

UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
ESCUELA DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL



**“LA MATERNIDAD SUBROGADA Y LA ALTERACIÓN DE LA
FILIACIÓN AFECTA EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR,
PERÚ 2018”**

TESIS
PRESENTADA POR:

MAG. AMALIA JUANA HUACLLA GOMEZ
ORCID: 0000-0001-5418-4367

ASESOR
Dr. Víctor Hugo Nina Cohaila
ORCID: 0000-0002-1644-4461

Para obtener el grado académico de:
DOCTOR EN DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL
TACNA – PERÚ
2022

UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
ESCUELA DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL



**“LA MATERNIDAD SUBROGADA Y LA ALTERACIÓN DE LA
FILIACIÓN AFECTA EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR,
PERÚ 2018”**

TESIS
PRESENTADA POR:

MAG. AMALIA JUANA HUACLLA GOMEZ

ORCID: 0000-0001-5418-4367

ASESOR

Dr. Víctor Hugo Nina Cohaila

ORCID: 0000-0002-1644-4461

Para obtener el grado académico de:

DOCTOR EN DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL

TACNA – PERÚ

2022

UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
ESCUELA DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL

Tesis

**LA MATERNIDAD SUBROGADA Y LA ALTERACIÓN DE LA
FILIACIÓN AFECTA EL DERECHO A LA IDENTIDAD
DEL MENOR, PERÚ 2018”**

Presentada por:

Mg. Amalia Juana Huaclla Gómez

Tesis sustentada y aprobada el 02 de abril de 2022; ante el siguiente jurado examinador

PRESIDENTE: Dr. Javier Wilfredo Huamani Muñoz

SECRETARIO: Dra. Carmen Ruth Álvarez Goicochea

VOCAL: Dr. José Carlos Chavez-Fernandez Postigo

ASESOR: Dr. Víctor Hugo Nina Cohaila

DECLARACIÓN JURADA DE ORIGINALIDAD

Yo, AMALIA JUANA HUACLLA GÓMEZ, en calidad de Doctorado DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL de la Escuela de Postgrado de la Universidad Privada de Tacna, identificada con DNI. 00474723, Soy autora de la tesis titulada:

“LA MATERNIDAD SUBROGADA Y LA ALTERACIÓN DE LA FILIACIÓN AFECTA EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR, PERÚ 2018”

DECLARO BAJO JURAMENTO

Ser el único autor del texto entregado para obtener el grado académico de DOCTOR, y que tal texto no ha sido entregado ni total ni parcialmente para obtención de un grado académico en ninguna otra universidad o instituto, ni ha sido publicado anteriormente para cualquier otro fin.

Así mismo, declaro no haber trasgredido ninguna norma universitaria con respecto al plagio ni a las leyes establecidas que protegen la propiedad intelectual. Declaro, que después de la revisión de la tesis con el software Turnitin se declara 19% de similitud, además que el archivo entregado en formato PDF corresponde exactamente al texto digital que presento junto al mismo.

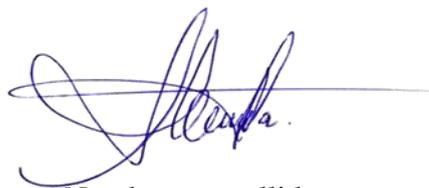
Por último, declaro que para la recopilación de datos se ha solicitado la autorización respectiva a la empresa u organización, evidenciándose que la información presentada es real y soy conocedor(a) de las sanciones penales en caso de infringir las leyes del plagio y de falsa declaración, y que firmo la presente con pleno uso de mis facultades y asumiendo todas las responsabilidades de ella derivada.

Por lo expuesto, mediante la presente asumo frente a LA UNIVERSIDAD cualquier responsabilidad que pudiera derivarse por la autoría, originalidad y

veracidad del contenido de la tesis, así como por los derechos sobre la obra o invención presentada. En consecuencia, me hago responsable frente a LA UNIVERSIDAD y a terceros, de cualquier daño que pudiera ocasionar, por el incumplimiento de lo declarado o que pudiera encontrar como causa del trabajo presentado, asumiendo todas las cargas pecuniarias que pudieran derivarse de ello en favor de Terceros con motivo de acciones, reclamaciones o conflictos derivados del incumplimiento de lo declarado o las que encontrasen causa en el contenido de la tesis, libro o invento.

De identificarse fraude, piratería, plagio, falsificación o que el trabajo de investigación haya sido publicado anteriormente; asumo las consecuencias y sanciones que de mi acción se deriven, sometiéndome a la normatividad vigente de la Universidad Privada de Tacna.

Lugar y fecha: Tacna 02 de Abril del 2022.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Alcides', written over a horizontal line.

Nombres y apellidos

DNI 00474723

DEDICATORIA

Se la dedico al forjador de mi camino,

A mi Padre Celestial, el que me acompaña siempre,

Me levanta de mis continuos tropiezos, al Creador,

a mis hijos, hijo político y nietos,

Son personas que más amo, con mi más sincero amor.

