

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONOR ORREGO

ESCUELA DE POSGRADO



TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTORA EN DERECHO

“LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA AFECTACIÓN AL DERECHO DE FILIACIÓN
EN LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERÚ”

Área de Investigación:

Constitucionalismo y Protección Supranacional

Autor: Ms.

Meléndez Lipa, Angela Roxana

Jurado Evaluador:

Presidente: Ortecho Villena, Víctor Julio

Secretario: Florián Vigo, Olegario David

Vocal: Obando Peralta, Ena Cecilia

Asesor:

Benites Vásquez, Tula

Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8666-9236>

TRUJILLO – PERU
2021

Fecha de sustentación: 07/10/2021

DEDICATORIA

Dedico este trabajo principalmente a Dios, por permitirme haber llegado hasta este momento tan importante de mi formación profesional. A mis padres, Mayda y Edgar, por ser mis mejores guías de vida, quienes con su amor, paciencia y esfuerzo me han permitido llegar a cumplir hoy un sueño más, gracias por inculcar en mí el ejemplo de esfuerzo y valentía.

AGRADECIMIENTO

Quiero expresar mi gratitud a Dios, quien con su bendición llena siempre mi vida y a toda mi familia, por estar siempre presentes. A la Universidad Privada Antenor Orrego.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación detenta como objetivo principal analizar los cuestionamientos socio-jurídicos del empleo de las tecnologías de la reproducción asistida, específicamente en el caso de la maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico peruano y, a su vez, exponer la ausencia de un marco normativo apropiado para la celebración de este tipo de convenios entre los padres biológicos y la madre subrogada, la ausencia de intervención estatal en los centros médicos que ofrecen este servicio, sin establecer protocolos y lineamientos válidos sin afectar el derecho de filiación de los padres y el interés superior del niño. Asimismo, sustentaremos las principales características de la maternidad subrogada, principales conflictos con derechos inherentes a los grupos familiares, formas de contratación y validez de los referidos acuerdos, exponiendo los beneficios de estos escenarios de cooperación para las parejas infértiles, considerando la carga valorativa de su repercusión en el fenómeno socio-jurídico del nuevo milenio, como la nueva revolución reproductiva. Finalmente, se expondrá un análisis de resultados de entrevistas aplicadas a especialistas de la materia.

Palabras clave: maternidad subrogada – reproducción asistida – derecho de filiación – infertilidad – padres biológicos

ABSTRACT

The main objective of this research work is to analyze the socio-legal questions of the use of assisted reproductive technologies, specifically in the case of surrogate motherhood in our Peruvian legal system and, in turn, to expose the absence of an appropriate regulatory framework for the conclusion of this type of agreements between the biological parents and the surrogate mother, the absence of state intervention in the medical centers that offer this service, without establishing valid protocols and guidelines without affecting the right of filiation of the parents and the best interests of the child. Likewise, we will

support the main characteristics of surrogate motherhood, main conflicts with rights inherent to the family groups, forms of contracting and validity of the referred agreements, exposing the benefits of these cooperation scenarios for infertile couples, considering the value load of its repercussion in the socio-legal phenomenon of the new millennium, as the new reproductive revolution. Finally, an analysis of the results of interviews with specialists in the field will be presented.

Keywords: surrogate motherhood - assisted reproduction - parentage rights - infertility
 - biological parents - birth parents

ÍNDICE O TABLA DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	2
AGRADECIMIENTO	3
RESUMEN	4
ABSTRACT	5
ÍNDICE O TABLA DE CONTENIDOS	6
ÍNDICE DE TABLAS	7
ÍNDICE DE FIGURAS	8
I. INTRODUCCIÓN	9
1.1. El planteamiento del Problema	9
1.2. Enunciado del Problema	10
1.3. Hipótesis	11
1.4. Objetivos	11 II.
MARCO TEÓRICO	12
2.1. Antecedentes	12
2.2. Bases teóricas	14
2.2.1. <i>Maternidad subrogada</i>	14
2.2.2. <i>Antecedentes</i>	15
III. METODOLOGÍA	29
3.1. Métodos	29
3.2. Diseño de Investigación	30
3.3. Tipo de Investigación:	30
3.4. Técnicas	31

3.5. Instrumentos	31
3.6. Población	31
3.7. Muestra	31
3.8. Unidades de análisis	31
3.9. Procesamiento y análisis de datos	31 IV.
RESULTADOS	32
V. CONCLUSIONES	39
VI. RECOMENDACIONES	40
VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41
VIII. ANEXOS	42

ÍNDICE DE TABLAS 4

Tabla 1 ¿Estando la filiación como aquel proceso que garantiza el derecho a la identidad de los niños, cuáles considera que serían las principales problemáticas en el proceso de filiación de los niños por maternidad subrogada en el Perú? Tabla 2 ¿Considera que los criterios establecidos en el proceso de filiación regulados en el Código Civil peruano, deberían ser los mismos aplicables en los casos de filiación de	31
los niños por maternidad subrogada en el Perú? ¿Por qué?	31
Tabla 3 ¿De no estar de acuerdo que se apliquen los mismo criterios del proceso de filiación de niños en los casos de maternidad subrogada en el Perú, cuáles considera que deberían los criterios a utilizarse?	33
Tabla 4 Considerando el desarrollo doctrinal y jurisprudencial en el ordenamiento jurídico peruano sobre el proceso de filiación de niños por maternidad subrogada, ¿coexisten suficientes bases teóricas y jurídicas para su regulación legislativa?	34
Tabla 5 ¿Considera válido lo propuesto en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil Peruano respecto a la modificación del artículo 409° del referido texto normativo, al regular la filiación mediante fecundación asistida, en concordancia con el artículo 7° de la Ley General de la Salud? ¿Por qué?	35

Tabla 6 ¿Considera que existe palmariamente la necesidad de regular la maternidad subrogada a fin de determinar adecuadamente la filiación de niños y niñas nacidos por esta técnica de reproducción asistida, y así proteger su identidad e interés superior?.....	36
---	----

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1 ¿Estando la filiación como aquel proceso que garantiza el derecho a la identidad de los niños, cuáles considera qué serían las principales problemáticas en el proceso de filiación de los niños por maternidad subrogada en el Perú?	32
Figura 2¿Considera que los criterios establecidos en el proceso de filiación regulados en el Código Civil peruano, deberían ser los mismos aplicables en los casos de filiación de los niños por maternidad subrogada en el Perú? ¿Por qué?	33
Figura 3 ¿De no estar de acuerdo que se apliquen los mismo criterios del proceso de filiación de niños en los casos de maternidad subrogada en el Perú, cuáles considera que deberían los criterios a utilizarse?	34
Figura 4 Considerando el desarrollo doctrinal y jurisprudencial en el ordenamiento jurídico peruano sobre el proceso de filiación de niños por maternidad subrogada, ¿coexisten suficientes bases teóricas y jurídicas para su regulación legislativa?	35
Figura 5 ¿Considera válido lo propuesto en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil Peruano respecto a la modificación del artículo 4° del referido texto normativo, al regular la filiación mediante fecundación asistida, en concordancia con el artículo 7° de la Ley General de la Salud? ¿Por qué?	36
Figura 6¿Considera que existe palmariamente la necesidad de regular la maternidad subrogada a fin de determinar adecuadamente la filiación de niños y niñas nacidos por esta técnica de reproducción asistida, y así proteger su identidad e interés superior?	37

I. INTRODUCCIÓN

El planteamiento del Problema:

El hombre debido a su naturaleza imperfecta, utilizará los recursos que tiene a la mano, y sí no los tiene, los producirá para satisfacer sus necesidades. En este caso, los seres humanos han podido superar problemas inimaginables hasta el siglo pasado, utilizando el desarrollo de la ciencia y la tecnología. Este es el caso de las parejas, que sufren de infertilidad, han dado a luz o no han tenido hijos sin estar embarazadas o adoptar, aunque esto significa romper el ideal de fertilidad; es decir, el concepto cae en la misma mujer, es decir, aportar su material genético. Esto se debe al uso de tecnologías emergentes de reproducción humana asistida, una de las cuales es la subrogación.

El uso de esta tecnología es un tema controvertido porque se puede observar y evaluar desde los siguientes aspectos: como una importante acción solidaria para una persona; o como comportamientos degradantes y nocivos que pueden poner en peligro la dignidad humana. Esto significa que presenta una realidad compleja.

Aunque en el Perú no hay una legislación para regular el tema, debería existir una normatividad que pueda contemplarlo ya que la realidad lo exige, dado que en los últimos años, los tribunales han comenzado a escuchar e incluso hasta cinco personas solicitan a una misma persona por parto y / o paternidad.

Conforme al último Censo Nacional de Población realizado en 2017, se ha determinado que la población peruana es de 31'237,385 habitantes, de los cuales el 48%, 14'993,945 personas entre varones y mujeres, se encuentran en edad fértil, de los cuales conforme señaló la Sociedad Peruana de Urología, en una entrevista efectuada por Panamericana Televisión, del 18 de junio del 2018, un 15% (2'249,091 personas) padecen de algún tipo de infertilidad.

