

**UNIVERSIDAD NACIONAL HERMILIO VALDIZÁN**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**  
**CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**



---

**REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y EL  
DERECHO REPRODUCTIVO EN LAS RESOLUCIONES EMITIDAS  
POR LOS JUZGADOS CONSTITUCIONALES DE LA CORTE  
SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, 2018-2022.**

---

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: DERECHO**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**TESISTA:**

**MENIETA BENEDETTI, GIANELLA CLAUDIA**

**ASESOR:**

**Dr. NÁJAR FARRO, CÉSAR ALFONSO**

**HUÁNUCO – PERÚ**

**2022**

## **Dedicatoria**

A mi abuelita Aurelia que desde el cielo siempre me guía por el buen camino y me protege, a mi madre Gina Benedetti por su amor y su apoyo incondicional en todo momento, a mi padre Jesús Mendieta por su esfuerzo y sacrificio, por darme la oportunidad de tener una carrera y por creer en mi capacidad.

A mis hermanos Bruno y Paolo por sus consejos que han fomentado en mi el deseo de superación y de triunfo en la vida.

## **Agradecimiento**

Agradezco a Dios porque con su amor y bondad he logrado cumplir todos mis logros, gracias por estar presente en todo momento de mi vida, a mis padres porque son lo mas importante y sagrado que me ha dado la vida y a todas las personas que de alguna u otra manera me apoyaron en la elaboración del presente trabajo.

## Resumen

El estudio realizado sobre, "La regulación de la maternidad subrogada y el derecho reproductivo ", tuvo como objetivo general determinar cuál es la importancia de la regulación de la maternidad subrogada frente al derecho reproductivo en las resoluciones que se encontraron en nuestra realidad jurídica, planteándose para ello una investigación de enfoque cualitativo, aplicándose como población una serie de casos relacionados a la maternidad subrogada; obteniéndose como resultado que es necesaria la regulación de la maternidad subrogada a fin de velar por los derechos reproductivos de aquellas personas que por causas naturales o accidentales son estériles o infértiles; además de ello se concibe la idea de que la normativa así como el Derecho se debe de ir modernizando de acuerdo a las necesidades sociales.

**Palabras claves:** Maternidad Subrogada, regulación, derecho reproductivo, derecho a la vida, derecho a la identidad.

## Abstract

The study carried out on, "The regulation of surrogate motherhood and reproductive" The general objective was to determine the importance of the regulation of surrogate motherhood in the face of reproductive rights in the resolutions that were found in our legal reality, considering a qualitative approach research, applying as a population a series of cases related to the Surrogate motherhood; obtaining as a result that the regulation of surrogate motherhood is necessary in order to ensure the reproductive rights of those people who, due to natural or accidental causes, are sterile or infertile; In addition to this, the idea is conceived that the regulations as well as the Law must be modernized according to social needs.

**Keywords:** Surrogate Motherhood, regulation, reproductive right, right to life, right to identity.

# ÍNDICE

Dedicatoria.....	ii
Agradecimiento.....	ii
Resumen .....	iii
Abstract .....	iii
Introducción .....	v
<b>CAPITULO I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN .....</b>	<b>1</b>
1.1 Fundamentación o situación del problema de investigación .....	1
1.2 Formulación del problema de investigación general y específicos. ....	3
1.2.1 Problema General .....	3
1.2.2 Problemas Específicos .....	3
1.3 Formulación del objetivo general y específicos .....	4
1.3.1 Objetivo General .....	4
1.3.2 Objetivos Específicos .....	4
1.4 Justificación.....	4
1.5 Limitaciones .....	5
<b>CAPITULO II. MARCO TEÓRICO .....</b>	<b>6</b>
2.1. Marco Contextual e Institucional .....	6
2.2. Antecedentes de la Investigación .....	10
2.2.1. Antecedentes Nacionales .....	10
2.2.2. Antecedentes Regionales .....	12
2.2.3. Antecedentes Internacionales .....	13
2.3 Bases teóricas .....	13
2.4. Bases conceptuales .....	13
<b>CAPITULO III. MARCO METODOLOGICO .....</b>	<b>64</b>
3.1 Ámbito .....	64
3.2 Población .....	64
3.3 Diseño de estudio .....	64
3.4 Matriz de Categorías .....	65

3.5. Métodos, Técnicas e instrumentos. ....	67
3.6. Análisis de Datos .....	68
3.7. Consideraciones éticas .....	68
<b>CAPITULO IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN .....</b>	<b>70</b>
4.1 Análisis de discurso o contenido .....	70
4.2 Análisis de familia o categorías .....	76
4.3 Análisis de topología .....	80
4.4 Teorías implícitas .....	82
4.5. Argumentación Hermenéutica y otro de las categorías emergentes .....	83
CONCLUSIONES .....	103
RECOMENDACIONES O SUGERENCIAS .....	104
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	106
<b>ANEXOS .....</b>	<b>110</b>
Ficha De Análisis Documental .....	11016
Proyecto de Ley .....	1140
Matriz de Consistencia .....	1184
Operacionalización de variables .....	1239

## Introducción

Se dice que la maternidad subrogada, también conocida como vientre de alquiler, tiene sus orígenes en Estados Unidos, específicamente en California por los años 1975, en donde una pareja de esposos que no podían tener hijos, ya que la mujer era estéril, deciden realizar una publicación donde solicitan a una mujer para que esta pueda ser inseminada y consecuentemente quede embarazada, a razón de ello, se le pagaría una remuneración. A partir de ahí, es que nacen organizaciones profesionales que buscan contactar a mujeres para que puedan ser madres portadoras de parejas que puedan estar interesadas. Debemos de tener en cuenta, que, ante una necesidad, se requiere llenar estos vacíos.

La esterilidad de una persona, sea dentro del matrimonio o relación, no debe de ser un límite para poder engendrar hijos, es decir, dejar una propia estirpe en la historia de la sociedad. Aún más teniendo en consideración de que la tecnología nos otorga la posibilidad de poder engendrar sin necesariamente tener relaciones sexuales que pueda convenir para algunos en una infidelidad, sino que pueda hacerse mediante otros métodos de inseminación.

La falta de regulación normativa de esta figura médico legal, no limita su práctica, ya que esta puede darse de manera ilegal, escondida y sobre todo sin las garantías mínimas de salud, incluso puede conllevar al aprovechamiento de las personas, o si maximizamos los alcances, a la trata de personas. Lo que se busca con su regulación, es no solo legalizar su práctica, sino garantizar los respectivos derechos a las partes que puedan intervenir en estas relaciones. Como ejemplo, podemos señalar al aborto, una figura medica por la que se termina o interrumpe el embarazo de manera voluntaria, para esta situación la Organización Mundial de la Salud (OMS) estima que para Sudamérica el 13% de las muertes maternas en el 2008 fueron causadas por aborto clandestino, ello es de cifras oficiales, ya que muchas muertes por aborto clandestino no pertenecen o son parte de alguna cifra, ya que su conocimiento no sale a la luz.

## **CAPITULO I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

### **1.1 Fundamentación o situación del problema de investigación**

Tal y como hemos podido investigar, en nuestra realidad jurídica, siempre encontramos lagunas legales o falta de regulación sobre distintas materias una de ellas es el tema de la maternidad subrogada, que suele ser engorroso, ya que no solo engloba al derecho de familia, sino también engloba la materia legal de contratos e incluso expandiéndonos un poco más se toma en cuenta el derecho constitucional.

Como hemos podido ver estamos frente a una limitación en torno al derecho reproductivo, donde se vulnera la libertad y autonomía que tiene tanto el hombre como la mujer de decidir con plena responsabilidad tener hijos o no; específicamente nos referimos a la limitación que sufre una mujer que por motivos de infertilidad o esterilidad no ha podido procrear. Aquí surge la idea de la maternidad subrogada, que es un método mediante el cual una madre subrogada, previo acuerdo, se compromete a llevar de inicio a término un embarazo y posteriormente entregar al bebé, renunciando de esa manera a todos sus derechos como madre biológica.

Hasta el momento dentro de nuestra legislación la maternidad subrogada no ha sido legislada, empero tampoco prohibida; ante este vacío legal muchas parejas de nacionalidad peruana con el deseo de formar una familia se han llevado a las futuras madres gestantes a otros países, tales como Suecia, Alemania, Francia, Inglaterra Tailandia para poder celebrar un contrato de vientre de alquiler.

En la legislación peruana específicamente en el artículo N° 7 de la Ley General de Salud se remarca el derecho de las personas a buscar tratamientos para su infertilidad, así mismo se aprueba el uso de técnicas de reproducción asistida, empero, esta norma pone la condicionante de que la mujer que aporta la carga genética y la mujer que gesta al cigoto debe ser la misma persona, excluyendo también de esa manera la donación de óvulos.

En consecuencia, a raíz de tales problemáticas se vienen afectando y vulnerando distintos derechos, dentro de los cuales podemos mencionar el derecho a procrear, a la libertad, a la privacidad, y también al principio de interés superior del niño; teniendo en cuenta que en nuestra realidad social esta práctica se viene dando de manera clandestina y de manera ilegal; que en la mayoría de los casos acarrea consecuencias jurídicas o de salud.

Dentro de la problemática que hemos podido encontrar, los asuntos mayormente discutidos giran en torno a dos puntos de vista: el primero, que hace referencia a las perspectivas altruistas, es decir que la maternidad subrogada se dé sin ningún beneficio económico o material de por medio y por otro lado, tenemos una perspectiva contractualista que afirma que el previo acuerdo maximiza la utilidad de los participantes y que no hay nada que objetar a un contrato que como cualquier otro las partes acuden libremente y con pleno conocimiento de lo que implica.

Por otro lado, surge una problemática en cuanto a la dignidad de la madre subrogada, como de los recién nacidos, afirmándose que al darse esta práctica se estaría abusando o vulnerando la condición humana de ambos.

Otra problemática que surge es la identidad del concebido, ya que se menciona que al no conocer a su madre biológica o al no saber de ella, el menor no podría lograr su individualización, puesto que para ello debe conocer sus datos biológicos y culturales.

Como podemos observar es un tema muy controversial y que ha traído a colación diferentes posturas basadas a veces en la religión, en el moralismo, etc.

La unión del hombre con la mujer, se da no solo ante la unión de sentimientos afectivos, sino que con el tiempo surge la necesidad de procrear con el afán de poder formar una familia, ahora debemos de tener en cuenta que la familia es el fin supremo de la sociedad, si bien, la familia ha ido variando a lo largo del tiempo, dándose así la familia nuclear, familia ensamblada, monoparental, etc. Nace el propósito del varón y de la mujer dejar sus propios rastros en la historia y sobre todo

si tienen una vida prospera, pero que, sin embargo, por circunstancias ajenas a ellos, no pueden engendrar hijos, limitando su proyecto de vida, por lo que la maternidad subrogada es una opción para ellos.

El derecho como ciencia, se adecua a los nuevos tiempos, y la maternidad subrogada es una figura novedosa para nuestro país, al menos en legislación, por lo que el Estado en aplicación del Derecho debe de regular estas circunstancias a fin de suplir la necesidad de las personas, y actúen de acuerdo a ley, y no de manera clandestina, como quizá se viene haciendo actualmente en nuestro país, cometiéndose delitos como el de tráfico de personas.

Este trabajo de investigación sirve de base y cimiento para futuras investigaciones y para que en algún momento se pueda regular la maternidad subrogada dentro de nuestro país a fin de desalentar las malas prácticas y coadyuvar con el derecho reproductivo.

## **1.2 Formulación del problema de investigación general y específicos.**

### **1.2.1 Problema General**

En la presente investigación se ha planteado como problema general:

- ¿Cuál es la importancia de la regulación de la maternidad subrogada frente al derecho reproductivo?

### **1.2.2 Problemas Específicos**

Asimismo, ha tenido como problemas específicos:

- ¿De qué manera la contratación de una mujer para ser inseminada influye en el derecho reproductivo?
- ¿De qué manera el compromiso al término del embarazo de entregar al recién nacido influye con el derecho reproductivo?

- ¿De qué manera la renuncia a la filiación respecto al hijo gestado influye en el derecho reproductivo?
- ¿De qué manera la utilización de técnicas de reproducción asistida influye en el derecho reproductivo?

### **1.3 Formulación del objetivo general y específicos**

#### **1.3.1 Objetivo General**

El presente trabajo de investigación ha tenido como objetivo general:

- Determinar cuál es la importancia de la regulación de la maternidad subrogada frente al derecho reproductivo.

#### **1.3.2 Objetivos Específicos**

Asimismo, hemos tenido como objetivos específicos:

- Identificar de qué manera la contratación de una mujer para ser inseminada influye en el derecho reproductivo.
- Identificar de qué manera el compromiso al término del embarazo de entregar al recién nacido influye con el derecho reproductivo.
- Identificar de qué manera la renuncia a la filiación respecto al hijo gestado influye en el derecho reproductivo.
- Identificar de qué manera la utilización de técnicas de reproducción asistida influye en el derecho reproductivo.

### **1.4 Justificación**

El presente trabajo de investigación, basó su justificación práctica en que la problemática que fue planteada busca otorgar una solución a ese sector de personas que ven vulnerado su derecho a procrear debido a que se encuentran limitados por la falta de regulación de una figura que en otros países se encuentra

regulada y puesta en práctica dentro de los parámetros ya establecidos, esto a su vez se resolvió en base al desarrollo realizado y en base a las estrategias que hemos planteado.

Asimismo, se determinó que debería de existir una normativa aprobada y publicada sobre maternidad subrogada, en base de que hasta la fecha ya existen pronunciamientos por los entes jurisdiccional, aquí estamos haciendo referencia al Poder Judicial de nuestro país.

En efecto con la regulación de la maternidad subrogada de una manera idónea, podremos decir que el estado de alguna forma está garantizando el derecho reproductivo como derecho fundamental.

Finalmente, podemos decir que nuestra investigación coadyuva y propugna garantizar el derecho reproductivo de aquellas parejas, esposos, que, por razones biológicas, de enfermedad o accidentales no pueden procrear un hijo, abriendo así la posibilidad de que estos puedan crear su propia familia dentro de los límites permisibles por la ley.

## **1.5 Limitaciones**

La presente investigación tuvo como limitación al consultar con la casuística ya que existen muy pocos casos relacionados a la maternidad subrogada, sin embargo, hemos podido superar dicha limitación consultando al Derecho comparado que nos ha servido como cimiento y base para el presente trabajo de investigación, en torno al plano económico y tecnológico no hemos encontrado ningún tipo de limitación, toda vez que hemos contado con los materiales requeridos para una adecuada realización, considerando sobre todo que la pandemia por Covid-19 nos ha abierto las puertas para un mundo digital más completo, en donde se encuentra diferente tipo de información digital; en relación al plano informativo hemos podido obtener fuentes bibliográficas de distintos repositorios y bibliotecas virtuales.

## **CAPITULO II. MARCO TEÓRICO**

## 2.1. Marco Contextual e Institucional

La maternidad subrogada en el Perú, conocida de manera “coloquial o popular” como vientre de alquiler o alquiler de útero, en la actualidad no tiene un tratamiento legal para su regulación ni reconocimiento. A pesar de este contexto, la legislación tampoco es cerrada, para ello se han propuesto varios proyectos de ley. De este modo, muchas parejas peruanas aún optan por implantarse un embrión subrogado para tener una familia, y la futura madre a menudo viaja a un país donde tales procedimientos son legales.

En nuestro país la maternidad subrogada encuentra limitaciones al no estar regulada, no solo para esta situación en concreto, sino para todas las técnicas de reproducción asistida. Regresando al tema de la maternidad subrogada, la principal limitación se deriva de la filiación, pues la normativa exige que la madre biológica y la madre genética deben ser la misma persona, por una cuestión mantener el orden público sobre la forma de procreación natural que la sociedad mantiene.

Otra de las razones en que se fundamenta lo dicho es que afecta a la institución de la adopción, la posible comisión de delitos para concretar la gestación subrogada, problemas contractuales, entre otros; esta situación se ha propuesto como una laguna normativa, ya que las personas tampoco se encuentran imposibilitadas de hacer lo que la legislación no impide. Mientras tanto, para la realidad, la maternidad se puede dar de muchas formas como ser madre portadora, la embriodonación, la ovodonación, y demás comprendidas en las técnicas de reproducción asistida.

La Constitución Política enuncia una serie de derechos fundamentales en el artículo 2, entendiéndose como derechos humanos, sin contemplar positivamente en concreto el derecho a la procreación, sin embargo, el artículo 3 determina 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”.

Esto nos lleva a señalar que el derecho a la procreación se encuentra implícito dentro de otros derechos fundamentales, tales como el de la familia, el de la dignidad, y el de la autonomía reproductiva, que a su vez son considerados derechos constitucionales y fundamentales.

En el Perú, la maternidad subrogada no está regulada dentro del ordenamiento jurídico, por lo que el ejercicio de esta técnica no ofrece un reconocimiento legal de paternidad a quienes deseen llevarlo, no es considerado un acto ilegal, pero como se mencionó, carece de reconocimiento jurídico, es decir, no se le pueden imputar los derechos y obligaciones contenidos en los respectivos cuerpos normativos. En consecuencia, se presenta un problema de filiación para el menor, siendo desfavorecido de una protección constitucional.

La Ley General de Salud expresa que toda persona tiene el derecho de poder recurrir a un tratamiento de fertilidad, estableciendo como supuesto que la condición de madre genética y de madre gestante debe recaer sobre la misma mujer. Por lo que podemos inferir que existe una cuestión tácita, o también llamada laguna normativa respecto de la maternidad subrogada, ya que su práctica no está penalizada de ningún modo, pero los conflictos se empiezan a desglosar al momento de la filiación.

Zaldívar (2016) señala que:

En Perú, tenemos precedentes que apuntan a la falta de regulación en este tema en casos que llegaron a sentencia de la Corte Suprema, como Casación CAS. N° 563°-2011 Lima y CAS.5003-2007, declarando en primera sentencia a favor del Derecho del Menor a la Protección el interés superior del niño y el derecho del niño a tener una familia.

Para abordar el tema de la sustitución parcial y altruista de la licencia por maternidad, en 2013 se propuso el Proyecto de Ley N° 2839-2013- CR . Nada más lejos de la realidad, ya que vivimos en un mundo globalizado donde el derecho comercial evoluciona rápidamente, dejando desprotegidas a las partes involucradas en el proceso reproductivo sobre la base de concepciones idealistas de la justicia.

El autor Zaldívar (2016) hace bien en mencionar sobre las posturas en contra de la maternidad subrogada, mismo que han sido factores que frenan el desarrollo de este hecho jurídico carente de regulación. Se pueden agregar las siguiente corrientes que fundamentan un pensamiento en contra de la maternidad subrogada:

- a) El lusnaturalismo: esta corriente doctrinaria postula que la procreación es una actividad natural.
- b) Disolución social: la disociación entre la sociedad y el sentido de la vida humana.
- c) Opresión de las mujeres: engloba el hecho de que las féminas sean un canal para alumbrar hijos; no es conciliable con la dignidad humana para los fines lucrativos.
- d) La adopción: debido a la presencia de niños que se encuentran en estado de abandono y que pueden ser adoptados para así poder constituir un hogar, más aún cuando se encuentra regulado por el ordenamiento jurídico.

Rubio (1996) menciona que:

La postura de la Iglesia Católica se fundamenta en sus propias enseñanzas y en la Teoría General del Derecho, que rechaza tal acuerdo por las razones que se exponen a continuación. Es inconcebible que la gestante no sea la madre biológica y portadora genética de la persona recién nacida, ya que no puedes beneficiarte de que una madre humana dé a luz, ni puedes calificar al acto de dar a luz en sí mismo como un negocio. Todo intento fallido de una de estas técnicas de reproducción asistida estaría acarreado la muerte de un ser humano por manipulación genética y criopreservación de embriones

legalmente reconocidos como personas. Existe perturbación en las relaciones familiares, especialmente entre la madre y sus padres biológicos, y conflictos conyugales cuando uno de los cónyuges se opone al embarazo.

Al encontrarnos bajo un vacío legal generado por la falta de regulación, se desprenden de este hecho otros problemas jurídicos, tales como la filiación, respecto de lo mencionado Vallejo (2015), reconoce lo expresado en nuestro ordenamiento jurídico:

En nuestro ordenamiento jurídico, la paternidad se rige por los artículos 236° al 238° del Código Civil de 1984, que reconocen las siguientes tres modalidades de paternidad: la paternidad por consanguinidad, la paternidad por afinidad y la paternidad por adopción. Frente a un mundo donde los avances tecnológicos en genética permiten una concepción más progresiva de la paternidad en la que los donantes pueden aportar material genético con el fin de facilitar la concepción de un hijo para una pareja contratante que pretende ser padres; estos adultos tienen la patria potestad sobre la base de su afinidad y la ley.

De conformidad a lo dicho por Morán (2005) la falta de regulación dificulta que los órganos judiciales se pronuncien sobre temas relacionados con la maternidad subrogada, como cuándo debe comenzar la vida del hijo (en términos de reproducción humana asistida, filiación y responsabilidad parental).

En base a legislaciones en que la madre gestante no tiene interés en la maternidad, o en casos en el que la procreación del nuevo ser haya sido bajo la intervención de una madre gestante y una genética, se puede entregar el recién nacido a la madre genética, la maternidad subrogada concentra un conflicto, que es determinar quién de ellas es madre.

Debemos destacar, que el contexto nacional suscita que se siga cometiendo este hecho por la imposibilidad de poder conformar una familia de manera natural, que podría presentarse como una afectación de los derechos fundamentales y los

derechos reproductivos, uno de los hechos más comunes que se presentan es la infertilidad.

Sobre esto Calderón (2009), refiere que en el mundo actual, la infertilidad femenina se debe en gran medida a que las mujeres posponen la maternidad para centrarse en sus carreras u otras prioridades, a pesar de que la edad cronológica de la mujer es uno de los factores que dificulta la procreación. Factores sociales, físicos las enfermedades y el estrés psicológico también juegan un papel. Una pareja comienza a investigar su estado de fertilidad para descubrir lo siguiente:

- a) La certeza de la existencia de ovulación.
- b) La existencia de la integridad anatómica funcional uterina y las trompas de Falopio, así como un estudio espermatológico del varón.
- c) Constatar la normal penetración del espermatozoide al ovulo; se halla la falla reproductiva y se busca una técnica de reproducción humana asistida que corrija el problema.
- d) La ingeniería genética otorga recursos de procreación a las parejas según su caso.
- e) La elección de la técnica de reproducción humana asistida.

## **2.2. Antecedentes de la Investigación**

### **2.2.1. Antecedentes Nacionales**

**Llontop (2021)**, quien presentó su tesis: “La maternidad subrogada y su aplicación en el derecho peruano ante la Universidad de Piura, tuvo como objetivo analizar cómo se viene ejerciendo actualmente la maternidad subrogada en el Perú, dado que el ordenamiento jurídico peruano no tiene una ley que directamente regule o prohíba la gestación subrogada, planteándose un método descriptivo, en el que concluyó que la maternidad subrogada es comúnmente identificada con el término vientre en alquiler. La maternidad subrogada puede verse diferente dependiendo de quién aportó material genético, más personas de las que normalmente intervendrían en un proceso de nacimiento natural están involucradas en un nacimiento

subrogado. Por lo tanto, es posible prever la escalada de conflictos que se pueden generar si uno de estos sujetos decide no cumplir con lo que se comprometió anteriormente.

Como hemos podido darnos cuenta a raíz de este trabajo de investigación la maternidad subrogada se lleva a cabo de manera clandestina en nuestro País, debido a que no existe una regulación que permita establecer parámetros claros para ambas partes, asimismo, podemos ver que al ser una práctica ilegal trae consigo muchos problemas de salud y legales.

**Alvarez y Marcos (2020)**, con su tesis intitulada: “Derechos sexuales y reproductivos de las mujeres como derecho fundamental en el Perú a razón de las Recomendaciones de la CEDAW” ante la Universidad Peruana Los Andes, tuvo como objetivo establecer cuál es el fundamento de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres como derecho fundamental en el Perú a razón de la recomendación del comité la CEDAW de la recomendación de la CEDAW; el trabajo de investigación uso el método hipotético deductivo, el método hermenéutico y el método inductivo en la cual concluye que el tratamiento legal de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en el Perú es insuficiente o inexistente, como lo demuestra actualmente en la Constitución de 1993, hemos establecido que no existe un tratamiento legal de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en Perú, a pesar de ser una de las prioridades del Derecho Internacional. Como resultado, las mujeres han acudido a la justicia internacional para obtener reparación por sus reclamos.

Después de haber analizado este trabajo, hemos podido observar que actualmente en nuestro país no se tutelan adecuadamente los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, ya que muchas parejas infértiles en su afán de conformar una familia han tenido que recurrir al ámbito internacional, ya que actualmente en nuestra normativa las técnicas de reproducción asistida excluyen la maternidad subrogada.

## 2.2.2. Antecedentes Regionales

**Jara (2021)** quien presento la tesis titulada “El Vientre de Alquiler y la Protección Legal”, ante la Universidad de Huánuco, a fin de optar el título de abogado por la citada universidad, planteándose como objetivo el establecer de qué manera la legalización del alquiler de vientre permitiría la protección jurídica de los padres genéticos, para ello se planteó una investigación de tipo aplicada, con una población de 40 personas, entre abogados litigantes, médicos especialistas en fertilidad, y mujeres, a quienes se les realizo una serie de encuestas, obteniendo como resultado que la legalización del alquiler de vientre o maternidad subrogada permitiría la protección legal de los padres genéticos.

**Manrique de Lara (2018)** quien presento la tesis titulada “Estrategias de empoderamiento de mujeres víctimas de violencia de pareja en sus derechos sexuales y reproductivos y de igualdad de género - Huánuco, 2016” ante la Universidad Nacional Hermilio Valdizán, a fin de optar el grado académico de Doctor en Derecho, planteándose como objetivo general el determinar las estrategias de empoderamiento de mujeres víctimas de violencia de pareja en sus derechos sexuales y reproductivos, y de igualdad de género; la metodología aplicada se basó en una investigación de diseño fue cuasi experimental, tipo longitudinal y prospectivo, nivel explicativo; tomándose en cuenta una población de 308 mujeres, para finalmente considerar a 43 personas que cumplieron los criterios de selección; llegándose a la conclusión de que las competencias utilizadas por las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar antes y después de la implementación de las estrategias de desarrollo fueron las siguientes: La conversación adecuada con un compañero aumenta algo (76,44%) y (93%). Un diálogo exitoso resulta en un aumento significativo (16,27%) y (81,39%). El diálogo recíproco adecuado tiene un incremento moderado (34,88%) y (69,76%). Reaccionan adecuadamente al llanto si el aumento es elevado ( 25,58 %) y (93,02%).La respuesta adecuada a los golpes mejora significativamente (4,65%) y (69,76%).