Amalia Juana Huaclla Gómez.

AGRADECIMIENTO

Primeramente, quiero agradecer a Dios, Todo Poderoso, por haberme guiado y acompañado a lo largo de todo este tiempo, por ser mi fortaleza en los momentos de dificultad y debilidad

Agradecer a mi Madre de Crianza, Amandita, por haber confiado en mí todos estos años, por su apoyo incondicional y comprensión de mis ideales y consolidación de uno de mis grandes sueños, ser una Profesional.

Quiero también, agradecer a mis Profesores y Catedráticos, quienes volcaron en mí todos sus conocimientos y experiencias, sin ello no hubiera sido posible la formulación de esta Tesis de Investigación de Doctorado.

Finalmente, agradecer a los seres que siempre están a mi lado, mi familia, a mi hijo político José Luis, a mi hija Geannina, a mis hijos Anghel y Anghelo, a mis nietos Joselito y Gía, por ser mi fuente permanente de motivación e inspiración, en busca de mi superación personal y profesional, a ellos mi amor eterno y mis agradecimientos.

RESUMEN

La Investigación titulada: “LA MATERNIDAD SUBROGADA Y LA ALTERACIÓN DE LA FILIACIÓN AFECTA EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR, PERÚ 2018”, cuyo objetivo está orientado a determinar “la afectación al derecho de identidad del menor a través de la alteración de la filiación y de la maternidad subrogada en el Perú 2018”. La hipótesis que se ha formulado está verificada a probada a que en alta medida la maternidad subrogada o vientre de alquiler afecta significativamente el derecho a la identidad del menor, y trae como consecuencia la alteración de la filiación establecida en el artículo 145 del Código Penal en Perú, 2018, por existir el vacío legislativo en el Perú. La investigación es de tipo básica, diseño no experimental, transversal secuencial, de nivel descriptiva – explicativo, método mixto, cuyo método lógico inductivo, permite el razonamiento partiendo de casos particulares, a conocimientos generales. Para recolectar la información se aplicó el cuestionario, y la investigación documental como instrumentos de medición; los cuales permitieron recoger información, y medir las variables de estudio. La muestra estuvo conformada por 219 profesionales de derecho. Los resultados obtenidos han permitido establecer que: La maternidad subrogada afecta significativamente al derecho de identidad del menor en el Perú, por el vacío legislativo en materia penal en dicho sentido.

Palabras clave:

Maternidad subrogada, delito y bien jurídico, vacíos legales, derecho de identidad, familia.

ABSTRAC

The Investigation entitled: "SUBROGATED MATERNITY AND THE ALTERATION OF FILIATION AFFECTS THE RIGHT TO IDENTITY OF THE MINOR, PERU 2018", whose objective is oriented to determine "the affectation to the right of identity of the minor through the alteration of the parentage and surrogacy in Peru 2018". The hypothesis that has been formulated is verified and proven to a high degree that surrogacy or surrogacy significantly affects the right to identity of the minor, and results in the alteration of the filiation established in article 145 of the Penal Code in Peru, 2018, due to the legislative vacuum in Peru. The research is of a basic type, non-experimental design, sequential cross-sectional, descriptive- explanatory level, mixed method, whose inductive logical method, allows reasoning starting from particular cases, to general knowledge. To collect the information, the questionnaire and documentary research were applied as measurement instruments; which allowed to collect information, and measure the study variables. The sample consisted of 219 legal professionals. The results obtained have made it possible to establish that: Surrogacy significantly affects the minor's right to identity in Peru, due to the legislative vacuum in criminal matters in this regard.

Keywords:

Surrogacy, crime and legal good, legal loopholes, right to identity, family.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación está referido a “LA MATERNIDAD SUBROGADA Y LA ALTERACIÓN DE LA FILIACIÓN AFECTA EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR, PERÚ 2018”.

“La ciencia jurídica y la tecnología real han avanzado constantemente, asimismo, estas innovaciones tecnológicas también permitieron el avance en la salud reproductiva, buscando que aquellas parejas que se encontraban infértiles puedan procrear, generando con ello el surgimiento de las técnicas de reproducción asistida, las cuales han permitido que las parejas infértiles puedan ser padres”.

No obstante, existe una técnica moderna de procreación que ha sido materia de debate a nivel social y jurídico; esta es la maternidad subrogada, toda vez que en ciertos países la técnica en cuestión viene siendo empleada incorrectamente y usada exclusivamente para lucrar y producir infantes “en masa”. En nuestro país no existe legislación al respecto que la permita o la prohíba, lo que atenta contra el derecho a la identidad del menor, ocasionando alteración en su filiación.

