

UNIVERSIDAD PRIVADA SAN CARLOS

FACULTAD DE CIENCIAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

**APLICACIÓN JURÍDICA EN EL CASO DE LA PAREJA CHILENA SOBRE
MATERNIDAD SUBROGADA Y LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES DE LA PERSONA EN EL PERÚ, 2022**

PRESENTADA POR:

ALAN FRETS PERALTA GOMEZ

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

PUNO – PERÚ

2024



Repositorio Institucional ALCIRA by Universidad Privada San Carlos is licensed under a [Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)



19.61%

SIMILARITY OVERALL

0%

POTENTIALLY AI

SCANNED ON: 11 DEC 2023, 6:11 PM

Similarity report

Your text is highlighted according to the matched content in the results above.

● IDENTICAL
0.98%

● CHANGED TEXT
18.62%

Most likely AI

Highlighted sentences with the lowest perplexity, most likely generated by AI.

● LIKELY AI
0%

● HIGHLY LIKELY AI
0%

Report #19102555

ALANFRETS PERALTA GOMEZ APLICACIÓN JURÍDICA EN EL CASO DE LA PAREJA CHILENA SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA Y LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA EN EL PERÚ, 2022 RESUMEN En la presente investigación se tuvo como objetivo fundamental analizar la importancia de la aplicación jurídica en el caso de la pareja chilena sobre la maternidad subrogada como vulneración de los derechos fundamentales de la persona en el Perú, 2022. La presente investigación se realizó en la jurisdicción del distrito de Juliaca, considerando que el universo de estudio será la normatividad vigente, doctrina y jurisprudencia a nivel nacional sobre temas relacionados al caso de la pareja chilena sobre la maternidad subrogada como vulneración de los derechos fundamentales de la persona; para determinar la muestra de estudio se ha llegado utilizar el muestreo no aleatorio o también conocido como el no probabilístico bajo el criterio de muestreo intencionado, donde se ha evaluado las normas de aplicación nacional que están vigentes sobre la maternidad subrogada, así mismo la doctrina jurídica aceptada y la jurisprudencia relevante sobre la aplicación jurídica de la maternidad subrogada y la vulneración de los derechos fundamentales de la persona; el presente estudio se ha basado bajo el enfoque cualitativo; el tipo de investigación que se aplicó fue el jurídico - descriptivo. Así mismo se concluye en el presente estudio que: Se ha logrado a concebir que la importancia de la aplicación

Yudy Roxana ALANIA LAQUI

Oficina de Repositorio Institucional

UNIVERSIDAD PRIVADA SAN CARLOS

FACULTAD DE CIENCIAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

APLICACIÓN JURÍDICA EN EL CASO DE LA PAREJA CHILENA SOBRE
MATERNIDAD SUBROGADA Y LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES DE LA PERSONA EN EL PERÚ, 2022

PRESENTADA POR:

ALAN FRETS PERALTA GOMEZ

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

APROBADA POR EL SIGUIENTE JURADO:

PRESIDENTE

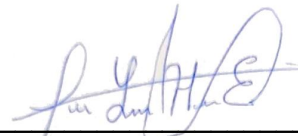
:



Dr. RONNY ALEXANDER GUTIERREZ CASTILLO

PRIMER MIEMBRO

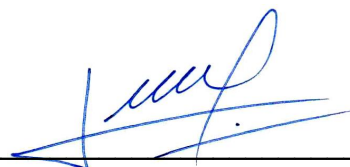
:



M.Sc. YANINA MILAGROS HUANCA EXCELMES

SEGUNDO MIEMBRO

:



Mtro. JOEL JAEN PUMA COILA

ASESOR DE TESIS

:



Mgtr. PERCY GABRIEL MAMANI PUMA

Área: Ciencia sociales

Sub Área: Derecho

Líneas de Investigación: Derecho

Puno, 19 de diciembre del 2023.

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo en primer lugar a Dios por permitirme concluir con uno de mis objetivos elementales, es el hecho de ser profesional y ser un instrumento de su voluntad al servicio de la justicia, además de su infinita bondad y amor.

AUTOR: ALAN.

AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer a mi familia por brindarme su infinito apoyo y por creer siempre en mí como persona, el cual ha servido como motivación para poder lograr como profesional.

En segundo lugar quiero agradecer a mis docentes de la Escuela Profesional de Derecho, de la universidad Privada San Carlos por haberme inculcado con sus experiencias las lecciones en materia jurídica que han servido para poder formarme como profesional en derecho.

AUTOR: ALAN.

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
DEDICATORIA	1
AGRADECIMIENTO	2
ÍNDICE GENERAL	3
ÍNDICE DE ANEXOS	7
RESUMEN	8
ABSTRACT	9
INTRODUCCIÓN	10

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, ANTECEDENTES Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	12
1.1.1. Problema general	14
1.2. ANTECEDENTES	14
1.2.1. Antecedentes internacionales	14
1.2.2. Antecedentes nacionales	16
1.2.3. Antecedentes locales	18
1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN:	20
1.3.2. Objetivos específicos	20

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO, CONCEPTUAL E HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. MARCO TEÓRICO	21
2.1.1. Sobre la maternidad subrogada	21
2.1.2. La autonomía de la voluntad en la concepción subrogada	22
2.1.3. La disposición del propio cuerpo en la maternidad subrogada	22
2.1.4. Con relación a la identidad de los niños	22
2.1.5. El interés superior del niño y la maternidad subrogada	23

2.1.6. El incumplimiento de contratos dentro de la reproducción asistida	23
2.1.7. La comercialización ilegal	23
2.1.8. Las personas que intervienen en la maternidad subrogada	24
2.1.9. Las diferentes modalidades de la maternidad subrogada	24
2.1.10. La regulación jurídica de la maternidad subrogada	24
2.1.11. La maternidad subrogada y el ordenamiento jurídico peruano	25
2.1.12. La clasificación de las TERAS	26
2.1.13. El derecho a la libertad para la aplicación de las TERAS	26
2.1.14. El derecho a la intimidad de la familia sobre contrato de subrogación uterina	27
2.1.15. La debida observancia obligatoria de los derechos fundamentales en la maternidad subrogada	27
2.1.16. Análisis de los derechos que están vinculados con la maternidad subrogada	28
2.1.17. La dignidad humana frente al vientre subrogado	28
2.1.18. La maternidad subrogada dentro del contexto del estado peruano	28
2.1.19. La legislación comparada donde se permite legalmente la gestación subrogada	29
2.1.20. Algunas legislaciones de países donde está prohibida la maternidad subrogada	30
2.2. MARCO CONCEPTUAL DE LA INVESTIGACIÓN	31
2.3. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN	32
2.3.1. Hipótesis general	32
2.3.2. Hipótesis específica	32
CAPÍTULO III	
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	
3.1. ZONA DE ESTUDIO	33
3.2. POBLACIÓN Y MUESTRA	33

3.2.1. Población	33
3.2.2. Muestra	33
3.3. MÉTODO Y TÉCNICA	34
3.3.1 Método	34
3.3.2 Técnica	34
3.4. INSTRUMENTOS	34
3.5. ENFOQUE	35
3.6. TIPO DE INVESTIGACIÓN	35
3.7. EJES DE ANÁLISIS	36
CAPÍTULO IV	
EXPOSICIÓN Y ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS	
4.1. RESULTADOS DEL ANÁLISIS DESARROLLADO EN LA INVESTIGACIÓN.	37
4.1.1. Análisis de la dignidad humana y frente al contrato de maternidad subrogada	37
4.1.2. Desarrollo del análisis sobre el caso de la pareja chilena sobre maternidad subrogada y la vulneración de los derechos fundamentales de la persona en el Perú.	42
4.1.3. Análisis de la jurisprudencia sobre el caso de la pareja chilena frente al vientre subrogado	47
4.2. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA RELACIONADO AL VIENTRE SUBROGADO	47
4.3. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS SEGÚN LA HIPÓTESIS PLANTEADA EN LA INVESTIGACIÓN	53
4.3.1. Hipótesis general	53
4.3.2. Hipótesis específica (I)	54
4.3.3. Hipótesis específica (II)	55
4.4. DISCUSIÓN A LOS RESULTADOS OBTENIDOS EN LA INVESTIGACIÓN	57
CONCLUSIONES	61

RECOMENDACIONES	62
BIBLIOGRAFÍA	63
ANEXOS	68

ÍNDICE DE ANEXOS

	Pág.
Anexo 01: Matriz de consistencia	69
Anexo 02: Ficha de análisis bibliográfico.	70
Anexo 03: Ficha de análisis de contenido normativo.	75
Anexo 04: Ficha de análisis jurisprudencial.	81

RESUMEN

En la presente investigación se tuvo como objetivo fundamental analizar la importancia de la aplicación jurídica en el caso de la pareja chilena sobre la maternidad subrogada como vulneración de los derechos fundamentales de la persona en el Perú, 2022. La presente investigación se realizó en la jurisdicción del distrito de Juliaca, considerando que el universo de estudio será la normatividad vigente, doctrina y jurisprudencia a nivel nacional sobre temas relacionados al caso de la pareja chilena sobre la maternidad subrogada como vulneración de los derechos fundamentales de la persona; para determinar la muestra de estudio se ha llegado utilizar el muestreo no aleatorio o también conocido como el no probabilístico bajo el criterio de muestreo intencionado, donde se ha evaluado las normas de aplicación nacional que están vigentes sobre la maternidad subrogada, así mismo la doctrina jurídica aceptada y la jurisprudencia relevante sobre la aplicación jurídica de la maternidad subrogada y la vulneración de los derechos fundamentales de la persona; el presente estudio se ha basado bajo el enfoque cualitativo; el tipo de investigación que se aplicó fue el jurídico - descriptivo. Así mismo se concluye en el presente estudio que: Se ha logrado a concebir que la importancia de la aplicación jurídica en el caso de la pareja chilena sobre la maternidad subrogada, existe posibles afectaciones a los derechos fundamentales de la persona los cuales están relacionados con el derecho a la identidad, dignidad y desarrollo integral del ser humano, lo que da origen a la falta de una regulación normativa precisa sobre el tema en cuestión dentro de la legislación nacional; así mismo se ha logrado identificar que el estado peruano no ha desarrollado dispositivos legales internos que regulen la maternidad subrogada para evitar la vulneración de los derechos fundamentales, el cual tome como base los principios como son el interés superior del menor, derecho a la identidad, derecho a la dignidad, derecho a un desarrollo integral y derecho a la libertad, conforme también lo establece la Constitución Política del Perú donde se establece que la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad así como del estado peruano. .

Palabras clave: derecho, maternidad subrogada, niño, norma, persona.

ABSTRACT

The fundamental objective of this investigation was to analyze the importance of the legal application in the case of the Chilean couple on surrogacy as a violation of the fundamental rights of the person in Peru, 2022. The present investigation was carried out in the jurisdiction of the district of Juliaca, considering that the universe of study will be the current regulations, doctrine and jurisprudence at the national level on issues related to the case of the Chilean couple on surrogacy as a violation of the fundamental rights of the person; To determine the study sample, non-random sampling or also known as non-probabilistic sampling has been used under the intentional sampling criterion, where the national regulations that are in force on surrogacy have been evaluated, as well as the legal doctrine. accepted and the relevant jurisprudence on the legal application of surrogacy and the violation of the fundamental rights of the person; The present study has been based on the qualitative approach; The type of research that was applied was legal - descriptive. Likewise, it is concluded in this study that: It has been possible to conceive that the importance of legal application in the case of the Chilean couple on surrogacy, there are possible effects on the fundamental rights of the person which are related to the right to identity, dignity and integral development of the human being, which gives rise to the lack of precise regulatory regulation on the subject in question within national legislation; Likewise, it has been possible to identify that the Peruvian state has not developed internal legal devices that regulate surrogacy to avoid the violation of fundamental rights, which is based on principles such as the best interest of the minor, right to identity, right to dignity, right to comprehensive development and right to freedom, as also established by the Political Constitution of Peru, which establishes that the human person and respect for their dignity are the supreme goal of society as well as of the Peruvian state.

Keywords: law, surrogacy, child, norm, person.

INTRODUCCIÓN

El estudio presenta resultados donde se ha procedido a analizar cómo se da el avance de la ciencia frente a la sociedad y que esta evolución es de forma constante generando cambios permanentes, por lo tanto las teorías así como los conceptos que se generan en el derecho vienen desarrollándose en razón a la maternidad subrogada y como el derecho viene comportándose en relación a la aplicabilidad de la norma, así mismo la investigación va a permitir expandir los conocimientos que se tienen sobre la maternidad subrogada, y como se va aplicar jurídicamente, en consecuencia el estudio presentara un enriquecimiento de información que partirá la revisión de diferentes teorías relevantes con relación a la maternidad subrogada dentro del contexto social en el Perú.

Por otro lado, dentro del estudio se ha podido observar a diario se vienen suscitando en nuestra sociedad el incremento de casos de subrogación de maternidad y nuestra legislación civil se ha mantenido estático donde no ha sabido cómo controlar ni mucho menos aplicarse de forma eficiente en nuestra realidad, en consecuencia nuestra investigación va a permitir conocer cómo la maternidad subrogada viene operando dentro de nuestra realidad y como los jueces vienen resolviendo los casos que se presentan donde son llamados a aplicar el derecho.

Consecuentemente dentro de la investigación, se ha procedido a analizar como nuestra legislación civil viene regulando la filiación del recién nacido producto de una maternidad subrogada, ya que en la actualidad este marco normativo existen vacíos en la norma sobre este tema, y así mismo no existe una ley específica para la materia, no dudamos que existe la debida jurisprudencia sobre el tema pero esta situación no basta para poder concebir un marco jurídico eficiente frente a esta realidad.

Por lo tanto la presente investigación está estructurada en base a 4 capítulos que dan a conocer cada uno de los tópicos considerados en la tesis, en consecuencia se tiene lo siguiente: En el capítulo uno, se expone el problema considerado, luego se pasa a exponer los objetivos trazados en la investigación, para luego establecer los antecedentes de la investigación; en el capítulo dos se desarrolla el marco teórico referencial para la

investigación, así como el marco conceptual y se muestran las hipótesis consideradas; en el capítulo tres se desarrolla toda la parte metodológica aplicada en la investigación; en el capítulo cuatro se muestran los resultados que se han obtenido producto de la investigación, seguidamente de las conclusiones a las cuales se arribó en la investigación, junto con las recomendaciones, la bibliografía y los anexos han sido considerados.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, ANTECEDENTES Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Hoy en día en mérito al avance de la ciencia se ha hecho una realidad de que las parejas estériles puedan tener hijos bajo la ayuda de técnicas de reproducción asistida, es por ello que la filiación del niño que ha nacido producto de esta subrogación uterina es muy elemental por el tema de gozar su identidad. Por otro lado se debe tener en cuenta que bajo el principio de verdad biológica no viene hacer hijo genético de la madre subrogada donde ella no aportó con su óvulo a no ser que la madre gestante sea también la madre genética, pero dentro de nuestro ordenamiento jurídico establece claramente que la mujer que pare es la que afilia al niño recién nacido, muy aparte si el niño tenga su aporte genético.

Dentro del código civil, dentro del libro III, sección tercera, donde se establece la sociedad paterno filial, se ha desarrollado y establecido la existencia de dos grandes tipos de filiación: uno que es la filiación matrimonial (Título I) y la otra que es la filiación extramatrimonial (Título II). Donde la filiación matrimonial es reconocida como una filiación por su naturaleza, que guinda su base bajo el principio de la veracidad biológica, donde se establece la paternidad a la pareja que forma un matrimonio quienes son establecidos como padres biológicos bajo la unión de sus gametos, mientras que la filiación extramatrimonial corresponde a los hijos nacidos fuera del matrimonio.

Dentro de este contexto se presenta otros casos en nuestra sociedad donde la gestante no es la madre genética bajo la fertilización homóloga es decir el gameto femenino como el masculino son los esposos o convivientes, pero el problema nace cuando se decide adoptar

estos gametos donde se estaría incurriendo en una falsedad genética, donde en la norma jurídica no se puede consignar a la madre genética lo que genera un problema legal, que va a afectar sin duda a la identidad del niño. Dentro de este contexto, tenemos un vacío legal que tenga a bien regular este tipo de contratos y por ende la filiación de los recién nacidos producto de la subrogación uterina, ya que nuestro ordenamiento jurídico sigue el principio “mater Semper certa est”, pero de acuerdo al avance de la ciencia este principio ya no se ajusta a nuestra realidad social, por lo que se ha generado un problema y por ende la normatividad debería de tomar y adoptar el principio de verdad biológica genética.

