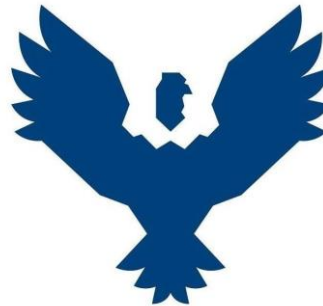




UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“ARGUMENTOS JURÍDICOS - SOCIALES Y LA NECESIDAD DE
REGULAR LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL
PERUANO”**

PRESENTADO POR:

Bach. Yarisha Huaman Sanchez.

Bach. Liseth Diana Loaiza Mora.

TITULO A OPTAR: ABOGADO

ASESOR:

Abg. Mauro Mendoza Delgado

CUSCO – PERÚ

2021



AGRADECIMIENTO

En primer lugar, expresamos nuestro agradecimiento a Dios y a la Virgen del Carmen, por acompañarnos y guiarnos en cada uno de nuestro obrar en esta vida.

A cada una de nuestras familias por ser los principales pilares de nuestras vidas, ya que hicieron lo posible por ayudarnos a cumplir con este objetivo.

A nuestro asesor Abog. Mauro Mendoza Delgado, por su asistencia y colaboración permanente en el desarrollo de la presente investigación, brindándonos su conocimiento basado en su bien lograda experiencia, lo que nos impulsa a seguir su digno ejemplo.

Hacer un especial reconocimiento a cada uno de nuestros docentes, quienes con vocación, esmero y dedicación nos han inculcado el bello arte del Derecho.

A nuestra Alma Mater, Universidad Andina del Cusco, que nos permitió forjarnos en la extraordinaria Escuela Profesional de Derecho.

Y a todas nuestras amistades que siempre estuvieron ahí, con quienes emprendimos nuevos caminos y compartimos experiencias gratas.

Yarisha Huaman Sánchez y Liseth Diana Loaiza Mora



DEDICATORIA

A Dios y la Virgen del Carmen; quienes en todo momento están conmigo ayudándome a aprender de mis errores y a no cometerlos otra vez.

A mi madre Alicia por nunca soltarme y creer en mí, por su confianza y amor, a mi padre Juan Walter por sus consejos y apoyo, y a mi abuela Josefina por todo su cariño; quienes me inculcaron su sabiduría para forjarme en esta vida y seguir por mis sueños.

A mis hermanos Edson y Nory, que son mi mayor inspiración y ejemplo en mi día a día; por su apoyo incondicional y amor; y a mis sobrinos que me muestran su cariño y ternura.

Yarisha Huaman Sánchez

A Dios, porque lámpara es a mis pies su palabra, y lumbrera a mi camino, y que sin él no habría podido llegar a donde estoy.

A mis padres Diana y Fernando, porque con su amor y apoyo incondicional, han forjado a mi persona en valores y principios, alentándome siempre a cumplir todos mis objetivos.

A mi hermano Elvis, por su apoyo en todo este trayecto y del cual estoy muy orgullosa.

Y a la memoria de mis abuelos Cirilo y Asencia, quienes fueron un gran ejemplo de lucha y perseverancia.

Liseth Diana Loaiza Mora



ÍNDICE

AGRADECIMIENTO.....	ii
DEDICATORIA	iii
ÍNDICE	iv
ÍNDICE DE TABLA.....	ix
ÍNDICE DE GRÁFICOS	xi
RESUMEN.....	13
ABSTRACT.....	14
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN	15
1.1. Planteamiento del problema	15
1.2. Formulación del problema	17
1.2.1 Problema general.....	17
1.2.2 Problemas específicos secundarios	17
1.3. Justificación.....	17
1.3.1. Conveniencia.....	17
1.3.2. Relevancia Social	18
1.3.3. Implicancias Prácticas	18
1.3.4. Valor Teórico	19
1.3.5. Utilidad Metodológica.....	19
1.4. Objetivos de investigación	19
1.4.1. Objetivo general	19
1.4.2. Objetivos específicos.....	19
1.5. Viabilidad de la Investigación.....	20
CAPITULO II: MARCO TEÓRICO	21
2.1. Antecedentes de la investigación	21
2.1.1. Antecedentes Internacionales.....	21
A. Tesis: “EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA O DE ALQUILER: ¿EJERCICIO LEGÍTIMO DEL DERECHO A PROCREAR O ATENTADO A LA DIGNIDAD?”	21
B. Tesis: “MATERNIDAD SUBROGADA. PROPUESTA DE REFORMA AL APARTADO 4. 177 BIS DEL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO”	24
2.1.2. Antecedentes Nacionales.....	28



A. Tesis: “IMPLICANCIAS JURIDICAS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA: PROPUESTA NORMATIVA SOBRE SUBROGACIÓN GESTACIONAL ALTRUISTA”. 28	
B. Tesis: “INCORPORACIÓN LEGAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA, PARA GARANTIZAR LA CONSOLIDACIÓN DE LA INSTITUCIÓN FAMILIAR EN EL PERÚ”	30
2.1.3. Antecedentes Locales	32
A. Tesis: “EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA PARA PAREJAS HETEROSEXUALES Y SU NECESARIA REGULACIÓN EN EL PERÚ”	32
B. Tesis: “REGULACIÓN DEL EMBARAZO SUBROGADO EN LA LEGISLACIÓN CIVIL PERUANA (PROPUESTA LEGISLATIVA)”	34
2.2. Bases teóricas	36
2.2.1. Derecho de familia	36
2.2.2. Padres imposibilitados.....	37
2.2.3. Infertilidad.....	37
2.2.4. Esterilidad.....	37
2.2.5. Principio a constituir una familia	37
2.2.6. Principio de la protección familiar	38
2.2.7. Derecho de los padres a su libre desarrollo de la personalidad	38
2.2.8. Derecho de los padres a la voluntad procreacional	38
2.2.9. Derecho reproductivo	38
2.2.10. Técnicas de reproducción asistida.....	39
2.3. Marco conceptual	39
2.4. Hipótesis de trabajo.....	40
2.5. Categorías de estudio	40
CAPITULO III: MÉTODO	42
3.1. Diseño metodológico.....	42
3.2. Diseño contextual.....	42
3.2.1. Escenario espacio temporal	43
3.2.2. Unidad(es) de estudio.....	43
3.3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	43
CAPITULO IV: DESARROLLO TEMATICO.....	44
SUB CAPITULO I: ASPECTOS GENERALES.....	44
4.1.1. Técnicas de reproducción humana asistida	44
4.1.2. Clases de técnicas de reproducción asistida	45
4.1.2.1. Técnicas intracorpóreas de reproducción Asistida	46



4.1.2.2.	Técnicas extracorpóreas de reproducción asistida	46
4.1.3.	Inseminación artificial	47
4.1.4.	Fecundación In Vitro.....	49
SUB CAPITULO II: MATERNIDAD SUBROGADA		51
4.2.1.	Maternidad	51
4.2.2.	Maternidad subrogada	52
4.2.3.	Clasificación de maternidad subrogada.....	53
A.	Según la procedencia de los gametos	53
B.	Según el carácter oneroso o altruista.....	54
4.2.4.	Maternidad Subrogada en el Perú	54
SUB CAPITULO III: DE LOS PADRES IMPOSIBILITADOS		55
4.3.1.	Antecedentes	55
4.3.2.	La Infertilidad.....	56
4.3.2.1.	Clases de infertilidad.....	57
4.3.3.	La Esterilidad	59
4.3.3.1.	Causas de esterilidad	59
A.	Causas de esterilidad masculina.....	59
B.	Causas de esterilidad femenina	60
4.3.3.2.	Clases de Esterilidad	61
SUBCAPITULO IV: DERECHO DE FAMILIA		61
4.4.1.	Familia.....	61
4.4.2.	Clases de familia	64
A.	Familia nuclear.....	64
B.	Familia extendida	65
C.	Familia matrimonial	65
D.	Familia extramatrimonial	65
E.	Familia ensamblada.....	65
4.4.3.	Derecho de familia	65
SUB CAPITULO V: FUNDAMENTOS JURIDICOS		67
4.5.1.	Principios y derechos constitucionales de los padres imposibilitados	67
A.	Principio a constituir una familia	68
B.	Principio de la protección familiar	70
C.	Derecho al libre desarrollo de la personalidad	71



D. Derecho a la voluntad procreacional	73
i. Derecho a la Autonomía Reproductiva	75
E. Derecho Reproductivo.....	75
SUB CAPITULO VI: LEGISLACIÓN PERUANA.....	77
4.6.1 Código Civil Peruano.....	77
4.6.2 Código de los niños y adolescentes (DL 7337).....	79
4.6.3 Proyectos de ley de salud	81
CAPITULO V: RESULTADO Y ANALISIS DE LOS HALLAZGOS.....	83
5.1. Resultados de Estudio	83
5.2. Análisis de los hallazgos	83
5.2.1. Entrevistas a: jueces de familia, abogados especialistas, psicólogos y madres intención. 84	
5.2.1.1. Análisis de entrevistas Jueces Especializados en Materia Civil- Familia	84
5.2.1.2. Análisis de entrevistas a abogados especializados en materia Civil- Familia.....	92
5.2.1.3 Análisis de entrevistas a psicólogos	101
6.1.1.1. Análisis de entrevistas a madres de intención	106
6.1.2. Análisis de sentencia	116
6.1.2.1. Análisis de casos emblemáticos nacionales	116
A. Sentencia del expediente N° 6374-2016.....	116
B. Sentencia del expediente N° 563-2011.....	118
6.1.2.2. Análisis de sentencias de casos emblemáticos internacionales.....	120
A. Sentencia del expediente N° 38316-2012.....	120
B. Sentencia del expediente N° 3447358	123
C. Sentencia del expediente Santiago-Chile	126
D. Sentencia del caso – serie C N° 257	128
6.2. Discusión y contrastación teórica de los hallazgos	130
D. CONCLUSIONES	132
E. RECOMENDACIONES O SUGERENCIAS.....	133
F. EXPOSICION DE MOTIVOS.....	134
G. REFERENCIAS BIBLIOGRAFÍAS.....	139
ANEXOS.....	142
1. Matriz de Consistencia	143
<i>ARGUMENTOS JURÍDICOS - SOCIALES Y LA NECESIDAD DE REGULAR LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO”</i>	143



2. Instrumentos de recolección de datos..... 144



ÍNDICE DE TABLA

Tabla N° 1.....	41
Tabla N° 2 Sr. Juez, ¿conoce sobre la maternidad subrogada?	84
Tabla N° 3 Sr. Juez, ¿considera que la maternidad subrogada debería ser regulada dentro del Código Civil Peruano?	85
Tabla N° 4 Sr. Juez, ¿cree que deberían existir parámetros según sus máximas de experiencia para regular la maternidad subrogada?.....	87
Tabla N° 5 Sr. Juez, ¿considera que la falta de regulación de la maternidad subrogada genera vulnerabilidad de los derechos de los padres imposibilitados a constituir una familia?	88
Tabla N° 6 Sr. Juez, ¿considera usted que la falta de regulación de la maternidad subrogada es una limitante para garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la voluntad procreacional de los padres imposibilitados?.....	90
Tabla N° 7 Sr. Juez, ¿considera a la maternidad subrogada como una práctica hacedera dentro de la sociedad peruana, teniendo en cuenta los factores morales y sociales?	91
Tabla N° 8 Abogado(a), ¿tiene conocimiento sobre la maternidad subrogada?.....	93
Tabla N° 9 Abogado(a), ¿considera que la maternidad subrogada debería ser regulada dentro del Código Civil Peruano?.....	94
Tabla N° 10 Abogado(a), ¿cree que deberían existir parámetros para regular la maternidad subrogada?.....	95
Tabla N° 11 Abogado(a), ¿considera que la falta de regulación de la maternidad subrogada genera vulnerabilidad de los derechos de los padres imposibilitados a constituir una familia?	97
Tabla N° 12 Abogado(a), ¿considera usted que la falta de regulación de la maternidad subrogada es una limitante para garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la voluntad procreacional de los padres imposibilitados?.....	98
Tabla N° 13 Abogado(a), ¿considera a la maternidad subrogada como una práctica hacedera dentro de la sociedad peruana, teniendo en cuenta los factores morales y sociales?	100
Tabla N° 14 Psicólogo(a) ¿tiene conocimiento sobre la maternidad subrogada?.....	101
Tabla N° 15 Psicólogo(a) ¿existe un grado de afectación psicológica de una pareja al no poder tener hijos?.....	102
Tabla N° 16 Psicólogo(a) ¿Cree usted que una pareja al no poder tener hijos podría afectar a su libre desarrollo de la personalidad?	104



Tabla N° 17 Psicólogo(a) durante su experiencia, ¿ha tenido casos de personas que se han visto afectado(a) por no poder tener hijos?	105
Tabla N° 18 Psicólogo(a) ¿Cree usted que debería regularse la maternidad subrogada en el Perú?	106
Tabla N° 19 ¿Alguna vez a escuchado hablar sobre la maternidad subrogada o vientre de alquiler?	107
Tabla N° 20 Diga usted, ¿ha tenido algún problema de esterilidad o infertilidad?	107
Tabla N° 21 ¿Conoce a más parejas o personas casadas que tengan problemas de esterilidad o infertilidad para poder tener hijos?	108
Tabla N° 22 En algún momento, cuando Ud. tenía la intención de convertirse en madre, ¿le propusieron realizar la maternidad subrogada o vientre de alquiler?	110
Tabla N° 23 ¿Conoce usted a alguien dentro de su entorno social que haya practicado esta técnica de reproducción asistida (Fecundación In Vitro o Inseminación Artificial)?	111
Tabla N° 24 Si es así, ¿usted sabe si los padres de intención han llegado a tener incertidumbre sobre la entrega del recién nacido por parte de la mujer gestante?	112
Tabla N° 25 Diga Ud., ¿alguna vez se ha sentido desamparada por el estado ante la falta de empatía para poder solucionar su dificultad para poder tener una familia?	113
Tabla N° 26 ¿Cree usted que la falta de regulación de maternidad subrogada en el Perú a afectado a su derecho de poder constituir una familia?	114
Tabla N° 27 ¿Considera Ud. que debería regularse la maternidad subrogada?	115
Tabla N° 28 Sentencia del expediente N° 6374-2016	116
Tabla N° 29 Sentencia del expediente N° 563-2011	118
Tabla N° 30 Sentencia del expediente N° 38316-2012	120
Tabla N° 31 Sentencia del expediente N° 3447358	123
Tabla N° 32 Sentencia del expediente Santiago-Chile	126
Tabla N° 33 Sentencia del caso – serie C N° 257	128



ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico N° 1 Sr. juez, ¿conoce sobre la maternidad subrogada?.....	85
Gráfico N° 2 Sr. juez, ¿conoce sobre la maternidad subrogada?.....	85
Gráfico N° 3 Sr. Juez, ¿cree que deberían existir parámetros según sus máximas de experiencia para regular la maternidad subrogada?	87
Gráfico N° 4 Sr. Juez, ¿considera que la falta de regulación de la maternidad subrogada genera vulnerabilidad de los derechos de los padres imposibilitados a constituir una familia?	89
Gráfico N° 5 Sr. Juez, ¿considera usted que la falta de regulación de la maternidad subrogada es una limitante para garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la voluntad procreacional de los padres imposibilitados?.....	90
Gráfico N° 6 Sr. Juez, ¿considera a la maternidad subrogada como una práctica hacedera dentro de la sociedad peruana, teniendo en cuenta los factores morales y sociales?	92
Gráfico N° 7 Abogado(a), ¿tiene conocimiento sobre la maternidad subrogada?.....	93
Gráfico N° 8 abogado(a), ¿considera que la maternidad subrogada debería ser regulada dentro del código civil peruano?.....	94
Gráfico N° 9 Abogado(a), ¿cree que deberían existir parámetros para regular la maternidad subrogada?.....	96
Gráfico N° 10 Abogado(a), ¿considera que la falta de regulación de la maternidad subrogada genera vulnerabilidad de los derechos de los padres imposibilitados a constituir una familia?	97
Gráfico N° 11 Abogado(a), ¿considera usted que la falta de regulación de la maternidad subrogada es una limitante para garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la voluntad procreacional de los padres imposibilitados?.....	99
Gráfico N° 12 Abogado(a), ¿considera a la maternidad subrogada como una práctica hacedera dentro de la sociedad peruana, teniendo en cuenta los factores morales y sociales?	100
Gráfico N° 13 Psicólogo(a) ¿tiene conocimiento sobre la maternidad subrogada?.....	102
Gráfico N° 14 Psicólogo(a) ¿existe un grado de afectación psicológica de una pareja al no poder tener hijos?.....	103
Gráfico N° 15 Psicólogo(a) ¿Cree usted que una pareja al no poder tener hijos podría afectar a su libre desarrollo de la personalidad?.....	104



Gráfico N° 16 Psicólogo(a) durante su experiencia, ¿ha tenido casos de personas que se han visto afectado(a) por no poder tener hijos?	105
Gráfico N° 17 Psicólogo(a) ¿Cree usted que debería regularse la maternidad subrogada en el Perú?	106
Gráfico N° 18 ¿Alguna vez a escuchado hablar sobre la maternidad subrogada o vientre de alquiler?	107
Gráfico N° 19 Diga usted, ¿ha tenido algún problema de esterilidad o infertilidad?	108
Gráfico N° 20 ¿Conoce a más parejas o personas casadas que tengan problemas de esterilidad o infertilidad para poder tener hijos?	109
Gráfico N° 21 En algún momento, cuando Ud. tenía la intención de convertirse en madre, ¿le propusieron realizar la maternidad subrogada o vientre de alquiler?	110
Gráfico N° 22 ¿Conoce usted a alguien dentro de su entorno social que haya practicado esta técnica de reproducción asistida (Fecundación In Vitro o Inseminación Artificial)?	111
Gráfico N° 23 Si es así, ¿usted sabe si los padres de intención han llegado a tener incertidumbre sobre la entrega del recién nacido por parte de la mujer gestante?	112
Gráfico N° 24 Diga Ud., ¿alguna vez se ha sentido desamparada por el estado ante la falta de empatía para poder solucionar su dificultad para poder tener una familia?	113
Gráfico N° 25 ¿Cree usted que la falta de regulación de maternidad subrogada en el Perú a afectado a su derecho de poder constituir una familia?	114
Gráfico N° 26 ¿Considera Ud. que debería regularse la maternidad subrogada?	115



RESUMEN

El incremento de casos de esterilidad e infertilidad en el Perú ha generado que las parejas y personas casadas busquen nuevas técnicas de reproducción asistida, con la finalidad de que puedan concebir a un ser humano y forjar un legado. Dentro de estas técnicas de reproducción asistida, encontramos a la maternidad subrogada o maternidad por sustitución. Esta técnica de reproducción asistida ha venido siendo utilizada sin regulación alguna, generando incertidumbre a las personas que lo practican, puesto que dentro de la Ley General de Salud y el Código Civil, no se establece la prohibición o la permisibilidad de esta técnica.

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo conocer los argumentos jurídicos-sociales que permitan la regulación de la maternidad subrogada en el Código Civil Peruano, así también proponer los lineamientos normativos en los que se deberían regular. La implicancia de los derechos de los padres imposibilitados a procrear, tales como el libre desarrollo de la personalidad, la voluntad procreacional, derecho reproductivo, protección familiar y al de construir una familia, fundamenta y hace necesario que exista una regulación inmediata de la maternidad subrogada. Todo ello, corroborado con los argumentos sociales, tales como la autorrealización familiar, el incremento de infertilidad y esterilidad en las parejas, como la incertidumbre de la entrega del recién nacido por parte de la mujer gestante a los padres de intención.

PALABRAS CLAVES: Derechos de los padres imposibilitados a procrear, Esterilidad, Fecundación In Vitro, Infertilidad, Maternidad subrogada, Padres de Intención, TERAS.



ABSTRACT

The increase in cases of sterility and infertility in Peru has led couples and married people to seek new assisted reproductive techniques, in order that they can conceive a human being and forge a legacy. Within these assisted reproduction techniques, we find surrogacy or surrogacy. This assisted reproduction technique has been used without any regulation, generating uncertainty for the people who practice it, since within the General Health Law and the Civil Code, the prohibition or permissibility of this technique is not established.

The objective of this research work is to know the legal-social arguments that allow the regulation of surrogacy in the Peruvian Civil Code, as well as to propose the normative guidelines in which they should be regulated. The implication of the rights of parents unable to procreate, such as the free development of the personality, the procreation will, the reproductive right, family protection and that of building a family, grounds and makes it necessary for an immediate regulation of surrogacy. All this, corroborated with social arguments, such as family self-realization, the increase in infertility and sterility in couples, as well as the uncertainty of the delivery of the newborn by the pregnant woman to the intended parents.

KEY WORDS: Rights of parents unable to procreate Surrogacy, Sterility, Infertility, In Vitro Fertilization, Intentional Parents, TERAS.



CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

1.1. Planteamiento del problema

En la actualidad, los seres humanos sostienen que la creación de la vida humana es una forma de trascender en esta vida efímera, y eso es mediante la descendencia, toda vez que, debemos entender que la forma tradicional de crear una familia biológica es a través del acto sexual. Es por eso que, frente a la maternidad frustrada o imposibilitada se acude a los métodos científicos, utilizando técnicas de reproducción asistida resaltando la maternidad subrogada o la maternidad por sustitución.

Es así que, a través de los avances de la tecnología y la ciencia han ido sorprendiendo de manera inimaginable a la humanidad, pues en la biogenética se reflejan las técnicas de reproducción asistida; que se presentan principalmente como una solución para aquellos que tienen dificultades reproductivas. Los métodos que se han desarrollado son abundantes, pero el que se analizará en esta investigación es el de la maternidad subrogada, en el cual la pareja, que recurre a dicha práctica, une su material genético, y este luego es implantado en la madre que portará el embarazo.



Las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), surgen como una fuente principal de solución a un problema que venía afectando a las parejas desde hace mucho tiempo atrás: la infertilidad. La Organización mundial de la salud (OMS) la concibe clínicamente como una “enfermedad del sistema reproductivo caracterizada por el fracaso en alcanzar un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales desprotegidas”

Según (Villamarin, 2015) nos dice que la Maternidad Subrogada “Es el acto productor 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 a favor de otra mujer que figurará como madre de éste”. De ahí que, las gestantes son mujeres fértiles que aceptan llevar a término un embarazo que se ha generado mediante el esperma y el óvulo de los padres contractuales, con o sin contraprestación de por medio, para que, una vez producido el parto entregue al hijo a las personas que lo encargaron, las cuales asumieron el pago de la suma acordada o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto (p.18).

Esta técnica ha traído consigo una serie de opiniones divergentes en cuanto a su regulación. En los cuales, los factores éticos, culturales, sociales y legales se han involucrado en la controversia. Sin duda, este tema ha generado gran interés en la sociedad y el Perú no es la excepción.

Por tanto, la maternidad subrogada, vientre de alquiler, maternidad sustituta o alquiler de útero, cualquiera sea la denominación que se utilice, tradicionalmente, es aquel método mediante el cual una mujer, previo acuerdo con la madre portadora, se compromete a



llevar adelante un embarazo y a entregar al recién nacido al término de este, renunciando a sus derechos como madre.

Finalmente, la intención de esta investigación es analizar una problemática que no es extraña a nuestra realidad y que se genera a causa de la falta de un marco normativo que de una regulación clara acerca de la maternidad subrogada. Ante esta situación, es necesario abordar algunos aspectos jurídicos como sociales que justificarían su regulación como son los principios y derechos que tienen los padres para constituir una familia, y así alcanzar el ideal que persiguen dentro de la sociedad.

1.2. Formulación del problema

1.2.1 Problema general

- ¿Cuáles son los argumentos jurídicos - sociales que hacen necesarios la regulación de la Maternidad Subrogada en el Código Civil Peruano?

1.2.2 Problemas específicos

- ¿Cuáles son los argumentos jurídicos que hacen necesarios la regulación de la Maternidad Subrogada en el Código Civil Peruano?
- ¿Cuáles son los argumentos sociales que hacen necesarios la regulación de la Maternidad Subrogada en el Código Civil Peruano?

1.3. Justificación

1.3.1. Conveniencia

La falta de incorporación de la institución de la maternidad subrogada en el Código Civil Peruano genera una incertidumbre jurídica y social, sobre las facultades y derechos de aquellos que tienen la esperanza de poder tener una familia. Es así, que una de las



mayores implicancias por la falta de regulación de esta, es la vulneración de los derechos fundamentales de los Padres Imposibilitados a constituir una familia.

Es en razón a ello, que vemos por conveniente realizar la investigación, debido a que esta busca analizar los argumentos tanto jurídicos como sociales que determinen la necesaria regulación de la Maternidad Subrogada en el Código Civil Peruano. Para así, poder establecer parámetros normativos que contribuyan a la regulación de la Maternidad Subrogada en el país.

1.3.2. Relevancia Social

En estos tiempos, los países del mundo sostienen que la creación de la vida humana es una forma de trascender en esta vida efímera y eso es mediante la descendencia. La aplicación de una técnica de reproducción asistida (Maternidad Subrogada) coadyuva en la formación de una familia; es debido a ello que surge la necesidad de regular la Maternidad Subrogada como institución dentro del Código Civil Peruano como una modalidad contractual, para así contribuir en la formación de la sociedad.

1.3.3. Implicancias Prácticas

De la investigación se podrá proponer lineamientos normativos que ayuden a regular la Maternidad Subrogada como una institución, siendo esta trascendental para todos aquellos que tengan un anhelo de poder formar una familia ya que podrá ser aplicada en beneficio de ellos, fundamentado en la conexión intrínseca de los Derecho del Libre Desarrollo de la Personalidad, Autonomía Reproductiva y la Protección Familiar.



1.3.4. Valor Teórico

Esta investigación busca cubrir los vacíos legales existentes en el Código Civil Peruano sobre la Maternidad Subrogada, teniendo en cuenta que esta técnica de reproducción asistida es de carácter inexplorada. Por lo tanto, se pretende desarrollar una teoría que permita resguardar los Derechos Constitucionales de los Padres Imposibilitados a Procrear.

1.3.5. Utilidad Metodológica

Ahora bien, con la presente investigación ayudaríamos a crear un nuevo instrumento para la recolección de datos o análisis para posteriores investigaciones relacionados al tema, por lo que vendría a cumplir el valor metodológico. Teniendo en cuenta que el enfoque de esta investigación es cualitativo, de esta manera se podrá realizar el análisis dogmático sobre los aspectos jurídicos y sociales, que acarrea la falta de regulación de la maternidad subrogada en el Código Civil Peruano, así como proponer parámetros normativos en el tema.

1.4. Objetivos de investigación

1.4.1. Objetivo general

- Conocer los argumentos jurídicos - sociales que hacen la regulación de la Maternidad Subrogada en el Código Civil Peruano.

1.4.2. Objetivos específicos

- Determinar los argumentos jurídicos que hacen necesarios la regulación de la Maternidad Subrogada en el Código Civil Peruana.
- Determinar los argumentos sociales que hacen necesarios la regulación de la Maternidad Subrogada en el Código Civil Peruano.



1.5. Viabilidad de la Investigación

Al tratarse de un estudio puramente teórico - dogmático y propositivo, el proyecto es completamente viable, tanto que se podrá realizarse desde un punto de vista logístico como económico. Considerando la disponibilidad de recursos financieros, humanos y materiales que determinarán en última instancia los alcances de la investigación (Sampieri, 2018). Asimismo, esta investigación contribuirá en la regulación de una conducta frente a un vacío legal, teniendo en cuenta las sentencias emitidas por la Corte Suprema del Estado y el derecho comparado.



CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

Después de una ardua investigación e indagar más sobre nuestro tema, toda vez que se ha encontrado antecedentes que marcan datos e hipótesis distintas, que sin embargo guardan relación a nivel local, nacional como internacional; entre ellas tenemos:

2.1.1. Antecedentes Internacionales

A. Tesis: “EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA O DE ALQUILER: ¿EJERCICIO LEGÍTIMO DEL DERECHO A PROCREAR O ATENTADO A LA DIGNIDAD?”.

- Autor: Cristóbal Antonio Santander
- Presentado para: Para optar el título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales
- Universidad: Universidad Alberto Hurtado
- Lugar: Santiago – Chile
- Año: 2012



- Conclusiones

PRIMERA: La maternidad es un estado de privilegio de la mayor parte de la población, sin embargo, un porcentaje importante de la misma no lo posee generando un estado de insatisfacción al no dejar descendencia, y donde la maternidad subrogada aparece como alternativa para concretar sus anhelos de ser padres, mediante un proceso artificial de reproducción, no exento de críticas. Críticas que se explican dadas las características que presenta la maternidad subrogada en su variante contractual, y que obligaron a preguntarse si la libertad procreativa es disponible o si su ejercicio queda limitado por la dignidad del hijo y de la mujer gestante. Dignidad humana que se reflejó en el rechazo de la maternidad subrogada en España y en el proyecto de ley chileno sobre sustitución de la maternidad, evidenciando su primacía respecto al derecho a procrear.

SEGUNDO: Dicho antecedente fue vital a la hora de analizar el conflicto de derechos pues permitió conocer las razones invocadas para admitir el contrato de maternidad subrogada entre ellas la existencia de un derecho a la descendencia evaluando los límites que tendría éste, y que guardan coherencia con la naturaleza de los derechos fundamentales y los valores de dignidad e integridad física ,que encuentran consagración positiva en normas de Derecho Nacional e Internacional y las cuales Chile ha suscrito. Asimismo, la existencia de un derecho a procrear en Chile fundamentado bajo la teoría del derecho fundamental adscrito y su conexión con otros derechos fundamentales reconocidos expresamente por nuestra Constitución cuando asegura a todas las personas, permitió no sólo definir las cualidades que definen la persona humana, entre ellas el ejercicio de la reproducción, sino que además proponer



el ejercicio por intermediación del derecho a procrear, cuando este se sirve de la maternidad subrogada.

Esta advertencia, que implica la asunción de un nuevo paradigma en el Sistema Filiativo Chileno, permite darle un real y operativo contenido del derecho a procrear puesto que permite redefinirlo conforme a los avances de la técnica, que dan cuenta no sólo de los cambios culturales en materia de reproducción y maternidad, sino que también de los titulares involucrados.

De ahí que resultará interesante para esta investigación analizar los casos de embarazo masculino o de útero artificial, a propósito de la titularidad del derecho a procrear, y que exigen un tratamiento constitucional que considere no sólo la dignidad humana, sino que aquel ámbito de libertad que pertenece a cada ser humano, considerando que la sexualidad corre en ámbitos públicos, pero también privados.

Ámbitos que deben ser considerados cuando se evalúa el contenido del derecho a procrear en Chile, pues si bien la reproducción pertenece a la intimidad de cada sujeto y debe vivirse libre de interferencias externas sus efectos jurídicos exigen protección estatal que en el caso de la maternidad subrogada requiere contar necesariamente con una legislación que regule las técnicas de reproducción asistida destinando recursos que permitan paliar los problemas asociados a la infertilidad.

TERCERO: El derecho a procrear en su sentido positivo y negativo implica no sólo una protección a la salud, integridad y dignidad de los individuos, libre de discriminación, en su esfera de libertad procreativa, sino que también un respeto por parte del Estado a la garantía del libre desarrollo de la personalidad, ligada estrechamente a la dignidad humana que posee una función libertaria y un contenido



histórico. Libertad y dignidad, que, en lo personal, permiten admitir el contrato de maternidad subrogada en cualquiera de sus variantes ya que lo que se contrata no es el útero propiamente tal sino la capacidad generativa de una mujer, considerando también que dicha esfera reproductiva le pertenece exclusivamente a la mujer en virtud de su derecho a procrear. En efecto, al evaluar el contrato de maternidad subrogada se hace necesario distinguir dos aspectos; por un lado, la nulidad del acuerdo conforme los artículos del Código Civil que abordan dicha materia y por otro los efectos jurídicos vinculados al Derecho de Familia como la determinación de la filiación del nacido fruto de esta técnica o los derechos, deberes y beneficios de los padres vinculados a la maternidad.

CUARTO: De esta manera, frente al conflicto entre el derecho a procrear y la dignidad humana luego de estudiar el contrato de maternidad subrogada, estoy convencido que son los hombres y mujeres, a través de sus actos, deseos y por medio de sus semillas, los artesanos del Ciclo de la Vida donde la ciencia hoy por hoy, asume un rol determinante mejorando no sólo las condiciones de vida de los sujetos que intervienen sino que también contribuyendo a dignificar aquel estado de privilegio llamado maternidad.

B. Tesis: “MATERNIDAD SUBROGADA. PROPUESTA DE REFORMA AL
APARTADO 4. 177 BIS DEL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO”

- Autor: Andrea Cecilia Jiménez Pedraza
- Presentado para: Para optar el título de licenciada en derecho.
- Universidad: Universidad Autónoma del Estado de México.
- Lugar: Texcoco, Estado de México.