Esta situación es producto del sufrimiento de las necesidades de las parejas heterosexuales. La infertilidad ya representan del 16% al 20% del total de algunas mujeres dependiendo de la edad y es que algunas mujeres buscan posponerla para lograr el desarrollo académico, laboral o evitar enfrentar el proceso de gestación da nueva vida. Además, aunque vale la pena discutirlo, también las parejas del mismo sexo buscan aplicar estas técnicas que han logrado brindar soluciones efectivas a tales problemas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia del caso Artavia Murillo Vs Costa Rica ha señalado que “la infertilidad es una enfermedad (de salud reproductiva) que tiene numerosos efectos en la salud física y psicológica de las personas, así como consecuencias sociales, que incluyen inestabilidad matrimonial, ansiedad, depresión, aislamiento social y pérdida de estatus social, pérdida de identidad de género, ostracismo y abuso (...). Genera angustia, depresión, aislamiento y debilita los lazos familiares” (FJ. 62), por lo que estas que padecen dicho mal necesitan de atenciones y tratamientos especiales, y las técnicas de reproducción asistida constituirían una de esas alternativas de ayuda para ellos.

En ese contexto, cuando la infertilidad es femenina, o la misma tenga problemas insalvables para gestar, los médicos recomiendan la subrogación materna, cuya práctica en nuestro país va en crecimiento, pues para corroborar basta ver la cantidad de Clínicas de Fertilidad en la Capital y ciudades importantes del país, los anuncios en diarios e internet, los casos que fueron noticia, proyectos de ley presentados que no prosperaron, casos judicializados, entre otros.

Enunciado del Problema

¿De qué manera las técnicas de reproducción asistida afectan el derecho de filiación de los niños nacidos mediante la técnica de la maternidad subrogada en el Perú?

Hipótesis:

Las técnicas de reproducción asistida afectan vulnerando el derecho de filiación de los niños nacidos mediante la técnica de la maternidad subrogada, toda vez que esta institución jurídica no se encuentra regulada en el Perú.

Objetivos:

Objetivo General

Determinar si las técnicas de reproducción asistida afectan el derecho de filiación de los niños nacidos mediante la técnica de la maternidad subrogada en el Perú.

Objetivos Específicos

Determinar que se entiende por maternidad subrogada.

Determinar los problemas que surgen en la determinación de la filiación de los nacidos mediante la maternidad subrogada.

Establecer los criterios utilizados para establecer la filiación de los niños y niñas, en los casos de maternidad subrogada ya existentes en el Perú.

Explicar el desarrollo doctrinal y jurisprudencial nacional y comparada sobre la filiación de los niños y niñas nacidos por maternidad subrogada.

Evaluar si existe la necesidad de regular la maternidad subrogada a fin de determinar adecuadamente la filiación de niños y niñas nacidos por esta técnica, y así proteger su identidad e interés superior.

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

- Asimismo, en los antecedentes nacionales:

Ticse (s,f) en su tesis “La Regulación de La Filiación Derivada Del Uso de Técnicas de Reproducción Asistida con Subrogación Materna en la Legislación Peruana, cuya investigación presenta como problema principal ¿El derecho peruano regula la figura de la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida heteróloga?, que a su vez tiene como objetivo general, explicar si en el derecho peruano se encuentra regulada la figura de filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida heteróloga. Dentro de las conclusiones y recomendaciones principales figuran las siguientes: la regulación legal sobre la filiación que se deriva de las técnicas de reproducción asistida, serviría de mucho beneficio para el derecho en el Perú, debido a la disyuntiva existente entre madre genética, gestando y la persona que anhela ser padre, y que en necesario poder regular las técnicas de reproducción asistida heteróloga, con la finalidad eliminar los vacíos legislativos, así como también que el Poder Legislativo brinde los mecanismos, con la finalidad de no vulnerar derechos.”

Otro de los estudios de investigación es de la autora: Lagos (2017), quien elabora la Tesis para optar por el Título profesional de abogada:

“Por un acto de amor ¿Quién tiene un vientre solidario? Aspectos Jurídicos sobre Infertilidad en el Perú (año 2017), sustentada en la Universidad Privada Antenor Orrego - Sede Cajamarca, cuyo problema de investigación es: ¿Cuál es el principal cuestionamiento jurídico a la Ley General de Salud respecto a la Fecundación in vitro?, como objetivo general: Ubicar el principal cuestionamiento jurídico a la Ley General de Salud respecto a Fecundación in vitro, hipótesis, el principal cuestionamiento jurídico que se hace a la Ley General de Salud respecto a la Fecundación in vitro, es la insuficiencia regulatoria de la maternidad subrogada. La conclusión principal de la tesis, corresponde a, que el cuestionamiento mayor en aspectos jurídicos que se realiza a la Ley General de Salud, es respecto a la fecundación in vitro, debido a la insuficiencia normativa sobre maternidad subrogada, debido a que la

regulación sobre técnicas de reproducción asistida, no han ayudado a dilucidar intereses jurídicos”.

En aspectos de investigaciones internacionales, se encuentran las siguientes:

Antonio (2012), quien presenta “la Tesis para optar por el título profesional de licenciado en ciencias jurídicas y sociales titulada: El contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio Legítimo del derecho a proceder o atentado a la dignidad?, sustentada en la Universidad Alberto Hurtado de Chile. El estudio busca, hacer un análisis sobre el contrato de maternidad subrogada, describiendo y analizando aspectos resaltantes, relacionando la realidad chilena con la experiencia respecto de la regulación española. Respecto a las conclusiones más resaltantes, se basan, en que, la reproducción debe ser intimidad de cada persona, sin embargo, debe vivirse sin interferencias externas, siendo así también que el Estado brinde una protección jurídica al respecto, regulando técnicas que permitan dilucidar problemas asociados a infertilidad en la sociedad”.

Carbajal, presenta la tesis para optar por el título de Abogada (2014), titulada “Análisis de la Maternidad Subrogada en Argentina, Una mirada extensiva a países de América Latina, Sustenta en la Universidad de San Andrés – Argentina, investigación que busca desarrollar la figura de la Maternidad Subrogada en la legislación argentina, haciendo a su vez un análisis comparativo con estudios de América Latina. Tiene como objetivo dilucidar qué tipo de contrato se adecua mejor a su ordenamiento jurídico”.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. Maternidad subrogada

Para empezar, es menester proferir algunas conceptualizaciones de la materia, esto es, definimos a la maternidad subrogada como aquella técnica diseñada para el cuerpo femenino con ausencia del órgano

uterino o, contando con este, es inexistente la capacidad embrionaria, surgiendo la eventualidad de que la maternidad subrogada sea beneficiada como probable elección a la común forma de procreación para todas las parejas que debieran aportar sus gametos debido a las dificultades reproductivas que presentan.

“La maternidad subrogada es el proceso por el cual una mujer se compromete de llevar a cabo la gestación durante nueve meses a favor una pareja estéril con la que se responsabiliza a entregar al bebe después del alumbramiento. La mujer subrogada acepta ser fecundada con el semen del marido o puede recibir el implante del embrión mediante la fecundación in Vitro”. (Saavedra, 2017, p.20).

Siguiendo la línea del referido autor, la maternidad subrogada como aquel acuerdo entre una pareja imposibilitada de procrear hijos debido a la infertilidad, que recurren al servicio de otra mujer conocida como madre sustituta quien reemplazará a la madre genética (quien únicamente brindará el gameto femenino y el semen del padre) con el objetivo de que la primera sea quien gesté al bebé en su útero durante todo el lapso del embarazo y, al momento del nacimiento del bebé, la madre subrogada o sustituta entregue el bebé a los padres biológicos, debido a la imposibilidad de concepción, según las formas y circunstancias que celebraron dicho convenio. Esta maternidad subrogada es mayormente definida como el cambio del estado de madre, debido a que una segunda mujer subrogará a la madre biológica durante todo el período de gestación.

“La maternidad subrogada se refiere a la implantación de un embrión creado por la tecnología de la fecundación in vitro en una madre sustituta, o madre gestante, mediante un contrato con ella. Puede implicar a las familias naturales (mujer y hombre) con problemas de infertilidad o no, o a familias monoparentales o bioparentales del mismo sexo”. (Jouve de la Barreda, 2017, p.153).

2.2.2. Antecedentes

Cabe recordar que en el año 1976 se realizó el Primer Acuerdo de maternidad subrogada a través de la técnica de inseminación artificial por medio del Noel Keane, creando así la Surrogate Family Service Institute; con el objetivo primordial de brindar apoyo a las parejas con problemas de concepción, facilitándoles el acceso a los insignes vientres de alquiler, con todos los acuerdos previos para efectuar la subrogación. La observancia pública otorgada en la referida casuística de maternidad subrogada predominantemente conocido como “*Baby M.*”, puso en relieve en los enfrentamientos sociales en Estados Unidos, un presuntuoso acuerdo de maternidad sustituta, donde el cual la mujer que había brindado el servicio de gestación después de nacido el bebé, se afligió de entregar a la pareja contratante el bebé y, unánimemente optó por la decisión de quedársela, suscitándose problemas contractuales entre las partes. Todo esto pudo ser viablemente posible debido a que la madre sustituta fue inseminada con el semen del padre contratante, conllevando conflictos justiciables que después de un dilatado proceso, los tribunales estadounidenses resolvieron por otorgar legítimamente los derechos de tenencia al padre y de visita a la madre sustituta.