El Perú, no ha sido ajeno al incorrecto empleo de esta técnica, presentándose en estos últimos un tráfico de vientres en alquiler (nombre con el que también se le conoce a la maternidad subrogada), instrumentalizando a la mujer, a cambio de dinero, trasgrediendo su vida y su dignidad. Asimismo, al no permitirse conocer al infante a su verdadera madre, se viene atentando contra el derecho de identidad; entre otros derechos fundamentales como el interés superior del niño, y la seguridad jurídica, que están establecidos en la Constitución y en los tratados y convenios internacionales.

En tal sentido consideramos necesario el desarrollo de la presente investigación, estructurándose para ello el trabajo en cinco capítulos:

Capítulo I, El problema, en este capítulo se consignan la determinación y formulación del problema, los objetivos, la justificación e importancia y limitaciones de la investigación.

Capítulo II, Marco teórico, se abordan los antecedentes del estudio, y se presentan teorías y conceptos de manera secuencial, temas cuyos contenidos constituyen las bases teórico-científicas de nuestra Investigación.

Esta a su vez se subdivide en VIII sub capítulos:

Sub Capítulo I, Antecedentes.

Sub Capítulo II, La alteración o supresión de la filiación del menor.

Sub Capítulo III, El Derecho a la Identidad.

Sub Capítulo IV, El Derecho Constitucional y la Identidad.

Sub Capítulo V, Casos Judiciales Sobre Maternidad Subrogada en el Perú

Sub Capítulo VI, Maternidad subrogada o vientre de alquiler.

Sub Capítulo VII, Legislación Extranjera y Doctrina Nacional Sobre La Maternidad Subrogada.

Sub Capítulo VIII, Delitos contra la familia en el Derecho Comparado.

Sub Capítulo IX, Definición de conceptos.

Capítulo III, Marco metodológico, se formulan las hipótesis y variables de investigación, así como el diseño metodológico, especificando: el tipo y diseño de estudio, población y las técnicas en el manejo de la información.

Capítulo IV, Resultados, comprende la descripción del trabajo de campo; la presentación, análisis e interpretación de los datos obtenidos, los mismos que nos permiten verificar las hipótesis de nuestra investigación.

Capítulo V, Conclusiones y recomendaciones, comprenden las conclusiones en función de los objetivos propuestos y las sugerencias producto de estas conclusiones. También un aporte legislativo en materia penal.

Asimismo, se consideran las referencias bibliográficas y los anexos respectivos, que contribuyen a una mejor comprensión del trabajo de investigación.

ÍNDICE

DEDICATORIA	vii
AGRADECIMIENTO.....	viii
RESUMEN.....	ix
ABSTRAC	x
INTRODUCCIÓN	1
ÍNDICE DE TABLAS	7
ÍNDICE DE FIGURAS.....	9
CAPITULO I.....	11
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	11
1. EL PROBLEMA	11
1.1 Planteamiento del Problema	11
1.2 Formulación del Problema	14
1.2.1 Problema general.....	14
1.2.2 Problemas específicos:.....	15
1.3 Justificación y Relevancia de la investigación.	15
1.4 Objetivos de la Investigación	17
1.4.1 Objetivo general	17
1.4.2 Objetivos específicos	17
CAPITULO II	19
MARCO TEÓRICO.....	19
SUB CAPITULO I.....	19
ANTECEDENTES.....	19
2.1.1 Antecedentes del estudio.....	19
2.1.1.1 Antecedentes a nivel internacional	19
2.1.1.2 Antecedentes a nivel nacional.	21
BASES TEÓRICAS CIENTÍFICAS	25
SUB CAPITULO II.....	25
LA ALTERACIÓN O SUPRESIÓN DE LA FILIACIÓN DEL MENOR	25

2.2.1	La alteración o supresión de la filiación del menor	25
2.2.1.1	Tipificación.....	25
2.2.1.2	Análisis	25
2.2.1.3	Tipicidad objetiva.....	26
2.2.1.4	Modalidad típica.....	26
2.2.1.5	Bien jurídico protegido.....	26
2.2.1.6	Formas imperfectas de ejecución	36
SUB CAPITULO III		41
EL DERECHO A LA IDENTIDAD		41
2.3.1	El Derecho a la identidad	41
2.3.1.1	Generalidades	41
2.3.1.2	Concepto de identidad.....	41
2.3.1.3	Clases de identidad.....	42
2.3.1.4	El Derecho a la identidad genética	45
2.3.1.5	El Derecho a la identidad genética	47
SUB CAPITULO IV		48
EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LA IDENTIDAD		48
2.4.1	Derecho constitucional a la identidad del menor y su relación con la filiación.	48
2.4.1.1	El derecho a la identidad y su protección jurídica.....	48
SUB CAPITULO V		56
CASOS JUDICIALES SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERÚ		56
SUB CAPITULO VI.....		67
MATERNIDAD SUBROGADA O VIENTRE DE ALQUILER.....		67
2.6.1	Maternidad subrogada.....	67
2.6.2	Etimología.....	67
2.6.3	Gramatical.....	68
2.6.4	Biológico.....	68
2.6.5	Jurídico.....	68
2.6.6	Definición de Subrogación.....	68
2.6.7	Tipos de maternidad subrogada	69