- Año: 2019
- Conclusiones

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. 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.

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 dentro del seno de una familia, 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.

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.

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 decir 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.

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.

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.

2.1.2. Antecedentes Nacionales

A. Tesis: “IMPLICANCIAS JURIDICAS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA: PROPUESTA NORMATIVA SOBRE SUBROGACIÓN GESTACIONAL ALTRUISTA”.

- Autor: Cecilia Cristina Piña Sempertegui
- Presentado para: Para optar el título profesional de abogado.
- Universidad: Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo
- Lugar: Lambayeque
- Año: 2018
- Conclusiones

PRIMERO: La Problemática Jurídica en relación a la Maternidad Subrogada, está relacionada con tópicos como: dignidad de la persona, licitud y los intereses que el



derecho debe normar y proteger; planteándose fundamentalmente que en las decisiones contractuales ejercidas con libertad y voluntad no hay nada que objetar; así mismo, se precisa que es un problema complejo que tiene implicancias técnicas, éticas y jurídicas.

SEGUNDO: En cuanto a los derechos involucrados, en la Maternidad Subrogada, existe consenso en precisar que los derechos asociados son: el derecho a procrear, discutiéndose la existencia del derecho a la reproducción entendido como un derecho individual y el recurso a la maternidad subrogada como una forma admisible de participación en la procreación. El derecho a la reproducción, derivado de la propia dignidad de la persona, sujeto a sus propios límites. La titularidad del derecho a procrear, de carácter compartido o exclusivamente individual.

TERCERO: Sobre la situación del nasciturus en el contexto de la maternidad subrogada, se considera que: el hijo fruto de un procedimiento de subrogación es obtenido tras el acuerdo llevado a cabo entre los futuros padres, mujer portadora, entidades intermediarias, bufete jurídico, etc. La maternidad por subrogación admite la posibilidad de filiación.

CUARTO: La Gestación Subrogada Altruista (GSA); en aplicación del principio de voluntad procreacional, atiende el deseo de aquellas personas que quieren tener hijos y carecen de la capacidad para gestarlos; limita el riesgo de explotación de las mujeres gestantes y de cosificación de los niños; concilia derechos: de la persona a la paternidad/ maternidad y de la mujer al ejercicio de su autonomía corporal. Se precisa, así mismo, que no tiene por qué ser contraria a la dignidad de la gestante ni al interés superior del niño y que es

necesario estudiarla en profundidad, para regularla.



QUINTO: Se formula una propuesta normativa sistémica, en la forma y estructura de un Proyecto de Ley, que en torno a la GSA plantea: objeto, finalidad, derecho, ámbito, procedencia, requisitos, formalidades, prohibiciones, obligaciones del personal médico, certificación de nacimiento, registro, control de nacimiento, nulidad, sanciones y disposiciones complementarias.

B. Tesis: “INCORPORACIÓN LEGAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA,
PARA GARANTIZAR LA CONSOLIDACIÓN DE LA INSTITUCIÓN
FAMILIAR EN EL PERÚ”

- Autor: Ronaldo Gilberto Rojas Guillén
- Presentado para: Para optar el título profesional de abogado.
- Universidad: Universidad César Vallejo.
- Lugar: Trujillo
- Año: 2020
- Conclusiones

PRIMERA.- Mediante la presente investigación se determinó la necesidad de incorporar legalmente la figura de la maternidad subrogada para garantizar la consolidación de la institución familiar, ya que esta técnica de reproducción humana asistida puede ser concebida como una alternativa de solución a los problemas de infertilidad o de otros problemas fisiológicos que enfrentan las mujeres al momento de querer procrear de manera tradicional, problemas que en más de una oportunidad acarrear a que se le ocasione un daño psicológico por parte de la sociedad mediante comentarios fuera de lugar y/o en el peor de los casos puede ser considerado como una de las causas de separación en las parejas ya que el hombre al no poder procrear con su



esposa toma como camino más fácil el separarse de ella; es por eso que mediante la regulación de esta técnica de procreación se busca consolidar a la familia como tal dentro de la sociedad para que se pueda cumplir con uno de los deberes primordiales del Estado peruano, el mismo que es la promoción y protección de la familia como institución social.

SEGUNDO.- En el proceso de investigación se pudo constatar que el tema de la maternidad subrogada con relación al derecho de familia enfrenta un vacío muy grande ya que no hay regulación expresa de la norma que establezca los requisitos mínimos a tener en consideración al momento de buscar establecer el mejor derecho de filiación con respecto al menor que sea producto del uso de este tipo de técnicas de reproducción humana asistida, la cual generaría una grave confusión con relación a quien se le debería atribuir la paternidad biológica y/o legal con respecto al menor, derecho dejado en el aire como consecuencia de la falta de normatividad que verse sobre el tema en específico y busque garantizar el bienestar e manera principal del niño y como vertientes secundarias de las demás partes intervinientes en dicho acuerdo.

TERCERO.- Se determinó la necesidad de incorporar la figura de la maternidad subrogada para garantizar el derecho de las familias, ya que por medio del uso de este tipo de técnicas de reproducción se puede asegurar que las parejas heterosexuales que se unan con la finalidad de procrear y por razones diversas se encuentren imposibilitadas de hacerlo de manera tradicional puedan consolidarse como tales dentro de la sociedad y así se cumpla con lo parametrado e impuesto por la misma, y sobre que puedan alcanzar la felicidad plena que un niño les traería a sus hogares.



CUARTO.- Se identificó la necesidad de buscar brindar protección a los sujetos participantes o intervinientes de los acuerdos de maternidad subrogada ya que dentro de cualquier tipo de acuerdo siempre va a existir una parte débil dentro de la relación o una más vulnerable, como por ejemplo en el caso en mención estaríamos frente buscar tutelar la protección a favor de los niños producto de este tipo de técnicas de reproducción ya que son quienes más conflictos relacionados con los derechos enfrentarían ya que su derecho a la identidad estaría enfrentando un grave problema, así mismo sucede con las partes celebrantes del acuerdo puesto que se discutiría a quien le correspondería mejor el derecho de filiación con respecto al niño o cabe el caso de que la madre gestacional pueda arrepentirse en el proceso de entregar al niño y de renunciar a sus derechos filiales, lo que conllevaría a que se ocasionen responsabilidades y daños jurídicos.

2.1.3. Antecedentes Locales

A. Tesis: “EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA PARA PAREJAS HETEROSEXUALES Y SU NECESARIA REGULACIÓN EN EL PERÚ”

- Autores: Deysi Navarro Linares y Tony Raúl Sihuín Fernández
- Presentado para: Para optar el título profesional de abogado.
- Universidad: Universidad Andina del Cusco
- Lugar: Cusco
- Año: 2019
- Resumen:

La tesis intitulada “El Contrato de Maternidad Subrogada para Parejas Heterosexuales y su Necesaria Regulación en el Perú”, nace a raíz de la problemática dentro de nuestra



sociedad actual, el cual se manifiesta a través de varios casos relacionados con parejas que no pueden concebir sus propios hijos y que de acuerdo al avance médico y tecnológico nos encontramos con herramientas medicas al alcance de la mano y lograr el objetivo de ser padres, tal es el caso del tratamiento fertilización in vitro, ya que mediante esta técnica se puede realizar la maternidad subrogada. En nuestro país el tema de la maternidad subrogada aún se encuentra fuera de nuestra normativa, por lo que buscamos que se regule la maternidad subrogada para que las parejas puedan acudir a ella sin impedimento alguno y sin cometer delito alguno, ya que existen países que aceptaron a la maternidad subrogada como una realidad latente el cual merece ser atendido legalmente, tal es el caso de la India, Estados Unidos y México, llevándonos la delantera respecto a regulaciones normativas que van acorde con la realidad actual. Por otro lado también se ve con el impedimento de contar con una herramienta legal viable y factible como es el contrato de maternidad subrogada propiamente dicho, contrato que sugerimos debería encontrarse inmerso dentro de nuestro Código Civil como un contrato especial asemejándose al contrato de prestación de servicios, siendo esta figura legal la más próxima al contrato que proponemos, además de sugerir la modificatoria del Art, 1756° de nuestro código como una modalidad más dentro de los contratos de prestación servicios, por las razones ya mencionadas, además de proponer un Proyecto de Ley para dicha modificatoria, presentando un modelo de contrato el cual proponemos para utilidad de los intervinientes para fines contractuales de los mismos, además de proponer una Ley especial de Maternidad Subrogada como tal.



B. Tesis: “REGULACIÓN DEL EMBARAZO SUBROGADO EN LA
LEGISLACIÓN CIVIL PERUANA (PROPUESTA LEGISLATIVA)”

- Autor: Alejandra León León
- Presentado para: Para optar el título profesional de abogado.
- Universidad: Universidad Andina del Cusco
- Lugar: Cusco
- Año: 2015
- Conclusiones

PRIMERA.- En nuestra investigación se ha establecido con suficiencia la naturaleza del embarazo subrogado, entendiéndose por este como aquel acto jurídico mediante el cual un médico con experiencia en la materia, aplicara alguna de las técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial y fecundación in vitro), a una mujer denominada subrogada, quien será soltera o casada, y lo permitirá por única vez, previo convenio que haga con otra mujer denominada subrogante, a fin de que se le implante el ovulo de la subrogante y el semen del esposo o concubino de esta, ambas mujeres y hombres mayores de edad, a cambio de que la subrogada reciba de la pareja comitente cierta cantidad de dinero más los gastos médicos necesarios y demás plasmados en un contrato, de modo que al finalizar el embarazo, la subrogada haga entrega del bebe a la pareja comitente.

SEGUNDO: Asimismo en el estudio hemos establecidos razones de índole jurídica que justifican la regulación del embarazo subrogado en el Perú, dichas razones se encuentran se encuentran explícitamente citadas en el capítulo V, referido a la iniciativa



legislativa que modifica el código civil en el acápite pertinente a la exposición de motivos.

TERCERA: En la investigación también hemos identificado las razones de índole fácticas que justifican nuestra investigación, puesto que el derecho es una ciencia que regula el comportamiento de los hombres en la sociedad y habiéndose evidenciado las cifras que Enrique Varsi, presenta como resultado de una investigación, y que nosotros referimos en el capítulo V de nuestro estudio. Dicho informe detalla que alrededor de 30 a 40 embarazos subrogados se producen mensualmente en nuestro país, y más de 150 mujeres ofrecen mensualmente alquilar su vientre por internet con cifras que distan desde los 40 y 70 mil nuevos soles; se hace necesaria una regulación especial de este tema, agregando también que existen antecedentes como la Casación N° 563-2011-LIMA, del seis de diciembre del 2011: la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, que se pronuncia sobre el primer caso de maternidad subrogada, por tanto se hace necesario regular este fenómeno mediante una norma específica sobre la materia para evitar abusos a falta de derecho.

CUARTA: En el marco teórico de nuestra investigación de nuestra investigación, hemos determinado que existen antecedentes en la legislación comparada que regulan el embarazo subrogado, los cuales muestran que el tema de nuestro estudio constituye ya materia de interés de la Ciencia Jurídica. Los países cuyos antecedentes sobre la regulación del embarazo subrogado constituye nuestra referencia en la legislación comprada son: Estados Unidos (estado de Michigan y California), India y Brasil.

QUINTA: asimismo en los apartados 3.7 y 5.2.1, se ha justificado desde el punto de vista mora y jurídico los argumentos y beneficios que se derivan de una regulación del embarazo subrogado en el Perú, como son: superar los estigmas sociales y morales



sobre la maternidad subrogada homologa; brindar seguridad jurídica a la partes mediante la regulación de la maternidad subrogada vitando abusos que se puedan suscitar tanto para la pareja comitente como para la madre portadora y el niño que está por nacer ; Defender la libertad de las personas a elegir ya que la maternidad subrogada no es más que una modalidad para acceder a paternidad y maternidad,, derecho natural de todo ser humano.

SEXTA: Finalmente se verificado la hipótesis de trabajo de nuestra investigación. Dicha verificación ha seguido el curso argumentativo propio de la Ciencia Jurídica. De tal manera que hemos establecido razones jurídicas y fácticas que justifican suficientemente la necesidad de regular la maternidad subrogada n la legislación peruana.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. Derecho de familia

El derecho de familia, señala que es el conjunto de normas e instituciones jurídicas que intentan regular las relaciones personales y patrimoniales de los integrantes de una familia, entre sí y respecto a terceros.

Se ha considerado que el derecho de familia, nace del derecho civil, sin embargo, este último tiene su base en la persona individual, las relaciones de familia no pueden quedar regidas sólo por criterios de interés individual y la autonomía de la voluntad, actualmente gran parte de la doctrina considera que es una rama autónoma del derecho. Diez Picazo y Gullón (como se citó en Varsi, 2011) señala que “la familia es una institución social, sino también jurídica dado que se organiza jurídicamente y es objeto de una reglamentación legal”.



2.2.2. Padres imposibilitados

Establecer el termino de imposibilidad significa “Quitar la posibilidad de ejecutar o conseguir algo” (Real Academia Española, 2020). Por lo tanto, al manifestar una dificultad en la reproducción de un ser humano, significa que existe una falla o disfunción en parte (infertilidad) o todo (esterilidad) del sistema reproductivo tanto de la mujer como del varón; disminuyendo la posibilidad de procrear. Es debido a ello, que se utiliza la denominación de padres imposibilitados, siendo en este caso determinado por ciertas características biológicas que influyen en la imposibilidad de concebir. Es así, que se tiene a la infertilidad y la esterilidad.

2.2.3. Infertilidad

Se considera a la infertilidad como una incapacidad que se manifiesta en el cuerpo del ser humano, que excluye toda posibilidad de tener un nacimiento de un niño sano. Este tipo de limitación se manifiesta por distintos factores, que a su vez son clasificados según la gradualidad de la infertilidad.

2.2.4. Esterilidad

Se concibe a la esterilidad como a la ineficacia del aparato reproductivo para poder concebir, pudiéndose exteriorizar cuando no existiese un posible tratamiento ni regresión en el proceso reproductivo, anulando todo tipo de expectativa que se tiene sobre la procreación del ser humano.

2.2.5. Principio a constituir una familia

El principio a constituir una familia es la base fundamental para que todas aquellas parejas funden una familia libre y plena, bajo el amparo de los derechos humanos



relacionado estrechamente al derecho reproductivo, fortaleciendo las funciones, otorgando derechos y obligaciones con responsabilidad.

2.2.6. Principio de la protección familiar

El principio a la protección familiar debe ser considerada desde el momento en que las partes deciden formar una institución social, plural y compleja que contribuya a la protección de la familia, fortaleciendo las funciones, otorgando derechos y obligaciones con responsabilidad.

2.2.7. Derecho de los padres a su libre desarrollo de la personalidad

Para Villalobos (2012), el libre desarrollo de la personalidad es un tema de derechos fundamentales, mientras mayor sea la protección y ejercicio efectivo de una persona, mayor será su desarrollo personal; afirmando que, en razón de su conciencia moral, libertad, capacidad y dignidad, el hombre tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad.

2.2.8. Derecho de los padres a la voluntad procreacional

La autonomía de la voluntad procreacional es la capacidad de decidir y elegir libremente ser padres, es autodeterminarse en pareja la paternidad y maternidad. Siendo la libertad un elemento esencial y característico de la vida humana, por lo que, al acoger el término de libertad procreativa, conlleva a valorar la decisión de tener o no hijos.

2.2.9. Derecho reproductivo

El derecho reproductivo faculta a las personas a decidir libremente sobre su ámbito sexual, ya que esta libertad se gestiona en el cuerpo humano como un instrumento para la



reproducción. Por lo tanto, las medidas adoptadas por cada individuo deberán ser elegidas sin ningún tipo de amedrentamiento.

2.2.10. Técnicas de reproducción asistida

La Sociedad Española de Fertilidad (2011) infiere que las técnicas de reproducción asistida, forman parte de los recursos de tratamiento de los trastornos de la fertilidad. Siendo un conjunto amplio de procedimientos caracterizados por la actuación directa sobre los gametos con el fin de favorecer la fecundación y la transferencia o depósito de embriones en la cavidad uterina.

2.3. Marco conceptual

- **FAMILIA:** es la agrupación natural y más antigua de los núcleos sociales, anterior al estado, siendo la base de todo ordenamiento social, siendo el órgano necesario a través del cual se establece la especie humana.
- **TERAS:** son métodos no tradicionales, utilizados para suplir los efectos de trastornos en la fertilidad, otorgando a las personas esperanza de poder tener descendencia.
- **MATERNIDAD SUBROGADA:** es un método utilizado debido a la infertilidad o esterilidad, en la que una mujer distinta a la pareja, con previo acuerdo, se compromete a llevar un embarazo y entregar al bebé al término de este proceso, cesando su derecho como madre.
- **FECUNDACION IN VITRO (FIV):** es el conjunto de métodos biomédicos, que facilitan los procesos biológicos naturales que se desarrolla durante la procreación humana.



- PROCREACION: es la transmisión de información genética por los progenitores, caracterizada por la participación de dos células, gametos, que se unen en la fecundación, para la variabilidad genética en el descendiente.

2.4.Hipótesis de trabajo

Los argumentos jurídicos-sociales son necesarios para la regulación de la Maternidad Subrogada en el código civil peruano.

Hipótesis Específicos

1. Los argumentos jurídicos son:

- Principio a constituir una familia
- Principio a la protección familiar
- Derecho al libre desarrollo de personalidad.
- Derecho a la voluntad procreacional
- Derecho Reproductivo
 - o Libertad procreativa

2. Los argumentos sociales son:

- Autorrealización familiar.
- Incremento de infertilidad y esterilidad en las parejas.
- Incertidumbre de la entrega del recién nacido, de la mujer gestante a la madre de intención.

2.5.Categorías de estudio

La presente investigación tiene las siguientes categorías y subcategorías:



Tabla N° 1

CATEGORÍA DE ESTUDIO	SUBCATEGORÍA DE ESTUDIO
C1. ARGUMENTOS JURÍDICOS PARA LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO.	Principio a constituir una familia
	Principio a la protección familiar
	Derechos al libre desarrollo de la personalidad.
	Derecho a la voluntad procreacional.
C2. ARGUMENTOS SOCIALES PARA LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO.	Autorrealización familiar.
	Incremento de infertilidad y esterilidad en las parejas.
	Incertidumbre de la entrega del recién nacido, de la mujer gestante a la madre de intención.
C3. MATERNIDAD SUBROGADA	Contenido y alcances de la maternidad subrogada
	Naturaleza jurídica



CAPITULO III: MÉTODO

3.1. Diseño metodológico

El tipo de investigación es básico, debido a que se busca analizar, comprender y determinar el fenómeno planteado, en este caso conocer y analizar los argumentos que hacen necesarios la regulación de la Maternidad Subrogada y cuáles deberían ser los lineamientos para regularlo dentro del Código Civil Peruano.

Es así que, a partir de ello, se pretende establecer como investigación jurídica dogmático propositiva, mediante un análisis y argumentación, establecer las razones que justifican la necesidad de una propuesta de implementación normativa, en nuestro caso una vez analizada la problemática pretendemos proponer lineamientos normativos para regular la Maternidad Subrogada como una técnica de Reproducción Asistida en el Perú.

3.2. Diseño contextual

Descriptivo - Teoría Fundamentada, ya que busca describir una determinada situación. Es así como se pretende analizar la figura jurídica de la Maternidad Subrogada y como esta debería ser regulada en el Código Civil Peruano.



3.2.1. Escenario espacio temporal

El presente trabajo tiene como población y muestra, a los casos emblemáticos tanto nacionales como internacionales, que permitan amparar los argumentos jurídicos sociales para regulación de la maternidad subrogada en el Perú.

3.2.2. Unidad(es) de estudio

El presente trabajo tiene como población y muestra, a los casos emblemáticos tanto nacionales como internacionales, que permitan amparar los argumentos jurídicos sociales para regulación de la maternidad subrogada en el Perú.

3.3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Se utilizarán las siguientes técnicas:

- a) Análisis e interpretación de casos emblemáticos nacionales e internacionales.
- b) Entrevistas a: jueces de familia, abogados especialistas, psicólogos y madres intención.

Se utilizarán los siguientes instrumentos:

- a) Ficha de análisis e interpretación de casos emblemáticos nacionales e internacionales.
- b) Formulario de entrevista a: jueces de familia, abogados especialista, psicólogos y madres intención.



CAPITULO IV: DESARROLLO TEMATICO

SUB CAPITULO I: ASPECTOS GENERALES

4.1.1. Técnicas de reproducción humana asistida

Las técnicas de reproducción asistida iniciaron por los años sesenta del siglo XX, teniendo como antecedente a Heape en la última década del siglo XIX (transferencia de embriones de conejo). Como consecuencia de ello, es que, a mediados de la siguiente década, la embriología humana dio un gran avance con el descubrimiento de la capacitación de los espermatozoides, segmentación de cigotos, etc. Así, en 1968 se realizó la primera fecundación In Vitro, y en 1978 se dio el primer nacimiento de un ser humano mediante la técnica artificial. Con estos avances, se inicia una nueva era en los procesos de gestación humana (Gamboa, 2016).

La imposibilidad de poder procrear ha llevado al hombre a investigar e indagar sobre otras formas que le permitan acceder a la concepción de la vida humana. Es en razón a ello, que surgen las técnicas de reproducción asistida. Según Cubillos (2013): “Las técnicas de reproducción humana son todos aquellos medios por los cuales el hombre interviene artificialmente en el acto de la procreación (...)” (p.8). Estas técnicas de reproducción permiten obtener un embarazo exitoso, interviniendo de manera artificial



en el ser humano. De esta manera, concretar el anhelo de las personas el cual se materializa en la concepción de una nueva vida humana.

Así también, la Sociedad Española de Fertilidad (2011) menciona lo siguiente:

Las técnicas de reproducción asistida forman parte de los recursos de tratamiento de los trastornos de la fertilidad. Son un conjunto amplio de procedimientos caracterizados por la actuación directa sobre los gametos (ovocitos y/o espermatozoides) con el fin de favorecer la fecundación y la transferencia o depósito de embriones en la cavidad uterina. (p.33)

Las técnicas de reproducción asistida son métodos no tradicionales, utilizados para suplir los efectos de trastornos en la fertilidad, otorgando a las personas esperanza de poder tener descendencia. Estas técnicas promueven una actuación directa sobre las partículas involucradas en el proceso de fecundación, intentando solucionar los problemas de fertilidad.

4.1.2. Clases de técnicas de reproducción asistida

Al conocer las potestades de la tecnología reproductiva que posibilita la procreación humana, aparecen distintos procesos de manipulación genética. Es por ello, que estos procedimientos se pueden realizar de distintas formas: la primera comprende cuando el semen es de la pareja, también llamada homóloga; y la segunda cuando el semen es de un donante, también llamada heteróloga. Existen diversas técnicas de reproducción asistida, según (Santamaría, 2000) las clasifica en:



4.1.2.1. Técnicas intracorpóreas de reproducción Asistida

- a. Inseminación Artificial (IA): se centra en la entrada de espermatozoides en la vagina o útero por medio análogo de una relación sexual, y que a su vez puede ser homóloga o heteróloga.
- b. Inseminación Intrauterina Directa (IIUD): se deposita los espermatozoides directamente en el útero, evitando su tránsito por la vagina.
- c. Inseminación Intraperitoneal (IIP): los gametos masculinos se introducen mediante una sonda guiada por ecografía en el interior de la cavidad peritoneal de la mujer haciéndolos llegar a la región de la trompa uterina más próxima al ovario lugar donde se realiza la fecundación fisiológica.
- d. Transferencia Intratubárica de espermatozoides y ovocitos (Gamete Intra-Fallopian Transfer)-(GIFT): supone en la colocación en las trompas de Falopio de óvulos y espermatozoides para la fecundación de aquéllos en las propias trompas. Sin embargo, esta técnica actualmente es poco utilizada, por cuanto no incrementa las posibilidades de embarazo y en cambio conlleva una cirugía laparoscópica abdominal, con las consiguientes molestias postoperatorias.

4.1.2.2. Técnicas extracorpóreas de reproducción asistida

- a) Técnica sin micro manipulación de gametos:
 - i. Fecundación In Vitro con transferencia de embriones (FIVET): se realiza con la fecundación del óvulo el cual se realiza en laboratorio, puede ser homóloga o heteróloga, asimismo integra como una de sus partes la



introducción de un único espermatozoide en el interior del citoplasma del ovulo con transferencia de preembriones.

b) Técnicas con micro manipulación de gametos:

- i. Inserción subzonal de espermatozoides (Sub Zonal Inseminación) – (SUZI): Esta técnica supone el depósito de los gametos masculinos en el espacio perivitelino (hueco que queda entre la membrana citoplásmica del óvulo y la cubierta de éste, denominada zona pelúcida), de modo que los espermatozoides anómalos que de otro modo no podrían atravesar la zona pelúcida y penetrar en el óvulo, salvan esa barrera y pueden completar por si mismos la fecundación.
- ii. Inyección Intracitoplasmática de espermatozoides (Intra-Cytoplasmatic Sperm Injeccion)-(ICSI): permite realizar la fecundación del ovulo con solo un espermatozoide en el interior del óvulo mediante una inyección intracitoplasmática para lograr la fecundación, por medio de esta técnica se permite obtener características más concretas y específicas en la futura descendencia.

Teniendo en consideración las técnicas antes mencionadas, se debe recalcar que existen métodos de reproducción humana que por su utilidad y avance en la tecnología resultan ser más viables, como son la inseminación artificial y la fecundación In Vitro.

4.1.3. Inseminación artificial

La inseminación artificial es una técnica de reproducción sencilla, el cual, por ser un tratamiento de baja complejidad, ofrece tasas de embarazos superiores respecto a las de



una relación sexual. Según la Sociedad Española de Fertilidad (2011), señala que: “(...) esta técnica de reproducción consiste en depositar los espermatozoides en el aparato genital de la mujer, por medio del instrumental adecuado” (p. 34). Por la alta probabilidad que otorga este método para quedar embarazada, es que ha sido considerada como una de las técnicas más utilizadas por las parejas que poseen alguna deficiencia en el aparato reproductivo.

Según la Real Academia Española (2020), define el término inseminar como “hacer llegar el semen al óvulo mediante un artificio cualquiera”. La inseminación debe entenderse como aquella manipulación de gametos masculinos y femeninos, con el propósito de lograr una fecundación y embarazo eficaz; que permitirá posteriormente el gozo del alumbramiento de un ser humano.

Por otra parte, Messina de Estrella como cita Mendoza (2015) señala que se conocen tres canales de inseminación:

- a. Por vía intra vaginal: colocando el semen previamente extraído mediante una jeringa en la parte superior de la vagina.
- b. Por vía intra cervical: depositando el material biológico masculino en el cuello del útero
- c. Por vía intrauterina inyectando el semen directamente en el útero. (p. 3)

En ese sentido, algunos estudios revelan que la inseminación artificial intrauterina es la más eficiente y la más empleada que consiste en la administración de fármacos que favorecen el desarrollo de los folículos ováricos (Sociedad Española de Fertilidad, 2011).



Esta forma de inseminación permite una interacción directa con el órgano reproductivo, por lo que su aplicación aumentará las posibilidades de quedar embarazada.

Como parte de este estudio, es necesario identificar el origen de la procedencia del semen. Páez (2012) señala que existen dos tipos:

- a. Inseminación Artificial Homóloga: es aquella por el cual el semen proviene de la pareja con quien mantiene un vínculo estable ello con el propósito de formar una familia.
- b. Inseminación Artificial Heteróloga: es aquella que se lleva a cabo con semen de donante anónimo que es ajeno a la pareja que desea tener un hijo. (p.138)

La aplicación de la inseminación artificial ya sea homóloga o heteróloga, permite la posibilidad de procrear a un ser humano con grandes expectativas. Este tratamiento es considerado eficaz y poca invasiva, por la sencillez de su procedimiento; así mismo, debe entenderse a esta técnica como un procedimiento cooperativo, el que facilita a las parejas que se ven imposibilitadas para poder formar una familia.

4.1.4. Fecundación In Vitro

Esta técnica de reproducción asistida es catalogada como uno de los avances científicos más utilizados por las parejas con problemas de fertilidad. Según Bagnarello (2009), establece que:

En general, la técnica consiste inicialmente en una estimulación ovárica controlada mediante medicamentos aplicados a la mujer de forma subcutánea o intramuscular con la intención de obtener múltiples folículos, los cuales contienen los ovocitos que serán aspirados posteriormente vía vaginal guiado por



ultrasonido. Esos ovocitos serán fertilizados en el laboratorio (in vitro) y, posteriormente, los ovocitos que sean fertilizados y progresen adecuadamente a embriones de 3 o 5 días serán transferidos a la cavidad uterina. Este proceso que generalmente dura alrededor de 2 semanas es llamado un ciclo de fertilización in vitro. (p.213)

La fecundación in vitro o fertilización in vitro, consiste en la unión del ovulo y espermatozoide en un laboratorio, para poder fecundar y producir un embrión, y posterior a ello ser transferido al útero materno. De esta manera, se desarrollan mecanismos que colaboren al proceso procreacional de las parejas. Esta técnica de reproducción asistida lleva consigo un procedimiento que permite la fecundación de un ser humano. Araya (2012), como citó Dávila (2013) menciona que:

Este procedimiento se realiza en fases, la primera fase comienza con la estimulación ovárica, la cual faculta la mayor cantidad de creación de óvulos. Cuando estos óvulos sean adecuados para su utilización, son extraídos por la aspiración folicular, para ser llevados al laboratorio. La segunda fase corresponde a la fecundación, la que se puede realizar por la aplicación convencional (incubación del ovulo con los espermatozoides) o la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (inyección directa de espermatozoides en el ovulo). (...) Luego de realizada la fecundación, inicia la tercera fase, conocida como el cultivo embrionario. Este se realiza por un lapso de entre 3 o 5 días. La cuarta fase, comprende la transferencia de los embriones a la cavidad uterina, mediante un catéter que se introduce en la cavidad vaginal hasta llegar al útero. (p.30- 31)



Estas fases de la fecundación in vitro permiten principalmente solucionar los casos de esterilidad en las parejas, ya sea en la mujer (problemas en la trompa de Falopio o la mala función del ovario) o en los varones (alteraciones en la calidad el semen); siendo la técnica de reproducción humana realizada con más constancia en nuestro país, así como en el mundo.

SUB CAPITULO II: MATERNIDAD SUBROGADA

4.2.1. Maternidad

La conceptualización de maternidad será referida según la época y lugar en el que se desarrolle, ya que tener una definición de ella es volátil. En términos generales, se entiende que la maternidad es “el estado o cualidad de la madre” (Real Academia Española, 2020). Desde esa figura, se puede entender que la maternidad es el conjunto de acciones realizadas a favor de la mujer en época de gestación, nacimiento de la nueva persona, cuidados posteriores, atención y ayuda al nacido. La maternidad, no solo es el hecho de un proceso biológico (reproducción), sino la integración de distintos factores en la generación de un ser humano.

Desde un punto de vista convencional, Mir (2010) plantea que la maternidad es un acto autónomo de la mujer, que puede realizarse desde dos perspectivas tradicionales: por el proceso biológico o la adopción. Empero, debido al desarrollo científico y a las necesidades maternas (por la esterilidad o infertilidad), es que han surgido técnicas de reproducción asistida, creando una nueva representación de la maternidad en el ámbito biológico, social y jurídico. Por lo que, el término maternidad se ve expuesta a un cambio respecto a su conceptualización, considerando el vínculo relacional que surge entre la madre y el hijo, diferente a la forma en que se haya desarrollado el lazo maternal (Teras).



4.2.2. Maternidad subrogada

Los avances tecnológicos en las técnicas de reproducción asistida han obligado a pensar en otras figuras jurídicas y en otras representaciones sociales; en este caso, sobre la maternidad subrogada. Se entiende por el termino de subrogación a "sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa" (Real Academia Española, 2020). Por lo tanto, la aplicación de la subrogación en un plano general implica la interacción de una tercera persona, para ejecutar trabajos o labores que no puedan ser realizados por los actores principales, permitiendo la ejecución de dichas labores eficientemente.

Teniendo en consideración la premisa anterior, Villamarín (2014) entiende a la maternidad subrogada como:

El acto productor 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 a favor de otra mujer que figurará como madre de éste. De ahí que, las gestantes son mujeres fértiles que aceptan llevar a término un embarazo que se ha generado mediante el espermatozoides y el óvulo de los padres contractuales, con o sin contraprestación de por medio, para que, una vez producido el parto entregue al hijo a las personas que lo encargaron, las cuales asumieron el pago de la suma acordada o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto. (p.34)

En ese sentido, la maternidad subrogada es un método utilizado debido a la infertilidad o esterilidad, en la que una mujer distinta a la pareja, con previo acuerdo, se compromete



a llevar un embarazo y entregar al bebé al término de este proceso, cesando su derecho como madre.