2.2.3. Características del contrato de maternidad

Como expusimos líneas arriba, la forma de manifestación de voluntad entre las partes en el derecho civil es la celebración de acuerdos, contratos o negocios jurídicos; de los cuales se plasmará la intención bilateral de las mismas, se determinarán los derechos y obligaciones que deberán cumplirse en amparo del principio de la autonomía de las partes. En tal sentido, este tipo de actos jurídicos tiene una relación normativa, puesto que desde el momento de su celebración, las partes están obligadas a su cumplimiento, especial relevancia jurídica acarreará en la celebración de contratos de maternidad subrogada. *“En relación a la maternidad por sustitución, no existe acuerdo entre juristas. Algunos opinan que debiera permitirse la maternidad por*

sustitución o arrendamiento de útero, siempre y cuando se acredite la imposibilidad de la mujer de llevar a cabo el proceso de gestación, y se convenga un contrato de prestación de servicios con la madre sustituta, donde se estipule claramente los derechos y deberes de las partes, y ésta renuncie expresamente a la maternidad del hijo. Para esto sería necesario hacer una enmienda a la legislación que reconozca la maternidad sin gestación”. (Tejada, 2019, p.20).

Al respecto, los especialistas en el derecho de familia consideran que la maternidad subrogada sería plenamente legal siempre y cuando se apruebe un marco normativo específico por parte de nuestro legislador, puesto que se estaría satisfaciendo el objetivo de otorgar una familia a aquellas parejas que por sus condiciones físicas están imposibilitadas debido a la intervención de una segunda mujer quien prestará su vientre durante todo el período de gestación. Del mismo modo, otro sector de especialistas señalan que la referida materia no puede estar comprendida dentro de los parámetros para celebrar el contrato de prestación de servicios, involucrando a otras personas para un eventual vientre de alquiler, que no podría ser incorporado en la ley de reproducción asistida, contraviniendo las reglas del orden público, vulneración a la dignidad humana, el cual es un derecho indisponible. En tal sentido, cabe proferir que el derecho a formar una familia según el Código Civil Peruano no presenta restricciones algunas, debido a que actualmente han surgido nuevas conceptualizaciones de criterios y estados de familia debido a factores sociales, políticos, culturales y económicos, desintegrando el concepto de familia tradicional al ser una sociedad viviente, optando por nuevas formas de integración de las mismas.

“En lo que respecta a la naturaleza jurídica del contrato de madre sustituta o subrogada, entendemos que los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos, es entonces que surge la interrogante sobre si es propiamente un contrato, ya que ello representa una relación de índole patrimonial y naturaleza privada; confiriéndole poder a las partes para decidir sobre el objeto del acuerdo de voluntades, si ello fuera así,

convalidaríamos el hecho que la vida humana en formación, sea de disposición de los contratantes, y que su vida sea objeto de una cláusula, dado que ello no es posible sin contravenir el orden público y los derechos humanos”. (Sally, 2018, p.43).

Entonces, podríamos considerar que el mencionado acuerdo entre las partes no reviste en su totalidad el carácter de privado, al tener inmerso el interés público, esto es, el interés superior del niño, predominando la dignidad de la vida humana desde su concepción y el derecho a la salud de la madre gestante, bienes jurídicos supremos protegidos en nuestro ordenamiento jurídico; por lo que competiría la intervención del aparato estatal al establecer una regulación en estas relaciones jurídicas, considerando principios de tutela efectiva propios de un ordenamiento jurídico positivista y cumplimiento de la protección de los derechos humanos, reconocidos por nuestro Estado en los documentos internacionales; siendo pues, el Estado el llamado a establecer el alcance de licitud de este tipo de contrato y su necesidad en el sector de salud, con la participación de los agentes del sistema de administración de justicia, debido a su presuntuoso interés social en la comunidad.

Sin embargo, exponiendo la dicotomía de estas relaciones, otro sector de especialistas en la materia señalan que una eventual regulación de este tipo de contratos contravendrían a la moral y las normas de orden público como especificamos con anterioridad, generando reproche social por las personas; empero, tal postura agravaría la controversia, ocasionando que las parejas infértiles recurran a centros médicos clandestinos sin los debidos protocolos, exponiendo su salud e integridad física; sin tomar en cuenta el enfoque ecléctico del derecho de familia y la reproducción humana.

2.2.4. Maternidad subrogada en el Perú

En el Perú, específicamente en el II Encuentro Internacional de Derecho Notarial en Lima en el año 2016, surgió cuestionamientos jurídicamente válidos respecto a esa presuntuosa permuta de células germinales con el fin de coadyuvar a la reproducción humana; evento académico que albergó a numerosos estudiosos que plantearon los

nuevos retos de las técnicas de reproducción asistida, destacándose la maternidad subrogada y/o la fecundación in vitro, debido a la usencia de un marco normativo para su regulación, concluyendo principalmente que el notario, como servidor de autenticidad de fe pública en los actos celebrados por los ciudadanos, debería predominar una mayor participación en estos tipos de convenios garantizando el debido consentimiento voluntario de los padres biológicos con la tercera persona, evitando un papel más diminuto de únicamente legalizar firmas de las partes, sino pronunciándose en el contenido de las mismas; enfrentando como también la ausencia de la intervención del aparato estatal en los diversos centros médicos que ofrecen estos servicios como la fecundación asistida, banco de gametos femeninos y masculinos, crioconservación, que se han visto arrastrados de elaborar sus propias guías médicas y protocolos de intervención sin previa autorización del funcionario legal competente.

“Debe considerarse que la ley peruana, en especial la de salud, no se ha pronunciado sobre la madre sustituta, cuando una mujer acepta ser inseminada con material genético del marido de otra a fin de entregar a la criatura una vez nacida. Aquí, la maternidad genética coincide con la biológica. La madre lo concibe y lo gesta, restando solo entrega. La prohibición indicada en la Ley general de salud resultaría inaplicable pues ambas maternidades guardan equidad. Lo ilícito se generaría con la vulneración del Código civil en su norma citada (artículo 409)”. (Varsi, 2010, p.84).

A su vez, otros de los principales problemas que afronta la ausencia de legislación de la maternidad subrogada en el Perú como forma de reproducción asistida es el derecho de filiación del neonato debido al uso de esta referida técnica respecto a la madre sustituta que ha celebrado contrato con los padres biológicos para ser responsable de la gestación de la nueva vida y, que al final después del nacimiento no quiere entregar al bebé a sus padres genéticos. Para ello, se tomará en cuenta la Casación N° 563-2011/Lima, presentada por la casacionista Isabel Castro Muñoz contra la resolución con fecha 30 de noviembre de 2010 que declara fundada la demanda de adopción por excepción,

declarando a la niña Victoria Palomino Castro, hija de don Giovanni Sansone y de doña Dina Felicitas Palomino Quicaño, nacida con fecha 26 de diciembre de 2006.

El referido recurso casacional, abarca sobre un matrimonio entre Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone, quienes solicitaron a Isabel Zenaida Castro Muñoz la gestación de su bebé debido a los problemas de procreación que presentaban, siendo la madre sustituta Isabel Castro la madre, Giovanni Sansone el padre genético, puesto que se encargó de brindar sus gametos para que se efectuó la inseminación artificial. Empero, el presente caso resultó mayormente complejo debido a que la madre sustituta Castro Muñoz, conviviente con Paúl Palomino Cordero (sobrino de la madre biológica Dina Palomino Quicaño), después del nacimiento de la neonata con iniciales V.P.C., la filiación paterna se inscribió a favor de Paúl Palomino Cordero, quien lo realizó voluntariamente teniendo conocimiento de que no era el padre biológico de la menor de edad y la filiación materna fue realizada por Isabel Castro Muñoz, convirtiéndose dicha pareja en los padres legales de la menor.

Dicha bebé fue entregada por sus padres legales a los nueve días posteriores de su nacimiento, desestimando sus responsabilidades que como padres les correspondían, conllevando a que la pareja efectuare el proceso de adopción por excepción según lo prescrito por el artículo 248° del Código de Niños y Adolescentes peruano, rectificándose así Isabel Castro Muñoz en otorgar en adopción a la menor a los pre-adoptantes, alegando que fue manipulada por ellos. A pesar de haber desistido del proceso de adopción, en las dos instancias jurisdiccionales civiles se declaró fundada la demanda de adopción por excepción interpuesta por la pareja Palomino-Sansone, por lo que la pareja Castro-Palomino interpone recurso de casación por infracción normativa al artículo 115° del Código de Niños y Adolescentes al ser el presunto padre biológico el padre adoptante, al artículo 128° inciso b) del mismo cuerpo normativo, aduciendo que Felicita Palomino Quicaño no tiene relación de parentesco con la menor de edad, debido a que Giovanni Sansone es quien figura como padre biológico y no

Paúl Palomino Cordero, al solo presentar la calidad de padre legal y, finalmente infracción normativa a los artículos 378°, incisos 1) y 5) del Código Civil.