2.6.8	Maternidad Subrogada en el Perú	73
2.6.9	Base Legal.....	74
SUB CAPITULO VII.....		76
LEGISLACIÓN EXTRANJERA Y DOCTRINA NACIONAL SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA.....		76
2.7.1	Derecho Comparado – análisis.....	76
SUB CAPITULO VIII		81
DELITOS CONTRA LA FAMILIA EN EL DERECHO COMPARADO		81
2.8.1	Delitos contra la familia en el derecho comparado.....	81
2.8.1.1	Código Penal de la Nación Argentina:	81
2.8.1.2	Código penal español:	84
SUB CAPITULO IX DEFINICIÓN DE CONCEPTOS		85
2.9.1	Definición de conceptos.....	85
CAPITULO III.....		87
MARCO METODOLÓGICO.....		87
3.1	Formulación de la hipótesis.....	87
3.1.1	Hipótesis general.....	87
3.1.2	Hipótesis específicas	87
3.1.3	Variables e indicadores	88
3.1.3.1	Identificación de la variable independiente.....	88
3.1.4	Tipo de investigación	89
3.1.5	Método y diseño de la investigación.....	89
3.1.5.1	Método de la investigación.....	89
3.1.5.2	Diseño de la investigación.....	89
3.1.6	Ámbito y tiempo social de la investigación	90
3.1.7	Unidades de estudio	90
3.1.8	Población y muestra	90
3.1.8.1	Población.....	90
3.1.8.2	Muestra.....	91
3.1.9	Criterios de inclusión y exclusión	92
3.2	Recolección de los datos	92

3.2.1	Procedimientos.....	92
3.2.2	Técnicas de recolección de los datos	92
3.2.3	Instrumentos para la recolección de los datos.....	92
3.3	Procesamiento, presentación, análisis e interpretación de los datos.	92
3.3.1	Presentación de datos	93
3.3.2	Análisis de datos	93
CAPITULO IV.....		94
MARCO PRÁCTICO		94
4.1	Tratamiento Estadístico e Interpretación de Resultados.	94
4.1.1	Presentación análisis y discusión de los resultados.....	94
4.1.1.1	La Encuesta	94
4.1.1.2	Revisión estadística de casos en Tacna.	107
4.2	Verificación y/o Contrastación de Hipótesis.	108
CAPITULO V		111
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....		111
5.1	CONCLUSIONES.....	111
5.2	RECOMENDACIONES	112
PROPUESTA DE LEY.....		113
FÓRMULA LEGAL.....		115
“LEY PENAL ESPECIAL QUE INCORPORA EL DELITO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CÓDIGO PENAL”		115
BIBLIOGRAFÍA.....		118
ANEXOS.....		121
ANEXO 01 - ENCUESTA.....		122
ANEXO 02 – ESTADÍSTICA		126
ANEXO 03 - MATRIZ DE CONSISTENCIA		132
ANEXO 04 – COMUNICADO		134
ANEXO 05 – VALIDACIÓN DE JUICIO DE EXPERTOS		135

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1	El artículo 145 del Código Penal establece los siguientes tipos penales o conductas penales sancionables. ¿Cuál de ellas afecta el derecho a la identidad del menor?:	95
Tabla 2	El Derecho a la Identidad del niño o el Derecho a conocer su propio origen, es uno de los Derechos fundamentales de cada menor, establecido así a nivel Internacional, por medio de la Convención de Derechos del Niño, como a nivel interno a nivel de derecho Constitucional y en nuestra legislación vigente	96
Tabla 3	¿Cree Ud. que en el Perú se está afectando el derecho a la identidad del menor en el tipo penal del art. 145 del Código penal, respecto a la alteración de su filiación, con relación a “la Maternidad Subrogada o vientre de alquiler”?	97
Tabla 4	¿Cree Ud. que con las denuncias penales por delito de Alteración o supresión de la filiación de menor Artículo 145° del Código penal ante el ministerio Publico se estaría afectando el derecho a la identidad del menor, con relación a la Maternidad Subrogada o vientre de alquiler.?	98
Tabla 5	Con relación a la Maternidad Subrogada o vientre de alquiler, Qué tipo de identidad estaría afectando el derecho de identidad del menor en las denuncias penales: (puede marcar varias alternativas)	99
Tabla 6	¿Cree Ud. que el contrato de “la Maternidad	100

Subrogada o vientre de alquiler” trae efectos jurídicos nocivos al transgredir los siguientes derechos, por existir un vacío legislativo en nuestro sistema jurídico peruano:?