### **2.2.3. Antecedentes Internacionales**

**Gallegos (2019)** quien presento la tesis titulada “Análisis Jurídico de la Figura de la Maternidad Subrogada en México y su inclusión en una propuesta de Ley denominada Ley de Reproducción Asistida para la Ciudad de México” ante la Universidad Nacional Autónoma de México, Nezahualcóyotl, Estado de México, cuyo objetivo fue demostrar que en efecto, la Ciudad Capital de la República Mexicana requiere regular de manera eficaz la figura de la Maternidad Subrogada, aplicándose el método inductivo de variaciones concomitantes. Obteniéndose como resultado que México es un país dónde sería posible dada su diversidad poblacional dónde los métodos de reproducción asistida pueden implementarse a gran escala.

**Torres (2018)** quien presento la tesis titulada: titulada “Libertad, Desigualdad y el Contrato de Maternidad Subrogada”, ante la universidad Autónoma de Madrid, planteándose como objetivo el criticar que la subrogación de vientre deba de ser aceptada como una actividad como otra cualquiera desde dos perspectivas: por un lado, la visión del socialismo y de la justicia del filósofo Gerald Allan Cohen; por el otro, desde una crítica feminista, planteándose para ello una investigación de tipo teórica, epistemológica y filosófica, abarcando posiciones contrarias a la maternidad subrogada, obteniendo como resultado que, la subrogación de vientre deniega la autonomía de las madres de alquiler, consecuentemente supone que el contrato de subrogación, a su vez, no es comparable con la donación de órganos altruista.

### **2.3 Bases teóricas**

#### **ORIGEN DE LA MATERNIDAD SUBROBADA EN EL MUNDO**

En 1975, un periódico de California, Estados Unidos, publicó un anuncio en el que buscaba una mujer para ser inseminada artificialmente a pedido de una pareja infértil que ofrecía pago por el servicio. Este evento marcó el comienzo de la historia de las madres subrogadas. Posteriormente, surgió una plétora de organizaciones profesionales con el objetivo de conectar a las mujeres embarazadas con posibles

parejas; esto, a su vez, dio lugar a disputas que debían resolverse en los tribunales y provocó un debate público sobre el tema.

En 1985, los Stern contrataron a Mary Whitehead para tener un hijo utilizando el esperma del Sr. Stern mediante inseminación artificial. Este caso, conocido como “Baby M”, recibió mucha atención de los medios. El contrato reflejaba la promesa de la madre portadora de no formar una relación materno-filial con el niño, así como su obligación de interrumpir el embarazo si la prueba de amniocentesis revelaba que el feto presentaba anomalías.

La contraprestación ofrecida era de US\$ 10.000. “Baby M” nació el 27 de marzo de 1986, pero su madre biológica (y propietaria del óvulo) se negó a dársela a los Stern, por lo que el Sr. Whitehead la crio como si fuera su propia hija. Un informe psiquiátrico concluyó que el permiso de la mujer embarazada al momento de firmar el contrato no fue dado con pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias que se derivarían de ello por no poder separarse de su hija. Adicionalmente, un perfil psicológico determinó la existencia de ciertas asociaciones que le impedirían separarse de su bebé. El juez de primera instancia de Nueva Jersey que presidió el caso otorgó a los Stern la custodia de su hija y confirmó la validez de su acuerdo prenupcial.

La madre apeló el fallo y el tribunal supremo del estado revocó la decisión del tribunal inferior, declarando nulo y sin efecto el contrato, pero manteniendo el derecho de los Stern a la custodia de su hijo, Baby M, con el argumento de que la familia podía proporcionar un mejor entorno social y económico para el niño. Después de diez años, la Corte reconoció oficialmente a Mary como la madre biológica de Jesús y le otorgó derechos de visita. (Roberto, 1998)

## **ORIGEN DE LA MATERNIDAD SUBROBADA EN EL PERU**

La práctica de la maternidad subrogada, a menudo conocida como “vientre de alquiler” o “alquiler de útero”, es ilegal en el Perú en la actualidad. Tampoco existe una sola legislación “cerrada” en materia de reproducción asistida. Más bien, hay muchas leyes pendientes. Sin embargo, muchas parejas peruanas recurren a un

embrión subrogado para formar una familia, muchas veces enviando a la gestante a un país donde el procedimiento es legal.

La maternidad subrogada no está regulada en nuestro país, y existen restricciones a las técnicas de reproducción asistida, entre ellas el requisito de que la madre biológica y la madre genética sean la misma persona. Esto se debe a que la práctica se considera una amenaza para el orden público y la comprensión natural de la reproducción sostenida por la mayoría de las sociedades; Por la ausencia de regulación, es posible suponer que todo vale, y que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda o prohíbe. Esto, por supuesto, puede dar lugar a la comisión de delitos penales.

Si bien es cierto, la maternidad se puede dar de varias formas, algunas de las más comunes se enumeran a continuación: madre gestante, madre sustituta, ovodonación y transferencia de embriones.

La Constitución Política enuncia una serie de derechos fundamentales en el artículo 2, entendiéndose como derechos humanos, sin contemplar positivamente en concreto el derecho a la procreación, sin embargo, el artículo 3 determina 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”.

Esto nos recuerda que el derecho a la procreación se enmarca en otros derechos básicos como el derecho a la familia, a la propia dignidad ya la propia autonomía reproductiva, todos ellos, a su vez, reconocidos como garantías constitucionales y fundamentales.

Si bien la práctica de la maternidad subrogada no es ilegal en el Perú, no proporciona al padre ningún reconocimiento legal de su paternidad y, por lo tanto,

no puede utilizarse para hacer cumplir ninguno de los derechos o responsabilidades que estarían asociados con dicho reconocimiento bajo la ley peruana. En consecuencia, el menor tiene dificultad para formar un núcleo familiar estable, y se ve perjudicado por la falta de garantías constitucionales.

La Ley General de Salud (2017) expresa que toda persona tiene el derecho de poder recurrir a un tratamiento de fertilidad, estableciendo como supuesto que la condición de madre genética y de madre gestante debe recaer sobre la misma mujer. El artículo 7 menciona que:

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

Cuando nos encontramos en un vacío legal causado por la falta de regulación, a raíz de esto surgen otras cuestiones legales como la afiliación, respecto de lo establecido, Vallejo (2015) reconoce lo expresado en nuestro ordenamiento jurídico:

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce tres tipos de paternidad: paternidad consanguínea, paternidad por afinidad y paternidad adoptiva. Estos se encuentran definidos en los artículos 236° al 238° del Código Civil de 1984. Enfrentarse a un mundo donde los avances tecnológicos en genética permiten una concepción más progresiva de la paternidad en la que los donantes pueden contribuir con material genético para la concepción de un niño por el cual esos donantes tendrían responsabilidades parentales legales y morales. (sp)

## **CONCEPTO DE MATERNIDAD SUBROGADA**

## **Maternidad Subrogada**

El término “maternidad subrogada”, también conocida como gestación sustitutiva y alquiler de vientre, se utiliza comúnmente para referirse a la práctica mediante la cual una mujer accede a llevar a término un embarazo y luego da a luz a un hijo en beneficio de otra pareja o individuo, a cambio de una compensación económica. A cambio, la mujer renuncia a sus derechos como madre. Una amplia gama de circunstancias individuales y de relación pueden provocar una solicitud de este servicio, y las razones para hacerlo a menudo se discuten entre parejas e individuos, las explicamos en sentido estricto así:

- La esterilidad como condición que imposibilita la naturalidad de procrear y formar una familia.
- Las complicaciones de salud que generan consecuencias en la etapa de embarazo.
- La necesidad de fundar una familia por parejas homosexuales.
- Personas solteras, hombres o mujeres, que ante la negativa de una relación sentimental igual desean poder tener hijos.

Valero (2019) nos dice que:

Los nacimientos resultantes de la subrogación a veces se denominan “maternidad subrogada” y, por lo general, se organizan a través de un contrato legalmente vinculante entre los futuros padres y la madre subrogada. En algunos casos, el futuro padre puede recibir una compensación económica por su papel en el acuerdo de subrogación. (p. 421)

Para Baffone (2013) debemos entender:

La maternidad subrogada se refiere a una situación en la que una mujer alquila su vientre a otra pareja a cambio de una compensación económica y

otros beneficios, teniendo los futuros padres un papel fundamental en el contrato ya que son ellos quienes piden a la mujer llevar al bebé y dar a luz. La mujer que alquila su útero renuncia a todos los derechos sobre el niño. (p. 450)

Delgado (2019) comenta que:

La subrogación contractual de la maternidad se produce cuando una mujer se compromete a tener y dar a luz un hijo para otra a cambio de una compensación económica, aunque el hijo esté relacionado genéticamente con ella. Es importante señalar que un tercero, en este caso un profesional médico, debe intervenir en el ámbito de este contrato y asumir los mismos derechos y responsabilidades que las demás partes. (p. 29)

Gonzales (2015) sobre maternidad subrogada nos dice que:

También conocidos como “maternidad contratada”, “maternidad portadora” y “maternidad sustituta”, estos términos se refieren a la práctica de una mujer que alquila su matriz para llevar el hijo de otra persona hasta el nacimiento de ese hijo, momento en el cual el niño se entrega a la pareja o persona que lo solicitó. Esta práctica no distingue entre parejas casadas, parejas de distinto sexo o parejas que ya son padres. (p. 4)

Es un caso en el que una mujer lleva un ser humano en su vientre con la intención de dárselo a otra mujer inmediatamente después del parto; se refiere a una situación en la que una mujer acepta llevar el hijo de otra persona hasta el nacimiento a cambio de un pago, independientemente de si la pareja está casada, en unión civil o de diferentes sexos.

Salazar (2018) comenta que:

Cuando hablamos de maternidad subrogada, solo estamos hablando de una situación en la que una mujer da a luz a un hijo que no es suyo. Este nacimiento ocurre en un útero alquilado. Como la definición y la práctica de alquilar un útero han ganado popularidad entre las jóvenes latinas cuyas

circunstancias financieras son menos que ideales, estas jóvenes a menudo celebran este acto con extranjeros. (p. 4)

Mariano Calabuig comento, como se citó en ABC (2018) que:

Por una tarifa, una pareja o una sola persona puede contratar a una mujer para que lleve y dé a luz a su hijo en el transcurso de nueve meses. De esta forma, se implanta un embrión en el útero a partir de un óvulo fecundado por un espermatozoide, que puede tener varias ascendencias. Sin embargo, es importante seguir intentando concebir hasta que al menos uno de los embriones sobreviva. (p. 10)

Por otra parte, y con una opinión en contra a muchos autores, Cruz (2013) comenta que la maternidad subrogada es explotadora porque implica utilizar a una mujer en beneficio de otro, a menudo un occidental rico que se aprovecha de una mujer más pobre en un país en desarrollo para que pueda tener un hijo. (p. 644)

Como resultado de los avances en las técnicas de reproducción asistida, las mujeres que no pueden llevar a término un embarazo ahora tienen la opción de dar a luz a un hijo que es genéticamente suyo a través de un proceso conocido como "subrogación".

La principal característica de este tipo de reproducción artificial es que la madre que criará al niño no es la misma madre que lleva al niño en su vientre. En cambio, el bebé se entrega al padre y a la madre biológicos, o a una pareja diferente, en el momento del nacimiento.

González (2015) comenta también, con respecto a las causas de la maternidad subrogada que:

Hay muchas razones por las que una persona o pareja puede optar por participar en esta práctica. Algunos de estos incluyen la infertilidad en una o ambas partes, lo que impediría un embarazo exitoso, así como una baja probabilidad de poder hacer frente a cualquier complicación que puedan

surgir durante el embarazo. Dado que estas mujeres estarán embarazadas y darán a luz a un niño con su material genético, es muy importante que estén en buen estado de salud física y mental durante todo el embarazo. (p. 8)

Según Salazar (2018) nos comenta que existen dos tipos de maternidad:

La maternidad parcial, a veces conocida como maternidad "tradicional" , se define como tal porque la madre sustituta proporciona el óvulo para el embarazo, pero la madre biológica no tiene ninguna conexión con el niño que da a luz. Cuando una mujer da a luz sin aportar un óvulo ya que el embrión se formó in vitro sin su ayuda, se dice que ha alcanzado el estado maternal pleno. La persona que engendra al niño es responsable de proporcionarle un óvulo a la mujer. (p. 47)

Arámbula (2008) nos brinda la siguiente denominación, Se dice que una mujer se ha "subrogado" en su embarazo cuando está esperando un hijo , pero ha accedido a dar a luz al bebé y entregarlo a los padres a cambio de una compensación económica. (p. 33)

Según Peralta (2004) nos dice que:

La maternidad subrogada es un acuerdo en el que una mujer promete a otra que le proporcionará su útero y permitirá que el embrión se fecunde fuera de su cuerpo de manera homóloga o heteróloga para que el niño pueda nacer y luego ser entregado a la madre biológica después del nacimiento. (p. 372)

Castillo (2007) señala que:

De acuerdo con la doctrina, que establece que la maternidad eventualmente será sustituida por otra mujer de quien se origina el óvulo, el término "maternidad subrogada" se refiere a una práctica en la que una mujer carga un hijo para otra mujer con el fin de dar a luz a ella su propio hijo. (p. 17)

### **Determinación de la maternidad**

Según Palomar (2005) señala que:

La maternidad no es un fenómeno "natural ", sino una construcción cultural con varios condicionantes, definida y organizada según normas que emergen independientemente de las necesidades de un determinado grupo social en un momento determinado de su historia. Desde la perspectiva de que la "feminidad" se basa en una biología que garantiza ambas, la maternidad se conceptualiza como algo que existe fuera de los contextos históricos y culturales y tiene el mismo significado independientemente del tiempo o el lugar. (p. 36)

Marrades (2002) comenta que:

Si bien la posición feminista de que la maternidad es intrínseca a lo que es ser mujer ha sido objeto de acalorados debates debido a la creencia generalizada de que esta asociación es una construcción puramente cultural, no se puede negar que la experiencia de la maternidad es fundamental para la identidad de una mujer.

Según Arvelo (2004) nos dice que:

Tanto la maternidad como la paternidad comparten una misma construcción simbólica basada en factores históricos y culturales, con dimensiones psicológicas subjetivas; la construcción de la que hablamos se compone de partes biológicamente distintas que están organizadas de una manera que ayuda en la orientación del proceso proporcionando distinciones claras entre ellos y definiéndolos en términos de sus similitudes. (p. 93)

Capelli (2012) refiere que, La maternidad se construye alrededor de la experiencia universalmente compartida de dar a luz a un niño. Si bien ambos sexos contribuyen a la creación de un niño, la madre tiene la mayor responsabilidad, ya que es de cuyo cuerpo el bebé necesitará extraer energía.

Palomar (2005) nos dice que:

El nacimiento ya no ocurrirá por casualidad, sino más bien a través de la construcción de cultura deliberada, bien definida y bien organizada por parte

de un determinado grupo de personas. Biológicamente hablando, la maternidad es algo que puede definirse como distinto del contexto histórico y cultural en el que se produjo. (p. 36)

En base a la definición de maternidad, referente al aspecto jurídico, Patricia Kurczyn (2004) señala que:

La capacidad de la madre para tener hijos es un hecho jurídico que tiene que ver con la reproducción de todo ser humano, dando lugar tanto a derechos como a deberes. Es decir, la existencia de relaciones jurídicas de la mujer trabajadora da lugar a los derechos maternos, por lo que es importante que nuestro ordenamiento jurídico haga referencia a ellos, como ya lo hace respecto de las leyes laborales y de seguridad social que atienden al empleo de la mujer durante el embarazo. Por otro lado, si estamos hablando de la maternidad sobre la base de factores biológicos en lugar de legales, estamos hablando de algo completamente diferente. (p. 121)

Molina (2006) sobre el concepto de maternidad nos dice que:

A lo largo de la historia, las concepciones de la maternidad han evolucionado en respuesta a las cambiantes normas culturales y sociales. Estas concepciones se han basado en interpretaciones cambiantes del papel de la mujer en la sociedad, la naturaleza de la reproducción y otras ideas que están abiertas a la interpretación. (p. 93)

### **Tipos de maternidad**

Referente a la determinación de la maternidad Varsi (2013) comenta que esta puede ser compleja para poder entrelazarlas con prácticas de maternidad subrogada, dando a conocer:

Existen dos tipos de clases de maternidad:

- Maternidad integral.- Cuando se identifique a la madre sustituta , quedará claro que no produce óvulos y no puede dar a luz. Este hecho debe tenerse en cuenta en la búsqueda de una gestante que pueda

cumplir con sus funciones de fecundadora y poner fin al proceso de fecundación. Donde la descendencia humana es generada por espermatozoides masculinos e inseminación femenina. (p. 443)

- Maternidad parcial.- Si una mujer no puede concebir debido a un mal funcionamiento de su sistema reproductivo, puede buscar a otra mujer para que lleve al niño por ella. Se trata de una concepción biológicamente asistida, en la que ambas mujeres contribuyen a la creación del ser humano descendencia. (p. 442)

## **CONCEPTO DE GESTACION POR SUSTITUCION**

Estrada (2018-2019) señala que:

La subrogación por maternidad se produce cuando una mujer se compromete a tener un hijo para otra persona o pareja a cambio de beneficios económicos o de otro tipo, en el entendido de que dará a luz al hijo y luego lo entregará al comitente o comitentes una vez terminado el embarazo. La mujer en este caso renunciará a cualquier derecho sobre el niño que de otro modo podría ser suyo. Este método se basa en técnicas convencionales de reproducción asistida. (p. 6)

### **Aspectos Bioéticos**

Nuestra investigación se suscita en la exigencia de reflejar de manera acabada la incidencia del progreso médico y científico sobre la vida del hombre que de por sí no ha hecho que la bioética un saber realmente autónomo, para ello, es necesario definir que la bioética se define, según Rivera (2015) como:

Las cuestiones éticas que surgen en el contexto de la investigación médica y de las ciencias de la vida son el ámbito de este subcampo de la ética normativa. Las áreas de enfoque en bioética incluyen temas controvertidos como el aborto, la eutanasia, los trasplantes de órganos, la ingeniería genética, la clonación, las relaciones médico-paciente (confidencialidad, consentimiento informado, conflicto de intereses), la investigación con

sujetos humanos en biomedicina, los derechos de los animales y el acceso equitativo a la atención médica. (p. 2735)

La piedra angular de la bioética debe encontrarse en la capacidad de ejercer la autonomía como derecho, que ya está activo en nuestro orden jurídico como fundamento de la relación entre los pacientes y el servicio profesional médico. Dada la diversidad de los sistemas de valores de la sociedad moderna y la importancia de acomodarlos, se declara cada vez más que la última palabra en las decisiones de tratamiento médico recae en los propios pacientes. Esto está en línea con la doctrina del consentimiento informado, que sostiene que los pacientes deben recibir la información que necesitan para tomar decisiones informadas sobre su atención.

La intersección entre el derecho y la bioética es crucial. Por regla general, los especialistas en bioética se preocupan por tomar decisiones específicas, instituciones que incluyen hospitales, centros de investigación, laboratorios y empresas recurren cada vez más a los "comités de bioética" con la esperanza de que estos grupos puedan asesorar a médicos y científicos sobre las implicaciones éticas de sus decisiones diarias.

La bioética norteamericana, visto en lo expresado por Brazier (1998):

Propongo seguir el camino de la regulación de los contratos de "maternidad subrogada" para proteger los derechos de todas las partes involucradas (como los derechos de la gestante subrogada y de los futuros padres) y para garantizar que se respeten. (sp)

### **Retos y dificultades de la Maternidad Subrogada**

Reconocer las complejidades del mundo y las manifestaciones sociales divergentes de un tema tan sensible como este es fundamental. El derecho de una pareja a decidir por sí misma si desea o no tener hijos y los medios para hacerlo deben estar protegidos contra la coacción por las leyes estatales. Esta idea da lugar a una "especie" del derecho básico de decidir cómo los niños traídos al mundo.

Para Seleme (2013) se pueden identificar dos desafíos preliminares que se hacen evidentes al hablar de la maternidad subrogada: 1) la confusión entre los problemas de regular la filiación y la subrogación, y 2) el hecho de que no se expresen explícitamente las motivaciones para permitir solo la subrogación por razones altruistas.

## **CONTRATACION DE UNA MUJER PARA SER INSEMINADA**

Estrada (2018-2019) señala que *“Consiste en acordar o pactar con una mujer para que esta última se realice un procedimiento medico donde se introducirán los espermatozoides en el tracto genital femenino a fin de fecundar el ovulo.”* (pág. 8)

### **Contrato**

A nivel contractual, la gestación subrogada puede encontrar dificultades, ya que involucra no solo el derecho a fundar una familia sino también el derecho a poder ejecutar libremente actos jurídicos (acuerdos), lo que puede dar lugar a transacciones económicas. Esto significaría que sería necesario decidir si la maternidad subrogada debe o no ser vista como poco ética.

Carcaba (1995) refiere que:

Debido a que "el contrato de gestación " es anulable por inmoralidad (art. 953 del Código Civil ), los padres biológicos no tienen legitimación para demandar su cumplimiento. A la luz de esta consideración fundamental, el CAHBI ha emitido un llamado público a la acción, en el que declara su responsabilidad de " proteger a la mujer contra toda forma de explotación" y, en consecuencia, rechaza la maternidad subrogada, declara nulos los contratos de subrogación y vacío, y prohíbe a los intermediarios comerciales celebrar contratos con madres subrogadas o publicitar la práctica. Cuando un pariente cercano se ofrece como voluntario para someterse al procedimiento por razones desinteresadas, es legal en un pequeño número de estados. Pero legalmente hablando, la mujer que da a luz a un niño es y siempre será la madre del niño. (pp. 170-171)

El contrato, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 1351° del Código civil de 1984, es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular modificar, o extinguir una relación jurídica patrimonial. Es indispensable mencionar la influencia directa del Código Civil italiano de 1942, sobre la concepción de los contratos perteneciente al libro de las fuentes de las obligaciones.

Alcalde Silva (2013) propone:

Las partes deben ver el contrato como una orden cooperativa mediante la cual buscan proteger sus intereses estableciendo reglas para una situación específica. El objetivo principal del contrato es establecer reglas para un conjunto de expectativas, riesgos y circunstancias que son consistentes al determinar las consideraciones de las partes y cualquier requisito legal para su ejecución, con el fin de que las partes puedan lograr el propósito para el cual se celebró el contrato. (p. 30)

Es importante recordar que para que exista un contrato no basta con que se acepte una oferta; también debe haber consentimiento mutuo , que es lo que entendemos por "consentimiento" aquí. Existen dos tipos de consentimiento en el acto de contratar, o mejor dicho, un tipo de consentimiento entendido de dos formas: primero, el consentimiento constituido por la conciencia de los propios deseos internos, que es el que determina si se acepta o no la oferta; segundo, el consentimiento concebido como la exteriorización de esos dos deseos concurrentes, porque no hay que olvidar que para que haya contrato no basta que se acepte la oferta.

Messineo (2007), en esa misma línea:

La voluntariedad del contrato se destaca por el concepto de acuerdo de voluntades, y la reciprocidad entre los deseos de las partes se enfatiza por el hecho de que el contrato mismo revela un equilibrio entre los intereses de las partes y la preparación de efectos conjuntos. en lo que están de acuerdo. (pág. 69)

## **Inseminación**

Buxares y Coroleu (2009) comparte una de las técnicas de reproducción asistida:

Una técnica de reproducción es la inseminación artificial, el cual se basa en a la introducción del semen del hombre donde los espermatozoides fueron separados con anterioridad por medio de las partes de la mujer sin tener algún tipo de relaciones sexuales, con la finalidad de fecundar un ser humano. Es decir, sería un procedimiento con la finalidad de dejar el semen dentro del aparato reproductor de la mujer, facilitando la entrada del espermatozoide con el ovocito sin la necesidad de contacto sexual. (pág. 211)

Por otro lado, con respecto a otras técnicas auxiliares que suelen utilizarse para ayudar a concretar la fecundación, señala Junquera (2013) que:

Bajo la maternidad subrogada podría utilizarse algunas otras técnicas que complementan la Inseminación artificial, el cual deja pase para otras tres clases, como por ejemplo la transferencia de ovocito a la trompa, de esa manera se hará más accesible el espermatozoide, en según lugar tenemos la recuperación de esperma, esto se da en base a un proceso de microcirugía tomando la esperma del hombre y por último tenemos, la indemnización intraperitoneal dicta, este se da cuando el esperma está en el óvulo mediante la cavidad del abdomen. (págs. 21-22)

## **COMPROMISO AL TÉRMINO DEL EMBARAZO DE ENTREGAR AL RECIEN NACIDO**

Estrada (2018-2019) señala que:

La gestación por sustitución o maternidad subrogada es definida como la actividad en la cual una mujer accede portar en su útero a un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de que una vez que se llegue término el embarazo, ella deba entregar al neonato al comitente o comitentes, renunciando así a la filiación que pudiera corresponderle sobre

el hijo gestado. Se trata de un procedimiento basado en técnicas de reproducción asistida tradicionales. (pág. 6)

Como se ha mostrado en líneas anteriores, el concepto de "maternidad subrogada" está ausente en la legislación peruana, dejando la resolución de controversias que involucran temas como "reconocimiento de filiación" a la discreción de los tribunales en lugar de regirse por un conjunto de reglas predeterminadas.

Como se ha demostrado, las técnicas de reproducción asistida son cada vez más comunes dentro de la sociedad y su desarrollo, contribuyendo a reforzar la legitimidad de instituciones como la familia como pilares del Estado de derecho. Además, debe establecerse que deben existir presupuestos concretos que no comprometan el derecho a la identidad biológica del recién nacido, como durante todo el período de descubrimiento de su identidad genética.

