los derechos de los niños y niñas de la Naciones Unidas de 1989 ,y en the chidren act de 1989 en Inglaterra ,en donde se destaca la regulación primordial sobre el interés superior e los niños y niñas como primacía de su interés de su protección integral en la esfera pública y privada

Con base en la Convención internacional sobre los derechos de los niños y niñas de 1989 se establece que el objetivo de la mencionada regulación es la de lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y en la adolescencia con pleno respeto a todos y cada uno de sus derechos humanos, establecidos en el artículo 19 de la Convención American de los Derechos Humanos, los derechos de la niñez destacando que todo niño o niña tiene derecho a la medidas de protección que su condición de menor requieran .

Para concluir la honorable Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala ha indicado que:

Los derechos de igualdad, diligencia y familia, los cuales son de observación obligatoria en aras de garantizar el interés superior de los niños y niñas que como quedo apuntado, dicho



principio es complemento del conjunto de derechos que persiguen su protección y desarrollo (Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 2011) (Rev .latinoam.cienc.soc.niñez ., 2015, p. 56).

2.3.6.14. Definición del principio de protección del Interés Superior del Menor.

El principio del interés superior del niño o niña, también conocido como el interés superior del menor, es un conjunto de acciones y procesos tendentes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a las y los menores.

Se trata de una garantía de que los menores tienen derecho a que, antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. Así, se tratan de superar dos posiciones extremas: el autoritarismo o abuso del poder que ocurre cuando se toman decisiones referidas a menores, por un lado, y el paternalismo de las autoridades, por otro.

El interés superior del menor es un concepto triple: es un derecho, un principio y una norma de procedimiento.

Se trata del derecho del menor a que su interés superior sea una consideración que prime al sopesar distintos intereses para decidir sobre una cuestión que le afecta.

Es un principio porque, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño o niña.

Es una norma de procedimiento ya que, siempre que se deba tomar una decisión que afecte a menores, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de esa decisión



en las y los menores interesados. La evaluación y determinación de su interés superior requerirá las garantías procesales. (Diccionario de Asilo, 2008, p. 1)

2.4. Formulación de hipótesis

2.4.1. Hipótesis general.

Hay posibles afectaciones al interés superior del menor en supuestos de maternidad subrogada y están relacionados con el derecho a la identidad, dignidad y desarrollo integral.

2.4.2. Hipótesis específicas

1° La génesis y naturaleza jurídica del derecho a la procreación está relacionada con los Derechos Humanos y es fundamental su normatividad.

2° Los casos de maternidad subrogada en el Perú se vienen tratando jurisprudencialmente de acuerdo a una línea según la cual no está prohibida por la ley y teniendo como norte la prevalencia del principio del interés superior del menor, sin embargo, tampoco se encuentra parametrada legalmente.

3° Los principios y normas que deben regir los procesos de reproducción asistida en el Perú son:

- Principio del interés superior del menor.
- Derecho a la identidad
- Derecho a la dignidad.
- Derecho a un desarrollo integral.
- Derecho a la libertad



2.5. Categorías de estudio

Tabla 2

Categorías de estudio

Categorías de estudio	Subcategorías
1 Supuestos de maternidad subrogada	Concepto
	Tipos
	Fundamentos
	Importancia y trascendencia
2 Principio de Interés superior del menor.	Definición
	Origen y evolución
	Características
	Finalidad

2.6. Definición de términos.

Identidad Estática: La identidad estática hace referencia a aquellas situaciones que tienen una tendencia a permanecer en el tiempo. Estos son los atributos de la personalidad como lo son el nombre, el sexo, la nacionalidad, el idioma de origen, el grado de parentesco biológico, huella digital, entre otras.

Identidad Dinámica: La identidad dinámica es aquella que se encuentra en permanente construcción, en constante cambio, como lo es la edad, fisonomía, entorno socio familiar, proyectos de vida, experiencias, entre otras cuestiones.

Derecho a la procreación: El derecho a procrear forma parte del grupo de los llamados derechos humanos de segunda generación, fundados en el principio de autodeterminación. Este tipo de derechos, considerados como los más humanos de los derechos, tiene consecuencias



prácticas en diversas cuestiones relativas a las técnicas de reproducción asistida, en especial la gestación por sustitución.