- Tabla 7 ¿Cree Ud. Que al existir vacío legislativo en la legislación Nacional con relación a “la Maternidad Subrogada o vientre de alquiler”, debería de positivizarse este como Delito, a efectos de evitar vulneraciones a los derechos del menor ?
- Tabla 8 ¿Usted cree que el uso de documento público en el delito de falsedad de documentos en la modalidad de inserción de datos falsos afecta significativamente el derecho a la identidad del menor, y trae como consecuencia la alteración de la filiación del menor, con relación a “la maternidad subrogada o vientre de Alquiler”?
- Tabla 9 ¿Cuál es el fundamento que los casos de alteración de la filiación del menor sea muy alto en el Poder Judicial de Tacna en el 2018?
- Tabla 10 ¿Usted cree que el tipo penal: “Alteración o supresión de la filiación de menor Artículo 145°.- El que exponga u oculte a un menor, lo sustituya por otro, le atribuya falsa filiación o emplee cualquier otro medio para alterar o suprimir su filiación será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años”?

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1	El artículo 145 del Código Penal establece los siguientes tipos penales o conductas penales sancionables. ¿Cuál de ellas afecta el derecho a la identidad del menor?:	95
Figura 2	El Derecho a la Identidad del niño o el Derecho a conocer su propio origen, es uno de los Derechos fundamentales de cada menor, establecido así a nivel Internacional, por medio de la Convención de Derechos del Niño, como a nivel interno a nivel de derecho Constitucional y en nuestra legislación vigente	96
Figura 3	¿Cree Ud. que en el Perú se está afectando el derecho a la identidad del menor en el tipo penal del art. 145 del Código penal, respecto a la alteración de su filiación, con relación a “la Maternidad Subrogada o vientre de alquiler”?	97
Figura 4	¿Cree Ud. que con las denuncias penales por delito de Alteración o supresión de la filiación de menor Artículo 145° del Código penal ante el ministerio Publico se estaría afectando el derecho a la identidad del menor, con relación a la Maternidad Subrogada o vientre de alquiler.?	98
Figura 5	Con relación a la Maternidad Subrogada o vientre de alquiler, Qué tipo de identidad estaría afectando el derecho de identidad del menor en las denuncias penales: (puede marcar varias alternativas)	99
Figura 6	¿Cree Ud. que el contrato de “la Maternidad Subrogada o vientre de alquiler” trae efectos jurídicos nocivos al transgredir los siguientes	101

- derechos, por existir un vacío legislativo en nuestro sistema jurídico peruano:?
- Figura 7 ¿Cree Ud. Que al existir vacío legislativo en la legislación Nacional con relación a “la Maternidad Subrogada o vientre de alquiler”, debería de positivizarse este como Delito, a efectos de evitar vulneraciones a los derechos del menor ? 102
- Figura 8 ¿Usted cree que el uso de documento público en el delito de falsedad de documentos en la modalidad de inserción de datos falsos afecta significativamente el derecho a la identidad del menor, y trae como consecuencia la alteración de la filiación del menor, con relación a “la maternidad subrogada o vientre de Alquiler”? 103
- Figura 9 ¿Cuál es el fundamento que los casos de alteración de la filiación del menor sea muy alto en el Poder Judicial de Tacna en el 2018? 104
- Figura 10 ¿Usted cree que el tipo penal: “Alteración o supresión de la filiación de menor Artículo 145°.- El que exponga u oculte a un menor, lo sustituya por otro, le atribuya falsa filiación o emplee cualquier otro medio para alterar o suprimir su filiación será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años”? 106

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. EL PROBLEMA

1.1 Planteamiento del Problema

La maternidad subrogada, en la actualidad peruana, es preocupante por la carencia de una norma o ley que prohíba o legitime esta práctica, también mal conocida como vientre de alquiler, la inexistencia de la regulación provoca que los derechos y/o garantías personales, esencialmente de los niños sean vulnerados como lo dice García (2019), induciendo a una cadena de inconvenientes que surge con el cometimiento de actos que a la fecha no se le ha prestado a atención e implementación de acciones a fin de evitar la vulneración del derecho de reproducción de mujeres que padecen de dificultades de infecundidad en el Perú Varsi (2013); nuestro ordenamiento jurídico, desde una perspectiva tradicional de una normativa que es la misma que no representa hace muchos años y que no define certeramente el uso de técnicas de reproducción.

También existe la posibilidad que individuos aprovechan la falta de regulación y sin importa las condiciones de personas, están son reclutadas como objetos, figurando trata de personas, esclavitud e imposición de circunstancias, la mismas que están contra los derechos humanos, que cuidan y prohíben la explotación, trata, comercio y esclavitud de los seres humanos.

Tal es que en el Diario Republica, (2014 06/22) se evidencia un artículo que manifiesta “peruanas ofrecen alquilar su vientre a S/.70 mil en internet” puesto que nuestra legislación no existe prohibición ni castigo para esta acción, que incluye a clínicas.

Por tal, es necesario considerar que es imprescindible una intervención en la regulación de las normas que conlleven y guarden del buen uso en beneficio del bien común de la humanidad. Teniendo presente que los derechos de las personas,

tanto hombres, mujeres y niños son inalterables e irrenunciables, por estar protegidos como fin supremo de la sociedad.