El antecedente de la maternidad subrogada, son las técnicas de reproducción asistida, las cuales, son aquellos procedimientos técnicos ofrecidos para sustituir a la infertilidad de las parejas, permitiendo de esta forma la posibilidad de poder tener hijos” (Varsi Rospligiosi E. , Derecho Genético, 2001). Por lo cual, se debe precisar que las técnicas de reproducción asistida no son tratamientos curativos de la infertilidad y esterilidad, toda vez que son un medio alternativo, considerado como una vía accesoria para poder tener hijos.

4.2.3. Clasificación de maternidad subrogada

La maternidad gestacional por su evolución tecnológica permite que se pueda realizar de distintas formas, ya sea por la procedencia de los gametos y por la forma de su contraprestación.

A. Según la procedencia de los gametos

Esta figura de gestación se relaciona a determinar el origen de los gametos en la maternidad subrogada, puesto que la infertilidad total o parcial de las parejas conlleva a identificar las modalidades gestacionales a las que es necesario acudir:

- i. Subrogación Total: se da cuando la mujer gestante es inseminada aportando sus propios óvulos. Valdés (2014) señala: “(...) la misma mujer realiza tanto el aporte del óvulo como la gestación del embrión y el consiguiente parto” (p. 463). Es decir, existe un vínculo biológico entre la madre portadora y el ovulo.



- ii. Subrogación Parcial: corresponde a la mujer que aporta el material genético, teniendo en consecuencia lazos de identidad y correspondencia genética con el nacido a partir de su óvulo.

B. Según el carácter oneroso o altruista

- i. Se dice que la subrogación tiene carácter oneroso cuando la mujer gestante recibe una contraprestación económica de quienes solicitan sus servicios, en concepto de: asistencia médica durante el embarazo; ausencias laborales que pudiera tener la gestante; efectos secundarios que aparecerán tras el parto, por mencionar algunas (Emaldi Cirion, 2018, pág. 125).
- ii. Tendrá carácter altruista la subrogación cuando la mujer gestante no espere ningún tipo de contraprestación de quienes encargan la criatura. Se entiende que le motiva un sentimiento de solidaridad y de empatía con aquellas personas que tienen problemas para tener hijos. En la mayoría de estos casos, el único dinero que puede recibir la gestante es una compensación por los gastos derivados del embarazo y el parto (Emaldi Ciri6n, 2018, pág. 125).

4.2.4. Maternidad Subrogada en el Per6

En el Per6 no existe un marco normativo expl6cito que regule la maternidad subrogada, ni para declararla nula, ni para admitirla, puesto que la ley General de Salud Ley N°26842, en su art6culo 7 establece una prohibici6n t6cita respecto de esta pr6ctica en los siguientes t6rminos:

“Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, as6 como a procrear mediante el uso de t6cnicas de reproducci6n 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 [...]”

No obstante, la maternidad subrogada es una práctica real y cotidiana en el Perú, que ha sido evidenciada, a través de fuentes periodísticas. Es así que, en el año 2006 un canal de televisión española difundió un reportaje sobre una red de profesionales médicos y personas encargadas de contactar vía internet a parejas interesadas en concebir un hijo mediante una mujer portadora. «Organización que se anuncia en internet contacta a extranjeros para ofrecer a jóvenes peruanas como incubadoras vivientes». Se trataba de una red que operaba en nuestro país y ofrecía el servicio de maternidad subrogada o como lo denomina el reportaje de "vientres de alquiler" (Diario Perú 21, 2012).

SUB CAPITULO III: DE LOS PADRES IMPOSIBILITADOS

4.3.1. Antecedentes

La presencia de un hijo en la vida de la mayoría de las personas constituye un elemento de suma importancia debido a los múltiples significados sociales y culturales que esta representa. Vidal (2001) conceptualiza:

Al logro de un embarazo o la presencia misma de los hijos, como algo que no ocurre siempre de manera simple y predecible, pues existen eventos inesperados e indeseados que nos obligan a reformular nuestras expectativas en relación con la paternidad/maternidad y todo lo que esto implica. (p.96)

La procreación de un ser humano es propensa a presentar infortunios antes o durante del proceso de reproducción, generando en los padres una nueva perspectiva sobre las



formas y métodos de reproducción; posibilitando de esta manera alcanzar los anhelos previstos desde un punto de vista personal como social.

Establecer el termino de imposibilidad significa “Quitar la posibilidad de ejecutar o conseguir algo” (Real Academia Española, 2020). Por lo tanto, al manifestar una dificultad en la reproducción de un ser humano, significa que existe una falla o disfunción en parte (infertilidad) o todo (esterilidad) del sistema reproductivo tanto de la mujer como del varón; disminuyendo la posibilidad de procrear. Es debido a ello, que se utiliza la denominación de padres imposibilitados, siendo en este caso determinado por ciertas características biológicas que influyen en la imposibilidad de concebir. Es así, que se tiene a la infertilidad y la esterilidad.

4.3.2. La Infertilidad

Se considera a la infertilidad como una incapacidad que se manifiesta en el cuerpo del ser humano, que impide la procreación del ser humano. Según la Sociedad Española de Fertilidad (2011) menciona que:

El término infertilidad es para muchos especialistas, especialmente del ámbito anglosajón, sinónimo de esterilidad. En el medio hispanohablante, se ha entendido como infertilidad la incapacidad para generar gestaciones capaces de evolucionar hasta la viabilidad fetal (...). En la actualidad, se tiende a preferir el término «pérdida gestacional recurrente» para designar este conjunto de procesos. (p.17)

En ese sentido, se puede definir a la infertilidad como aquel obstáculo que limita la conclusión del ciclo reproductivo, excluyendo la posibilidad de tener un nacimiento de



un niño sano. Este tipo de limitación se manifiesta por distintos factores, que a su vez son clasificados según la gradualidad de la infertilidad.

4.3.2.1. Clases de infertilidad

a. Infertilidad primaria

La infertilidad primaria se manifiesta “cuando una pareja nunca ha podido lograr un embarazo después de intentarlo durante al menos un año con relaciones sexuales sin precauciones (Calero y Santana, 2006, p.18). Esta clase de infertilidad presupone, que a pesar de no haber utilizado métodos anticonceptivos por parte de la pareja en un periodo de un año, no se ha conseguido efectuar el embarazo; dado que existen alteraciones en el aparato reproductivo de la pareja. Esto pueden ser alteraciones funcionales del aparato reproductivo de la mujer, como la alteración del líquido seminal del varón.

b. Infertilidad secundaria

Esta clase de infertilidad presupone analizar la historia clínica previa de algún embarazo confirmado con anterioridad de la pareja. Según Rojas y Torres (2011), las clasifica en:

- Infertilidad secundaria femenina: Se manifiesta en la mujer que ha tenido un hijo, pero que actualmente presenta alteraciones funcionales y/o del aparato reproductivo.
- Infertilidad secundaria masculina: Se produce en el hombre que ha tenido un hijo, pero que actualmente presenta alteraciones en el líquido seminal. (p.38)



Esta infertilidad secundaria reconoce la existencia de una alteración tanto en la mujer como en el varón para volver a procrear, teniendo como condición de que ambos hayan tenido un hijo por lo menos.

c. Infertilidad no explicada

Según Olmedo (2003), señala a esta infertilidad como: “aquella en la que no se ha podido detectar con todos los métodos actuales, y en la que la persona no presenta ninguna alteración (ni de espermatozoides, ni de líquido seminal, ni en el respectivo aparato reproductor, masculino y femenino)” (p.25). Esta infertilidad se presenta sin causa aparente, la cual no se puede identificar en una evaluación estándar el defecto establecido en el aparato reproductor, imposibilitando la fecundación del ser humano. Estos individuos deberían ser conscientes del hecho que es probable que el embarazo ocurra, pero un lapso diferente a las otras parejas.

d. Infertilidad idiopática

La infertilidad idiopática lo conceptualiza Romero (2016) como:

La incapacidad de concebir, causada normalmente por uno o más factores masculinos o femeninos. El hecho de que no se identifique una causa responsable de esta infertilidad, no quiere decir que esta no exista. También es una alteración a cualquier nivel, pero se desconoce su etiología (por ejemplo, la azoospermia).
(p.35)



Esta infertilidad al igual que la anterior, no puede ser identificada, por lo que sus causas son desconocidas. Sin embargo, esta se caracteriza por tener más de un facto tanto en la mujer como en el varón. De esta manera se imposibilita toda forma de creación humana.

4.3.3. La Esterilidad

Se concibe a la esterilidad como a la ineficacia del aparato reproductivo para poder concebir. Rojas y Torres (2011) refieren que es una incapacidad para la reproducción tanto del varón como de la mujer, pudiéndose exteriorizar cuando no existiese un posible tratamiento ni regresión en el proceso reproductivo (absoluta o permanente) o cuando esta deficiencia del sistema reproductivo desaparezca espontáneamente e imposibilite comprobar que el aparato reproductor pueda concretar la etapa de fecundación (relativo o temporal). La esterilidad pretende anular todo tipo de expectativa que se tiene sobre la procreación del ser humano.

4.3.3.1. Causas de esterilidad

A. Causas de esterilidad masculina

Las causas de la esterilidad masculina pueden ser ocasionada por una variedad de factores. Álvarez y Selmouni (2011) consideran los siguientes:

Factores de origen endocrino o pretesticular - hace referencia a alteración (...) de la secreción de testosterona y la producción de espermatozoides. La producción de estas dos hormonas hipofisiarias se ve alterada en: hipopituitarismo, acromegalia, hiper o hipotiroidismo, síndromes androgenitales, diabetes, hipogonadismo. - Factores de origen testicular - hace referencia a aquellos que afectan directamente a los testículos, pueden ser



provocados por síndromes como el Klinefelter. - Factores postesticulares que afectan a los espermatozoides - son una obstrucción de la vía espermatozoide, como la impotencia sexual, eyaculación retrograda, etc. - Factores espermáticos - el problema se encuentra en la calidad de semen, tanto en volumen de eyaculado, movilidad y morfología. (p.49-50)

La esterilidad masculina es el resultado de una falla endocrinológica, síndrome de Klinefelter o por la mala calidad de semen eyaculado; estos factores contribuyen a la deficiencia del sistema reproductivo del varón.

B. Causas de esterilidad femenina

Al igual que las causas de esterilidad masculina, las mujeres pueden presentar distintos factores que eviten la procreación humana. Álvarez y Selmouni (2011) consideran los siguientes:

Factores de origen endocrino - las disfunciones, alteraciones de la secreción o lesiones del hipotálamo y/o la hipófisis (...). - Factores tubáricos - alteraciones de trompas pueden dificultar la fecundación, como en las salpingitis y causas congénitas. - Factores cervicales - procesos que afectan al cérvix que impiden el ascenso de los espermatozoides. Pueden ser por: alteraciones anatómicas como pólipos, quistes, traumatismos; o por alteraciones funcionales del moco cervical.

Estos factores permiten en las mujeres que existan alteraciones o disfunciones dentro del aparato reproductor, dificultando la fecundación o concepción de un ser humano; imposibilitando la procreación de un ser humano.



4.3.3.2. Clases de Esterilidad

La esterilidad se cataloga en dos las clases, estas en relación con el tiempo mínimo que se fija a partir de un año después de haber tenido relaciones sexuales con deseo de descendencia. Según Rosenfield y Fathalla (1994), señalan que son dos las clases de esterilidad:

- A. **Primaria:** Cuando la pareja, tras un año de relaciones sin tomar medidas de protección, no ha conseguido un embarazo
- B. **Secundaria:** Cuando de la pareja que, tras la consecución del primer hijo, no logra una nueva gestación tras 2 o más años de intentarlo

En consecuencia, las clases de esterilidad se definirán por el tiempo en el que la pareja estuvo dispuesta a la procreación de un ser humano, sin tener resultado alguno.

SUBCAPITULO IV: DERECHO DE FAMILIA

4.4.1. Familia

La familia es la unidad fundamental de la sociedad, así como del Derecho de Familia, puesto que forma a ciudadanos bajo los parámetros legales y sociales que están permitidos. Es decir; dentro de una familia en el cual los padres se comprometen a proteger y cuidar con responsabilidad a los descendientes; cumpliendo la función social, educativa y jurídica de la familia.

Es la institución de la familia que garantiza el pleno desarrollo de los derechos fundamentales, mediante la aplicación igualitaria en la formación de los hijos (Pérez, 2015).



La familia ha sido considerada como un espacio que permite integrar a cada individuo, para convivir, crecer y compartir con otras personas valores, normas, creencias, experiencias y comportamientos necesarios para un desarrollo pleno en sociedad.

Desde su origen, la familia tiene varias funciones que podríamos llamar universales, tales como: reproducción, protección, la posibilidad de socializar, control social, determinación del estatus para el niño y canalización de afectos, entre otras. La forma de desempeñar estas funciones variará de acuerdo a la sociedad en la cual se encuentre el grupo familiar (...).

(Pérez & Reinoza, 2011, p. 629)

Es así que, etimológicamente no es posible sentar un concepto puntual ya que es una palabra que tiene una variedad de significados; el origen provendría de la lengua indoeuropea que refiere su relación con los vocablos dhá que significa asentar y dhaman que significa asiento, morada, casa (Corral, 2005). De esta manera, el autor antes citado establece que familia es el lugar físico donde habitan un conjunto de personas.

Otros señalan que se deriva del término *famulus* que significa siervo, esclavo, también señalan que proviene del latín *fames* que se refiere a un conjunto de personas que se alimentan juntas en la misma casa y a los que un *pater familias* tiene la obligación de alimentar (Oliva y Villa 2014). Es decir, la familia a lo largo de los años ha ido cumpliendo distintos roles socializando e integrando a sus miembros en la civilización bajo distintas características organizativas, por ello no se aprecia una variación en su conceptualización.



Resulta necesario precisar que no existe un solo tipo de familia o familia ideal, dado que con el transcurso del tiempo ha evolucionado moldeándose de acuerdo con sus intereses y necesidades obedeciendo a sus costumbres y la idiosincrasia del lugar en donde vive; es por ello que hoy en día existen muchos tipos de familias.

Siendo esta una unidad interna de dos o más miembros, donde cada miembro posee una forma distinta de pensar y sentir, por lo cual es preciso asegurar el fortalecimiento de la familia cubriendo sus necesidades y así evitar la violencia; por lo que se considera como el medio específico donde se genera, cuida y desarrolla la vida de todo ser humano.

De la misma forma, (Mayer, 1980), señala que las relaciones de alianza predominan sobre las relaciones de descendencia y que prima el lenguaje de intercambios recíprocos sobre el lenguaje jurídico de derechos y deberes explícitos. Por lo cual, se debe entender que el ordenamiento positivo no ignora las otras formas de parentesco, toda vez que existen distintas formas figurativas de este mismo.

El código civil en el libro de Familia, al referirse a familiares alude a parientes, herederos o los señala taxativamente, reconociendo así distintos tipos de familia, no estableciendo un solo modelo de familia. El cual está bajo la supervisión de la Constitución Política el cual permite evidenciar un conjunto de disposiciones que deberían ser materia de modificación, así como de incorporación. El actual derecho de familia, contenido en el sistema del derecho constitucional, debe ser concebido como un medio para la protección de los derechos fundamentales de los individuos que forman el grupo familiar. (Roca, 1999)



La Familia es la agrupación natural y más antigua de los núcleos sociales, anterior al estado, siendo la base de todo ordenamiento social, por ende es el órgano necesario a través del cual se perpetua la especie humana, a través del cual se transmite ideas, lenguajes, costumbres, tradiciones y valores de la sociedad.

4.4.2. Clases de familia

Conceptualizar familia es difícil de precisar, debido a las diversas formas en cómo se han organizado los miembros de esta institución, dado que se debe tener en cuenta la existencia de toda una variedad o tipos de familias donde cada una responden a realidades y vivencias diferentes; en consecuencia, se visualiza una pluralidad de formas de una familia el cual se distingue del modelo de familia tradicional.

Si bien es cierto, la doctrina nos ofrece una pluralidad de clases de familias, donde cada una se distingue ya sea por su origen, forma o estructura en la que se encuentran conformadas. Por ello, es necesario precisar un concepto en aquellos tipos de familias que, por los lazos de consanguinidad, afectividad y espiritualidad, y entre otras características necesitan ser desarrolladas, según (Varsi, 2011) en su libro “Tratado de Derecho de Familia” expone distintas clases de familia; se tiene las siguientes clases:

A. Familia nuclear

Según Salazar & Barreda (2014), es el tipo de familia que actualmente predomina en el mundo, señala que la familia “(...) está compuesta por el padre, la madre y los hijos que viven dentro de un mismo techo (...)” (p. 10). Consecuentemente este tipo de familia se presenta como la más habitual.



B. Familia extendida

La familia extensa se caracteriza por estar conformada por miembros que dependen por el jefe de familia. Así mismo, dentro de esta familia conviven abuelos, padres, tíos, primos, hermanos, hijos, etc. Siendo un modelo de familia que antiguamente más resaltaba.

C. Familia matrimonial

Estas familias tienen como soporte jurídico el matrimonio, pues es un acto jurídico por el cual una pareja se relaciona por voluntad propia, el cual es promovido por el Estado. Es por ello que la ley ofrece ventajas como la presunción de paternidad, la herencia para los cónyuges, el régimen patrimonial, el divorcio, la casa habitación, entre otros.

D. Familia extramatrimonial

También conocidas como Concubinato o Amasiato, siendo la unión libre entre personas no matrimoniadas; esta clase de familia se le ampara legalmente mediante la figura mal denominada unión de hecho, modernamente identificada como la unión estable.

E. Familia ensamblada

Esta familia se caracteriza por la unión de una pareja que previo a su unión mantuvieron otro compromiso, ya sea una unión de hecho matrimonial.

4.4.3. Derecho de familia

El derecho de familia, es el conjunto de normas e instituciones jurídicas que intentan regular las relaciones de los integrantes de una familia tanto de orden personal y patrimonial, es una rama del derecho civil.



Se ha considerado que el derecho de familia, nace del derecho civil, sin embargo, este último tiene su base en la persona individual, las relaciones de familia no pueden quedar regidas sólo por criterios de interés individual y la autonomía de la voluntad, actualmente gran parte de la doctrina considera que es una rama autónoma del derecho. Díez Picazo y Gullón (como se citó en Varsi, 2011) señala que “la familia es una institución social, sino también jurídica dado que se organiza jurídicamente y es objeto de una reglamentación legal”.

El Derecho de familia regula fundamentalmente tres aspectos:

- El matrimonio: comprende las normas jurídicas relativas tanto a su celebración, como a sus efectos personales y económicos, incluidos los regímenes económicos matrimoniales, y las distintas situaciones de crisis como son la nulidad, la separación y el divorcio.
- La filiación: incluye tanto la filiación matrimonial como la extramatrimonial y la adoptiva, y en último lugar la patria potestad.
- La tutela: comprende el conjunto de normas jurídicas referentes a la guarda y protección de menores o incapacitados no sujetos a la patria potestad.

Nuestra Constitución Política señala en su artículo 4° el reconocimiento de la familia matrimonial y en su artículo 5° reconoce a las uniones de hecho llamadas también extramatrimoniales que también es un modo de fundar una familia. Es por tal razón que se debe tomar en cuenta la existencia de toda una variedad o tipos de familias que responden a realidades y vivencias actuales.



El derecho constitucional a fundar una familia y gozar de reconocimiento de esta como un elemento natural y fundamental de la sociedad, exige a nuestro juicio que el Estado tenga una política de protección a las uniones de hecho, las familias monoparentales y a todas las demás posibles, garantizando de tal forma su pleno ejercicio de los derechos fundamentales de sus miembros, de tal modo que la promoción de la familia matrimonial no debe significar en modo alguno la desprotección de otras formas de fundar una familia.

SUB CAPITULO V: FUNDAMENTOS JURIDICOS

4.5.1. Principios y derechos constitucionales de los padres imposibilitados

El Derecho Constitucional según Miranda (2013) es: “aquella manifestación por el cual aquellos derechos que están incluidos en la norma constitutiva y organizativa de un estado, llamada Constitución es un elemento esencial en el sistema político y que está vinculado a la dignidad humana” (p.23). En ese sentido, debe entenderse que todos los derechos establecidos dentro de la Constitución son facultades inherentes a los miembros de una determinada comunidad. La aplicación de estos derechos contribuye al resguardo de la dignidad humana, considerada como fin supremo de toda sociedad.

La Constitución Política del Perú, establece en su artículo 3º lo siguiente:

La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno. (Landa y Velazco, 1994, p.22)



Esto significa, que la Constitución Peruana proyecta una protección para aquellos nuevos derechos que no se encuentren taxativamente dentro del marco constitucional, ya que han surgido por la progresividad de la sociedad. Con la única finalidad de poder garantizarlos, siempre que estos se fundamenten en la dignidad de la persona, etc.

Estos derechos, son conocidos como derechos innominados o derechos fundamentales implícitos, caracterizados por ser *numerus apertus*. El artículo 3º, “enriquece el contenido constitucional de los derechos expresamente establecidos y constituyen una fuente adicional de significados constitucionales para la interpretación jurídica” (Rubio, 2005, p.93).

Por lo tanto, este artículo permite el desarrollo de nuevos derechos, tales como el Libre desarrollo de la personalidad, la Autonomía Reproductiva y la Protección Familiar del padre imposibilitados, ya que los antes mencionados forman parte de la dignidad de la persona de forma individual o como unidad familiar.

A. Principio a constituir una familia

El principio a constituir una familia es la base fundamental para que todas aquellas parejas funden una familia libre y plena, bajo el amparo de los derechos humanos relacionado estrechamente al derecho reproductivo, fortaleciendo las funciones, otorgando derechos y obligaciones con responsabilidad. Por el cual, las parejas podrán decidir cuantos hijos tener, así como constituir de la forma en que quieran, claro está, sin transgredir los derechos y la norma.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), señala que el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, está sujeto a ciertos parámetros, que regulan



ciertas condiciones que comprenden dos aspectos: el derecho a fundar una familia y a la igualdad de derechos para los cónyuges.

Asimismo, la Declaración Americana en su artículo VI señala que toda persona tiene derecho a constituir una familia, de forma libre y con pleno consentimiento de las partes; este principio, se funda en el reconocimiento de la familia como un elemento natural y fundamental de la sociedad; asimismo, exige al Estado la protección a las uniones de hecho, a las familias monoparentales y otras.

La familia al ser una institución natural, asegura el goce de derechos de cada uno de sus integrantes, resguardando la decisión de la forma de gestación de los hijos, hasta la educación de los mismos. “El derecho a la constitución y a la protección de la familia constituye un derecho complejo, estrechamente relacionado con otros asuntos esenciales de derechos humanos y vinculado estrechamente con el derecho a la igualdad y a la no discriminación” (Badilla, 2019, p.118). Es así, que otorgar la protección a la familia, asume la aplicación de otros derechos como el derecho de la autonomía reproductiva y al libre desarrollo de la personalidad de los padres.

Este principio, reconoce a los miembros de una institución matrimonial o de unión de hecho, a que puedan ejercer de forma libre y voluntaria su derecho a la voluntad reproductiva, al libre desarrollo de la personalidad, al derecho reproductivo de las personas y a los demás derechos conexos; que procure el acceso de forma libre y voluntaria a constituir una familia. Siendo la base primordial para el debido cumplimiento y respeto de los derechos humanos conexos.



B. Principio de la protección familiar

Según la Convención Americana de Derecho Humanos, en el artículo 17° establece claramente que la familia es un elemento natural y fundamental, por lo que debe ser protegida. Así también, reconoce que tanto el varón y la mujer mediante el matrimonio, se encuentran facultados para formar una familia, siempre que esta no vulnere el principio de no discriminación (Badilla, 2019). En este sentido, la tutela y protección familiar deberán ser resguardadas por normas supranacional como nacionales, para efectivizar el correcto desarrollo de los miembros de cada familia en la sociedad.

En el Perú, conforme al artículo 4°, del capítulo II de la Constitución Política del Perú, cita textualmente: "La comunidad y el estado protegen al niño, al adolescente, madre, anciano en situaciones de abandono, a la familia y promueve el matrimonio como institutos naturales y fundamentales de la sociedad" (Villarán, 2016, p.123). Con esta aseveración, se recalca los apartados anteriores dándole la importancia adecuada a la familia como núcleo de la sociedad. Es en razón a ello que el marco normativo busca la protección de la familia, sin discriminación, exclusión o restricciones sobre ella.

De esta manera, Pérez (2015) citando a Lassarte menciona que:

Al derecho le interesa la familia, entre otros motivos, por la organización social, la protección y la tutela que da a personas que lo necesitan, que si no fuera por la familia tendría que buscarse organizaciones sustitutivas, en la mayoría de los casos con fondos públicos, lo que implicaría una mayor atención y recursos de parte del Estado, y nunca lo haría tan bien como la propia familia. (p.33)



En ese sentido, se reconoce a la familia como una institución que asiste al bien común de la sociedad, mediante la reproducción, crianza y educación de los niños. Por lo cual, proteger de esta institución es promover el impulso de una sociedad fundamentada en valores.

El principio a la protección familiar debe ser considerada como un eje primordial, desde el momento en que las partes deciden formar una institución., es decir una unidad social, plural y compleja que contribuye al desarrollo de la sociedad (Badilla, 2019). Esta premisa atribuye a que los miembros de esta institución puedan aplicar métodos no tradicionales para la procreación, siendo en este caso la maternidad subrogada, teniendo en cuenta que estos métodos no vulneren sus propios derechos como de terceros. Es así, que el principio de protección de la familia fortalece y cumple las funciones, otorgando derechos y obligaciones con responsabilidad

C. Derecho al libre desarrollo de la personalidad

El desarrollo de la personalidad es analizado desde un punto de vista jurídico y principalmente psicológico, debido a que el enfoque de esta última se da a través del desarrollo de la vida humana comprendiendo factores físicos, psicológicos, socioeconómicos, educacionales y demás; que son imprescindibles en la persona desde su concepción hasta su fallecimiento. La personalidad se exterioriza por el libre albedrío y la autonomía individual que posee cada persona. En ese sentido se entiende que el término “personalidad” equivale a una concepción jurídica, ya que engloba todas las características y facetas del ser humano (Villalobos, 2012).



Desde un enfoque jurídico se entiende que el desarrollo de la personalidad es comprendido como un derecho. Villalobos (2012) menciona que:

Desde la perspectiva meramente jurídica, el libre desarrollo de la personalidad es una cuestión de derechos fundamentales. Así mientras mayor sea la protección y ejercicio efectivo de derechos de un individuo, mayor será su desarrollo personal. Por ello se puede afirmar que "... en razón de su conciencia moral, de su libertad y de su dignidad, el hombre tiene derecho al desarrollo de su personalidad que se verifica de forma implícita en el ejercicio de cualquier otro derecho". (p.58)

Por lo tanto, la implicancia del desarrollo de la personalidad del ser humano debe ser acorde a sus ideales, capacidades y voluntad, permitiendo el desarrollo y ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales de forma libre y sin discriminación de ninguna índole. De esta manera, se hace inviolable aquellos derechos inherentes de toda persona en función al cumplimiento de su dignidad, siendo garantizado y protegido por el Estado.

El libre desarrollo de la personalidad comprende la presencia de la dignidad como la responsabilidad de cada individuo, ya que estas facultan a elegir la forma de vida de cada persona. La dignidad reconoce el valor del individuo, conceptualizada dentro de sus libertades; y, la responsabilidad establece el respeto sobre la vida y la actuación sobre terceros, teniéndose como limitante a los parámetros establecidos por la ley (Hernández, 2018). Estos aspectos permiten el perfeccionamiento del desarrollo de la personalidad dentro de la sociedad, garantizando el pleno desenvolvimiento de cada individuo.

Según la Constitución Política del Perú, en el artículo 3º se establece que:



La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Es así, que el derecho al libre desarrollo de los padres tiene como principio básico el respeto a la libertad de las partes, para celebrar los acuerdos de gestación por sustitución. Frente a este abanico de intereses, Brena (2012) menciona que: “el legislador que implemente la introducción de la subrogación deberá respetar los derechos esenciales de todos los involucrados como es en este caso, el respeto al libre desarrollo de la personalidad, asimismo ponderando aquellos derechos que deben prevalecer” (p.56). Adoptar un método procreativo no tradicional, permite el libre desarrollo de la personalidad, facultado por la autodeterminación de los padres.

D. Derecho a la voluntad procreacional

La autonomía de la voluntad procreacional es la capacidad de decidir y elegir libremente ser padres, es autodeterminarse en pareja la paternidad y maternidad. Siendo la libertad un elemento esencial y característico de la vida humana, por lo que, al acoger el término de libertad procreativa, conlleva a valorar la decisión de tener o no hijos. El respeto de los derechos fundamentales y las libertades individuales son congruentes a la teoría del liberalismo (principio del daño) planteado por John Stuart Mill, la cual refiere que no es lícito interferir en las acciones individuales excepto para evitar que se ocasionen daños a terceros (Rodríguez, 2011). Es en razón a ello que la libertad procreativa se



fundamenta en la no aplicación de daños hacia terceros como así mismo, consecuente a la decisión adoptada por la persona involucrada.

Con la libertad procreativa se abre campo al conocimiento genético, trayendo consigo métodos no tradicionales para la procreación del ser humano. Rodríguez (2011) señala que:

El uso del conocimiento genético para hacer elecciones procreativas puede considerarse simplemente un nuevo método, mucho más eficaz que los tradicionales, y menos objetable moralmente que algunos de ellos, (...). Esto ha llevado a muchos autores a defender, de una manera a mi juicio plenamente convincente, una ampliación del concepto tradicional de libertad reproductiva para incluir, junto a la elección de si tener hijos, cuándo, cuántos y con quién la de qué tipo de hijo tener y por tanto solo puede ser legítima limitada cuando de su ejercicio se espera algún daño para terceros. (...) Es decir, la información respecto al hijo que van a tener y la capacidad de utilizar dicha información, tomándola en cuenta en sus decisiones reproductivas, es inseparable de sus decisiones respecto a los aspectos tradicionales y bien reconocidos de la libertad reproductiva, de modo que sin aquella estas no pueden ejercerse. Dicho brevemente, si no se amplía la noción tradicional de la libertad reproductiva esta se desvirtúa. (p.132-133)

El tener acceso a la información sobre medios y recursos para poder procrear, en especial a la reproducción in vitro, por parte de quienes sí desean tener hijos y tienen dificultades para lograr un embarazo de forma natural, permite tomar decisiones



reproductivas las cuales contribuyen al pleno ejercicio de la libertad procreativa o reproductiva.

En consecuencia, la voluntad procreacional se concibe como parte esencial del derecho ya que permite garantizar la ejecución de las decisiones reproductivas trazadas por cada individuo; es decir, tener la decisión de tener hijos, así como la forma en que serán gestados. Así mismo, se podrá proporcionar la protección a la salud, integridad y dignidad de estos, sin que se vea afectada a la persona misma como a terceros. Esta libertad permite introducir nuevos métodos de reproducción diferentes a las tradicionales, asumiendo que estas avalen la función liberaría y el libre desarrollo de las personas.

i. Derecho a la Autonomía Reproductiva

El Derecho a la Autonomía Reproductiva es considerada como derecho de carácter esencial debido a su implicancia en la rama constitucional. Núñez (2015) lo consigna como un Derecho Constitucional, aun cuando no se encuentren estipulado de manera expresa en la Constitución, ya que este se configura como un nuevo derecho vinculado a la dignidad de la persona humana, constituyendo así su contenido esencial. Este derecho, equivale a la independencia reproductiva ya que se versa sobre la libertad y voluntad propia de cada ser humano, siendo desarrolladas mediante la aplicación del Derecho Reproductivo y la libertad procreativa.

E. Derecho Reproductivo

Toda persona tiene derecho a decidir sobre la forma de vida de su cuerpo en las esferas sexuales y reproductivas, teniendo en consideraciones las condiciones materiales y



simbólicas asociadas a su entorno social. Vargas (2003) conceptualiza a este derecho como:

El derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de hijos y a disponer de la información, la educación y los medios para ello; el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva y el derecho a adoptar decisiones sobre la reproducción sin sufrir discriminación, coerción y violencia. (p.3)

El derecho reproductivo faculta a las personas a decidir libremente sobre su ámbito sexual, ya que esta libertad se gestiona en el cuerpo humano como un instrumento para la reproducción. Por lo tanto, las medidas adoptadas por cada individuo deberán ser elegidas sin ningún tipo de amedrentamiento.

Como todo derecho, tiene un pilar en axiomas que las preceden como reglas generales. Es así que, Núñez (2015) señala que los derechos reproductivos se fundamenten en tres principios: No discriminación, autonomía de la voluntad e igualdad; destacando entre ellos a la No Discriminación. La aplicación de estos tres principios contribuye a fundar la autonomía de reproductiva, principalmente para las mujeres que se encuentren imposibilitadas de poder procrear a un ser humano, adecuando nuevos métodos de concepción humana como es el de la maternidad subrogada otorgándole una calidad de derecho constitucional.