Maternidad Subrogada: Práctica por la que una mujer acepta quedarse embarazada, llevar la gestación a término y dar a luz a un niño, todo ello para otra persona o pareja, las cuales son o se convierten en progenitores del niño.

Principio del Interés Superior del Niño: El principio del interés superior del niño o niña, también conocido como el interés superior del menor, es un conjunto de acciones y procesos tendentes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a las y los menores.



CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. Diseño Metodológico.

La investigación no experimental es aquella que se realiza sin manipular deliberadamente variables.

Es decir, la investigación donde no hacemos variar intencionalmente las variables independientes. Lo que se hace en la investigación no experimental es observar fenómenos tal y como se dan en su contexto natural, para después analizarlos como señala (Kerlinger, 1979, p. 116), en un estudio no experimental no se construye ninguna situación, sino que se observan situaciones ya existentes, no provocadas intencionalmente por el investigador

3.2. Tipo de investigación:

Es de tipo básica nombrada pura o fundamental, la cual persigue un avance científico implicando los conocimientos teóricos, sin vincularse directamente con sus probables aplicaciones o efectos prácticos por lo que es más formal busca las generalizaciones enfocadas al tratamiento de una presunción fundada en principios y leyes. (Humberto, 2012, p. 18)

3.3. Nivel de investigación.

3.3.1. Nivel

3.3.1.1. Enfoque

La investigación será Cualitativa, porque realiza la recolección de datos para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación (Hernandez, 2010, p.



7), asimismo describe las consecuencias jurídicas que genera la maternidad subrogada en el sistema jurídico civil peruano.

3.3.1.2. Métodos de muestreo

El estudio realizado desarrolla el método de muestreo no probabilístico debido a que el investigador ha tomado criterios específicos para elegir su muestra. Aquí el procedimiento no es mecánico ni se basa en fórmulas de probabilidad, sino que depende del proceso de toma de decisiones de un investigador o grupo de investigadores, y desde luego, las muestras seleccionadas obedecen a otro criterio de investigación. (Baptista, Hernández y Fernández, 2014, p. 176)

3.4. Población y muestra

3.4.1. Población

La población comprende al conjunto total de individuos u objetos en donde se efectuarán la recolección de datos en determinados tiempo y espacio con el propósito de tener un estudio de investigación, a su vez la población considera a u grupo de personas que han sido elegidas para emplear herramientas, técnicas e instrumentos que se manejan en la preparación de una investigación cualitativa (Baptista, Hernández y Fernández, 2014, p. 174).

Debido a la naturaleza y al objeto de este trabajo investigativo no se necesita definir una población.

En el caso de investigaciones como la presente la población corresponde al tema de estudio y análisis.



3.4.2. Muestra

En el caso de investigaciones como la presente la muestra corresponde al tema de estudio y análisis.

3.5. Técnicas e instrumentos para la recolección de datos

3.5.1. Técnica

Análisis documental

3.5.2. Instrumentos

Fichas de análisis documentos

3.5.3. Descripción del instrumento.

El instrumento de recolección de datos contiene además de los datos básicos de identificación del material bibliográfico, el concepto en análisis de acuerdo a las categorías y subcategorías de estudio, el contenido y las observaciones correspondientes.

3.5.4. Técnicas estadísticas para el procesamiento de la información.

Dada la metodología jurídica empleada no se utilizaron procedimientos estadísticos



CAPITULO IV

RESULTADOS

4.1. Análisis documental.

Para concluir con el desarrollo del presente capítulo se ha procedido a desarrollar los documentos seleccionados para el análisis documental, con la finalidad de ayudar a resolver el problema general de la investigación, cumplir el objetivo general y demostrar la hipótesis general, la cual es la siguiente “Hay una afectación al interés superiores menor en los supuestos de maternidad subrogada en nuestro país”.

Respecto al objetivo general: Determinar las posibles afectaciones al interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada.

Teniendo en cuenta el objetivo se ha visto conveniente considerar como referencia para el análisis respectivo el siguiente documento:

4.2. Guía de análisis documental

Análisis N° 01

Casación: N° 563-2011-Lima.