En esta misma línea, en el año 2018, el gobierno peruano ha propuesto el Proyecto de Ley 3404, que lleva por título "Proyecto para Regular los Requisitos y Procedimientos de la Maternidad Solidaria a través del Uso de Tecnologías de Reproducción Asistida como un Derecho Humano". Serán expresados los alcances más notables:

- Esta ley busca llenar un vacío legislativo ampliando el acceso al diagnóstico genético preimplantacional más allá de aquellas que han sido diagnosticadas con infertilidad y que son tanto la madre biológica como la gestante del niño. Actualmente, sólo aquellos a quienes se les ha dado un diagnóstico de infertilidad, es decir, aquellos para quienes la madre genética y la mujer que gesta al niño son la misma persona, son elegibles para recibir este tratamiento.
- Se reforma el artículo 7 de la Ley 26842, Ley General de Salud, como sigue: "Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a acudir al tratamiento de la infertilidad y a concebir mediante el uso de tecnologías de reproducción

asistida; la condición de maternidad, ya sea genético o gestacional, puede recaer en la misma persona o en diferentes personas".

- Aprobar el artículo 7A de la Ley 26842, Ley General de Salud, el cual queda redactado de la siguiente manera: "Para garantizar que la mujer que voluntariamente lleve el embrión en su útero no sea automáticamente considerada progenitora, los embarazos asistidos o subrogados deberán involucrar los aportes genéticos de ambos padres biológicos. Si ambos futuros padres no pueden concebir, las técnicas médicas para la reproducción humana les permitirían depender de donantes anónimos para proporcionar material genético".

Respecto de los requisitos legales propuestos, se planteó:

- Los padres deben:

Además, los futuros padres que participen en este proceso de embarazo asistido deberán cumplir con ciertos criterios. 1) Tener ascendencia peruana o ser ciudadano peruano que resida legalmente en el Perú. 2) Tener como mínimo 24 años y como máximo 47 años de edad. En tercer lugar, un certificado médico que acredite la aptitud mental, física y emocional de los padres (según los artículos 43, 44 y 140 del Código Civil). 4) Usted y su pareja deben estar casados o en una unión civil válida certificada por un notario público. 5) Ambos padres, o al menos uno de ellos, debe aportar material genético durante la concepción. En el desafortunado caso de que ambos futuros padres sean estériles, se puede buscar un tercero donante de material genético.

- En la responsabilidad de la gestante:

Todo compañero de trabajo que voluntaria y generosamente se ofrezca a llevar a término el embrión de otra persona, deberá cumplir con los siguientes requisitos: Para ser elegible para votar en Perú, debe cumplir con los siguientes requisitos: 1) Ser ciudadana nativa o naturalizada de Perú, siendo residente legal de Perú. 2) Tener al menos 24 años de edad. Debe poder demostrar que goza de buena salud física, mental y emocional con un certificado médico que debe

ser emitido por un profesional médico autorizado. 4) Haber dado a luz al menos a un hijo sano antes de someterse a reproducción asistida. 5) debe estar en una posición socioeconómica segura no debe figurar como vulnerable económicamente en el Sistema de Registro e Identificación de Hogares (SISFHO).

### **Alumbramiento**

Este proceso comienza con la extracción de la placenta, el cordón umbilical y las membranas y puede demorar entre cinco y treinta minutos. La velocidad a la que el cordón umbilical se sale de la abertura de la vulva después del parto es un buen indicador de qué tan lejos está la placenta en sus últimas etapas de desprendimiento. Conocido como signo de Ahlfeld, se trata del movimiento normal del cordón umbilical en relación con el descenso de la placenta.

La separación de la placenta puede ocurrir por dos mecanismos diferentes. El primer lugar donde el feto se separa de la madre es el útero, un proceso llamado mecanismo de Baudelocque-Schultze que representa alrededor del 95% de los nacimientos. Menos frecuente es el mecanismo de Baudelocque-Duncan, en el que la placenta se separa de ambos lados del útero antes de que el embarazo esté bien establecido. Cuando la placenta cae, el útero continúa contrayéndose, lo que ayuda a apretar los inútiles vasos sanguíneos del extremo miometrial (un proceso conocido como ligadura viva de Pinard en obstetricia).

### **Recién nacido**

Un bebé recién nacido, a veces conocido como neonato, es un bebé que ha estado vivo durante un total de 28 días o menos después del nacimiento (ya sea por vía vaginal o por cesárea). Es crucial definir este período de tiempo, ya que es una etapa tan breve de la vida, pero durante este tiempo ocurren cambios significativos que pueden tener efectos duraderos en el recién nacido. El término puede usarse para bebés nacidos antes, durante o después del término.

Estrada (2018-2019) señala que:

La subrogación se produce cuando una mujer se compromete a tener un hijo para otra persona o pareja a cambio de beneficios económicos o de otro tipo, en el entendido de que dará a luz al bebé y luego lo entregará al comitente o comitentes después de que termine el embarazo. La madre biológica también renunciará a cualquier derecho a la custodia parental o paterna que pueda estar asociado con el niño. Este método se basa en técnicas convencionales de reproducción asistida. (p. 6)

La apariencia de un bebé recién nacido puede variar mucho dependiendo de una amplia gama de factores personales, maternos y gestacionales. Además, hay una gran cantidad de fenómenos transitorios que se derivan de la adaptación del recién nacido a su nuevo entorno. Este evento establece el estándar para el desarrollo y crecimiento de los recién nacidos, y estos cambios son en su mayoría predecibles.

### **RENUNCIA A LA FILACION RESPECTO AL HIJO GESTADO**

Delgado (2019), señala que *“La mujer gestante aporta su material genético, asimismo, se compromete a renunciar a los derechos de filiación respecto del menor y permitirle a la cónyuge del padre biológico que proceda con su adopción.”* (pág. 9)

#### **Filiación**

Además, es importante que todas las partes involucradas firmen un contrato para garantizar que la práctica de la subrogación materna se realice correctamente. La Ley española 14/2006 de técnicas de reproducción humana asistida, es clara al respecto cuando en su artículo 10.1 declara nulo de pleno derecho el contrato por el cual se convoca la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación.

Delgado (2019) señala que la mujer embarazada aporta material genético y acepta ceder la patria potestad a cambio de que el niño sea adoptado por su hermano biológico. (p. 9)

El autor Varsi (2013) señala que:

La palabra latina *filiatio*, que significa "origen", y la palabra latina *filius*, que significa hijo, son las raíces etimológicas de la palabra inglesa filiación. En el sentido más amplio, el parentesco conecta a una persona con todo su árbol genealógico; en el más estrecho, une a los hijos a sus padres y establece un vínculo legal basado en la sangre. (p. 62)

La filiación, es aquella institución jurídica la cual forja lazos familiares, instituyendo una relación especial entre procreantes y engendrado, y de esa forma establece una jerarquía de relaciones parentales resguardadas por el derecho.

Mientras de para Planiol y Ripert (1967) toman la siguiente consideración:

Cuando una persona es el padre biológico de otra, la relación se denomina relación filial. Se concibe como un estado familiar que se desarrolla directamente de una generación a la siguiente con respecto a la generación anterior; un niño tiene lazos de parentesco inmediatos no solo con sus padres, sino también con todos los parientes de los padres. En español, "filiación es, ante todo, el hecho de la generación por nacimiento de una persona, llamada hijo de otras dos personas, a quienes se llama progenitores. (p. 105)

Si tomamos una definición amplia de "filiación", sería el vínculo que une a un individuo con todos sus ascendientes y descendientes, y si tomamos una definición más estricta, sería el vínculo que une a un hijo con sus padres y establece una relación jurídica basada en la sangre.

Por lo tanto, la filiación es un criterio necesario para determinar si un determinado individuo es o no hijo de otro; como forma de estado familiar, la filiación tiene tres manifestaciones distintas: en primer lugar, como estado jurídico conferido a una persona en virtud de la herencia biológica; lazos que unen a ese individuo con otro a través del proceso de procreación; segundo, como un vínculo emocional entre los miembros de la familia.

Es por ello que, Escriche (1884) manifiesta que:

La paternidad y la filiación son términos que expresan cualidades correspondientes; en este caso, la calidad de padre se refiere al antepasado paterno del individuo e hijo al descendiente paterno de ese individuo. A pesar de las características distintas de cada palabra, la corriente jurídica que propugnaba la igualdad de los niños acabó por eliminar toda distinción entre paternidad y filiación en cuanto a "no determinar el modo, las circunstancias, el tiempo o la forma en que una persona fue concebido". (p. 203)

De lo manifestado anteriormente, puedo indicar que la filiación es indispensable e inherente al ser humano en el aspecto que el *status filii* es una particularidad natural, estando aceptado y promovido en la actualidad que, toda persona debe conocer su filiación, es decir, su propio origen biológico, no sólo para concebir consecuencias legales sino con el fin de acceder a la aglomeración y goce de su derecho a la identidad, dejando en claro que, la filiación viene a ser un vínculo jurídico, fijado por la procreación, entre los progenitores y sus hijos.

El autor Valverde (2008) afirma que:

La relación entre una descendencia y sus padres se llama relación filial. No hay nada más fundamental que el propio paso del tiempo que constituye este tipo de parentesco. El estado civil de un niño en relación con cualquiera de los padres se conoce como "filiación", y es la base de los estados legales recíprocos de "paternidad" y "maternidad". El estado legal de un padre es el de un "padre civil" hacia un niño que él engendró, y el de una madre el estatus legal es el de una "madre civil" hacia un niño que ella dio a luz. (p. 254)

Para el autor Gutiérrez (2003):

El término "filiación" describe la relación entre dos personas que permite que una reconozca a la otra como su padre. Como estado de familia, se dice que el triple estado está implícito en el concepto de filiación que se concibe en esencia por la condición jurídica conferida por la ley a un individuo sobre la base del vínculo innato entre dos personas creado a través de la procreación.

Estado de la relación, o cómo se siente una persona acerca de otro derecho civil, ya que determina la condición jurídica del niño en relación con sus padres y la comunidad en general. El término "filiación" se utiliza para describir el vínculo jurídico entre un niño y su madre y su padre. La verdad biológica, la verdad social y la manifestación de la voluntad de los interesados son los pilares sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico para establecer la relación paternofilial.

Sokolich (2012) señala que:

Otra definición es el vínculo jurídico entre padres e hijos, que crea obligaciones y derechos mutuos para todas las partes involucradas (conocido como "filiación" desde la perspectiva de los niños y "paternidad" o "maternidad" desde la de los padres). (p. 61)

#### **UTILIZACION DE TECNICA DE REPRODUCCION ASISTIDA**

Sánchez (2021), señala que *“Las técnicas de reproducción asistida son un conjunto de procedimientos médicos utilizados para ayudar y lograr que sea posible la procreación humana logrando de esa manera resolver problemas de esterilidad en las parejas.”* (pág. 106)

En los últimos años, la aparición y el rápido desarrollo de las tecnologías de reproducción asistida han planteado una serie de cuestiones jurídicas de interés teórico y práctico. La legislación en materia de reproducción humana asistida debe descansar en el reconocimiento de un derecho específico que se sustenta en el valor de la persona, la libertad de formar la propia identidad, el derecho a la intimidad y, sobre todo, el derecho a la autonomía.

En la legislación peruana específicamente en el artículo 7 de la Ley General de Salud se remarca el derecho de las personas a buscar tratamientos para su infertilidad, así mismo se aprueba el uso de técnicas de reproducción asistida, empero, esta norma pone la condicionante de que la mujer que aporta la carga

genética y la mujer que gesta al cigoto debe ser la misma persona, excluyendo también de esa manera la donación de óvulos.

En nuestro país la maternidad subrogada no está regulada, y las técnicas de reproducción asistida tienen limitaciones, una de ellas es que la madre biológica y la madre genética deben ser la misma persona, ya que va en contra del orden público; porque va en contra de la concepción natural que tiene la sociedad de procreación, y también niega a muchos niños la oportunidad de ser adoptados.

Varsi (2004) comenta que:

Las técnicas de reproducción asistida son mecanismos técnicos que servirán para poder sustituir la infertilidad de una persona, de esa manera se le da una posibilidad de poder tener un hijo. No podemos decir que esta es una terapia, ya que no hay nada que curar en dicho caso, solo se trata de algunas consecuencias que causa la esterilidad. Se entiende entonces que las TERAS, son mecanismos supletorios, más no son mecanismos alternativos, esto en base a que buscan poder superar un defecto biológico o mental, el cual impide a una persona de poder tener hijos, aun cuando han intentado varios mecanismos para poder ser padres en el algún momento, no vendría a ser alternativo ya que, como finalidad esta la procreación y esta no puede ser subordinada por la voluntad de otra persona. (pp. 254)

La Organización Mundial de la Salud (OMS) (2009) sostiene que las Técnicas de Reproducción Asistida:

Se definen como todos los tratamientos o medios de están dentro de la manipulación de los ovocitos, de los espermatozoides o embriones que de alguna forma establecen el embarazo. Dentro de estas técnicas podemos incluir a la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica, como también la criopreservación tanto de los embriones como de los ovarios, la donación y por último el útero subrogado. Resaltando que en estas técnicas no están la indemnización artificial. (p. 10)

Según Brugo-Olmedo, Chillik y Kopelman (2013) comenta que:

Una de las causas para la utilización de las técnicas asistidas es la infertilidad de las parejas, ya que un 20% de casos son dados por el óvulo que imposibilita a dicha pareja al desarrollo, maduración de su relación. Por otro lado, un 30% acuden a ello por razones de anatomía de su aparato reproductor, como por ejemplo no tener un buen estado de sus órganos, un tercer motivo es la migración espermática, eso implica cuestiones de espermatozoides dentro de marco cervical, la otra parte de acudir a estas técnicas es la población masculina, lo cual se basa en alteraciones del semen en base a infecciones probablemente, por casos genéticos o sustancias tóxicas, entre muchos motivos, el cual afecta a la creación de un niño y por último tenemos el 10% de la población no se ha visto algún caso de alteración o algo parecido a ello, lo que se encuentra inexplicable dicha decisión. (pp. 231-232)

Buxares y Coroleu (2009) comparte una de las técnicas de reproducción asistida:

Una técnica de reproducción es la inseminación artificial, el cual se basa en la introducción del semen del hombre donde los espermatozoides fueron separados con anterioridad por medio de las partes de la mujer sin tener algún tipo de relaciones sexuales, con la finalidad de fecundar un ser humano. Es decir, sería un procedimiento con la finalidad de dejar el semen dentro del aparato reproductor de la mujer, facilitando la entrada del espermatozoide con el ovocito sin la necesidad de contacto sexual. (p. 211)

Por otro lado, con respecto a otras técnicas auxiliares que suelen utilizarse para ayudar a concretar la fecundación, señala Junquera (2003) que:

Bajo la maternidad subrogada podría utilizarse algunas otras técnicas que complementan la Inseminación artificial, el cual deja paso para otras tres clases, como por ejemplo la transferencia de ovocito a la trompa, de esa manera se hará más accesible el espermatozoide, en segundo lugar tenemos la recuperación de esperma, esto se da en base a un proceso de microcirugía tomando la esperma del hombre y por último tenemos, la indemnización

intraperitoneal dicta, este se da cuando el esperma está en el óvulo mediante la cavidad del abdomen. (pp. 21-22)

### **Fecundación In vitro**

Esta teoría parte de la idea de que el inicio del proceso vital ocurre durante la fecundación, que es “el proceso que comienza con la penetración del espermatozoide en el óvulo y termina con la formación del cigoto , que es la célula que resulta de la fusión de los pronúcleos masculino y femenino”.

Toda persona tiene derecho a que se respete su vida , tal como lo establece el artículo 4 (Incidente 1) del Pacto de San José de Costa Rica. La ley protegerá este derecho desde el momento de la concepción y más allá. Toda persona tiene derecho a la vida; no se les puede quitar arbitrariamente. Como podemos ver, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que el comienzo de la vida se produce en el momento de la concepción.

Asimismo, el artículo 1 del Código Civil peruano concuerda con esta postura, al señalar que “la vida humana comienza en la concepción”, por lo que la vida prenatal merece la plena protección jurídica del Estado desde su inicio.

Nuestro estudio se encuentra de acuerdo con las posiciones adoptadas en esta teoría porque, para mí, está claro que tanto un óvulo recién fertilizado como un feto completamente desarrollado tienen un valor humano inherente y necesitan la misma protección legal bajo nuestro sistema legal.

### **Donación de esperma**

El uso de técnicas que permiten la reproducción humana asistida ha dado como resultado el surgimiento de un personaje único y fascinante: el donante de semen. Si bien la existencia de bancos de esperma se justifica por la necesidad de dichos donantes , la noción de donante como tal implica una cesión altruista de algo en este caso, el material genético masculino necesario para la fertilización de un óvulo, Sin embargo, por la naturaleza de la situación, no puede ser resuelta únicamente por mutuo acuerdo entre las partes involucradas; desafortunadamente, nuestro

sistema legal no le da el mismo peso a las muchas interpretaciones diferentes de los lazos familiares que existen fuera del ámbito biológico y el adoptivo, que puede o no compartir información genética con el nuevo ser que se planea procrear , y cuyas motivaciones no están relacionadas con la paternidad (a diferencia de la persona que se somete a tal procedimiento aceptando material genético donado porque no puede físicamente tener hijos por su cuenta pero cuyo deseo y anhelo de hacerlo no han disminuido).

### **Donación de óvulos**

La ovodonación es el tratamiento prescrito para mujeres que, por diversas razones, no pueden producir óvulos que puedan convertirse en un embrión sano y viable. En este sentido, consiste en realizar una fecundación in vitro con óvulos y espermatozoides de una donante, para luego transferir los embriones resultantes a una paciente receptora.

Las mujeres con insuficiencia de ovulación necesitan una madre sustituta ya que no pueden producir sus propios óvulos, pero son capaces de llevar un embarazo.

Varsi (2013) nos dice que:

Dado que no puede producir sus propios óvulos pero aún puede tener un hijo a término, necesita los servicios de una mujer que solo donará sus óvulos. Este es un caso de maternidad parcial. Este es un caso de trigeneración humana, que consiste en 1) un espermatozoide de la pareja masculina; 2) un óvulo de una hembra anterior; 3) un óvulo de la hembra. Una madre biológica es diferente de una mujer embarazada . (pp. 443)

### **Donación de embriones**

La embriodonación es otra acción común en todo el mundo, y ocurre cuando una pareja desarrolla infertilidad total, es decir, cuando la mujer no puede llevar a término un embarazo o liberar un óvulo, y el hombre tampoco puede engendrar un hijo por

su cuenta, por lo que buscan un donante de esperma y un donante de óvulos, respectivamente.

## **CONCEPTO DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS**

Por su nombre, entendemos a los derechos reproductivos como aquellos derechos relacionados con la reproducción humana y a toda la vivencia y proceso que ella implica. Estos reconocen que los seres humanos al formar una relación de pareja, tiene el básico derecho a decidir responsablemente sobre el número de hijos que pueden tener, el momento en el que desean tenerlos, toda la información y medios para su ejecución, y los niveles de salud sexual y reproductiva.

En el marco conceptual de las de las Naciones Unidas (1994) establecen que los derechos reproductivos se contemplan dentro de las leyes nacionales abarcando a ciertos derechos humanos, además de otros documentos en la comunidad internacional que se hayan aprobado por consenso. Se basa en el derecho de las parejas a tomar decisiones libremente en la planificación y ejecución de la reproducción, estos son: el número de hijos, la información y los medios, el espaciamiento de los nacimientos, a no recibir algún tipo de discriminación o producto de ese hecho, a no sufrir violencia o coacción en su proceso.

Dentro de este marco, las Naciones Unidas pudieron reconocer una serie de implicancias dentro de los derechos reproductivos:

- El ejercicio de la sexualidad se da de manera independiente a la reproducción. Esto nos hace reflexionar sobre el tratamiento que se ofrece a la sexualidad, los derechos sexuales deben desligarse del único objetivo de tener hijos, sino que estos derechos deben recibir un marco de información y derechos distintos a este, ya que es un acto humano natural.
- La reproducción debe darse sin el padecimiento de presiones, discriminación ni ningún tipo de violencia, para nuestras decisiones sexuales. Como se

observa, esto se relaciona con lo dicho anteriormente, la vida sexual debe estar apartada de la presión de reproducirse.

- Las personas deben gozar de acceder a educación sexual desde muy temprana edad. No existe un promedio totalmente definido de cuando los seres humanos inician con su vida sexual, cada caso es peculiar, la educación debe darse sin perder los valores de humanidad e inocencia infantil, teniendo en cuenta que el fin principal es el desarrollo infantil y el ejercicio responsable de las relaciones sexuales de forma plena, consensuada e informada.
- El acceso a servicios médicos de calidad para la salud sexual. Se relaciona el derecho fundamental a la salud y el acceso a servicios públicos de calidad, en donde se protege la dignidad de las personas, la vida y la planificación familiar para la vida estable en sociedad.

Teniendo esta premisa muy clara, debemos ubicarnos en los términos de recursos y medios que se hacen mencionar, en palabras de Correa y Petchesky (1995) son las decisiones con información derivadas del poder de la pareja sobre la procreación, la fecundidad, el cuidado de la familia, la salud de la madre (ginecología), y la actividad sexual de cada uno de ellos, en la parte de recursos, son respecto de la práctica de esas decisiones, el nivel de seguridad y efectividad que se maneja.

### **Alcance y contenido de los derechos reproductivos**

Como se ha podido señalar, los derechos reproductivos alcanzan una serie de ejercicio de derechos que los sustenta, los que se computan como derechos humanos o derechos fundamentales. Dentro de las implicancias de su desarrollo ya revisado podemos identificar, por ejemplo, el derecho a la salud, por los servicios que se deben recibir.

Cieza (2017) explica esto diciendo que el derecho a la salud es una de las bases dentro de los derechos reproductivos, involucrando también al derecho a la integridad, pues se conforman en la unidad de la persona, siendo el primero una parte dinámica y el segundo una estática. (p. 133)

Por lo alcances que han podido recibir los derechos reproductivos, se observa que en la comunidad internacional las resoluciones de los órganos convencionales competentes, que garantizan la defensa de los intereses estatales, son de obligatoriedad de los países ratificados y los activistas de los derechos humanos las invocan al momento de conflictos y formular quejas, hacer indagaciones, etc.

En razón del dinamismo de la doctrina de los derechos humanos, los derechos reproductivos cada vez más se van ampliando, a medida que se van reconociendo nuevas medidas y que riesgos encuentra la persona en su vida. El Centro para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas (2001) señala que existe una lista de doce derechos humanos que se encuentran implicados en la reproducción y la vida sexual de las personas:

1. El derecho a la vida: Relacionado a evitar las causas de muerte producto de la etapa de gestación o durante el parto.
2. El derecho a la salud: Tanto para la vida sexual, como para la reproducción.
3. El derecho a decidir el número de hijos: Se encuentra aquí la autonomía individual y a poder formular un plan de procreación.
4. El derecho a la no discriminación y la igualdad: En la esfera de la reproducción, que no se presenten escenarios de violencia ni coacción.
5. El derecho a la seguridad, a la libertad y la integridad: El derecho a no encontrarse bajo amenazas, a no ser explotado sexualmente.
6. El derecho a la intimidad: El derecho a tomar decisiones sobre las funciones en la reproducción.

7. El derecho a formar una familia y a contraer matrimonio: El derecho a poder decidir sobre las etapas del matrimonio, tanto como la ejecución como la disolución; asimismo, tener el derecho a fundar con consentimiento una familia.
8. El derecho a la educación: El disfrute del derecho a la tener educación sobre la salud reproductiva y sexual.
9. El derecho al trabajo y la seguridad social: La madre gestora tiene el derecho a estar protegida laboralmente, a no ser discriminada por ser gestora, y que el ambiente de trabajo esté libre de todo acoso.
10. El derecho a modificar las costumbres de discriminación contra la mujer: Todo aquellos que perjudica la salud reproductiva de las féminas.
11. El derecho a la información adecuada: Toda persona tiene el derecho a tener conocimiento sobre su salud de forma clara y oportuna, esto en cuestiones de sexualidad, los riesgos, beneficios y los métodos de regulación de la fecundidad.
12. El derecho a disfrutar del progreso científico y el consentimiento para la posible experimentación: El derecho a poder disfrutar de los avances tecnológicos y científicos sobre reproducción, además, de poder someterse a experimentación.

Podemos entender que los derechos reproductivos nacen de acto biológico de la procreación, Domingo (2002) indica que “necesariamente su contenido involucra la participación de una pareja, entendido por un hombre y una mujer; con ello se percibe una perspectiva biológica y natural en su estado más puro, el hombre está programado para que, mediante la sexualidad, pueda dar vida. La sexualidad da como producto la vida”. (p. 66)

En la actualidad, trayendo a colación nuestro tema de estudio que se compone de los avances científicos, la procreación ya no es fruto fundamental de la mutua

donación personal de un matrimonio, de la fidelidad o del vínculo sentimental, Tomás y Garrido (2011) afirman que, “en temas de reproducción asistida, por ejemplo, la unión sexual y la procreación natural ya no son tomados en cuenta, sino basamos la reproducción en la autonomía y el respecto por los derechos reproductivos”. (p. 86)

Por consiguiente, Amado (2017) expresa que:

Una escuela de pensamiento sostiene que el derecho a procrear se deriva de varios derechos fundamentales, como el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y el derecho a la libertad. Esta declaración reconoce el derecho a procrear como una extensión de la libertad personal, y es así como se reconoce el derecho a la libertad como uno de los grandes alcances de los derechos reproductivos y sexuales, que afianzan otros métodos en el derecho de poder fundar una familia. (p. 103)

### **Derechos reproductivos en el marco de los derechos fundamentales**

Dentro del contenido de los derechos reproductivos se ha podido observar la implicancia de doce derechos reconocidos por la doctrina de manera muy clara, Los derechos fundamentales tiene un carácter muy dinámico y se encuentran siempre en un estado de expansión, esto quiere decir, que pueden surgir a partir de demandas colectivas de seres humanos apartados de la representación estatal, de la protección o por su afectación; otro de los casos de expansión se debe también al constante desarrollo intelectual de la población.