Ante ello, en este presente proceso había quedado fehacientemente comprobado que Isabel Castro Muñoz y Paúl Palomino Cordero presentaban insolvencia moral, debido a quedar palmariamente evidenciado el interés económico al recibir la cantidad de \$18,900 dólares americanos por parte de los padres biológicos Sansone-Palomino, quienes manifestaron que eran víctimas de extorsión por la pareja Castro-Palomino con la interrupción del embarazo y/o dar en adopción a la bebé después del nacimiento, sosteniendo el juzgador que Isabel Castro Muñoz aceptó voluntariamente la mencionada técnica de maternidad subrogada junto con el consentimiento de su pareja Paúl Palomino Cordero por una persona distinta a su pareja, esto es, el padre biológico Giovanne Sansone, para la obtención del beneficio económico.

En el presente proceso, la Corte Suprema resolvió bajo el amparo del principio del interés superior del niño, debido a la coexistencia de intereses legales de ambas parejas referente al justo derecho de filiación de la menor de edad, protegiendo el derecho al crecimiento en un ambiente equilibrado y prodigio, que contribuya a la correcta formación de la menor, estableciéndose un adecuado vínculo emotivo de relación padres e hija.

Dicho lo anterior, encuentra controversia con el artículo 7° de la Ley General de la Salud como anteriormente señalamos, debido a que algunos médicos consideran que efectivamente la maternidad subrogada no está explícitamente aprobada en nuestro país, debido a que la madre gestante deberá ser la misma que la madre biológica desconocimiento de las evidentes enfermedades del órgano uterino-, vulnerando el orden público y las buenas costumbres, conforme al artículo V del Título Preliminar del Código Civil, inspirándose en el principio romano-germánico *mater semper certa est*, esto es, todo acuerdo o convenio celebrado entre los particulares es nulo de pleno derecho si contraviene los referidos artículos, por lo que la madre

gestante no se vería coaccionada a entregar al neonato a sus padres biológicos, a pesar de haber otorgado su libre declaración de voluntad en celebrar el referido acuerdo a cambio de un beneficio económico durante todo el proceso de gestación con la condición de entregar al bebé a sus padres genéticos.

Reafirmando las aseveraciones precedentes, las mencionadas técnicas de reproducción asistida, constituyen una inédita renovación tecnológica en el nuevo milenio en aras de contribuir a las vicisitudes acarreadas en la procreación humana, otorgando soluciones a los problemas de infertilidad en un gran sector de la población peruana, representada entre un 16 % a 20 % según el referido censo, como expusimos líneas arriba. No obstante, en nuestro ordenamiento jurídico no existe mayor abundamiento legislativo que el proscrito artículo 7°, en su primera párrafo de la Ley General de la Salud N° 26842 que palmariamente indica que toda persona tiene el derecho de emplear las técnicas de reproducción asistida para tratar el problema de infertilidad, toda vez que la condición de madre genética y madre gestante recaiga en la misma persona, previamente constando la autorización expresa de los padres biológicos; limitando, así pues, el derecho de filiación de los padres biológicos cuando se vean inmiscuidos en la búsqueda del vientre subrogado.

2.2.5. Causas de la maternidad subrogada

Antes de empezar, es importante considerar que la mayoría de parejas que recurren a esta técnica de reproducción asistida, lo realizan por el deseo de tener descendencia con su misma carga genética, debido a múltiples valores tradicionales familiares y sociales, usando donantes anónimos de los gametos sexuales para la procreación y/o gestación de la nueva vida, manteniéndose así el vínculo biológico y fortaleciendo los lazos emotivos y paternos.

Ante ello, consideramos que las diversas causas por las cuales las parejas infértiles recurren a las técnicas de reproducción asistida, específicamente a la maternidad subrogada, destacan principalmente la infertilidad de algún miembro de la pareja o, problemas físicos para procrear, defectos genéticos de la pareja, entre otros, por lo que esta

técnica requiere mayor relevancia como alternativa de solución en la conformación de grupos de familia.

“La esterilidad es la incapacidad de lograr un embarazo, pese a mantener relaciones sexuales sin medidas anticonceptivas dentro de un periodo de doce meses. Por su parte, la infertilidad es la imposibilidad de que el embarazo llegue a término con el nacimiento (conocida como aborto habitual o de repetición). En este sentido, se puede afirmar que los varones exclusivamente pueden presentar problemas de esterilidad, a diferencia de las mujeres, que pueden verse afectadas, tanto por problemas de esterilidad como de infertilidad”. (Delgado, 2019, p.14).

Asimismo, otras de las principales causas de índole social, podemos distinguir a evitar la interrupción de proyectos académicos, culminación de estudios o inicio de oportunidades laborales de la pareja, específicamente de la fémina al ser la reproductora del proceso de gestación, necesidades estética-físicas de conservar el estado joven del cuerpo humano, etc. Por otro lado, es imprescindible indicar que la principal causa de la celebración de este tipo de contratos es la infertilidad de la pareja, la cual se debe a dos factores mayormente presentes: la edad y la capacidad de gestación por parte de la fémina; en cuanto al primero, la edad se ha visto reflejada como trascendental debido a la calidad de los gametos femeninos para gestar, puesto que más joven es la mujer, aún mayor será la calidad y cantidad de los óvulos; sin embargo, también uno de los problemas de la infertilidad sería la presencia de los ovarios poliquísticos en la mujer.

2.2.6. Derecho de filiación e interés superior del niño

En la Constitución Política vigente, en su artículo 4º ha prescrito que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

De igual forma, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 23° también prescribe que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho de la protección de la sociedad y del Estado.

Así pues, considerando la trascendencia de estos documentos normativos debido a la relevancia que le otorga a la familia y su protección, se puede visualizar distintas aseveraciones, como ejemplo, la familia como figura del derecho natural y fundamental en el orden social, que cobra especial reconocimiento y protección jurídica; conllevando un tratamiento diferenciado por nuestros legisladores, el cual también exigirá respeto por su autonomía, conformación y libre desarrollo en la comunidad.

Dicho lo anterior, definimos a la filiación como *“la identidad o características únicas de la persona en base a su origen biológico, o sea, el individuo será miembro natural de una determinada familia dependiendo de identidad genética que este individuo concuerde con sus ascendientes”*. (Salazar, 2020, p.42).

No obstante, la filiación que surge de las técnicas de reproducción asistida, especialmente en la maternidad subrogada, la condición de paternidad y/o maternidad genética no va coincidir con la puramente formal o legal; por lo que este fenómeno de la maternidad subrogada ha evidenciado la impetuosa necesidad de regularizar las legislaciones civiles de la región, considerando los principales cuestionamientos a favor y en contra de esta técnica de procreación.

En efecto, la doctrina mayoritaria ha discernido abundantemente sobre el derecho de filiación en el caso de la maternidad subrogada, debido a que un sector ha sopesado esta forma de filiación como próxima a la naturalmente forma de procreación que existe, como ocurre en la Inseminación Médica artificial homóloga, otros la comparan con la filiación adoptiva dada la aplicación de Fertilización Artificial heteróloga (con embrión donado) o maternidad subrogada, pero siendo distinta en ambas situaciones; por lo que terminó convirtiéndose en una tercera modalidad de filiación, debido al progresivo avance científico de las técnicas de reproducción asistida y el fenómeno socio-jurídico

al que se enfrentan, resultando imprescindible estructurarla en el ordenamiento jurídico peruano y definir el proceso de intervención estatal y la autonomía entre las partes con la libertad de contratar. Asimismo, los juristas han distinguido dos importantes sistemas de filiación: el realista y el formalista. En cuanto al sistema realista, también conocido como verdad biológica señala que la filiación jurídica no siempre será la verdad biológica en la realidad, por lo que se permitirá el acceso a mecanismos legales que lleven a la misma, para conseguir la paternidad y/o maternidad del neonato. Según el principio de verdad biológica, madre es toda aquella que ha dado luz a la nueva vida y padre es quien la ha fecundado a través del acto sexual, por lo que el derecho de filiación se determinará por la condición sanguínea y material genético, atribuyéndose en un mismo rol la realidad fisiológica de ser progenitor con la realidad jurídica, ser formalmente padre; empero, la realidad ha permitido distinguir que este principio de verdad biológica es relativo, debido a que se han presentado excepciones de naturaleza jurídica como la adopción y la reproducción asistida, válidamente reconocida en cuanto a la primera en nuestro ordenamiento jurídico y en proceso de reconocimiento en cuanto a la segunda, surgiendo así filiación sin una verdad biológica. Por otro lado, en cuanto al sistema formal, se exonera la realidad biológica, predominando los valores tradicionales como por ejemplo la paz, unidad familiar, el afecto y la situación jurídica, estableciendo nuevos parámetros que fijarán las nuevas formas de filiación.