Tabla 3

Análisis N° 01

I.-Presentación y formulación del caso:

Se ha tomado en consideración la casación N° 563-2011, para obtener respuesta respecto al objetivo general planteado en el cual podemos observar la manera como resolvió la controversia la Sala Civil permanente frente al recurso interpuesto por la señora Zenayda Castro Muñoz contra el matrimonio conformado por don Giovanni y doña Dina Felicitas Palomino; la acción consiste en la solicitud de la medida de adopción



por excepción de la menor Vitoria Palomino Castro, situación a la que se llegó por el uso de acuerdo de maternidad subrogada entre los previamente mencionados.

La pareja manifestó que la menor está bajo sus cuidados desde que la madre les entregase a ellos, doña Zenayda manifestó querer recuperar la custodia de su hija oponiéndose al proceso de adopción de los solicitantes manifestando que no procede tal acción ya que el padre biológico fue quien solicitó la realización del vientre de alquiler, por lo que la controversia se llevó a sala para ser evaluada por los magistrados. La sala expresa de forma reiterativa ya que el acuerdo pactado por las partes se toma en inmoral y en contravención al orden público y lo establecido por las normas civil, en igual medida señalaron que las decisiones a tomarse iban estar orientadas en el interés superior de la menor, prevaleciendo la situación que mejor le favorezca una vez analizado los resultados psicológicos solicitados. Frente al conflicto de derechos de la patria potestad y el derecho a tener una familia idónea

II. Argumento de Fallo:

La Sala resolvió que era adecuado para la menor quedarse con quienes entabla vínculos desde su nacimientos, agregando que la actitud de manipular la situación y sacar provecho económico a partir de ella corresponde al delito de extorsión y alteración del estado civil, hechos que el Ministerio Público iba siguiendo mediante su formalización de su denuncia.



Análisis N° 02

Sentencia de la Corte Superior de Justicia de Lima Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional.

Expediente: 06374-2016-0-1801-JR-CI-05

Demandante: Francisco David Nieves Reyes y

Otros Demandado: RENIEC

Tabla 4

Análisis N° 02

III. CONCLUSIÓN

Debe entenderse por Interés Superior del niño a la plena satisfacción de sus derechos, la protección integral y simultanea de su desarrollo integral y la calidad o nivel de vida adecuado. El juez tuvo en cuenta el principio del interés superior del niño y el respeto de sus derechos y por tanto determinó que la niña debía tener una familia con la pre adoptante cuya solvencia moral y salud física estaba acreditada.

Materia: Proceso de Amparo

I.-Presentación y formulación del caso:

Del análisis del expediente N 06374-2006 se puede advertir que ante la respuesta negativa de la RENIEC, los demandantes recurren en vía de amparo, fundamentando su recurso, en la afectación del derecho a la identidad de los menores y en el amparo del principio del interés superior del niño, para lograr la rectificación de las partidas de nacimiento de sus hijos .

II. Argumento de Fallo:

Por todo lo anterior, el juzgado decidió declarar fundada la demanda de amparo, anulando las actas de nacimientos de los menores en cuestión imponiendo el pago de costos y ordenando al RENIEC que inscriba en el plazo de dos días que emita nuevas partidas de nacimiento de os menores de iniciales L.N.N.R y C.D.N.R.



III. Conclusión

Dentro de un análisis constitucional del caso según lo que se expuso en la demanda, la parte actora alega que se ha vulnerado el derecho fundamental de la identidad de los menores y el principio de interés superior del niño, así como también su derecho al libre desarrollo de la personalidad, la vida íntima y familiar y los derechos sexuales y reproductivos.

Análisis N° 03

(Caso pareja chilenos –Gestación por Sustitución)

Sala Penal del Callao

Tabla 5

Análisis N° 03

I.-Presentación y formulación del caso:

De los hechos tenemos que ante la imposibilidad de ser padres la pareja de nacionalidad chilena conformada por Doña Rosario Madueño Atalayal y don Jorge Toybar Perez decidieron someterse a la técnica de gestación por sustitución previo acuerdo con una ciudadana peruana quien acepto la implantación de los embriones concebidos por las células sexuales del señor Jorge Tovar Pérez y una donante anónima de ovulo en su vientre para llevar a cabo la gestación. La pareja decidió viajar a su país natal Chile ante el nacimiento de los menores (mellizos) siendo detenidos en el aeropuerto internacional Jorge Chávez (25 de agosto) al intentar salir del Perú con los menores gestantes mediante técnica de la gestación por sustitución.