Para un mejor entendimiento a nivel conceptual, se empezará definiendo que son los derechos fundamentales, para ello, hacemos alusión a lo dicho por Cea (2002):

Los derechos fundamentales son aquellos derechos que contienen el manifiesto de la libertad e igualdad humana. Esta concepción se deriva intrínsecamente de la dignidad de las personas, por su singularidad y por su misma naturaleza de ser titular del goce de una dignidad. La subjetividad de

tales facultades y atributos deben estar siempre expresados en el ordenamiento jurídico al cual pertenece el individuo, permitiéndole al mismo, poder exigir su cumplimiento por medio de los deberes correlativos, ya sea de manera positiva o negativa. (p. 221)

Es así, que un estado democrático siempre debe procurar tener medidas de protección y reconocimiento para la población, sin caer en exclusiones ni posibles afectaciones, ya que se toma como fundamento a los derechos fundamentales. Esto no solo sirve como un avance en la igualdad social dentro de una nación a nivel de derechos, sino que significa un progreso para el desarrollo del Estado y su ordenamiento jurídico. Sobre esto Correa (2003) considera que:

Los derechos fundamentales al estar dentro del desarrollo de un Estado constitucional o de Derecho, como normas jurídicas supremas preestablecidas, ordenan los requisitos de validez material de otras normas jurídicas infra-constitucionales, tanto en su formación, interpretación y aplicación, es decir, que estas estarán sujetas a guardar armonía con aquellas que tienen mayor rango. (p. 21)

Debemos recordar que la naturaleza del Derecho es la protección de la persona, su libertad individual, y el fomento de su desarrollo integral con la realización de su proyecto de vida. La trascendencia de los derechos fundamentales cumple con posicionar a la normativa constitucional en lo más alto de la consideración estatal en la preservación de la armonía social, no solo dentro de un Estado, sino que en la toda la comunidad internacional.

El Derecho Internacional juega un papel relevante al momento de tener que revisar a los derechos humanos, que al igual que los derechos fundamentales, persiguen los mismo fines y tienen un rango supremo. Dentro de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena, se hizo obligatorio el tratar los temas de adelanto para las mujeres y sus derechos, tomando en cuenta que las características de esta proposiciones se establecen bajo un mismo procedimiento del derecho Internacional de Derechos Humanos:

- El principio de Universalidad.- Se toma en cuenta que todos los seres humanos tienen inherentemente derechos, con ello, las mujeres al tener una calidad humana tienen el derecho al goce de sus derechos, donde se incluyen a los derechos reproductivos.
- La promoción del respeto, protección y garantía de los derechos humanos por parte del Estado.- El Estado, en el debido uso de sus diligencias, tiene la responsabilidad de ofrecer todo lo dicho en el marco de derechos humanos para las mujeres, incluyendo los temas de salud reproductiva, teniendo responsabilidad frente a posibles violaciones de sus derechos.
- La garantía de no discriminación.- Los tratados de Derechos Humanos se basan en el principio de igualdad, al igual que en la Convención sobre la eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las mujeres; los derechos reproductivos forman parte de esos derechos bajo la garantía de no discriminación.
- Los Derechos Humanos no son discrecionales.- Esto quiere decir que los derechos humanos al igual que los derechos reproductivos no persiguen aspiraciones políticas ni metas sociales, sino que se aportan para el desarrollo de la situación de las mujeres; por lo que no se puede justificar el reconocimiento ni protección de los derechos reproductivos en razón de cuestiones religiosas ni culturales.
- El rendimiento de cuentas y la responsabilidad por no obrar bajo las obligaciones aprobadas.- Esto nos hace ver que los Estados se encuentran bajo la obligación de proporcionar mecanismos legales para los derechos humanos, incluyendo a los derechos reproductivos.
- La protección y promoción como interés legítimo.- Tanto los derechos humanos, al igual que los derechos reproductivos se encuentran por encima de todo tipo de reclamo de la soberanía.

## **La responsabilidad del Estado frente a los derechos reproductivos**

El Estado, como máximo garante en la protección y promoción de los derechos humanos y por ende de los derechos reproductivos, tiene niveles de obligación frente a cada uno de los derechos que se han puesto a consideración anteriormente. Esto es de importancia para los derechos reproductivos ya que muchos Estados consideran que estos no entran en la calificación o rango de Derechos Humanos y ello está afectando la obligación estatal.

Para entender mejor esto, los niveles de obligación del Estado frente a los derechos reproductivos, según la teoría del instituto Interamericano de Derechos Humanos (2008) se da en los niveles de respetar el derecho, proteger el derecho y cumplir el derecho. Primero, el respeto se basa en el reconocimiento estatal de la normativa sin causar violaciones, la protección significaría la promulgación de leyes y mecanismos que prevengan su afectación, y el cumplimiento sería el compromiso que se tiene con la salud reproductiva en materia de crear procedimientos e instituciones que permitan el goce del derecho de manera plena, mediante la distribución de los recursos.

Estos niveles de obligación que tiene el Estado se reconocen dentro del Derecho Internacional y reciben la denominación traducida de rendición de cuentas, dentro de la esfera de los Derechos Humanos se da como una responsabilidad y fiscalización, especificando que se trata de un acto obligatorio, pues las personas pueden exigir al Estado a rendir cuentas; no debe confundirse este término como un derecho a la petición, sino más bien al diálogo y la crítica.

### **A. La obligación de respetar**

Como premisa, el Estado debe reconocer a los derechos reproductivos sin que se caiga en arbitrariedades ni justificaciones políticas, religiosas ni culturales que den razón a no reconocerlos. Además, no se puede dificultar el acceso a los medios para que las personas puedan dar ejercicio y goce a tales derechos, por lo que

vemos que la obligación de respetar se concreta como una acción negativa, ya que supone que el Estado tenga límites en su poder en la amenaza de tales derechos.

En el caso de la salud reproductiva, la obligación de respeto se basa en el que Estado no puede negarse al acceso público en los servicios de salud de todas las personas, incluyendo a todas las minorías sexuales, de género, inmigrantes, presos, y demás sectores vulnerables. La seguridad social es una de las bases del Estado, pues se deriva desde la disposición de medidas alternativas para las personas vulnerables hasta la educación sexual y reproductiva de las niñas.

## **B. La obligación de proteger**

Esta obligación refiere a que el Estado debe aplicar y promulgar disposiciones legales para que todas las personas, tanto hombres como mujeres, puedan ejercer sus derechos reproductivos, esto incluye leyes en la prevención de amenazas y violaciones de personas o grandes organizaciones a los derechos reproductivos de sectores vulnerables o poblaciones marginadas.

La obligación de proteger requiere que los estados regulen a los actores no estatales, en particular las empresas y las personas que pueden poner en peligro los derechos de los demás. Si se viola alguno de estos derechos, el gobierno debe proporcionar mecanismos para investigar y proporcionar recursos efectivos, en particular el recurso a los tribunales.

Para proteger los derechos englobados en la salud reproductiva, el Estado puede verse en la situación de estar obligado a tomar medidas si niega a las personas el acceso a procedimientos que solo ellos requieren, como el aborto, la esterilización, etc. Además, será necesario, por ejemplo, promulgar leyes para proteger a las mujeres y los consumidores de productos farmacéuticos o alimentos potencialmente dañinos.

### **C. La obligación de cumplir**

El estado se encuentra en la obligación de adquirir y garantizar medias a nivel de presupuesto, medidas judiciales, legislativas y administrativas; las que sean necesarias para el ejercicio pleno de los derechos reproductivos.

La obligación de garantizar implica la adopción positiva por parte del Estado de una serie de acciones, dependiendo del derecho específico de que se trate, en este caso, la salud reproductiva. La obligación de cumplir diferirá según las circunstancias de cada derecho y bajo los contextos poblacionales que se presenten. Es necesario que los Estados Partes reconozcan suficientemente el derecho a la salud en sus ordenamientos políticos y jurídicos internos, preferentemente mediante la aplicación de leyes, para que elaboren una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para el ejercicio de ese derecho.

Bajo lo expuesto, la infraestructura de salud pública debe proporcionar servicios de salud sexual, que incluya la atención segura de la maternidad, particularmente en las zonas rurales, que pueden presentar contextos de vulnerabilidad o marginación. Los estados tienen la obligación de luchar por la capacitación suficiente de los profesores y otro personal médico, así como por la presencia de un número suficiente de hospitales, clínicas y otras instalaciones de atención médica, como parte de su labor unida a la prestación de servicios públicos de calidad.

#### **Proyecto de vida**

Al hablar de salud sexual y reproductiva es inevitable el poder mencionar temas relacionados a la planificación familiar, como se mencionó desde un inicio, la sexualidad y la reproducción reciben un tratamiento distinto, no porque uno no se derive del otro, sino porque en la actualidad la sexualidad no persigue como único fin la reproducción, y el hecho de mantener una vida sexual activa, en donde el Estado debe promover y ofrecer las medidas correspondientes a la información y la prestación de servicios médicos, no significa que se quiera establecer o fundar una

familia, puesto que el proyecto de vida persigue otros fines u objetivos para las personas.

Es aquí en donde expresamos que el proyecto de vida, según D'Angelo (1994) se entiende de la siguiente manera:

Dentro de la perspectiva social y emocional, los proyectos de vida se forman dentro de los modos y direcciones que la persona va adoptando mediante sus acciones fundamentales, tales se van determinando y aportando en medida de como maneja sus relaciones entre la sociedad y su propio ser. Suelen expresarse direcciones esenciales del individuo, que determinan su posición dentro de la sociedad en el manejo de sus decisiones, y proyecciones en el cómo ejecutar su vivencia. (p. 7)

Dentro de otra consideración, revisamos la hecha por Marias (1993) que precisa que un proyecto de vida se basa en la decisión del ser humano para ser alguien, por lo que planifica un modelo en el manejo de su vida y lo hace sumamente personal, por lo que se confiere como la máxima meta u objetivo a alcanzar, por lo que la importancia de realizarlo es vital y podría causar perjuicios muy graves el poder cumplirlo.

Sabiendo a lo que nos referimos con un proyecto de vida, entendemos que hay una relación significativa con la realización humana, con su desarrollo personal dentro de la sociedad. El Estado tiene como fin supremo a la persona, por lo que debe velar por sus intereses, claramente en donde no se perjudique a terceros ni sean motivos irracionales o ilegales. Es necesario considerar la idea de que un proyecto de vida implica un derecho fundamental, su desarrollo puede verse evidentemente perjudicado por situaciones ajenas e injustas hacia la persona.

Es usual, que dentro del proyecto de vida de las personas, este el formar una familia en base a la planificación familiar, muchas veces como una forma de realización, una meta o un deseo individual, pero al verse temas como la infertilidad, la esterilización, y otros casos de imposibilidad biológica de concebir hijos, tales

proyectos se ven perjudicados, siendo el Estado el agente que debe introducir los medios legales adecuados para proteger no solo el proyecto de vida de las personas, sino utilizando como fundamento a los derechos sexuales y reproductivos, también considerados dentro de la comunidad internacional, como derechos humanos.

## **LA LIBERTAD SEXUAL**

Primero, la libertad individual se encuentra relacionada a la capacidad de autodeterminación de la persona, que se entiende como la aptitud para tomar una decisión en base al juicio y voluntad propia. Dentro de lo que se observa en la maternidad subrogada, se incluye a la libertad individual de la persona, en su decisión de contratar un vientre de alquiler con el fin de tener un hijo. La libertad se fundamenta como un derecho fundamental, expresando la serie de libertades del ser humano dentro del artículo 2 de nuestra Constitución Política.

Teniendo en cuenta ello, la libertad sexual y reproductiva se constituye como un pilar de la capacidad de decisión de la mujer embarazada que práctica la maternidad subrogada. Este derecho se ha ido construyendo en base a la interdependencia de garantías, relacionándose en la inclusión de espacios de protección.

Según el Acuerdo Plenario Nro. 01-2012/CJ-116 (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos , 2013) la libertad sexual es un bien jurídico protegido que se configura:

Como un subconjunto de la libertad personal, que se automatiza en respuesta a la presión social para desencantar los propios comportamientos sexuales. La libertad sexual es una creación individual y una forma de manifestación de la libertad personal que expresa la capacidad y el poder de autodeterminarse libremente y sin coacción externa, abuso o engaño dentro del ámbito de la conducta sexual, toda persona tiene derecho a decidir si tiene o no relaciones sexuales con otra persona de manera libre y voluntaria, expresando así, su derecho a la autodeterminación.

El derecho a una libertad sexual también encuentra unidad con la libertad reproductiva, implicando una dimensión universal al ser considerados derechos humanos, por lo que a lo largo de la historia su desarrollo ha tenido como pretensión principal el desarrollo de la mujer. Dentro de los instrumentos internacionales que se desglosaron en toda la lucha por la obtención de estos derechos múltiples, la Unicef y Defensoría del Pueblo (2006) expresaron que fundamentalmente se perseguía:

- El derecho de autodeterminación en la implicancia de la libertad y los derechos reproductivos. – Las mujeres, en el desarrollo histórico, lucharon para poder obtener el reconocimiento de sus derechos, pues los intereses que se defendían con neutralidad eran discriminatorios y carecían de ser garantes en la protección de su desarrollo integral.
- El derecho a tomar decisiones respecto del cuerpo y la sexualidad femenina.
  - Se constituyen en base a índices en el contenido y alcance de los derechos humanos en cuestión de su ejercicio y titularidad, además, de medir que políticas públicas se adoptan para garantizar tales derechos. (p. 152)

Producto de esto se estableció como principal garantía a la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que tiene como objeto generar que los Estados adhieran sus actuaciones a la convención y sea un instrumento que se constituya como fuente de Derecho y doctrina, que oriente a la actuación estatal en la adopción positiva y negativa de mecanismo, relacionándolo con sus obligaciones ya expresadas.

La libertad sexual estará inmersa en los temas de salud reproductiva, en el contenido de los derechos fundamentales que se implican en los derechos reproductivos, por un lado, respecto de la libertad personal que quiere configurar la persona imposibilitada de tener hijos y quiere contratar un vientre de alquiler, y de otro lado, la madre gestante que alquilará su vientre, para que lo haga bajo la autodeterminación y no la coacción o violencia.

## **Responsabilidad adherida a la libertad sexual**

La responsabilidad adherida a la libertad sexual se encuentra en poder del Estado, pues tiene deberes adicionales respecto de la libertad sexual y reproductiva de las mujeres. Uno de ellos es el deber orientativo, este se constituye en el deber de ofrecer una educación sexual de calidad que sea eficiente en los niveles de formación y conocimiento; el otro es el deber de garantía, que se vincula a la elección libre de la mujer, que pueda dar efectos a su vida sexual y reproductiva sin coacciones ni presiones de ningún tipo, su perspectiva de vida es la que será su premisa.

Quiroz y Jácome (2020) añaden que el Estado tiene la obligación, dentro del escenario de la maternidad subrogada, de que las medidas en materia de libertad sexual se hagan con la responsabilidad de que sean favorables:

- La gestante debe estar plenamente informada de las consecuencias físicas, emocionales y biológicas de participar en la práctica, no sólo por el intrusismo de la técnica de reproducción asistida de fecundación in vitro (que es la más utilizada), sino también del malestar emocional que experimentará el niño una vez quede embarazada, o de las decisiones que habrá que tomar en torno al feto si el embarazo se vuelve inviable.
- Después de ser informada, la mujer embarazada tenga la capacidad de decidir libremente, libre de presiones sociales, interpersonales, familiares o gubernamentales, si participará o no en la práctica de la maternidad subrogada.
- Para asegurar su salud en esta etapa, la mujer debe ser acompañada en las áreas de salud sexual, obstétrica, psicológica, nutricional y otras.
- La mujer debe gozar de forma garantizada del acompañamiento médico profesional para llevar su vida posterior al parto, pues también se presentan cambios físicos y psicológicos a raíz de la concepción. (p. 31)

## **Derecho a la educación sobre fecundidad**

Para empezar, la educación sobre la fecundidad se entiende para nuestro estudio como el conocimiento sobre la salud sexual y reproductiva, con ello debemos identificar a que nos referimos con salud reproductiva, Mil-Candal (2010) lo define de la siguiente forma:

La salud reproductiva abarca más que la simple ausencia de enfermedad o deficiencia; más bien, es un estado de completo bienestar físico, mental y social en todas las áreas de la vida que son parte integral del sistema reproductivo. En consecuencia, la salud reproductiva implica la opción de procrear, la libertad de decidir hacerlo o no, y la capacidad de controlar cuándo y con qué frecuencia tiene lugar esa procreación. (p. 37)

Según el art. 23.1 de la Convención Iberoamericana de los Derechos de los Jóvenes el derecho a la educación sexual se encuentra en el contenido del derecho fundamental a la educación, pues la educación sexual y reproductiva comprende uno de los ámbitos de la educación. La disposición mencionada indica que dentro de los niveles educativos se debe fomentar una conducta responsable del ejercicio de la sexualidad, para la prevención de las enfermedades sexuales, la violencia sexual y los embarazos no deseados.

Se ha podido adoptar un enfoque entre el MINEDU y la UNESCO (2013) para relacionar a la educación sexual con las finalidades del derecho a la educación, se pudo establecer que:

Luego de analizar las metas establecidas en muchos tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos, concluyeron que una de las metas de la educación era el desarrollo humano integral, y que uno de sus componentes era la sexualidad. Además, enfatizaron la necesidad de lograr este objetivo para satisfacer la característica de aceptabilidad. La falta de provisión de educación sexual es una violación a las obligaciones del Estado de respetar, proteger y cumplir el derecho a la educación. (pp. 9-10)

## **La planificación familiar**

La planificación familiar involucra a todo el conjunto de acciones realizadas por una pareja para tomar completo control respecto a fundar una familia con descendientes, el número de los mismos y el momento más adecuado para hacerlo. De esta manera, la vida sexual de los individuos se encuentra apartado del fin de ser padre o madre, puesto que la descendencia no es único fin o no puede ser el fin de mantener una vida sexual activa.

Para nuestro estudio, la planificación familiar involucra una conjunción entre el proyecto de vida individual, por las aspiraciones en cuanto a fundar o no una familia, y el derecho a la educación y libertad sexual, ya que se debe tener conocimiento de los métodos anticonceptivos a utilizar para evitar los embarazos no deseados, y tales deben ser de uso voluntario por lo involucrados. Entonces, podemos definir a la planificación familiar como el control de la reproducción.

Seguimos el mismo concepto señalado por James (2012):

El término planificación familiar se refiere a todos los suministros y servicios que permiten a las personas y parejas tener el poder en planificar la cantidad de hijos e hijas que desean y cuándo y por cuánto tiempo los tendrán. En él se incluyen modernos métodos anticonceptivos más actuales, como píldora anticonceptiva, productos inyectables o conservantes masculinos y femeninos. Los servicios incluyen atención médica, consejería e información y educación sobre salud sexual y reproductiva. (p. 476)

### **El derecho a decidir sobre el número de hijos**

El artículo 16 de la CEDAW, que establece que “se tiene el derecho a decidir con libertad y responsabilidad sobre el número de hijos y el intervalo de los nacimientos, el acceso a la información y la educación para el debido ejercicio de estos derechos”, reconoce el derecho a la autonomía reproductiva.

Este derecho corre peligro cuando se levantan barreras a la capacidad de una mujer para ejercer su derecho a controlar su propia reproducción. El derecho a la autonomía reproductiva abarca no solo la libertad de elegir la propia estrategia de maternidad en términos de número y espaciamiento, sino también la oportunidad de llevar a cabo esa estrategia con asistencia médica o profesional, ya sea en un hospital o en otro lugar.

### **Derecho a la persona a decidir el número de hijos, espaciamiento y oportunidad**

Guevara (2020), señala que:

Los derechos reproductivos comprenden el derecho básico de toda pareja y de toda persona de decidir libre y responsablemente sobre el número, el espaciamiento y la oportunidad de tener hijos/as y de tener la información y los medios de hacerlo, así como acceder plenamente a los métodos para regular la fecundidad. (pág. 7)

### **Derecho a tener información de los métodos para regular la fecundidad**

Pérez (2014), quien señala que *“Los derechos reproductivos Permiten a las personas tomar decisiones libres y sin discriminaciones sobre la posibilidad de procrear o no, de regular la fecundidad y de disponer de la información y medios para ello.”* (pág. 75)

### **Derecho a un servicio de calidad**

El Grupo de Participación Comunitaria de Justicia Sexual y Reproductiva (2018), de la ciudad de Nueva York, han señala que el derecho a un servicio de calidad es *“Derecho Humano de recibir una atención respetuosa, segura y de calidad durante su experiencia al dar a luz. Los derechos humanos son aquellos derechos que les permiten a todas las personas tomar sus propias decisiones y vivir sus respectivas vidas con dignidad.”* (pág. 2)

## **Derecho a contar con los insumos para garantizar una maternidad saludable y segura**

Sifuentes (2013), señala que *“El concepto de maternidad saludable y segura involucra a tratar el embarazo como un periodo especial durante el cual todas las mujeres deben tener acceso a cuidados apropiados acorde a su estado, busca identificar signos y síntomas de alarma que pongan en peligro su vida.”* (pág. 50)

### **Derecho a la maternidad saludable**

Para nuestro estudio el derecho a una maternidad saludable se encuentra implícito dentro de los derechos humanos en tanto del derecho a formar una familia, a la autonomía reproductiva y a la salud reproductiva.

Este derecho se materializa en asegurar un tratamiento saludable y especial al periodo de embarazo de una mujer, en donde, se deben implementar todos los procesos adecuados para mantener su estado de salud, para identificar posibles síntomas o alertas que pongan en riesgo su vida. La infraestructura del servicio de salud juega un rol importante, ya que los procedimientos y el nivel de atención se desarrollarán dentro de esos espacios.

El Congreso de la República de Guatemala, a través del Decreto 32-2010 ha podido desarrollar un reglamento de la Ley para la maternidad saludable, de donde podemos observar los principios rectores para el desarrollo de una maternidad saludable:

- a) Gratuidad: Se garantiza el acceso gratuito a los establecimientos públicos de salud para las intervenciones sobre maternidad.
- b) Accesibilidad: Se garantiza que la atención para la maternidad será de atención para todos os espacios geográficos del país.

- c) Equidad: Se garantiza que la prestación de los servicios de salud para la maternidad dará una especial atención a las mujeres en situación de pobreza y pobreza extrema, con el fin de disminuir la inequidad social existente.
- d) Respecto a la interculturalidad: Se garantiza que al momento de prestar los servicios neonatales se respetará los valores, costumbres y culturas de todos los grupos sociales.
- e) Sostenibilidad: Se garantiza que el Estado asignará recursos suficientes y necesarios para la reducción de riesgos en el desarrollo de los programas de maternidad saludable.

## **DERECHO COMPARADO**

### **A. La India**

Según un informe de las Naciones Unidas (2012), existen más de 3000 clínicas privadas en la India que brindan servicios de reproducción asistida. La Federación de Industrias Indias estima que la industria generará 2.300 millones de dólares en 2012; la Comisión Legislativa de la India reconoce esto como mercado un altamente rentable.

Rozée (2017) explica este hecho mencionado que cuando la práctica se introdujo por primera vez a principios de la década de 2000, la llevaban a cabo agentes que recorrían los barrios populares informando a las mujeres y alentándolas a postularse para trabajos como madres sustitutas. El reclutamiento de los vientres de alquiler ha nacido de las relaciones cotidianas entre individuos o a través de anuncios en periódicos o comerciales. Como resultado, está claro que muchas mujeres en la India están motivadas principalmente por consideraciones financieras. El reclutamiento de posibles madres subrogantes no está expresamente prohibido en la legislación india, pero son limitados a clínicas legalmente constituidas.

- Condiciones contractuales

Conforme a lo dicho por Malhotra (2008):

En comparación con los mercados de Europa o Estados Unidos, los costos de maternidad subrogada de la India son increíblemente bajos. Sin embargo, a pesar de la falta de datos estadísticos sobre el número de nacimientos por subrogación de maternidad por año en India, según el experto Dr. Gautam Alhbadia (Entrevista, 16/08/2010), este año se deberían haber visto entre 150 y 200 intervenciones exitosas, cada una cuesta entre \$ 10.000 y \$12.000.

Estas son las condiciones actuales para ser gestante en la India:

- La mujer no debe pasar los 35 años.
  - La gestante ya ha debido procrear un hijo propio.
  - Cuando se haya celebrado el contrato la mujer pierde el derecho a interrumpir la etapa de gestación. (salvo situaciones determinadas).
- El compromiso

En India, la maternidad subrogada aparece como un trabajo temporal que se desarrolla en un ámbito privado, a veces fuera del hogar (volveré sobre este tema más adelante). El permiso de maternidad subrogado es una oportunidad única para la mujer sustituta mejor retribuida y con mejores condiciones laborales además de estar subrogada por varios meses o años (sin acoso, sin horas extras no pagadas, etc.). Aquí, el trabajo se describe como fácil, simple y conocido (siendo que todas son madres).

Debido a su bajo costo y simplicidad, esto ha llevado a que la atención de maternidad subrogada en la India se vuelva popular en todo el mundo para el embarazo asistido desde sus inicios. Al principio, los extranjeros que querían ser padres debían solicitar una visa médica especial que solo se otorgaba a parejas heterosexuales que tenían al menos dos años de casados. Esta visa requería los siguientes documentos de respaldo:

- Una declaración jurada de los padres solicitantes que iban a cuidar a los hijos nacidos a través de gestación subrogada.
- Un contrato legal entre los futuros padres y la gestante india.
- Una prueba de que el proceso se iba a realizar en una clínica de reproducción registrada y reconocida como tal.
- Una carta de la clínica confirmando que la compensación en total para la gestante había sido totalmente pagada según el contrato.

## **B. Rusia**

En Rusia la Maternidad subrogada es un hecho legítimo y regulado. Existen leyes y actos legales que avalan tal regulación, en donde encontramos a la más relevante en:

- Ley Básica de Protección de la Salud de los Ciudadanos de la Federación de Rusia del 21 de noviembre de 2011

La Ley de Salud Familiar y Reproductiva de 1990 es una ley federal que establece garantías a nivel nacional para la salud reproductiva y familiar. Los embarazos subrogados son el foco del artículo 55 en su totalidad. Describir qué es un embarazo subrogado y los requisitos que deben cumplir las futuras madres subrogadas.

Respecto del tratamiento contractual que recibe la maternidad subrogada, no se expresan aspectos legales en concreto, pero es de obligación la existencia de un contrato expreso entre las partes.

Se menciona que las parejas heterosexuales pueden recurrir este método de planificación familiar estando casados o no, al igual que las mujeres solteras. No se especifica nada al respecto de los hombres solteros.

Queda totalmente prohibido el uso de óvulos de la propia madre subrogada en el marco de la fecundación in vitro.

- La Constitución de la Federación Rusa

Los hombres y las mujeres gozan del ejercicio de los mismos derechos. Ante ello, se impugnó un tipo de discriminación por parte de la ley materia de maternidad subrogada a los hombres solteros; debido a ello el gobierno ruso instauro medidas de protección a los padres solteros se convirtieron a través de la subrogación.