SUB CAPITULO VI: LEGISLACIÓN PERUANA

4.6.1 Código Civil Peruano

El código Civil de 1984, actualmente vigente; en su artículo 233 establece “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” obedeciendo así, a las nuevas formas de constitución de una familia reconocidas por esta norma.

El tribunal constitucional en el Expediente 9332-2006-PA/TC, advierte que las familias esta integrados por un conjunto de personas, quienes esta asociadas por diferentes tipos de vínculos que conlleva a establecer tipos de familia. Por tanto, se advierte que nuestro código civil no limita al derecho de formar una familia de manera libre y voluntaria, que obedecen a factores sociales y económicos, dejando de lado a la familia tradicional, de esta forma íntegra a todas las familias no convencionales, parejas en unión de hecho y otros tipos de familia.

De lo establecido precedentemente, se considera que las técnicas de reproducción humana asistida son permitidas siempre que estas no vulneren el bienestar del sujeto de derecho. Es así, que Varsi Rospligiosi E. (1997), haciendo una interpretación extensiva, manifiesta que la maternidad subrogada vendría a ser una técnica de reproducción aceptada. Sin embargo, los marcos normativos no son claros respecto al uso de cada uno de los TERAS, buscando la protección de los derechos constitucionales de los padres imposibilitados se debería establecer un lineamiento normativo dentro de la sección



primera Disposiciones Generales en el Artículo 236 Parentesco Consanguíneo por Técnicas de Reproducción Asistida en el Código Civil Peruano.

Ahora bien, además de poder incluir bases sobre técnicas de reproducción asistida, se puso a disposición 16 bases de derecho genético, para su respectiva incorporación en el libro de Personas del Código Civil Peruano. Entre las citas bases de manipulación se tiene las siguientes:

“DE LA INTEGRIDAD SOMÁTICA EL CUERPO HUMANO

2. Toda investigación genética debe ser beneficiosa y respetará el derecho a la salud del ser humano. Se prohíbe la manipulación de gametos o preembriones y en si cualquier experimento que atente contra la dignidad e integridad del sujeto de derecho (...).

PROCREACIÓN ASISTIDA

1.2 Se prohíbe la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación o contrarios a la dignidad del ser humano. Bases del Derecho Genético, (1997)

De ello, se puede apreciar que en el Perú se ha tratado de incluir la figura jurídica de las técnicas de reproducción asistida, siendo una de ellas la maternidad subrogada como un derecho personal, más no como una medida contractual para fines de esta.

De lo establecido precedentemente, se considera que las técnicas de reproducción humana asistida son permitidas siempre que estas no vulneren el bienestar del sujeto de derecho. Es así, que, haciendo una interpretación extensiva, se manifiesta que la maternidad subrogada vendría a ser una técnica de reproducción aceptada. Sin embargo, los marcos normativos no son claros respecto al uso de cada uno de los TERAS, buscando la protección de los derechos constitucionales de los padres imposibilitados se debería establecer un lineamiento normativo en el Código Civil Peruano.



4.6.2 Código de los niños y adolescentes (DL 7337)

Este dispositivo legal protege directamente al concebido dentro de los avances de la genética. Tiene como antecedente a la Propuesta de la Asociación Mundial de Amigos de la Infancia al proyecto de la Convención del Niño. Tal como se establece en el artículo 1º:

“A la vida y a la integridad, “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.” (D.L N°27337, 2000, pág. 01)

De este artículo se aprecia que es estricto en lo referente a la protección del concebido frente a las experimentaciones contrarias a la integridad y desarrollo físico o mental del ser humano, no estableciendo límite alguno a la práctica de aquellas intervenciones técnicas cuyos fines sean terapéuticos. Estos procedimientos deberán ser aplicados en beneficio del ser humano, sin presentar alguna alteración a la unidad psicosomática del sujeto de derecho.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que el Principio del Interés Superior del niño, es un ente regulador de la normativa de los derechos del niño, el cual se funda en la dignidad del ser humano, buscando de esta forma el bienestar del niño, por lo que manifiesta Aguilar Cavallo, G.(2008):

“Uno de los principios rectores en materia de derechos del niño –niños y adolescentes– es el principio del interés superior del niño. Este principio goza de reconocimiento internacional universal y ha adquirido el carácter de norma de Derecho Internacional general (...) en todos los ordenamientos jurídicos, este



principio forma parte integrante del sistema jurídico de protección de los derechos del niño, pudiendo ser considerado, además, por esa razón, como un principio general de derecho”. (pág. 223-247)

Con la Ley N°30466 “Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño”, publicado el 2016 en el Diario Oficial El Peruano, establece parámetros y garantías procesales de aplicación primordial en los procesos y procedimientos en los que se vean involucrados, en el marco de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño y Adolescente del Niño de las Naciones Unidas y su Observación General 14 y el artículo IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes, para el interés superior del niño:

- El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño.
- El reconocimiento de los niños como titulares de derechos.
- La naturaleza y el alcance globales de la Convención sobre los Derechos del Niño.
- El respeto, la protección y la realización de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.
- Los efectos a corto, mediano y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo.

Asimismo, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que el principio del interés superior del niño se encuentra implícitamente reconocido en nuestra Constitución Política en el artículo 4°, el cual debe ser la base para todas las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia; en a la protección de los niños y a la promoción, preservación,



ejercicio y disfrute de sus derechos, los mismos que deben estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social. Siendo que, para el máximo intérprete de la Constitución, la elaboración, interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los niños, así como las políticas públicas y programas sociales, deban estar dirigidas al pleno, armonioso e integral desarrollo de su personalidad en condiciones de libertad, bienestar y dignidad.

De igual modo, el Código de los Niños y adolescentes, en su artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes señala que toda medida que el Estado adopte respecto de los niños y adolescentes, en cualquiera de los tres poderes, instituciones públicas autónomas, gobiernos regionales, provinciales, locales y demás, se debe considerar el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, así como su respeto.

4.6.3 Proyectos de ley de salud

Dentro de este marco normativo, se detalla someramente las bases genéricas que regulan la reproducción en nuestro medio. Tal como se establece en el artículo 7° de la Ley N° 26842 (1997):

“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.
(pág. 03)”



De esta manera se consagra el derecho a la procreación, la relación directa de la maternidad y el consentimiento de las partes. Considerando las interpretaciones de Varsi Rospligiosi (1997), se puede afirmar que las técnicas de reproducción humana asistida se fundamentan en el principio esencial de que la fecundación de los óvulos humanos puede ser realizada con fines de procreación.

En nuestro país, se ha desarrollado diferentes proyectos de ley destinados a las TRAS entre los que destacan el proyecto de ley N° 3404/2018-CR Proyecto de ley que Regula los Requisitos y Procedimientos de la Maternidad Solidaria mediante el uso de Técnicas de Reproducción Asistida como derecho humano a ser madre; presentado por la congresista Estelita Sonia Bustos Espinoza, el cual trataba sobre el salvaguarda del derecho a fundar una familia así como el derecho a acceder a las técnicas de reproducción humana asistida.



CAPITULO V: RESULTADO Y ANALISIS DE LOS HALLAZGOS

5.1. Resultados de Estudio

5.2. Análisis de los hallazgos

En esta parte del trabajo de investigación, se procederá a efectuar el análisis e interpretación de los resultados obtenidos tanto de los formularios aplicados donde se estudió los repuestas otorgadas por los magistrados, abogados, psicólogos y madres de intención; así como el análisis de los fundamentos de hecho y derecho de las sentencias de casos emblemáticos a nivel nacional e internacional. Las mismas que nos permitirán establecer los argumentos jurídicos -sociales que respaldan la regulación de la maternidad subrogada en el Código Civil Peruano.

Para ello, se ha visto por conveniente aplicar la técnica entrevistas mediante el instrumento de formularios, a través de preguntas dirigidas a los magistrados, abogados psicólogos y madres de intención; y por otra parte el análisis e interpretación mediante la ficha de análisis e interpretación de casos emblemáticos.



Los datos obtenidos de los formularios son presentados en forma de tablas y gráficos por cada pregunta, de esta manera lograr una mejor interpretación de los resultados obtenidos.

5.2.1. Entrevistas a: jueces de familia, abogados especialistas, psicólogos y madres intención.

5.2.1.1. Análisis de entrevistas Jueces Especializados en Materia Civil- Familia

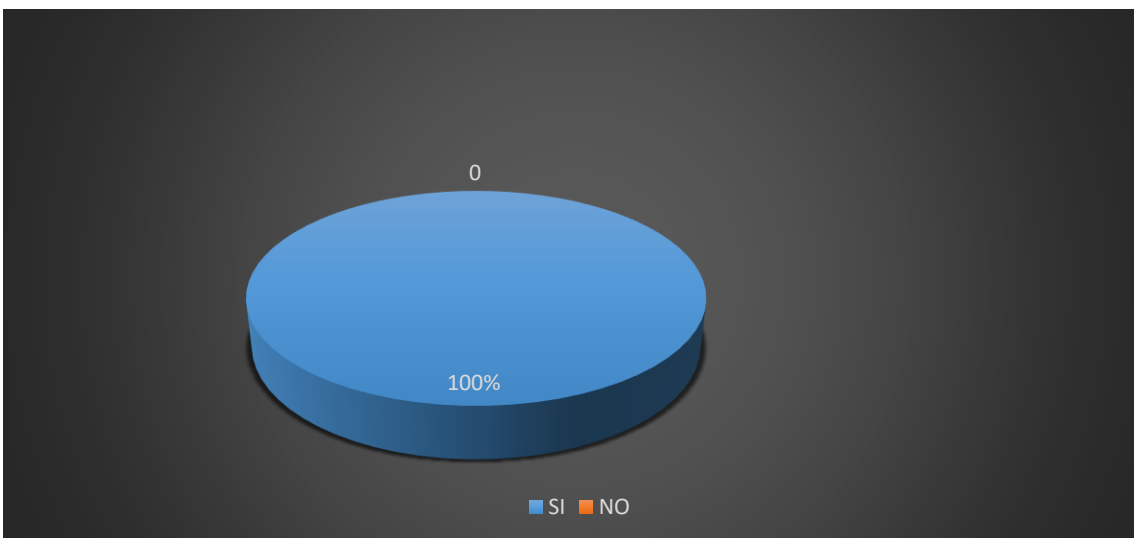
1. Sr. Juez, ¿conoce sobre la maternidad subrogada?

Tabla N° 2 Sr. Juez, ¿conoce sobre la maternidad subrogada?

Respuestas de los Jueces Especializados en Materia Civil- Familia	N° de participantes	%
Si	5	100%
No	0	0%
Total	5	100%



Gráfico N° 1 Sr. juez, ¿conoce sobre la maternidad subrogada?



ANÁLISIS: De los encuestado, el 100% de los Jueces respondieron que si tienen conocimiento sobre la maternidad subrogada, los mismos que la consideran como una forma de reproducción humana asistida o vientre de alquiler. Así también, la definen como una acuerdo de voluntades, donde una tercera persona se embaraza en favor de otra persona o pareja para que pueda llevar adelante el proceso de gestación, entregando al recién nacido a la pareja que solicitó la maternidad subrogada.

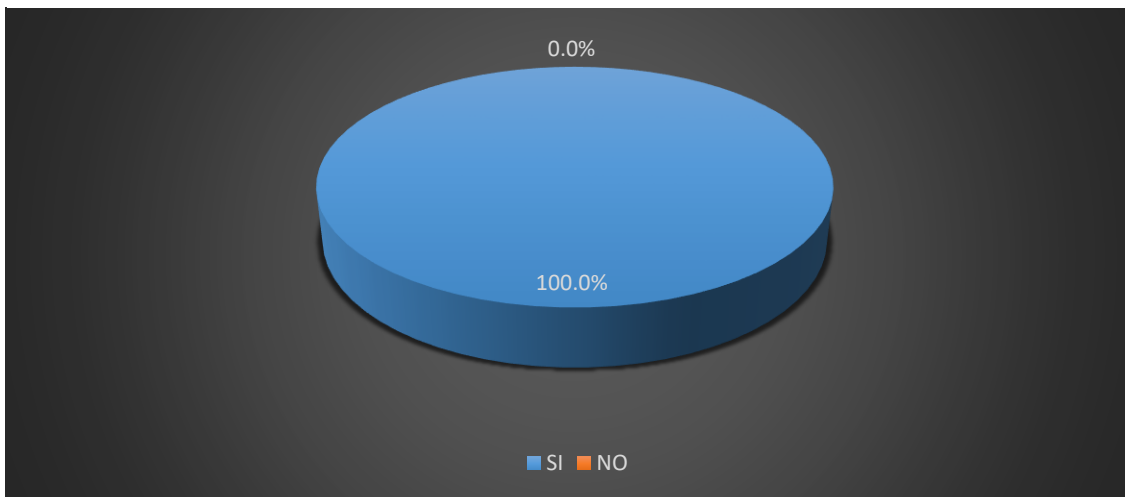
2. Sr. Juez, ¿considera que la maternidad subrogada debería ser regulada dentro del Código Civil Peruano?

Tabla N° 3 Sr. Juez, ¿considera que la maternidad subrogada debería ser regulada dentro del Código Civil Peruano?

Respuestas de los Jueces Especializados en Materia Civil- Familia	N° de participantes	%

Si	5	100%
No	0	0%
Total	5	100%

Gráfico N° 2 Sr. Juez, ¿considera que la maternidad subrogada debería ser regulada dentro del Código Civil Peruano?



ANÁLISIS: Del total de los encuestados, el 100% de los Jueces afirmaron que la maternidad subrogada debería ser regulada dentro del código civil peruano. Los magistrados precisan que la maternidad subrogada cada día es más habitual en el Perú, lo que la falta de su regulación genera vacíos legales, sobre todo en el hecho de proteger el interés superior de niño a tener una familia bien constituida, esto con la finalidad de evitar ejercicios abusivos de ese derecho o que este transgredan a otros, como la comisión de delitos de peligro que afectan numerosos bienes jurídicos como la trata de personas.

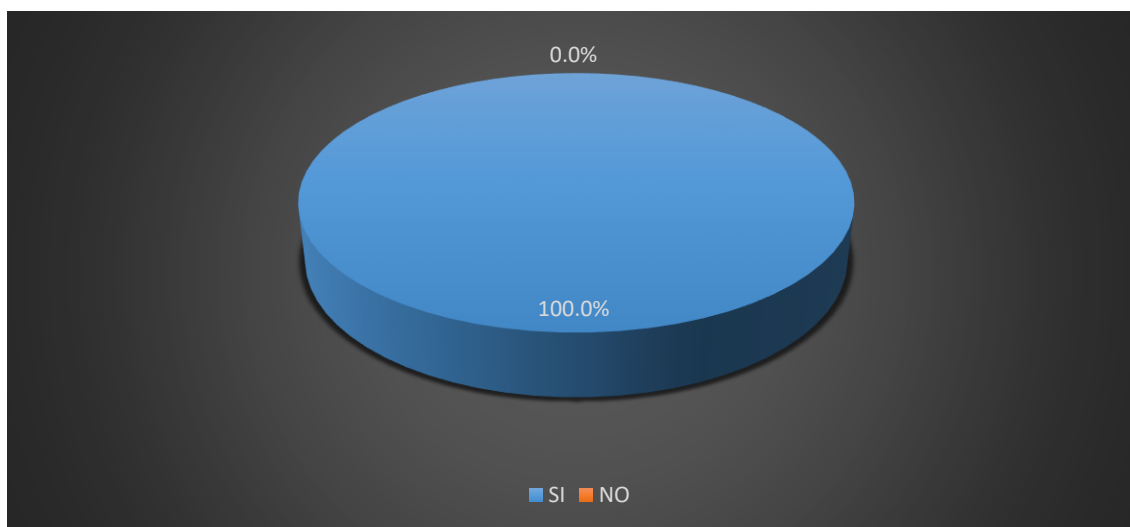
3. Sr. Juez, ¿cree que deberían existir parámetros según sus máximas de experiencia para regular la maternidad subrogada?



Tabla N° 4 Sr. Juez, ¿cree que deberían existir parámetros según sus máximas de experiencia para regular la maternidad subrogada?

Respuestas de los Jueces Especializados en Materia Civil- Familia	N° de participantes	%
Si	5	100%
No	0	0%
Total	55	100%

Gráfico N° 3 Sr. Juez, ¿cree que deberían existir parámetros según sus máximas de experiencia para regular la maternidad subrogada?



ANÁLISIS: Del total de los encuestados, el 100% de los Jueces afirmaron que para regular la maternidad subrogada deben existir parámetros, entre ellos que exista enfoques de moralidad y conciencia, a efecto de que esta nueva figura jurídica, no se convierta en una práctica económica; por lo que, se elimine cualquier forma de negocio o comercio, resaltando su finalidad altruista, de esta manera correspondiendo al anhelo de formar una familia. Así también, como parte de la aplicación de esta técnica de reproducción asistida debe prever la



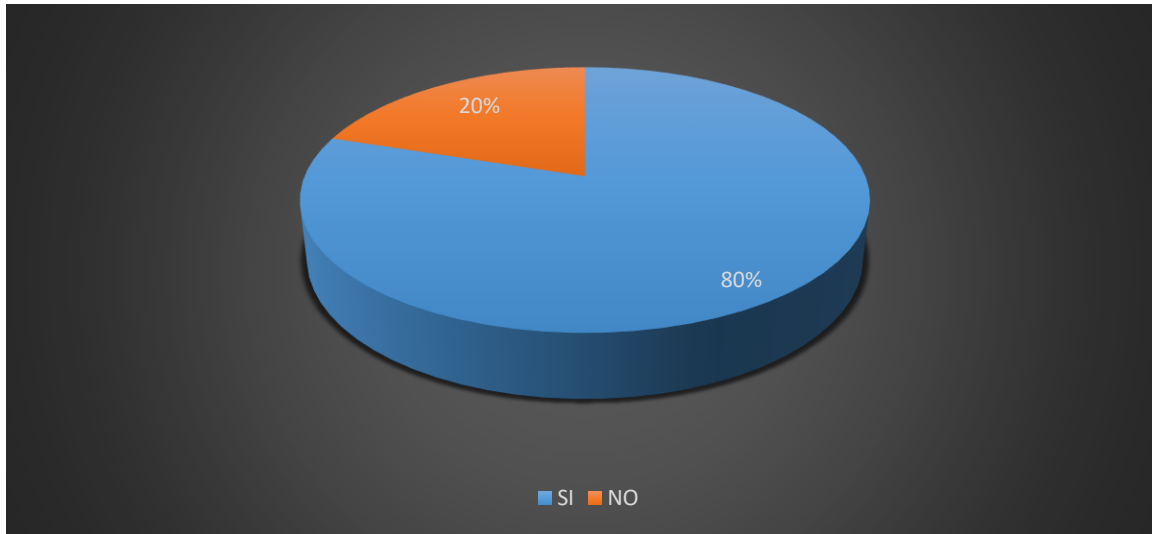
salud e integridad de la persona quien se dispondrá como madre gestante, además de cubrir todas las contingencias ocasionadas por la utilización de este método; todo esto debiendo ser desarrollada en una reglamentación pertinente.

4. Sr. Juez, ¿considera que la falta de regulación de la maternidad subrogada genera vulnerabilidad de los derechos de los padres imposibilitados a constituir una familia?

Tabla N° 5 Sr. Juez, ¿considera que la falta de regulación de la maternidad subrogada genera vulnerabilidad de los derechos de los padres imposibilitados a constituir una familia?

Respuestas de los Jueces Especializados en Materia Civil- Familia	N° de Participantes	%
Si	4	80 %
No	1	20 %
Total	5	100%

Gráfico N° 4 Sr. Juez, ¿considera que la falta de regulación de la maternidad subrogada genera vulnerabilidad de los derechos de los padres imposibilitados a constituir una familia?



ANÁLISIS: Del total de los encuestados, el 80% de los Jueces afirmaron que la falta de regulación de la maternidad subrogada genera vulnerabilidad en los derechos de los padres imposibilitados a constituir una familia; puesto que la falta de regulación de la misma genera que los padres de intención se encuentren impedidos a constituir una familia, y no solo como acto realizable, sino también como consecuencia de la aplicación de la misma, ya que las partes (sobre todo la mujer gestante) puede declinar su voluntad de entregar al recién nacido a los padres de intención, lo que transgrede su derecho a tener una familia.

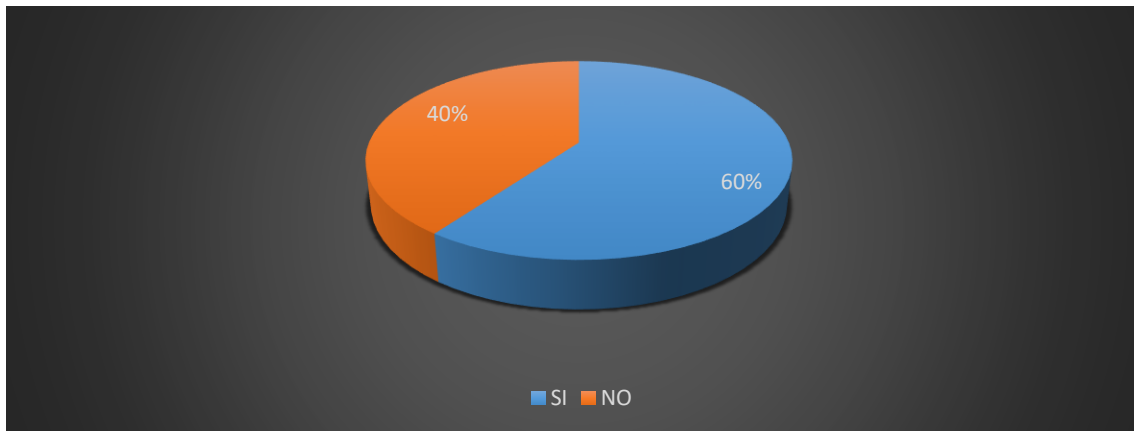
Por otra parte, el 20% de los Jueces encuestados, mencionaron que no existe vulneración a los derechos de los padres imposibilitados por la falta de la regulación de la maternidad subrogada como tal; sin embargo, resalta que debe realizarse una adecuada regulación de, pero no en pro de los que quieren ser padres, sino en virtud a los niños por nacer.

5. Sr. Juez, ¿considera usted que la falta de regulación de la maternidad subrogada es una limitante para garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la voluntad procreacional de los padres imposibilitados?

Tabla N° 6 Sr. Juez, ¿considera usted que la falta de regulación de la maternidad subrogada es una limitante para garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la voluntad procreacional de los padres imposibilitados?

Respuestas de los Jueces Especializados en Materia Civil- Familia	N° de Participantes	%
Si	3	60%
No	2	40%
Total	5	100%

Gráfico N° 5 Sr. Juez, ¿considera usted que la falta de regulación de la maternidad subrogada es una limitante para garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la voluntad procreacional de los padres imposibilitados?



ANÁLISIS: Del total de los encuestados, el 60% de los Jueces afirmaron que la falta de regulación de la maternidad subrogada es una limitante para garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la voluntad procreacional de los padres imposibilitados, puesto que al existir un evidente deseo de ser padres o el de formar una familia, y ante la existencia de una técnica que puede ayudarlos a cumplir sus deseos, si afectaría a su pleno desarrollo de la



personalidad, así como a su derecho reproductivo , ya que se le estaría negando la posibilidad de tener una descendencia, demostrando la ineficiencia del estado para garantizar los derechos fundamentales de la sociedad, por lo que se recalca que debe existir una pronta regulación normativa.

El otro 40% de los Jueces encuestados, manifiestan que si bien podría afectar al libre desarrollo de la personalidad y la voluntad procreacional, no es una limitantes juiciosa sobre tal.

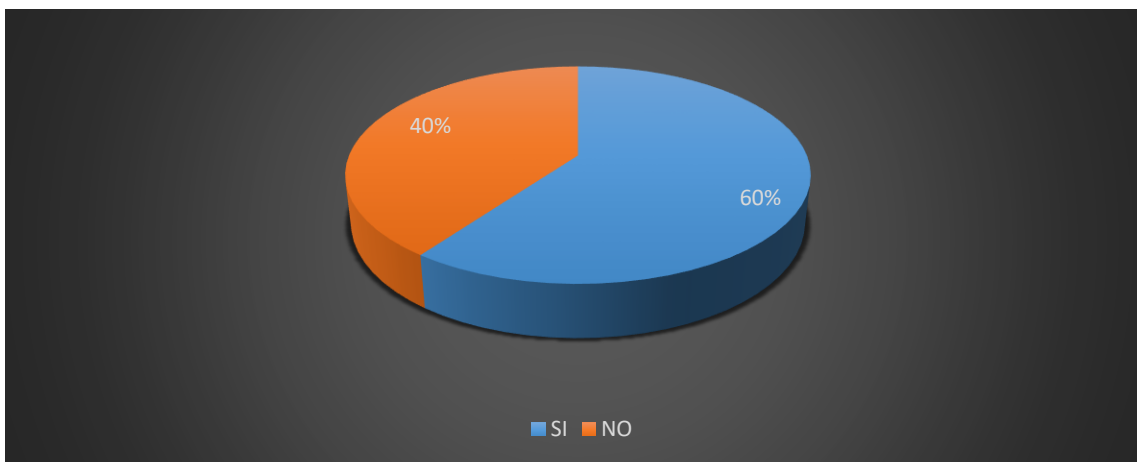
6. Sr. Juez, ¿considera a la maternidad subrogada como una práctica hacadera dentro de la sociedad peruana, teniendo en cuenta los factores morales y sociales?

Tabla N° 7 Sr. Juez, ¿considera a la maternidad subrogada como una práctica hacadera dentro de la sociedad peruana, teniendo en cuenta los factores morales y sociales?

Respuestas de los Jueces Especializados en Materia Civil- Familia	N° de Participantes	%
Si	3	60%
No	2	40%
Total	5	100%



Gráfico N° 6 Sr. Juez, ¿considera a la maternidad subrogada como una práctica hacedera dentro de la sociedad peruana, teniendo en cuenta los factores morales y sociales?



ANÁLISIS: Del total de los encuestados, el 60% de los Jueces afirmaron la práctica de la maternidad subrogada es posible dentro de la sociedad peruana teniendo en cuenta los factores morales y sociales, puesto que la aplicación de esta técnica de reproducción asistida ya es conocida y siendo utilizada con mayor habitualidad, así también esta es respaldada por el derecho a tener una familia.

El otro 40% de los encuestados, declaran que no sería una práctica hacedera, pero no de un modo absoluto, ya que en el país existe una diversidad cultural que impide señalar una respuesta homogénea; así también, argumentan que al estar en un tiempo de globalización se podría aplicar, pero de forma progresiva.

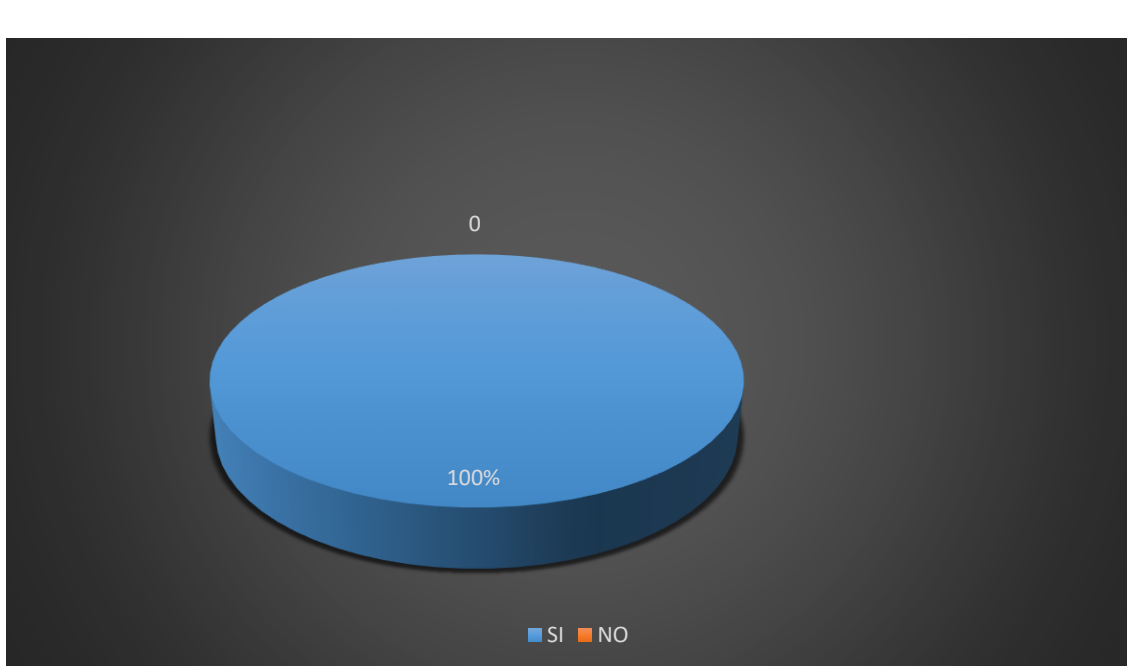
5.2.1.2. Análisis de entrevistas a abogados especializados en materia Civil- Familia

1. Abogado(a), ¿tiene conocimiento sobre la maternidad subrogada?

Tabla N° 8 Abogado(a), ¿tiene conocimiento sobre la maternidad subrogada?

Respuestas de los Abogados Especializados en Materia Civil- Familia	N° de Participantes	%
Si	16	100%
No	0	0%
Total	16	100%

Gráfico N° 7 Abogado(a), ¿tiene conocimiento sobre la maternidad subrogada?



ANÁLISIS: De los encuestado, el 100% de los abogados respondieron que si tienen conocimiento sobre la maternidad subrogada. Así también, de sus respuestas se pudo conceptualizar a la maternidad o gestación subrogada como una técnica de reproducción asistida, la que permite el nacimiento de un niño mediante una gestación por cuenta e interés de un tercero respecto a una pareja, debido a que una o ambas partes de esta última presenta problemas de esterilidad o infertilidad, impidiéndoles la concepción de un ser humano. Esta



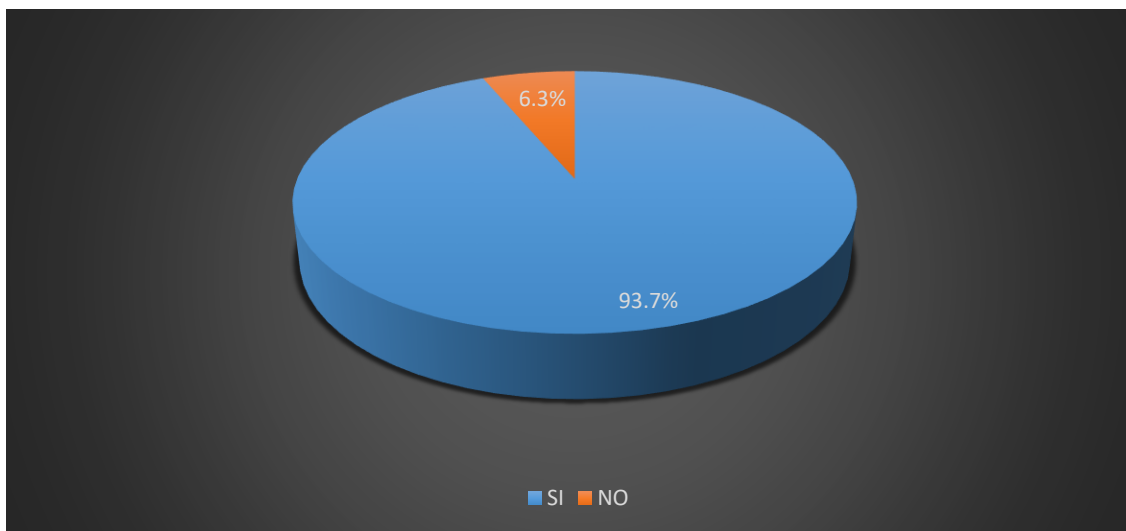
modalidad de gestación implica que la gestante se limita única y exclusivamente a la gestación y en otros casos el aporte del óvulo que genera al embrión.

2. Abogado(a), ¿considera que la maternidad subrogada debería ser regulada dentro del Código Civil Peruano?

Tabla N° 9 Abogado(a), ¿considera que la maternidad subrogada debería ser regulada dentro del Código Civil Peruano?

Respuestas de los abogados Especializados en Materia Civil- Familia	N° De Participantes	%
Si	15	93,7%
No	1	6,3%
Total	16	100%

Gráfico N° 8 abogado(a), ¿considera que la maternidad subrogada debería ser regulada dentro del código civil peruano?