Dentro del proceso ordinario de filiación que pueda promoverse en favor de un niño, el profesional de la salud sea el médico tratante o la obstetra que atendió a la madre tiene que emitir el certificado de recién nacido vivo, por cuanto este certificado es registrado debidamente en el libro de recién nacidos del hospital o clínica donde se ha producido el alumbramiento, así mismo este documento debe ser presentado en el registro de civil de la municipalidad que corresponda o ante la RENIEC, instituciones que emitirán la partida de nacimiento del menor, esta partida de nacimiento es la que genera el vínculo legal (filiación) del recién nacido con sus padres, que dará lugar a posterior la entrega del DNI en RENIEC para la identificación del menor de edad.

Dentro del certificado de recién nacido vivo, se van establecer la información relacionada a la madre, la huella dactilar del dedo índice derecho de la madre y el padre según lo referido por la paciente, así como la información del parto, datos del recién nacido donde debe de incluirse la huella de la planta del recién nacido, es por ello que por una situación de naturaleza biológica la gestante es madre del menor y es quien afilia al recién nacido, pero el problema se suscita para los profesionales de la salud cuando se encuentran con la madre genética que no es la gestante, o en su defecto cuando esta aún siendo madre biológica ha gestado al niño producto de un contrato de maternidad subrogada; este problema también lo tienen que enfrentar los servidores públicos de la RENIEC.

Frente a esta problemática encontrada se tiene las siguientes interrogantes en la investigación, a saber:

1.1.1. Problema general

- ¿Por qué resulta importante la aplicación jurídica en el caso de la pareja chilena sobre la maternidad subrogada como vulneración de los derechos fundamentales de la persona en el Perú, 2022?

1.1.2. Problemas específicos

- ¿Existe relevancia jurídica dentro del caso de la pareja chilena sobre maternidad subrogada en el Perú durante el año 2022?

- ¿El estado peruano ha desarrollado dispositivos legales internos que regulen la maternidad subrogada para evitar la vulneración de los derechos fundamentales, durante el año 2022?

1.2. ANTECEDENTES

1.2.1. Antecedentes internacionales

- Jiménez, A. (2019), ha realizado una investigación que tiene como título “Maternidad subrogada, propuesta de reforma al apartado 4.177 bis del código civil del estado de México”, donde la autora ha llegado a concluir que: Se ha destacado que hay un universo de mujeres que desean ser madres, así mismo se han dado cuenta que por alguna razón no pueden serlo, esto las ha llevado a que puedan recurrir a proceder en alquilar un vientre, esta situación las ha llevado a poder enfrentar una serie de situaciones violentas que han sido dadas por la sociedad y asimismo encontrar un marco legal totalmente desfasado, así mismo se ha podido ver situaciones en donde la madre que ha gestado al niño se ha negado en entregarlo a los padres biológicos, en consecuencia esta realidad pone a la madre artificial en una situación de vulnerabilidad legal, ya que esta madre no tiene forma alguna de acreditar su condición, como resultado se vienen produciendo un conflicto de intereses donde se observa que la ley no ha podido regularla.

- Bolaño y Sierra (2019), han desarrollado un estudio que lleva por título: “Subrogación de vientre y filiación en parejas heterosexuales, desarrollos jurídicos y científicos en Colombia”, donde han llegado a obtener los siguientes resultados en su investigación: Han concebido

que el Código Civil colombiano no ha evolucionado frente a al avance de la ciencia, donde se ha evidenciado que las familias actuales frente a la imposibilidad biológica de concebir a un niño acuden a la subrogación del vientre materno, es decir usan un cuerpo ajeno que está apto para la gestación, situación que el legislador no ha previsto ni mucho menos trata de remediar este vacío legal en la legislación de Colombia, se ha podido ver que ante esta situación se han dado la formación de contratos atípicos que sin duda deben de ser considerados conforme los mismos usos que se puedan dar en la relación contractual del vientre subrogado. En consecuencia el contrato de subrogación de vientre materno va a avalar la necesidad de la pareja heterosexual para poder concebir a un nuevo ser, cuando se llegue a la imposibilidad de forma biológica de poder procrear a un nuevo ser, también debe de regularse la forma de generar el aporte genético, es decir identificar realmente quienes son el padre y madre del niño como un derecho a la identidad biológica del nuevo ser humano.

- Sospedra (2018), en el estudio realizado que lleva por título: “La gestación subrogada en España”, estudio realizado en el país de España, donde el autor ha llegado a las siguientes conclusiones: En España viene existiendo una contradicción, sobre el método de gestación subrogada el cual según el marco normativo español está prohibida, esta situación se contraponen al Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya dispuesto en relación al ámbito de la reproducción humana asistida, cada Estado pueda disponer de un determinado margen de apreciación para poder regular las técnicas de reproducción humana asistida, esto a provocado una diferencia en razón de la regulación legal sobre el tema. Es por ello que esta situación legal ha promovido que se practique lo que se denomina el turismo reproductivo internacional, en donde los ciudadanos españoles quienes sienten estar prohibidos de acceder a una TERA en su país salen a otro país en busca de concebir un niño bajo estas técnicas, donde no tendrán dificultades legales. En consecuencia urge en el país español de poder establecer un sistema garantista que permita la gestación subrogada bajo la modalidad altruista.

1.2.2. Antecedentes nacionales

- Ayque (2020), en el estudio realizado que tiene como título: “La maternidad subrogada como garantía del derecho a formar familia de las mujeres infértiles en el Perú”, donde el autor ha llegado a las siguientes conclusiones: Ha sugerido al legislador a que deba contemplar procedimientos en los que intervengan instituciones del poder Ejecutivo, el Notario y el órgano Jurisdiccional, para que puedan dar acceso a las técnicas de reproducción asistida lo cual permita brindar a las mujeres infértiles en el Perú, un opción de poder concebir hijos y así poder formar una familia, ha llegado a determinar que efectivamente existe un vacío legal en el ordenamiento jurídico civil peruano; ya que la regulación normativa no ha evolucionado de acuerdo al avance de la tecnología, por lo tanto urge de generar un marco normativo para el tema bajo la teoría de la voluntad procreacional, donde se considera al mismo tiempo el principio “mater semper certa est”, todo ello en mérito a las técnica de reproducción que dará lugar al uso de nuevos términos jurídicos como madre genética, madre gestante y madre voluntaria que sin duda hacen una diferencia entre estas personas de acuerdo a su condición.

- Chumbile (2018), en la investigación que desarrollado sobre: “El derecho a la vida del embrión y la reproducción asistida extracorpórea en el Perú”, donde el autor ha obtenido el siguiente resultado: Dentro de nuestro ordenamiento jurídico hace falta un marco normativo que regule de forma estricta sobre el vientre subrogado en la cual se de paso al respeto de la dignidad humana como fin supremo de la sociedad y del estado, tal cual lo refiere el artículo 1 de la constitución peruana, por otro lado promueve la recomendación que al estar prohibido la técnica de maternidad subrogada, los profesionales de la salud así como los establecimientos de salud en especial las clínicas deban de desarrollar prácticas según lo establezca el marco normativo, de lo contrario deben de ser sancionados por parte del colegio profesional correspondiente y autoridades competentes. Es por ello que actualmente urge de forma muy necesaria la creación de un marco normativo especial que admita o prohíba determinadas técnicas de reproducción asistida, donde también se establezca sanciones para aquellas personas que logren incumplirlas.

- Gamarra (2018), ha realizado un estudio que lleva el título: “Hacia una regulación de la problemática del vientre subrogante en el Perú y el Derecho de Familia”, donde el autor ha llegado a obtener los siguientes resultados: En la práctica del vientre subrogante no violenta la dignidad ética de la procreación humana, esto debido a que en la práctica se tiene la participación de forma exclusiva los componentes genéticos del padre y la madre de forma exclusiva, porque en la investigación biológica y genética que realiza el profesional de la salud para poder dar solución a la imposibilidad que tiene una mujer de llevar un embarazo no viene violando ningún derecho, así mismo pone de manifiesto que mediante las técnicas de inseminación artificial se le puede implantar un embrión a otra mujer que ofrece su útero esto a solicitud de la pareja que desea tener un hijo. En consecuencia en el Perú urge de forma necesaria a que se legisle sobre el vientre de alquiler como una alternativa de solución jurídica al problema de práctica ilegal de maternidad subrogada que se viene dando en estos tiempos. Por otro lado se ha llegado a observar que en el Perú, la contratación de vientre de alquiler, se viene realizando de forma ilegal esto como consecuencia de la falta de una legislación especial apropiada. Es por ello que dentro del contexto social se viene ofertando y existe al mismo tiempo demanda por los vientres de alquiler por diversos medios de comunicación informáticos (redes sociales). Así mismo se tiene a clínicas privadas donde se ofrecen estos medios de procreación humana mediante “inseminación in vitro” con alquiler de vientre. Por lo tanto se hace necesario replantear los preceptos jurídicos de la filiación de los niños que nacen por vientre de alquiler dentro del ordenamiento jurídico Civil Peruano así como en la Ley General de Salud que en cierta forma viene causando desprotección a los padres genéticos.

- García (2019), en su trabajo de investigación que ha sido realizado sobre: “Análisis de los principios y derechos fundamentales vulnerados con la maternidad subrogada”, donde el tesista afirma de forma concluyente: Que la maternidad subrogada actualmente viene contraviniendo la norma jurídica actual dentro del estados peruano. Así mismo se debe destacar que dentro de los derechos y principios que vienen siendo vulnerados están el derecho a la vida, el derecho a la identidad, el principio de la dignidad humana, el interés

superior del niño y el de protección a la familia, así mismo en el trabajo se pudo apreciar como nulo todo contrato que refiere a la maternidad subrogada, sea bajo una situación onerosa o de forma gratuita; ya que el hecho de utilizar estas técnicas dentro de la maternidad subrogada o en su defecto mediante la fecundación in vitro, hace suponer que existe la manipulación y la vulneración de la vida humana. Por otro lado mediante la maternidad subrogada se viene vulnerando el derecho a la identidad ya que se promueve una seria restricción a la verdad biológica donde se viene distorsionando de forma grave la identidad del niño, quien se va a desarrollar sin conocer su vínculo biológico, y por último estas técnicas de reproducción dan lugar a que el niño es concebido como un objeto mas no como un sujeto de derechos.

1.2.3. Antecedentes locales

- Cruz, B. (2018), en su estudio realizado cuyo título es: “Contrato de maternidad subrogada como necesidad social y su incorporación en la legislación penal peruana”, estudio realizado en la UANCV de la ciudad de Juliaca, para poder optar el grado académico de magister en Derecho con Mención en Derecho Procesal Penal, en donde la autora llegó a las siguientes conclusiones: Se debe tener en consideración que el contrato de maternidad subrogada es considerado actualmente como una necesidad social y debe ser incorporado de forma urgente en la legislación penal peruana, como una necesidad social esto en merito para poder tener un mayor control sobre contrato de maternidad subrogada. Por otro lado actualmente existe un vacío en el ordenamiento jurídico sobre contrato de maternidad subrogada esto debido a la no aplicación de principios de autonomía y de contratación entre quienes lo hacen, que desde luego promueven límites que van a involucrar al aspecto educativo, sociocultural y ético. Por lo tanto es necesario incluir la maternidad subrogada en nuestro nuevo código penal; para poder aplicar sanciones en cuanto a las prácticas médicas de forma indiscriminada sobre reproducción de las personas.

- Choquehuanca. E. (2021), en su trabajo titulado: “Nulo tratamiento del embrión criopreservado por el método in vitro en la legislación peruana”, estudio realizado en la Universidad Privada San Carlos de la Ciudad de Puno, para poder optar el título profesional

de Abogado, se ha llegado a la conclusión siguiente: Dentro del estudio se procedió a analizar que las razones por las que el código civil peruano no considera como sujeto de derecho al embrión criopreservado por el método in vitro, pero sí considera al concebido, en consecuencia teniendo al embrión sin tener ninguna distinción de su fuente generadora, ya de pronto es un ser humano, por lo tanto la no regulación en el código civil viene contraviniendo de forma evidente el derecho a la vida. Estos fundamentos se vienen sustentando en la posición de que este vacío legal, se debe de subsanar consecuencia dentro de nuestro código civil no se viene regulando al embrión extracorpóreo como sujeto, en consecuencia cuando se dio este marco normativo estas técnicas aún eran desconocidas, situación que a nuestra realidad actual es completamente distinta, puesto que muy por el contrario su utilización se encuentra en un gran auge, por lo tanto urge que el código civil sea actualizado.

- Gutierrez, A. (2021), el cual lleva por título, “Ausencia de normatividad adecuada en el derecho de familia en los avances de la genética y la reproducción asistida en la provincia de San Román, 2021”, en la cual la investigadora concluye que el nivel de ausencia en razón de la norma legal dentro del derecho de familia y en el código civil peruano, es notoria porque no se ajusta a los avances de la genética y la reproducción asistida, porque el legislador peruano nunca se ha preocupado por este tema, trayendo perjuicio para aquellas familias que optan por acudir a estas clínicas para someterse a tratamiento de reproducción asistida, vulnerando así el derecho a la identidad del niño, así mismo se ha demostrado que el operador jurídico muestra deficiencias al momento de impartir justicia cuando se le presenta supuestos cuando el niño que ha nacido del vientre de una madre con el espermatozoide y el óvulo de otra mujer, y por ende ambas mujeres reclaman su maternidad.

- Quecara, G. (2022) Investigación que ha sido desarrollada en la Universidad Privada San Carlos de la ciudad de Puno, para optar el título profesional de abogado, asimismo el estudio lleva el título: “Análisis jurídico sobre los fundamentos que regulan el vientre de alquiler en el marco normativo y la jurisprudencia Peruana - 2022”, donde el autor llega a las

siguientes conclusiones: Se ha podido observar que dentro del ordenamiento jurídico nacional existen vacíos dentro del derecho civil, sobre el vientre de alquiler, razón por la cual es que urge que nuestros legisladores desarrollen un marco normativo que sustente la incorporación del vientre de alquiler a la legislación peruana, como un derecho rector que le asiste a las familias persianas quienes no pueden concebir sus hijos de forma natural, dicho ordenamiento jurídico deberá ser dado en función de lo que prescribe el artículo 6 de la Constitución, basándose en el principio del interés superior del niño.

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN:

1.3.1. Objetivo general

- Analizar la importancia de la aplicación jurídica en el caso de la pareja chilena sobre la maternidad subrogada como vulneración de los derechos fundamentales de la persona en el Perú, 2022.

1.3.2. Objetivos específicos

- Identificar la relevancia jurídica dentro del caso de la pareja chilena sobre maternidad subrogada en el Perú durante el año 2022.

- Identificar si el estado peruano ha desarrollado dispositivos legales internos que regulen la maternidad subrogada para evitar la vulneración de los derechos fundamentales, durante el año 2022.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO, CONCEPTUAL E HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. MARCO TEÓRICO

2.1.1. Sobre la maternidad subrogada

a. La concepción formal

Es el acto jurídico mediante el cual una persona con problemas de infertilidad va a encargar a otra persona para que pueda llevar el proceso de gestación, donde exista o no la donación de gametos para que pueda producirse el alumbramiento de un niño bajo las técnicas de subrogación, todo ello a cambio de una prestación económica o sea de forma gratuita. (Peralta, R. 2008)

También se puede definir como aquel acuerdo donde una mujer se va a comprometer a llevar el embarazo de un feto que no es suyo biológicamente, feto que ha sido fecundado extra corporalmente. Esta situación involucra derechos y obligaciones frente al niño cuando nazca.

b. La concepción material

Está referida como aquella práctica en donde una mujer fértil lleva en su vientre a un nuevo ser para otra persona, todo ello con el propósito de entregárselo cuando se suscite el alumbramiento. (Warnock, 1985)

Por otro lado se conoce como maternidad subrogada o maternidad material cuando una mujer considerada fértil lleva a cabo la gestación de un nuevo ser, pero con previo compromiso de que una familia ajena a ella deba de asumir la maternidad y la paternidad del menor. (Souto, 2006)

2.1.2. La autonomía de la voluntad en la concepción subrogada

Debemos comprender que la autonomía de la voluntad es la facultad que tiene toda persona para poder decidir cuál es el destino de sus acciones, es por ello que si se llegase a prohibir la maternidad subrogada esto supondría una restricción de la independencia de la mujer para poder decidir su derecho a gestar para otros, consecuentemente se vulneraría su autonomía para tomar sus propias decisiones.

2.1.3. La disposición del propio cuerpo en la maternidad subrogada

Dentro de la maternidad subrogada, la mujer tiene el compromiso de someterse a un proceso de gestación bajo un embrión implantado mediante una concepción artificial, ya que este nuevo ser es ajeno a su propio útero, es por ello frente a esta situación resulta imposible negociarse o estipularse un contrato, porque la disposición del propio cuerpo humano está fuera de la acción de comercialización (Rivera, 1994).