II. Argumento de Fallo:

La Corte de Justicia del Callao dictó 12 meses de prisión preventiva porque la fiscalía les acusó del DELITO DE TRATA DE PERSONAS en su modalidad VENTA DE NIÑOS. Tras conocerse los resultados de la prueba de ADN realizada a Jorge Tovar Pérez, se pudo comprobar que este es padre de los menores. Por ello la Primera Sala Penal de Apelaciones del Callao revocó la sentencia de prisión preventiva para la pareja, que se encontraban en el penal Sarita Colonia del Callao y en el penal de Ancón.

Análisis crítico: En este caso podemos observar el desconocimiento de los operadores de justicia de nuestro país sobre la figura de la gestación por sustitución y toda la vulneración de derechos que se genera a los padres intencionales incluyendo a los menores nacidos mediante la técnica de la gestación por sustitución .

Análisis N° 04

Casación N° 4323-2010

Demandante: Olsen Quise Condori

Demandado: Instituto de Ginecología y Reproduccion –Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir –PRANOR SRL y Maria Alici Alfaro Davila

Tabla 6

Análisis N° 04

I.-Presentación y formulación del caso:

El demandante solicita la nulidad de los documentos denominados autorización de fertilización In Vitro y transferencia embrionaria, así como de convenio de realización



de técnica de reproducción asistida y los procedimientos efectuados en base a ellas por considerar que el procedimiento de ovodonacion está prohibido en la legislación nacional.

El juzgado de primera instancia declaro infundada la demanda. En la segunda instancia, la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima reformando la apelada, declara fundada la demanda, finalmente, el demandado, PRANOR SRL interpuso recurso de casación contra la sentencia expedida por la Sexta Sala alegando una indebida interpretación del artículo 7 de ley General de Salud, por considera que la ovodonacion no está prohibida.

II. Argumento de Fallo:

La sala declara FUNDADO el recurso de casación, NULA la sentencia de Vista expedida por la Sexta Sala Civil actuando en sede de instancia: CONFIRMARON la sentencia apelada emitida por el cuadragésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaro infundada la demanda de nulidad de acto jurídico.

III. Conclusión:

En este caso podemos señalar, que los documentos suscritos no tienen eficacia por no estar permitidos en la legislación nacional de conformidad con la norma citada. En primer lugar se advierte que la Sala confunde conceptos afirmando erróneamente que le da origen a la maternidad subrogada la inseminación artificial y no la técnica de ovo donación.

4.3. Discusión y Resultados

El juez Velázquez Zavaleta, señala que al amparo del sistema convencional de Estado Peruano, si una persona acude a las técnicas de reproducción asistida, para que con el apoyo del tecnología y de una tercera persona, pueda alcanzar la situación de madre, sería un contrasentido que luego de alcanzar tal técnica un resultado favorable (dio lugar a la concepción, gestación y nacimiento de un bebe), se perturbe o se trate de desconocer la condición de madre, a aquella



mujer o de la pareja que acudió a dicho método (De la fuente, 2017, p.47), por supuesto que no puede retrotraer el tiempo, y querer que tal técnica no se haya producido, pero resulta ilógico tratar de establecer la legalidad o tratar de estar a favor de la maternidad subrogada. Es necesario tener en cuenta que nadie prohíbe el derecho de los padres biológicos a establecer una filiación respecto a sus hijos; pero el método, la forma y circunstancia de como se ha logrado tener un hijo, debe ser sancionado, generando un pronunciamiento legal en favor a la vida y el interés superior del niño mas no ir contra nuestro orden público y buenas costumbres.

Desde mi punto de vista, consideramos que la posición de Velásquez Zavaleta, con respecto al uso de la técnicas de reproducción asistida, no está prohibida en la normativa peruana, por la razón de que nuestro sistema jurídico debería ser interpretado de manera sistemática con los demás normas, es decir si la maternidad subrogada no está prohibida en el artículo 7 de la ley general de salud; esto no implica dejar de lado al Código Civil, el cual manifiesta que la vida no es parte de un negocio jurídico, al ser considerado la vida un bien no patrimonial sería ilógico establecer un determinado valor o un costo a un ser por nacer.