- Código de la Familia

Los artículos 51 y 52 establece la regulación respecto del registro de identidad de los niños, en donde figuran, el certificado de nacimiento con los padres legales, y el consentimiento de la subrogación no aparecerá dentro del certificado.

### **C. Australia**

Pagar honorarios a una mujer que ha dado a luz a un hijo para su pareja es ilegal en Australia y se castiga con una multa elevada o incluso con prisión. Esto se debe a que allí solo se permite la subrogación por maternidad sin ganancia económica, y el peso de la responsabilidad recae en todos los participantes del proceso. Varios estados brindan un marco legal para los procesos penales contra ciudadanos australianos que han firmado un contrato de maternidad que se ha subrogado en otro lugar, pero no ha habido una sola sentencia en el caso de subrogación de maternidad comercial en las últimas décadas.

En el país australiano, no existe una regulación ni disposición legislativa respecto de la subrogación, por lo que la madre subrogada como la pareja no se encuentran protegidas con mecanismos legales. En el caso de que la mujer gestante cambie de opinión acerca de entregar el recién nacido a los padres, los padres biológicos se quedarían sin nada. No existen planes de tratamiento de la infertilidad que prometan un resultado exitoso para la fecundación in vitro. Esto significa que la pareja tendrá que pagar por cada intento posterior de FIV, y al final hay una cantidad importante de dinero que es difícil de obtener para muchos.

## **D. Canadá**

La ley canadiense materia de la maternidad subrogada y su protección (Assisted Human Reproduction Act), establece que queda prohibido el pago a la madre portadora, por lo que persigue fines altruistas, la ley se encuentra vigente desde marzo del año 2004. Como requisito se tiene que la madre debe tener un mínimo de 21 años.

Las formas de sanción se dan de la siguiente forma:

- Queda prohibida la intermediación para los contratos de maternidad subrogada.
- Queda prohibido todo tipo de publicidad con fines de lucro.
- La multa se eleva a un aproximado de 500.000 dólares canadienses.
- Se establece una pena privativa de libertad de 10 años.

La ley expresa que para esta práctica las madres gestantes pueden pedir un reembolso de los gastos neonatales y de maternidad que han afrontado en su etapa de embarazo, se hace referencia a los determinados gastos aceptables, sin precisar valores monetarios específicos.

## **E. Ucrania**

En Ucrania la maternidad subrogada se encuentra totalmente garantizada por la Ley. En la actualidad, alrededor de 30 clínicas privadas se encuentran operando con servicios médicos de alta calidad, años de experiencia y madres subrogantes con la responsabilidad en su labor reproductiva y con autoconocimiento de sus derechos.

Conforme al Orden 787 del Ministerio de Salud Pública de Ucrania, encontramos en las características más resaltantes del ejercicio de la maternidad subrogada que:

- La práctica está permitida para extranjeros y ciudadanos del país.

- La práctica se encuentra prohibida para solteros y parejas homosexuales.
- Se puede recurrir a tratamientos por problemas de infertilidad.
- Se puede participar de programas de subrogación y FIV como anónimo o como familiar.
- Se respeta la confidencia médica.

Existe reglamentación respecto de los contratos firmados por las partes desde el momento en que inicia el programa:

- Se determina una compensación financiera.
- La madre subrogada se compromete a entregar al bebe.

## **F. Reino Unido**

La Ley Británica de reproducción asistida, declaraba en los años 1982-1984 que todo tipo de subrogación de la maternidad era un acto ilegal ya que se basaban en la Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología. Se disponía de mecanismos penales que sancionaran a los establecimientos que reclutaran mujeres gestantes.

En el año 1985 se aprobó la Surrogacy Arrangements Act, en donde se estipulaba que la maternidad subrogada sin fines de lucro se encontraba legitimada, además que quedaba prohibida su publicidad y la intervención de agencias u otro tipo de intermediarios.

### **2.4. Bases conceptuales**

#### **Regulación:**

Se trata de la acción de establecer reglas o leyes para proporcionar un cierto nivel de regulación dentro de una determinada área de la ley. Esto se logra mediante la aplicación de la ley por parte del Estado. (Enciclopedia Jurídica, 2022)

**Maternidad:**

Es la experiencia de vida que gana una mujer cuando se convierte en madre. La maternidad es más que el proceso biológico de reproducción (dar a luz ); simboliza la creación de un nuevo ser humano, que requiere la síntesis de muchos factores diferentes. (Reproducción Asistida ORG, 2022)

**Subrogada:**

La subrogación proviene de la palabra latina subrogar, que se utiliza en el campo del derecho para referirse al proceso de sustitución de una cosa o persona por otra. Los orígenes etimológicos de la palabra se remontan a la palabra latina subrógare. (Reproducción Asistida ORG, 2022)

**Contratación:**

En el lenguaje jurídico , este término se refiere a todo lo que surge como resultado de un acuerdo entre dos o más partes sobre un objeto de derecho que tiene la capacidad inherente de dar lugar a obligaciones. (Enciclopedia Jurídica, 2022)

**Compromiso:**

Contrato en virtud del cual las partes se comprometen a ejercer o no determinada acción. (Enciclopedia Jurídica, 2022)

**Autonomía:**

La capacidad de tomar las propias decisiones sin interferencias es un derecho humano fundamental que debe respetarse en todo momento a menos que entre en conflicto directo con otro valor fundamental. (Enciclopedia Jurídica, 2022)

**Bioética:**

Disciplina que se desarrolla en respuesta al impacto del progreso tecnológico en la vida diaria. El objetivo es desarrollar una cosmovisión ética que pueda proporcionar

una guía moral al tomar decisiones que alteran la vida al responder a argumentos razonados. (Asociación de Cardiopatías Congénitas, 2016)

### **Reproducción asistida:**

Es un grupo de técnicas o métodos biomédicos que ayudan o reemplazan los procesos normales de ovulación y fertilización del cuerpo, aumentando la probabilidad de que un óvulo no fertilizado se convierta en un bebé sano. (Reproducción Asistida ORG, 2022)

### **Derecho reproductivo:**

La base es el reconocimiento de que toda persona tiene el derecho inherente a tomar una decisión informada sobre su propia reproducción. (Reproducción Asistida ORG, 2022)

## **CAPITULO III. MARCO METODOLOGICO**

### **3.1 Ámbito**

La presente investigación se realizó en el ámbito espacial en la ciudad de Lima y el ámbito temporal correspondió a los años 2018 – 2022. Es preciso aclarar, que a pesar de una ardua búsqueda de casos relacionados al tema de maternidad subrogada solo hemos podido obtener los descritos en el presente trabajo.

Y dentro del ámbito jurídico, se tuvo en cuenta el desarrollo del Derecho Constitucional y Derecho Civil.

La Maestra Castillo (2021), ha señalado que el ámbito de estudio es *“la palabra espacio de aprendizaje se refiere a una morfología lingüística que denota un*

*perímetro específico o un área de espacio reservada exclusivamente para fines educativos, como aulas y bibliotecas”.* (pág. 1)

### **3.2 Población**

Como muestra hemos seleccionado el expediente judicial N°183515-2006-00113 que trata sobre la impugnación de maternidad de una niña procreada por subrogación materna; así mismo en la CAS. N°563-2011- Lima donde se revisa un caso de adopción por excepción declara infundada en primera instancia; y por último el tercer caso contenido en el expediente judicial N°6374-2016-0-1801-JR-CI-05 que es una demanda de amparo contra RENIEC por dos menores concebidos por maternidad subrogada

Hernández, Fernández y Baptista, señala que la población es el “Conjunto de todos los casos que concuerdan con determinadas especificaciones” (pág. 174)

### **3.3 Diseño de estudio**

El nivel que se va a utilizar es el Exploratorio.

El tipo de investigación que utilizaremos es básica.

Asimismo, es una investigación analítica, toda vez que se hizo un análisis y contrastación de información, tanto de la realidad social, como de la realidad jurídica.

Es de diseño no experimental.

Álvarez (2021), respecto de no experimental, señala que: “No existe manipulación de las variables por parte del investigador. Se dividen principalmente en dos tipos: Transversal, Longitudinal” (pág. 4)

De acuerdo a lo antes señalado, es preciso indicar que el enfoque que hemos asumido para la realización de nuestra investigación es el cualitativo y estará orientado a describir un problema y caracterizarlo para así tratar de buscar una solución al problema de investigación.

Los resultados de nuestra investigación son de índole argumentativo, asimismo, se ha observado el problema tal como se desarrolla en su contexto natural, y mediante un proceso de cognición que ha sido interpretado, a fin de proponer soluciones en base a argumentos razonables.

### 3.4 Matriz de Categorías

Variables	Categorías	Sub categorías
La regulación de la maternidad subrogada (V1)	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Contratación de una mujer para ser inseminada</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Pactar con una mujer para que se someta al procedimiento médico.</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Compromiso al término del embarazo de entregar al recién nacido</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Compromiso de la madre subrogada</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Renuncia a la filiación respecto al hijo gestado</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Renuncia de la madre subrogada de los derechos y obligaciones que posee sobre su hijo biológico</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Utilización de técnicas de reproducción asistida</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Procedimientos médicos empleados para el éxito de un embarazo</li> </ul>

Derecho Reproductivo (V2)	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Derecho de la persona a decidir el número de hijos, espaciamiento y oportunidad</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Libertad que tiene la persona al momento de formar una familia,</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Derecho a tener información de los métodos para regular la fecundidad</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Información sobre los métodos más recientes para un embarazo exitoso</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Derecho a un servicio de calidad</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Estrategias y acciones destinadas a mejorar un servicio</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Derecho a contar con los insumos para garantizar una maternidad saludable y segura</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Derecho que engloba las técnicas utilizadas a favor de la madre gestante</li> </ul>

### 3.5. Métodos, Técnicas e instrumentos (incluye la validación y confiabilidad del instrumento).

El método utilizado es el sociológico jurídico porque se basa en la idea que el derecho es un producto social que refiere las normas, valores y prácticas de una sociedad en particular, se utiliza para estudiar la relación entre el derecho y la sociedad.

La técnica que se utilizó para el presente trabajo de investigación es el análisis de datos en donde evaluaremos los tres únicos casos que se han presentado en nuestro País, asimismo evaluaremos la doctrina en torno a este tema tan controversial.

El instrumento que se utilizó para poder llevar a cabo el análisis documental es la guía de análisis de datos.

Garay (2020) citando a Valderrama (2002) señala que:

En última instancia, la tecnología consistirá en una colección de mecanismos, medios y sistemas para administrar, recopilar, almacenar, reelaborar y transmitir datos. También es un conjunto de reglas y pautas que ayudan al usar los métodos, pero tienen su propio valor distintivo. El valor de los métodos de investigación se muestra a través de qué tan bien agilizan los procesos, administran los recursos y difunden los hallazgos. (pp. 3-4)

El instrumento que se utilizará será la de análisis documental, Garay (2020) señala que:

Los instrumentos de investigación incluyen cuestionarios en papel, dispositivos mecánicos y electrónicos utilizados para recopilar datos o información sobre un determinado problema o fenómeno, y otros recursos similares. (p. 12)

### **3.6. Análisis de Datos**

Lo primero que se realizó fue seleccionar los casos que encontramos en relación a nuestro problema de investigación, donde se menciona una breve reseña de cada uno de ellos, buscando así, analizar la interpretación y la relación que tiene con nuestros presupuestos.

Lo segundo que se realizó, fue analizar las categorías que mencionamos dentro de nuestra matriz de consistencia y que se encuentra íntimamente ligados con la teoría propuesta en nuestro marco teórico

En tercer lugar, se hará una breve explicación de las teorías implícitas dentro de nuestro trabajo de investigación, es decir, aquellas que forjan gran relevancia en torno a la maternidad por encargo.

Finalmente, se ordenaría toda la información recabada, conforme a los sistemas de parámetros informativos.

El análisis de datos, se realizará mediante la secuencia lógica de sistema de unidades, este diseño proyectaría primero analizar la categorías y subcategorías de nuestro trabajo de investigación, debemos tener en cuenta, que, en la secuela de la investigación, saldrán a la luz nuevos temas de interés, que serán tomados en cuenta, solo si guarda una íntima relación con el tema central, por lo que es necesario tener en cuenta una secuencia lógica.

### **3.7. Consideraciones éticas**

El presente trabajo de investigación, cumplió con todos los requisitos y condiciones para la elaboración del mismo, de conformidad con los lineamientos y normas establecidos por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán.

Asimismo, se manifiesta, que se ha respetado los derechos de autor de las fuentes de información mencionadas, que surten como base a nuestro tema; señalando que se viene aplicando la normativa APA que corresponde.

La objetividad del trabajo, es uno de los puntos centrales y necesarios, ya que nos permite determinar el problema como se sujeta en la realidad, y plantear una posible solución.

## **CAPITULO IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

### **4.1 Análisis de discurso o contenido**

La investigación, procede a analizar las sentencias seleccionadas. Como se ha podido establecer, se ha seleccionado a 2 expedientes y una casación que se derivan del hecho de la maternidad subrogada producida dentro de nuestro contexto y que ha sido una de las mayores influencias que permiten a nuestro ordenamiento jurídico haberse pronunciado. Creemos que estas serán de importancia para sostener nuestra postura de implementación.

#### **Expediente N°183515-2006-00113**

En la sentencia emitida por la Quinceavo Juzgado de Familia sobre una demanda de impugnación de maternidad instaurada por Carla Manrique See Aurish, en contra de su esposo Luis Eduardo Mendoza Barber y su madre Jenny Lucero Aurish de la Oliva, toda gira en torno a que la demandante fue diagnosticada muy joven con neuropatía, insuficiencia renal e hipertensión arterial, por lo que le sería imposible llevar a cabo un embarazo exitoso.

Ante ello, la pareja conformada por Carla y Luis deciden acudir a las técnicas de reproducción asistida, siendo la mejor opción la maternidad subrogada; posterior a ello, es su madre la señora Jeny quien de manera altruista y voluntaria se compromete a llevar el embarazo de inicio a término, para ello se lleva un procedimiento llamado fertilización in vitro, utilizando los óvulos de Carla y el espermatozoide de Luis.

Al término del embarazo, se produjo el nacimiento de la menor Daniela Mendoza Aurish, quien fue inscrita como hija de ambos demandados excluyendo de esa manera a quien sería su madre biológica; la señora Carla Manrique; es por ese motivo que esta última interpuso una demanda de impugnación de maternidad DENTRO DE LOS FUNDAMENTOS EXPUESTOS POR EL JUZGADO SE TIENE:

La demandante no tendría legitimación para obrar, toda vez que el artículo 371 del Código Civil solo permite impugnar la maternidad en dos casos, en suplantación del hijo o parto supuesto; pero señala que, nuestro ordenamiento jurídico con el devenir del tiempo ha quedado desactualizado, ya que la ciencia médica biológica viene incorporando nuevas situaciones fácticas, como es el presente caso que son nuevas técnicas de reproducción humana y que también requieren de protección y amparo jurídico. Ya que así lo señala el artículo 139 inciso 8 de la Constitución, prescribe: “el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de ley. en tal caso, deben aplicarse los principios generales de derecho y el derecho consuetudinario”. Por ello el juzgado decide emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

En cuanto a los puntos controvertidos:

- 1) Determinar si la demandante es la madre de la menor: el juzgado señala que el clásico concepto de maternidad ha quedado obsoleto, más aún con el avance de las TERAS, aquí se toma en cuenta los informes médicos que datan en la infertilidad de la demandante, el procedimiento medico de fecundación in vitro, declaración del médico tratante en el proceso de fertilización, la prueba de ADN.

Además, se refirió respecto al artículo 7 de la Ley General de Salud, señalando que no existe una prohibición expresa, por lo que sujetándose a lo dispuesto por el artículo 2 inciso 24 letra a de la constitución, que regula el principio de reserva: “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

- 2) Se toma en cuenta que la maternidad subrogada, se ha llevado a cabo, de manera voluntaria y altruista

Por lo que el juzgado dispone declarar fundada la demanda, rectificarla y reconocer como madre a Carla Manrique.

## **Casación N°563-2011**

La casación analizar fue expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha 6 de diciembre de 2011 en Lima. El presente es el primer caso respecto del reconocimiento de la maternidad subrogada en el Perú.

Como hasta el momento no se contaba con una regulación en la presentación de la apelación, a pesar de la realidad de la misma, la cual fue interpuesta por Dina Felicitas Palomino Quicao y Giovanni Sansone, los mismos que encargaron la gestación de Isabel Zenaida Castro Muñoz, en cambio de una contraprestación tras el nacimiento, la pareja en cuestión entregaría el recién nacido a la gestante a cambio de un pago de 18.900 dólares estadounidenses.

Giovanni Sansone, el padre biológico del niño y tío paterno por afinidad, usó su gameto para fertilizar a la madre sustituta. Sin embargo, poco tiempo después de su nacimiento, Vittoria Palomino Castro fue registrada a nombre de su madre biológica, Isabel Zenaida Castro Muoz, y su consorte, Paul Frank Palomino Cordero, quienes lo hicieron con agradecimiento y reconocimiento, ya que Cordero era hijo de José Palomino Quicao, un hermano de la comitente, Dina Felicitas Palomino Quicao.

Ante este hecho, la pareja reclamo su derecho de acción para adoptar mediante una demanda basándose en un presupuesto legal reconocido, este es el artículo 128.b del Código de Niños y adolescentes. En relación a la adopción por excepción, se aprecia que sin su requerimiento adicional es que el adoptante cuenta con vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño posible de adopción.

La pareja atinó a ejecutar este plan, pues la maternidad subrogada es un hecho que no es reprobado, pero tampoco legítimo en nuestro país. A pesar de hecho se puede ver, en análisis, una afectación al principio de legalidad, puesto que no hay ley suscrita que la regule, no solo ello, sino que se evidencia una situación de falta de

seguridad jurídica. Esto supone que no existe ningún respaldo legal y en consecuencia, existiría riesgos para todos quienes la practican o piensan hacerlo en atención de su imposibilidad de poder formar una familia.

La Corte Suprema que había un choque entre el derecho de los padres a ejercer el poder y el interés superior del niño por tener una familia. Además, confiaron en las acciones de la madre y el padre, quienes inicialmente estaban dispuestos a entregar a su hija a cambio de una contribución monetaria mensual, y aceptaron ayuda financiera después de darse cuenta de que había un incentivo financiero para hacerlo. Por lo tanto, la Corte Suprema dictaminó que el interés superior de la niña debe prevalecer y que debe permanecer bajo el cuidado de sus padres progenitores, es decir, los padres exigentes que le brindan un entorno seguro y acogedor. Como resultado, la defensa del matrimonio se consideró inválida.

Respecto al uso del artículo 128 inciso b del Código de Niños y Adolescentes, no se cumple el presupuesto de la afinidad entre la menor y Giovanni Sansone puesto que hay una comprobada afinidad de parentesco, por lo que, el hecho de adoptar no sería factible al hecho fáctico del presente artículo, esto es comprobable por la prueba de ADN. Ahora, a pesar de ello, el considerando noveno de la presente Casación pudo reconocer lo siguiente:

“El caso de autos se debe tener en cuenta que si bien existe evidencia de ADN que sugiere que el peticionario, Giovanni Sansone, es el padre biológico de la menor, es importante recordar que la prueba legal de paternidad es el acta de nacimiento, en cual el peticionario, Pal Frank Palomino Cordero, nombra a la niña como su hija”.

La Ley N° 26497, Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, artículo 58, establece que "los certificados de inscripción emitidos por el Registro Nacional de Identificación y Estado tendrán la consideración de instrumentos públicos y acreditarán hechos con razonable certeza". La opinión de la Corte es entonces relevante y de gran valor para la investigación. Dado que el certificado de nacimiento del niño aún incluye a Pal Frank Palomino Cordero como

el padre biológico del niño y no incluye a Giovanni Sansone como el padre biológico del niño, estamos de acuerdo en que el niño debe ser adoptado.

No está claro en esta oración si un embarazo subrogado es legal o no. Esta frase se centra en el concepto del interés superior del niño, además, se ve que intervienen terceros, y los derechos establecidos en la Política Constitucional en cuanto a la determinación de la filiación y también del derecho a la identidad del hijo, así como las circunstancias en que se produce la subrogación de derechos maternos se llevó a cabo teniendo en cuenta el interés superior del niño, se ponen en riesgo.

Finalmente, podemos ver que el principio del interés superior del niño se está aplicando de manera efectiva, de esta manera, el derecho del niño nacido por concepción asistida a tener una familia prevalece sobre el derecho de la madre y el padre biológicos del niño a ejercer patria potestad, ya que ambos padres tomaron la decisión de tener un hijo con la intención de ejercer la patria potestad.

#### **Expediente N°6374-2016-0-1801-JR-CI-05**

El presente expediente se tuvo con fecha 19 de noviembre del 2005, producto del nacimiento de los menores hijos de David Nieves Reyes que fueron registrados ante la RENIEC como suyos y también de Evelyn Bestazbe Rojas Urco. El primero es el padre biológico de los menores, pero la madre sería una gestante colaboradora. Sabiendo ello, los esposos Nieves Reyes y Aurora Ballesteros solicitan al RENIEC la rectificación de las actas de nacimiento de los menores para que se consigne como su madre a Aurora Ballesteros; lo que fue declarado improcedente y motivó la interposición de una acción de amparo ante el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, siendo esta declarada fundada, teniendo como orden que sean inscritos los esposos como padres a pesar de que la esposa no tuvo un aporte genético de ningún tipo o forma.

Los niños INNRR y CDNR con fecha de nacimiento en noviembre del 2015 y el médico señaló como madre a Evelin Betzabé Rojas V la madre subrogada y como progenitor a don Francisco David Neves Reyes es decir la persona que aportó el

esperma, esta situación se debió a que se aceptó la declaración de este, de que su marido Fausto Cesar Lázaro Salecio no era el progenitor de los niños.

Don Francisco David Neves Reyes inició dos procesos de rectificación de actas de nacimiento, solicitando que se agregue su nombre como padre legal de los niños. Esto impulsó el inicio de dos procesos de reconocimiento separados. Doña Aurora Nancy Ballesteros Verau, es decir su esposa, ha solicitado que se le reconozca como madre legal de los niños y que se realicen las acciones legales necesarias para subsanar la situación.

Una vez hecho esto, ambas solicitudes son rechazadas por el Registro Nacional de Identidad y Estado con base en las sentencias judiciales impugnadas. Por un lado, los defensores de los derechos de los niños argumentan que el principio del interés superior del niño y el derecho de los niños a su propia identidad proporcionan la base para sus demandas. Por otro lado, la oposición a la demanda señala que doña Aurora Nancy Ballesteros Verau no cree en ninguna prueba de filiación o vínculo biológico con los hijos, por lo que, por tratarse de un caso de parentesco no biológico, la personificación jurídica de la adopción debe ser usado.

Adicionalmente, se argumenta que la parte requirente no ha agotado todos los recursos administrativos y no busca el reconocimiento de un derecho previamente establecido o la ejecución de una orden jurídicamente vinculante, sino el reconocimiento de un derecho que es, en la parte vista, por la imposibilidad de ejecutar la orden en cuestión.

En tercer lugar, se tiene en cuenta la excepción del Registro Nacional de Identidad y Estado Civil a la falta de representación judicial de Aurora Nancy Ballesteros Verau respecto de los niños. Esto se debe a que Ballesteros Verau no cuenta con representación legal, como exige el artículo 419 y el inciso 6 del artículo 423 del Código de Procedimiento Civil. Asimismo, el peticionario, Francisco David Neves Reyes, no ha reconocido la paternidad de los hijos extramatrimoniales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 388 del Código Civil, lo que prueba que no actuará como representante legal de los hijos.

Así también, si bien Fausto César Lázaro Salecio tiene la paternidad presunta establecida por el artículo 361 del Código Civil, no ha actuado de conformidad con el artículo 388 del Código Civil, siendo una persona incompetente sin facultad para representarse a sí mismo. Las personas que reclaman los derechos de los niños sin representación legal dicen que la disputa fue provocada por la Agencia Nacional de Identidad y Registro (RNIC). En este caso, el juez ha concluido que Evelin Betzabé Rojas V, la actora, tiene legitimación activa civil por haber iluminado negligentemente a menores.

La decisión final del juez fue declarar fundado el recurso de amparo, lo que derivó en la nulidad de las actas de nacimiento de los niños, la imposición de costas y la orden al Registro Nacional de Identidad y Estado Civil para inscribir a Evelin Betzabé Rojas V como la madre y el padre de Francisco David Neves Reyes en dos días. Finalmente, el juez destaca que el estándar legal es muy exigente o casi inexistente en cuanto a las formas aparentemente válidas de reproducción humana asistida. Por lo tanto, debido a que no existe una vía administrativa que rijan una situación contenciosa, es imposible ordenar que la administración complete tal vía. Las deducciones basadas en estas premisas deben ser sin mérito.

#### **4.2 Análisis de familia o categorías**

El anhelo natural de una persona referente a la reproducción y trascendencia se ha convertido en un factor motivador a la propagación y avance de las técnicas reproductivas asistidas. Al corregir o perfeccionar realidades de infertilidad por medio del empleo de métodos científicos, permite la gran oportunidad de que las parejas que presentan estas dificultades tengan la oportunidad de tener un hijo. Ahora bien, las técnicas de inseminación tienen el objetivo de materializar las esperanzas del ser humano en la procreación y hacer realidad una situación que era imposible por medios naturales, y que en el tema que nos irrumpe se trata de la conocida maternidad subrogada. Esta temática esta siendo actualmente un objeto de gran interés en los países, que buscan cada día llevarlo al debate social. A este creciente interés ha colaborado sin duda la publicidad que le están dando tantas

personas que han recurrido a esta técnica y la fuerte controversia a que han dado lugar algunos conocidos escándalos.

En Perú, la Ley No. 26842, en su artículo 7, alude que cada individuo posee el derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, y a procrear por medio de la utilización de métodos reproductivos asistidos, siempre que la madre genética y la gestante sea la misma persona y que para tener acceso a esta aplicación tiene que ser con aprobación por escrito de los padres biológicos, prohibiendo también la fecundación de óvulos humanos con objetivos diferentes a la procreación, así como la clonación de personas, lo que muestra una infracción de derechos como es el derecho a la reproducción con técnicas que se utilizan en la maternidad subrogada; violando así el principio de interés del menor y su desarrollo autónomo.