2.1.4. Con relación a la identidad de los niños

Para la convención interamericana sobre los derechos del niño tiene como objetivo garantizar el desarrollo integral del niño desde el momento de su concepción y en su desarrollo integral que lo pueda conllevar a una vida realmente digna. Es por ello que mediante esta norma de carácter internacional se entiende que queda prohibido la maternidad subrogada, ya que el menor no es un objeto más por el contrario es un ser humano con derechos, por lo tanto no puede ser objeto de un contrato porque atentaría contra la dignidad humana. (Valdez, 2014)

Es por ello que los contratos de subrogación no tienen como objeto al menor en sí, más por el contrario solo tienen el objetivo de promover una prestación de un servicio por el cual se llevará en el vientre de una mujer a un nuevo ser que es ajeno a ella por la carga biológica, por lo tanto, esta se siente comprometida de poder entregar al menor cuando llegue a nacer vivo a sus padres comprendidos en el contrato. Es por ello que este tipo de contrato engloba un servicio especial y muy particular donde la norma debe regular para evitar excesos o desconocimientos, así mismo se limite y se repugne la comercialización con el cuerpo humano en especial de la mujer.

2.1.5. El interés superior del niño y la maternidad subrogada

Dentro del principio del interés superior del niño, dentro de su cuerpo normativo hace una exhortación a la regulación normativa de la maternidad subrogada el cual permita proteger y garantizar la seguridad jurídica del menor, así mismo esta norma debe de abrir la posibilidad de admitir en las mujeres que no pueden concebir hijos de forma natural puedan recurrir a las técnicas de reproducción asistida para poder convertirse en madres; pero si se diera el nacimiento del niño en otro país que no fuera el de procedencia, estos tienen el derecho a ser reconocidos la nacionalidad a los padres, donde se permita también regresar a su país de origen donde se promueva el respeto a su ambiente íntimo y familiar; así mismo el niño tiene derecho a su identidad, así mismo tiene derecho cuando tenga uso de razón y la madurez respectiva a que se le ponga de conocimiento como fue concebido.

2.1.6. El incumplimiento de contratos dentro de la reproducción asistida

Dentro de la reproducción asistida los contratos de subrogación puedan en algunas ocasiones incumplidos, ya que el único fin de estos actos jurídico es la función reproductiva de la mujer portadora o gestante voluntaria, por cuanto no recae en ella la crianza ni mucho menos velar por el desarrollo del menor como ser humano. En muchas ocasiones resulta que la madre gestante no quiere entregar de buena fe al niño a sus padres biológicos y es aquí donde se incumple los contratos sobre la maternidad subrogada, en donde nuestra legislación guarda ciertos vacíos, es por ello que urge declarar válidos los contratos de subrogación para poder generar responsabilidad y derechos entre las personas. (Montero, 2015).

2.1.7. La comercialización ilegal

Dentro de la maternidad subrogada se tiene a los doctrinarios que sostienen los que la función reproductora de una mujer es algo extra commercium, por lo tanto, no puede someterse a la lógica contractual; pero a pesar de ello no toma en consideración la autonomía de la voluntad ni mucho menos los actos de disposición del propio cuerpo cosa que resulta contraria a lo manifestado por la doctrina sobre la comercialización ilegal.

2.1.8. Las personas que intervienen en la maternidad subrogada

a. La madre portadora

Cuando se habla de la madre portadora se considera a la mujer que aporta los óvulos dentro del proceso de reproducción asistida, pero tiene problemas para poder gestar a niño por propia cuenta, y es la madre que recurre a métodos alternativos para lograr una reproducción exitosa, no interesando si está regulado o no por la norma jurídica.

b. La madre sustituta

Es la mujer que se considera quién puede o no generar óvulos, puesto que puede recurrir a las diferentes técnicas de reproducción asistida a fin de poder gestar y concebir a un nuevo ser.

2.1.9. Las diferentes modalidades de la maternidad subrogada

a. La ovodonación

Se entiende por ovodonación a la donación de óvulos; es decir, la que el proceso de inseminación se realizará con material genético del hombre y de la mujer donante que por lo general no es la pareja del varón, pero la gestación se realiza en el vientre de la esposa del varón.

b. La embriodonación

Es cuando el varón y la mujer no pueden concebir hijos es decir ambas personas resultan con problema e infertilidad absoluta, donde la pareja no puede aportar el material genético, es por ello que van a requerir a una mujer para que done su óvulo para que pueda ser fecundado.

2.1.10. La regulación jurídica de la maternidad subrogada

Dentro de la relación jurídica de la maternidad subrogada dentro de nuestro ordenamiento jurídico podría darse bajo el objetivo el cual será de ayudar a aquellas mujeres infértiles quienes no pueden concebir sus hijos de forma propia, donde se tiene que recurrir a una mujer quien pueda proporcionar vientre para llevar a cabo adelante el proceso de gestación, donde se evite según la norma jurídica que se convierta en una situación aberrante para los derechos de las personas y en especial del nuevo ser. Por otro lado no negamos que se

puede tener situaciones económicas de por medio para poder brindar este tipo de servicios bajo situaciones debidamente reguladas por la norma, pero si esta relación contractual será regulada debe de evitarse la degradación de la mujer y el niño donde no se le deba de conceptualizar como mercancía. (Espinoza, J. 2004)

2.1.11. La maternidad subrogada y el ordenamiento jurídico peruano

a. En la constitución política del Perú

Este tipo de maternidad no está regulada bajo una interpretación normativa, en el Perú bajo el orden constitucional ya que en los artículos 2, 4, 6,11 y 44, pero el estado peruano garantiza la seguridad personal, protege la familia y el desarrollo personal de cada persona donde pone de manifiesto la libertad que tiene la persona para poder acceder a los servicios de salud para su beneficio. Por lo tanto, serían derechos vulnerados ante la no regulación de la maternidad subrogada.

b. La maternidad subrogada en el Código Civil

Dentro de la Ley Nro. 26842, a razón del artículo artículo 7 existe la prohibición tácita en relación a la práctica de la maternidad subrogada en razón a los siguientes fundamentos: “Todo ser humano tiene derecho a tratar su infertilidad como a poder acudir a técnicas de reproducción asistida para lograr la procreación siempre y cuando la madre biológica y gestante sean las mismas”.

c. La ley general de la salud

A razón de su artículo 7 refiere que: “Todo ser humano tiene derecho a tratar su infertilidad como a poder recurrir a técnicas de reproducción asistida para lograr la procreación siempre que la madre genética y la gestante sean las mismas”. Así mismo hace referencia que para realizar dicho procedimiento se deberá tener el consentimiento por escrito de los padres biológicos. Esta misma norma hace referencia al hecho de que queda prohibido la clonación de seres humanos, así como la fecundación de óvulos con otros fines que no sean los de la procreación de un nuevo ser bajo los principios ya explicados. (Ley General de Salud N° 26842).

2.1.12. La clasificación de las TERAS

Tenemos las siguientes:

a. Las TERAS intracorpóreas

Esta técnica se realiza en el interior del útero, donde se introduce el semen de manera mecánica sin copulación, el cual se permite la unión con el ovulo, dentro de ella encontramos también a las siguientes técnicas:

- La inseminación artificial (IA).
- La inseminación intrauterina directa (IIUD).
- La inseminación intraperitoneal (IIP).
- La transferencia intraperitoneal de espermias y ovocitos (TIPEO).
- La transferencia intratubárica de gametos (GIFT).

De todas las técnicas descritas el más común es la inseminación artificial (IA). (Marco & Tarasco, 2001)

b. Las TERAS extracorpóreas

Son las que se dan en laboratorio donde el embrión es obtenido de la unión de los gametos (ovulo y espermatozoide) para que sea implantado n el útero de la mujer para que continúe su desarrollo, las cuales pueden ser:

- Homólogas

Tanto el gameto femenino y el espermatozoide, pertenecen a los esposos.

- Heterólogas

Es cuando uno o los dos gametos no pertenecen a los esposos. (Marco & Tarasco, 2001).

2.1.13. El derecho a la libertad para la aplicación de las TERAS

El análisis de la libertad debe de basarse como un derecho que está debidamente descrito en la norma constitucional dentro de su Artículo 2, donde vamos a poder encontrar un vínculo con el derecho a la vida y el desarrollo en sociedad para que la persona pueda desarrollarse bajo libertad.

Pero actualmente esta libertad también alcanza para que la persona pueda disponer de su propio cuerpo, y dentro de esta disposición tenemos a la práctica de las TERAS en razón a

la madre que no puede concebir hijos de forma natural con su material biológico o también no lo puede gestar por sus propios medios. En relación a los actos de disposición del propio cuerpo el Artículo 6 del Código Civil manifiesta que: *“Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres”*. Pero de forma excepcional resultan válidos cuando su exigencia corresponde a un estado de necesidad, o bajo una orden médica donde se exhorte al sometimiento de una operación.

2.1.14. El derecho a la intimidad de la familia sobre contrato de subrogación uterina

Cuando se refiere a la intimidad no estamos refiriendo a un derecho que tienen todas las personas, lo cual lo vamos encontrar establecido en la constitución peruana dentro del Artículo 2 Inciso 7. Por otro lado debe de entenderse que la intimidad está concebida como un derecho autónomo donde debe de darse el espacio a la existencia de la libertad del ser humano donde no exista intromisiones por parte de un agente extraño a la persona. (Canessa, R. 2008)

2.1.15. La debida observancia obligatoria de los derechos fundamentales en la maternidad subrogada

Dentro de los derechos fundamentales de la persona se debe comprender que son expresiones concretas de la dignidad, libertad e igualdad humana, las cuales están establecidos dentro de la norma de carácter constitucional como “un conjunto de facultades asignadas a su titular, y que se vinculan positiva y negativamente al poder político al punto de legitimar su actuación”. Así mismo debemos concebir que estos derechos deben ser considerados no como realidades abstractas mas por el contrario como aquellas que parten de la naturaleza humana. En consecuencia estos derechos son fundamentales para la permanencia y despliegue de la persona. Por tanto, el Derecho debe de reconocerse en función a que pueda garantizar su cumplimiento teniendo como finalidad, mediante la satisfacción de las necesidades humanas, el cual persiga el logro de cuotas de perfección del ser humano. Por lo tanto, cada derecho humano tiene un contenido esencial el cual

debe estar debidamente garantizado y protegido por la norma jurídica. Es así que el estado debe cumplir un rol importante en la protección de la no vulneración como en la promoción de los mismos. (Castillo, 2003)

2.1.16. Análisis de los derechos que están vinculados con la maternidad subrogada

Estos derechos relacionados a la maternidad subrogada están vinculados con la dignidad humana guarda relación con el derecho a la vida, el derecho a la identidad la cual está garantizada por el principio del interés superior del menor, en consecuencia la dignidad humana es un concepto utilizado en la fundamentación de los derechos humanos, donde el estado es el principal propulsor en garantizar bajo la aplicación de la norma de carácter constitucional. (Castillo, 2003)

2.1.17. La dignidad humana frente al vientre subrogado

Debemos comprender que el término dignidad proviene del latín dignitas el cual tiene relación con la cualidad de ser digno. Consecuentemente, el valor inherente del ser humano debe estar definido bajo un aspecto de la dignidad ya que es un atributo para la persona por cuanto de él proviene una serie de rasgos de identificación que la convierten en única e irrepetible, por lo tanto la dignidad humana está centrada en el mundo. Es por ello que los fines de la ética pública política y jurídica van a ser explicados de forma tal que deben estar al servicio de ese deber ser. Es por ello que la dignidad de la persona frente al vientre subrogado se funda en función a dos aristas: La primera, por la autonomía, ya que la persona tiene la capacidad de elección, ya que puede elegir libremente la forma de poder procrear a un nuevo ser pero bajo los criterios normativos vigentes. La segunda, es la perspectiva del cual se derivan en razón al análisis de las facultades que tiene todo ser humano como es la capacidad de construir conceptos generales y de razonar frente a su contexto social. (Peces, 2003)

2.1.18. La maternidad subrogada dentro del contexto del estado peruano

En el Perú la maternidad subrogada no está permitida ni mucho menos prohibida. Esta situación viene trayendo una como consecuencia la existencia de un vacío normativo. Pese a su falta de regulación, es a razón de esta realidad que dentro del territorio peruano se

ofrecen los servicios de las técnicas de reproducción asistida, donde se observa la práctica de la maternidad subrogada de forma libre. Dentro de la situación jurídica hemos podido observar que en los últimos años se han generado una serie de enredos en la determinación de la filiación, en el reconocimiento de un hijo y su inscripción en RENIEC. También podemos destacar que con consecuencias de esta práctica se viene dando el abuso por parte de las clínicas sobre sus pacientes en razón al cobro excesivo sobre el servicio de alquilar su vientre por parte de algunas mujeres, así como de poder comercializar sus óvulos, que vienen generando la consolidación de un mercado negro en razón a una red de incubadoras humanas. (Diario La República, 2006)

2.1.19. La legislación comparada donde se permite legalmente la gestación subrogada

- En Australia, la gestación subrogada que tiene fines altruistas está legalmente permitida en la mayoría de los Estados australianos. Pero la persona que va a gestar bajo la figura de un vientre subrogado no podrá obtener ganancias de la misma, pero los padres pueden pagar por los gastos médicos y legales según lo indica la International Surrogacy arrangements Department of Home affairs. Australian Government, dentro de este país a razón de su marco normativo esta regulado por la norma Surrogacy Act de 2010, desarrollado en su sección 7 donde se tiene el acuerdo de subrogación, es por ello que se prohíbe la gestación subrogada comercial el cual lo penaliza con una multa de 100 unidades o 3 años de pena privativa de la libertad.

- En el país de Canadá se ha logrado regular la gestación subrogada mediante Ley de reproducción humana asistida o Assisted Human Reproduction Act, AHR, el cual esta vigente desde el año 2004. Donde se prohíbe mediante esta norma de forma expresa la gestación subrogada con fines comerciales, razón por la cual la madre subrogada o en su defecto alguna persona que actúe de intermediario están prohibido de recibir pago alguno, si se pudiera dar este caso la ley AHR sanciona a estas personas con multas que van desde los \$ 500.000 dólares canadienses o en su defecto una pena privativa de la libertad hasta por 10 años, también se puede dar ambas penas según la gravedad de la situación y la

intención de la misma (Assited Human Reproduction Act 2004).

- En los Estados Unidos de América se ha desarrollado una regulación donde en algunos estados la prohibición es total y para otros es más permisivo, es así que se tiene en el estado de Florida se regula la gestación subrogada a través de The 2018 Florida Statutes, donde hace referencia al proceso de gestación subrogada mediante un contrato vinculante y ejecutable de gestación subrogada entre el matrimonio solicitante y la madre sustituta pero la condición es que la madre que va a gestar tiene que ser mayor de 18 años. (Global Lawmarking, 2016).

- En razón de Latinoamérica se tiene al país de Uruguay, que mediante Ley Nro. 19167 de regulación de las técnicas de reproducción humana asistida ha consentido la gestación subrogada siempre en cuando exista una justificación médica de la madre para gestar a su propio hijo. El diagnóstico que se tenga debe de ser revisado por la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida, bajo el amparo de la ley en referencia para la utilización de las TERAS. Cabe mencionar que el artículo 25 de dicho cuerpo normativo, se hace mención a que la madre sustituta debe ser un familiar de segundo grado de consanguinidad de la madre subrogada o en su defecto de su pareja.

2.1.20. Algunas legislaciones de países donde está prohibida la maternidad subrogada

- Se tiene al país de Alemania desde 1990, mediante su ley de protección del embrión 745-90 del 13 de diciembre de 1990, ha venido sancionando con cárcel hasta con tres años o multa a quienes: puedan proceder a transferir a una mujer el óvulo de otra; Así como también puedan fecundar artificialmente un óvulo con fines diferentes a los del embarazo en la mujer titular de los óvulos, también queda prohibido fecundar artificialmente un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros a su nacimiento, (Guerra, 2017)

- En el país de Austria desde 1992 mediante su Ley de carácter federal sobre reproducción asistida que está vigente desde el 1 de julio de 1992, se ha dispuesto que los ovocitos y embriones deben ser implantados en la paciente de quien proceden, es por ello que queda prohibido la implantación en una mujer que no sea de quien proceda el embrión (Guerra, 2017).

- En el país de Italia dentro del artículo 43 de la Ley Nro. 40 del 19 de febrero del 2004 se ha logrado prohibir el uso de las TERAS, en consecuencia debe comprenderse que esta totalmente prohibida la gestación subrogada.