4.4. Sobre la hipótesis general y el objetivo general.

Con respecto a la hipótesis general “Hay posibles afectaciones al interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada están relacionadas con el derecho a la identidad, dignidad y desarrollo integral”

Debemos considerar que la Convención sobre los Derechos del Niños de las Naciones Unidas en su art. 3 señala. “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas



o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Asimismo el Código del Niño y Adolescentes en su artículo IX del Título Preliminar indica “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”.

Los supuestos de maternidad subrogada inciden negativamente en el interés superior del menor, de acuerdo al análisis documental de la investigación; en las familias homoparentales y monoparentales, teniendo en cuenta que el principio del interés superior del niño o niña, también conocido como el interés superior del menor, que comprende un conjunto de acciones y procesos tendentes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a las y los menores.

4.4.1.1. Sobre la primera hipótesis específica

Con respecto a la primera hipótesis específica “La génesis y la naturaleza jurídica del derecho y a la procreación está relacionada con los derechos humanos y es fundamental su normatividad”.

En la actualidad no existe en el Perú un ordenamiento específico sobre las técnicas de reproducción asistida. Es importante mencionar que la Constitución Política del Perú está por encima de todo ordenamiento jurídico. Los Tratados Internacionales son jerárquicamente de rango



superior a las leyes, pero son de rango inferior a la Constitución. En consecuencia, las leyes son de rango inferior a la Constitución.

En el caso de la Ley General de la Salud, en su art. 7, no se puede soslayar que es general e indeterminada y establece lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida, siempre que la condición de madre genética y madre gestacional recaiga sobre la misma persona”.

Toda persona tiene derecho a acceder a la ciencia y a la tecnología médica ya que tiene autonomía reproductiva, derecho a la vida privada y a formar una familia. Estos derechos están ligados a los derechos civiles y políticos, derecho a la vida, a la libertad, a la privacidad, respecto a la vida familiar y a la no discriminación. Es preciso mencionar que en el Perú debería existir una Ley de Reproducción Asistida propia como ya lo tienen otros ordenamientos jurídicos.

4.4.1.2. Sobre la segunda hipótesis específica.

Con relación a la segunda hipótesis específica “Los casos de maternidad subrogada en el Perú se vienen tratando jurisprudencialmente de acuerdo a una línea según la cual no está prohibida por la ley y teniendo como norte la prevalencia del principio del interés superior del menor, sin embargo, tampoco se encuentra parametrada legalmente”.

Con relación de los casos que se dieron de maternidad subrogada en el Perú se debe regular la maternidad subrogada gestacional altruista demanda grandes esfuerzos de los legisladores para otorgar adecuada protección a todos los implicados en esta. Por ello, debe regirse de acuerdo a parámetros limitados para que no sea posible distorsionarla a través de ficciones legales. A continuación, se desarrollarán cinco de los principales desafíos que se presentarán cuando se decida legalizar un hecho de la realidad.



El primer desafío de regularla es que se despejen todas las dudas referidas a la errónea interpretación del artículo 7 de la Ley General de Salud, de otra manera, será imposible proteger los derechos constitucionales de los integrantes de la nueva familia que nace, pues seguirían emitiéndose pronunciamientos contradictorios respecto a este artículo. Asimismo, que se establezca que la maternidad subrogada gestacional altruista solo podrá ser utilizada ante la infertilidad certificada de la pareja que desee acudir a esta.

4.4.1.3. Sobre la tercera hipótesis específica

Con relación a la segunda hipótesis “Los principios y normas que deben regir los procesos de reproducción son:

- Principio del interés superior del menor.
- Derecho a la identidad
- Derecho a la dignidad.
- Derecho a un desarrollo integral.
- Derecho a la libertad

Huyhua, (2018) en su tesis titulada “Maternidad Subrogada y el Interés Superior del Niño, Independencia” tesis para obtener título de abogada en la Universidad de Cesar Vallejo Lima, concluyó que:

La maternidad subrogada afecta el interés superior del niño, conformé a las entrevistas y análisis documental refieren que los nacidos por esta práctica se ven afectados en su identidad, filiación y efectos sucesorios, anexos a la maternidad subrogada, por la modalidad de maternidad subrogada a ser practicada, si la carga genética pertenece a los padres intencionales la prueba de ADN determinara que el niño es hijo de estos, sin embargo si la carga genética no corresponde a los padres intencionales, no existirá una vinculación con el menor.