Dicho lo anterior, la controversia surge cuando se pretende correlacionar la realidad biológica con la situación jurídica, puesto que la filiación puede constituirse sin una verdad biológica, esto es, sin procreación mediante la adopción o, mediante una verdad biológica sin filiación, como es el caso de los expósitos; o no existir ninguna de las dos situaciones, por estar inmersos en una técnica de reproducción asistida, conllevando a problemas de identidad en la definición del interés superior del niño.

Por lo que, definimos al derecho de reconocer la identidad como *“la facultad del ser humano sustentada en el principio de la verdad*

biológica que le permite saber quién es su progenitor que, por distintas causas, puede ser desconocido, estar en discusión o ser debatible”. (Varsi, 2010, p.79).

Es, así pues, como manifestamos líneas arriba, entre el derecho de identidad y la verdad biológica, coexiste una relación intrínseca a través del cual el neonato encontrará su posición en la familiar y obtener los derechos que le correspondiesen, es decir, derecho a conocer a sus progenitores y conformar un hogar. Las técnicas de reproducción asistida limitan este derecho al no estar debidamente legalizadas, negándole al hijo la facultad de definir su identidad personal, afectando su interés propio como niño.

“El fin de las técnicas de reproducción asistida es permitir descendencia a las parejas estériles por lo que deben estar acompañadas de un sistema de atribución de la filiación eficiente, que no imponga, que no solo construya sino que establezca la filiación de todos los concebidos y nacidos por estos medios”. (ídem).

Es por ello, que gran sector del derecho peruano considera que en estas situaciones de maternidad subrogada cuando se encontrará en conflicto el derecho de filiación versus el interés superior del niño, deberá prevalecer la autonomía de las partes, desplazando a la realidad biológica. Esto quiere decir, que dicha postura busca redefinir la filiación de los bebés nacidos por reproducción asistida, sin importar la distinción entre la verdad biológica y la legal, primando el acuerdo entre las partes, surgiendo así la filiación civil.

Esta nueva corriente de filiación civil se sustenta en la declaración de la voluntad entre las partes intervinientes, es decir, manifestación de procrear y conformar una familia aportando el material genético y, voluntad de aportar el órgano por excelencia para el proceso de gestación, sin asumir algún derecho en la determinación de paternidad y/o maternidad frente a los padres biológicos; perdiendo trascendencia la filiación natural, predominando los valores tradicionales como el afecto y apoyo familiar, primando los criterios sociológicos y culturales versus los biológicos.

“La paternidad es un concepto social que trasciende a lo biológico representado por el progenitor. La descendencia corresponde aquellos que la desearon. El régimen de la filiación para las técnicas procreáticas se asemeja al de la adopción dado que ambas se sustentan en la voluntad y no el dato biológico”. (ídem, p.80).

De esta manera, surgen cuestionamientos sobre cuál debería ser el actuar de nuestro legislador ante esta evidente realidad que cada vez es creciente, surgiendo dos posibles respuestas: (i) Regular una nueva forma de filiación por las técnicas de reproducción asistida, especialmente la maternidad subrogada y; (ii) Adaptar esta nueva forma de filiación en nuestras instituciones jurídicas preexistentes, dirigiendo la solución únicamente en determinar una filiación matrimonial o extramatrimonial. En el derecho natural, la filiación ha dependido mayormente de la figura del matrimonio, donde queda claramente determinada la paternidad y/o maternidad biológica, lo cual ha sido legítimamente aceptada por los grupos sociales, resultando irrelevante la voluntad de procrear por la pareja, lo cual no se suscita en la reproducción asistida; donde primará la manifiesta voluntad del padre o madre, sin importar que varíe el elemento biológico. En consecuencia, consideramos que en salvaguarda del principio del interés superior del niño en defensa de su identidad personal, conllevará en no solo al reconocimiento de la maternidad y/o paternidad biológica, sino, además fortalecer el vínculo materno y/o paterno filial con las personas que considera padres y, subsecuentemente familia, que tendrán especial trayectoria en el desarrollo de la personalidad del menor de edad; por lo que hace imperiosa su necesidad de pronta regulación normativa en nuestro país.

2.2.7. Protección internacional al derecho genético

Como hemos expuesto, la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida es producto de los nuevos avances científicos en salud reproductiva, expandiéndose alrededor de los países de la región, haciendo necesaria su protección internacional por los principales organismos y tribunales supranacionales.

En primer lugar, encontramos el documento internacional de la Declaración Universal sobre Genoma Humano y los Derechos Humanos, aprobada en la Conferencia General de la UNESCO en la reunión número veintinueve; siendo el primer comienzo de la regulación de la normativa en derecho genético, participando múltiples Estados con sus aportes científicos, evitando la trasgresión de la dignidad del ser humano y respeto a la vida.

De esta forma señala a cerca del genoma humano lo siguiente:

“Artículo.1: El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad”.

“Artículo 2: a) Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características. b) Esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete el carácter único de cada uno y su diversidad”.

El principal objetivo del referido documento internacional es brindarle a los Estados lineamientos para una idónea regulación en el campo de las innovaciones científicas, de modo que estas sean permitidas dentro de los límites impuestos en la referida declaración, tomando todas las medidas posibles para permitir las condiciones materiales e intelectuales para el libre ejercicio para la debida investigación sobre el derecho genético y el genoma humano, coadyuvando a la solución de problemas que abarcan a la familia y a la sociedad, considerando las limitaciones éticas, culturales, sociales y económicas; esto es, como Estado tendrá el deber de participar activamente como regulador oficial en el campo de la ciencia cuando sus investigaciones involucren derechos como a la vida, salud, familia e integridad física.

En segundo lugar, la Declaración de Bioética y Derechos Humanos, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO con fecha 19 de octubre de 2015, que considera los principales avances de la ciencia y nuevas tecnologías, que afectan mayormente a la

procreación humana y la vida humana; trayendo una mayor intervención a los problemas éticos suscitados. Este documento, regula principios que surgen en el campo de las ciencias médicas y tecnología. Siendo sus principales directrices las siguientes:

“Artículo 2.- objetivos:

a.- Proporcionar un marco universal de principios y procedimientos que sirvan de guía a los Estados en la formulación de legislaciones, políticas, u otros instrumentos en el ámbito de la bioética.

(...).

c.- Promover el respeto de la dignidad humana y proteger los derechos humanos, velando por el respeto de la vida de los seres humanos y las libertades fundamentales, de conformidad con el derecho internacional relativo a los derechos humanos”.

Esto quiere decir, se está protegiendo el interés superior del niño desde su condición de embrión, considerando su especial situación jurídica dependiendo de cada derecho interno, con el objetivo de otorgarle protección frente a las manipulaciones genéticas, salvaguardado su futuro derecho como vida independiente y dignidad humana, lo cual no limita la voluntad de sus padres biológicos a otro tipo de decisiones, sin trasgredir dichos derechos.

Finalmente, la Declaración Internacional de los Datos Genéticos Humanos con fecha 16 de octubre de 2003, el cual prescribe que:

“Artículo 1: Objetivos y alcance

a) Los objetivos de la presente Declaración son: velar por el respeto de la dignidad humana y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la recolección, el tratamiento, la utilización y la conservación de los datos genéticos humanos, los datos proteómicos humanos y las muestras biológicas de las que esos datos provengan, en adelante denominadas “muestras biológicas”, atendiendo a los imperativos de igualdad, justicia y solidaridad y a la vez prestando la debida consideración a la libertad de pensamiento y de expresión, comprendida la libertad de investigación; establecer los principios por los que deberían guiarse los Estados para elaborar sus legislaciones y políticas sobre estos temas; y sentar las bases para que

las instituciones y personas interesadas dispongan de pautas sobre prácticas idóneas en estos ámbitos”.

En efecto, el referido documento internacional se sustenta principalmente en la protección del manejo de la carga genética obtenida de los datos otorgados por la pareja, salvaguardando la dignidad del concebido como vida independiente, evitando la manipulación de las muestras biológicas por parte de los centros médicos que brindan el servicio de la reproducción asistida. Asimismo, se promueve el rol activo del aparato estatal, en modificar su legislación para otorgar mayor protección a estas nuevas tecnologías o, regular específicos marcos normativos para su coexistencia con las demás instituciones jurídicas, prevaleciendo los derechos fundamentales anteriormente expuestos

III. METODOLOGÍA

3.1.Métodos

La investigación está basada en el enfoque cuantitativo y pertinentemente se utiliza los siguientes métodos:

- Deductivo: “se aplicará este método en la discusión de los resultados en contraste de los antecedentes y marco teórico con los resultados obtenidos. Por tanto, el razonamiento va de lo general a lo específico cuando se lleva a generalizar teorías hacia realidades propias específicas”. (Hernandez, Fernandez, & Sampieri, 2006)
- Inductivo: “se aplicará este método con el fin de recoger datos de una forma lógica y secuencial, de acuerdo a las variables de estudio, fenómeno que pretendemos explicar en la presente investigación y llegar a una conclusión global que involucre aspectos sinérgicos en cuanto a la explicación del fenómeno”. (Hernandez, Fernandez, & Sampieri, 2006)
- Analítico: “se aplicará este método porque permite descomponer cada una de las variables para su estudio intensivo y luego proceder al análisis respectivo de los datos que se obtenga de dicha investigación,

así como para poder establecer el análisis del fenómeno en estudio”.
(Hernandez, Fernandez, & Sampieri, 2006)

- Sintético: “se aplicará este método en la elaboración de las conclusiones derivadas de la contrastación de los resultados obtenidos con los antecedentes y marco teórico basado en los objetivos”.
(Hernandez, Fernandez, & Sampieri, 2006)

3.2. Diseño de Investigación

- No experimental.