ANÁLISIS: Del total de los encuestados, el 93,7% de los abogados afirmaron que la maternidad subrogada debería ser regulada dentro del Código Civil Peruano. Se precisó que con la regulación de esta, se subsanaría los vacíos legales existentes en los distintos marcos normativos de la legislación peruana; ya que, la falta de regulación de esta genera una transgresión a los derechos de identidad, salud y vida, consecuentemente una indefensión en los padres de intención como en los recién nacidos. Además, que esta debe no solo ser precisada en el Código Civil, sino también debe existir un reglamento o ley especial sobre las Técnicas de Reproducción Asistida.

El otro 6,3% del total de abogados encuestados, precisó que no debería regularse la maternidad subrogada porque debido a la existencia de jurisprudencia internacional demuestra que la aplicación de la maternidad subrogada se realiza con un trasfondo económico.

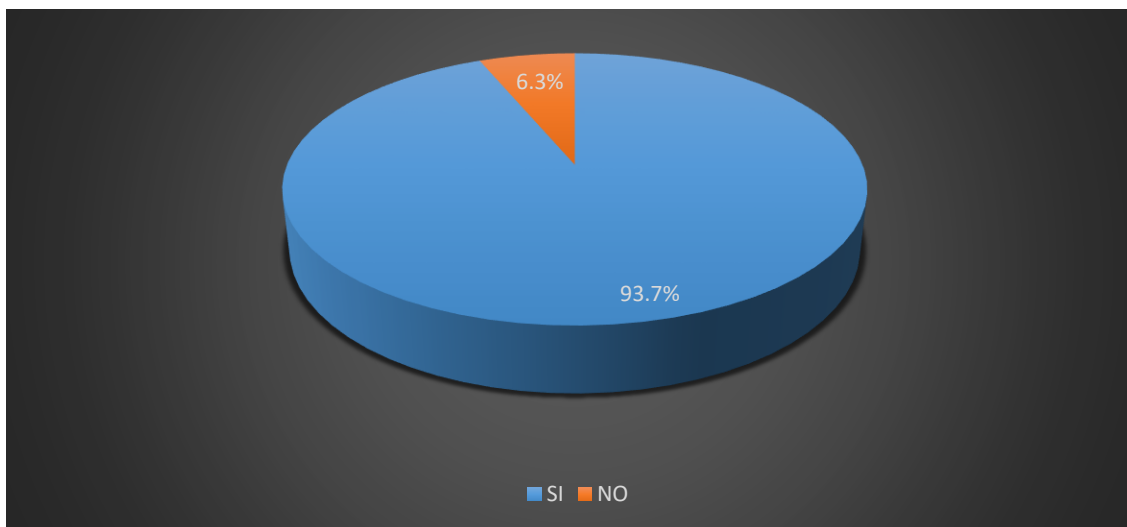
3. Abogado(a), ¿cree que deberían existir parámetros para regular la maternidad subrogada?

Tabla N° 10 Abogado(a), ¿cree que deberían existir parámetros para regular la maternidad subrogada?

Respuestas de los abogados Especializados en Materia Civil- Familia	N° De Participantes	%
Si	15	93,7%
No	1	6,3%
Total	16	100%



Gráfico N° 9 Abogado(a), ¿cree que deberían existir parámetros para regular la maternidad subrogada?



ANÁLISIS: Del total de los encuestados, el 93,7% de los encuestados afirmaron que para regular la maternidad subrogada deben existir parámetros, entre ellos que se encuentre basado en la voluntad procreacional, así como la manifestación de voluntad entre las partes, reforzada por una capacidad moral por parte de los padres de intención y la mujer gestante, y la renuncia del vínculo de filiación con el recién nacido. Así también, que esta práctica no genere una proliferación lucrativa, trata de personas o tenga fines ilícitos.

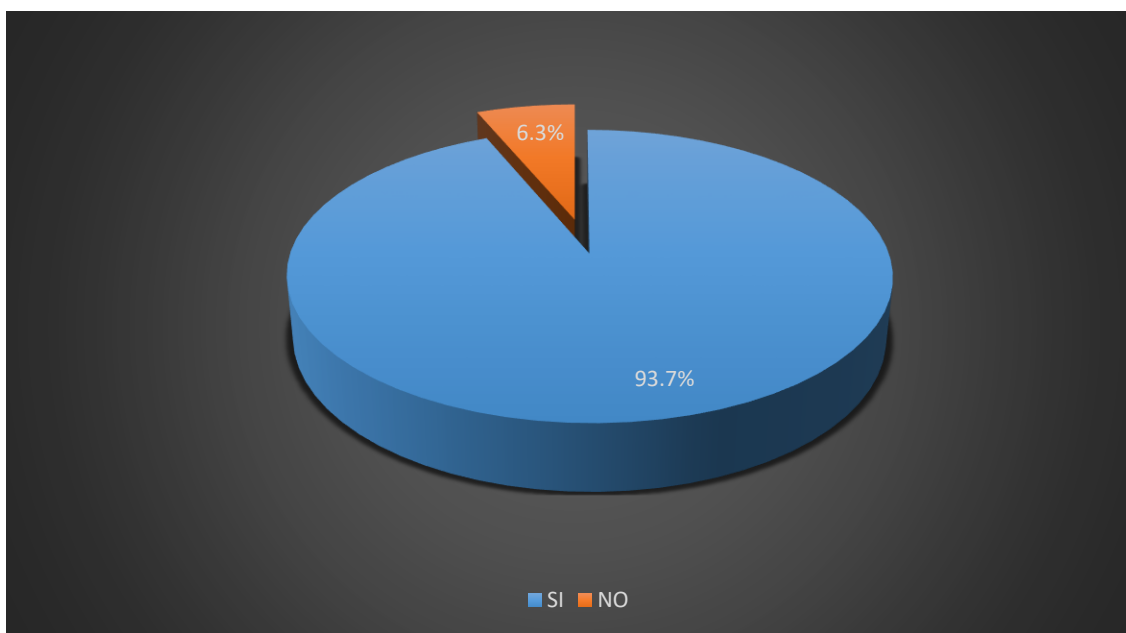
Por otra parte, el 6,3% de los abogados encuestados, mencionaron que no debería existir parámetros para la regulación de la maternidad subrogada puesto que existe otra modalidad como la adopción.

4. Abogado(a), ¿considera que la falta de regulación de la maternidad subrogada genera vulnerabilidad de los derechos de los padres imposibilitados a constituir una familia?

Tabla N° 11 Abogado(a), ¿considera que la falta de regulación de la maternidad subrogada genera vulnerabilidad de los derechos de los padres imposibilitados a constituir una familia?

Respuestas de los Abogados Especializados en Materia Civil- Familia	N° de Participantes	%
Si	15	93,7%
No	1	6.3%
Total	16	100%

Gráfico N° 10 Abogado(a), ¿considera que la falta de regulación de la maternidad subrogada genera vulnerabilidad de los derechos de los padres imposibilitados a constituir una familia?



ANÁLISIS: Del total de los encuestados, el 93,7% de los abogados afirmaron que la falta de regulación de la maternidad subrogada genera vulnerabilidad en los derechos de los padres imposibilitados a constituir una familia, esto fundamentado en que existiría una discriminación en aquellos que no pueden tener hijos aun manifestando su voluntad por generar una decendencia; así también, conforme al art.42° de la Constitución Política del Perú



establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad , por lo que el Estado y la sociedad deben garantizar la protección integral de la familia. Siendo este un derecho fundamental, así como el hecho de poder tener descendientes y constituir la misma.

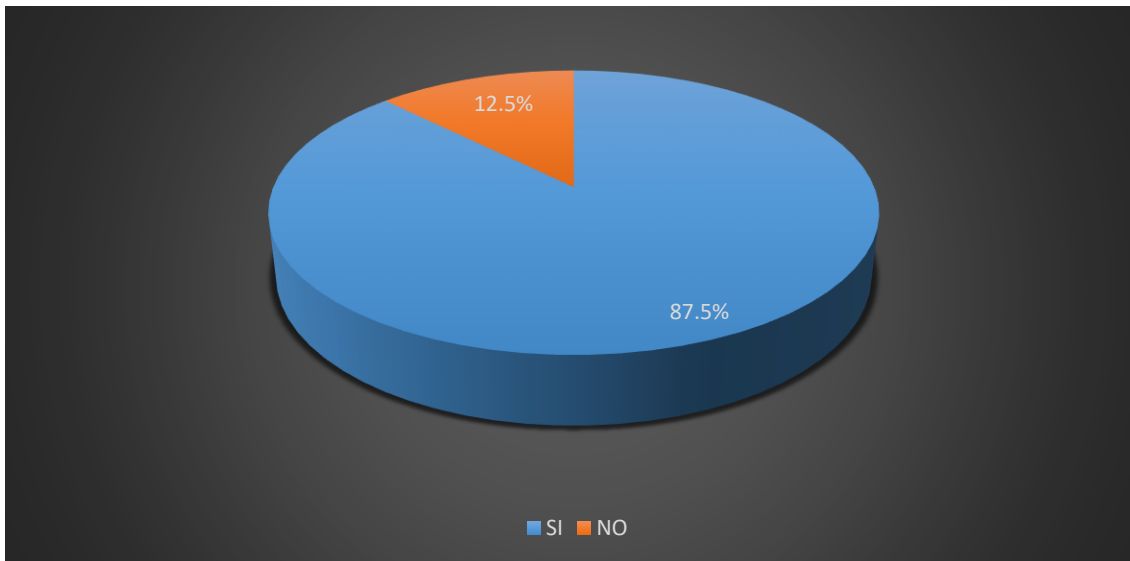
Por otra parte, el 6,7% de los abogados encuestados, mencionaron que no existe vulneración alguna de los derechos de los padres imposibilitados por la falta de la regulación de la maternidad subrogada, puesto existe otras figuras jurídicas que deben ser agotadas como la adopción.

5. Abogado(a), ¿considera usted que la falta de regulación de la maternidad subrogada es una limitante para garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la voluntad procreacional de los padres imposibilitados?

Tabla N° 12 Abogado(a), ¿considera usted que la falta de regulación de la maternidad subrogada es una limitante para garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la voluntad procreacional de los padres imposibilitados?

Respuestas de los Abogados Especializados en Materia Civil- Familia	N° de participantes	%
Si	14	87,5%
No	2	12,5%
Total	16	100%

Gráfico N° 11 Abogado(a), ¿considera usted que la falta de regulación de la maternidad subrogada es una limitante para garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la voluntad procreacional de los padres imposibilitados?



ANÁLISIS: Del total de los encuestados, el 87,5% de los abogados afirmaron que la falta de regulación de la maternidad subrogada es una limitante para garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la voluntad procreacional de los padres imposibilitados, puesto que la inexistencia de una regulación expresa para la aplicación de esta técnica de reproducción asistida, genera incertidumbre para todos aquellos que desean aplicarlo, frustrando su proyecto de vida, y consecuentemente vulnerando su derecho a constituir una familia, por ende menguando su desarrollo de personalidad, todo ello en amparo a lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El otro 12,5% de los abogados encuestados, manifiestan que si bien podría afectar al libre desarrollo de la personalidad y la voluntad procreacional, no es una limitante estricta sobre tal.

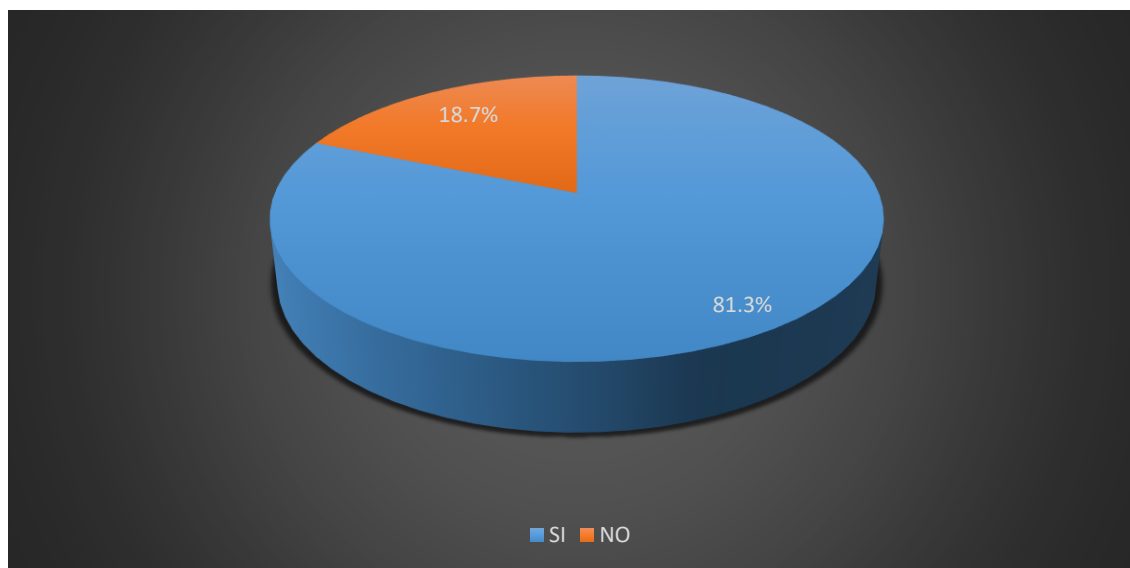


6. Abogado(a), ¿considera a la maternidad subrogada como una práctica hacendera dentro de la sociedad peruana, teniendo en cuenta los factores morales y sociales?

Tabla N° 13 Abogado(a), ¿considera a la maternidad subrogada como una práctica hacendera dentro de la sociedad peruana, teniendo en cuenta los factores morales y sociales?

Respuestas de los Abogados Especializados en Materia Civil- Familia	N° De Participantes	%
Si	13	81,25%
No	3	18,75%
Total	16	100%

Gráfico N° 12 Abogado(a), ¿considera a la maternidad subrogada como una práctica hacendera dentro de la sociedad peruana, teniendo en cuenta los factores morales y sociales?



ANÁLISIS: Del total de los encuestados, el 80% de los abogados afirmaron la práctica de la maternidad subrogada es posible dentro de la sociedad peruana teniendo en cuenta los factores morales y sociales, siempre resaltando que debe existir una manifestación de voluntad de las partes intervinientes, además que afirman que el derecho es progresivo y va



aplicándose a las necesidades que surgen a través de los años, esto mediante una regulación pertinente por parte del Estado, garantizando los derechos de aquellos que no pueden concebir y formar una familia, evitando una comercialización indiscriminada y lucrativa. Así mismo, manifiestan que esta técnica de reproducción asistida se ha venido dando en el Perú en diferentes clínicas e inclusive en el Hospital Materno Perinatal.

El otro 20% de los encuestados, declaran que no sería una práctica hacedera, puesto que no existe una regulación de esta TERA, así también, plantean que no podría aplicarse, puesto que confrontaría sus valores morales y sociales ya que los miembros de la sociedad peruana son creyentes, lo que los limitaría para poder utilizar los nuevos avances tecnológicos.

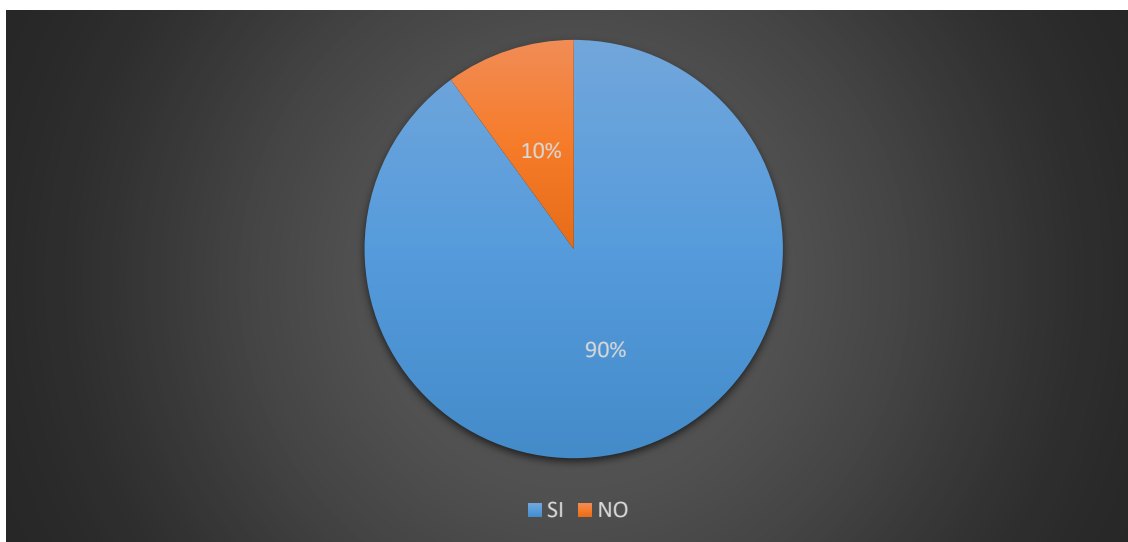
5.2.1.3 Análisis de entrevistas a psicólogos

1. Psicólogo(a) ¿tiene conocimiento sobre la maternidad subrogada?

Tabla N° 14 Psicólogo(a) ¿tiene conocimiento sobre la maternidad subrogada?

Respuestas de los psicólogos	N° de participantes	%
Si	09	90%
No	01	10%
Total	10	100%

Gráfico N° 13 Psicólogo(a) ¿tiene conocimiento sobre la maternidad subrogada?



ANÁLISIS: Del 100% de los encuestados, el 90% de los psicólogos tienen conocimiento sobre el tema de investigación, tal como maternidad subrogada. Solo un 10% del total de encuestados no tienen conocimientos sobre el tema.

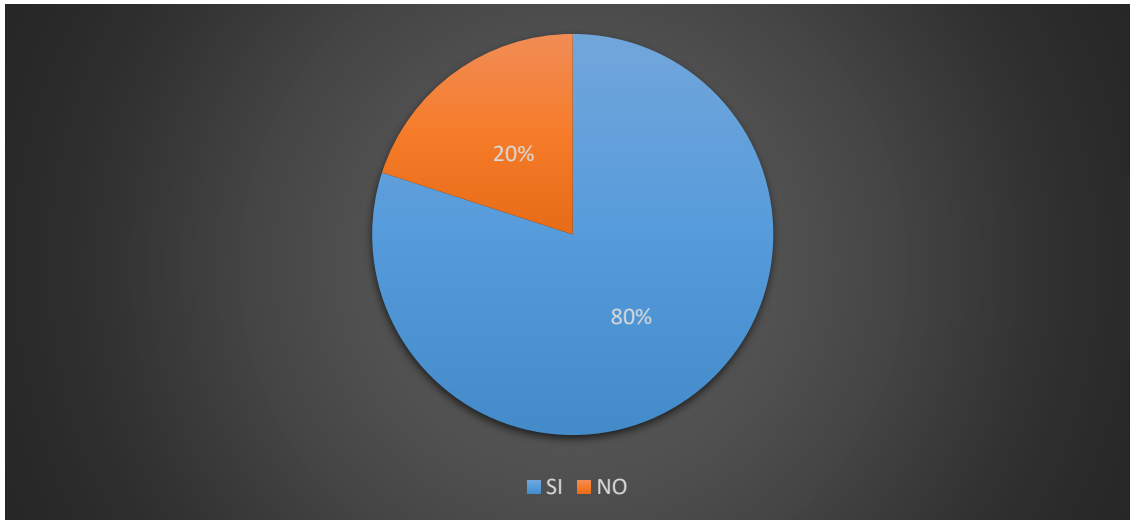
2. Psicólogo(a) ¿existe un grado de afectación psicológica de una pareja al no poder tener hijos?

Tabla N° 15 Psicólogo(a) ¿existe un grado de afectación psicológica de una pareja al no poder tener hijos?

Respuestas de los psicólogos	N° de participantes	%
Si	08	80%
No	02	20%
Total	10	100%



Gráfico N° 14 Psicólogo(a) ¿existe un grado de afectación psicológica de una pareja al no poder tener hijos?



ANÁLISIS: Del 100% de los encuestados, el 80% de los psicólogos consideran que si existe un grado de afectación psicológica en las parejas al no poder tener hijos, teniendo como consecuencia una afectación emocional que se ve reflejado por conductas de depresión, ansiedad, impotencia y frustración, ya que las mayoría de parejas buscan formar una familia y así trascender como personas.

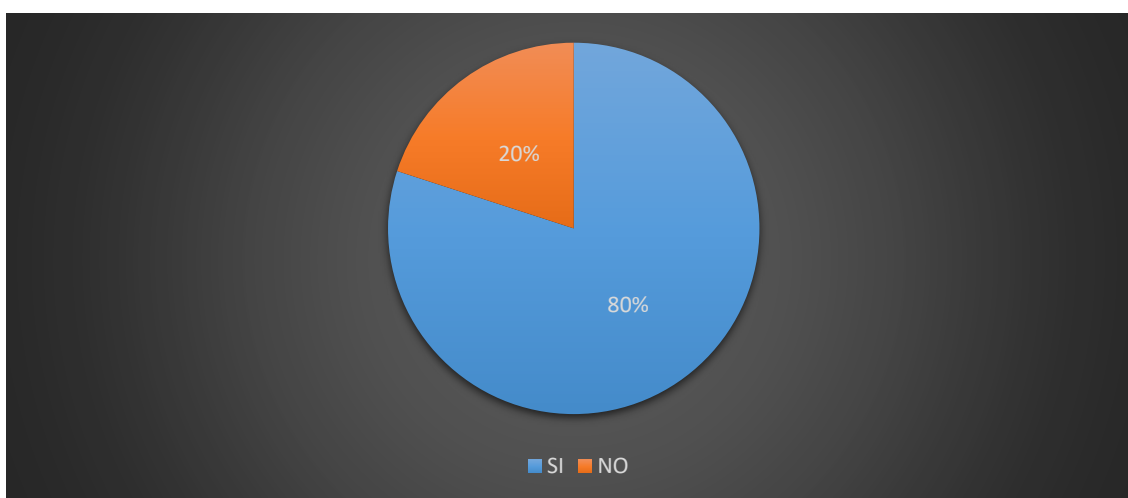
El otro 20% de los psicólogos encuestados, manifestaron que la afectación psicológica dependerá de los objetivos y las necesidades de la pareja.

3. Psicólogo(a) ¿Cree usted que una pareja al no poder tener hijos podría afectar a su libre desarrollo de la personalidad?

Tabla N° 16 Psicólogo(a) ¿Cree usted que una pareja al no poder tener hijos podría afectar a su libre desarrollo de la personalidad?

Respuestas de los psicólogos	N° de participantes	%
Si	08	80%
No	02	20%
Total	10	100%

Gráfico N° 15 Psicólogo(a) ¿Cree usted que una pareja al no poder tener hijos podría afectar a su libre desarrollo de la personalidad?



ANÁLISIS: Del 100% de los encuestados, el 80% de los psicólogos consideran que si se pudiese afectar el libre desarrollo de la personalidad de las personas al no poder tener hijos, ya que al no conseguir el objetivos de ser padres, provocaría un desequilibrio en la conducta de la persona cambiando el carácter, llevándola a tornarse cambiante y desestabilizado.

El otro 20% de los psicólogos encuestados, manifestaron que la personalidad es un constructo psicológico de características propias de la persona que se va creando a lo largo de la vida; que el impacto de la noticia de no poder ser padres se consideraría como una situación estresante, pero en el desarrollo e interacción como pareja.

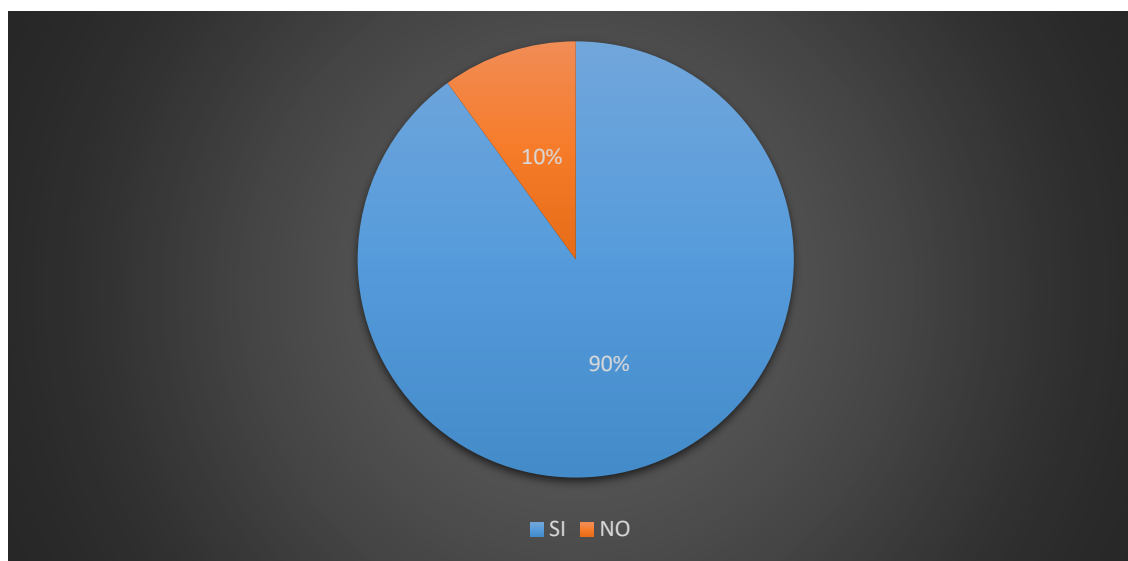


4. Psicólogo(a) durante su experiencia, ¿ha tenido casos de personas que se han visto afectado(a) por no poder tener hijos?

Tabla N° 17 Psicólogo(a) durante su experiencia, ¿ha tenido casos de personas que se han visto afectado(a) por no poder tener hijos?

Respuestas de los psicólogos	N° de participantes	%
Si	09	90%
No	01	10%
Total	10	100%

Gráfico N° 16 Psicólogo(a) durante su experiencia, ¿ha tenido casos de personas que se han visto afectado(a) por no poder tener hijos?



ANÁLISIS: Del total de encuestados, el 90% de los psicólogos manifiestan haber tenido casos de personas que se han visto afectados por no poder tener hijos, siendo el mínimo de casos como dos pacientes por psicólogo y como máximo quince pacientes.

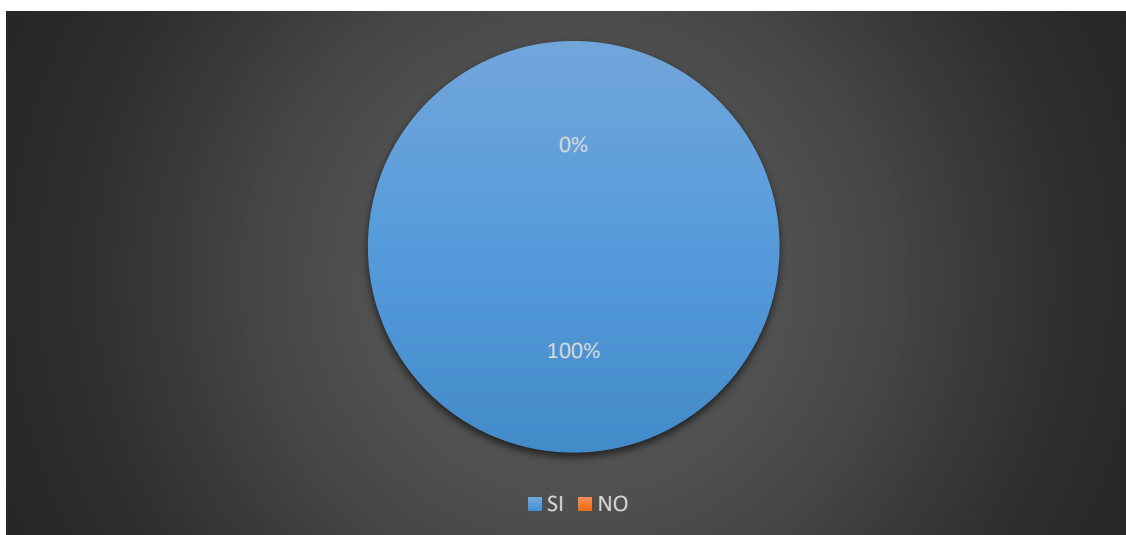
El otro 10% manifestó no que ha tenido casos de este aspecto.

5. Psicólogo(a) ¿Cree usted que debería regularse la maternidad subrogada en el Perú?

Tabla N° 18 Psicólogo(a) ¿Cree usted que debería regularse la maternidad subrogada en el Perú?

Respuestas de los psicólogos	N° de participantes	%
Si	10	100%
No	0	0%
Total	10	100%

Gráfico N° 17 Psicólogo(a) ¿Cree usted que debería regularse la maternidad subrogada en el Perú?



ANÁLISIS: El 100% de los psicólogos encuestados considera que si debiese ser regulada la maternidad subrogada, ya que de esta manera cada persona que utilices las TERAs, podrá tener una preparación afectiva adecuada; así también, ayudará a que muchas parejas alcancen sus objetivos planteados, promoviendo una paternidad responsable y planificada.

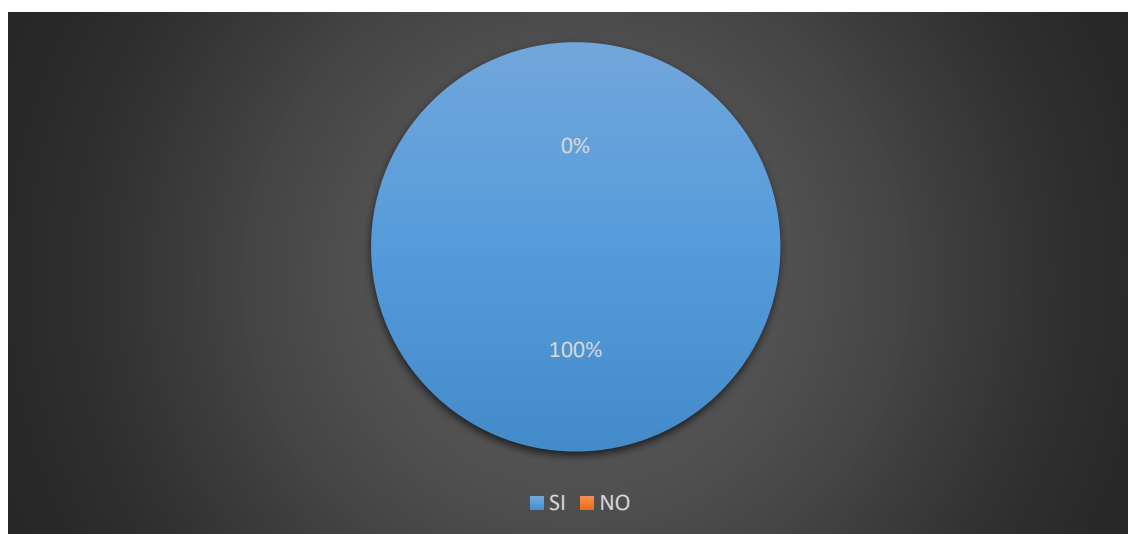
6.1.1.1. Análisis de entrevistas a madres de intención

1. ¿Alguna vez a escuchado hablar sobre la maternidad subrogada o vientre de alquiler?

Tabla N° 19 ¿Alguna vez a escuchado hablar sobre la maternidad subrogada o vientre de alquiler?

Respuestas de las madres de intención	N° de participantes	%
Si	10	100%
No	0	0%
Total	10	100%

Gráfico N° 18 ¿Alguna vez a escuchado hablar sobre la maternidad subrogada o vientre de alquiler?



ANÁLISIS: El 100% de las madres de intención encuestadas, afirmaron que tienen conocimiento sobre la maternidad subrogada, considerándola como una técnica de reproducción que permite tener hijos a quienes poseen dificultades para tenerlos.

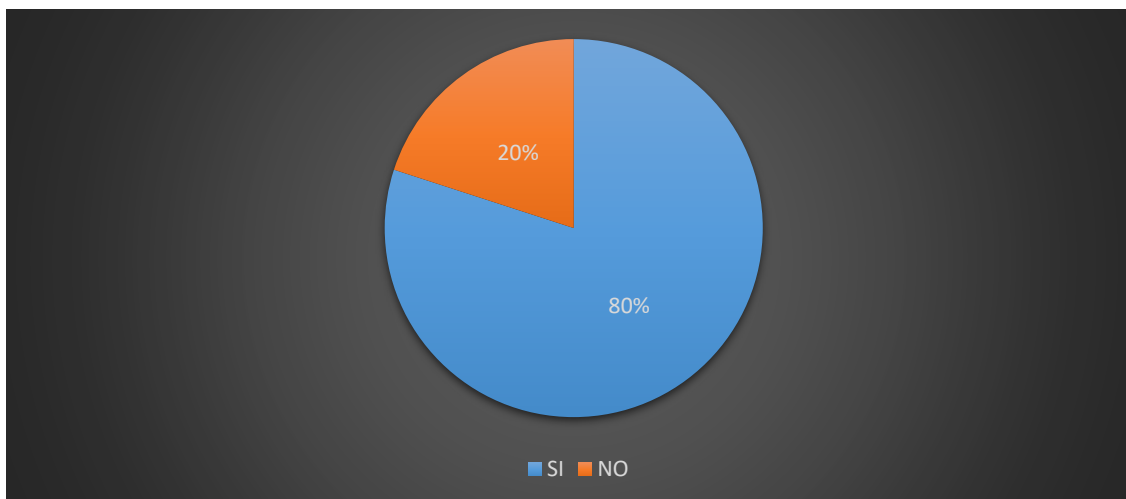
2. Diga usted, ¿ha tenido algún problema de esterilidad o infertilidad?