Teniendo en cuenta que al no estar expresamente legislada en nuestro país la maternidad subrogada se posibilita que surjan, respecto a los hechos que en la realidad se dan, situaciones irregulares y en algunos casos carentes de ética mediante las cuáles se afectan el Principio del interés superior del menor, su Derecho a la identidad, dignidad desarrollo integral e incluso a la libertad, por lo que consideramos que tales deben estar presentes en todos los métodos de reproducción asistida.



CONCLUSIONES

PRIMERA: Hay posibles afectaciones al interés superior del menor en supuestos de maternidad subrogada y están relacionados con el derecho a la identidad, dignidad y desarrollo integral, originado en la falta de regulación precisa sobre el tema en el sistema jurídico peruano.

SEGUNDA: La génesis y naturaleza jurídica del derecho a la procreación está relacionada directamente con los Derechos Humanos, pues toda persona tiene derecho a acceder a la ciencia y a la tecnología médica en virtud a la autonomía reproductiva, derecho a la vida privada y a formar una familia. Estos derechos están ligados a los derechos civiles y políticos, derecho a la vida, a la libertad, a la privacidad, respecto a la vida familiar y a la no discriminación.

TERCERA: Los casos de maternidad subrogada en el Perú se vienen tratando jurisprudencialmente de acuerdo a una línea según la cual no está prohibida por la ley y teniendo como norte la prevalencia del principio del interés superior del menor, sin embargo, tampoco se encuentra parametrada legalmente, por ello como se mencionó precedentemente es necesario regularlos de forma más precisa, para evitar afectaciones a los derechos de los involucrados fundamentalmente los menores.

CUARTA: Los principios y normas que deben regir los procesos de reproducción asistida en el Perú son el principio del interés superior del menor, derecho a la identidad, derecho a la dignidad, derecho a un desarrollo integral y derecho a la libertad, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de los dispuesto por el artículo primero de la Constitución Política del Perú referido a que la persona humana y el respeto por su dignidad constituyen los fines supremos



RECOMENDACIONES.

1. Se invoca al legislador la regulación del acto o contrato de maternidad subrogada y sus efectos jurídicos, teniendo en consideración su extensión onerosa o gratuita, incidiendo sobre las clínicas que otorgan la Técnica de Reproducción Asistida (TERA) así como la relación entre los privados padres biológicos y los padres subrogados.
2. Se invoca que, para efecto de impedir afectaciones a los derechos del niño, niña y adolescente, producto de la práctica no regulada de la maternidad subrogada, esta se desarrolle bajo los parámetros de la Ley General de Salud N°26842 estableciendo formas, procedimientos, requisitos, condiciones, características y principios, de quienes pueden acceder a dicha práctica, de esta forma eliminar la vulneración al Principio del Interés Superior y otros derechos de los Menores concebidos bajo esta modalidad.
3. Se sugiere modificar el artículo 7° de la Ley General de Salud, Ley N° 26842, la cual regularizará y delimitará la maternidad subrogada. Por lo que el texto quedaría de la siguiente manera: *“Todo ciudadano peruano 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 de nacionalidad peruana, cuando se demuestre que, dentro del matrimonio o unión de hecho, uno de los padres volitivos o psicoafectivos presenten problemas de infertilidad, diagnóstico corroborado con informe suscrito por médico especializado en la materia.* De esta forma todos los ciudadanos gozaríamos de dicha práctica.



4. Se recomienda a todos los magistrados de la administración de justicia de todo los niveles o jerarquía, que cuando tengan que evaluar casos sobre maternidad subrogada, deberán tener en cuenta el Principio de interés superior del menor, asimismo se invoca al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil RENIEC adopte las medidas necesarias con el fin que se garantice, la inscripción de los niños nacidos bajo las técnica de maternidad subrogada respetando el derecho a su identidad y priorizando su atención en aplicación al Interés Superior del Menor.



BIBLIOGRAFÍA

Aguilar, L. (2010). Informe Warnock. Obtenido de:

<https://pdfs.semanticscholar.org/1d03/62c1713e075c2dba48f95f83e6195bc8e7d9.pdf>

Aguilar, B. (2016), Tratado de Derecho de Familia, Lima. Lex Iuris.