Según Hernández, Fernandez, & Baptista (2014) se realiza sin la manipulación deliberada de variables y en los que sólo se observan los fenómenos en su ambiente natural para analizarlos.

- Transversal

Según Hernández, Fernandez, & Baptista (2014) “recolectan datos en un solo momento, en un tiempo único. Su propósito es describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado”.

3.3. Tipo de Investigación:

Descriptiva

3.4. Técnicas

Entrevista

3.5. Instrumentos

Ficha de entrevista

3.6. Población

Abogados especialistas en derecho de familia

3.7. Muestra

Cuatro abogados especialistas en derecho de familia

3.8. Unidades de análisis

Abogados especialistas en derecho de familia

3.9. Procesamiento y análisis de datos

En cuanto al tema del procedimiento de reunir y custodiar la información y documentación, y las técnicas, se detalla a continuación:

En cuanto a la información materializada, se accederá a la Biblioteca de Universidades de Trujillo, y de las que sean necesarias ubicadas dentro del País. Y también la necesaria que pueda ser aportada de mi biblioteca personal.

Se realizará la selección de la muestra siguiendo los criterios de selección, tanto de inclusión como de exclusión.

Se les informará detalladamente los objetivos que establece la investigación con el fin de que acepten voluntariamente participar de la misma.

Los datos obtenidos se ordenarán para su tratamiento estadístico según corresponda el instrumento y poder obtener respuesta a los objetivos planteados.

IV. RESULTADOS

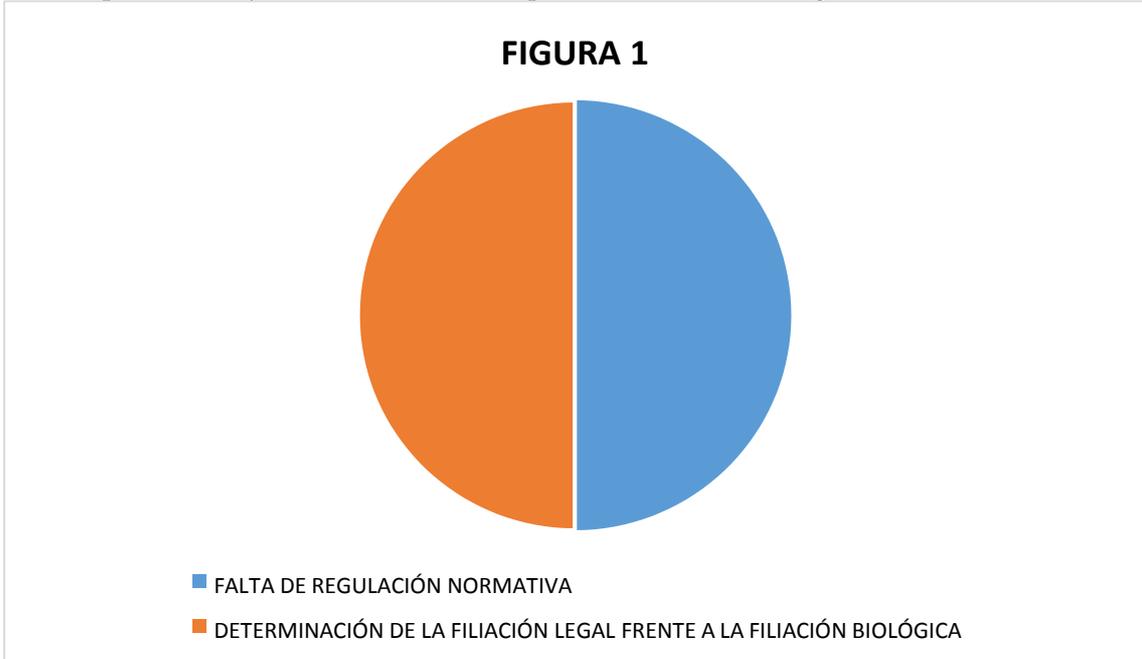
Respecto a las entrevistas realizadas como parte de la técnica de recolección de datos, se procedieron a aplicar las mismas a la totalidad de la muestra, conformada por abogados especialistas en derecho de familia.

Tabla 1 ¿Estando la filiación como aquel proceso que garantiza el derecho a la identidad de los niños, cuáles considera que serían las principales problemáticas en el proceso de filiación de los niños por maternidad subrogada en el Perú?

ITEM	FRECUENCIA	%
FALTA DE REGULACIÓN NORMATIVA	02	50 %
DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN LEGAL FRENTE A LA FILIACIÓN BIOLÓGICA	02	50 %

TOTAL	04	100 %
Nota: La encuesta fue realizada a Abogados especialistas en Derecho de Familia de la ciudad de Trujillo.		

Figura 1 ¿Estando la filiación como aquel proceso que garantiza el derecho a la identidad de los niños, cuáles considera que serían las principales problemáticas en el proceso de filiación de los niños por maternidad subrogada en el Perú?



Interpretación de Resultados:

En la tabla 1 y figura 1 se observa la descripción referente a la variable independiente sobre la no regulación de las técnicas de reproducción asistida; que el 50% de los especialistas consideran que las principales problemáticas en el proceso de filiación de los niños por maternidad subrogada en el Perú es la falta de regulación normativa de estas técnicas, que tiene como principales consecuencias la informalidad y/o mercantilismo; mientras que el 50% considera que las principales problemáticas recae en determinar si se prefiere la filiación legal frente a la filiación biológica en la identidad del menor.

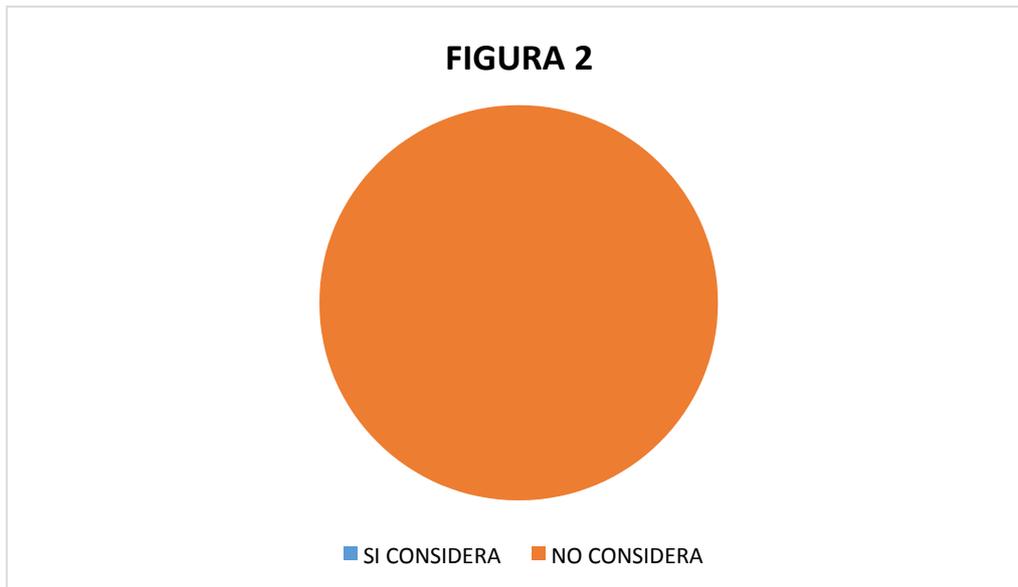
Tabla 2 ¿Considera que los criterios establecidos en el proceso de filiación regulados en el Código Civil peruano, deberían ser los mismos aplicables en los casos de filiación de los niños por maternidad subrogada en el Perú? ¿Por qué?

ITEM	FRECUENCIA	%
SI CONSIDERA	00	0.00 %
NO CONSIDERA	04	100 %
TOTAL	04	100 %

Nota: La encuesta fue realizada a Abogados especialistas en Derecho de Familia de la ciudad de Trujillo.

Figura 2 ¿Considera que los criterios establecidos en el proceso de filiación regulados en el Código Civil peruano, deberían ser los mismos aplicables en los casos de filiación de los niños por maternidad subrogada en el Perú? ¿Por qué?