2.2. MARCO CONCEPTUAL DE LA INVESTIGACIÓN

a. Concepción asistida

Es la concepción de un niño bajo las técnicas de reproducción asistida.

b. Contrato de Subrogación

Acto jurídico que se celebra entre la madre sustituta y los futuros padres en razón de celebrar un acuerdo de maternidad subrogada bajo sus propios términos lo cual aún no está regulado en la norma jurídica nacional.

c. Donación de embriones

Es el proceso de transferencia de embriones resultantes de la función biológica entre el espermatozoide y el óvulo donde no se originaron entre la madre y el padre.

d. Edad gestacional

Es el proceso donde el embrión se desarrolla dentro del vientre materno el cual tiene una duración de nueve meses.

e. Gestante subrogada

Es el embarazo llevado por una mujer donde tiene el compromiso de entregar al bebé a los padres previstos con los cuales ha convenido.

f. Inseminación artificial

Es el procedimiento donde se introducen espermatozoides dentro del aparato reproductivo de la mujer mediante equipos ginecológicos apropiados.

g. Infertilidad

Es una enfermedad del sistema reproductivo donde no se permite que la madre pueda quedar embarazada.

h. Padre

Es el término que se le da al varón o la mujer dentro de los gametos se utilizaron para concebir un hijo sea de forma natural o artificial.

i. Subrogación tradicional

Es cuando la mujer sustituta tiene una relación genética con el niño.

j. Subrogación comercial

Se caracteriza por la existencia de un contrato de subrogación entre los padres quienes lo solicitan por no poder concebir su hijo de forma natural a la madre que se va a subrogar.

2.3. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

2.3.1. Hipótesis general

- El análisis jurídico en el caso de la pareja chilena sobre la maternidad subrogada resulta importante, toda vez que, la aplicación evitará la vulneración de los derechos fundamentales de la persona en el Perú durante el año 2022.

2.3.2. Hipótesis específica

- El caso de la pareja chilena tiene la relevancia jurídica sobre la maternidad subrogada para que pueda ser aplicado dentro de la legislación peruana durante el año 2022.

- El estado peruano no ha desarrollado dispositivos legales que regulen casos relacionados a la maternidad subrogada vulnerando los derechos fundamentales de la persona, 2022.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. ZONA DE ESTUDIO

La presente investigación se realizará en la jurisdicción del distrito de Juliaca, dentro de la provincia de San Román, el distrito de Juliaca es uno de los 4 que distritos que conforman la provincia de San Román, que está ubicada en el Departamento de Puno, está a una elevación 3.825 metros sobre el nivel del mar, cuenta con una superficie de 285,9 km², actualmente su alcalde es Oscar Caceres Rodriguez; el distrito de Juliaca actualmente está ubicado bajo las coordenadas 15°34'09"S 70°06'26"O / -15.5691769, -70.107236, su idioma oficial es el español.

3.2. POBLACIÓN Y MUESTRA

3.2.1. Población

La población de estudio estuvo determinada por las diferentes normas, doctrina y jurisprudencia relevantes sobre el tema que será analizado, y por tratarse de un estudio que abarca el interés nacional.

3.2.2. Muestra

Para determinar la muestra de estudio se ha llegado utilizar el muestreo no probabilístico, bajo el criterio de muestreo intencionado, dondes se ha evaluado las normas de corte nacional que están vigentes sobre la maternidad subrogada, así mismo la doctrina jurídica aceptada y la jurisprudencia relevante sobre la aplicación jurídica de la maternidad subrogada y la vulneración de los derechos fundamentales de la persona dentro de la figura jurídica, así mismo las diferentes resoluciones sobre el caso de la pareja chilena.

- La constitución política del Perú de 1993.

- El código civil peruano.
- El código de los niños y adolescentes.
- Ley General de Salud N° 26842.

3.3. MÉTODO Y TÉCNICA

3.3.1 Método

Los métodos que fueron utilizados en el presente estudio fueron los siguientes:

a. Método descriptivo

Porque nos ha permitido describir el estado y comportamiento de las variables que han sido planteadas en el presente estudio.

b. Método inductivo

Porque en la presente investigación se ha partido de lo específico a lo general.

c. Método de la observación

Porque nos ha permitido registrar de forma visual lo que viene ocurriendo en una situación real.

3.3.2 Técnica

Se entiende por técnica a una regla o lineamiento para aplicar el método por lo tanto debe de entenderse que es el vehículo para seguir ese camino dentro de la investigación, en consecuencia se han utilizado las siguientes técnicas:

a. La técnica de análisis documental

Mediante esta técnica se ha logrado revisar los diferentes documentos sobre el caso de la pareja chilena y la maternidad subrogada en la legislación nacional, para así validar la legalidad de dichos documentos.

b. La técnica de la observación directa

Mediante esta técnica me ha permitido verificar cada documento tomado en consideración en mi trabajo de investigación.

3.4. INSTRUMENTOS

a. Ficha de análisis documental

Mediante esta ficha se ha procedido a recolectar datos como comentarios, críticas, y

apreciaciones que se hicieron al respecto de los documentos como son libros, revistas, leyes, fallos jurisprudenciales, etc.

b. Ficha de análisis normativo y de jurisprudencia

Se utilizaron la transcripción de diferentes párrafos que van a contener una idea importante para el trabajo de investigación que se elaboraron para el desarrollo del estudio preliminar relacionado al tema de análisis.

3.5. ENFOQUE

La presente investigación se ha basado mediante el enfoque cualitativo, donde se utilizó la información sobre la doctrina y fuentes sobre la aplicación jurídica de la maternidad subrogada y la vulneración de los derechos fundamentales en el Perú, tomando como referencia el caso de la pareja chilena.

3.6. TIPO DE INVESTIGACIÓN

El tipo de investigación utilizado fue el jurídico - descriptivo, para recoger información sobre la aplicación jurídica en el caso de la pareja chilena sobre maternidad subrogada y la vulneración de los derechos fundamentales de la persona en el Perú.

Asimismo se realizará el estudio de caso sobre el vientre subrogado en el Perú y la vulneración de los derechos fundamentales.

3.7. EJES DE ANÁLISIS

Ejes de analisis	Sub ejes de analisis
Aplicación jurídica de la maternidad subrogada.	<ul style="list-style-type: none">- Norma jurídica.- Contrato de Subrogación.- Gestante subrogada.- Subrogación comercial.
Vulneración de los derechos fundamentales.	<ul style="list-style-type: none">- Derechos de la persona.- Derecho a la identidad.- Derecho a la vida.- Derecho a vivir en familia.- Derecho al bienestar familiar.- Derecho al desarrollo integral.

Fuente: Elaboración propia del autor.

CAPÍTULO IV

EXPOSICIÓN Y ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

4.1. RESULTADOS DEL ANÁLISIS DESARROLLADO EN LA INVESTIGACIÓN.

4.1.1. Análisis de la dignidad humana y frente al contrato de maternidad subrogada

Tomando como referencia a Mir (2010), quien ha desarrollado hace alusión que la maternidad subrogada está muy estrechamente unida a la dignidad humana, esto por que si se alquila un vientre este está siendo objeto de comercio hasta el hecho de que el niño que va nacer estaría siendo considerado como un producto comercial sujeto a una compra venta. Así mismo debemos de considerar lo manifestado por la Declaratoria Universal de los derechos humanos durante el año 1948, donde hace referencia de forma clara que los seres humanos no podemos ser objetos de ningún tipo de transacción comercial ni mucho menos estar sujeta a una pretensión económica por los sujetos que intervienen en el vientre subrogado, en consecuencia la maternidad subrogada viene vulnerando los derechos de los seres humanos. Tal como se puede advertir sobre las diferentes definiciones de contrato de maternidad subrogada hacen alusión a los acuerdos, convenios, pactos o situaciones donde están inmersos las voluntades de la partes en contratar un vientre para poder procrear un niño, en ese sentido la mujer queda supeditada a que el embrión creado a partir de los gametos sexuales de otras personas sea implantado en su útero, para que pueda llevar adelante todo el proceso de embarazo y en consecuencia una vez suscitado el parto, la mujer pueda entregar al niño a los padres que contrataron su vientre, a quienes se le debe de reconocer cómo los padres intencionales, a quienes se les va a ceder todos los derechos, responsabilidades, deberes y obligaciones respecto al niño, en decir estas personas van a asumir el rol de padres legales del menor. Dentro de este hecho se pueden

presentar diferentes posibles complicaciones en razón a los acuerdos sobre maternidad subrogada, estos hechos pueden ser en primer término, de que los padres que recurren a la mujer portadora pueden desconocer su responsabilidad frente a la mujer quien asume llevar el proceso de embarazo, tal y como se presentó en el caso de Jaycee Louise Buzzanca, quien fue concebida en un vientre alquilado con gametos cuyos donantes eran anónimos ya que sus padres eran estériles. Durante el proceso de embarazo la pareja se separó y Jaycee nació en el año 1995, en Estados Unidos, cuando sus padres ya no vivían juntos. Esta situación trajo como consecuencia que Jaycee haya sido declarada huérfana por un juez, muy a pesar de que, en alguna forma, había tenido cinco padres, es decir los padres que contrataron el procedimiento, los donantes que en este caso eran anónimos y la mujer quien alquiló su vientre para poder llevar el embarazo y alumbrar a la niña. (Arteta, 2011)

4.1.2. Análisis de la regulación normativa de la maternidad subrogada en el Perú

Dentro de la normatividad nacional se tiene el siguiente marco normativo que regulan de forma conexa el vientre de alquiler en razón de que los padres que no puedan tener hijos a través de un método natural hayan podido someterse a una TERA (Técnica de Reproducción Asistida) y hayan podido optar en el hecho de alquilar un vientre, es así que dentro del marco jurídico tenemos a los siguiente:

- Las Técnicas de Reproducción Asistida están debidamente reguladas, dentro del artículo 7 de la Ley General de Salud Ley Nro. 26842, norma que la considero a manera personal que es muy restrictiva ya que no viene respondiendo a la realidad del contexto social ni mucho menos al avance de la ciencia y tecnología en temas de reproducción asistida y maternidad subrogada, así mismo se tiene a una norma que aún no se encuentra reglamentada trayendo como consecuencia el desamparo normativo a las personas que puedan optar en razón de utilizar estos métodos para poder procrear a sus hijos y formar así una familia. Otro aspecto que debemos considerar es que este marco normativo prohíbe la ovodonación, es decir la aplicación de la técnica de reproducción asistida heteróloga la cual es conocida como supra conyugal donde se puede establecer que toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así mismo de poder procrear mediante el

uso de técnicas de reproducción asistida, esto siempre en cuando la condición de madre genética y de madre gestante pueda recaer en la misma persona misma persona, por ende la maternidad subrogada para esta ley está prohibida.

- La Convención Americana dentro de los artículos 11.2 y 17.2, hace referencia al alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, esto quiere decir que el derecho de tener un hijo se extiende a toda persona que pretenda beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Debemos entender, en razón a que toda persona infértil tiene derecho a procrear mediante técnicas de reproducción asistida, técnicas médicas para la concepción, por cuanto en nuestra legislación no existe una prohibición específica para el uso de las mismas, a excepción de lo que postula el artículo 7 la Ley General de Salud. En consecuencia, ante las diferentes situación apremiantes y la diversidad de opiniones, resulta urgentemente la necesidad de uniformizar criterios y regular estas prácticas científicas a fin de poder garantizar la seguridad jurídica entre las personas que quieran someterse a estas técnicas y así poder evitar futuras controversias jurídicas y elementalmente determinar qué derechos deben de priorizarse en estos acontecimientos.

- La Constitución Política del Perú del 1993, hacer referencia a los derechos constitucionales donde da a conocer que todo menor de edad tiene derecho a la protección de su derecho de identidad, así como a su integridad moral, psíquica y física, así mismo de poder conocer su origen biológico y a su libre desarrollo, donde pueda vivir en el seno de una familia, en razón a la aplicación del principio garantista del interés superior del niño, niña y adolescente. Así mismo garantiza los derechos a una maternidad o paternidad que no se haya dado de forma natural y los subsecuentes derechos sexuales y reproductivos, que conlleve a formar una familia como derecho fundamental de la persona. Dentro de los principios que desarrolla la norma constitucional son en razón a los procesos de reproducción asistida en el Perú y vientre subrogado son:

El principio del interés superior del menor.

El derecho a la identidad.

El derecho a la dignidad.

El derecho a un desarrollo integral.

El derecho a la libertad.

- Dentro de la Constitución Política del Perú de 1993, también podemos encontrar al artículo 6, donde hace referencia que la política nacional de población, garantiza una paternidad y maternidad responsable, se promueve la igualdad de los hijos, todo ello con el propósito de poder difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Por otro lado, se reconoce el derecho de las familias y de las personas a poder decidir sobre cuántos hijos puedan tener.

- De otro lado tiene a la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, dentro de su artículo 3 y 27.1 la cual ha sido ratificada por el Perú. Cita textualmente en su artículo 3 que, en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Así mismo dentro de su artículo 27, 1. Hace referencia a que los Estados partes reconocen el derecho de que el niño pueda convivir en un nivel de vida adecuado el cual garantice su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

- Por otro lado se tiene la Declaración Universal de los Derechos Humanos, dentro de su Artículo 16 inciso 3, hace referencia que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado como fin supremo.

- El Código Civil peruano dentro del libro de Derecho de Familia, al interior de su artículo 233, hace referencia a la regulación jurídica de la familia que tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, esto en plena armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú. Es por ello que la familia nace de la unión de dos personas, quienes deciden hacer vida en común, así mismo los hijos que nazcan de esta relación serán amparados por la ley.

- Por otro lado tenemos al Código de los Niños y Adolescentes, dentro de su artículo IX de su título preliminar hace referencia al Interés Superior del Niño y del Adolescente, es decir que toda medida concerniente al niño y adolescente que adopte el Estado sea a través de

los diferentes organismos, poderes estatales y demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, debe de considerarse el interés superior del niño y adolescente todo ello en razón a que se promueva el respeto a sus derechos.

- La Ley Nro. 26497, Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y estado civil, quien establece y garantiza la inscripción de los niños en el registro respectivo bajo el amparo y solicitud de sus padres.

En consecuencia la libertad como facultad humana dentro de la maternidad subrogada, no está dada al hombre para su propia destrucción a su voluntad, ni mucho menos para ofrecerse como medio de pago en razón a la satisfacción de los derechos de las demás personas. Tal y como viene aconteciendo en los casos de la gestación subrogada ya sea que las partes intervinientes puedan aceptar o no dinero a cambio de donar gametos, gestar un embrión, alumbrar a un niño y entregarlo a otros. Por otro lado, cualquiera sea la posición que se ocupe en la gestación subrogada implica el uso de otra persona. Es por ello que en tiempos actuales la libertad en la gestación subrogada viene siendo mal interpretada y mal aplicada lo que viene conllevando a que mujeres y varones infértiles utilicen a otras personas como medios para el logro de su propia satisfacción personal que en tiempos actuales se viene considerando como un derecho.

Dentro del hecho de la maternidad subrogada, la vida de un nuevo ser humano está siendo manipulada desde mucho antes de su concepción. Por lo tanto se viene vulnerando su libertad, su privacidad y su naturalidad. En consecuencia se ha llegado a poder desarrollar una manipulación embrionaria asignándole condiciones de calidad y desechando los embriones defectuosos. Así mismo los niños que han nacido por maternidad subrogada han sido manipulados desde sus orígenes todo ello con la finalidad de poder satisfacer la voluntad de quienes pretenden ser sus padres, logrando este propósito mediante la colaboración de la ciencia.

Por otro lado, debemos poner de manifiesto que actualmente existe carencia de ley sobre la maternidad subrogada, situación que trae como consecuencia que más niños sean manipulados desde antes de su concepción para la satisfacción de otras personas quienes

reclaman ser sus padres. Así mismo el Estado no viene haciendo nada para poder proteger, defender y garantizar los derechos de todos los hombres y mujeres desde su concepción; hecho que está establecido en nuestra constitución, dando paso a que este fenómeno de la maternidad subrogada venga a negar los derechos de los niños y niñas que han sido procreados con la ayuda de la ciencia. Cabe mencionar que esta inactividad del Estado mantiene dentro del contexto social la arcaica idea que los hijos son de propiedad de los padres, ya que en tiempos actuales solo son los progenitores quienes pueden ejercer derecho sobre ellos, lo que trae a analizar la nueva idea del derecho al hijo.

Por otro lado, podemos hacer mención que los acuerdos de gestación subrogada no se vienen ajustando a ley según lo que se encuentra regulado en el artículo 140 del Código Civil, donde se hace alusión al hecho de que las partes libremente manifiestan su voluntad de participar de la gestación subrogada, donde el objeto y la causa de dicho pacto no se ajustan a derecho. Cabe resaltar que la celebración y ejecución de este contrato viene lesionando normas, principios de orden público y las buenas costumbres. En consecuencia, estos contratos de gestación subrogada en nuestro ordenamiento jurídico devendría en nulos de pleno de derecho. Razón por la cual, debería dar paso a una sanción administrativa y penal para aquellas personas que participan en este proceso dentro de ellos tendríamos a los contratantes, médicos, centros de salud, entre otros sujetos.

4.1.2. Desarrollo del análisis sobre el caso de la pareja chilena sobre maternidad subrogada y la vulneración de los derechos fundamentales de la persona en el Perú.