De acuerdo a la categoría 1: Contratación de una mujer para ser inseminada se evidencia un contexto relevante por su relación con el costo de oportunidad de la madre gestante. Además, el costo de oportunidad comprende todas aquellas actividades que permiten generar ingresos a la madre gestante de forma alternativa a los acuerdos de maternidad subrogada, es decir, sus alternativas para desarrollarse económicamente (Varsi y Mardini, 2021).

En relación con los padres contratantes, se presumen como un agente económico con alto poder adquisitivo, pues las técnicas de reproducción asistida y los contratos de maternidad subrogada son tratamientos costosos. Al respecto, el Código Civil u otra legislación peruana, no regula el tema de la Maternidad Subrogada, existiendo una gran falta en el ordenamiento jurídico, considerándose un vacío legal. Pero es necesario aplicar una reforma de la ley para que los acuerdos de maternidad subrogada se hagan cumplir por el bienestar de las partes. Es el Estado quien debe hacer cumplir y hacer efectivos los derechos humanos en cada una de sus ramas.

De acuerdo a la categoría 2: Compromiso al término del embarazo de entregar al recién nacido, uno de los procedimientos es que la persona que realiza la inseminación y que lleva el tiempo de embarazo de haga responsable de entregar al hijo cuando se cumpla el tiempo establecido. En este sentido, si se regulan los

acuerdos para la práctica maternidad subrogada, será importante recordar que la situación financiera de una mujer y el costo de oportunidad influirán fuertemente en el costo de su anticoncepción. La regulación permisiva no puede garantizar una distribución justa de los recursos a menos que esté respaldada por marcos institucionales apropiados que animen a los principales participantes del mercado a reconocer la reproducción asistida como un derecho humano.

De acuerdo a la categoría 3: De acuerdo a la categoría Renuncia a la filiación respecto al hijo gestado, también se ha debatido acaloradamente la naturaleza jurídica del interés superior del niño. Muchas veces se ha dicho que se trata de una idea jurídica indefinida, pero todos hemos visto la confusión con que se lanzan términos como "principio", "consideración" y "cláusula". En este tipo de filiación priman los derechos de voluntad procreadora y de consolidación del proyecto familiar para establecer el vínculo filiatorio surgido a raíz del embarazo de la madre subrogada.

De acuerdo a la categoría 4: Utilización de técnicas de reproducción asistida, se menciona que los individuos tienen el derecho de acudir a las técnicas de reproducción asistida a razón de cumplir dos condiciones primordiales: la identidad genética y el consentimiento de los padres biológicos por escrito, este segundo, antes de efectuarse el tratamiento. Ahora bien, para la procreación es obligatorio el empleo del mismo material genético de la mujer, lo que no ocurre con el del varón, este sí puede ser donado, pero con el término de que el donante sea anónimo.

El autor Varsi y Mardini (2021) indica que la maternidad subrogada es abordada como una extralimitación de la tecnología procreativa o un acto de solidaridad entre personas. Las investigaciones de bioética suelen proteger la maternidad subrogada o apoyar su prohibición sin ahondar en las estimulaciones que impulsan a las personas implicadas.

De acuerdo a la categoría 5: Derecho de la persona a decidir el número de hijos, espaciamiento y oportunidad, la legislación vigente en el Perú ha recogido modelos referentes a dichos derechos en variedad de normativas, sea referidos como

deberes o derechos que el gobierno o sus representantes deben cumplir para hacer efectivos los derechos. Ahora bien, tomar decisiones reproductivas autónomas y responsables, comprende el derecho a la decisión de tener hijos o no, el número que desea y el período a transcurrir entre cada uno de ellos.

Se necesita una discusión profunda y paciente para garantizar que la ley que rige este derecho adopte una postura que esté en línea con los valores y la cosmovisión del público en general. Este análisis debe tener en cuenta muchos factores, incluida la determinación de qué valores prevalecen más en la sociedad, qué derechos humanos y principios constitucionales son más compatibles con un marco bioético dado y qué recursos serán necesarios para implementar estos de manera efectiva. (Hidalgo, 2017)

De acuerdo a la categoría 6: Derecho a tener información de los métodos para regular la fecundidad, es importante indicar derechos humanos que se pretenden especificar para las personas, referente a los debates reproductivos. En este sentido, resulta dificultoso determinar en qué medida esto ha sido así y ha tenido lugar un certificado de declaración. Pero, si se ha evidenciado que en el territorio peruano existe mucha desinformación al empleo seguro de métodos de reproducción.

Por eso, es de gran relevancia que aquellas personas elegidas/as como titulares de los derechos sexuales y reproductivos, establezcan cuáles son los contenidos realmente determinados para estos derechos y, sobre todo, si con dichos contenidos se toman en consideración las necesidades determinadas de las personas interesadas en el ámbito de la reproducción (González, 2017).

De acuerdo a la categoría 7: Derecho a un servicio de calidad, los autores Helfer y Tapia (2018) han indicado que las técnicas de reproducción asistida conllevan riesgo de contenido ideológico que las deslegitima. Recurren a la manipulación del lenguaje, al uso de términos de la corrección política como la de maternidad subrogada, así como novedosas concepciones como preembrión. Asimismo,

tergiversan los contenidos distintos términos que ya existen como paternidad, filiación y la familia.

En este sentido, se le debe brindar a la parte interesada la información correspondiente al empleo de técnicas reproductivas, en cuanto a sus beneficios y dificultades. Además, de brindarle la oportunidad de tener un servicio de calidad al momento de la realización de los procedimientos de reproducción.

De acuerdo a la categoría 8: Derecho a contar con los insumos para garantizar una maternidad saludable y segura, esta es una realidad que en el derecho debe atender y que cada día tiene que avanzar a grandes pasos, debido a que este tema ha generado una sucesión de problemas intersubjetivos en referentes a la interpretación que se suele dar a escenarios que, por los derechos involucrados, generan debates no solo de tipo jurídico, sino también éticos, religioso y morales.

En este sentido, Távara (2021) indica que el Estado peruano debe permitir que una persona reciba una adecuada atención y cuente con todos los insumos para garantizar la maternidad segura, antes, durante y después del parto. Ya que derechos sexuales y reproductivos son elementos integrales de los derechos de todos los individuos a disfrutar del más alto estándar alcanzable de salud física, mental y social.

### **4.3 Análisis de topología**

El punto de partida de esta investigación radica de forma natural en El gobiernonación como el distrito y la perspectiva desde la cual se constituye e interpreta la experiencia de las prácticas jurídicas. En otras palabras, la práctica jurídico-política, múltiple y fluida, sólida en la concepción, resguardo y en forzamiento de los derechos reproductivos.

Uno de los puntos más importantes de este problema, es la falta de regulación normativa de esta figura médico legal, si nos encontramos en un país en la cual no está regulada de forma normativa la gestación por encargo, entonces estamos ante escenarios médicos/clínicos no regulados correctamente, a fin de poder encontrar compromiso médico responsable, ante los posibles fracasos procedimentales, que

conlleven a que los embriones, quienes serán futuras personas, sufran de algún tipo de patología e que haya nacido del manejo inadecuado y resguardo de los óvulos femeninos y del espermatozoide, y que por diligencia medica estos se hayan contaminado así como otros operaciones mal ejecutadas.

En este sentido, se hace esencial la incorporación de la maternidad subrogada en el seno jurisprudencial y, así cubrir los vacíos que tiene el Código Civil existente, en especial el libro familiar, donde se tendría que proyectar y desarrollar la temática abordada, con la finalidad de brindar resguardo a las partes que intervienen en el contrato que, de maternidad, expuesto en el presente estudio. Por otra parte, el gobierno tiene la soberanía de promover a la familia como organismo que certifique la conservación familiar fortaleciendo el derecho de procrear a los hijos como personas y dotar de cada uno de los derechos que compete referente a las leyes y derechos actuales que presenta vigencia.

Por ello, surgió la necesidad de reconocer y normalizar la figura subordinada de la maternidad en la sociedad peruana, con base en los principios de protección familiar, igualdad y no discriminación, rectitud moral, libre albedrío y mínima intervención estatal. Hay lagunas tanto en el procedimiento como en la regulación en la práctica en el Perú. Sin embargo, a pesar de ello, los derechos reproductivos están garantizados por ley.

Por lo cual, se enfoque de este estudio está en regular este vacío legal y obtener su legitimidad, por medio de esto se podrá ofrecer protección física y emocional a la gestante subrogada; así, a través de la legislación se reconocen y buscan derechos para el bienestar social de la familia y de la sociedad en su conjunto.

Por otra parte, se ha demostrado que en suelo peruano se han litigado casos de paternidad subrogada, lo que ha requerido la intervención del máximo tribunal del país. Dado que actualmente no existe tal ley, corresponde al órgano rector velar por que se atienda el interés superior del niño y que se proteja su identidad.

Esta comprensión nos lleva a reflexionar sobre algunas preguntas básicas sobre las conexiones entre la ley estatal y otros sistemas legales y entre estos diversos marcos legales. Las cuestiones de derechos humanos que se centran en obtener la representación correcta de la ley han ocupado a los académicos durante décadas. Las personas que han estado trabajando en proyectos desde la perspectiva del derecho y disciplinas de las ciencias sociales como la sociología y la antropología han visto esta tendencia repetidamente.

La presente investigación intenta reconocer que el tema investigado es un problema jurídico-social, que por ser un suceso prácticamente nuevo ha generado oposiciones de criterios a favor o en contra, y que, por lo tanto, es necesario que se cuente con una norma específica sobre el tratamiento contractual del vientre subrogado y, las formas de protegerse. Finalmente, el análisis normativo realizado en este estudio evidenció que es fundamental reformar el artículo 7 de la Ley General de Salud para facilitar y garantizar el uso de la maternidad subrogada.

#### **4.4 Teorías implícitas**

Numerosas leyes tratan los acuerdos de subrogación de la licencia de maternidad como contratos, ya sean tales acuerdos estándar o no estándar. Dado que un contrato es una transacción legal, es útil mirar hacia atrás a la teoría del derecho contractual. Un acto de derecho es toda expresión de intención de causar consecuencias jurídicas que son reconocidas y protegidas por el ordenamiento jurídico. Al igual que otras instituciones basadas en el derecho privado, prioriza la elección individual para proteger la libertad y los derechos personales. Sin embargo, en ciertos países se acepta mientras que en otros no se aplica, como en el caso de Perú.

La investigación se basa en el examen de embarazos subrogados, también conocidos como maternidad subrogada, nacimiento subrogado o concepción uterina alterada, todos los cuales hacen referencia a un procedimiento ilegal en el Perú en la actualidad. En nuestro país no está regulado que una mujer pueda ser madre subrogada, y existen pocas restricciones a las técnicas de reproducción

asistida. Esto se debe a que tener una mujer biológica y genéticamente capaz de tener hijos a través de la subrogación, es para ciertas corrientes, contrario a las normas sociales y podría perturbar el orden público.

Por lo tanto, debemos llegar a comprender que las técnicas de reproducción asistida son métodos para resolver la infertilidad humana y, por lo tanto, ofrecer esperanza de que las personas infértiles puedan tener hijos. Como era de esperar, el dilema ético que surge del uso de tecnologías de reproducción asistida ha sido estudiado en varios países por profesionales de la salud y la investigación, mientras que al mismo tiempo el público en general acude a los abogados en busca de respuestas a sus dudas. Las cuestiones jurídicas que se derivan de tal práctica. Vale la pena señalar que la ley, que suele ser lenta para proporcionar una solución legal a los problemas prácticos, va a la zaga del progreso científico. Cuando la ley y el conocimiento científico no están sincronizados, surge un área gris que tiene ramificaciones legales.

Es así que, la prueba de requerir una regulación inmediata e integral incluye, entre otras, el cumplimiento de las siguientes condiciones: que se demuestre que los problemas de concepción de la mujer se pueden tratar con medicamentos; que haya un objetivo altruista en mente; que la mujer siendoreemplazado no colabora con los gametos; que previamente ha dado a luz a niños; y que se proteja la identidad de las partes.

El derecho a un embarazo subrogado debe ser un derecho humano básico, a la par del derecho a la reproducción, y debe ser legal que cualquier mujer infértil utilice este método para tener un hijo. El avance de este derecho reproductivo debe basarse en tres principios fundamentales: la ausencia de discriminación, la igualdad de todas las personas y la libertad de elección del individuo.

#### **4.5. Argumentación Hermenéutica y otro de las categorías emergentes**

La investigación, procede a analizar las sentencias seleccionadas. Como se ha podido establecer, se ha seleccionado a 2 expedientes y una casación que se

derivan del hecho de la maternidad subrogada producida dentro de nuestro contexto y que ha sido una de las mayores influencias que permiten a nuestro ordenamiento jurídico haberse pronunciado. Creemos que estas serán de importancia para sostener nuestra postura de implementación.

**Observación 1: Expediente N°183515-2006-00113**

<b>NÚMERO DE EXPEDIENTE JUDICIAL: Expediente N°183515-2006-00113</b>	
<b>INDICADOR</b>	ÓRGANO JURISDICCIONAL: Quinceavo Juzgado Especializado de Familia  JUEZ: Nancy Coronel Aquino  MATERIA: Impugnación de maternidad  DEMANDANTE: Carla Manrique See Aurish  DEMANDADO: Luis Eduardo Mendoza Barber y Jenny Lucero Aurish de la Oliva

<b>DIMENSIONES DE OBSERVACIÓN</b>	<p>SUJETO QUE INSTAURA EL PROCESO: Esposa del padre biológico</p> <p>DESCRIPCIÓN: Maternidad subrogada realizada sin fines de lucro y de forma altruista por la madre de la demandante, agregado que fue con el material genético de la misma persona el cual acordó con la madre que concibió al bebe siendo un familiar de ello, ante la imposibilidad de tener hijos.</p> <p>ETAPAS DEL PROCESO:</p>
-----------------------------------	---

	<ul style="list-style-type: none"><li>• <b>Presentación de la demanda:</b> Se interpone demanda de impugnación de maternidad, la cual es declarada improcedente. El Juzgado expuso que la demandante no contaba con legitimidad para obrar debido a que la acción solo procede ante el escenario de suplantación del hijo o la simulación del parto.</li> <li>• <b>Se declara procedente:</b> Para esto el juzgado tomó en cuenta aspectos del escenario de la fecundación in vitro dejando en un segundo plano el concepto tradicional sobre maternidad ya que resultaba en obsoleto y limitante para la resolución del caso.</li> <li>• <b>Sentencia:</b> el Quinto Juzgado de Familia resuelve declarando fundada la demanda de impugnación de maternidad determinando que la situación fáctica no está prohibida legalmente, comprobándose que es lícita tal conducta, y, por ende, que se declare la maternidad a Carla Manrique See Aurish, por compartir lazos genéticos con la menor, añadiendo que es la esposa del padre biológico, codemandado en el presente proceso.</li></ul> <p>DE LA CONCLUSIÓN DEL PROCESO: Conclusión del proceso por Sustracción de la materia, se reconoció la filiación producto de la maternidad subrogada.</p> <p>LEYES / NORMAS QUE EL JUZGADO HA UTILIZADO PARA SUSTENTAR SU POSICIÓN:</p>
--	---

	<p><u>Constitución Política</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Artículo 2 inc. 24 Literal A.</li> <li>• Artículo 139 inc. 8.</li> </ul> <p><u>Código civil</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Artículo 371. La impugnación de la maternidad subrogada.</li> </ul> <p><u>Ley No 26842 / Ley General de Salud</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Artículo 7: Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad (...)</li> </ul>
--	---

**Argumentación aplicada:**

Por lo revisado en el expediente, el juzgado ha actuado conforme a la ley ya que no existe prohibición de la maternidad subrogada, y por esa razón, se le establece como un acto lícito para el presente caso.

Debemos tener en cuenta tres aspectos fundamentales que la jueza ha contemplado al momento de, en primera instancia, declarar la procedencia de la demanda, a pesar de que la demandante no encajaba en los presupuestos previstos en el artículo 371 CC, estos son:

- Primero, que no ha existido un contrato de alquiler de vientre (fue un acto altruista), por lo que no se trata de un escenario de nulidad del acto jurídico.
- Segundo, que la demandante tiene el mismo ADN de la menor (conforme a la prueba genética efectuada entre ambas).

- Y, por último, que el codemandado es esposo de la demandante (comprobándose por la partida matrimonial entre ambos) y padre biológico de la menor.

Para la investigación, lo resuelto en el presente caso es fundamental, puesto que el Juzgado ha podido observar que a pesar de que la maternidad subrogada no tiene una regulación en nuestro país, eso no le impide ni limita de administrar justicia, conforme al artículo 139 inc. 8 C.P. La declaración de las partes facilitó de igual manera que no se debía aplicar el uso de la maternidad tradicional. Al emitir la sentencia se tuvo en cuenta que la filiación biológica no es el único medio que puede determinar la maternidad, en observancia de que los avances tecnológicos actuales generan nuevos conflictos y conceptos.

La situación problemática llevo al Juzgado a darle la razón a la demandante de la manera más idónea y sustentada en la ley a nuestro parecer, además, de que se evaluó de que este hecho se podía desglosar otros problemas jurídicos como la identidad de la niña, la tutela y los derechos sucesorios, por lo que, se actuó en favor de los derechos de la menor, así como, de los derechos de la demandante.

Al mencionar que se actuó también en protección de los derechos demandante, debemos recordar que ésta se encontraba imposibilitada de poder tener hijos, según los hechos, a demandante tiene insuficiencia renal y se le fue detectada neuropatía producto de por los analgésicos que consumía y la hipertensión arterial, ello implica que el cuerpo no puede resistir fisiológicamente un embarazo y ello pone en riesgo su vida. Se han protegido derechos de la menor, derechos reproductivos de la madre, se ha hechos uso de una nueva concepción de la maternidad, la implicancia del caso es altruista y se la sentencia se ha fundamentado bien en la normativa que le permite administrar justicia en los casos de vacíos normativos.

## **Observación 2: Casación N°563-2011**

<b>NÚMERO DE EXPEDIENTE JUDICIAL: Casación N°563-2011</b>
---

<b>INDICADOR</b>	<p>ÓRGANO JURISDICCIONAL: Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República</p> <p>JUEZ: SS. De Valdivia Cano, Huamani Llamas, Ponce De Mier, Vinatea Medina, Castañeda Serrano.</p> <p>MATERIA: Recurso de Casación</p> <p>DEMANDANTE: Isabel Zenaida Castro Muñoz</p> <p>DEMANDADO: Dina Palomino Quicaño y Giovani Sansone</p>
------------------	---

<p><b>DIMENSIONES DE OBSERVACIÓN</b></p>	<p>SUJETO QUE INSTAURA EL PROCESO: Madre biológica</p> <p>DESCRIPCIÓN: Se encargó la gestación a Isabel Zenaida Castro Muñoz (recurrente de la casación), a cambio de una suma de dinero y con la condición de que la niña sea entregada a los mismos una vez nacida. La recurrente apela que hay una comprobada afinidad de parentesco, por lo que, no sería factible al hecho fáctico del artículo 115 y el artículo 128 inciso b del Código de Niños y Adolescentes, existiendo también infracción normativa de los artículos 378 inc. 1 y 5 y el artículo 381 del Código Civil.</p> <p>ETAPAS DEL PROCESO:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>□ Presentación de la demanda: Dina Palomino Quicaño y Giovanni Sansone interponen demanda de adopción civil por excepción en</li> </ul>
	<p>contra de los padres de la menor que figuran en la partida de nacimiento, en este caso, Paul Frank Palomino Cordero (hijo del hermano de la co demandante) e Isabel Zenaida Castro Muñoz.</p>

□

Primera instancia: Los emplazados reconocieron la demanda y precisaron que se allanaban a los términos que constan en ella. El juez de primera instancia declaró fundada la demanda teniendo cuenta las siguientes consideraciones: se comprueba la filiación de los demandados por la partida de nacimiento, a pesar de que Paul Frank Palomino Cordero no sea el padre biológico de la menor (comprobado en prueba de ADN), el acta de nacimiento al ser documento público mantiene su eficacia jurídica, la demanda (madre biológica) no desiste del proceso de adopción, y se tuvo en cuenta el Interés Superior del Niño, al protegerse su derecho a tener una familia y otorgarle una solvencia moral acreditada por los pre adoptantes.

□

Segunda Instancia: Se confirma la sentencia que declaró fundada la demanda por la Sala Superior. Se tuvo como argumentos que: los demandados entregaron voluntariamente a la nacida a los pre adoptantes los primeros días de nacida, además, a pesar de que Giovanni Sansone confluye como padre biológico de la menor y pre adoptante, el reconocimiento de su situación legal se resuelve en su favor, por lo que no es un hecho que impida a la menor de poder

	<p>gozar de la filiación, y por último, la madre biológica celebró un acuerdo aceptando ser inseminada artificialmente con la intención de mejorar su situación económica.</p> <p>□</p> <p>Presentación del agravio: La recurrente Isabel Zenaida Castro Muñoz denuncia la infracción normativa sustantiva del artículo 115 del Código de los Niños y Adolescentes, expresando que la adopción no procede, puesto que el padre biológico es Giovanni Sansone y la figura de adopción no es procedente para padres biológicos. Además de la infracción normativa 128 inciso b del mismo cuerpo normativo, por ser la pre adoptante tía del padre demandado. Asimismo, también la infracción normativa de los artículos 378 inc. 1 y 5 y el artículo 381 del Código Civil, la primera porque los adoptantes no cuentan con solvencia moral y la segunda porque si no fuera por la audiencia de autos que confirma que el pre adoptante es padre biológico, nunca hubieran sabido la verdad.</p> <p>□</p> <p>Fundamentos de la Casación: Los argumentos se basaron en lo siguiente: El derecho debe aplicarse bajo la sujeción del Interés Superior del Niño y el Adolescente y bajo el principio constitucional protector del niño. Los demandantes y los demandados acordaron el proceso de fecundación asistida, los demandados constan como padres y declarantes, la menor fue entregada por sus</p>
--	---

	<p>padres a los pre adoptantes, el cuidado ha sido ininterrumpido desde el cuatro de enero de 2017, los demandados manifiestan su disconformidad después de que se haya iniciado el proceso de adopción, el pre adoptante es el padre biológico según prueba de ADN, se cuenta con el Informe social N° 016-2008-EM-SS-AT en favor de los demandados que reporta el entorno de un hogar convivencial, el informe psicológico N° 15672008-MCF-PSI que expresa la conformidad de la madre biológica y recurrente de la casación con el proceso de adopción de su menor hija, el informe psicológico N° 1568-2008-MCF-PSI practicado al padre declarante que afirma que se encuentra resignado de ceder a su hija en adopción pero a pesar de ello le reconforta que será a su tía, por último, los demandantes cuenta con informes psicológicos y sociales favorables. Así también, las causales denunciadas por la recurrente no pueden ser amparadas y es deplorable realizar esta apelación puesto que ya había un acuerdo previsto en las instancias previas.</p> <p>□ Decisión: Se declaró infundado el recurso de casación y en consecuencia no casaron la sentencia emitida por la Sala Superior.</p> <p>DE LA CONCLUSIÓN DEL PROCESO: Conclusión del proceso por Sustracción de la materia, se reconoció la</p>
--	---

	<p>maternidad subrogada en razón de aplicar el principio del Interés Superior del Niño.</p> <p>LEYES/NORMAS QUE EL JUZGADO HA UTILIZADO PARA SUSTENTAR SU POSICIÓN:</p> <p><u>Constitución Política</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio.</li> </ul> <p><u>Declaración Universal de los Derechos Humanos</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Artículo 25.- La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.</li> </ul> <p><u>Declaración de los Derechos del Niño</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Principio II.- El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...)</li> </ul> <p><u>Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Artículo 27.1.- Interés Superior del Niño como la plena satisfacción de sus derechos.</li> </ul> <p><u>Código de los Niños y Adolescentes</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Artículo IX del Título Preliminar. - En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los sus Poderes o la población, se considerará el</li> </ul>
--	--

	<p>Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.</p> <p><u>Jurisprudencia</u></p> <p>Expediente 020079-2009-PHC/TC. - “(...) Todos los miembros de la sociedad, no solo las agencias gubernamentales, tienen la responsabilidad de salvaguardar los derechos de los niños defendiendo el principio de que el interés superior de los niños es lo primero en todos los asuntos que los involucran. Por lo tanto, proteger los derechos de los niños y darles prioridad sobre otras consideraciones es una obligación moral. Esto significa que, siempre que sea posible, se debe dar prioridad al interés superior del niño por encima de otras consideraciones, como cuando dos intereses contrapuestos se amenazan mutuamente o la seguridad del niño.”</p>
--	---

**Argumentación aplicada:**

Desde un primer momento, la administración de la justicia para el presente caso se ha aplicado a favor del Interés Superior del Niño, si bien es cierto, los hechos fácticos muestran que ha existido la celebración de un acuerdo que tiene carácter económico en la prestación, el Juzgado no se enfocó en determinar la nulidad del acto jurídico, en todas las instancias se ha mantenido esta posición, que, para la investigación, es bastante acertada.

La casación ha podido reflejar de manera bastante argumentada cada supuesta infracción que la recurrente ha señalado, sabiendo aún que la recurrente ha actuado

de manera reprochable, alegando que nunca tuvo conocimiento de los hechos y que estaba disconforme del proceso de adopción del cual había mostrado su conformidad y ya había expresado que se allanaba a lo establecido en la presentación de la demanda.

Se denuncian cuatro infracciones normativas relacionadas la procedencia de acción de los demandantes como pre adoptantes, la capacidad de los mismos para ejercer como padres y brindar la tutela adecuada, y el conocimiento respecto del acuerdo con el padre biológico, que en este caso es pre adoptante y demandante junto con su esposa. Para ello es necesario observar que cada infracción ha sido bien resuelta por la Sala, aplicando tanto el derecho como el material probatorio pertinente.

Con respecto de la infracción del artículo 115 del Código de los Niños y Adolescentes, sobre que la adopción no procede para padres biológicos, la Sala hace bien en dar una interpretación más aplicable a los hechos y no limitarse a lo expresado en la normativa, estableciendo de esta forma que la aplicación del derecho debe ser conforme al Interés Superior del Niño por sobre las demás, pues es un principio constitucional y deber del Estado que sea de esta manera, por lo que la procedencia según la normativa denunciada se desestima. Asimismo, en relación a la infracción 128 inciso b del mismo cuerpo normativo, se tiene la misma consideración, a pesar de que la pre adoptante sea tía del padre demandado debe desestimarse al estado cumplir con el rol protector del niño y el adolescente.