Interpretación de Resultados:



En la tabla 2 y figura 2 se observa la descripción referente a la variable independiente sobre la no regulación de las técnicas de reproducción asistida; que el 100% de los especialistas no consideran que los criterios establecidos en el proceso de filiación regulados en el Código Civil peruano, deberían ser los mismos aplicables en los casos de filiación de los niños por maternidad subrogada en el Perú.

Interpretación de Resultados:

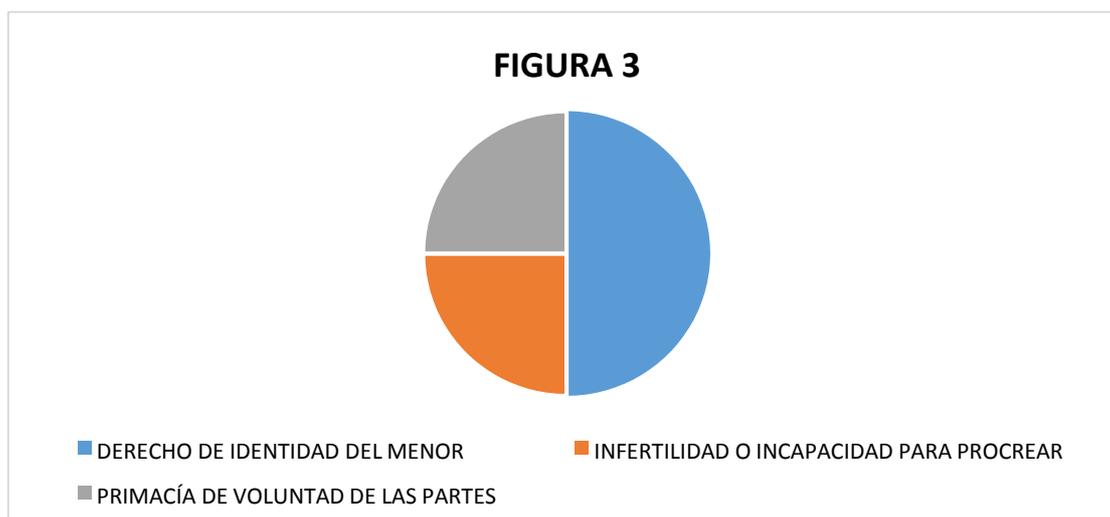
Tabla 3 ¿De no estar de acuerdo que se apliquen los mismo criterios del proceso de filiación de niños en los casos de maternidad subrogada en el Perú, cuáles considera que deberían los criterios a utilizarse?

ITEM	FRECUENCIA	%
DERECHO DE IDENTIDAD DEL MENOR	02	50 %
INFERTILIDAD O INCAPACIDAD PARA PROCREAR	01	25 %
PRIMACÍA DE VOLUNTAD DE LAS PARTES	01	25 %
TOTAL	04	100 %

Nota: La encuesta fue realizada a Abogados especialistas en Derecho de Familia de la ciudad de Trujillo.

Figura 3 ¿De no estar de acuerdo que se apliquen los mismo criterios del proceso de filiación de niños en los casos de maternidad subrogada en el Perú, cuáles considera que deberían los criterios a utilizarse?

En la tabla 3 y figura 3 se observa la descripción referente a la variable independiente sobre la no regulación de las técnicas de reproducción asistida; que el 50% de los especialistas consideran que deberían aplicarse como criterios del proceso de filiación de



Interpretación de Resultados:

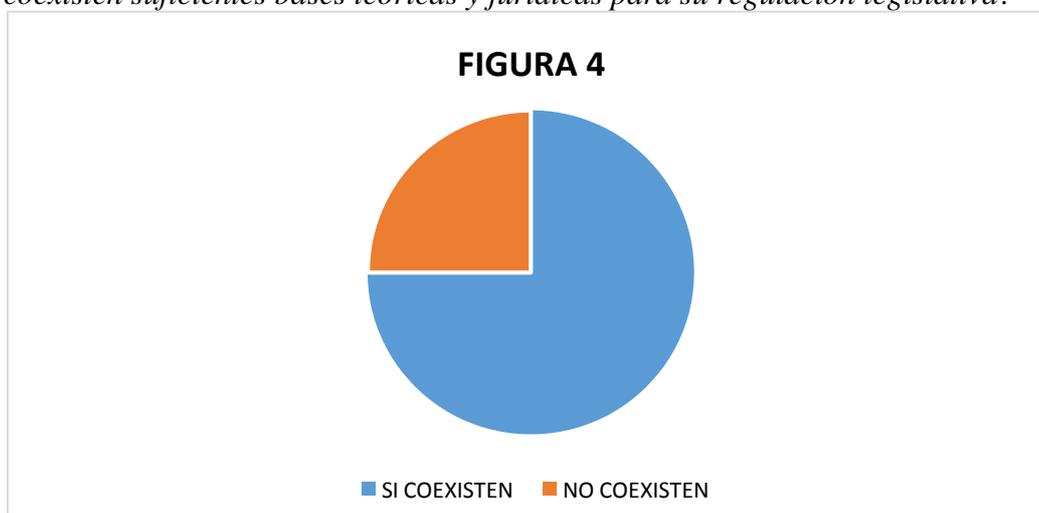
niños en los casos de maternidad subrogada en el Perú el derecho de identidad del menor; mientras que el 25 % considera que debería aplicarse el criterio de infertilidad o incapacidad para procrear; y el 25 % considera que debería aplicarse el criterio de primacía de la voluntad de las partes. Lo que prevalece el 50 % como criterio del derecho de identidad del menor.

Tabla 4 Considerando el desarrollo doctrinal y jurisprudencial en el ordenamiento jurídico peruano sobre el proceso de filiación de niños por maternidad subrogada, ¿coexisten suficientes bases teóricas y jurídicas para su regulación legislativa?

ITEM	FRECUENCIA	%
SI COEXISTEN	03	75 %
NO COEXISTEN	01	25 %
TOTAL	04	100 %

Nota: La encuesta fue realizada a Abogados especialistas en Derecho de Familia de la ciudad de Trujillo.

Figura 4 Considerando el desarrollo doctrinal y jurisprudencial en el ordenamiento jurídico peruano sobre el proceso de filiación de niños por maternidad subrogada, ¿coexisten suficientes bases teóricas y jurídicas para su regulación legislativa?



Interpretación de Resultados:

En la tabla 4 y figura 4 se observa la descripción referente a la variable independiente sobre la no regulación de las técnicas de reproducción asistida; que el 75% de los especialistas consideran que si coexisten suficientes bases teóricas y jurídicas para la regulación legislativa sobre peruano sobre el proceso de filiación de niños por maternidad subrogada; mientras que el 25 % consideran que no coexisten suficientes bases teóricas y jurídicas para su regulación legislativa. Lo que prevalece el 75 % como que si coexisten suficientes bases teóricas y jurídicas.

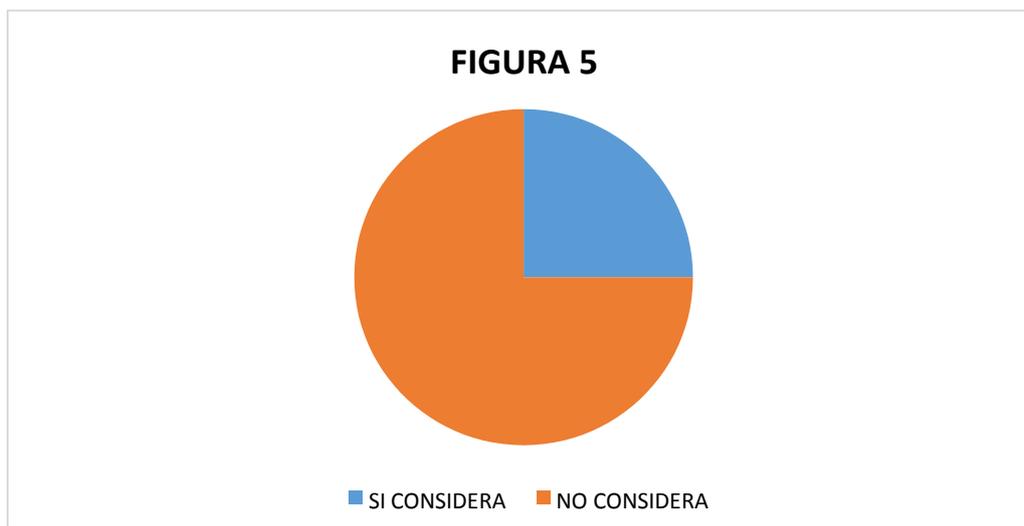
Tabla 5 ¿Considera válido lo propuesto en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil Peruano respecto a la modificación del artículo 409° del referido texto normativo, al regular la filiación mediante fecundación asistida, en concordancia con el artículo 7° de la Ley General de la Salud? ¿Por qué?

ITEM	FRECUENCIA	%
SI CONSIDERA	01	25 %
NO CONSIDERA	03	75 %
TOTAL	04	100 %

Nota: La encuesta fue realizada a Abogados especialistas en Derecho de Familia de la ciudad de Trujillo.