Un caso muy sonado sobre vientre subrogado en estos últimos años fue de los esposos, de apellido Tovar Pérez de 48 de edad y de Madueño Atalaya de 46 edad, pareja en situación de matrimonio quienes tienen la nacionalidad Chilena, los hechos hacen referencia de que esta pareja por varios años habían intentado tener hijos sometiéndose a diferentes tratamientos médicos, pero Rosario la esposa no podía concebir hijos, es por ello que decidieron realizarse un tratamiento bajo la técnica de fertilización in vitro a través de un vientre subrogado, para tal situación viajaron a nuestro país, donde acudieron a la Clínica del Doctor Luis Noriega, pero con la salvedad que tiempo atrás les habían donado dos

óvulos, los cuales fueron fecundados con los espermatozoides del padre biológico en este caso el esposo Jorge Tovar, para poder llevar adelante este procedimiento contaron con la voluntad de Isabel, quien había aceptado llevar el proceso de gestación de los niños, cabe mencionar que a lo largo de este periodo se ha convertido en madre gestante, quien al mismo tiempo se desempeñaba como enfermera de la clínica Concebir.

Como consecuencia de esta práctica el 28 de julio del año 2018 nacieron los dos niños y la madre subrogada (Isabel), ha procedido con la entrega de los recién nacidos a los esposos chilenos, quienes de forma inmediata decidieron regresar a su país natal, el 25 de agosto del mismo año, pero esta vez con los niños nacidos en brazos. Momento en que se procedía al registro en el aeropuerto Internacional Jorge Chávez, fueron impedidos de su libertad, ya que cuando ingresaron al Perú estos no registraron entrar con niños como hijos, ya que resultaba ilógico que al salir llevaban bebés en sus brazos, y que adujeron que eran sus niños. Este caso se ha puesto de manifiesto en los diversos medios de comunicación radial, impreso y televisivo con cobertura a nivel nacional hasta internacional, donde se dijo en un primer momento que algo no estaba bien en los papeles de inscripción de los niños, lo cuales tenían los apellidos de Tovar Madueño, donde se registraba como fecha de nacimiento el 28 de julio, pero la pareja de esposos ingresaron al Perú el 29 de julio. Esto con el fin de aclarar lo sucedió a los agentes Rosario Madueño, procedió a explicar que ella no fue quien dio a luz a los menores, pero que estos niños si eran propios del matrimonio. Dentro de este contexto y despues de haber dado las explicaciones los agentes, estos no estaban conformes por cuanto estos casos no son muy conocidos en nuestro pais, y como consecuencia de ello los esposos fueron detenidos y fueron recludos con la acusación por el delito de trata de personas y adulteración de documentos, donde se dijo en un primer momento que esta pareja se dedicaba a vender niños, posteriormente fueron alejados e incomunicados con los bebes. Así mismo el poder judicial en aras de prevenir la comisión de otros delitos ha llegado a privar de su libertad y ordenó prisión preventiva por el periodo de doce meses, para ambas personas.

Dentro de este proceso se había vulnerado lo prescrito en el Artículo 7, de la Ley General de Salud, donde señala 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. Por lo tanto, el procedimiento que ha sido realizado por la pareja Tovar y Madueño, no habrían cumplido con lo que prescribe la norma jurídica. Estando la pareja de esposos chilenos internados en el penal, la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, se han manifestado en base a evidencias basadas en circunstancias concernientes a las técnicas de reproducción asistida que puedan estar relacionados al delito de trata de personas. Consecuentemente mediante un examen de ADN que fue practicada en los menores, se pudo demostrar la paternidad biológica de Jorge Tovar, por lo tanto la Corte Superior de Justicia del Callao, a través de la Primera Sala Penal de Apelaciones, procedió a revocar la detención preventiva en fecha del 8 de setiembre del 2018, donde se dispuso la liberación inmediata de la pareja chilena, así mismo quedó desestimado el delito de trata de personas, al haberse confirmado la filiación biológica con los menores la cual fue concebida mediante maternidad subrogada o también conocido como vientre de alquiler. Pese a esta situación la pareja de nacionalidad chilena, no había logrado salir del territorio peruano es más quedando impedida de salir del Perú, hasta que pueda acreditarse de forma plena que no están inmersos en el delito de adulteración de la documentación del registro de los menores. Frente a esta situación jurídica hasta el día de hoy no se puede aún aseverar que razonamientos utilizó el Poder Judicial, para poder prescribir la filiación de los niños nacidos a través de la práctica de vientre alquilado. A sabiendas de que este proceso prosigue. Frente a la situación de los esposos chilenos, se puede evidenciar que durante todo el proceso se ha invocado al principio de la verdad biológica, esto porque Jorge Tovar fue el padre biológico de los niños, así mismo se pudo apelar al Principio del Interés Superior del Niño, con el propósito de garantizar un progreso genuino en la familia y la necesidad de procrear, donde se debe primar el hecho de conseguir descendencia.

Dentro de este contexto debemos de resaltar que los esposos Madueño y Tovar se han

sometido a múltiples tratamientos de fertilidad para ser padres, luego de fracasar en Santiago de Chile durante el año 2013 llegaron a la clínica Concebir, en la ciudad de Lima, donde a través de tres procedimientos de fertilidad sin éxito y, como última opción, decidieron someterse a la técnica del vientre subrogado o de alquiler. En ese momento el Abogado Luis Felipe López, ha logrado sostener que esta familia ha realizado todos los trámites sugeridos por los abogados de la clínica Concebir así mismo lograron inscribir a los bebés en los Registros Civiles, por lo tanto al momento de ser intervenidos en el aeropuerto, contaban con documentos válidos y que bastaría con una prueba de ADN para demostrar que Tovar es el padre genético de los mellizos esto nos lleva a preguntarnos ¿de qué delito de trata o de compra de niños hablamos?, donde se procedió a apelar la orden de prisión preventiva, por su parte el médico Luis Noriega, director de la clínica Concebir, quien también fue investigado en este caso, ha lamentado el drama de esta pareja quienes llevan más de siete años buscando tener hijos, así mismo se sintió aludido sosteniendo que: “no se puede decir que nosotros pertenecemos a una banda delincuencia, que nosotros vendemos úteros y que vendemos niños”.

Debemos comprender que por vientre subrogado es conocida como la gestación por sustitución o vientre de alquiler que viene hacer una técnica que permite que una mujer geste un hijo para otra persona la cual no sea su pareja, en ese sentido en los países de España y Chile está prohibida esta técnica. En cambio, en los países de México, Brasil y otros países la permiten. En nuestro país todavía no hay normativa sobre el tema analizado, por lo tanto existe un vacío legal sobre el tema. Por lo tanto, haciendo referencia a Chary Rodríguez, abogada experta en reproducción humana asistida, afirma que a nivel de la legislación nacional peruana no existe una ley que regule este tipo de técnicas de reproducción en vientres subrogados. De lo que está referido en el artículo 7 de la Ley General de Salud donde se pone de manifiesto que toda persona tiene derecho a recurrir a los diferentes tratamientos de reproducción asistida siempre en cuando cumpla “la condición de la madre genética (la que proporciona el óvulo) y la madre gestante recaiga sobre la misma persona”; frente a esta situación el abogado especialista en derecho penal

Rodríguez hace referencia que este hecho no puede interpretarse como una prohibición, ya que estas disposiciones deben de ser expresas para que sea acatada como tal. Así mismo el abogado especialista en derecho penal Luis Lamas Puccio afirma que no hay un reglamento que especifique el rol de los médicos y de las clínicas frente a este tipo de embarazos. Así mismo asegura que dentro de la normatividad peruana no existe el delito por gestación subrogada.

Dentro de ese orden de ideas podemos también mencionar lo referido por la Defensoría del Pueblo sobre este caso la misma que ha puesto de manifiesto que dentro de estos supuestos hechos no se ha configurado el delito de trata de personas bajo la modalidad de venta de niños, niñas y adolescentes, que presumiblemente lo haya podido cometer la pareja de ciudadanos chilenos, que fueron detenidos, los cuales pretendían sacar del país a dos menores nacidos en el Perú, niños que fueron concebidos mediante un tratamiento de reproducción asistida. Por otro lado debemos de concluir una vez revisado cada uno de los documentos obtenidos nos lleva a concebir que estos hechos no configuran delito alguno, esto por que los niños serían fruto de un proceso de maternidad subrogada, esta situación no se ajusta al ilícito penal que sanciona la venta de niños. Razón por la cual invocamos al Poder Ejecutivo, en especial a los ministerios de Salud, Mujer y Poblaciones Vulnerables, Justicia y Derechos Humanos a que puedan elaborar un marco normativo que regule las técnicas de reproducción asistida, donde se vele el respeto a los derechos elementales de las personas, ya que la falta de normas vienen trayendo como consecuencia la desprotección de los derechos de los niños, de la familia y la sociedad en su conjunto.

Por último, debemos de considerar que a nivel de la jurisprudencia a nivel del Poder Judicial se ha llegado a determinar que la maternidad subrogada no está prohibida por ley, así lo refiere la Casación 563-2011, resolvió en el caso de vientre de alquiler donde se enfrentó a dos hermanos. Dentro de la sentencia la Corte Suprema ha puesto de manifiesto que estos casos se resuelven priorizando el principio del interés superior del niño, todo en mérito a su derecho a una familia y a estar debidamente protegido por cada uno de los integrantes de la familia.

4.1.3. Análisis de la jurisprudencia sobre el caso de la pareja chilena frente al vientre subrogado

Caso pareja chilenos: Gestación por sustitución.

Sala Penal del Callao

De los hechos que se ponen en autos se tiene que ante la imposibilidad de ser padres la pareja de nacionalidad chilena de nombre Rosario Madueño Atalaya y don Jorge Tovar Perez quienes ha decidido someterse a la técnica de gestación por sustitución previo acuerdo con la madre sustituta de nacionalidad peruana quien aceptó ser implantada con los embriones concebidos por las células sexuales del señor Jorge Tovar Pérez y una donante anónima de óvulo, para que pueda llevar todo el proceso de gestación. Cuando nacen los niños los padres deciden regresar a su país natal los mismos que fueron detenidos en el aeropuerto internacional Jorge Chávez al intentar salir del Perú con los dos niños las cuales fueron gestados mediante vientre subrogado.

Argumento de fallo por parte de la Corte de Justicia del Callao:

Quien dictó doce meses de prisión preventiva porque la fiscalía les acusó del **DELITO DE TRATA DE PERSONAS** en su modalidad **VENTA DE NIÑOS**. Posteriormente al haber conocido los resultados de la prueba de **ADN** realizada al padre Jorge Tovar Pérez, se ha podido comprobar que este era el padre de los niños. Razón por la cual la Primera Sala Penal de Apelaciones del Callao revocó la sentencia de prisión preventiva para la pareja, quienes se encontraban al interior del penal Sarita Colonia del Callao y en el penal de Ancón, respectivamente.

Análisis crítico

Dentro de este caso se ha podido dar cuenta que existe desconocimiento por parte de los operadores de justicia sobre la figura de la gestación subrogada que vienen dando paso a la vulneración de derechos que se genera a los padres intencionales donde de forma indistinta se incluyen a los niños nacidos mediante esta técnica del vientre subrogado.

4.2. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA RELACIONADO AL VIENTRE SUBROGADO

Caso 01:

Casación: Nro. 563-2011 - Lima.

La presente casación se analiza para poder obtener respuesta de cómo resolvió la controversia la Sala Civil permanente frente al recurso interpuesto por la señora Zenayda Castro Muñoz contra la pareja en matrimonio compuesta por don Giovanni y doña Dina Felicitas Palomino; esta acción se plantea tomando en consideración la solicitud de la medida de adopción por excepción de la niña Vitoria Palomino Castro, al presente caso se llegó por el uso de acuerdo de maternidad subrogada entre las partes que intervienen en este proceso.

Dentro del contexto la pareja ha puesto de manifiesto que la menor está bajo sus cuidados desde que la madre les entregase a ellos, así mismo doña Zenayda ha referido pretender recuperar la custodia de su hija oponiéndose al proceso de adopción de los solicitantes donde hace referencia a que no procede tal acción por cuanto el padre biológico fue quien solicitó el proceso de gestación mediante el vientre de alquiler, razón por el cual el problema fue elevado a la sala para ser evaluada por los magistrados.

En ese sentido la sala expresa de forma reiterativa sobre el acuerdo pactado por las partes en torno a un hecho inmoral y en contravención al orden público y lo establecido por las normas civil, es por ello que las decisiones a tomarse deberían estar orientadas a resguardar el interés superior de la niño, donde debe de prevalecer la situación mejor situación que favorezca al menor una vez analizado los resultados psicológicos solicitados. Así mismo considerando el conflicto de derechos de la patria potestad y el derecho a tener una familia idónea.

Razón por la cual la Sala ha revuelto que era adecuado para la menor quedarse con las personas quienes había entablado vínculos desde su nacimiento, así mismo se ha referido en el hecho que la actitud de manipular la situación y sacar provecho económico a partir de ella podría configurar el delito de extorsión y alteración del estado civil, situación fáctica donde el Ministerio Público iba siguiendo mediante la formalización de la denuncia respectiva.

Caso 02:

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

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

Demandante: Francisco David Nieves Reyes y otros.

Demandado: RENIEC.

Dentro de esta resolución se ha dado a entender que por Interés Superior del niño se entiende a la plena satisfacción de sus derechos, la protección integral y simultánea de su desarrollo integral y la calidad o nivel de vida adecuado. Donde el magistrado ha tenido en cuenta el principio del interés superior del niño y el respeto de sus derechos, razón por la cual se ha logrado determinar que la niña debía tener una familia con la pre adoptante quien ha logrado acreditar la debida solvencia moral y salud física la cual estaba bien acreditada.

Dentro del análisis realizado al expediente Nro. 06374-2006 se ha logrado observar que ante la respuesta negativa de la RENIEC, los demandantes ha recurrido en vía del proceso de amparo, donde se fundamenta debidamente el presente recurso, en la afectación del derecho a la identidad de los menores y en el amparo del principio del interés superior del niño, esto para poder obtener la rectificación de las partidas de nacimiento de sus menores hijos.

Razón por la cual, el juzgado ha decidió declarar fundada la demanda de amparo, donde se procedió a anular las actas de nacimientos de los menores en cuestión así mismo se ha impuesto el pago de costos y ordenando a la RENIEC que inscriba en el plazo de dos días y al mismo tiempo emita nuevas partidas de nacimiento de los niños cuyas iniciales son L.N.N.R y C.D.N.R.

Hecho el análisis constitucional del caso según lo que se expuso en la demanda, la parte actora alega que se ha vulnerado el derecho fundamental de la identidad de los niños así como el principio de interés superior del niño, por otro lado se pone de manifiesto que se ha vulnerado el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la vida íntima y familiar así como los derechos sexuales así como reproductivos.

Caso 03:

Casación Nro. 4323-2010

Demandante: Olsen Quise Condori

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

Dentro del caso el demandante ha solicitado la nulidad de los documentos denominados autorización de fertilización In Vitro y transferencia embrionaria, así mismo se declare la nulidad del convenio de realización de técnica de reproducción asistida y los procedimientos efectuados por cuanto el procedimiento de ovodonación está prohibido a nivel de la normatividad peruana.

Cabe resaltar que el juzgado de primera instancia ha declarado infundada la demanda. A razón de la segunda instancia, la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima reformando la apelada, lo declaró fundada la demanda, finalmente, el demandado, PRANOR SRL ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia expedida por la Sexta Sala donde alega que existe una indebida interpretación del artículo 7 de ley General de Salud, por cuanto el procedimiento de la ovodonación no está prohibida.

Dentro de los argumentos del fallo se tiene que la sala ha declarado FUNDADO el recurso de casación, NULA la sentencia de vista expedida por la Sexta Sala Civil, por lo tanto han CONFIRMADO la sentencia apelada la cual ha sido dado por el cuadragésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, quien ha declarado infundado la demanda de nulidad de acto jurídico.

Frente a esta situación se puede señalar que los documentos que han sido presentados no tienen eficacia ya que no están permitidos en la legislación nacional en mérito a la norma citada. Es por ello que se advierte que la Sala confunde conceptos afirmando erróneamente que le da origen a la maternidad subrogada la inseminación artificial y no la técnica de ovodonación.

Caso 04:

Décimo Quinto Juzgado en Familia Lima.

Expediente Nro. 183515-2006-00113.

Demanda de impugnación de maternidad por maternidad subrogada.

Dentro de esta resolución se hace alusión a que en nuestro país aún no se regula una ley de reproducción humana asistida donde se quede contemplado las diferentes situaciones fácticas y proteja los derechos de los niños.

Por otro lado hace un análisis sobre el derecho comparado, tomando como base, la legislación española dada en la Ley 14-2006 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, dado el 26 de mayo del año 2016, que dentro de su artículo 11 viene estableciendo los diferentes destinos posibles que podrán darse a los embriones crio conservados, donde pueda presentarse la utilización del embrión por la propia mujer o su cónyuge; la donación de embriones se dan con fines reproductivos, la donación del embrión se dan con fines de investigación y el cese de la conservación del embrión sin otra utilización.