La filiación del menor, reconocida como fundamental para la identidad de la sociedad, está tipificada como delito de alteración o supresión de la filiación del menor en el cuerpo legislativo penal en su artículo 145, el cual señala que: “El que exponga u oculte a un menor, lo sustituya, por otro, le atribuya falsa filiación o emplee cualquier otro medio para alterar o suprimir su filiación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años”.

“Con el añadido, de que el legislador ha querido darle una sustantividad penal propia, cuando el sujeto pasivo es un menor de edad, pues de no ser así hubiese bastado con la tipificación penal propuesta en el artículo 143º”.

“Resulta plausible, que se haga una distinción, en mérito a la edad cronológica de la víctima, en vista de su estado de vulnerabilidad, de indefensión, cuya configuración típica revela una proximidad con figuras delictivas de mayor gravedad, nos referimos a la trata de personas y al tráfico ilegal de personas”. (Cuello, 2008, p.135)

Dicho lo anterior, se justifica plenamente que el injusto penal in examine reciba una pena agravada en relación al tipo penal genérico de alteración del estado civil.

“Se puede decir con propiedad que esta figura delictiva, ataca el estado civil que se entabla entre padres e hijos (filiación), en base a una relación de descendencia, tomando en cuenta los lazos de consanguinidad o en su defecto, el entroncamiento familiar que también se puede producir en virtud de la institución de la adopción, no interesando para estos efectos, si la filiación es de origen matrimonial o extramatrimonial”. (Carbonell, & González, 2009, p.255).

“La Filiación es un problema cotidiano, de siempre, de muchos y tantos más que va en aumento, creciendo de una manera incontenible, más aún en estos últimos tiempos en que la filiación es vista como una institución dirigida a la protección del hijo dejándose de lado su mero contenido de parentalidad”.

“La investigación de la paternidad tiene toda una evolución y, aún, no avizoramos su puerto final. Antiguamente no sólo fue vedada desde el punto de vista social- sino que de iure condenado la legislación clásica, influenciada por la francesa, limitó y desterró el denominado reconocimiento forzado en aras del respeto al honor del varón y de la integridad de la familia matrimonial que este conformaba”.

“Por todos es conocida, la vergonzosa calificación de los hijos legítimos e ilegítimos, es más, de los naturales y los no naturales y de la diversificación de estos últimos, hundía sus raíces en la limitación de los derechos de la descendencia no nacida bajo el monto matrimonial”.

Mientras más pecaminosa era la relación, la condición de los hijos se rebajaba, corriendo una suerte de apartheid legal, en palabras de nuestro historiador jurídico.

La complejidad de las relaciones procreativas la que oriente una nueva formulación en los vínculos paterno filiales.

“La filiación es sinónimo de incertidumbre a pesar de que la genética nos brinda una solución para su esclarecimiento, tal como se presenta la relación filial, como institución esencial del Derecho de Familia, su estudio tiene un corte crítico que busca la modernización de sus normas”.

“Es difícil aceptarlo, pero la renovación del sistema no es fácil; implica en gran medida remecer los cimientos de la familia tradicional, echar por la borda varios

siglos de tradición jurídica, de doctrinas que en algún momento fueron vanguardistas y que hoy son historia, casi consideradas leyendas, grandes obras de la mitología jurídica”.

Esta problemática es recurrente en la Corte Superior de Justicia de Tacna, en el período 2018, ya que, en la mayoría de los casos existentes, y debido a la complejidad de las investigaciones y la sanción establecida en el Código Penal no se ha podido dar la mejor solución a la citada controversia.

De otro lado, resulta necesario que se punibilice la maternidad subrogada, el vientre de alquiler o gestación sustituta, a efecto de proteger los derechos de la madre y fundamentalmente el derecho fundamental a la identidad del menor, y además con la finalidad de evitar abusos y vulneraciones de derechos en la sociedad.

En dicho sentido al existir un vacío legislativo sobre la maternidad subrogada, el vientre de alquiler o gestación sustituta resulta urgente que se criminalice dicha conducta a efecto de evitar vulneraciones al derecho de la identidad de los menores a través de la alteración de la filiación de los menores, o en mucho de los casos mediante los casos de falsedad de documentos en la modalidad de inserción de datos falsos del menor por uso de documento público.

1.2 Formulación del Problema

1.2.1 Problema general

¿En qué medida la maternidad subrogada o vientre de alquiler afecta el derecho a la identidad del menor, y trae como consecuencia la alteración de la filiación del menor establecido en el artículo 145 del Código Penal en el Perú, 2018?

1.2.2 Problemas específicos:

Problema específico 01

¿Cuáles son los efectos jurídicos que ocasiona la maternidad subrogada o vientre de alquiler con relación al derecho a la identidad del menor en el Perú, 2018??

Problema específico 02

¿La sanción penal establecida en el artículo 145 del código penal sobre la alteración de la filiación del menor garantiza la protección del derecho a la identidad del menor en Perú, 2018?