Tabla N° 20 Diga usted, ¿ha tenido algún problema de esterilidad o infertilidad?

Respuestas de las madres de intención	N° de participantes	%
Si	8	80%

No	2	20%
Total	10	100%

Gráfico N° 19 Diga usted, ¿ha tenido algún problema de esterilidad o infertilidad?



ANÁLISIS: Del 100% de los encuestados, el 80% de las madres de intención afirmaron que han tenido problemas de infertilidad o esterilidad, la cual en algunos casos no se ha podido concretar un embarazo pleno, además que algunas de ellas han estado en tratamientos de fertilidad por largo tiempo, sin tener resultado alguno.

El otro 20% de las encuestadas, manifestaron que no han tenido problemas de infertilidad o esterilidad; sin embargo, en algún momento de su vida tuvieron dificultades para concebir, pero fueron solucionados por tratamientos médicos.

3. ¿Conoce a más parejas o personas casadas que tengan problemas de esterilidad o infertilidad para poder tener hijos?

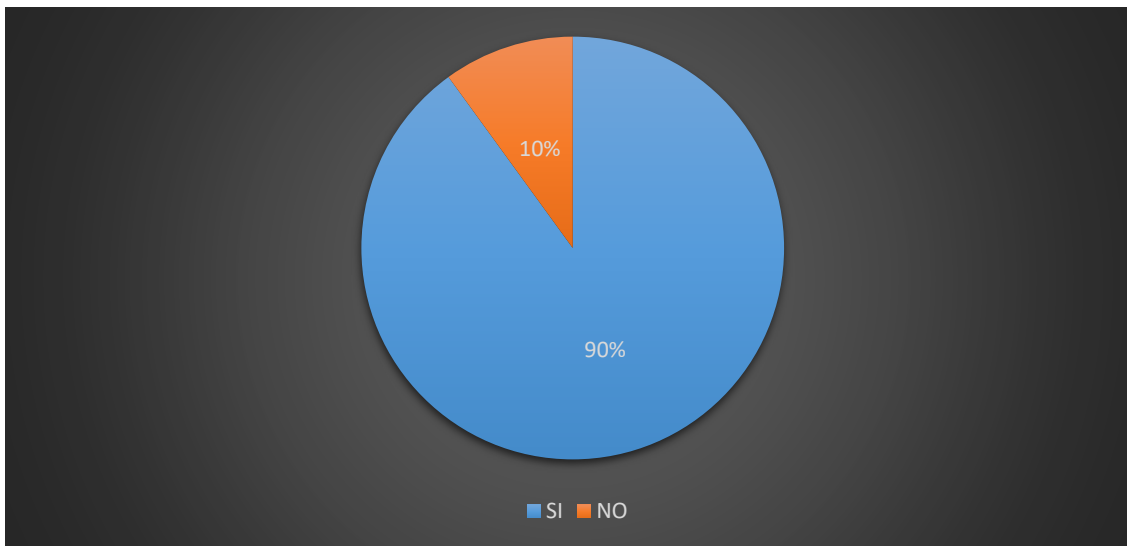
Tabla N° 21 ¿Conoce a más parejas o personas casadas que tengan problemas de esterilidad o infertilidad para poder tener hijos?

Respuestas de las madres de intención	N° de participantes	%
---------------------------------------	---------------------	---



Si	9	90%
No	1	10%
Total	10	100%

Gráfico N° 20 ¿Conoce a más parejas o personas casadas que tengan problemas de esterilidad o infertilidad para poder tener hijos?



ANÁLISIS: Del 100% de los encuestados, el 90% de las madres de intención afirmaron conocer a otras personas que padecen de problemas de infertilidad y esterilidad, las que los limitan en poder concebir un hijo.

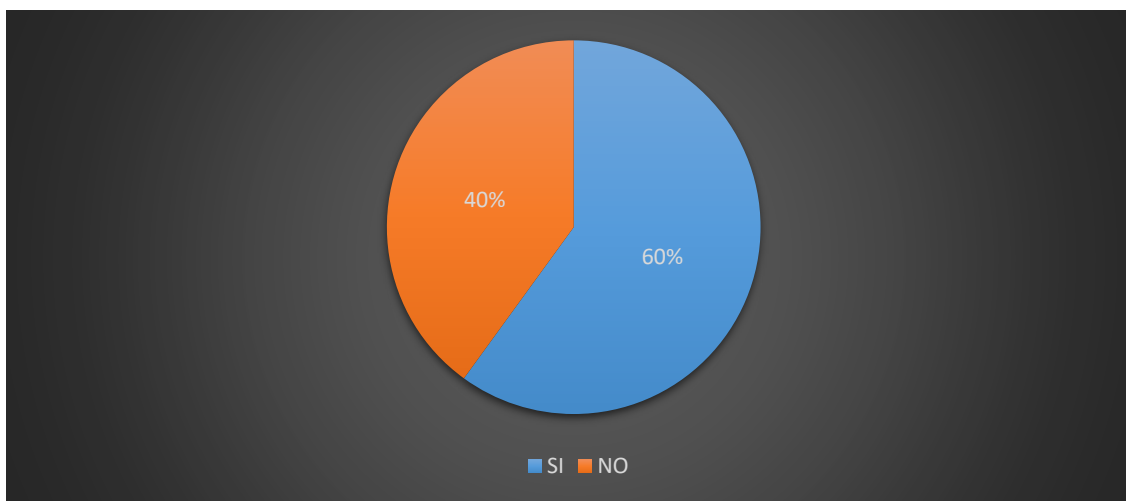
Por otra parte, el 10% de las madres de intención no conoce de personas cercanas que padezcan de estos problemas.

4. En algún momento, cuando Ud. tenía la intención de convertirse en madre, ¿le propusieron realizar la maternidad subrogada o vientre de alquiler?

Tabla N° 22 En algún momento, cuando Ud. tenía la intención de convertirse en madre, ¿le propusieron realizar la maternidad subrogada o vientre de alquiler?

Respuestas de las madres de intención	N° de participantes	%
Si	6	60%
No	4	40%
Total	10	100%

Gráfico N° 21 En algún momento, cuando Ud. tenía la intención de convertirse en madre, ¿le propusieron realizar la maternidad subrogada o vientre de alquiler?



ANÁLISIS: Del total de encuestados, el 60% de las madres de intención, afirmaron que en algún momento les propusieron realizar la maternidad subrogada como última alternativa para poder tener un hijo, siempre que los tratamientos de fertilidad no tuvieran algún efecto positivo.



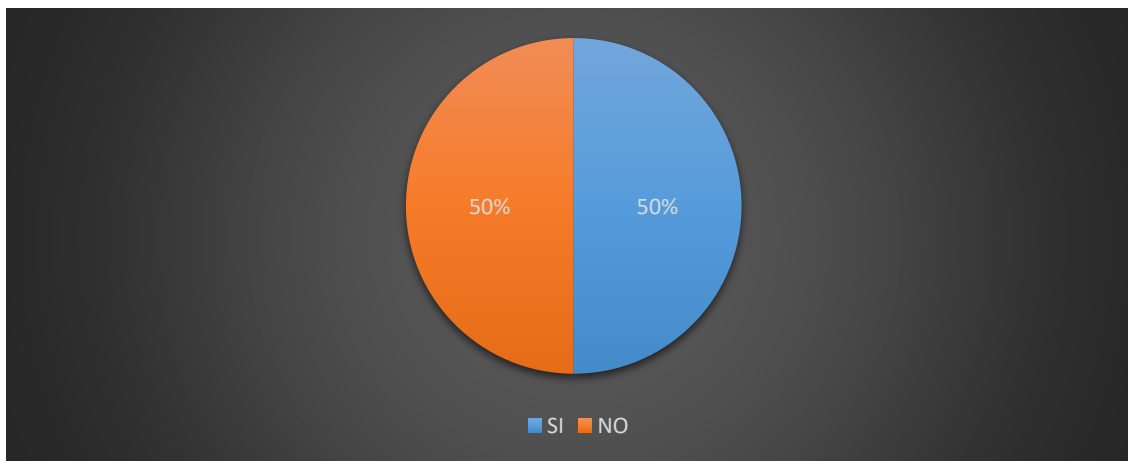
Dentro del 40% restante, el 20% mencionó que aun no se les mencionó sobre dicha técnica de reproducción asistida puesto que alguna de ellas se encuentra en tratamiento de fertilidad, y el otro 20%, reiteró que no.

5. ¿Conoce usted a alguien dentro de su entorno social que haya practicado esta técnica de reproducción asistida (Fecundación In Vitro o Inseminación Artificial)?

Tabla N° 23 ¿Conoce usted a alguien dentro de su entorno social que haya practicado esta técnica de reproducción asistida (Fecundación In Vitro o Inseminación Artificial)?

Respuestas de las madres de intención	N° de participantes	%
Si	5	50%
No	5	50%
Total	10	100%

Gráfico N° 22 ¿Conoce usted a alguien dentro de su entorno social que haya practicado esta técnica de reproducción asistida (Fecundación In Vitro o Inseminación Artificial)?



ANÁLISIS: El 50% de las encuestadas, afirmaron que tiene conocidos o referencias de personas que han practicado esas técnicas de reproducción humana. El otro 50% manifiesta



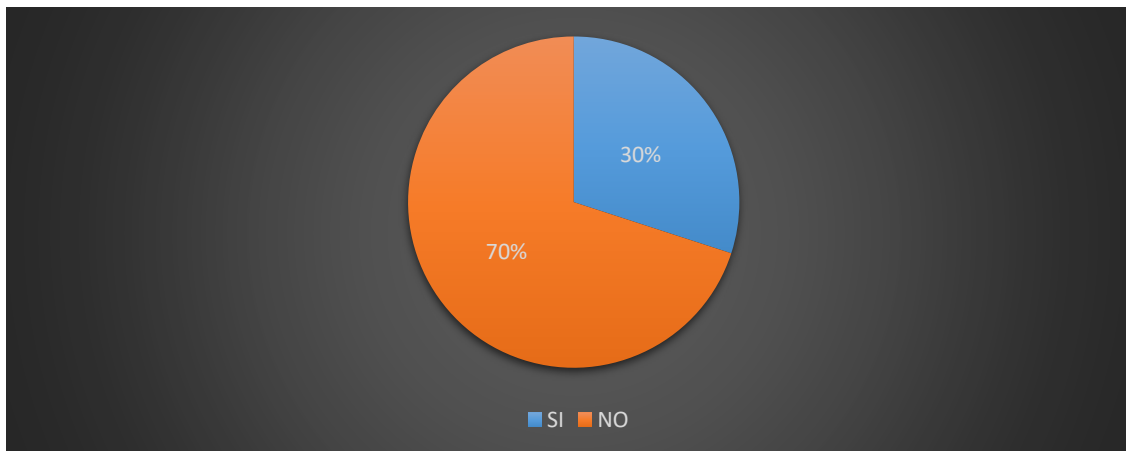
que desconoce que otras personas cercanas a su entorno hayan realizado esas técnicas de reproducción humana.

6. Si es así, ¿usted sabe si los padres de intención han llegado a tener incertidumbre sobre la entrega del recién nacido por parte de la mujer gestante?

Tabla N° 24 Si es así, ¿usted sabe si los padres de intención han llegado a tener incertidumbre sobre la entrega del recién nacido por parte de la mujer gestante?

Respuestas de las madres de intención	N° de participantes	%
Si	3	30%
No	7	70%
Total	10	100%

Gráfico N° 23 Si es así, ¿usted sabe si los padres de intención han llegado a tener incertidumbre sobre la entrega del recién nacido por parte de la mujer gestante?



ANÁLISIS: El 30% de las encuestas, manifiestan que al tener personas cercanas a su entorno y que han practicado la maternidad subrogada, han presentado cierta incertidumbre y



preocupación durante el embarazo, ya que existe la duda de la entrega de recién nacido a los padres de intención.

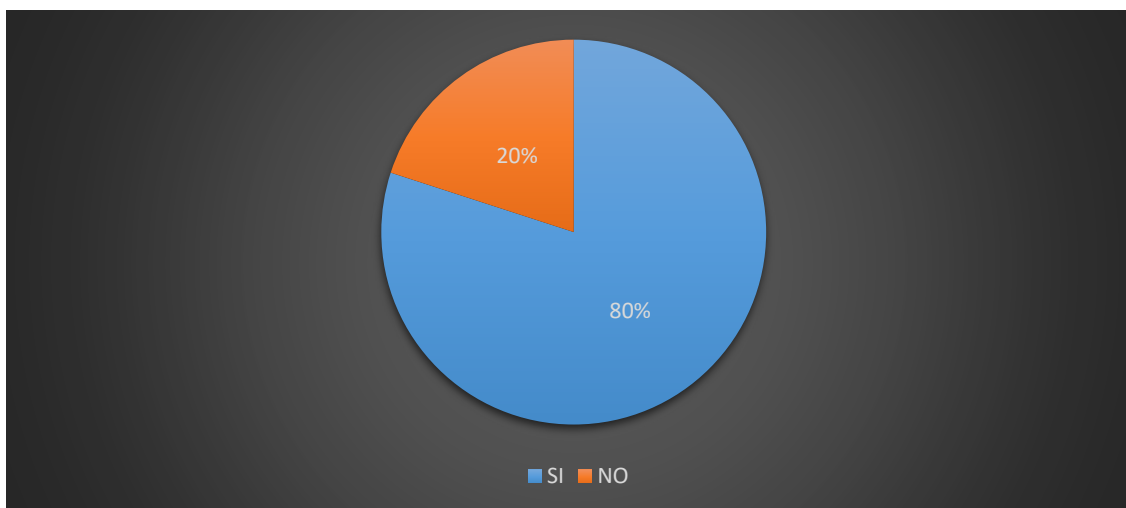
El otro 70% no ha tenido conocimiento sobre las situaciones que genera la aplicación de esta técnica de reproducción asistida.

7. Diga Ud., ¿alguna vez se ha sentido desamparada por el estado ante la falta de empatía para poder solucionar su dificultad para poder tener una familia?

Tabla N° 25 Diga Ud., ¿alguna vez se ha sentido desamparada por el estado ante la falta de empatía para poder solucionar su dificultad para poder tener una familia?

Respuestas de las madres de intención	N° de participantes	%
Si	8	80%
No	2	20%
Total	10	100%

Gráfico N° 24 Diga Ud., ¿alguna vez se ha sentido desamparada por el estado ante la falta de empatía para poder solucionar su dificultad para poder tener una familia?



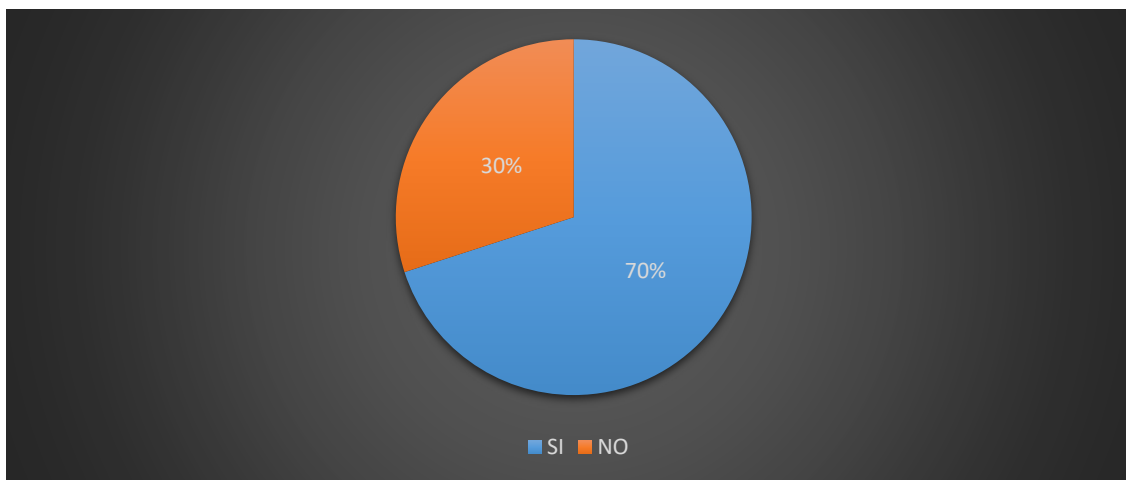
ANÁLISIS: El 80% de las encuestadas afirman que si se han sentido desamparadas por el estado ante la falta de empatía para poder solucionar su dificultad para poder tener una familia. El otro 20% de las encuestas, refieren que no creen que el Estado pueda solucionar sus problemas.

8. ¿Cree usted que la falta de regulación de maternidad subrogada en el Perú a afectado a su derecho de poder constituir una familia?

Tabla N° 26 ¿Cree usted que la falta de regulación de maternidad subrogada en el Perú a afectado a su derecho de poder constituir una familia?

Respuestas de las madres de intención	N° de participantes	%
Si	7	70%
No	3	30%
Total	10	100%

Gráfico N° 25 ¿Cree usted que la falta de regulación de maternidad subrogada en el Perú a afectado a su derecho de poder constituir una familia?



ANÁLISIS: El 70% del total de encuestadas, afirman que la falta de regulación de maternidad subrogada en el Perú si afecta su derecho de poder constituir una familia, puesto que al existir una alternativa para poder cumplir sus deseos, que es el de ser padres, no se



encuentra regulada a pesar de ser una técnica muy utilizada en otros países, se consideraría como una afectación ante ellos mismos para poder formar una familia.

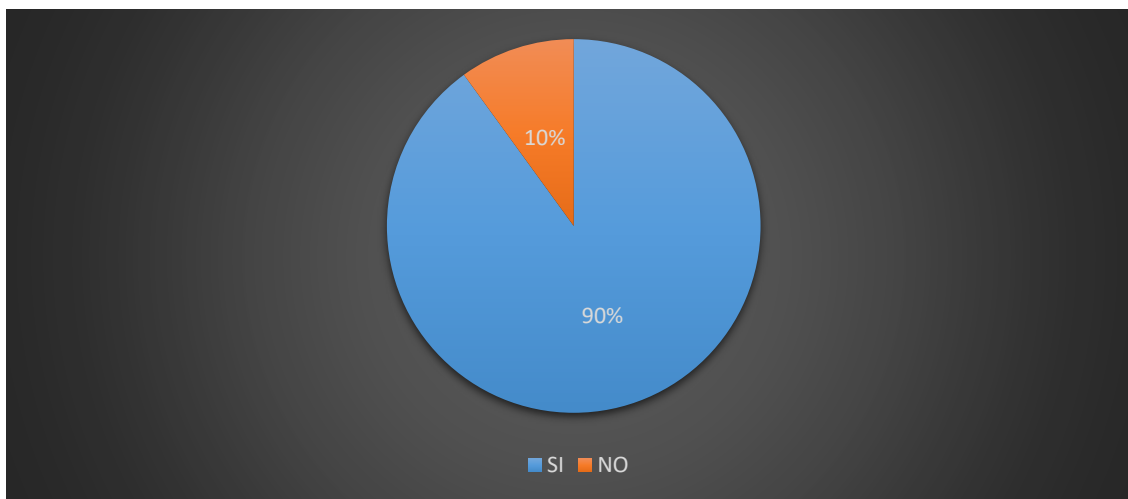
El otro 30% de las encuestadas, manifiestan que no lo consideran tal cual como afectación.

9. ¿Considera Ud. que debería regularse la maternidad subrogada?

Tabla N° 27 ¿Considera Ud. que debería regularse la maternidad subrogada?

Respuestas de las madres de intención	N° de participantes	%
Si	9	90%
No	1	10%
Total	10	100%

Gráfico N° 26 ¿Considera Ud. que debería regularse la maternidad subrogada?



ANÁLISIS: El 90% de las encuestadas, manifiestan que si debiera regularse la maternidad subrogada, ya que permitiría a más parejas poder cumplir su rol como familia dentro de la sociedad. Además, que se podrían asignar más recursos por parte del estado para informar



sobre las técnicas de reproducción asistida como la aplicación de esta, mediante los centros de salud del estado.

El otro 10% de las encuestadas, manifiestan que no debería regularse la maternidad subrogada, porque la sociedad suele aprovecharse de este tipo de situaciones.

6.1.2. Análisis de sentencia

6.1.2.1. Análisis de casos emblemáticos nacionales

A. Sentencia del expediente N° 6374-2016

Tabla N° 28 Sentencia del expediente N° 6374-2016

N° DE EXPEDIENTE	PARTES PROCESALES	MATERIA	PAÍS/CIUDA D	JUZGADO	INSTANCI A
6374-2016	DEMANDANTE :	Proceso de Amparo	Lima- Perú	5to Juzgado Especializado en lo Constitucion	
				1	
	DEMANDADO:			AÑO	
	RENIEC			2016	

ANÁLISIS:

De los fundamentos de hecho:

- Que, los Srs. Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau llevan casados desde el 21 de enero de 2005. Desde entonces han tratado de concebir un hijo;



- sin embargo, para la Sra. Ballesteros ha sido imposible quedar embarazada. Por lo que, decidieron junto con su esposo recurrir al TERAs de útero de subrogación.
- Para ello, procedieron a realizar la fecundación in vitro, con el ovulo de una donante anónima. Es así, que con el consentimiento de los Sres. Fausto César Lázaro y Evelyn Betzabé Rojas Urco, (pareja de esposos), y mediante un acuerdo privado realizar la maternidad subrogada con la Sra. Rojas.
 - Es el 19 de noviembre de 2015, donde nacen los menores de iniciales L.N.N.R. y C.D.N.R., producto de la fecundación In Vitro. Los menores fueron consignados como hijos de la Sra. Rojas y el Sr. Nieves.
 - Seguido a ello, el Sr. Nieves inicio dos procedimientos, solicitando se declare padre de los menores, procediéndose al respectivo reconocimiento. Por otra parte, la Sra. Ballesteros solicitó se declare madre de los menores, procediéndose a la rectificación.
 - No obstante, la RENIEC declaró IMPROCEDENTE ambas solicitudes a traves de las Resoluciones Registrales N° 299-2016 y N° 300-2016.
 - Ambos matrimonios solicitan se reconozca la paternidad y maternidad de los esposos Nieves- Ballesteros.

Del análisis de los fundamentos de derecho se puede apreciar:

- Se considera como derecho fundamental a la salud reproductiva, ya que es necesaria para la aplicación de la maternidad subrogada, puesto que su afán no solo abarca al supuesto de enfermedad o atención médica, sino también a la salud sexual y reproductiva, los que son necesarios para avalar este derecho.



- Por otra parte, la aplicación de la maternidad subrogada no se encuentra regulada expresamente en los marcos normativos nacionales. Lo que permite su aplicación, ya que como lo establece la presente corte, no existe la prohibición de esta.
- Así también, que para optar por una decisión debe considerarse el Interés Superior del Niño, puesto que sobre él se versa el derecho a su identidad como a su bienestar general. Es por ello, que la inscripción de los menores en este caso debe ser dado a los padres de intención, puesto que ha sido por su voluntad y deseo tener un hijo.
- La corte suprema reconoce la aplicabilidad de la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida con la finalidad de que las mujeres puedan acceder al derecho de ser madres.

Es en ese sentido, por el derecho a la salud reproductiva, libre desarrollo de la personalidad y fundar una familia, se declara FUNDADA la demanda de amparo interpuesta por los Sres. Nieves -Ballesteros, anulando las Resoluciones Registrales y ORDENANDO a RENIEC emitir nuevas partidas de nacimiento de los menores L.N.N.R. y C.D.N.R.

B. Sentencia del expediente N° 563-2011

Tabla N° 29 Sentencia de la Casación N° 563-2011

N° DE EXPEDIENTE	PARTES PROCESALES	MATERIA	PAÍS/CIUDAD	JUZGADO	INSTANCIA
CAS. N° 563-2011	DEMANDANTE: Zenaida Castro Muñoz	Casación – Demanda de adopción por excepción incoada.	Lima- Perú	Sala Civil Permanente	Corte Suprema de Justicia
	DEMANDADO: —			AÑO	
				2011	

ANÁLISIS:



Del análisis de los fundamentos de hecho se puede apreciar:

- Que, los señores Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone, interpusieron demanda de adopción civil por excepción V.P.C., nacida el 26 de diciembre de 2006
- Que, Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone, interponen demanda de adopción civil por excepción de la menor V.P.C., nacida el 26 de diciembre de 2006; arguyendo que la niña es hija de Paul Krank Palomino Cordero, quien a su vez es hijo de José Palomino Quicaño, hermano de la co demandante Dina Felicita Palomino.
- Que, Zenaida Castro Muñoz presentó recurso de casación contra la sentencia de vista que declara fundada la demanda de adopción por excepción incoada, declarando a la menor V.P.C. como hija de Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovani Sansone.
- Que, el 06 de julio del 2011 se declaró procedente el recurso de casación presentado por la demandante.

Del análisis de los fundamentos de derecho se puede apreciar:

- Que, respecto a la infracción de la norma sustantiva del Código del Niño y adolescente, debe precisarse que existe un conflicto de derechos fundamentales, tanto como el de los padres de intención como del menor, y que sobre ello primará el Interés Superior del Niño.
- Que, se aplicó la maternidad subrogada con un trasfondo económico por parte de la demandante y su pareja, y que a pesar de que aceptaran concebir al hijo de los demandados en la casación, tuvieron la intención de quedarse con el recién nacido a sabiendas de la voluntad y deseo de los padres de intención.



- Que, de la adopción por excepción incoada existente requisitos como las de solvencia moral y económica, diferencia de edad entre adoptantes y adoptado, en la que mínimamente sea 18 años, consentimiento del cónyuge (si se diera el caso de que se encuentren casados), consentimiento de los padres consanguíneos (si el menor a adoptar aun estuviera bajo su patria potestad).
- Ante el presente caso, se debe primar el interés superior del niño, puesto que el menor tiene el derecho de poseer una familia idónea sobre la prevalencia de la patria potestad de los padres biológicos, ya que estos han demostrado en todo el proceso de adopción, presentados por los padres de intención, actuando bajo la preminencia del factor económico, dejando de lado primigeniamente el bienestar del menor, su protección integral, desarrollo y calidad o nivel de vida adecuado.
- Esta casación es un precedente de la maternidad subrogada en el Perú, donde se predomina en primer lugar el bienestar del menor como fin supremo del estado.

6.1.2.2. Análisis de sentencias de casos emblemáticos internacionales

A. Sentencia del expediente N° 38316-2012

Tabla N° 30 Sentencia del expediente N° 38316-2012

N° DE EXPEDIENTE	PARTES PROCESALES	MATERIA	PAÍS/CIUDAD	JUZGADO	INSTANCIA
38316-2012	DEMANDANTE: J.L.D.G. y M.S.M.	Inscripción de Nacimiento	Buenos Aires – Argentina	Nacional de 1ra Instancia Civil N° 86	1ra instancia
	DEMANDADO: —			AÑO	
				2012	



ANÁLISIS:

Del análisis de los fundamentos de hecho se puede apreciar:

- Que, los señores de iniciales J.L.D.G y M.S.M. contrajeron matrimonio en noviembre de 2006, y desde entonces estuvieron en la búsqueda de concebir un hijo.
- Durante ese tiempo, la esposa cursó dos embarazos riesgosos que no llegaron a concebir. En el año 2010, durante su segundo embarazo, y por la gravedad de la situación, se procedió a extirparle el útero; haciendo nula toda posibilidad de poder concebir un hijo.
- Ante tal circunstancia, la única posibilidad de poder tener un hijo sería mediante la adopción o la subrogación de vientre. Por lo que, la pareja empezó a realizar paralelamente los dos procesos.
- Que, la señora de iniciales C.R.C, amiga y masajista de la esposa, al ver la frustración de la pareja, se ofreció a gestar a su hijo.
- Que, mediante la Fertilización In Vitro, se logró un embrión; que posteriormente fue implantado en la Sra. C. El 19 de abril de 2012 nace una niña como producto de la técnica de reproducción asistida.
- Que, la Sra. C. realizó este acto de manera altruista, y que todos los gastos de gestación y parto fueron cubiertos por los padres de intención.

Respecto a los fundamentos de hecho, se presenta el infortunio de una pareja de esposos que no pueden tener un hijo, debido a los problemas de infertilidad que poseía la Sra. de iniciales M.S.M. Que, ante los intentos de ser madre, llegó a perder el útero, negando toda posibilidad de poder tener un hijo.



Ante esta situación, la pareja de esposos y con ayuda de una amiga, logran realizar la gestación por sustitución. Que, el fondo del proceso es establecer el vínculo de los padres de intención con la recién nacida, y así poder consignarlos como tales dentro de la partida de nacimiento de la menor.

Del análisis de los fundamentos de derecho se puede apreciar:

- Respecto a los fundamentos de derecho, se consigna en un primer punto sobre la maternidad en el derecho y la inscripción del nacimiento, dando por conclusión que indubitablemente existe una relación directa entre estos términos, puesto que con el nacimiento de ser humano se determina la relación de madre y la identidad del nacido.
- Sin embargo, esta relación solo representa una maternidad genética, puesto que, por la aplicación de la gestación por sustitución, el término de maternidad se destina a ser utilizado para aquellos que tuvieron la voluntad de poder tener un hijo.

Es así, que la voluntad procreacional en este proceso, es un eje fundamental para la aplicación de la maternidad subrogada. Esta debe contener tres puntos principales, siendo estas la voluntad de la unión sexual, voluntad procreacional y responsabilidad procreacional.

En este escenario, tal cual surgen los hechos presentados, la pareja de esposos desean tener un hijo, lo que implica la voluntad de la unión sexual; la Sra. C.R.C. y amiga de los esposos por voluntad propia acepta realizar la gestación por sustitución, lo que corrobora la existencia de la voluntad procreacional; y por último, la pareja de esposos acepta la responsabilidad de todo el proceso de gestación (antes, durante y después).



- Así también, en este proceso se toma en consideración todas las medidas concernientes a los niños, puesto que se establece el interés superior del niño, basándose en la dignidad del ser humano, propiciando el pleno desarrollo y sus potencialidades. (...)
- Acorde, a la voluntad procreacional, al interés superior del niño, y ante la falta de regulación de la maternidad subrogada y a relacion filial que genera esta; se concluye que, el niño no existiría si no se hubiese realizado la gestación por sustitución, que su existencia se debe ante la voluntad y deseo ferviente de los padres de intención, que los mismo aceptan las responsabilidades que conllevan el ser padres.

Por estas razones, el Magistrado ha aceptado la demanda interpuesta, procediendo a inscribir el nacimiento de la niña de iniciales B.M.D.G.M., nacida el 19 de abril de 2012, teniendo como padres a los señores de iniciales J.L.D.G y M.S.M.

B. Sentencia del expediente N° 3447358

Tabla N° 31 Sentencia del expediente N° 3447358

N° DE EXPEDIENTE	PARTES PROCESALES	MATERIA	PAÍS/ CIUDAD	JUZGADO	INSTANCIA
3447358	DEMANDANTE: R.L.S. y H.M.L.M.	Homologación	Córdoba/ Argentina	Juzgado de Familia	1ra instancia
	DEMANDADO: —			AÑO	
				2017	

ANÁLISIS:

Del análisis de los fundamentos de hecho se puede apreciar:



- Que, la Sra. L.S.R. y el Sr. H.M.L.M., se encuentran casados desde hace más de 4 años, y que siempre han tenido el deseo de poder formar una familia (tener hijos).
- Ante el intento de ser madre, la Sra. L. quedó embarazada; sin embargo, dicho proceso tuvo que ser interrumpido por la condición médica que presentaba (Coagulopatía de consumo), procediéndose a extirpa el útero.
- Años después, frente al hecho traumático que les tocó vivir, recurrieron a inscribirse para ser aspirantes de guarda con fines de adopción en el año 2013, la cual se fue ampliando hasta el año 2016 sin tener ninguna respuesta por parte de la institución.
- Posterior a ello, la pareja de esposos tuvo conocimiento de una técnica de reproducción asistida, la cual fue evaluada y conversada con su familia. Es así, que la Sra. C.L.G (cuñada), se ofreció a ser gestante sustituta y de tal modo a cuidar al futuro hijo por los 9 meses de gestación.
- Para el proceso de gestación por sustitución se realizó un acuerdo de voluntades entre las partes (padres de intención, gestante sustituta y esposo de gestante sustituta) para iniciar el proceso de gestación. Que, en dicho proceso se utilizarían los gametos de los padres de intención, y serían implantados en el útero de la gestante sustituta.
- Es así, que los padres de intención presentan una solicitud al juzgado para realizar la homologación del acuerdo celebrado entre las partes y realizar la maternidad subrogada, y consecuentemente, inscribir al recién nacido como su hijo, deslizando toda relación con la gestante de sustitución.