Aguilar, B. (2008), La Familia en el Código Civil Peruano, Lima. Ediciones Legales.

Álvarez A. y Hernández, M. (2015). Vientres de alquiler: Propuesta de reforma al artículo 2, inciso c); artículo 6; y artículo 30, inciso 2., del Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria y creación del Depósito Nacional de Gametos a la luz de la experiencia internacional. (Tesis para obtener el grado de abogado). Recuperado de http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/alejandra_alvarez_kepfer_-_michelle_hernandez_sanou_tesis_completa.pdf

Aranzamendi, L. (2009), Guía Metodológica de Investigación Jurídica, Arequipa, Adrus.

Avalos, C. (2017). la maternidad subrogada y el Interés Superior del menor. Trabajo de Titulación, previo a la obtención del Título de Abogada de los Juzgados y Tribunales de la Republica de ecuador, Universidad Técnica Abanto de Ecuador, Jurisprudencia y Ciencias Sociales carrera de Derecho, Ecuador.

Banda, A. (1998). Dignidad de la persona y reproducción humana asistida. Revista de derecho , 7- 42.

Brena, S., (citado por Pillaca, 2012). Maternidad subrogada. Obtenido de

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C6A5182639033C3D05257D3500601826/\\$FILE/maternidad_subrogada.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C6A5182639033C3D05257D3500601826/$FILE/maternidad_subrogada.pdf)



- Cannesa, V. (2008). Problemas jurídicos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación civil peruana. (Tesis para obtener el grado académico de Magister en Derecho). Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú. Recuperado de http://cybertesis.unmsm.edu.pe/xmlui/bitstream/handle/cybertesis/192/Canessa_vr.pdf?sequence=1
- Carbajal, R. (2014). Obtenido De Análisis De La Maternidad Subrogada En Argentina, Una Mirada Extensiva A Países De América Latina. (Tesis Para Obtener El Grado De Abogada). Universidad De San Andrés, Argentina.:<Http://Repositorio.Udesa.Edu.Ar/Jspui/Bitstream/10908/10805/1/%5bp%5d%5bw%5d%20t.%20Ab.%20carbajal,%20roc%C3%Ado.Pdf>
- Cabrera, L. (2018). La Tipificación de la Maternidad Subrogada como garantía para la no afectación de los Derechos del niño y niña. tesis para optar Título de Abogado, Universidad Cesar Vallejo, FACULTAD DE DERECHO ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO, Lima.
- Castillo, L. (2007). MATERNIDAD SUBROGADA. Obtenido de <http://catedrajudicial.blogspot.pe/2007/09/tentaciones-academicas.html>
- Calvo & Carrascosa (2011), Derecho de Familia Internacional, Madrid, Editorial Constitución y leyes.
- Cillero, (s.f.). El Interés Superior Del Niño En El Marco De La Convención, 2.Rev .latinoam.cienc.soc.niñez . (2015). Rev .latinoam.cienc.soc.niñez ., 56.
- Contreras, L. (2015). Interés Superior de los niños y niñas: definición y contenido,



Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado de:

<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Diccionario de Asilo. (2008). La determinación del interés superior del niño.

Estudio jurídico de Alemania: Sandweg, F. a. (s.f.). Derecho Genético en el Perú y Reproducción Asistida. Derecho Genético en el Perú y Reproducción Asistida.

Fernández, M. Urteaga, P., Verona, A. (2015). Guía de Investigación en Derecho. Primera Edición. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Humberto, A. R. (2012). Metodología de investigación científica aplicado a la Ingeniería. Lima.

Huyhua, O. (2018). maternidad subrogada en familias Monoparentales y su implicancia en el Interés Superior del Niño, Independencia. Trabajo de investigación para obtener grado de Bachiller. , Universidad Cesar Vallejo, Escuela Académica Profesional de Derecho, Lima.

Javier, N. (marzo de 2016). OCIAL » FAMILIA HOMOPARENTAL.

Obtenido de Definición ABC:

<https://www.definicionabc.com/social/familia-homoparental.php>

Jiménez, A. (2019). Maternidad Subrogada. Propuesta De Reforma Al Apartado 4.177 Bis Del Código Civil Del Estado De México”. Tesis Para Obtener El Título De, Universidad Autónoma Del Estado De México, Centro Universitario Uaem Texcoco, Texcoco, Estado De México.