Además, con respecto a la supuesta infracción artículos 378 inc. 1 y 5 y el artículo 381 del Código Civil, la Sala ha reconocido el material probatorio de informes sociales y psicológicos realizados a los pre adoptantes donde se comprueba que ofrecen una calidad convivencial a la menor, y la correcta tutela en protección de sus derechos, lo cual desestima la denuncia del primer artículo. En razón del segundo, se cuenta con informe que psicológico en donde la recurrente expresa si tener conocimiento del acuerdo realizado con el pre adoptante, lo cual desestima tal infracción, puesto que la misma si tenía conocimiento de que Giovanni Sansone era el padre biológico y no sufrió engaño alguno.

Finalmente, se ha efectuado eficientemente la labor jurisdiccional para el presente caso en todas sus instancias, y la Sala a acertado en declarar infundado el recurso de casación presentado, en aplicación de normativas supranacionales, de principios constitucionales, y de artículos de aplicación del Interés Superior del Niño, se ha protegido de manera eficiente la tutela de la menor, al igual que su derecho tener una familia. Podemos observar que ha sido reconocida la maternidad subrogada de manera indirecta, ya que, para estos casos, se debe velar por el bienestar de la institución familiar como la del menor y, a pesar de no haberse hecho de manera altruista confluyen los mismos derechos.

**Observación 3: Expediente N°6374-2016-0-1801-JR-CI-05**

<b>NÚMERO DE EXPEDIENTE JUDICIAL: Expediente N°6374-2016-0-1801-JR-CI-05</b>	
<b>INDICADOR</b>	<p>ÓRGANO JURISDICCIONAL: Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional</p> <p>JUEZ: Hugo Velásquez Zavaleta</p> <p>MATERIA: Acción de Amparo</p> <p>DEMANDANTE: Francisco David Nieves Reyes y Otros</p> <p>DEMANDADO: RENIEC</p>
<b>DIMENSIONES DE OBSERVACIÓN</b>	<p>SUJETO QUE INSTAURA EL PROCESO: Padre biológico y esposa</p> <p>DESCRIPCIÓN: se procedió a la fecundación in vitro, con el óvulo de una donante anónima, y con el</p>

consentimiento de los Sres. Lázaro-Rojas, se transfirieron los únicos dos embriones fecundados al útero de la Sra. Rojas. Para ello, suscribieron el acuerdo privado de útero subrogado, manifestando su acuerdo de voluntades.

#### ETAPAS DEL PROCESO:

- Solicitudes a RENIEC: La Sra. Aurora Ballesteros solicita a RENIEC la respectiva rectificación que consigna a la Sra. Rojas (madre biológica de los menores con iniciales L.N.N.R y C.D.N.R) y que le otorgue la maternidad a ella, además del reconocimiento de la paternidad del Sr. Francisco Nieves (padre biológico de los menores) esto producto del acuerdo privado de útero subrogado. RENIEC declaró improcedentes ambas solicitudes.
- Presentación de la demanda: Se admitió a trámite la demanda dando traslado a la parte demandada el 30 de junio de 2016.
- Contestación de la demanda: RENIEC formuló excepción de falta de representación señalando que: 1) la Sra. Ballesteros debería emplear el mecanismo de la adopción puesto que no acredita lazos biológicos, 2) No se hizo uso de la vía administrativa con el recurso impugnativo, 3) la demandante está solicitando un derecho que no le corresponde y no es posible ejercitarlo.

	<p>□ Excepciones deducidas por el Juzgado: Con respecto a la excepción por falta de representación esta se tiene por finalidad que el Juez controle la capacidad delegada que tienen los representantes en relación a la persona que quieren defender en el juicio. Los demandantes no cuentan con representatividad legal para demandar los derechos de los menores, pero precisamente reclaman que esto se debe al conflicto generado por RENIEC. La Sra. Rojas (madre biológica y demandante) cuenta con representatividad legal para el presente proceso constitucional de amparo, pero ello no significa que sea la única persona con facultades de representación, contravendría a la Opinión consultiva OC-8/87, puesto que los demás demandantes pueden actuar a título personal, por lo que debe desestimarse. Con respecto a la excepción de falta de agotamiento de la vía previa, el derecho a la identidad y el interés superior del niño se verían afectados por el tiempo que la Administración Pública toma su tiempo para resolver en la instancia administrativa, deben tomarse medidas más rápidas y eficaces, además, las formas aparentes de reproducción asistida no son controversias reguladas en la vía administrativa, por lo que debe desestimarse esta excepción.</p> <p>□ Síntesis de los argumentos de la sentencia: Deben protegerse los derechos fundamentales a</p>
--	--

	<p>la salud reproductiva, así como a la intimidad, junto con los derechos de los menores y la tutela de su interés superior. Así también se desliza la idea de la maternidad subrogada en el Perú se encuentra prohibida, es por ello que no puede hacerse una <i>interpretación a contrario sensu</i> del artículo 7 de la Ley General de Salud para concluir que proscribiera el uso de TERAS para otras situaciones, esto es que, la ley en mención no regula más supuestos que la madre gestante comparta genética con su bebé. De modo que, las TERAs realizada descansa en un pacto legítimo conforme al artículo 2, inciso 24 literal a). Además, se establece que mientras tanto no exista una clara y expresa prohibición de los contratos u acuerdos de la maternidad subrogada, se trata de un ejercicio legítimo. Se intenta proteger de igual manera el derecho a fundar una familia como manifestación del libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la protección de la vida familiar.</p> <p>□ Decisión: Se declara fundada la demanda de amparo, declarándose nulas las resoluciones registrales 299-2016-ORSBORJ-JR10LIMGOR/RENIEC y 300-2016-ORSBORJ-JR10LIMGOR/RENIEC, y se anulan las actas de nacimiento 30022117908 y 3002217885.</p> <p>DE LA CONCLUSIÓN DEL PROCESO: Conclusión del proceso por Sustracción de la materia, se reconoció la</p>
--	--



maternidad ordenando a RENIEC a emitir nuevas resoluciones registrales.

LEYES/NORMAS QUE EL JUZGADO HA UTILIZADO PARA SUSTENTAR SU POSICIÓN:

Constitución Política

- Artículo 2 inc. 1.
- Artículo 2 inc. 24 Literal a).
- Artículo 7.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU

Observación general 14, fundamento 11.- (...) acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva.

Observación general 22, fundamento 17.- Los servicios públicos o privados de salud sexual y reproductiva deben ser asequibles para todos.

Código Procesal Constitucional

- Artículo 46 inc.1.
- Artículo 46 inc.4.

Código de los Niños y Adolescentes

- Artículo IX del Título Preliminar. - En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los sus Poderes o la población, se considerará el

	<p>Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.</p> <p><u>Ley No 26842 / Ley General de Salud</u></p> <p>□ Artículo 7: Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad (...)</p> <p><u>Jurisprudencia</u></p> <p>STC 2868-2004-AA, fundamento 14.- “El derecho a la libertad de desarrollo garantiza la libertad de acción del individuo a lo largo de todas las etapas del desarrollo. Es decir, de derechos inherentes a la libertad en algunos ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento están ligados a la noción constitucional de la persona humana como espíritu autónomo , digno e independiente que, además, es miembro de una comunidad deseres igualmente libres (...).”</p> <p>STC 6572-2006-AA, fundamento 8.- “La familia no puede ser vista sólo como una institución en la que se desarrolla plenamente la dimensión de la procreación”.</p> <p>Corte Interamericana de los Derechos Humanos, Caso Artavia Muria contra Costa Rica, Sentencia del 28 de noviembre de 2012, párrafo 123.- La capacidad de una persona para ejercer la autonomía sobre el curso futuro de los acontecimientos significativos para la calidad de vida de esa persona depende de la medida en que se haya ejercido efectivamente el derecho a la privacidad de esa persona, dictamina el Tribunal... "la maternidad</p>
--	---

	es un aspecto esencial de la libertad de las mujeres para desarrollar sus propias identidades únicas (...)"
--	---

### **Argumentación aplicada:**

Por lo revisado, el Quinto Juzgado especializado en lo constitucional ha resuelto la demanda de amparo interpuesta por las dos sociedades conyugales que son partes del acuerdo de la maternidad subrogada de manera idónea, eficaz, y contemplando los supuestos normativos aplicables al caso, a las excepciones que planteo RENIEC (parte demandada) y en protección de la serie de derechos que tienen, tanto los titulares de la acción de la demanda, como los menores hijos.

Se ha protegido en un primer momento la legitimidad en la representatividad de los demandantes hacia los menores para presentar la demanda, el Juzgado ha contemplado que a pesar de no ceñirse a la procedencia del artículo en el cual se basa la RENIEC, debe desestimarse esa excepción puesto que los mismos pueden actuar a título personal, además, que no se le pueden vulnerar aquellos derechos que están pidiendo sean reconocidos. Sobre la vía administrativa que no se agotó, debemos tener en cuenta que el proceso constitucional se basa en la aplicación del Interés Superior de Niño, y debe preverse la vía más rápida, con mayores garantías, y sobre todo, que tenga noción de poder dar resolución respecto de un vacío normativo, este es la maternidad subrogada.

Se tiene en cuenta que el artículo 7 de la Ley General de Salud solo prevé los escenarios en que la madre comparte filiación genética con la hija, pero para los demás escenarios no hay una concreta y expresa regulación, por lo que el Juzgado, interpreta este escenario de manera positiva y en favor de los derechos reproductivos de los padres demandantes, se sujeta en legitimidad por no haber normativa que prohíbe este escenario de reproducción asistida.

Por último, se reconoció mediante la sentencia la maternidad subrogada como un hecho en sujeción del bienestar del niño, pero también bajo el fundamento de proteger el derecho a conformar una familia en plena manifestación del derecho al desarrollo de la personalidad, derechos reconocidos dentro de la comunidad internacional, como en la jurisprudencia y en la doctrina.

## **CONCLUSIONES**

1) Es importante la regulación de la maternidad subrogada frente al derecho reproductivo debido a los casos analizados en el presente trabajo, nuestro País debe analizar la situación actual que tiene esta problemática y los vacíos de ley que existen para cubrirlos y dar respuestas a una sociedad que avanza rápidamente

2) Se determinó que, para la contratación de una mujer para ser inseminada, se debe respetar y tutelar los derechos y libertades de esta, ya que al momento de realizar la inseminación esta debe tener en cuenta todos los procesos que se llevarán a cabo, asimismo, debe tener pleno conocimiento sobre las implicancias jurídicas o de salud que se presentarán

3) El compromiso al término del embarazo de entregar al recién nacido influye en el derecho reproductivo, es decir es un deber u obligación que se toma desde el momento del acuerdo entre las partes según lo que se haya establecido; en la ley se reconocen los derechos fundamentales como es la voluntad con la que se materializa el acto de la maternidad subrogada, por ello debe respetarse sus fines.

4) No necesariamente la renuncia a la filiación respecto al hijo gestado influye en el derecho reproductivo, toda vez que es una decisión tomada por la gestante con pleno conocimiento del acto y en convenio pactado de manera voluntaria, recordemos además que en la figura de la paternidad es posible impugnar a la filiación respecto a un hijo o hija no biológico.

5) La utilización de técnicas de reproducción asistida influye en el derecho reproductivo. Se concluye que en el Perú aún existe deficiencias en el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida lo que ha generado vacíos de ley y problemáticas sin resolver privando los derechos de ambas partes, la regulación de este derecho permitirá la formalización de este tipo de procedimiento ya que en la actualidad se realiza en la clandestinidad. Estas prácticas médicas se están llevando a cabo en otros países de manera formal, pero en nuestro país no sucede lo mismo generando como consecuencia poner en peligro la vida de la madre gestante como del feto.

## RECOMENDACIONES O SUGERENCIAS

Se recomienda, al Estado peruano abordar el tema de maternidad, ejerciendo la salud pública como una política de Estado, a fin de ofrecer a los miembros de la sociedad un eficaz derecho a la salud reproductiva, en todas sus dimensiones, dentro de estas a la reproducción asistida. Esto con la debida aplicación de la ley reconociendo tanto los derechos como los deberes que la fundamentan.

Se recomienda, el estado tiene gran responsabilidad en estos procesos de reproducción por lo cual de hacer valer y ejecutar lo indicado en el artículo 44<sup>o</sup> de la Constitución que prevé como deber fundamental del Estado “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos”, siendo necesario la adopción de medidas suficientes y eficaces para coadyuvar un trato igualitario.

Se recomienda, la realización y ejecución de una normativa especial sobre la maternidad subrogada, teniendo en consideración la particularidad de los casos existentes en nuestro país.

Se recomienda, la existencia de un contrato bajo un documento regulatorio de obligaciones, en donde se pacten derechos y deberes respecto del vientre de alquiler, entre las partes que intervengan, considerándose las prestaciones a cumplir y recibir, debiendo ser necesaria la participación de una junta médica que virtualice el aspecto médico, con intervención de notario público que dé efectos y seguridad jurídica al acto propiamente dicho. Para ello es que necesitamos la regulación de la maternidad subrogada por medio de una Ley Especial, teniendo en consideración la normativa en el Derecho Comparado, mejorando lo que se tiene a nivel mundial, con el afán de garantizar los Derechos Fundamentales de la persona, bajo estos aspectos.

Se recomienda, a las autoridades competentes para que, junto al Ministerio de Salud, se logre incorporar una Ley Especial, sobre maternidad subrogada, a fin de regular este tipo de contrato de una manera adecuada y suficiente, sin enervar el principio de legalidad que garantiza nuestro ordenamiento jurídico, con el afán de otorgar la

posibilidad de que aquellas parejas que no puedan engendrar un hijo por motivos biológicos y accidentales puedan hacerlo.

Finalmente, consideramos que, como punto de partida para la incorporación de la maternidad subrogada en nuestra legislación, es la modificación del Artículo N° 7, de la Ley General de la Salud, en donde se limita el uso de la maternidad subrogada, por la forma en la que está planteado, por lo que consideramos necesaria su modificación, en los extremos que hemos previsto en el Anexo sobre “Proyecto de Ley”.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- A/CONF., O. (5-13 de Setiembre de 1994). *Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo*. Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo. Obtenido de: <https://www.un.org/popin/icpd/conference/offspa/sconf13.html>
- Alvarez, A. (2021). *Clasificación de las Investigaciones*. Lima: Universidad de Lima - Facultad de Ciencias Empresariales y Económicas - Carrera de Negocios Internacionales.
- Beorlegui, A. (2014). *La maternidad subrogada*. España: Universidad de Navarra.
- Brazier, M. (1998). *Surrogacy: Review for Health Ministers of Current Arrangements for Payment and Regulation*. Report of the Review Team.
- Calderón, T. (2009). *Derecho genético. Cuadernos de derecho*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Carcaba Fernández, M. (1995). *El art. 10 de la ley TRA española es una excepción al principio de verdad biológica*. España: TRA española.
- Castillo, F. (2020 - 2021). *Glosario de Términos de Conocimiento y Ciencia UNIDAD 1*. (C. Mendoza, Productor, & Universidad Autónoma de Santo Domingo) Obtenido de <https://www.studocu.com/>.
- Ciriza, A. (Noviembre de 2002). [www.nodulo.org](http://www.nodulo.org). Recuperado el 06 de agosto de 2018. Obtenido de: <http://www.nodulo.org/ec/2002/n009p18.htm>
- Delgado, A. (2019). *Análisis de la maternidad subrogada desde el Derecho Civil y Derecho Constitucional*. Piura: Universidad de Piura.
- Donato, F. (2003). *Bioética y Derecho Privado*. Torino: Instituti del Nuovo Diritto.
- Escobar, R. (2011). *Importancia de la institución jurídica de la maternidad subrogada, análisis de las consecuencias positivas legales de su incorporación al sistema jurídico guatemalteco*. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala.
- Estrada, H. (2018-2019). *Maternidad Subrogada: Desarrollo Conceptual y Normativo*. Lima: Congreso de la República.
- Falzea, A. (1982). *I fatti della vita materiale, Riv. dir. civ.* Roma: Congreso Linceo sobre Il diritto e la vitta materiale.
- Fernández, S. (2017). *Ventre de alquiler*. Hontañon.
- Flick, M. (1991). *El debido proceso de morir*. 79 Cal. L. R. .

- Garay, C. (2020). *Metodología de la investigación cuantitativa. Técnicas e Instrumentos de Investigación*. Universidad de Panamá.
- Giberti, E. (2001). *¿Adopción de embriones? En Los Hijos de la Fertilización Asistida*. Buenos aires: losada.
- González Quintero, D. (2016). *La maternidad como situación protegida en el derecho del trabajo y en el derecho de la seguridad social*. En especial la maternidad subrogada. España: Universidad Complutense de Madrid.
- González, J. (2017). *Los derechos sexuales y reproductivos como categoría jurídico internacional revisable*. *Derecho Público*, 38, 1-29. Obtenido de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6331698>
- Grupo de Participación Comunitaria de Justicia Sexual y Reproductiva. (2018). *Estándares de la ciudad de Nueva York para una atención respetuosa durante el parto*. Obtenido de: <https://www1.nyc.gov/>: <https://www1.nyc.gov/assets/doh/downloads/pdf/ms/respectful-care-birthbrochure-sp.pdf>
- Guevara. (2020). *Derechos sexuales y derechos reproductivos*. *Revista Peruana De Investigación Materno Perinatal* (9), 7-9.
- Helfer, O y Tapia, C. (2018). *Tendencias en los proyectos de leyes del 2018, para regular las técnicas de reproducción artificial en el Perú*. *Apuntes De Bioética*, 1(1), 90-109. Obtenido de: <https://doi.org/10.35383/apuntes.v1i1.195>
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, M. d. (2014). *Metodología de la Investigación*, Quinta Edición. Mexico D. F.: Interamericana Editores S.A. de C.V.
- Hidalgo, D. (2017). *El consentimiento informado. Una visión desde el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos*. *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, 63(4), 573-579. Obtenido de: [http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S23045132201700400009&lng=es&tlng=en](http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S23045132201700400009&lng=es&tlng=en).
- Igareda González, N. (2011). *El hipotético derecho a la reproducción*. *Anuario de Derechos Humanos*.
- Inseminación artificial y relación de filiación (Monza 27 de octubre de 1989).
- Itziar Alkorta, Idiákez. (20 de Enero-Diciembre de 2006). *Nuevos Límites del Derecho A Procrear. Nuevos Límites del Derecho a Procrear*. Obtenido de: <http://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/25892dpc20001.pdf>
- James, S., Chilvers, R., Havemann, D., & Phelps, J. (2010). *Avoiding legal pitfalls in Surrogacy arrangements*. Elsevier.

- Ley General de Salud. (2017). Ley. 26842. Perú: Ley General de Salud.
- Lozano, M. (2014). *Mujeres autónomas, madres automáticas*. Málaga: Universidad de Málaga.
- Madrazo, A. (01 de enero de 2009). <https://law.yale.edu/>. Recuperado el 08 de Agosto de 2018. Obtenido de: [https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/Madrazo\\_Sp\\_Conferen ceVersion.pdf](https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/Madrazo_Sp_Conferen ceVersion.pdf)
- Malhotra, A. R. (2008). *Commercial subrogacy in India*. Bane-Boon. Obtenido de: [www.reunite.org](http://www.reunite.org).
- Martínez, & Rodríguez. (2021). *La maternidad subrogada: tendencias de regulación en Latinoamérica*. Revista Jurídicas (18), 74-90.
- Moran de vicenzi, c. (2005). *El concepto de filiación en la fecundación artificial*. Lima. lima: Grijley.
- Navarreta, E. (1996). *Derechos inviolables y reparación de daños*. Torino.
- Nino, C. S. (1980). *Introducción al análisis del derecho*, 2a. ed. Buenos Aires: Astrea
- Palma, Z. (1997). *El aborto y los derechos sexuales desde el movimiento de mujeres en el contexto de la Argentina democrática*. Nuestros cuerpos, nuestras vidas: propuestas para la promoción de derechos sexuales y reproductivos, 189-210. Recuperado el 06 de agosto de 2018
- Pérez, R. (2014). *Derechos sexuales y reproductivos*. Revista Obstétrica Ginecológica - Venezuela, 73-77.
- Rivera López, E. (2015). *Derecho y Bioética, Enciclopedia de Filosofía y Teoría del derecho (Vol. 3)*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Rodríguez, Y., & Martínez, M. (2014). *El contrato de Maternidad Subrogada*. Chile: Valdivia.
- Rozée, V. (2017). *La maternidad subrogada en India cuestionando el enfoque binario habitual de explotación/libertad*. Seminario Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress.
- Rubio Correa, M. (1996). *Reproducción Humana Asistida y Derecho. Las Reglas del Amor en Probetas de Laboratorio*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sanchez, J. K. (2021). *¿Será moralmente ético el uso de técnicas de reproducción asistida?* Revista del Cuerpo Medico del HNAAA, 106-107.

- Schultz, M. (1985). *Informed consent to Patient Choice: A new protected Interest*. New Haven, Connecticut: Yale Law Journal.
- Sifuentes Arcayo, S. M. (2013). *Maternidad Saludable y Segura*. Maternidad Saludable Y Segura, 52.
- Sifuentes, S. (2013). *Maternidad saludable y segura*. Sapientis , 50-52.
- Stammati, S. (1999). *Constitución, clonación humana, identidad genética*. Giur. Cost.
- Távora, L. (2021). *Derechos sexuales y reproductivos en Perú, más allá del Bicentenario*. *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, 67(3), 1-20. Obtenido de: <https://dx.doi.org/10.31403/rpgo.v67i2335>
- UNFPA. (8 de Julio de 2015). *Maternidad segura y saludable*. Obtenido de: <https://peru.unfpa.org/es/video/maternidad-segura-y-saludable>
- Vallejo Davis, M. (2015). *El concepto de maternidad subrogada en Colombia*. Colombia: Universidad de San Buenaventura Cali.
- Van Der Burg, W. (1998). *Law and Bioethics*. Oxford: Blackwell.
- Varsi Rospigliosi, E. (1995). *Derecho Genético. Principios Generales*. Trujillo: Grijel.
- Varsi, E.; Mardini, J. (2021). *Los contratos de maternidad subrogada desde una perspectiva del Análisis Económico del Derecho*. *Rev Bio y Der*, 53, 159-180
- Varsi Rospigliosi, E. (2013). *Derecho genético. Principios generales*. (5ta ed.). Lima: Editora y librería jurídica Grijley E.I.R.L.
- Vela Sánchez, A. (2012). *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Granada: Comares.
- Vizcarra , F. (2011). *Sociedad Peruana de Fertilidad*. Perú: Sociedad Peruana.
- Zaldívar Cerpa, J. (2016). *Necesidad de regulación jurídica de la maternidad subrogada*. Arequipa: Universidad Católica de Santa María.

## ANEXOS

## Ficha De Análisis Documental

### OBSERVACIÓN DE EXPEDIENTE JUDICIAL

**NUMERO DE EXPEDIENTE JUDICIAL:** Expediente N°183515-2006-00113

**INDICADOR:**

ÓRGANO JURISDICCIONAL: Quinceavo Juzgado Especializado de Familia

JUEZ: Nancy Coronel Aquino

MATERIA: Impugnación de maternidad

DEMANDANTE: Carla Manrique See Aurish

DEMANDADO: Luis Eduardo Mendoza Barber y Jenny Lucero Aurish de la Oliva

**DIMENSIONES DE OBSERVACION:**

SUJETO QUE INSTAURA EL PROCESO: Esposa del padre biológico

DESCRIPCIÓN: Maternidad subrogada realizada sin fines de lucro y de forma altruista por la madre de la demandante, agregado que fue con el material genético de la misma persona el cual acordó con la madre que concibió al bebe siendo un familiar de ello, ante la imposibilidad de tener hijos. (APARTE DE ESTO AGREGAR LAS ETAPAS DEL PROCESOS PASO A PASO)

DE LA CONCLUSION DEL PROCESO: Conclusión del proceso por Sustracción de la materia, se reconoció la filiación producto de la maternidad subrogada.

**FICHA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL**  
**OBSERVACIÓN DE EXPEDIENTE JUDICIALES**

**NUMERO DE EXPEDIENTE JUDICIAL: Casación N°563-2011**

**INDICADOR:**

ÓRGANO JURISDICCIONAL: Corte Suprema de Justicia de la Republica  
Sala Civil Permanente

JUEZ: SS. De Valdivia Cano, Huamani Llamas, Ponce De Mier, Vinatea  
Medina, Castañeda Serrano.

MATERIA: Demanda de adopción por excepción.

DEMANDANTE: Isabel Zenaida Castro Muñoz

DEMANDADO: Dina Felicitas Palomino Quicaño y don Giovanni Sansone

**DIMENSIONES DE OBSERVACION:**

SUJETO QUE INSTAURA EL PROCESO: Madre biológica y esposo.

DESCRIPCIÓN: Se encargó la gestación a Isabel Zenaida Castro Muñoz, a cambio de una suma de dinero y con la condición de que la niña sea entregada a los mismos una vez nacida. Hay una comprobada afinidad de parentesco, por lo que, no sería factible al hecho fáctico del artículo 128 inciso b del Código de Niños y Adolescentes.

DE LA CONCLUSION DEL PROCESO: Conclusión del proceso por Sustracción de la materia, se reconoció la maternidad subrogada en razón de aplicar el principio del interés superior del niño.

**FICHA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL**  
**OBSERVACIÓN DE EXPEDIENTE JUDICIALES**

**NUMERO DE EXPEDIENTE JUDICIAL:** Expediente N°6374-2016-0-1801-JR-CI05

**INDICADOR:**

ÓRGANO JURISDICCIONAL: Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional

JUEZ: Hugo Velásquez Zavaleta

MATERIA: Acción de Amparo

DEMANDANTE: Francisco David Nieves Reyes y Otros

DEMANDADO: RENIEC

**DIMENSIONES DE OBSERVACION:**

SUJETO QUE INSTAURA EL PROCESO: Padre biológico y esposa

DESCRIPCIÓN: se procedió a la fecundación in vitro, con el óvulo de una donante anónima, y con el consentimiento de los Sres. Lázaro-Rojas, se transfirieron los únicos dos embriones fecundados al útero de la Sra. Rojas. Para ello, suscribieron el acuerdo privado de útero subrogado, manifestando su acuerdo de voluntades.

DE LA CONCLUSION DEL PROCESO: Conclusión del proceso por Sustracción de la materia, se reconoció la maternidad ordenando a RENIEC a emitir nuevas resoluciones registrales.