Del análisis de los fundamentos de derecho se puede apreciar:

- Que la maternidad subrogada o gestación por sustitución debe ser considerada como una práctica diferente a la tradicional sustentada desde dos perspectivas: legal y médica.



Desde un punto legal, debe consignarse que la aplicación de esta técnica se fundamenta en la voluntad procreacional que poseen los padres de intención para poder tener un hijo.

Desde el punto médico, pretende la diligencia de esta es viable, ya que la practica mediante relaciones sexuales no es dable.

- Que, la maternidad subrogada no presenta una legislación propia para su aplicación, y por ende tampoco regula la filiación en estos casos. Sin embargo, se debe precisar que no existe norma alguna que prohíba la práctica de esta, por lo tanto, no se impide la realización de esta.
- Que, no todo acuerdo entre las partes debe ser tenido como válido, ya que existen intereses y derechos de los involucrados: los comitentes, gestante y niño por nacer. En ese sentido, se propone que el estado sea el encargado de controlar la forma gestacional elegida, resolviendo la factibilidad de la práctica y lo relativo a sus consecuencia y efectos.
- Que, esta práctica se encuentra bajo el amparo del derecho a formar una familia, a la salud (salud reproductiva) y al igualdad y no discriminación de acceder a las técnicas de reproducción asistida.

Es en razón a ello, que el magistrado resuelve homologar el acuerdo celebrado por las partes y autorizar a realizar la gestación por sustitución. Que el nacido sea inscrito como hijo de los padres de intención, que la gestante no tenga ningún vínculo jurídico con el nacido y que en caso de que llegue a nacer, se le haga de conocimiento al niño de su historia gestacional.



C. Sentencia del expediente Santiago-Chile

Tabla N° 32 Sentencia del expediente Santiago-Chile

N° DE EXPEDIENTE	PARTES PROCESALES	MATERIA	PAÍS/ CIUDAD	JUZGADO	INSTANCIA
No disponible/ Reservado	DEMANDANTE: Madre de intención (Reservado)	Impugnación y Reclamación de Maternidad	Santiago/Chile	Segundo Juzgado de Familia	Ira Instancia
	DEMANDADO: _____			AÑO	
				2018	

ANÁLISIS:

Del análisis de los fundamentos de hecho se puede apreciar:

- Que, doña “x” y su pareja conviven desde hace varios años, pensando siempre en poder formar una familia.
- Que, doña “x” intento quedar embarazada en dos oportunidades, siendo la segunda la más trágica, ya que falleció el recién nacido y perdió el útero ante la gravedad del embarazo.
- Que, ante la imposibilidad de quedar embarazada, la pareja buscó nuevos métodos de reproducción asistida. Es así, que la madre de la mujer se ofreció voluntariamente para realizarle la fecundación in vitro (anidar cinco óvulos fecundados con el espermatozoides de su pareja). Producto de esta técnica de reproducción, se llegó a dar a luz a dos niñas.



- Que, ambas niñas fueron inscritas como hijas legales de la madre gestante y la madre de intención. Por la falta de regulación de estos casos, la abuela de las niñas es su madre legal y la madre de intención es su hermana legal.
- Que, es preciso aclarar que el padre de intención si vendría a ser el padre legal de las niñas puesto que aportó el esperma para su procreación; cuestión que no está siendo aplicable para la madre de intención quien fue la aportante de los óvulos.

Del análisis de los fundamentos de derecho se puede apreciar:

- Que al igual que la mayoría de los países latinoamericanos, no existe una regulación exhaustiva sobre las técnicas de reproducción asistida -maternidad subrogada, lo que lleva a que en muchos casos se inicie procesos de esta envergadura.
- Esta deficiencia legislativa, genera vulnerabilidad tanto en los derechos de los padres de intención (derecho a procrear) como a los nacidos bajo esta técnica (derecho a identidad)
- A pesar de la vaga expresión legislativa en su país sobre la maternidad y la negativa para poder impugnar la paternidad de los padres de intención, asumen que esta contravendría a los convenios internacionales a los que pertenece; por lo tanto, en razón a los derechos de igualdad y libertad sería factible la aplicación de la maternidad subrogada.
- Ahora bien, respecto a la identidad de las menores, y por el interés superior del niño, toda aplicación que se establezca sobre ello debe realizarse por el bienestar de este. La identidad sobre su procedencia se encuentra sustentada por la verdad biológica – genética y social. Biológica - genética, puesto que los padres de intención fueron quienes aportaron los óvulos y espermias para poder realizar la fecundación In Vitro. Social, puesto que los padres de intención desearon (autonomía de voluntad) formar una familia, y que durante el embarazo la madre de intención estuvo pendiente del proceso,



finalmente cuando nacieron, fueron los padres de intención quienes las cuidaron y protegieron hasta el día de hoy.

- La aplicabilidad de un contrato económico de maternidad subrogada es nula, debido a la ilicitud del objeto (ser humano); sin embargo, se acepta que este sea de carácter altruista ya que las razones o motivaciones para realizar este acuerdo de voluntades trasciende más allá de una cuantía económica.

Bajo esa apreciación, el segundo juzgado civil acoge la demanda por impugnación y reclamación de maternidad interpuesta, declarando a las menores como hijas de la demandante, consecuente para hacer el cambio de las partidas de nacimiento, consignando a la demandante como madre de estas.

D. Sentencia del caso – serie C N° 257

Tabla N° 33 Sentencia del caso – serie C N° 257

N° DE EXPEDIENTE	PARTES PROCESALES	MATERIA	PAÍS/ CIUDAD	JUZGADO
Petición 12.361 Caso – Serie C N° 257	DEMANDANTE: Artavia Murillo y otros (Fertilización In Vitro)	Responsabilidad Internacional por la prohibición general de practicar la Fecundación In Vitro.		Corte Interamericana De Derechos Humanos
	DEMANDADO: Costa Rica			AÑO
				2012

ANÁLISIS:

Del análisis de los fundamentos de hecho se puede apreciar:



- Que, existe la aprobación del Decreto Ejecutivo N° 24029 de 03 de febrero de 1995, del ministerio de Salud, la cual autorizaba la práctica de la Fecundación InVitro.
- Que, el 07 de abril de 1995 se anuló este Decreto por inconstitucional.
- Que, la petición fue presentada el 19 de enero de 2001 por nuevas parejas que asumían que la anulación de este Decreto generaba una vulneración a sus derechos.
- Que, el 11 de marzo de 2004 se da el informe de admisibilidad de la petición presentada por Artavia Murillo y otros frente a las acciones Constitucionales de Decreto Ejecutivo N° 24029 (FIV para parejas conyugales y ejecución).
- Que, la comisión remitió el caso a la Corte IDH el 29 de junio de 2011.
- Que, la comisión refirió que existía violaciones de derechos a la integridad personal, libertad personal, vida privada y familiar, fundar una familia y a la igualdad y no discriminación por la prohibición del TERAS de la Fecundación In Vitro.
- Que, el 26 de febrero de 2016 la asociación a favor de la FIV sea permitida a nivel privado y público en Costa Rica.
- La audiencia del presente caso se realizó el 05 y 06 de setiembre de 2012.

Del análisis de los fundamentos de derecho se puede apreciar:

- Respecto el análisis sobre el alcance de los derechos a la integridad personal, libertad personal y vida privada y familiar; podemos establecer que estos son derechos que sustentan la aplicación de las TERAS-Fecundación In Vitro. Por lo que, el manejo de estas nuevas tecnologías asegura a los miembros de la sociedad a fundar una familia, permitiendo que las personas mediante su libertad de elección puedan decidir sobre la concepción de los hijos.



La incorporación de la FIV permitirá afianzar la autonomía reproductiva, mejorando la praxis de la salud reproductiva

- El derecho a la vida privada comprende una gama amplia de derechos, siendo en este caso punto fundamental para evitar la discriminación por la libertad de elección para fundar una familia. El derecho a la integridad física y mental son otros sustentos de esta.
- Se puede concluir que la aplicación de esta técnica de reproducción asistida y la regulación de esta dentro de un estado permite asegurar el libre desarrollo de la personalidad de las personas, garantizando el derecho de la salud reproductiva, y el de fundar una familia.
- De ese análisis, la CIDH establece que si existe vulneraciones a los arts. 5. 1º, 7º. 11.2º, 17.2 en relación con el art. 1.1º de la Convención Americana en perjuicio de Artavia Murillo y otros.
- Así también, esta sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos genera un precedente para todos los países que son parte de esta, para poder tener una regulación óptima sobre estas nuevas tecnologías que van surgiendo con el pasar de los años, dándole la importancia debida a estos derechos que han sido dejadas de lado.

De ello, la Corte exige que el Estado (Costa Rica) debe propiciar las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de la práctica de FIV. Posterior a ello, el estado debe regular celeremente la implementación de la FIV.

6.2. Discusión y contrastación teórica de los hallazgos

Que, de las encuestas realizadas a los magistrados, abogados litigantes, psicólogos y madres de intención se establece que si existen tanto argumentos jurídicos como sociales que fundamentan la regulación de la maternidad subrogada en el Código Civil Peruano.



Siendo está debiendo realizarse mediante parámetros, con la finalidad de que esta práctica no tenga un trasfondo económico ni genere hechos que sean calificables dentro del ilícito penal.

En suma, el 100% de los magistrados, psicólogos y madres de intención están a favor de legislar la regulación de la maternidad subrogada dentro del Código Civil Peruano, al igual que el 93, 3% de los abogados. Así mismo, se encuentra que, parte de los argumentos jurídicos, como el libre desarrollo de la personalidad, voluntad procreacional y el derecho a constituir una familia son fundamentos para la regulación de la maternidad subrogada.

Por otra parte, se tiene que, ante la habitualidad de esta técnica de reproducción humana asistida, se ha generado argumentos sociales sobre todo por parte de las madres de intención así como los demás encuestados, presentado una preocupación por los efectos de la aplicación de esta sin ningún tipo de reglamentación o parámetros.

Así también, se tiene del análisis de las sentencias emblemáticas a nivel nacional como internacional, que se acepta el uso de la maternidad subrogada como una alternativa para poder tener una descendencia, teniendo en cuenta principalmente la voluntad procreacional como el interés superior del niño, todo esto respaldado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.



D. CONCLUSIONES

1. La aplicación de la maternidad subrogada en el país debe ser incorporada en el Código Civil, garantizados por los derechos humanos avalados en la Constitución Política; teniendo en cuenta que la falta de control y regulación de su práctica, y el incremento de la tasa de infertilidad y esterilidad que poseen algunas parejas en nuestra sociedad. De ahí que, se ve reflejado el incremento de la incertidumbre que se genera en los padres de intención, vulnerando de esta manera aquellos derechos que los protegen, así como la autorrealización familiar.
2. Los argumentos jurídicos que sustenta la regulación de la maternidad subrogada en el Código Civil Peruano radican fundamentalmente en el respeto y cumplimiento de los siguientes principios y derechos: (i) Principio a constituir una familia, (ii) Principio a la protección familiar, (iii) Derecho al libre desarrollo de la personalidad, (iv) Derecho a la voluntad procreacional, (v) Derecho reproductivo, basados en los principios a la no discriminación, autonomía de la voluntad e igualdad.
3. Los argumentos sociales que sustentan la maternidad subrogada en el código civil peruano son: (i) autorrealización familiar, (ii) el incremento de infertilidad y esterilidad en las parejas, (iii) incertidumbre de la entrega del recién nacido de la mujer gestante a los padres de intención; en merito a ello es que se ha verificado que preexiste la necesidad de regular la maternidad subrogada en el Código Civil.



E. RECOMENDACIONES O SUGERENCIAS

1. Reconocer la Maternidad Subrogada como Técnica de Reproducción Asistida, en merito a los argumentos jurídicos-sociales de manera expresa en el código civil peruano; regulando los requisitos, deberes, obligaciones y carácter altruista de las partes intervinientes, para evitar incertidumbres jurídicas y discusiones.
2. Dar mayor énfasis a los derechos que no se encuentran expresamente establecidos en la legislación peruana, tales como los principios a constituir y fundar una familia, así como los derechos al libre desarrollo de la personalidad, derecho a la voluntad procreacional y el derecho reproductivo, realizando campañas de sociabilización respecto a Técnicas de Reproducción Asistida.
3. Se brinde orientación psicológica, médica y jurídica sobre la maternidad subrogada altruista, a los padres de intención y a la mujer gestante para su efectivo tratamiento y autorrealización.



F. EXPOSICION DE MOTIVOS

EXPOSICION DE MOTIVOS

En la actualidad, el uso de las técnicas de reproducción humana asistida (TERAS) están siendo utilizadas de forma cotidiana, debido al incremento de las tasas de infertilidad y esterilidad que existe en las parejas de nuestro país; sin embargo, la Ley General de la Salud N°26842 en el artículo 7° permite el acceso a la aplicación de técnicas de reproducción humana siempre que la madre genética y la madre gestante sea la misma; no obstante, es un presupuesto limitativo, pero no prohibitivo.

La Corte Suprema reconoce la potestad fundamental de las mujeres para que puedan apoyarse al uso de la tecnología, así como la cooperación adicional y necesaria de una tercera persona, el cual recae en la maternidad subrogada; precisando además el principio constitucional que lo que no está prohibido está permitido.

Además, su aplicación se encuentra fundamentada en los principios y derechos constitucionales de los padres imposibilitados, tales como el principio a constituir una familia, a la protección familiar, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, voluntad procreacional y derecho reproductivo.

Teniendo en cuenta lo antes mencionado, se tiene la propuesta del proyecto de ley que incorporaría un nuevo artículo al código civil: libro III Derecho de Familia, sección primera, disposiciones generales, artículo 236 se incorpore un sub artículo, denominándolo 236°-A, 236°-B el cual precisa lo siguiente.



PROYECTO DE LEY

ARTICULO 236°-A.- PARENTESCO POR TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

El parentesco por maternidad subrogada es la relación familiar entre una pareja -varón y mujer- y el concebido producto de una técnica de reproducción humana asistida sobre un tercero necesario que asista de manera voluntaria y altruista.

- a. Maternidad subrogada parcial; cuando la mujer aporta su ovulo y el varón su esperma; para que un tercero necesario asista con el embarazo subrogado.
- b. Maternidad subrogada total; cuando la mujer gestante aporta sus propios óvulos y el varón su esperma para llevar a cabo el embarazo subrogado.

Excepcionalmente, se utilizará la Maternidad Subrogada total, cuando esta afecte moral, psicológica y físicamente grave a una de las partes.

ARTICULO 236°-B.- REQUISITOS LEGALES DEL PARENTESCO POR TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

a. DE LOS PADRES DE INTENCION

1. Ser peruanos de nacimiento o poseer la nacionalidad y/o residir en el país por 2 años como mínimo.
2. Estar casado y/o tener vínculo de unión de hecho propio avalado con documento público.
3. Ser mayor de 25 años y menor de 35 años.
4. Tener certificado o informe médico sobre el diagnostico de infertilidad y/o esterilidad de los padres de intención.



5. Poseer certificado médico que acredite la capacidad física, mental y emocional de los padres de intención (conforme a los artículos 43, 44 y 140 del código civil peruano).
6. Poseer una solvencia económica, moral y social.
7. Acreditar haber agotado o ser incompatible con las técnicas de reproducción humana asistida.
8. Los padres de intención (uno o ambos), deberá aportar el material genético para la fecundación. En caso de que los padres de intención sean estériles podrán recurrir a donantes voluntarios.
9. Los padres de intención deberán asumir los gastos económicos que genere la gestante voluntaria antes, durante y después del proceso de gestación.

b. DE LA MUJER GESTANTE VOLUNTARIA

1. Ser peruana de nacimiento o poseer la nacionalidad y/o residir en el país por 2 años como mínimo.
2. Ser mayor de 25 años y menor de 30 años.
3. Acreditar gozar de buena salud física, mental y emocional mediante certificado médico, emitido por el profesional correspondiente.
4. Haber sido madre de al menos un hijo sano.
5. Acreditar poseer una situación socioeconómica estable.
6. Compromiso de la mujer gestante a entregar al recién nacido a los padres del recién nacido.



ARTICULO 236°-C.- DE LOS DEBERES DE LAS PARTES

DE LOS PADRES DE INTENCION

- i. Los padres de intención deberán asumir los gastos económicos que genere la gestante voluntaria antes, durante y después del proceso de gestación.
- ii. Los padres de intención deberán dar a conocer al menor sobre la procedencia de su nacimiento;

DE LA MUJER GESTANTE VOLUNTARIA

- iii. Informar a los padres de intención sobre la situación del embarazo subrogado.
- iv. Compromiso de la mujer gestante a entregar al recién nacido a los padres de intención.

ARTICULO 236°-D.- DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

- i. Las partes manifestaran su voluntad expresamente, rigiéndose a los artículos precedentes de la presente ley.
- ii. El carácter del acuerdo debe regirse a la forma altruista, voluntaria, excepcional y confidencial, dejando de lado el aspecto lucrativo, bajo apercibimiento de iniciar proceso penal correspondiente.

El presente proyecto de ley incorporara cuatro sub artículos que estarán expresamente en el código, estableciendo parámetros sobre la aplicación de la maternidad subrogada.

ANALISIS DE COSTO-BENEFICIO

La regulación de la maternidad subrogada implica la atención del Estado peruano a las situaciones que existen frente al vacío legal originado por la Ley General de la Salud. Por ello, la propuesta busca atender, formalizar y/o corregir, algunas prácticas que han ido



normalizándose ante el incremento de la infertilidad y esterilidad, así como el aumento de prácticas de esta técnica de maternidad subrogada.

Por lo tanto, no es posible establecer una valoración económica referida a los efectos que genere la aprobación de esta iniciativa legislativa. Toda vez que, elimina la incertidumbre respecto a la entrega del recién nacido, coadyuvando a los padres de intención a constituir una familia.

Cusco, 01 de septiembre de 2021.



G. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Ahumada, C., & Kowalski, S. (2006). *Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos*. Canada: The Youth Coalition.
2. Arambula, R. (12 de Mayo de 2008). *Maternidad Subrogada*. Obtenido de www.diputado.gob.mx/ceedia/sia/spe/SPF-ISS-14-08.PDF
3. Badilla, A. E. (2019). *El dercho a constitución y la proteccion de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Obtenido de Corteidh.or: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a22086.pdf>
4. Bagnarello, F. (2009). Fertilización In Vitro: conceptualizaciones . *Reproducción Artificial*, 213.
5. Bellver Capella, V. (2017). Tomarse en Serio la Maternidad Subrogada Altruista. En *Cuadernos de Bioética XXVIII*.
6. Calero, J., & Santana, F. (2006). La infertilidad como evento de frustración personal. Reflexiones de un grupo de varones de parejas infértiles. *Revista Cubana de Endocrinología*, 18-19.
7. Canessa, R. (2011). *La Filiación en la reproducción humana asistida*. Obtenido de [hp://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1487/1/canessa_vr.pdf](http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1487/1/canessa_vr.pdf)
8. Corral, H. (2005). *Derecho y Derechos de la Familia*. Lima: Grijley.
9. Cubillos, J. M. (2013). Técnica de Reproducción Asistida. Mendoza : Universidad Nacional de Cuyo. Obtenido de https://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/5218/cubillosjuanmanuel.pdf
10. D.L N°27337. (21 de Julio de 2000). *Código de los Niños y Adolescentes*. Obtenido de <https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/nuevo-codigo-ninos-adolescentes.pdf>
11. Dávila, Z. M. (Julio de 2013). *La Fecundación in Vitro: el derecho del embrion frente al derecho reproductor, un anáilis comparativo entre la situacion actual de Costa Rica*. Obtenido de Repositorio de la Universidad de Costa Rica: <http://repositorio.sibdi.ucr.ac.cr:8080/jspui/bitstream/123456789/1954/1/35247.pdf>
12. De la Puente y Lavalle, M. (2007). *El Contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil* (I ed., Vol. I). LIMA, PERÚ: PALESTRA.
13. Diario Perú 21. (2012). Diario Perú21.PE. Obtenido de [hp://peru21.pe/2012/01/27/actualidad/piden-al-congreso-disenar-marco-legal-sobrevientres-alquiler-2009325](http://peru21.pe/2012/01/27/actualidad/piden-al-congreso-disenar-marco-legal-sobrevientres-alquiler-2009325)



14. Emaldi, A. (2018). La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica. En *Debate: Cuestiones abiertas sobre la gestación subrogada* (pág. 23). España: Sistema universitario Vasco.
15. Gamboa, G. A. (2016). *Las Técnicas de Reproducción Asistida*. Medellín: Escritos.
16. Genetico, B. d. (1997). *Bases de Derecho Genético*. Lima.
17. Gutierrez, W. (2010). *Código Civil comentado*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
18. Hernández, A. (19 de Enero de 2018). Derecho al libre desarrollo de la personalidad. *LA JORNADA*, pág. 1. Recuperado el 15 de SETIEMBRE de 2019, de <https://www.jornada.com.mx/2018/01/19/politica/017a2pol>
19. Jimenez, D. (2010). *Legalización de la contratación de alquiler de vientre con subrogación materna en el Perú*. Chimbote: IN CRESCENDO.
20. Ley N° 26842. (09 de Julio de 1997). *Ley General de Salud*. Obtenido de <http://www.essalud.gob.pe/transparencia/pdf/publicacion/ley26842.pdf>
21. Mayer, E. (1980). *Repensando más allá de la familia nuclear. En parentesco y matrimonio en los Andes*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
22. Mendoza, H. (2005). La inseminación artificial en humanos. Una encrucijada para la filiación. (U. A. León, Ed.) *Perspectivas Sociales*, 7(2), 3. Recuperado el 03 de Mayo de 2020, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=12994>
23. Mir, L. (2010). La Maternidad Intervenida. *Redbioetica*, 174.
24. Moran de Vicenzi, C. (2005). *El Concepto de Filiación en la Fecundación Artificial*. Lima: ARA.
25. Oliva, E., & Villa, V. (Enero-Junio de 2014). Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización. *Justicia Juris*, 10(1), 12.
26. Páez, G. (2012). Distintas Posturas sobre la Valoración Ética de la Inseminación. *Pers. Bioét*, 16(2), 138.
27. Pérez, F. (07 de Agosto de 2015). La protección a la familia a través del cumplimiento de los derechos y deberes familiares. *Revista de Derecho*.
28. Piña Sempertegui, C. C. (Diciembre de 2018). *Implicancias jurídicas de la Maternidad Subrogada: propuesta normativa sobre subrogación gestacional altruista*. Obtenido de <http://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/UNPRG/3282/BC-TES-TMP-2091.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
29. Real Academia Española. (2020). Real Academia Española. *Definición de Imposibilidad*. España.



30. Roca, E. (1999). El derecho a contraer matrimonio y la regulación de las parejas de hecho. En *puntos capitales de derecho de familia en su dimension internacional* (pág. 150). Madrid.
31. Rodriguez López, B. (2011). Qué Hijos Tener. Libertad Procreativa, Autonomía Parental y Principio Del Daño. *Revista Iberoamericana de Estudios Utilitarista*, 127-151.
32. Sampieri, H. (2018). *Metodología de la Investigación*. México: Mc Graw Hill.
33. Santamaría, S. L. (2000). Técnicas de Reproducción Asistida. Aspectos Bioeticos. *Aspectos Bioeticos de las Técnicas de Reproducción Asistida*, 1, 37-47. Obtenido de <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>
34. Segi Guillot, R. (Julio de 2008). *La maternidad portadora, susutituo, subrogada o de encargo*. Obtenido de e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:bfd-1994-7f4d6c07&dSID=pdf
35. Sociedad Española de Fertilidad. (2011). *Saber más sobre Fertilidad y Reproducción Asistida*. Madrid: Sparafucile/MAshica.
36. Trevizo, A. V. (2018). Autonomía reproductiva y maternidad tardía: una reflexión bioética. *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, 51-62.
37. VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. (1997). *Derecho y manipulación genética*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial.
38. Varsi Rospligiosi, E. (1997). *Derecho y manipulación genética*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial.
39. Varsi Rospligiosi, E. (2001). Derecho Genético. En E. V. Rospligiosi. Lima: Grijley.
40. Varsi Rospligiosi, E. (2011). *Tratado de derecho de familia* (Primera ed.). Lima: Gaceta Juridica.
41. Villamarín, C. (2014). *La maternidad subroghada en el Perú : ¿Problema o solución?* Perú.
42. Villarán, L. F. (2016). *La Constitución Peruana Comentada*. Lima: Servicios Gráficos JMD S.R.L.
43. Yañez Morales, A. C. (2013). Obtenido de dspace:
<http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/133/1/UDLA-EC-TAB-2013-30.pdf>



ANEXOS



ARGUMENTOS JURÍDICOS - SOCIALES Y LA NECESIDAD DE REGULAR LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO”

PREGUNTAS	OBJETIVO	HIPÓTESIS DEL TRABAJO	CATEGORÍAS DE ESTUDIO	MÉTODO	TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN
<p><i>Pregunta general</i></p> <p>1. ¿Cuáles son los argumentos jurídicos - sociales que hacen necesarios la regulación de la maternidad subrogada en el Código Civil Peruano?</p> <p><i>Preguntas específicas</i></p> <p>1. ¿Cuáles son los argumentos jurídicos que hacen necesarios la regulación de la maternidad subrogada en el Código Civil Peruano?</p> <p>2. ¿Cuáles son los argumentos sociales que hacen necesarios la regulación de la maternidad subrogada en el Código Civil Peruano?</p>	<p><i>Objetivo general</i></p> <p>1. Conocer los argumentos jurídicos - sociales que hacen necesarios la regulación de la maternidad subrogada en el Código Civil Peruano.</p> <p><i>Objetivos Específicos</i></p> <p>1. Determinar los argumentos jurídicos que hacen necesarios la regulación de la maternidad subrogada en el código civil peruano.</p> <p>2. Determinar los argumentos sociales que hacen necesarios la regulación de la maternidad subrogada en el código civil peruano.</p>	<p><i>Hipótesis general</i></p> <p>1. Los argumentos jurídicos - sociales son necesarios para la regulación de la maternidad subrogada en el Código Civil Peruano.</p> <p><i>Hipótesis Específicos</i></p> <p>1. Los argumentos jurídicos son:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Principio a constituir una familia - Derecho al libre desarrollo de personalidad. - Derecho a la voluntad Procreacional <p>2. Los argumentos sociales son:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Autorrealización familiar. - Incremento de infertilidad y esterilidad en las parejas. - Incertidumbre de la entrega del recién nacido, de la mujer gestante a la madre de intención. 	<p><i>1° Categoría de Estudio:</i></p> <p>Argumentos jurídicos para regular la maternidad subrogada en el Código Civil Peruano.</p> <p><i>Subcategorías de Estudio</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Principio a constituir una familia. - Principio a la protección familiar - Derecho al libre desarrollo de personalidad. - Derecho a la voluntad procreacional. <p><i>2° Categoría de Estudio:</i></p> <p>Argumentos sociales para regular la maternidad subrogada en el Código Civil Peruano.</p> <p><i>Subcategorías de Estudio</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Autorrealización familiar. - Incremento de infertilidad y esterilidad en las parejas. - Incertidumbre de la entrega del recién nacido, de la mujer gestante a la madre de intención. <p><i>3° Categoría de Estudio:</i></p> <p>Maternidad subrogada</p> <ul style="list-style-type: none"> - Contenido y alcances de la maternidad subrogada. - Naturaleza jurídica 	<p><i>Enfoque</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Cualitativo <p><i>Nivel</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Básica-Descriptiva <p><i>Tipo</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Jurídico-Dogmático Propositivo 	<p><i>Técnica</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Análisis e interpretación de casos emblemáticos a nivel nacional e internacional. - Entrevista a jueces, abogados, psicólogos y madre de intención.



FICHA DE ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE CASOS EMBLEMÁTICOS A NIVEL NACIONAL

Nº DE EXPEDIENTE	PARTES PROCESALES	MATERIA	JUZGADO DE ORIGEN	JUZGADO ACTUAL	INSTANCIA
	DEMANDANTE:				
	DEMANDADO:				
FUNDAMENTOS DE HECHO		FUNDAMENTOS DE DERECHO		ANÁLISIS	
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....



ENTREVISTAS A JUECES EN FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CUSCO

JUEZ:

1. Sr. Juez, ¿conoce sobre la maternidad subrogada?

SI () NO ()

¿Cómo definiría la maternidad subrogada?

.....
.....
.....
.....

2. Sr. Juez, ¿considera que la maternidad subrogada debería ser regulada dentro del Código Civil Peruano?

SI () NO ()

¿Por qué?

.....
.....
.....
.....

3. Sr. Juez, ¿cree que deberían existir parámetros según sus máximas de experiencia para regular la maternidad subrogada?

SI () NO ()

¿cuáles deberían?

.....
.....
.....
.....

4. Sr. Juez, ¿considera que la falta de regulación de la maternidad subrogada genera vulnerabilidad de los derechos de los padres imposibilitados a constituir una familia?

SI () NO ()

¿Por qué?

.....
.....
.....
.....

5. Sr. Juez, ¿considera usted que la falta de regulación de la maternidad subrogada es una limitante para garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la voluntad procreacional de los padres imposibilitados?

SI () NO ()

¿Por qué?

.....
.....
.....
.....



teniendo en cuenta los factores morales y sociales?

7. SI () NO ()

¿Por qué?

.....
.....
.....
.....

8. Sr. Juez, durante toda la práctica como magistrado, ¿ha tenido conocimiento de algún proceso vinculado a la maternidad subrogada?

SI () NO ()

¿Cuántos casos conoce?

.....
.....
.....
.....



ENTREVISTAS A ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN MATERIA CIVIL- FAMILIA

ABOGADO(A):

7. Abogado(a), ¿tiene conocimiento sobre la maternidad subrogada?

SI () NO ()

¿Cómo lo definiría?

.....
.....
.....
.....

8. Abogado(a), ¿considera que la maternidad subrogada debería ser regulada dentro del Código Civil Peruano?

SI () NO ()

¿Por qué?

.....
.....
.....
.....

9. Abogado(a), ¿cree que deberían existir parámetros para regular la maternidad subrogada?

SI () NO ()

¿Cuáles deberían ser estos?

.....
.....
.....
.....

10. Abogado(a), ¿considera que la falta de regulación de la maternidad subrogada genera vulnerabilidad de los derechos de los padres imposibilitados a constituir una familia?

SI () NO ()

¿Por qué?

.....
.....
.....
.....

11. Abogado(a), ¿considera usted que la falta de regulación de la maternidad subrogada es una limitante para garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la voluntad procreacional de los padres imposibilitados?

SI () NO ()

¿Por qué?

.....
.....



12. Abogado(a), ¿considera a la maternidad subrogada como una práctica hacedera dentro de la sociedad peruana, teniendo en cuenta los factores morales y sociales?

SI () NO ()

¿Por qué?

.....
.....
.....
.....

13. Abogado(a), durante su trayectoria como abogado, ¿ha tenido conocimiento de algún proceso vinculado a la maternidad subrogada?

SI () NO ()

¿Cuántos casos?

.....
.....
.....
.....



ENTREVISTAS A PSICOLOGOS

PSICOLOGO:

1. Licenciado(a), ¿tiene conocimiento sobre la maternidad subrogada?

SI () NO ()

2. Licenciado(a), ¿existe un grado de afectación psicológica de una pareja al no poder tener hijos?

SI () NO ()

¿Por qué?

.....
.....
.....
.....

3. Licenciado(a), ¿Cree usted que una pareja al no poder tener hijos, podría afectar a su libre desarrollo de la personalidad?

SI () NO ()

¿Por qué?

.....
.....
.....
.....

4. Licenciado(a), durante su experiencia, ¿ha tenido casos de personas que se han visto afectado(a) por no poder tener hijos?

5. SI () NO ()

¿Cuántos casos?

.....
.....
.....
.....

6. Licenciado(a), ¿Cree usted que debería regularse la maternidad subrogada en el Perú?

SI () NO ()

¿Por qué?

.....
.....
.....
.....