Frente a este análisis la legislación nacional sólo es válido ética y moralmente aceptable la utilización del embrión por la propia mujer o su cónyuge, por lo tanto al considerar al embrión como no sujetos de derecho, más por el contrario los considera como objeto de derecho, donde se viene afectando los principios elementales de la dignidad humana, en mérito al respeto desde el primer instante de su existencia, más aún de conformidad al Artículo 7 última parte de la Ley General de Salud, Ley Numero 26842, es por ello que deben dictarse las medidas adecuadas con el propósito de hacer efectivo el derecho a la vida, que tiene todo concebido en su calidad de niño, de conformidad además con lo dispuesto en el Artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado.

Dentro de esta resolución de la presente sentencia se ordena, en el apartado quinto, un plazo de dos años para que los demandantes hagan efectivo el derecho a la vida que tienen los tres embriones. Así mismo se procede a disponer que sea implantado en el vientre materno o por subrogación de vientre de tercera sin fines de lucro.

Cabe resaltar que cuando se dé por vencido dicho plazo y se pueda dar el incumplimiento con lo dispuesto en la sentencia de pueda ordenar el hecho de que pueda caer en abandono de los embriones congelados y pueda darse en adopción estos embriones. Por lo tanto este mandato tiene como objetivo de efectivizar el derecho a la vida de los embriones.

En consecuencia dentro de esta sentencia se puede advertir la línea garantista que mantienen los tribunales peruanos. Si bien es cierto a esta pareja se le concede la paternidad del hijo que tuvieron por maternidad subrogada, pero también se les obliga a ser responsables de la vida de sus otros hijos (embriones congelados). Quienes se obligan a implantarlos o en su defecto serían los embriones declarados en abandono y dados en adopción a otras parejas.

Caso 05:

Expediente judicial Nro. 183515-2006-00113

Impugnación de la maternidad de una niña procreada por subrogación materna.

En el proceso los esposos Carla y Eduardo Mendoza querían tener hijos, ante la malograda salud preexistentes de Carla, el hecho de que pueda quedar embarazada ponía en riesgo su vida y la vida del feto. Como consecuencia de esta situación deciden empezar un tratamiento de TERA bajo el hecho de poder contratar un vientre subrogado. Razón por la cual Jenni quien era la madre de Carla, fue quien prestó su vientre para el proceso de gestación del embrión que fue concebido en un laboratorio con el óvulo de Carla y la esperma de Eduardo.

Pero el conflicto nace cuando en la clínica al momento del parto, se ha logrado consignar en el acta del recién nacido a Jenni como madre y no a Carla, lo mismo ha ocurrido en la partida de nacimiento a nivel de la RENIEC. Por lo tanto, el décimo Quinto Juzgado de Familia de Lima ha resuelto declarar fundada la demanda de impugnación de maternidad y declara que la niña es hija de la demandante Carla, quien a través de los medios de prueba que fueron presentados ostenta la calidad de madre de la menor. La decisión que da a conocer el magistrado obedece al siguiente considerando: A partir de la siguiente pregunta, ¿Cómo se determina la filiación si las condiciones de madre genética y madre gestante recaen sobre diferentes personas?, esta circunstancia no está prohibida legalmente, pero tampoco existe norma que la permita, por lo tanto a los que se tiene prescrito dentro del Artículo 2 inciso 24 letra a) de la Constitución Política del Estado, donde se regula el principio de reserva, da como consecuencia que nadie está obligado a hacer lo que la ley no

manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe; por lo tanto considerándose lícita tal conducta, por cuanto ante esta situación queda determinar si se puede amparar dicha pretensión que se viene demandando, en consecuencia la conducta de doña Jenni se ha realizado sin fines de lucro, bajo una circunstancia altruista y por amor a su hija Carla, tal como refiere la declaración de parte de obran a fojas 414 del expediente en análisis, por lo tanto debe ampararse la pretensión que se demanda en la acción incoada.

Por lo tanto, los magistrados vienen interpretando el artículo 7 de la Ley General de Salud como una norma que regula el derecho de las personas cuando se utiliza las TERA para poder hacer frente a la infertilidad. Muy a pesar de las condiciones que prescribe la norma no prohíbe la utilización de las mismas cuando no se dan esas condiciones. En consecuencia, los Tribunales judiciales son los que deben dar una respuesta y solución al problema ya que los jueces no pueden dejar de administrar justicia.

4.3. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS SEGÚN LA HIPÓTESIS PLANTEADA EN LA INVESTIGACIÓN

4.3.1. Hipótesis general

- El análisis jurídico en el caso de la pareja chilena sobre la maternidad subrogada resulta importante, toda vez que, la aplicación evitará la vulneración de los derechos fundamentales de la persona en el Perú durante el año 2022.

Dentro del estudio se ha podido determinar que la dignidad humana queda exenta de todo tipo de condicionamientos externos, en consecuencia la dignidad implica el respeto a la esencia de la persona en función a la naturaleza humana, que brota bajo el fundamento de los derechos humanos que el Estado peruano protege en concordancia con los instrumentos internacionales, sobre la base del ordenamiento jurídico nacional. Por lo tanto, la dignidad humana consiste en la excelencia del ser humano, el cual le dota de virtud y exigibilidad en razón y relación a las demás personas, asimismo, la dignidad de la persona hoy en día se ha constituido en regla de comportamiento, regla o norma que tiene su base doctrinal en el origen de la naturaleza humana y por ello es objetiva ante cualquier situación controvertida. Dentro de la investigación se pudo analizar el caso de la pareja chilena sobre

la maternidad subrogada cuyo análisis ha resultado importante porque ha permitido observar en primer lugar que la persona no es el fin que el Estado debe proteger, muy por el contrario se convierte en el medio por el cual la persona logra sus objetivos egoístas donde promueve su fundamento en un supuesto derecho a la maternidad, donde se reduce al ser humano a la calidad de objeto o cosa, manipulable por otra persona. Dentro de la doctrina y el análisis que hemos podido realizar podemos considerar que la maternidad subrogada es un acto unilateral, acto jurídico que puede ser revocado en cualquier momento por la gestante, es por ello que queda descartado que sean acuerdos bilaterales, también podemos mencionar que la maternidad subrogada a título gratuito podría ser lícita y que dentro de la normatividad peruana, podría ser aceptada ya que su propósito es darle una familia al menor ante una mujer que le es imposible esto por padecer deficiencias en la concepción de un nuevo ser. Razón por la cual según lo analizado podríamos decir que la maternidad subrogada bajo la consideración en razón de que no se afecta la dignidad de la persona, si se podría someter a la gratuidad como garantía de libertad, esta situación traería como consecuencia que en un tiempo más adelante se logre aceptar la maternidad subrogada bajo el precepto comercial donde medie un pago económico, lo que traería como consecuencia un turismo procreativo en países extranjeros donde sí se viene admitiendo este tipo de maternidad, al no poderse servir de la maternidad altruista en territorio nacional.

4.3.2. Hipótesis específica (I)

- El caso de la pareja chilena tiene la relevancia jurídica sobre la maternidad subrogada para que pueda ser aplicado dentro de la legislación peruana durante el año 2022.

Sin duda alguno en el Perú el caso de la pareja chilena tiene relevancia jurídica porque nos hizo ver la carencia de una regulación normativa sobre vientre subrogado y cuán frágil es nuestro ordenamiento jurídico sobre las TERAS, ya que la pareja de chilenos Rosario y Jorge, contrataron a una mujer peruana para gestar a un embrión conformado por un óvulo donado y un espermatozoide del esposo, los hijos nacieron bajo un vientre subrogado el 28 de julio del año 2018 cuando estaban de regreso a su país fueron detenidos y el poder judicial ha

dictado 12 meses de prisión preventiva contra ellos presuntamente por haber cometido el delito de trata de personas, dentro del proceso el abogado de la pareja ha logrado demostrar que la persona quien gestaba a los hijos fue a dar a luz a Clínica Delgado, por lo tanto el certificado de nacido vivo fue entregado a la Clínica Concebir, quien realiza el certificado con la huella de pies de los bebés, con estos requisitos se ha logrado inscribir a los menores ante la Reniec, institución que les otorga su DNI a los niños. Posteriormente la primera Sala Penal de Apelaciones del Callao ha procedido a revocar la prisión preventiva impuesta a la pareja de esposos Tovar y Madueño, esta decisión fundamentalmente se ha fundado, principalmente, en el resultado positivo de la prueba de ADN, quien ha determinado que Jorge Tovar es el padre biológico de los niños. El presente caso analizado estuvo centrado en una serie de comentarios polémicos y debates frente a las críticas duras que recibió la fiscalía y la resolución de primera instancia en otorgar la prisión preventiva sin haber realizado la prueba de ADN de forma previa a los niños. Por otro lado, el juicio mediático emprendido dio a relucir al deseo trunco de ser padres por parte de la pareja donde se dejó de lado el motivo que llevó a los esposos a recurrir a nuestro país, así mismo no se llegó a prestar la atención debida a la contraprestación recibida por parte de la peruana que gestó a los niños. Pero cabe mencionar que dentro de la legislación chilena mediante Ley Nro. 19585 del año 1998, se logró introducir modificaciones a su Código Civil, donde se ha procedido a regular dentro del artículo 182 que: “el padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas asociadas a la reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. En consecuencia no se podrá impugnar la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”, hecho que nos hace ver que nuestra legislación viene quedándose retraída en razón a la ciencia y tecnología a nivel de reproducción asistida y el derecho genético.

4.3.3. Hipótesis específica (II)

- El estado peruano no ha desarrollado dispositivos legales que regulen casos relacionados a la maternidad subrogada vulnerando los derechos fundamentales de la persona, 2022.

Después de haber analizado el tema queda demostrado que el Estado Peruano no ha desarrollado dispositivos legales que regulen casos relacionados a la maternidad subrogada, ya que las familiar que son sometidas a un tratamiento mediante las TERAS, vienen quedando desprotegidas bajo el precepto normativo. En consecuencia, queda excluida de toda posibilidad en razón de que la persona sola que desea ser madre o padre recurre al alquiler de vientre, por lo tanto será madre la que aporte el material genético y alquila su vientre. En tiempo actuales dentro de nuestro ordenamiento jurídico debemos comprender que la filiación se define por el parto. En consecuencia tal como se ha podido evidenciar si bien no se hace mención expresa a la maternidad subrogada, se ha podido deducir que se encuentra prohibida según nuestro marco normativo. Cabe resaltar que la pareja chilena viene a nuestro país y someterse a este tipo de prácticas por la avanzada tecnología que en la Clínica Concebir se tiene para poder seleccionar embriones y esto trae como consecuencia mejores resultados en el proceso de implantación y en el deseo de paternidad de las parejas contratantes. Pero debemos considerar también que el Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú dentro del capítulo 3 denominado del trabajo especializado, donde se establece claramente que: “El médico no debe inducir, promover ni utilizar técnicas de reproducción asistida en mujeres propuestas como madres subrogadas con fines de lucro de éstas, del médico u otros”. De lo analizado también se tiene que, los médicos que realizaron esta práctica no han actuado conforme al Código de Ética referido líneas arriba y no han recibido sanción alguna por realizar estas prácticas, asimismo los centros médicos que promueven la maternidad subrogada, no llegaron a tener sanción alguna por experimentar con la vida del embrión, así como los trabajadores de la salud de estos centros médicos donde se promueve el alquiler de vientre no recibieron sanción alguna. En consecuencia en estos tiempos donde se tiene el avance de la ciencia y tecnología, nuestro país no cuenta con una ley específica sobre técnicas asociadas a la reproducción asistida ni mucho menos se tiene regulado las prácticas médicas donde se desarrollan la fecundación artificial. Esto se debe a razón de que los avances científicos casi siempre se adelantan al derecho, hecho que lleva a la demora en razón de otorgar una

solución jurídica a los problemas planteados dentro de la práctica. Por lo tanto, se debe de prestar una debida atención a la figura de la maternidad subrogada ya que intervienen durante el proceso artificial de gestación, dos e incluso tres mujeres vinculadas al niño, y esta realidad no se encuentra recogida dentro del marco normativo del Código Civil peruano.

4.4. DISCUSIÓN A LOS RESULTADOS OBTENIDOS EN LA INVESTIGACIÓN

La maternidad subrogada está muy estrechamente unida a la dignidad humana, esto por que si se alquila un vientre este está siendo objeto de comercio hasta el hecho de que el niño que va nacer estaría siendo considerado como un producto comercial sujeto a una compra venta. Así mismo debemos de considerar lo manifestado por la Declaratoria Universal de los derechos humanos durante el año 1948, donde hace referencia de forma clara que los seres humanos no podemos ser objetos de ningún tipo de transacción comercial ni mucho menos estar sujeta a una pretensión económica por los sujetos que intervienen en el vientre subrogado, en consecuencia la maternidad subrogada viene vulnerando los derechos de los seres humanos. Tal como se puede advertir sobre las diferentes definiciones de contrato de maternidad subrogada hacen alusión a los acuerdos, convenios, pactos o situaciones donde están inmersos las voluntades de la partes en contratar un vientre para poder procrear un niño, en ese sentido la mujer queda supeditada a que el embrión creado a partir de los gametos sexuales de otras personas sea implantado en su útero, para que pueda llevar adelante todo el proceso de embarazo y en consecuencia una vez suscitado el parto, la mujer pueda entregar al niño a los padres que contrataron su vientre, a quienes se le debe de reconocer cómo los padres intencionales, a quienes se les va a ceder todos los derechos, responsabilidades, deberes y obligaciones respecto al niño, en decir estas personas van a asumir el rol de padres legales del menor. Dentro de este hecho se pueden presentar diferentes posibles complicaciones en razón a los acuerdos sobre maternidad subrogada, estos hechos pueden ser en primer término, de que los padres que recurren a la mujer portadora pueden desconocer su responsabilidad frente a la mujer quien asume llevar el proceso de embarazo, este análisis realizado guarda

relación con lo analizado en la investigación desarrollada por Jiménez, quien ha realizado una investigación que tiene como título “Maternidad subrogada, propuesta de reforma al apartado 4.177 bis del código civil del estado de México”, donde la autora ha llegado a concluir que: Se ha destacado que hay un universo de mujeres que desean ser madres, así mismo se han dado cuenta que por alguna razón no pueden serlo, esto las ha llevado a que puedan recurrir a proceder en alquilar un vientre, esta situación las ha llevado a poder enfrentar una serie de situaciones violentas que han sido dadas por la sociedad y asimismo encontrar un marco legal totalmente desfasado, así mismo se ha podido ver situaciones en donde la madre que ha gestado al niño se ha negado en entregarlo a los padres biológicos, en consecuencia esta realidad pone a la madre artificial en una situación de vulnerabilidad legal, ya que esta madre no tiene forma alguna de acreditar su condición, como resultado se vienen produciendo un conflicto de intereses donde se observa que la ley no ha podido regularla, así mismo guarda relación con los resultados que se tiene en la investigación de García, en su trabajo de investigación que ha sido realizado sobre: “Análisis de los principios y derechos fundamentales vulnerados con la maternidad subrogada”, donde el tesista afirma de forma concluyente: Que la maternidad subrogada actualmente viene contraviniendo la norma jurídica actual dentro del estado peruano. Así mismo se debe destacar que dentro de los derechos y principios que vienen siendo vulnerados están el derecho a la vida, el derecho a la identidad, el principio de la dignidad humana, el interés superior del niño y el de protección a la familia, así mismo en el trabajo se pudo apreciar como nulo todo contrato que refiere a la maternidad subrogada, sea bajo una situación onerosa o de forma gratuita; ya que el hecho de utilizar estas técnicas dentro de la maternidad subrogada o en su defecto mediante la fecundación in vitro, hace suponer que existe la manipulación y la vulneración de la vida humana. Por otro lado mediante la maternidad subrogada se viene vulnerando el derecho a la identidad ya que se promueve una seria restricción a la verdad biológica donde se viene distorsionando de forma grave la identidad del niño, quien se va a desarrollar sin conocer su vínculo biológico, y por último estas técnicas de reproducción dan lugar a que el niño es concebido como un objeto mas