## Proyecto de Ley

### PROYECTO DE LEY

#### **“MODIFÍQUESE EL ARTÍCULO 7° DE LA LEY Nº 26842 – LEY GENERAL DE LA SALUD - EL ARTÍCULO 7° INCORPORANDO EL SUPUESTO MATERNIDAD POR ENCARGO O MATERNIDAD SUBROGADA”**

### EXPOSICION DE MOTIVOS

#### **I. EL OBJETO DEL PROYECTO.**

Actualmente, en nuestra realidad jurídica, sabemos que hay muchas lagunas jurídicas y falta de regulación sobre algunas materias; ahora bien, hemos encontrado una limitación en torno al derecho reproductivo, donde se vulnera la libertad y autonomía que tiene tanto el hombre como la mujer de decidir con plena responsabilidad tener hijos o no; específicamente nos referimos a la limitación que sufre una mujer por motivos de infertilidad, no ha podido procrear. Aquí surge la idea de la maternidad subrogada, que es un método mediante el cual una madre subrogada, previo acuerdo, se compromete a llevar de inicio a término un embarazo y posteriormente entregar al bebe renunciado de esa manera a todos sus derechos como madre biológica.

Hasta el momento dentro de nuestra legislación la maternidad subrogada no ha sido legislada, pero tampoco prohibida; ante este vacío legal muchas parejas de nacionalidad peruana con el deseo de formar una familia se han llevado a las futuras madres gestantes a otros países, tales como Suecia, Alemania, Francia, Inglaterra Tailandia para poder celebrar un contrato de vientre de alquiler.

En la legislación peruana específicamente en el artículo 7 de la Ley General de Salud se remarca el derecho de las personas a buscar tratamientos para

su infertilidad, así mismo se aprueba el uso de técnicas de reproducción asistida, empero, esta norma pone la condicionante de que la mujer que aporta la carga genética y la mujer que gesta al cigoto debe ser la misma persona, excluyendo también de esa manera la donación de óvulos.

## **II. FUNDAMENTACION DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA.**

Se propone adicionar un párrafo referido al Artículo 7° de la Ley N° 26842 – Ley General de la Salud.

## **III. EFECTOS DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA EN LA LEGISLACION VIGENTE.**

La iniciativa legislativa propone adicionar un párrafo en el Artículo 7° de la Ley N° 26842 – Ley General de la Salud.

### **ANALISIS COSTO. BENEFICIO.**

La presente iniciativa no ocasionará gasto al Tesoro Público, porque solo se busca perfeccionar la legislación de nuestro derecho positivo en torno a la Estabilidad jurídica de las familias, sin embargo, es de prever que este tipo de procedimientos médicos deberán también de elaborarse en centros hospitalarios estatales, en donde personal médico especializado deberá de guiar estos procedimientos, para lo que será necesario una regulación reglamentaria, o incluso una ley de especial sobre la materia, sin embargo esta modificación del artículo ya resuelve diferentes problemas legales que se vienen suscitando en el país.

De otro lado, la ventaja que ofrece la modificación propuesta, es que constituirán un marco legal de efectiva protección de derechos fundamentales

de aquellas personas que por razones biológicas o accidentales no puedan procrear, en ese sentido es que este proyecto se dirige a ese tipo de personas.

Por ello en base a nuestra investigación, proponemos la siguiente iniciativa legislativa:

## **MODIFICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS PROPUESTOS:**

### **Artículo de modificación: artículo**

#### **Artículo original**

*“Artículo 7º.- 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.”*

#### **Artículo modificado y con agregado**

Artículo 7º.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, abriendo la posibilidad de que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga en diferente persona, solo si o solo si, los padres que tengan la intención de serlo, padezcan algún tipo de problema de infertilidad, sea de manera biológica o accidental, comprobada y certificada por una serie de especialistas de la materia. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

Respecto de la posibilidad de que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga en diferente persona, siempre y cuando los que tengan

intención de ser padres, se considerará que este procedimiento será completamente reservado, y los intervinientes participaran de manera voluntaria, sin embargo, la actuación será de manera pecuniaria, es decir, que la madre gestante recibirá una contraprestación por el uso de su vientre, y su obligación es tener todos los cuidados que fuesen necesarios para que el feto en su vientre pueda nacer y lograrse persona, los cuidados de la madre gestante también será de obligación de los padres contratantes.

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

## Matriz de Consistencia

PROBLEMA	OBJETIVOS	SUPUESTOS	MARCO TEORICO
<p><b>Problema General</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>¿Cuál es la importancia de la regulación de la maternidad subrogada frente al derecho reproductivo?</li> </ul>	<p><b>Objetivo general</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Determinar cuál es la importancia de la regulación de la maternidad subrogada frente al derecho reproductivo.</li> </ul>	<p><b>Supuesto general</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>La regulación de la maternidad subrogada tiene una importancia significativa frente al derecho reproductivo.</li> </ul>	<p><b>ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN</b></p> <p><b>Internacionales</b></p> <p>Leon y Millan (2018), en su investigación titulada “El futuro de la maternidad subrogada en Colombia una perspectiva desde las experiencias de España y México” Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá</p> <p>Araya y Vargas (2017) en su investigación titulada “La violación a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres como forma de tortura en el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” Universidad de Costa Rica.</p>

### **Nacionales**

Llontop (2021) quien presento la tesis “La maternidad subrogada y su aplicación en el derecho peruano” ante la Universidad de Piura.

Alvarez y Marcos (2020) quien presento la tesis “Derechos sexuales y reproductivos de las mujeres como derecho fundamental en el Perú a razón de las Recomendaciones de la CEDAW” ante la Universidad Peruana Los Andes.

### **Antecedentes Regionales**

Schult (2015), quien presento la tesis titulada “Efectos jurídicos de la regulación del convenio de maternidad subrogada en el libro de familia del Código Civil - Huánuco-2014”, ante la Universidad Nacional Hermilio Valdizán.

			Manrique de Lara (2018), quien presento la tesis titulada “Estrategias de empoderamiento de mujeres víctimas de violencia de pareja en sus derechos sexuales y reproductivos y de igualdad de género - Huánuco, 2016” ante la Universidad Nacional Hermilio Valdizán.
<p><b>Problemas específicos</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ ¿De qué manera la contratación de una mujer para ser inseminada se relaciona con el</li> </ul>	<p><b>Objetivos específicos</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Identificar de qué manera la contratación de una mujer para ser inseminada influye en el</li> </ul>	<p><b>Supuestos específicos</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ La contratación de una mujer para ser inseminada influye significativamente</li> </ul>	<p><b>BASES TEORICAS</b></p> <p>La regulación de la Maternidad Subrogada:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Contratación de una mujer para ser inseminada.</li> <li>- Compromiso al término del embarazo para entregar al recién nacido.</li> <li>- Utilización de TERAS.</li> </ul>

<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ derecho reproductivo?</li> </ul> <p>¿De qué manera el compromiso al término del embarazo de entregar al recién nacido se relaciona con el</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ derecho reproductivo?</li> </ul> <p>¿De qué manera la renuncia a la filiación respecto al hijo gestado se relaciona con el derecho reproductivo?</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ derecho reproductivo.</li> </ul> <p>Identificar de qué manera el compromiso al término del embarazo de entregar al recién nacido influye en el</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ derecho reproductivo.</li> </ul> <p>Identificar de qué manera la renuncia a la filiación respecto al hijo gestado influye en el</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ en el derecho reproductivo.</li> </ul> <p>El compromiso al término del embarazo de entregar al recién nacido influye significativamente</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ en el derecho reproductivo.</li> </ul> <p>La renuncia a la filiación respecto al hijo gestado influye significativamente en el derecho reproductivo.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Renuncia a la filiación respecto del hijo gestado.</li> </ul> <p>El Derecho Reproductivo:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Derecho de la persona a decidir el número de hijos, espaciamiento y oportunidad.</li> <li>- Derecho a tener información de los métodos para regular la fecundidad.</li> <li>- Derecho a un servicio de calidad</li> <li>- Derecho a contar con insumos para garantizar una maternidad saludable y segura.</li> </ul>
--	--	--	--

	derecho reproductivo.		
--	-----------------------	--	--

## Operacionalización de variables

Variables	Conceptualización	Categorías	Subcategorías	Marco Metodológico
La regulación de la maternidad subrogada (Vi)	La regulación de la maternidad subrogada implica establecer una ley especial que permita aplicar un procedimiento médico a una mujer que de manera voluntaria es contratada por una persona o una pareja infértil para ser inseminada y además de ello pueda aportar sus propios óvulos; comprometiéndose que una vez llevado a término el embarazo, la madre subrogada entregará el recién nacido al comitente o a los comitentes, renunciando de esta manera a la	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Contratación de una mujer para ser inseminada</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Pactar con una mujer para que se someta al procedimiento médico.</li> </ul>	<p><b>TIPO DE INVESTIGACIÓN</b></p> <p>El tipo de investigación que utilizaremos es básico.</p>
		<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Compromiso al término del embarazo de entregar al recién nacido</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Compromiso de la madre subrogada</li> </ul>	
		<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Renuncia a la filiación respecto al hijo gestado</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Renuncia de la madre subrogada de los derechos y obligaciones que</li> </ul>	<p>El nivel que se va a utilizar es el Exploratorio.</p>

		<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Derecho a contar con los insumos para garantizar una maternidad saludable y segura</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Derecho que engloba las técnicas utilizadas a favor de la madre gestante</li> </ul>	expongan el tema en cuestión
<b>TÉCNICA DE INVESTIGACIÓN</b>		<b>INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN</b>		
<b>V1</b>		<b>V1</b>		
<b>ANALISIS DOCUMENTAL</b>		<b>GUIA DE ANALISIS DOCUMENTAL</b>		

	<p>filiación que le corresponde respecto al hijo gestado. Se trata de un procedimiento basado en técnicas de reproducción asistida tradicionales.</p>		<p>posee sobre su hijo biológico</p>	<p><b>DISEÑO DE INVESTIGACIÓN</b></p> <p>Es de diseño no experimental.</p>
		<ul style="list-style-type: none"> <li>Utilización de técnicas de reproducción asistida</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Procedimientos médicos empleados para el éxito de un embarazo</li> </ul>	
<p>Derecho Reproductivo (Vd)</p>	<p>El derecho reproductivo consiste en que toda pareja o toda persona es libre de decidir el número, el espaciamiento y la oportunidad de tener hijos/as; tener la información y los medios de hacerlo, así como acceder plenamente a los métodos para</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Derecho de la persona a decidir el número de hijos, espaciamiento y oportunidad</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Libertad que tiene la persona al momento de formar una familia,</li> </ul>	<p><b>ESQUEMA DE INVESTIGACIÓN</b></p> <p><b>AMBITO</b></p> <p>La investigación se va a realizar en el</p>

--	--	--	--	--

regular la fecundidad. Asimismo, comprenden contar con servicios de calidad para el cuidado de la gestante y recibir atención de emergencia contando con todos los insumos para garantizar una maternidad saludable y segura.	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Derecho a tener información de los métodos para regular la fecundidad</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Información sobre los métodos más recientes para un embarazo exitoso</li> </ul>	<p>ámbito espacial en la ciudad de Lima.</p> <p><b>POBLACIÓN</b></p> <p>Para la investigación se seleccionará los expedientes que</p>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Derecho a un servicio de calidad</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Estrategias y acciones destinadas a mejorar un servicio</li> </ul>	

## NOTA BIOGRÁFICA



Bachiller Gianella Claudia Mendieta Benedetti, nació en la ciudad de Huánuco de la provincia de Huánuco el día 02 de septiembre del año 1997, realizó sus estudios universitarios en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega en la ciudad de Lima, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, obteniendo el grado de Bachiller en el año 2021, actualmente alumno egresado del PROFÍ-UNHEVAL, viene desempeñando las funciones de asesoría legal en el Estudio Jurídico Malaver Danos en la ciudad de Lima



UNIVERSIDAD NACIONAL "HERMILIO VALDIZAN"-  
HUÁNUCO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 099-2019-SUNEDU/CD



DIRECCIÓN DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN

---

### **CONSTANCIA DE SIMILITUD**

La Dirección de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Hermilio Valdizan de Huánuco, en cumplimiento a la Tercera Disposición Complementaria del Reglamento General de Grados y Títulos,

#### **HACE CONSTAR:**

Que, el bachiller: Gianella Claudia Mendieta Benedetti, autora de la tesis titulada: "REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y EL DERECHO REPRODUCTIVO EN LAS RESOLUCIONES EMITIDAS POR LOS JUZGADOS CONSTITUCIONALES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, 2018-2022"

Ha obtenido un reporte de similitud general del **12%** con el aplicativo TURNITIN, lo cual es un porcentaje de similitud permitido para tesis de pregrado. En consecuencia, es **APTO.** Se adjunta el reporte de similitud.

Se expide la presente constancia para los fines pertinentes.

Huánuco, 14 de noviembre de 2022.

  
MG. EDUARDO LAVADO IGLESIAS  
DIRECTOR DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS  
POLÍTICAS

NOMBRE DEL TRABAJO

**INFORME FINAL - GIANELLA CLAUDIA M  
ENDIETA BENEDETTI.docx**

AUTOR

**GRUPO 8**

RECUENTO DE PALABRAS

**33761 Words**

RECUENTO DE CARACTERES

**178378 Characters**

RECUENTO DE PÁGINAS

**135 Pages**

TAMAÑO DEL ARCHIVO

**271.8KB**

FECHA DE ENTREGA

**Oct 26, 2022 8:09 AM GMT-12**

FECHA DEL INFORME

**Oct 26, 2022 8:22 AM GMT-12****● 12% de similitud general**

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base c

- 11% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 7% Base de datos de trabajos entregados
- 0% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossr

**● Excluir del Reporte de Similitud**

- Material bibliográfico
- Material citado
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)



### ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

En la ciudad de Huánuco, a los tres (3) días del mes de abril del año dos mil veinte tres, siendo las dieciocho 18:00 horas, en cumplimiento a la Resolución de Consejo Universitario N° 0970-2020-UNHEVAL, con la que se aprueba la Directiva de Asesoría y Sustentación virtual de Practicas Pre profesionales, Trabajos de Investigación y Tesis en Programas de Pregrado y Posgrado de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco y a la RESOLUCIÓN DECANAL N° 061-2023-UNHEVAL/FDyCP-D de fecha 23 de marzo de 2023, con la que se fija fecha y hora para sustentar la Tesis, titulada: "REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y EL DERECHO REPRODUCTIVO EN LAS RESOLUCIONES EMITIDAS POR LOS JUZGADOS CONSTITUCIONALES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, 2018-2022" presentado por el Bachiller: GIANELLA CLAUDIA MENDIETA BENEDETTI, bajo el asesoramiento del Dr. César Alfonso NAJAR FARRO, designado con RESOLUCIÓN DECANAL N° 0137-2022-UNHEVAL/FDyCP-D, reunidos mediante la plataforma del Cisco Webex LINK: <https://unheval.webex.com/unheval/j.php?MTID=mb1c8249c049c9f2d963c8039d3f91e0e>, los Jurados Examinadores integrados por los docentes:

- > DR. ARMANDO PIZARRO ALEJANDRO: PRESIDENTE
- > DRA. JUANA ANDREA BERAUN BARRANTES: SECRETARIO
- > MG. EDUARDO LAVADO IGLESIAS: VOCAL
- > MG. LUIS IVAN AGUIRRE ANTONIO: ACCESITARIO

y los bachilleres mencionados, a fin de proceder con la evaluación y calificación de la sustentación de su tesis y obtener el TÍTULO de ABOGADO.

La aspirante: GIANELLA CLAUDIA MENDIETA BENEDETTI, procedieron al acto de defensa de su tesis:

- a) Exposición de la tesis
- b) Respondiendo las preguntas formuladas por los miembros del Jurado.

Concluido el acto de defensa, cada miembro del Jurado procedió a la evaluación de los aspirantes al Título de Abogado, teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- Presentación personal
- Exposición: el problema a resolver, hipótesis, objetivos, resultados, conclusiones, los aportes, contribución a la ciencia y/o solución a un problema social y recomendaciones.
- Grado de convicción y sustento bibliográfico utilizados para las respuestas a las interrogantes del Jurado.
- Dicción y dominio de escenario.

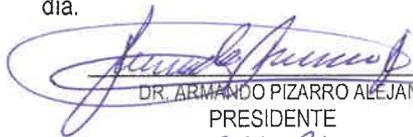
Así mismo, el Jurado planteó a la tesis las siguientes observaciones:

Obteniendo en consecuencia la titulado la nota de:

GIANELLA CLAUDIA MENDIETA BENEDETTI: (16) Buena Equivalente a: Bueno

Calificación que se realizó de acuerdo al Art. 67° del Reglamento General de Grados y Títulos de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán.

Los miembros del Jurado firman el presente ACTA en señal de conformidad, siendo 7:30 PM (-), del mismo día.

  
 DR. ARMANDO PIZARRO ALEJANDRO  
 PRESIDENTE  
 N° DNI 29409830

\_\_\_\_\_  
 DRA. JUANA ANDREA BERAUN BARRANTES  
 SECRETARIO  
 N° DNI \_\_\_\_\_

  
 MG. EDUARDO LAVADO IGLESIAS  
 VOCAL  
 N° DNI \_\_\_\_\_

Leyenda:

\*Resultado: Aprobado o Desaprobado

\*Mención según escala de calificación:(19 a 20: Excelente); (17 a 18: Muy Bueno); (14 a 16: Bueno)

## AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN DIGITAL Y DECLARACIÓN JURADA DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR UN GRADO ACADÉMICO O TÍTULO PROFESIONAL

### 1. Autorización de Publicación: (Marque con una "X")

Pregrado	<input checked="" type="checkbox"/>	Segunda Especialidad		Posgrado:	Maestría		Doctorado
Pregrado (tal y como está registrado en SUNEDU)							
Facultad	DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS						
Escuela Profesional	DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS						
Carrera Profesional	DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS						
Grado que otorga	_____						
Título que otorga	ABOGADO						
Segunda especialidad (tal y como está registrado en SUNEDU)							
Facultad	_____						
Nombre del programa	_____						
Título que Otorga	_____						
Posgrado (tal y como está registrado en SUNEDU)							
Nombre del Programa de estudio	_____						
Grado que otorga	_____						

### 2. Datos del Autor(es): (Ingrese todos los datos requeridos completos)

Apellidos y Nombres:	MENDIETA BENEDETTI GIANELLA CLAUDIA						
Tipo de Documento:	DNI	<input checked="" type="checkbox"/>	Pasaporte		C.E.		Nro. de Celular: 970970850
Nro. de Documento:	72842500				Correo Electrónico:	gianella.mendieta.b@gmail.com	
Apellidos y Nombres:	_____						
Tipo de Documento:	DNI		Pasaporte		C.E.		Nro. de Celular: _____
Nro. de Documento:	_____				Correo Electrónico:	_____	
Apellidos y Nombres:	_____						
Tipo de Documento:	DNI		Pasaporte		C.E.		Nro. de Celular: _____
Nro. de Documento:	_____				Correo Electrónico:	_____	

### 3. Datos del Asesor: (Ingrese todos los datos requeridos completos según DNI, no es necesario indicar el Grado Académico del Asesor)

¿El Trabajo de Investigación cuenta con un Asesor?: (marque con una "X" en el recuadro del costado, según corresponda)	SI	<input checked="" type="checkbox"/>	NO
Apellidos y Nombres:	NAJAR FARRO, CESAR ALFONSO		ORCID ID: <a href="https://orcid.org/0000-0003-2266-1451">https://orcid.org/0000-0003-2266-1451</a>
Tipo de Documento:	DNI		Nro. de documento: 22513421

### 4. Datos del Jurado calificador: (Ingrese solamente los Apellidos y Nombres completos según DNI, no es necesario indicar el Grado Académico del Jurado)

Presidente:	PIZARRO ALEJANDRO, ARMANDO
Secretario:	BERAUN BARRANTES, JUANA ANDREA
Vocal:	LAVADO IGLESIAS, EDUARDO
Vocal:	_____
Vocal:	_____
Accesitario	AGUIRRE ANTONIO, LUIS IVAN

**5. Declaración Jurada: (Ingrese todos los datos requeridos completos)**

<b>a) Soy Autor (a) (es) del Trabajo de Investigación Titulado:</b> <i>(Ingrese el título tal y como está registrado en el Acta de Sustentación)</i>	
REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y EL DERECHO REPRODUCTIVO EN LAS RESOLUCIONES EMITIDAS POR LOS JUZGADOS CONSTITUCIONALES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, 2018-2022	
<b>b) El Trabajo de Investigación fue sustentado para optar el Grado Académico ó Título Profesional de:</b> <i>(tal y como está registrado en SUNEDU)</i>	
TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO	
c) El Trabajo de investigación no contiene plagio (ninguna frase completa o párrafo del documento corresponde a otro autor sin haber sido citado previamente), ni total ni parcial, para lo cual se han respetado las normas internacionales de citas y referencias.	
d) El trabajo de investigación presentado no atenta contra derechos de terceros.	
e) El trabajo de investigación no ha sido publicado, ni presentado anteriormente para obtener algún Grado Académico o Título profesional.	
f) Los datos presentados en los resultados (tablas, gráficos, textos) no han sido falsificados, ni presentados sin citar la fuente.	
g) Los archivos digitales que entrego contienen la versión final del documento sustentado y aprobado por el jurado.	
h) Por lo expuesto, mediante la presente asumo frente a la Universidad Nacional Hermilio Valdizan (en adelante LA UNIVERSIDAD), cualquier responsabilidad que pudiera derivarse por la autoría, originalidad y veracidad del contenido del Trabajo de Investigación, así como por los derechos de la obra y/o invención presentada. En consecuencia, me hago responsable frente a LA UNIVERSIDAD y frente a terceros de cualquier daño que pudiera ocasionar a LA UNIVERSIDAD o a terceros, por el incumplimiento de lo declarado o que pudiera encontrar causas en la tesis presentada, asumiendo todas las cargas pecuniarias que pudieran derivarse de ello. Asimismo, por la presente me comprometo a asumir además todas las cargas pecuniarias que pudieran derivarse para LA UNIVERSIDAD en favor de terceros con motivo de acciones, reclamaciones o conflictos derivados del incumplimiento de lo declarado o las que encontraren causa en el contenido del trabajo de investigación. De identificarse fraude, piratería, plagio, falsificación o que el trabajo haya sido publicado anteriormente; asumo las consecuencias y sanciones que de mi acción se deriven, sometiéndome a la normatividad vigente de la Universidad Nacional Hermilio Valdizan.	

**6. Datos del Documento Digital a Publicar: (Ingrese todos los datos requeridos completos)**

<b>Ingrese solo el año en el que sustentó su Trabajo de Investigación:</b> <i>(Verifique la información en el Acta de Sustentación)</i>		2023			
<b>Modalidad de obtención del Grado Académico o Título Profesional:</b> <i>(Marque con X según Ley Universitaria con la que inició sus estudios)</i>	Tesis	X	Tesis Formato Artículo		
	Trabajo de Investigación		Trabajo de Suficiencia Profesional		
	Trabajo Académico		Otros <i>(especifique modalidad)</i>		
<b>Tesis Formato Patente de Invención</b>		<b>Tesis Formato Libro, revisado por Pares Externos</b>			
<b>Palabras Clave:</b> <i>(solo se requieren 3 palabras)</i>	Maternidad Subrogada	regulación	Derecho reproductivo		
<b>Tipo de Acceso:</b> <i>(Marque con X según corresponda)</i>	Acceso Abierto	X	Condición Cerrada (*)		
	Con Período de Embargo (*)		Fecha de Fin de Embargo:		
<b>¿El Trabajo de Investigación, fue realizado en el marco de una Agencia Patrocinadora?</b> <i>(ya sea por financiamientos de proyectos, esquema financiero, beca, subvención u otras; marcar con una "X" en el recuadro del costado según corresponda):</i>			SI	NO	X
<b>Información de la Agencia Patrocinadora:</b>					

El trabajo de investigación en digital y físico tienen los mismos registros del presente documento como son: Denominación del programa Académico, Denominación del Grado Académico o Título profesional, Nombres y Apellidos del autor, Asesor y Jurado calificador tal y como figura en el Documento de Identidad, Título completo del Trabajo de Investigación y Modalidad de Obtención del Grado Académico o Título Profesional según la Ley Universitaria con la que se inició los estudios.

### 7. Autorización de Publicación Digital:

A través de la presente, Autorizo de manera gratuita a la Universidad Nacional Hermilio Valdizán a publicar la versión electrónica de este Trabajo de Investigación en su Biblioteca Virtual, Portal Web, Repositorio Institucional y Base de Datos académica, por plazo indefinido, consintiendo que con dicha autorización cualquier tercero podrá acceder a dichas páginas de manera gratuita pudiendo revisarla, imprimirla o grabarla siempre y cuando se respete la autoría y sea citada correctamente. Se autoriza cambiar el contenido de forma, más no de fondo, para propósitos de estandarización de formatos, como también establecer los metadatos correspondientes.

<p><b>Firma:</b></p> 		
<p><b>Apellidos y Nombres:</b></p>	<p>MENDIETA BENEDETTI GIANELLA CLAUDIA</p>	<p><b>Huella Digital</b></p>
<p><b>DNI:</b></p>	<p>72842500</p>	
<p><b>Firma:</b></p>		
<p><b>Apellidos y Nombres:</b></p>		<p><b>Huella Digital</b></p>
<p><b>DNI:</b></p>		
<p><b>Firma:</b></p>		
<p><b>Apellidos y Nombres:</b></p>		<p><b>Huella Digital</b></p>
<p><b>DNI:</b></p>		
<p><b>Fecha:</b> 25/03/2023</p>		

### Nota:

- ✓ No modificar los textos preestablecidos, conservar la estructura del documento.
- ✓ Marque con una X en el recuadro que corresponde.
- ✓ Llenar este formato de forma digital, con tipo de letra **calibri**, **tamaño de fuente 09**, manteniendo la alineación del texto que observa en el modelo, sin errores gramaticales (*recuerde las mayúsculas también se tildan si corresponde*).
- ✓ La información que escriba en este formato debe coincidir con la información registrada en los demás archivos y/o formatos que presente, tales como: DNI, Acta de Sustentación, Trabajo de Investigación (PDF) y Declaración Jurada.
- ✓ Cada uno de los datos requeridos en este formato, es de carácter obligatorio según corresponda.