ENTREVISTAS A MADRES DE INTENCIÓN

SEÑORAS:

1. ¿Alguna vez a escuchado hablar sobre la maternidad subrogada o vientre de alquiler?
SI () NO ()
2. Diga usted, ¿ha tenido algún problema de esterilidad o infertilidad?
SI () NO ()
3. ¿Conoce a más parejas o personas casadas que tengan problemas de esterilidad o infertilidad para poder tener hijos?
SI () NO ()
4. En algún momento, cuando Ud. tenía la intención de convertirse en madre, ¿le propusieron realizar la maternidad subrogada o vientre de alquiler?
SI () NO ()
5. ¿Conoce usted a alguien dentro de su entorno social que haya practicado esta técnica de reproducción asistida (Fecundación In Vitro o Inseminación Artificial)?
SI () NO ()
6. Si es así, ¿usted sabe si los padres de intención han llegado a tener incertidumbre sobre la entrega del recién nacido por parte de la mujer gestante?
SI () NO ()
7. Diga Ud., ¿alguna vez se ha sentido desamparada por el estado ante la falta de empatía para poder solucionar su dificultad para poder tener una familia?
SI () NO ()
8. ¿Cree usted que la falta de regulación de maternidad subrogada en el Perú a afectado a su derecho de poder constituir una familia?
SI () NO ()
9. ¿Considera Ud. que debería regularse la maternidad subrogada?
SI () NO ()



DE EXPEDIENTE	RTES PROCESALES	MATERIA	PAÍS/CIUDAD	JUZGADO	INSTANCIA
6374-2016	MANDANTE: Francisco David Nieves Reyes y otros	Proceso de Amparo	Lima- Perú	Juzgado Especializado en lo Constitucional	
	MANDADO: RENIEC			AÑO	
				2016	
FUNDAMENTOS DE HECHO		FUNDAMENTOS DE DERECHO		ANÁLISIS	
<p>1. Que, los Srs. Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau llevan casados desde el 21 de enero de 2005. Desde entonces han tratado de concebir un hijo; sin embargo, para la Sra. Ballesteros ha sido imposible quedar embarazada. Por lo que, decidieron junto con su esposo recurrir al TERAs de útero de subrogación.</p> <p>2. Para ello, procedieron a realizar la fecundación in vitro, con el ovulo de una donante anónima. Es así, que con el consentimiento de los Sres. Fausto César Lázaro y Evelyn Betzabé Rojas Urco, (pareja de esposos), y mediante un acuerdo privado realizar la maternidad subrogada con la Sra. Rojas.</p> <p>3. Es el 19 de noviembre de 2015, donde nacen los menores de iniciales L.N.N.R. y C.D.N.R., producto de la fecundación In Vitro. Los menores</p>		<p>Se estiman excepciones deducidas</p> <ol style="list-style-type: none"> <i>Excepción de falta de representación.</i> <i>Excepción de falta de agotamiento de la vía previa</i> Del análisis constitucional del caso. Derechos fundamentales a la salud reproductiva. <p>Conforme al art. 7° de la Constitución Política del Perú y a lo establecido por el Comité de Naciones Unidas – ONU, se concluye que el derecho de disfrute de la salud, no solo se ven referidos a la ausencia de afecciones y enfermedades y a la atención médica, sino también a la atención de la salud sexual y reproductiva.</p> <p>7. Esto significa que toda persona que padeciera de algún problema de salud sexual tiene derecho a tomar los tratamientos adecuados y tomar acciones que le permitan solucionar su problema.</p>		<p>Del análisis de los fundamentos de derecho se puede apreciar:</p> <p>Se considera como derecho fundamental a la salud reproductiva, ya que es necesaria para la aplicación de la maternidad subrogada, puesto que su afán no solo abarca a los supuestos de enfermedad o atención médica, sino también implica a la salud sexual y reproductiva.</p> <p>Por otra parte, la aplicación de la maternidad subrogada no se encuentra regulada expresamente en los marcos normativos nacionales. Lo que permite su aplicación, ya que como lo establece la presente corte, no existe la prohibición de esta.</p> <p>Así también, que para optar por una decisión debe considerarse el Interés Superior del Niño, puesto que sobre él se versa el derecho a su identidad como a su bienestar general. Es por ello, que la inscripción de los menores en este caso debe ser dado a los (...)</p>	



Sra. Rojas y el Sr. Nieves.

4. Seguido a ello, el Sr. Nieves inicio dos procedimientos, solicitando se declare padre de los menores, procediéndose al respectivo reconocimiento. Por otra parte, la Sra. Ballesteros solicitó se declare madre de los menores, procediéndose a la rectificación.
5. No obstante, la RENIEC declaró IMPROCEDENTE ambas solicitudes a través de las Resoluciones Registrales N° 299-2016 y N° 300-2016.
6. Ambos matrimonios solicitan se reconozca la paternidad y maternidad de los esposos Nieves- Ballesteros.

sexual y reproductiva es indivisible e interdependiente respecto de otros derechos humanos, fundamentando la integridad física y mental de las personas como su autonomía (derecho a la vida, libertad, seguridad, privacidad, respeto por la familia, no discriminación e igualdad).

9. Regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida en el ordenamiento peruano.
10. La corte, menciona que la defensa del Estado ha deslizado la idea de que la llamada maternidad subrogada estaría prohibida en el Perú (art. 7° - Ley General de Salud).
11. Según una interpretación contrario sensu del art. 7° de la Ley General de Salud, hace viable las TERAs, ya no existe una clara y expresa prohibición de celebrar contratos de acuerdos de maternidad o aplicar TERAs, ya que estas se entiende como ejercicio legítimo de los derechos a la salud reproductiva y otros vinculados.
12. Es por ello, que a la Corte no le queda dudas que al tratarse de un supuesto no regulado, ni menos prohibido en el sistema jurídico peruano, es perfectamente válido.
13. Derecho a fundar una familia como manifestación al libre desarrollo de la personalidad.
14. El uso de las TERAs no es un mecanismo prohibido por ley de reproducción, por lo que es un método permitido por el orden constitucional. En ese sentido un contrato de subrogación de útero es válido.
15. La aplicación de TERAs, coadyuva al ejercicio del derecho a formar una familia, ya

maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida con la finalidad de que las mujeres puedan acceder al derecho de ser madres-

Es en ese sentido, por el derecho a la salud reproductiva, libre desarrollo de la personalidad y fundar una familia, se declara FUNDADA la demanda de amparo interpuesta por los Sres. Nieves -Ballesteros, anulando las Resoluciones Registrales y ORDENANDO a RENIEC emitir nuevas partidas de nacimiento de los menores L.N.N.R. y C.D.N.R.



una rama.

16. Derecho a la familia y/o protección familiar.
17. Este derecho constituye una garantía iusfundamental prevista en todos los marcos normativos nacionales como internacionales.
18. Debe entenderse a el derecho como familia, como una institución natural, a merced de los nuevos contextos sociales (familia ensamblada).
19. Interés superior del niño.
 - Para el presente caso, se debe tener en cuenta que los Sres. Nieves-Ballesteros tuvieron la voluntad procreacional para tener hijos, a diferencia de la madre sustituta. Además, desde el comienzo de la gestación hasta ahora, a tenido la voluntad de entregar a los menores a la Sra. Ballesteros.
 - Actualmente, la Sra. Ballesteros tiene bajo su guarda a los menores y ejerce los cuidados y atributos de una atentica madre.
 - La presente corte, tiene presente que sus argumentos deben estar sustentados en el Interés Superior del niño.
 - En ese orden, corresponde un inmediato mandato para que se tutele el derecho de identidad de los menores (inc. 1, art. 2° de la Constitución Política del Perú)



563-2011	MANDANTE: Zenaida Castro Muñoz	casación – Demanda de opción por excepción incoada.	Lima- Perú	Sala Civil Permanente	Corte Suprema de Justicia
	MANDADO: —			AÑO	
				2011	
FUNDAMENTOS DE HECHO		FUNDAMENTOS DE DERECHO		ANÁLISIS	
<p>1. Que, Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone, interponen demanda de adopción civil por excepción de la menor V.P.C., nacida el 26 de diciembre de 2006; arguyendo que la niña es hija de Paul Krank Palomino Cordero, quien a su vez es hijo de José Palomino Quicaño, hermano de la co demandante Dina Felicita Palomino.</p> <p>2. Que, Zenaida Castro Muñoz presentó recurso de casación contra la sentencia de vista que declara fundada la demanda de adopción por excepción incoada, declarando a la menor V.P.C. como hija de Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovani Sansone.</p> <p>3. Que, el 06 de julio del 2011 se declaró procedente el recurso de casación presentado por la demandante.</p>		<p><i>1. De la adopción</i> Es aquella institución en el cual el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea. Para la aplicabilidad de la excepción incoada, se requiere adicionalmente que exista un parentesco de hasta el cuarto grado de consanguinidad segundo de afinidad con el niño o adolescente. Así también, debe existir un estado de abandono</p> <p><i>2. Infracción normativa sustantiva del art. 115° del Código de los Niños y Adolescentes.</i> Precisando que no procede la adopción, ya que el padre biológico de la menor en Giovanni Sansone, por lo que no procede la figura de adopción entre padres biológicos.</p>		<p>Del análisis de los fundamentos de derecho se puede apreciar:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Que, respecto a la infracción de la norma sustantiva del Código del Niño y adolescente, debe precisarse que existe un conflicto de derechos fundamentales, tanto como el de los padres de intención como del menor, y que sobre ello primará el Interés Superior del Niño. - Que, se aplicó la maternidad subrogada con un trasfondo económico por parte de la demandante y su pareja, y que a pesar de que aceptaran concebir al hijo de los demandados en la casación, tuvieron la intención de quedarse con el recién nacido a sabiendas de la voluntad y deseo de los padres de intención. - Que, de la adopción por excepción incoada existente requisitos como las de solvencia moral y económica, diferencia de edad entre adoptantes y adoptado, en la que mínimamente sea 18 años, consentimiento del cónyuge (si se diera el caso de que se encuentren casados), consentimiento de los padres consanguíneos (si el menor a adoptar aun estuviera bajo su patria potestad). - Ante el presente caso, se debe primar el interés superior del niño, puesto que el menor 	



sobre la prevalencia de la patria potestad de los padres biológicos, ya que estos han demostrado en todo el proceso de adopción, presentados por los padres de intención, actuando bajo la preminencia del factor económico, dejando de lado primigeniamente el bienestar del menor, su protección integral, desarrollo y calidad o nivel de vida adecuado.

- Esta casación es un precedente de la maternidad subrogada en el Perú, donde se predomina en primer lugar el bienestar del menor como fin supremo del estado.



DE EXPEDIENTE	RTES PROCESALES	MATERIA	PAÍS/CIUDAD	JUZGADO	INSTANCIA
38316-2012	DEMANDANTE: J.L.D.G. y M.S.M.	Inscripción de Nacimiento	Buenos Aires - Argentina	Nacional de 1ra Instancia Civil N° 86	1ra instancia
	DEMANDADO: —			AÑO	
				2012	
FUNDAMENTOS DE HECHO		FUNDAMENTOS DE DERECHO		ANÁLISIS	
<p>20. Que, los señores de iniciales J.L.D.G y M.S.M. contrajeron matrimonio en noviembre de 2006, y desde entonces estuvieron en la búsqueda de concebir un hijo.</p> <p>21. Durante ese tiempo, la esposa cursó dos embarazos riesgosos que no llegaron a concebir. En el año 2010, durante su segundo embarazo, y por la gravedad de la situación, se procedió a extirparle el útero; haciendo nula toda posibilidad de poder concebir un hijo.</p> <p>22. Ante tal circunstancia, la única posibilidad de poder tener un hijo sería mediante la adopción o la subrogación de vientre. Por lo que, la pareja empezó a realizar paralelamente los dos procesos.</p> <p>23. Que, la señora de iniciales C.R.C, amiga y masajista de la esposa, al ver la frustración de la pareja, se ofreció a gestar a su hijo.</p> <p>24. Que, mediante la Fertilización In Vitro, se logró un embrión; que</p>		<p>1. <i>Atribución de la maternidad en el derecho argentino y la inscripción del nacimiento.</i> Conforme a las disposiciones del Código Civil (art. 242°) y la ley 24540, establece que la maternidad, aun si reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido.</p> <p>La determinación de la maternidad jurídica resulta directa y coincide con la maternidad biológica.</p> <p>2. <i>Las técnicas de reproducción humana asistida y la gestación por sustitución.</i></p> <p>2.1. Dentro de la legislación Argentina, no inhabilita ni prohíbe la aplicación de técnicas de reproducción asistida.</p> <p>La aplicación de las TERAS, dentro de la llamada fecundación homologa, habilitan paternidades maternidades inconcebibles, en caso de esterilidad.</p> <p>Que, en esta circunstancia se ha aportado material genético, el que ha sido implantado en un vientre que no era el de quien reclama la</p>		<p>1. Respecto a los fundamentos de hecho, se presenta el infortunio de una pareja de esposos que no pueden tener un hijo, debido a los problemas de infertilidad que poseía la Sra. de iniciales M.S.M. Que, ante los intentos de ser madre, llegó a perder el útero, negando toda posibilidad de poder tener un hijo.</p> <p>Ante esta situación, la pareja de esposos y con ayuda de una amiga, logran realizar la gestación por sustitución. Que, el fondo del proceso es establecer el vínculo de los padres de intención con la recién nacida, y así poder consignarlos como tales dentro de la partida de nacimiento de la menor.</p> <p>2. Respecto a los fundamentos de derecho, se consigna en un primer punto sobre la maternidad en el derecho y la inscripción del nacimiento, dando por conclusión que indubitablemente existe una relación directa entre estos términos, puesto que con el nacimiento de ser humano se determina la relación de madre y la identidad del nacido.</p> <p>Sin embargo, esta relación solo representa una maternidad genética, puesto que, por la aplicación de la gestación por sustitución, el termino de</p>	



<p>Sra. C. El 19 de abril de 2012 nace una niña como producto de la técnica de reproducción asistida.</p> <p>25. Que, la Sra. C. realizó este acto de manera altruista, y que todos los gastos de gestación y parto fueron cubiertos por los padres de intención.</p>	<p>sustitución.</p> <p>La gestación por sustitución implica comprender la disociación de los distintos conceptos de: maternidad genética, gestacional y social.</p> <p>2.2. Se resalta que, para la aplicación de la maternidad subrogada, debe estar fundamentada en la voluntad procreacional.</p> <p>La voluntad procreacional, debe ser entendida como el deseo o intención de crear vida, derecho que merece protección del ordenamiento jurídico al tutelar a la persona en su libre decisión de tener un hijo.</p> <p>Al aplicar la voluntad procreacional, se asume tanto los derechos y obligación es emergentes de la relación paterno filial (típica fuente de creación del vínculo), siendo en este caso una construcción de vínculos basados en la “socioafectividad”.</p> <p>Ante el vacío legal que presume la legislación argentina, las condiciones de realidad biológica, las circunstancias de la madre gestante y de intención, se accede a la demanda.</p> <p>2.3. Que la aplicación de este proceso debe versarse sobre el interés superior del niño, teniendo el respaldo de la Convención sobre los Derechos del Niño y el CIDH; manifiesta que el interés superior del niño es indeterminado, por lo que, su existencia se da por haber recurrido a la gestación por sustitución por voluntad de una o dos personas, que no pudiendo hacerlo por</p>	<p>que tuvieron la voluntad de poder tener un hijo.</p> <p>Es así, que la voluntad procreacional en este proceso, es un eje fundamental para la aplicación de la maternidad subrogada. Esta debe contener tres puntos principales, siendo estas la voluntad de la unión sexual, voluntad procreacional y responsabilidad procreacional.</p> <p>En este escenario, tal cual surgen los hechos presentados, la pareja de esposos desean tener un hijo, lo que implica la voluntad de la unión sexual; la Sra. C.R.C. y amiga de los esposos por voluntad propia acepta realizar la gestación por sustitución, lo que corrobora la existencia de la voluntad procreacional; y por último, la pareja de esposos acepta la responsabilidad de todo el proceso de gestación (antes, durante y después).</p> <p>Así también, en este proceso se toma en consideración todas las medidas concernientes a los niños, puesto que se establece el interés superior del niño, basándose en la dignidad del ser humano, propiciando el pleno desarrollo y sus potencialidades. (...)</p> <p>Acorde, a la voluntad procreacional, al interés superior del niño, y ante la falta de regulación de la maternidad subrogada y a relación filial que genera esta; se concluye que, el niño no existiría si no se hubiese realizado la gestación por sustitución, que su existencia se debe ante la voluntad y deseo ferviente de los padres de intención, que los mismo aceptan las responsabilidad que conllevan el ser padres.</p> <p>Por estas razones, el Magistrado ha aceptado la demanda interpuesta, procediendo a inscribir el nacimiento de la niña de iniciales B.M.D.G.M.,</p>
---	--	--



dificultades de todo tipo.

a los señores de iniciales J.L.D.G y M.S.M.



3447358	DEMANDANTE: R.L.S. y H.M.L.M.	Homologación	Córdoba/ Argentina	Juzgado de Familia	Ira instancia
	DEMANDADO: _____			AÑO	
				2017	
FUNDAMENTOS DE HECHO		FUNDAMENTOS DE DERECHO		ANÁLISIS	
<p>1. Que, la Sra. L.S.R. y el Sr. H.M.L.M., se encuentran casados desde hace más de 4 años, y que siempre han tenido el deseo de poder formar una familia (tener hijos).</p> <p>2. Ante el intento de ser madre, la Sra. L. quedó embarazada; sin embargo, dicho proceso tuvo que ser interrumpido por la condición médica que presentaba (Coagulopatía de consumo), procediéndose a extirpa el útero.</p> <p>3. Años después, frente al hecho traumático que les tocó vivir, recurrieron a inscribirse para ser aspirantes de guarda con fines de adopción en el año 2013, la cual se fue ampliando hasta el año 2016 sin tener ninguna respuesta por parte de la institución.</p> <p>4. Posterior a ello, la pareja de esposos tuvo conocimiento de una técnica de reproducción asistida, la cual fue evaluada y conversada con su familia. Es así, que la Sra. C.L.G (cuñada), se ofreció a ser gestante sustituta y de tal modo a cuidar al futuro hijo por los 9 meses de gestación.</p>		<p>1. <i>Principio de Reserva:</i> Que la aplicación de la maternidad subrogada carece de una regulación legislativa, lo que no hace prohibitiva esta práctica. Este refleja, que al no existir una prohibición legal expresa, resulta factible llegar a efectivizarse, debido a que se ven implicados derechos fundamentales que sustentan la maternidad subrogada.</p> <p>2. <i>Principio de Autonomía de la Voluntad:</i> Que, la manifestación de voluntad de para entablar relaciones jurídicas es un derecho propio de la persona. Se deduce, que la pretensión de homologar un acuerdo en el que cada parte asume sus obligaciones en el proceso de gestación por sustitución es dable dentro su ordenamiento jurídico ya que no exceden los límites del sistema.</p> <p>3. <i>Voluntad Procreacional:</i> Para el nacimiento de un ser humano, necesariamente debe existir la decisión de que nazca. En el proceso de gestación por sustitución, deberá comprenderse que esta voluntad no es la de la madre del nacido, ni</p>		<p>Del análisis de los fundamentos de derecho se puede apreciar:</p> <p>1. Que la maternidad subrogada o gestación por sustitución debe ser considerada como una práctica diferente a la tradicional sustentada desde dos perspectivas: legal y médica. Desde un punto legal, debe consignarse que la aplicación de esta técnica se fundamenta en la voluntad procreacional que poseen los padres de intención para poder tener un hijo. Desde el punto médico, pretende la diligencia de esta es viable, ya que la practica mediante relaciones sexuales no es dable.</p> <p>2. Que, la maternidad subrogada no presenta una legislación propia para su aplicación, y por ende tampoco regula la filiación en estos casos. Sin embargo, se debe precisar que no existe norma alguna que prohíba la práctica de esta, por lo tanto, no se impide la realización de la misma.</p> <p>3. Que, no todo acuerdo entre las partes debe ser tenido como válido, ya que existen intereses y derechos de los involucrados: los comitentes, gestante y niño por nacer. En ese sentido, se propone que el estado sea el</p>	



sustitución se realice un acuerdo de voluntades entre las partes (padres de intención, gestante sustituta y esposo de gestante sustituta) para iniciar el proceso de gestación. Que, en dicho proceso se utilizarían los gametos de los padres intencionales, y serían implantados en el útero de la gestante sustituta.

6. Es así, que los padres de intención presentan una solicitud al juzgado para realizar la homologación del acuerdo celebrado entre las partes y realizar la maternidad subrogada, y consecuentemente, inscribir al recién nacido como su hijo, deslizando toda relación con la gestante de sustitución.

voluntariamente ha querido y ha asumido la paternidad.

Esta voluntad será sostenida por el amor filial, como un acto volitivo, decisional y autónomo.

4. *Interés Superior del Niño:*

La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores.

Se entiende que, los derechos del niño y el interés superior del mismo, en el presente caso, se disponga subsidiariamente que el menor producto de una técnica de reproducción asistida, se inscriba a nombre de los padres de intención, ya que se ampara en la voluntad procreacional y garantizando las necesidades del menor.

5. *Derecho de Identidad*

La trascendencia de conocer la identidad de toda persona es considerada como un derecho no enumerado. La doctrina establece que todo individuo es único e irrepetible y por ello posee un derecho personalísimo a la identidad, ya que esta contribuye a la construcción de su personalidad.

6. *De la maternidad subrogada:*

Si bien es cierto, la gestación por sustitución puede generar efectos diversos acuerdos previsto por las partes.

En el presente caso se manifiesta un acto altruista realizado por la Sra. C, al ser un

resolviendo la factibilidad de la práctica y lo relativo a sus consecuencia y efectos.

4. Que, esta práctica se encuentra bajo el amparo del derecho a formar una familia, a la salud (salud reproductiva) y al igualdad y no discriminación de acceder a las técnicas de reproducción asistida.

Es en razón a ello, que le magistrado resuelve homologar el acuerdo celebrado por las partes y autorizar a realizar la gestación por sustitución. Que el nacido sea inscrito como hijo de los padres de intención, que la gestante no tenga ningún vínculo jurídico con el nacido y que en caso de que llegue a nacer, se le haga de conocimiento al niño de su historia gestacional.



todo beneficio economico.



Disponibilidad/ Reservado	DEMANDANTE: Padre de intención (Reservado)	Impugnación y Reclamación de Maternidad	Santiago/Chile	Segundo Juzgado de Familia	1ra Instancia
	MANDADO: _____			AÑO	
				2018	
FUNDAMENTOS DE HECHO		FUNDAMENTOS DE DERECHO		ANÁLISIS	
<p>1. Que, doña “x” y su pareja conviven desde hace varios años, pensando siempre en poder formar una familia.</p> <p>2. Que, doña “x” intento quedar embarazada en dos oportunidades, siendo la segunda la más trágica, ya que falleció el recién nacido y perdió el útero ante la gravedad del embarazo.</p> <p>3. Que, ante la imposibilidad de quedar embarazada, la pareja buscó nuevos métodos de reproducción asistida. Es así, que la madre de la mujer se ofreció voluntariamente para realizarle la fecundación in vitro (anidar cinco óvulos fecundados con el esperma de su pareja). Producto de esta técnica de reproducción, se llegó a dar a luz a dos niñas.</p> <p>4. Que, ambas niñas fueron inscritas como hijas legales de la madre gestante y la madre de intención. Por la falta de regulación de estos casos, la abuela de las niñas es su madre legal y la madre de intención es su hermana legal.</p> <p>5. Que, es preciso aclarar que el padre de intención si vendría a ser el padre legal</p>		<p>1. Que, en el país no se encuentra legislado en forma integral sobre las técnicas de reproducción asistida; salvo lo establecido en el art. 182° del Código Civil, que precisa que los padres del hijo concebido son aquellos que se sometieron a las TERAS, agregando que no se podrá impugnar la filiación.</p> <p>Lo que, genera incertidumbre a los padres de intención, vulnerando los derechos a procrear y el derecho a la identidad del recién nacido.</p> <p>2. <i>Derecho a Procrear</i> Que, el derecho a procrear es una manifestación del derecho a formar una familia, estas sustentadas por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de San José. Bajo este sustento, tanto varones como mujeres imposibilitados a procrear, en virtud del derecho de igualdad y libertad, podrían acceder a las TERAS (maternidad subrogada).</p>		<p>Del análisis de los fundamentos de derecho se puede valorar lo siguiente:</p> <p>1. Que al igual que la mayoría de los países latinoamericanos, no existe una regulación exhaustiva sobre las técnicas de reproducción asistida - maternidad subrogada, lo que lleva a que en muchos casos se inicie procesos de esta envergadura.</p> <p>2. Esta deficiencia legislativa, genera vulnerabilidad tanto en los derechos de los padres de intención (derecho a procrear) como a los nacidos bajo esta técnica (derecho a identidad)</p> <p>3. A pesar de la vaga expresión legislativa en su país sobre la maternidad y la negativa para poder impugnar la paternidad de los padres de intención, asumen que esta contravendría a los convenios internacionales a los que pertenece; por lo tanto, en razón a los derechos de igualdad y libertad sería factible la aplicación de la maternidad subrogada.</p> <p>4. Ahora bien, respecto a la identidad de las menores, y por el interés superior del niño, toda aplicación que se establezca sobre ello debe realizarse por el bienestar de este. La identidad sobre su procedencia se encuentra sustentada por la verdad biológica –</p>	



esperma para su procreación; cuestión que no está siendo aplicable para la madre de intención quien fue la aportante de los óvulos.

Considerado como el derecho que tiene una persona de conocer su origen, a saber quiénes son su padres, de donde proviene. La identidad de una persona es lo que la identifica, diferencia del resto como ser único e irrepetible.

El derecho a la identidad según advierte la doctrina, se ven reflejadas en dos aspectos: estática (datos físicos de una persona) y dinámica (las relaciones sociales que la persona va generando).

Respecto a las dos menores, se acredita que se encuentran en dos situaciones, la verdad biológica – genética y la social. La demandante es genética, afectiva y socialmente madre de las menores, respecto a la madre gestante (abuela).

4. *Interés superior del niño*

La determinación del interés superior del niño se debe realizar desde las circunstancias en el que se rodea. En este caso en concreto, será reconociendo sus otros derechos. Para garantizar este derecho, se deberá tomar en cuenta la identidad de las niñas, de tal manera que el elemento dinámico de su identidad (maternidad afectiva y social de la demandante), se vea reflejada en la filiación legal de las niñas.

5. *Maternidad subrogada*

Algunos autores reflejan que el contrato de maternidad subrogada sería nulo, debido a a la ilicitud del objeto, ya que se versaría

padres de intención fueron quienes aportaron los óvulos y espermias para poder realizar la fecundación In Vitro. Social, puesto que los padres de intención desearon (autonomía de voluntad) formar una familia, y que durante el embarazo la madre de intención estuvo pendiente del proceso, finalmente cuando nacieron, fueron los padres de intención quienes las cuidaron y protegieron hasta el día de hoy.

5. La aplicabilidad de un contrato económico de maternidad subrogada es nula, debido a la ilicitud del objeto (ser humano); sin embargo, se acepta que este sea de carácter altruista ya que las razones o motivaciones para realizar este acuerdo de voluntades trasciende más allá de una cuantía económica.

Bajo esa apreciación, el segundo juzgado civil acoge la demanda por impugnación y reclamación de maternidad interpuesta, declarando a las menores como hijas de la demandante, consecuente para hacer el cambio de las partidas de nacimiento, consignando a la demandante como madre de las mismas.



embargo, esto a sido asidero para pactos onerosos, siendo el presente caso netamente altruista.



Petición 12.361 Caso – Serie C N° 257	DEMANDANTE: Artavia Murillo y otros (Fertilización In Vitro)	Responsabilidad Internacional por la prohibición general de practicar la Fecundación In Vitro.	Corte Interamericana De Derechos Humanos	Excepcional	
	DEMANDADO: Costa Rica				AÑO
					2012
FUNDAMENTOS DE HECHO		FUNDAMENTOS DE DERECHO		ANÁLISIS	
<ol style="list-style-type: none"> 1. Que, existe la aprobación del Decreto Ejecutivo N° 24029 de 03 de febrero de 1995, del ministerio de Salud, la cual autorizaba la práctica de la Fecundación In Vitro. 2. Que, el 07 de abril de 1995 se anuló este Decreto por inconstitucional. 3. Que, la petición fue presentada el 19 de enero de 2001 por nuevas parejas que asumían que la anulación de este Decreto generaba una vulneración a sus derechos. 4. Que, el 11 de marzo de 2004 se da el informe de admisibilidad de la petición presentada por Artavia Murillo y otros frente a las acciones Constitucionales de Decreto Ejecutivo N° 24029 (FIV para parejas conyugales y ejecución). 5. Que, la comisión remitió el caso a la Corte IDH el 29 de junio de 2011. 6. Que, la comisión refirió que existía violaciones de derechos a la integridad personal, libertad personal, vida privada y familiar, fundar una familia y a la igualdad y no discriminación por la prohibición del TERAS de la Fecundación In Vitro. 7. Que, el 26 de febrero de 2016 la asociación a favor de la FIV sea permitida a nivel privado y público en Costa Rica. 		<ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Alcance de los derechos a la integridad personal, libertad personal y vida privada y familiar.</i> - Conforme al art. 11° de la Convención Americana, se prohíbe toda injerencia arbitraria en la vida privada de las personas, así como la vida de las familias. Lo expresa también en el art. 7° , la libertad es entendida como la capacidad de hacer o no hacer todo lo que este lícitamente permitido, comprendida esta como un derecho básico atribuido a toda persona. - La protección del derecho a la vida privada comprende factores tales como la dignidad del individuo, como es el de desarrollar la propia personalidad y aspiraciones. La vida privada incluye el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho de relacionarse con otros seres humanos. La Corte señala que la maternidad es una parte esencial para el libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Es por ellos, que la decisión de ser madre o padre es parte del derecho privado ya sea en sentido biológico o genético. - La Corte señala que, el derecho a la vida privada esta relacionado a fundar una familia, así como el derecho a la integridad física y mental, específicamente los derechos reproductivos de las personas. - El art. 17 de la Convención Americana reconoce el papel central de la vida familiar en la existencia de una 		Del análisis de los fundamentos de derecho se puede valorar lo siguiente:	
				<ol style="list-style-type: none"> 1. Respecto el análisis sobre el alcance de los derechos a la integridad personal, libertad personal y vida privada y familiar; podemos establecer que estos son derechos que sustentan la aplicación de las TERAS-Fecundación In Vitro. Por lo que, el manejo de estas nuevas tecnologías asegura a los miembros de la sociedad a fundar una familia, permitiendo que las personas mediante su libertad de elección puedan decidir sobre la concepción de los hijos. La incorporación de la FIV, permitirá afianzar la autonomía reproductiva, mejorando la praxis de las salud reproductiva. 2. El derecho la vida privada comprende una gama amplia de derechos, siendo en este caso punto fundamental para evitar la discriminación por la libertad de elección para fundar una familia. El derecho a la integridad física y mental son otros sustentos de esta. 3. Se puede concluir que la aplicación de esta técnica de reproducción asistida y la regulación de esta dentro de un estado, permite asegurar el libre desarrollo de la personalidad de las personas, garantizando el derecho de la salud reproductiva, y el de fundar una familia. 	



y 06 de setiembre de 2012.

El mismo artículo protege a fundar una familia el cual está consagrado en diversos instrumentos internacionales, dentro de ello el Comité señala que el procrear es parte de este derecho.

- El derecho a la vida privada, comprende la autonomía reproductiva (art. 16º), y el acceso a servicios de salud reproductiva, estas para evitar cualquier forma de discriminación contra la mujer (decisión de tener hijos). Este derecho se ve vulnerado cuando se trata de controlar la fecundidad, incluyendo la decisión de convertirse en padres genéticos.
- La salud reproductiva, comprende a los derechos tanto de varones como mujeres, a la libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad.

2. *Efectos de la prohibición absoluta de la FIV.*

- La corte señala que es pertinente analizar el argumento de las Sala Constitucional para efectuar la protección absoluta del derecho a la vida el embrión y en consecuencia a ello obliga a prohibir la FIV por implicar la pérdida de embriones.

3. *Interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana*

- El Tribunal hace notar que la prueba en el expediente evidencia cómo la FIV transformó la discusión sobre cómo se entendía el fenómeno de “la concepción”. En efecto la FIV refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación.
- Según su interpretación, la protección del derecho a la vida no es absoluta, sino gradual e incremental según su desarrollo.

4. *Proporcionalidad de la medida de prohibición*

- La decisión de tener hijos biológicos a través de las TERAS, forma parte de los derechos a la integridad

vulneraciones a los arts. 5.1, 7. 11.2, 17.2 en relación con el art. 1.1º de la Convención Americana en perjuicio de Artavia Murillo y otros.

5. Así también, esta sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, genera un precedente para todos los países que son parte de esta, para poder tener una regulación más óptima sobre estas nuevas tecnologías que van surgiendo con el pasar de los años, dándole la importancia debida a estos derechos que han sido dejadas de lado.

De ello, la Corte exige que el Estado (Costa Rica) debe propiciar las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de la práctica de FIV. Posterior a ello, el estado debe regular celeremente la implementación de la FIV.



ramma.