Problema específico 03

¿Cuál es el fundamento que sea extremadamente muy alto el porcentaje de casos sobre delitos de alteración de la filiación, y que afectan el derecho a la identidad del menor en Perú, 2018?

1.3 Justificación y Relevancia de la investigación.

Esta investigación cuenta con una justificación de investigación y posee una contribución significativa, ya que inquiera a partir de un punto de vista real, las teorías, doctrina, jurisprudencia, respecto al vientre de alquiler o maternidad subrogada, el derecho a la salud reproductiva, los derechos constitucionales del niño, el interés superior del niño, derecho a su identificación, el derecho de familia; se realiza una investigación sobre la contexto presente de nuestro país, destacando como es que el vientre de alquiler o maternidad subrogada en personas o familias que no son capaces de procrear, permite que cumplan con el sueño o anhelo de ser padres, y como la falta de regulación, percibe afectación a los derechos del niño, con el presente trabajo, busco coadyuvar a que se impida el continuo uso del menor y la mujer como una mercancía.

Relevancia Teórica.

La relevancia teórica del presente trabajo se encuentra en que permite estudiar la doctrina sobre la alteración de la filiación y el derecho a la identidad; y a través del derecho comparado poder analizar las diferentes normas que permitan dar alcances de solución a la problemática citada.

En nuestra legislación no se encuentra regulada, ya que no está prohibida ni tampoco aprobado el uso de vientre de alquiler o maternidad subrogada, lo cual está desencadenando una evidente vulneración de los derechos del menor, trata de niños (as), comercialización o mercantilismo del vientre de alquiler, ya que podrían haber mafias que se aprovechen de mujeres con desconocimiento de causa o de necesidad económica.

Relevancia Jurídica.

Con respecto a la relevancia jurídica, este trabajo sirve para que los abogados, magistrados, docentes y alumnos de la especialidad del derecho penal puedan tener un mayor conocimiento de la problemática y de esta manera propiciar medidas legislativas correctivas para el caso de estudio.

Asimismo, incorporar en nuestra legislación el contrato de maternidad subrogada o vientre de alquiler y punibilizar el uso del mismo.

Relevancia Social.

En cuanto a la relevancia social sirve para que los casos de la alteración de la filiación puedan alcanzar la equidad de justicia con plena garantía y protección de sus derechos; al tener procesos céleres, justos y oportunos.

Asimismo, la presente investigación sirve de guía a futuros investigadores que quieran investigar sobre la problemática de la alteración de la filiación y el derecho a la identidad del menor.

Justificación Legal.

Justificación legal, este estudio acoge su demostración suscita en examinar la falta de regulación legal o vacío que existe en la legislación peruana, sobre la maternidad o vientre subrogado, finiquitando ciertas conductas y requisitos que deberían aplicarse, como también la protección del niño o niña que es a quien se quebranta sus derechos, si bien es cierto tenemos presente la Ley General de la Salud Ley N° 26842, pero esta no considera la maternidad subrogada, más bien señala que toda persona puede recurrir a un tratamiento en ayuda a su infertilidad y procrear a través del uso de TERAs, siempre que la madre gestante y madre genética sea la misma mujer.

Justificación Metodológica.

Justificación metodológica, esta investigación metodológicamente nos permite efectuar distintas interpretaciones en base al argumento, análisis estadístico, análisis jurídico, legal, y ciertos casos que se han presentado en nuestro país, con el fin de disipar las controversias y restricciones de los derechos fundamentales, como también la aplicación de cuestionarios a profesionales en materia de derecho.

1.4 Objetivos de la Investigación

1.4.1 Objetivo general

Determinar en qué medida la maternidad subrogada o vientre de alquiler afecta el derecho a la identidad del menor, y trae como consecuencia la alteración de la filiación del menor establecida en el artículo 145 del Código Penal en el Perú, 2018.

1.4.2 Objetivos específicos

Objetivo específico 01

Precisar los efectos jurídicos que ocasiona la maternidad subrogada o vientre de alquiler con relación al derecho a la identidad del menor en el Perú, 2018.

Objetivo específico 02

Determinar si la sanción penal establecida en el artículo 145 del código penal sobre la alteración de la filiación del menor garantiza la protección del derecho a la identidad del menor en Perú, 2018.