Figura 5 ¿Considera válido lo propuesto en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil Peruano respecto a la modificación del artículo 409° del referido texto normativo, al regular la filiación mediante fecundación asistida, en concordancia con el artículo 7° de la Ley General de la Salud? ¿Por qué?

Interpretación de Resultados:



En la tabla 5 y figura 5 se observa la descripción referente a la variable independiente sobre la no regulación de las técnicas de reproducción asistida; que el 75% de los especialistas consideran que no es válido lo propuesto en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil Peruano respecto a la modificación del artículo 409° del referido texto normativo, al regular la filiación mediante fecundación asistida, en concordancia con el artículo 7° de la Ley General de la Salud; mientras que el 25 % consideran que si es válido. Lo que prevalece el 75 % como que no es válido.

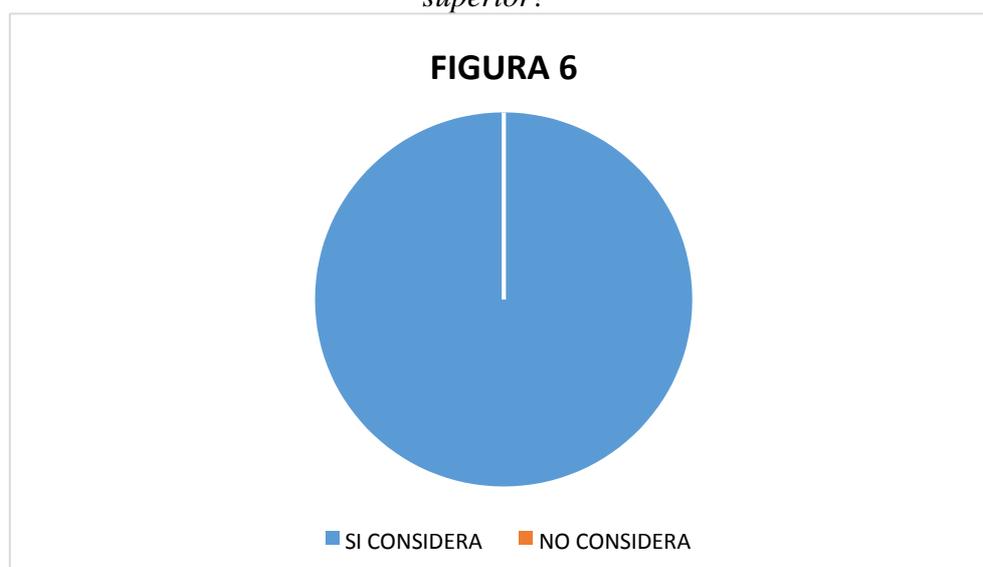
Tabla 6 ¿Considera que existe palmariamente la necesidad de regular la maternidad subrogada a fin de determinar adecuadamente la filiación de niños y niñas nacidos por esta técnica de reproducción asistida, y así proteger su identidad e interés superior?

ITEM	FRECUENCIA	%
SI CONSIDERA	04	100 %
NO CONSIDERA	00	0.00 %
TOTAL	04	100 %

Interpretación de Resultados:

Nota: La encuesta fue realizada a Abogados especialistas en Derecho de Familia de la ciudad de Trujillo.

Figura 6; Considera que existe palmariamente la necesidad de regular la maternidad subrogada a fin de determinar adecuadamente la filiación de niños y niñas nacidos por esta técnica de reproducción asistida, y así proteger su identidad e interés superior?



En la tabla 6 y figura 6 se observa la descripción referente a la variable independiente sobre la no regulación de las técnicas de reproducción asistida; que el 100% de los especialistas si consideran que existe palmariamente la necesidad de regular la maternidad subrogada a fin de determinar adecuadamente la filiación de niños y niñas nacidos por esta técnica de reproducción asistida, y así proteger su identidad e interés superior.

V. CONCLUSIONES

- A)** Se ha podido determinar, que en el ordenamiento jurídico peruano existe una ausencia de regulación normativa en cuanto a las técnicas de reproducción asistida, especialmente a la maternidad subrogada, claramente diferenciada de lo prescrito en el artículo 7° de la Ley General de la Salud, desconociendo el principal factor de concurrencia a estas técnicas, como es la infertilidad, evitando que la carga genética y proceso de gestación recaiga en la misma mujer; quedando al libre albedrío en la celebración de los contratos de vientres de alquiler.
- B)** Se han reconocido importantes avances sobre la ruptura de la verdad biológica con la situación jurídica de las familias, prevaleciendo valores tradicionales como el libre derecho a formar una familia, el afecto, vínculos paternales y el interés superior al niño; puesto que los Estados están reconociendo la primacía de la voluntad de las partes, con su debida intervención legal, en los nuevos fenómenos genéticos y sociales.
- C)** Uno de los principales directrices de la maternidad subrogada es la protección del derecho a la identidad personal del neonato, que abarca el derecho a reconocer a sus padres y conformar un grupo familiar, derecho al nombre y apellido y al desarrollo integral de su personalidad, conforme al artículo 6° del Código del Niño y Adolescente; resultando imprescindible la intervención estatal en los centros médicos de reproducción asistida garantizando la optimización de sus servicios, con el apoyo de los agentes del sistema de administración de justicia.
- D)** La regulación de la maternidad subrogada en el Perú deberá permitir su plena realización, considerando el libre ejercicio de los padres biológicos intervinientes con la madre gestante, procurando la defensa de la dignidad humana del neonato, libertad contractual, libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia.

VI. RECOMENDACIONES

- En consecuencia, se recomienda la pronta aprobación del Anteproyecto de Reforma del Código Civil respecto a la modificación del artículo 409° del referido texto normativo, al regular la filiación mediante fecundación asistida, en concordancia con el artículo 7° de la Ley General de la Salud; debido al incremento de solicitudes de parejas en los centros médicos privados que incoan la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, específicamente la maternidad subrogada; como asimismo, la delimitación del acuerdo de las partes intervinientes en el contrato de vientre de alquiler, los derechos y obligaciones de cada una de ellos, salvaguardando el interés superior al niño.
- Asimismo, se recomienda que en la disposición normativa que regula el proceso de filiación por maternidad subrogada, se establezcan criterios específicas para su solicitud, considerando especialmente los casos de infertilidad, incapacidad para procrear, parejas homosexuales, impedimentos burocráticos en los procesos de adopción, edad de las padres legales, edad de la madre gestante, derecho de identidad y personalidad del menor.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Hidalgo, S. (2018). *La Maternidad Subrogada y Afectación a La Teoría General de La Contratación contenida en el Código Civil peruano*. Tesis para obtener el Título Profesional de Abogada, Universidad Nacional Santiago Santúnez Mayolo, Huaraz, Perú. [En línea] Disponible en:

http://repositorio.unasam.edu.pe/bitstream/handle/UNASAM/2733/T033_%2046707672_T.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Kadagand Lovanton, R., & Lovanton, y. C. (2008). *Método científico del ADN aplicado a la criminología y paternidad*.

Meléndez Sotero, L. (2017). *Maternidad Subrogada*. Lima: Gaceta Jurídica.

Merino Espejo, C. (2006). *Aspectos de una ley eficaz sobre técnicas de reproducción humana*. Trujillo.

Mosquera Vásquez, C. (1997). *Derecho y Genoma Humano*.

Peralta Andia, R. (2004). *Derecho de Familia*. Lima.

Saavedra, S. (2017). *Aspectos Jurídicos Relevantes en la Maternidad Subrogada: Un Análisis a la Realidad Peruana*, Tesis para obtener el Título Profesional de Abogada, Universidad César Vallejo, Nuevo Chimbote, Perú, [En Línea] Disponible en: https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/10276/saavedra_ps.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Salazar, A. (2020). *Implicancias Jurídicas de La Regulación en La Maternidad Subrogada como parte de una Realidad Social*. Tesis para obtener el Título Profesional de Abogada, Universidad de Huánuco, Perú. [En línea] Disponible en: <http://200.37.135.58/bitstream/handle/123456789/2592/SALAZAR%20CHAUCA%2c%20ANDR%c3%89S%20ALEJO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Tejada, J. (2019). *Análisis Jurídico de la Maternidad Subrogada dentro de nuestro Ordenamiento Legal Peruano, Arequipa, 2017*. Tesis para obtener el Grado Académico de Maestro en Derecho Civil, Universidad Católica de Santa María, Perú. [En línea] Disponible en: <http://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/UCSM/9033/91.1899.MG.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Varsi Rospigliosi, E. (2013). *Derecho Genético*. Lima: Grijley.

Varsi, E. (noviembre, 2010). *Filiación y reproducción asistida*. Revista DF Y P, Año II, N° 10. [En línea] Disponible en: https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/3258/Varsi_Rospigliosi_Enrique.pdf?sequence=1&isAllowed=y

VIII. ANEXOS

ANEXO 02

ANEXO 3