León, K. (2015). El futuro de la maternidad subrogada en Colombia: Una perspectiva desde las experiencias de España y México. Trabajo presentado como requisito para optar al título de Especialista en Derecho de Familia, Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, Especialización En Derecho De Familia, Bogotá.



O'Donnell, (2012), Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Ciudad de México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Rivera, P. (2015). Maternidad subrogada frente al principio del interés superior de los menores en la Legislación Ecuatoriana. Proyecto de Investigación presentado como requisito previo a la obtención del Título de Abogada, Carrera De Derecho, Facultad De Jurisprudencia, Ciencias Políticas Y Sociales Facultad De Jurisprudencia, Ciencias Políticas Y Sociales Carrera De Derecho, Ecuador.

Saavedra, S. (2017). Aspecto Jurídicos Relevantes en la Maternidad Subrogada, un análisis de la realidad peruana. Tesis para optar título de abogada, Universidad Cesar Vallejo, Facultad Académica Profesional de Derecho, Lima .

Villamarín, C. (2015). La maternidad Subrogada en el Perú ¿Problema o solución? tesis para optar título de Abogado, Universidad Católica de Santa María de Arequipa, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas programa profesional de Derecho, Arequipa.

Unicef (2015). Convención sobre los derechos del niño. Recuperado de https://www.unicef.org/peru/spanish/convencion_sobre_los_derechos_del_nino_final.pdf



ANEXOS



ANEXO 01

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO: “ANÁLISIS DE POSIBLES AFECTACIONES AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN SUPUESTOS DE MATERNIDAD SUBROGADA”

Planteamiento del Problema	Objetivos	Hipótesis	Categorías o Variables	Subcategorías	Metodología
Problema General	Objetivo General	Hipótesis General	N° 1		
¿Hay una afectación al interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada en nuestro país?	Determinar las posibles afectaciones al interés superior del menor en supuestos de maternidad subrogada.	Hay posibles afectaciones al interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada y están relacionados con el derecho a la identidad, dignidad y desarrollo integral.	Principio de Interés superior del menor	- Concepto -Tipos -Fundamentos -Importancia -Trascendencia	Diseño No Experimental Tipo: Básica, exploratoria y descriptiva Enfoque: La investigación será Cualitativa documental
Problemas Específicos	Objetivos Específicas	Hipótesis Específicas	N° 2		Nivel o Alcance: Dogmático Jurídico ..
1° ¿Está la génesis y naturaleza jurídica del derecho a la procreación relacionada con los derechos humanos? 2° ¿Cómo se vienen tratando jurisprudencialmente los casos de Maternidad subrogada en el Perú?	1° Identificar y analizar la génesis y naturaleza jurídica del derecho a la procreación. 2° Analizar cómo se vienen tratando jurisprudencialmente los casos de Maternidad subrogada en el Perú. 3° Determinar los principios y normas que	1° La génesis y naturaleza jurídica del derecho a la procreación está relacionada con los Derechos Humanos y es fundamental su normatividad. 2° Los casos de maternidad subrogada en el Perú se vienen tratando jurisprudencialmente de acuerdo a una línea, según la cual no está prohibida por la ley y teniendo la prevalencia del principio del interés superior del	Supuestos de maternidad subrogada.	-Definición -Origen y evolución. -Características -Finalidad	Población Corresponde al tema de estudio y análisis. Técnicas e instrumentos para la recolección de datos Técnica del análisis documental -Fichas de análisis documental.



<p>3° ¿Cuáles son los principios y normas que deben regir los procesos de reproducción asistida en el Perú?</p>	<p>deben regir los procesos de reproducción asistida en el Perú.</p>	<p>menor, sin embargo tampoco se encuentra parámetro legalmente.</p> <p>3° Los principios y normas que deben regir los procesos de reproducción asistida en el Perú son:</p> <ul style="list-style-type: none">- Principio del interés superior del menor.- Derecho a la identidad- Derecho a la dignidad.- Derecho a un desarrollo integral.- Derecho a la libertad.			
---	--	--	--	--	--



ANEXO 02

Guía de análisis documental

Análisis de Casación.....

Demandante

Demandado:

Materia

I.-Presentación y formulación del caso:

II. Argumento de Fallo:

III. Análisis Crítico

IV. Conclusión