no como un sujeto de derechos. Debemos poner de manifiesto que mediante la maternidad subrogada, la vida de un nuevo ser humano está siendo manipulada desde mucho antes de su concepción. Por lo tanto se viene vulnerando su libertad, su privacidad y su naturalidad. En consecuencia se ha llegado a poder desarrollar una manipulación embrionaria asignándole condiciones de calidad y desechando los embriones defectuosos. Así mismo los niños que han nacido por maternidad subrogada han sido manipulados desde sus orígenes todo ello con la finalidad de poder satisfacer la voluntad de quienes pretenden ser sus padres, logrando este propósito mediante la colaboración de la ciencia. Por otro lado, debemos poner de manifiesto que actualmente existe carencia de ley sobre la maternidad subrogada, situación que trae como consecuencia que más niños sean manipulados desde antes de su concepción para la satisfacción de otras personas quienes reclaman ser sus padres. Así mismo el Estado no viene haciendo nada para poder proteger, defender y garantizar los derechos de todos los hombres y mujeres desde su concepción; hecho que está establecido en nuestra constitución, dando paso a que este fenómeno de la maternidad subrogada venga a negar los derechos de los niños y niñas que han sido procreados con la ayuda de la ciencia. Cabe mencionar que esta inactividad del Estado mantiene dentro del contexto social la arcaica idea que los hijos son de propiedad de los padres, ya que en tiempos actuales solo son los progenitores quienes pueden ejercer derecho sobre ellos, lo que trae a analizar la nueva idea del derecho al hijo, situación que lleva a relacionar con lo analizado por Cruz, durante el año 2018, en su estudio realizado cuyo título es: “Contrato de maternidad subrogada como necesidad social y su incorporación en la legislación penal peruana”, estudio realizado en la UANCV de la ciudad de Juliaca, donde la autora llegó a las siguientes conclusiones: Se debe tener en consideración que el contrato de maternidad subrogada es considerado actualmente como una necesidad social y debe ser incorporado de forma urgente en la legislación penal peruana, como una necesidad social esto en merito para poder tener un mayor control sobre contrato de maternidad subrogada. Por otro lado actualmente existe un vacío en el ordenamiento jurídico sobre contrato de maternidad subrogada esto debido a la no aplicación de principios de autonomía y de contratación entre

quienes lo hacen, que desde luego promueven límites que van a involucrar al aspecto educativo, sociocultural y ético. Por lo tanto es necesario incluir la maternidad subrogada en nuestro nuevo código penal; para poder aplicar sanciones en cuanto a las prácticas médicas de forma indiscriminada sobre reproducción de las personas. Por otro lado, podemos hacer mención que los acuerdos de gestación subrogada no se vienen ajustando a ley según lo que se encuentra regulado en el artículo 140 del Código Civil, donde se hace alusión al hecho de que las partes libremente manifiestan su voluntad de participar de la gestación subrogada, donde el objeto y la causa de dicho pacto no se ajustan a derecho. Cabe resaltar que la celebración y ejecución de este contrato viene lesionando normas, principios de orden público y las buenas costumbres. En consecuencia, estos contratos de gestación subrogada en nuestro ordenamiento jurídico se convertirían en nulos de pleno de derecho. Razón por la cual, debería dar paso a una sanción administrativa y penal para aquellas personas que participan en este proceso dentro de ellos tendríamos a los contratantes, médicos, centros de salud, entre otros sujetos, situación que nos lleva a relacionar con los resultados que nos muestra la investigación de Choquehuanca durante el año 2021, en su trabajo titulado: “Nulo tratamiento del embrión criopreservado por el método in vitro en la legislación peruana”, estudio realizado en la Universidad Privada San Carlos de la Ciudad de Puno, dentro del estudio se procedió a analizar que las razones por las que el código civil peruano no considera como sujeto de derecho al embrión criopreservado por el método in vitro, pero sí considera al concebido, en consecuencia teniendo al embrión sin tener ninguna distinción de su fuente generadora, ya de pronto es un ser humano, por lo tanto la no regulación en el código civil viene contraviniendo de forma evidente el derecho a la vida. Estos fundamentos se vienen sustentando en la posición de que este vacío legal, se debe de subsanar consecuencia dentro de nuestro código civil no se viene regulando al embrión extracorpóreo como sujeto, en consecuencia cuando se dio este marco normativo estas técnicas aún eran desconocidas, situación que a nuestra realidad actual es completamente distinta, puesto que muy por el contrario su utilización se encuentra en un gran auge, por lo tanto urge que el código civil sea actualizado.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Se ha logrado a concebir que la importancia de la aplicación jurídica en el caso de la pareja chilena sobre la maternidad subrogada, existe posibles afectaciones a los derechos fundamentales de la persona los cuales están relacionados con el derecho a la identidad, dignidad y desarrollo integral del ser humano, lo que da origen a la falta de una regulación normativa precisa sobre el tema en cuestión dentro de la legislación nacional.

SEGUNDA: Se ha logrado identificar la relevancia jurídica sobre el caso de la pareja chilena sobre maternidad subrogada en el Perú la que se viene tratando en tiempos actuales mediante la jurisprudencia conforme a una línea según la cual no está prohibida por la ley y teniendo como norte la prevalencia del principio del interés superior del menor, pero esta situación nos lleva a concluir que esta figura no se encuentra regulada legalmente, razón por la cual resulta necesario regular de forma más precisa esto con la finalidad de evitar afectaciones a los derechos de los niños en especial.

TERCERA: Se ha logrado identificar que el estado peruano no ha desarrollado dispositivos legales internos que regulen la maternidad subrogada para evitar la vulneración de los derechos fundamentales, el cual tome como base los principios como son el interés superior del menor, derecho a la identidad, derecho a la dignidad, derecho a un desarrollo integral y derecho a la libertad, conforme también lo establece la Constitución Política del Perú donde se establece que la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad así como del estado peruano.

RECOMENDACIONES

PRIMERO: Se recomienda al poder legislativo a que pueda modificar el código civil en razón de poder agregar la figura de maternidad subrogada y sus efectos jurídicos, el cual deba considerarse el respeto a los derecho fundamentales de la persona donde deba de incidir en la relación entre los privados padres biológicos y los padres subrogados.

SEGUNDO: Se recomienda a los magistrados del Poder Judicial a fin impedir afectaciones a los derechos del niño, producto de que no se encuentra regulada la figura jurídica de la maternidad subrogada, esta pueda desarrollarse bajo el amparo de la Ley General de Salud Nro. 26842 donde se establece claramente sobre las formas, requisitos y principios, de quienes pueden acceder a procrear bajo esta modalidad.

TERCERO: Se recomienda a todos los operadores de justicia, que cuando se tenga que evaluar casos sobre la figura de la maternidad subrogada, deban tener en cuenta los derechos de la persona para que el estado pueda adoptar medidas necesarias priorizando la aplicación del Interés Superior del Menor.

BIBLIOGRAFÍA

- Arce, L. & Salazar, P. (2019). Consecuencias jurídicas que generan los acuerdos de maternidad subrogada en el sistema jurídico civil peruano. Repositorio institucional de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, recuperado de: <https://bit.ly/3vBkMtB>
- Ayque, G. (2020). La maternidad subrogada como garantía del derecho a formar familia de las mujeres infértiles en el Perú. Repositorio institucional de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, recuperado de: <https://bit.ly/3c5aoT2>
- Bolaño, J. & Sierra, B. (2019). Subrogación de vientre y filiación en parejas heterosexuales, desarrollos jurídicos y científicos en Colombia. Repositorio institucional de la Universidad Libre Seccional Barranquilla, recuperado de: <https://bit.ly/3fUOJxW>
- Beetar, B. (2018). La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente. Estudios Socio-Jurídicos, 21(2), 135-165. Recuperado de: <https://bit.ly/2TwBZ9h>
- Canessa, R. (2018). Problemas jurídicos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación civil peruana. Repositorio institucional de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, recuperado de: <https://cutt.ly/Jndmmfu>
- Carrasco, S. (2006). Metodología de la investigación científica. Pautas metodológicas para diseñar y elaborar el proyecto de investigación. Lima: San Marcos.
- Castillo, L. Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales. Ara Editores, Lima, 2003, p.37
- Comité de Bioética de España. (2017). Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. Recuperado de: <https://cutt.ly/undmTyE>
- Cruz, A. (2014). La subrogación uterina, breve estudio comparado. Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey EGAP Gobierno Y Política Pública, recuperado de: <https://cutt.ly/zndmhNZ>
- Cruz, B. (2018), Contrato de maternidad subrogada como necesidad social y su incorporación en la legislación penal peruana, UANCV - Juliaca, Peru. Recuperado

de:

http://repositorio.uancv.edu.pe/bitstream/handle/UANCV/1561/T036_41997255.pdf?sequence=3&isAllowed=

Choquehuanca, E. (2021). Nulo tratamiento del embrión criopreservado por el método in vitro en la legislación peruana. Repositorio ALCIRA, Universidad Privada San Carlos, Puno-Peru, recuperado de:

http://repositorio.upsc.edu.pe/bitstream/handle/UPSC%20S.A.C./111/Juan_Epifanio_CHOQUEHUANCA_AROCUTIPA.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Chumbile, M. (2018). El derecho a la vida del embrión y la reproducción humana asistida extracorpórea en el Perú”. Repositorio institucional de la Universidad Autónoma del Perú, recuperado de: <https://bit.ly/2R8Q7EU>

De la Fuente-Hontañón, R. (2017). La subrogación gestacional: ¿Ventre o personas en alquiler? Implicancias jurídicas y éticas. Repositorio institucional de la Universidad de Piura. Recuperado de: <https://cutt.ly/BndmFi7>

Delgado, A. (2019). Análisis de la maternidad subrogada desde el Derecho Civil y Derecho Constitucional. Repositorio institucional de la Universidad de Piura, recuperado de: <https://bit.ly/3fQGXVS>

García, K. (2019). Análisis de los principios y derechos fundamentales vulnerados con la maternidad subrogada. Repositorio institucional de la Universidad de Piura, recuperado de: <https://bit.ly/3wPdcM5>

Gamarra, J. (2018). Hacia una regulación de la problemática del vientre subrogante en el Perú y el derecho de familia. Repositorio institucional de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, recuperado de: <https://bit.ly/34A6E7M>

Gómez Sánchez, Yolanda (1994) El Derecho a la reproducción Humana, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S., Madrid

Gutierrez A., (2021). “Ausencia de normatividad adecuada en el derecho de familia en los avances de la genética y la reproducción asistida en la provincia de San Román, 2021”, UPSC - Puno.

- Gutiérrez, L. (2016). Restitución del Derecho natural de ser padres: necesidad de legislar la maternidad subrogada homóloga en el Perú. Repositorio institucional de la Universidad Cesar Vallejo, recuperado de: <https://bit.ly/34yc0k8>
- Hernández, R. (2014). Metodología de la investigación. México: Mc Graw Hill Interamericana.
- Hidalgo, S. (2018). La maternidad subrogada y afectación a la teoría general de la contratación contenida en el Código Civil Peruano. Repositorio institucional de la Universidad Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, recuperado de: <https://bit.ly/3wGp0jF>
- Jiménez, A. (2019). Maternidad subrogada. Propuesta de reforma al apartado 4.177 bis del Código Civil del Estado de México. Repositorio institucional de la Universidad Autónoma del Estado de México, recuperado de: <https://bit.ly/3uxUwyJ>
- López, P. (2018). Vulneración de los derechos personales del niño por nacer o menor de edad y de los padres potenciales por ausencia de la figura legal de maternidad subrogada. Repositorio institucional de la Universidad Siglo 21, recuperado de: <https://bit.ly/3uHktMA>
- Marcó, J., & Tarasco, M. (2001). Diez temas de la reproducción asistida. Madrid: Ediciones internacionales universitarias.
- MORÁN, C. y GONZÁLES, M. (2014) Los acuerdos de maternidad subrogada en el Perú. A propósitos del primer caso de maternidad subrogada resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 563-2011-LIMA. Consultado el 14 de mayo de 2021 Disponible en <http://udep.edu.pe/derecho/files/2015/03/Los-acuerdos-de-maternidadsubrogada-en-el-Perú.pdf>
- Morales, J. (2003). Control de la información de la vida personal y familiar. En: Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas, Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica editores.
- Paraíso, B.; Dolz, M.; Salgado, S. & Salvador, Z. (2019). La reproducción asistida: tipos, precio y seguridad social, de la reproducción asistida. Recuperado de: <https://cutt.ly/2ndQq7j>

Peces Barba, G. (2003), La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho. Ed. Dykinson, 2° Ed, Madrid.

Peralta De Andía, R. (2008), Derecho de Familia en el Código Civil. Idemsa, Lima.

Pérez, D. (2015). Presupuestos éticos y jurídicos mínimos que se deben tener en cuenta ante una inminente regulación de técnicas de reproducción asistida en el Perú. Repositorio institucional de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, recuperado de: <https://bit.ly/3yTkSii>

Quecara, G. (2022). "El presente trabajo de investigación que lleva por título: "Análisis jurídico sobre los fundamentos que regulan el vientre de alquiler en el marco normativo y la jurisprudencia Peruana - 2022", UPSC - Puno

Ramírez, E. (2019). La maternidad subrogada como un nuevo escenario en la elección de un plan de vida desde la perspectiva de los derechos fundamentales, Huancavelica-2018. Repositorio institucional de la Universidad Nacional de Huancavelica, recuperado de: <https://bit.ly/2TtaP38>

Reportaje periodístico publicado por el diario La República, edición del 13 de diciembre de 2006. Información recuperada el 23 de setiembre de 2014, de <http://www.larepublica.pe/13-12-2006/canal-espanol-destapa-redde-vientres-de-alquiler-en-lima>

Salazar, A. (2020). Implicancias jurídicas de la regulación en la maternidad subrogada como parte de una realidad social. Repositorio institucional de la Universidad de Huánuco, recuperado de: <https://bit.ly/34ukclg>

Sospedra, A. (2018). La gestación subrogada en España. Idibe. Cuestiones de Interés Jurídico, (1), 1-48. Recuperado de: <https://bit.ly/3p5dAmN>

Souto, B (2008). Dilemas éticos sobre la sustitución de la reproducción humana. La gestación de sustitución. Feminismo: Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante, 8, 181-195.

Ticse, M. (2018). La regulación de la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida con subrogación materna en la legislación peruana. Repositorio institucional

de la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana, recuperado de:
<https://cutt.ly/sndQurN>

Varsi, E. (2010). El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial. En razón de la Ley 28457 y la acción intimatoria Paternidad-Procreación Asistida y Socio afectividad. Lima: Perú: Jurista Editores E.I.R.L.

Vega, S. (2017). Inaplicación del principio “mater semper certa est” en los casos de útero subrogado. Repositorio institucional de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, recuperado de: <https://cutt.ly/SndQdto>

Warnock, M. (1985). Question of Life.The Warnock report human fertilisation &Embriology United Kingdom. Oxford: Basil Blockwell.

ANEXOS

Anexo 01: Matriz de consistencia

MATRIZ DE CONSISTENCIA						
Aplicación jurídica de la maternidad subrogada y la vulneración de los derechos fundamentales de la persona en el Perú, 2023						
PROBLEMA GENERAL - ¿Por qué resulta importante la aplicación jurídica en el caso de la pareja chilena sobre la maternidad subrogada como vulneración de los derechos fundamentales de la persona en el Perú, 2022?	OBJETIVO GENERAL - Analizar la importancia de la aplicación jurídica en el caso de la pareja chilena sobre la maternidad subrogada como vulneración de los derechos fundamentales de la persona en el Perú, 2022.	HIPÓTESIS GENERAL - El análisis jurídico en el caso de la pareja chilena sobre la maternidad subrogada resulta importante, toda vez que, la aplicación evitará la vulneración de los derechos fundamentales de la persona en el Perú durante el año 2022.	Ejes de análisis Aplicación jurídica de la maternidad subrogada.	Sub ejes de análisis - Normativa jurídica. - Contrato de Subrogación. - Gestante subrogada. - Subrogación comercial.	Tipo de investigación : - Jurídico descriptivo. - Enfoque de la investigación : Enfoque cualitativo.	TÉCNICA E INSTRUMENTO de recolección de datos: Técnica de análisis documental. Técnica de la observación directa. - Instrumentos: Fichas de análisis documental. Ficha de análisis normativo. Ficha de análisis de jurisprudencia.
PROBLEMAS ESPECÍFICOS - ¿Existe relevancia jurídica dentro del caso de la pareja chilena sobre maternidad subrogada en el Perú durante el año 2022? - ¿El estado peruano ha desarrollado dispositivos legales internos que regulen la maternidad subrogada para evitar la vulneración de los derechos fundamentales, durante el año 2022?	OBJETIVOS ESPECÍFICOS - Identificar la relevancia jurídica dentro del caso de la pareja chilena sobre maternidad subrogada en el Perú durante el año 2022. - Identificar si el estado peruano ha desarrollado dispositivos legales internos que regulen la maternidad subrogada para evitar la vulneración de los derechos fundamentales, durante el año 2022..	HIPÓTESIS ESPECÍFICAS - El caso de la pareja chilena tiene la relevancia jurídica sobre la maternidad subrogada para que pueda ser aplicado dentro de la legislación peruana durante el año 2022. - El estado peruano no ha desarrollado dispositivos legales que regulen casos relacionados a la maternidad subrogada vulnerando los derechos fundamentales de la persona, 2022.	Vulneración de los derechos fundamentales.	- Derechos de la persona. - Derecho a la identidad. - Derecho a la vida. - Derecho a vivir en familia. - Derecho al bienestar familiar. - Derecho al desarrollo integral.		

Anexo 02: Ficha de análisis bibliográfico.

FICHAS BIBLIOGRAFICA

Autor: Peralta, R. Título: Año de publicación: 2008	Editorial: Lugar de publicación:
La concepción formal <p>Es el acto jurídico mediante el cual una persona con problemas de infertilidad va a encargar a otra persona para que pueda llevar el proceso de gestación, donde exista o no la donación de gametos para que pueda producirse el alumbramiento de un niño bajo las técnicas de subrogación, todo ello a cambio de una prestación económica o sea de forma gratuita.</p> <p>También se puede definir como aquel acuerdo donde una mujer se va a comprometer a llevar el embarazo de un feto que no es suyo biológicamente, feto que ha sido fecundado extra corporalmente. Esta situación involucra derechos y obligaciones frente al niño cuando nazca.</p>	

FICHAS BIBLIOGRAFICA

Autor: Valdez	Editorial:
Título:	Lugar de publicación:
Año de publicación: 2014	
Con relación a la identidad de los niños <p>Para la convención interamericana sobre los derechos del niño tiene como objetivo garantizar el desarrollo integral del niño desde el momento de su concepción y en su desarrollo integral que lo pueda conllevar a una vida realmente digna. Es por ello que mediante esta norma de carácter internacional se entiende que queda prohibido la maternidad subrogada, ya que el menor no es un objeto más por el contrario es un ser humano con derechos, por lo tanto, no puede ser objeto de un contrato porque atentaría contra la dignidad humana.</p>	

FICHAS BIBLIOGRAFICA

Autor: Montero	Editorial:
Título:	Lugar de publicación:
Año de publicación: 2015	
El incumplimiento de contratos dentro de la reproducción asistida Dentro de la reproducción asistida los contratos de subrogación puedan en algunas ocasiones incumplidos, ya que el único fin de estos actos jurídico es la función reproductiva de la mujer portadora o gestante voluntaria, por cuanto no recae en ella la crianza ni mucho menos velar por el desarrollo del menor como ser humano. En muchas ocasiones resulta que la madre gestante no quiere entregar de buena fe al niño a sus padres biológicos y es aquí donde se incumple los contratos sobre la maternidad subrogada, en donde nuestra legislación guarda ciertos vacíos, es por ello que urge declarar válidos los contratos de subrogación para poder generar responsabilidad y derechos entre las personas.	

FICHAS BIBLIOGRAFICA

Autor: Espinoza.	Editorial:
Título:	Lugar de publicación:
Año de publicación: 2004.	
La regulación jurídica de la maternidad subrogada <p>Dentro de la relación jurídica de la maternidad subrogada dentro de nuestro ordenamiento jurídico podría darse bajo el objetivo el cual será de ayudar a aquellas mujeres infértiles quienes no pueden concebir sus hijos de forma propia, donde se tiene que recurrir a una mujer quien pueda proporcionar vientre para llevar a cabo adelante el proceso de gestación, donde se evite según la norma jurídica que se convierta en una situación aberrante para los derechos de las personas y en especial del nuevo ser. Por otro lado no negamos que se puede tener situaciones económicas de por medio para poder brindar este tipo de servicios bajo situaciones debidamente reguladas por la norma, pero si esta relación contractual será regulada debe de evitarse la degradación de la mujer y el niño donde no se le deba de conceptualizar como mercancía.</p>	

FICHAS BIBLIOGRAFICA

Autor: Marco & Tarasco	Editorial:
Título:	Lugar de publicación:
Año de publicación: 2001	

La clasificación de las TERAS

Tenemos las siguientes:

a. Las TERAS intracorpóreas

Esta técnica se realiza en el interior del útero, donde se introduce el semen de manera mecánica sin copulación, el cual se permite la unión con el ovulo, dentro de ella encontramos también a las siguientes técnicas:

- La inseminación artificial (IA).
- La inseminación intrauterina directa (IIUD).
- La inseminación intraperitoneal (IIP).
- La transferencia intraperitoneal de espermias y ovocitos (TIPEO).
- La transferencia intratubárica de gametos (GIFT).

De todas las técnicas descritas el más común es la inseminación artificial (IA).

Anexo 03: Ficha de análisis de contenido normativo.

FICHA DE ANÁLISIS DE NORMA

Código Civil Fecha de publicación: 24 de julio de 1984
Dentro del código civil, dentro del libro III, sección tercera, donde se establece la sociedad paterno filial, se ha desarrollado y establecido la existencia de dos grandes tipos de filiación: uno que es la filiación matrimonial (Título I) y la otra que es la filiación extramatrimonial (Título II). Donde la filiación matrimonial es reconocida como una filiación por su naturaleza, que guinda su base bajo el principio de la veracidad biológica, donde se establece la paternidad a la pareja que forma un matrimonio quienes son establecidos como padres biológicos bajo la unión de sus gametos, mientras que la filiación extramatrimonial corresponde a los hijos nacidos fuera del matrimonio.

FICHA DE ANÁLISIS DE NORMA

Código de los Niños y Adolescentes (Ley 27337)

Fecha de publicación: 24 de julio de 1984

El interés superior del niño y la maternidad subrogada

Dentro del principio del interés superior del niño, dentro de su cuerpo normativo hace una exhortación a la regulación normativa de la maternidad subrogada el cual permita proteger y garantizar la seguridad jurídica del menor, así mismo esta norma debe de abrir la posibilidad de admitir en las mujeres que no pueden concebir hijos de forma natural puedan recurrir a las técnicas de reproducción asistida para poder convertirse en madres; pero si se diera el nacimiento del niño en otro país que no fuera el de procedencia, estos tienen el derecho a ser reconocidos la nacionalidad a los padres, donde se permita también regresar a su país de origen donde se promueva el respeto a su ambiente íntimo y familiar; así mismo el niño tiene derecho a su identidad, así mismo tiene derecho cuando tenga uso de razón y la madurez respectiva a que se le ponga de conocimiento como fue concebido.

FICHA DE ANÁLISIS DE NORMA

Código Civil

Fecha de publicación: 24 de julio de 1984

La maternidad subrogada en el Código Civil

Dentro de la Ley Nro. 26842, a razón del artículo artículo 7 existe la prohibición tácita en relación a la práctica de la maternidad subrogada en razón a los siguientes fundamentos: "Todo ser humano tiene derecho a tratar su infertilidad como a poder acudir a técnicas de reproducción asistida para lograr la procreación siempre y cuando la madre biológica y gestante sean las mismas".

FICHA DE ANÁLISIS DE NORMA

Constitución Política de 1993

Fecha de publicación: 29 de diciembre de 1993

En la constitución política del Perú

Este tipo de maternidad no está regulada bajo una interpretación normativa, en el Perú bajo el orden constitucional ya que en los artículos 2, 4, 6,11 y 44, pero el estado peruano garantiza la seguridad personal, protege la familia y el desarrollo personal de cada persona donde pone de manifiesto la libertad que tiene la persona para poder acceder a los servicios de salud para su beneficio. Por lo tanto, serían derechos vulnerados ante la no regulación de la maternidad subrogada.

FICHA DE ANÁLISIS DE NORMA

Ley General de Salud N° 26842

Fecha de publicación: 15 de julio de 1997

La ley general de la salud

A razón de su artículo 7 refiere que: “Todo ser humano tiene derecho a tratar su infertilidad como a poder recurrir a técnicas de reproducción asistida para lograr la procreación siempre que la madre genética y la gestante sean las mismas”. Así mismo hace referencia que para realizar dicho procedimiento se deberá tener el consentimiento por escrito de los padres biológicos. Esta misma norma hace referencia al hecho de que queda prohibido la clonación de seres humanos, así como la fecundación de óvulos con otros fines que no sean los de la procreación de un nuevo ser bajo los principios ya explicados.

FICHA DE ANÁLISIS DE NORMA

Código Civil

Fecha de publicación: 24 de julio de 1984

El derecho a la libertad para la aplicación de las TERAS

El análisis de la libertad debe de basarse como un derecho que está debidamente descrito en la norma constitucional dentro de su Artículo 2, donde vamos a poder encontrar un vínculo con el derecho a la vida y el desarrollo en sociedad para que la persona pueda desarrollarse bajo libertad.

Pero actualmente esta libertad también alcanza para que la persona pueda disponer de su propio cuerpo, y dentro de esta disposición tenemos a la práctica de las TERAS en razón a la madre que no puede concebir hijos de forma natural con su material biológico o también no lo puede gestar por sus propios medios. En relación a los actos de disposición del propio cuerpo el Artículo 6 del Código Civil manifiesta que: *“Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres”*. Pero de forma excepcional resultan válidos cuando su exigencia corresponde a un estado de necesidad, o bajo una orden médica donde se exhorte al sometimiento de una operación.

Anexo 04: Ficha de análisis jurisprudencial.

FICHA DE ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

Sala Penal del Callao

Caso pareja chilenos: Gestación por sustitución.

De los hechos que se ponen en autos se tiene que ante la imposibilidad de ser padres la pareja de nacionalidad chilena de nombre Rosario Madueño Atalaya y don Jorge Tovar Perez quienes ha decidido someterse a la técnica de gestación por sustitución previo acuerdo con la madre sustituta de nacionalidad peruana quien aceptó ser implantada con los embriones concebidos por las células sexuales del señor Jorge Tovar Pérez y una donante anónima de óvulo, para que pueda llevar todo el proceso de gestación. Cuando nacen los niños los padres deciden regresar a su país natal los mismos que fueron detenidos en el aeropuerto internacional Jorge Chávez al intentar salir del Perú con los dos niños las cuales fueron gestados mediante vientre subrogado.

FICHA DE ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

Casación: Nro. 563-2011 - Lima

La presente casación se analiza para poder obtener respuesta de cómo resolvió la controversia la Sala Civil permanente frente al recurso interpuesto por la señora Zenayda Castro Muñoz contra la pareja en matrimonio compuesta por don Giovanni y doña Dina Felicitas Palomino; esta acción se plantea tomando en consideración la solicitud de la medida de adopción por excepción de la niña Vitoria Palomino Castro, al presente caso se llegó por el uso de acuerdo de maternidad subrogada entre las partes que intervienen en este proceso.

Dentro del contexto la pareja ha puesto de manifiesto que la menor está bajo sus cuidados desde que la madre les entregase a ellos, así mismo doña Zenayda ha referido pretender recuperar la custodia de su hija oponiéndose al proceso de adopción de los solicitantes donde hace referencia a que no procede tal acción por cuanto el padre biológico fue quien solicitó el proceso de gestación mediante el vientre de alquiler, razón por el cual el problema fue elevado a la sala para ser evaluada por los magistrados.

En ese sentido la sala expresa de forma reiterativa sobre el acuerdo pactado por las partes en torno a un hecho inmoral y en contravención al orden público y lo establecido por las normas civil, es por ello que las decisiones a tomarse deberían estar orientadas orientadas a resguardar el interés superior de la niño, donde debe de prevalecer la situación mejor situación que favorezca al menor una vez analizado los resultados psicológicos solicitados. Así mismo considerando el conflicto de derechos de la patria potestad y el derecho a tener una familia idónea.

FICHA DE ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

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

Demandante: Francisco David Nieves Reyes y otros.

Demandado: RENIEC.

Dentro de esta resolución se ha dado a entender que por Interés Superior del niño se entiende a la plena satisfacción de sus derechos, la protección integral y simultánea de su desarrollo integral y la calidad o nivel de vida adecuado. Donde el magistrado ha tenido en cuenta el principio del interés superior del niño y el respeto de sus derechos, razón por la cual se ha logrado determinar que la niña debía tener una familia con la pre adoptante quien ha logrado acreditar la debida solvencia moral y salud física la cual estaba bien acreditada.

Dentro del análisis realizado al expediente Nro. 06374-2006 se ha logrado observar que ante la respuesta negativa de la RENIEC, los demandantes ha recurrido en vía del proceso de amparo, donde se fundamenta debidamente el presente recurso, en la afectación del derecho a la identidad de los menores y en el amparo del principio del interés superior del niño, esto para poder obtener la rectificación de las partidas de nacimiento de sus menores hijos.

Razón por la cual, el juzgado ha decidió declarar fundada la demanda de amparo, donde se procedió a anular las actas de nacimientos de los menores en cuestión así mismo se ha impuesto el pago de costos y ordenando a la RENIEC que inscriba en el plazo de dos días y al mismo tiempo emita nuevas partidas de nacimiento de los niños cuyas iniciales son L.N.N.R y C.D.N.R.

Hecho el análisis constitucional del caso según lo que se expuso en la demanda, la parte actora alega que se ha vulnerado el derecho fundamental de la identidad de los niños así como el principio de interés superior del niño, por otro lado se pone de manifiesto que se ha vulnerado el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la vida íntima y familiar así como los derechos sexuales así como reproductivos.

FICHA DE ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

Casación Nro. 4323-2010

Demandante: Olsen Quise Condori

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

Dentro del caso el demandante ha solicitado la nulidad de los documentos denominados autorización de fertilización In Vitro y transferencia embrionaria, así mismo se declare la nulidad del convenio de realización de técnica de reproducción asistida y los procedimientos efectuados por cuanto el procedimiento de ovodonación está prohibido a nivel de la normatividad peruana.

Cabe resaltar que el juzgado de primera instancia ha declarado infundada la demanda. A razón de la segunda instancia, la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima reformando la apelada, lo declaró fundada la demanda, finalmente, el demandado, PRANOR SRL ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia expedida por la Sexta Sala donde alega que existe una indebida interpretación del artículo 7 de ley General de Salud, por cuanto el procedimiento de la ovodonación no está prohibida.

Dentro de los argumentos del fallo se tiene que la sala ha declarado FUNDADO el recurso de casación, NULA la sentencia de vista expedida por la Sexta Sala Civil, por lo tanto han CONFIRMADO la sentencia apelada la cual ha sido dado por el cuadragésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, quien ha declarado infundado la demanda de nulidad de acto jurídico.

Frente a esta situación se puede señalar que los documentos que han sido presentados no tienen eficacia ya que no están permitidos en la legislación nacional en mérito a la norma citada. Es por ello que se advierte que la Sala confunde conceptos afirmando erróneamente que le da origen a la maternidad subrogada la inseminación artificial y no la técnica de ovodonación.

FICHA DE ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

Décimo Quinto Juzgado en Familia Lima.

Expediente Nro. 183515-2006-00113.

Demanda de impugnación de maternidad por maternidad subrogada.

Dentro de esta resolución se hace alusión a que en nuestro país aún no se regula una ley de reproducción humana asistida donde se quede contemplado las diferentes situaciones fácticas y proteja los derechos de los niños.

Por otro lado hace un análisis sobre el derecho comparado, tomando como base, la legislación española dada en la Ley 14-2006 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, dado el 26 de mayo del año 2016, que dentro de su artículo 11 viene estableciendo los diferentes destinos posibles que podrán darse a los embriones crio conservados, donde pueda presentarse la utilización del embrión por la propia mujer o su cónyuge; la donación de embriones se dan con fines reproductivos, la donación del embrión se dan con fines de investigación y el cese de la conservación del embrión sin otra utilización.

Frente a este análisis la legislación nacional sólo es válido ética y moralmente aceptable la utilización del embrión por la propia mujer o su cónyuge, por lo tanto al considerar al embrión como no sujetos de derecho, más por el contrario los considera como objeto de derecho, donde se viene afectando los principios elementales de la dignidad humana, en mérito al respeto desde el primer instante de su existencia, más aún de conformidad al Artículo 7 última parte de la Ley General de Salud, Ley Numero 26842, es por ello que deben dictarse las medidas adecuadas con el propósito de hacer efectivo el derecho a la vida, que tiene todo concebido en su calidad de niño, de conformidad además con lo dispuesto en el Artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado.

Dentro de esta resolución de la presente sentencia se ordena, en el apartado quinto, un plazo de dos años para que los demandantes hagan efectivo el derecho a la vida que tienen los tres embriones. Así mismo se procede a disponer que sea implantado en el vientre materno o por subrogación de vientre de tercera sin fines de lucro.

Cabe resaltar que cuando se dé por vencido dicho plazo y se pueda dar el incumplimiento con lo dispuesto en la sentencia de pueda ordenar el hecho de que pueda caer en abandono de los embriones congelados y pueda darse en adopción estos embriones. Por lo tanto este mandato tiene como objetivo de efectivizar el derecho a la vida de los embriones. En consecuencia dentro de esta sentencia se puede advertir la línea garantista que mantienen los tribunales peruanos. Si bien es cierto a esta pareja se le concede la paternidad del hijo que tuvieron por maternidad subrogada, pero también se les obliga a ser responsables de la vida de sus otros hijos (embriones congelados). Quienes se obligan a implantarlos o en su defecto serían los embriones declarados en abandono y dados en adopción a otras parejas.