Objetivo específico 03

Precisar el fundamento que sea extremadamente muy alto el porcentaje de casos sobre delitos de alteración de la filiación que afectan el derecho a la identidad del menor en Perú, 2018.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

SUB CAPITULO I

ANTECEDENTES

2.1.1 Antecedentes del estudio.

En la indagación de antecedentes se ha encontrado trabajos de investigación relacionados al trabajo de investigación: “La alteración de la filiación y la afectación al derecho a la identidad del menor”; así también trabajos con relación al vientre de alquiler o maternidad subrogada, que a continuación se presenta:

2.1.1.1 Antecedentes a nivel internacional

“Hernández, A. (2014). Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España? Universidad de Cantabria”, concluye lo siguiente:

El denominado “turismo procreativo internacional”, “turismo reproductivo internacional” o “Cross-Border Reproductive Care” “se ha convertido en un fenómeno global en los últimos años”. “Los ciudadanos que escapando de las legislaciones restrictivas que en materia de TRA existen en sus Estados de origen, se trasladan a otros países con leyes más permisivas para poder ejercitar su “derechos procreativos” o “derechos reproductivos”, con vistas a crear una familia”. “La globalización, la movilidad de las personas, las nuevas tecnologías de la información y el avance de la medicina favorecen y, en cierta medida, fomentan el mismo”.

Aguilar, M. (2006). El derecho a la identidad en la filiación adoptiva, Universidad Austral de Chile, concluye lo siguiente:

“El Derecho a la Identidad del niño o el Derecho a conocer su propio origen, es uno de los Derechos fundamentales de cada menor, establecido así a nivel

Internacional, por medio de la Convención de Derechos del Niño, como a nivel interno en nuestra legislación”.

“El derecho a la identidad y filiación adoptiva, son hoy en día Instituciones absolutamente compatibles, con los matices suficientes para respetar el orden de las familias y que refleja lo que ha sido la tendencia en materia legislativa en los últimos años, el respeto absoluto a los Derechos del Niño, teniendo siempre como principio fundamental el interés superior del niño”.

“Sánchez, V. (2009). Procedencia de la acción de reclamación de paternidad o maternidad cuando el presunto padre o madre ha fallecido: Un estudio doctrinario y jurisprudencial. Universidad de Chile”, concluye lo siguiente:

“La acción de reclamación de filiación no matrimonial, forma parte de conjunto de acciones filiativas, inéditas en el sistema jurídico chileno y cuyas normas, al inicio de su aplicación, fueron interpretadas sin atender su verdadero sentido y alcance, al no considerar los principios que las inspiran: libre investigación de la paternidad y maternidad, igualdad de los hijos ante la ley e interés superior del niño y, por el contrario, estuvieron analizadas bajo los parámetros de derogadas normas del Código Civil que impedía la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio”.

Arévalo, I. (2004) "El derecho del niño a tener una filiación y una identidad auténticas". Universidad Autónoma de Nuevo León, concluye lo siguiente:

“Es respetada por sobre todas las cosas, la identidad de los niños mediante la facilidad que se le dé a los progenitores verdaderos, para que sea registrado con el derecho que les corresponde, por ser un lazo natural, que nadie ni nada lo debe violentar, porque forzar las relaciones en otro sentido, para cubrir falsas apariencias, es como si se alimentaran montones de bombas de tiempo, que lamentablemente ya están haciendo explosión en muchas casas, que han dejado de ser hogares, para convertirse en un lugar muy peligroso en donde se sufre de la desgarrante violencia intrafamiliar”.

Avalos (2017), en la tesis “La maternidad subrogada y el interés superior del niño” Universidad Técnica de Ambato, dice: que la inexistencia de una norma que regule, se estaría vulnerando o atentando con la integridad del menor, por presentarse un problema legal entre los padres subrogantes y los padres de intensión o bilógicos, hay varios hechos o testimonios que están en contra u otros a favor de esta práctica, siendo más relevantes los que no conciben con esta técnica, argumentando la ilegalidad por el comercio del cuerpo humano. Por otro lado los que tutelan o aprueban la práctica, basándose en los derechos personales para la formación de una familia y el derecho de autonomía a elegir.

Guerra (2017), “manifiesta que a manera de primicia ineludible la autonomía no acepta el alquiler de vientres, mientras que la bioética se ha posicionado por encima de toda precisión contraria, legalizando o justificando la práctica de gestación subrogada, como medio para solucionar los problemas de infertilidad de otras personas, al margen de cualquier reparo legal”.

Bermúdez (2016) dice en su tesis: “El derecho a fundar una familia y su vinculación con la gestación subrogada, a manera de conclusión, manifiesta la urgencia de una innovación constitucional y civil, en merito a los avances alcanzados en medicina, ciencia y biotecnología, lo cual conlleva a que las familias o personas como núcleo puedan cambiar, lo que conduce a exigir una reglamentación o ley que legalice y norme los adelantes sociales, además la filiación debería ser determinada también por un lazo jurídico legal a los padres que por voluntad de concebir y tener hijos, manifiestan un fin concluyente de familia, en merito a principios de equidad y no segregación”.

2.1.1.2 Antecedentes a nivel nacional.

Sullon, I. (2015) "Análisis de la aplicación de la presunción pater is est y su afectación al derecho a la identidad del hijo que no es del marido de la mujer casada". Universidad Nacional de Piura, concluye lo siguiente:

“La aplicación de la presunción Pater Is Est recogido en el artículo 364 del Código Civil en la cual se basa el plazo de caducidad establecido para la impugnación de paternidad matrimonial y su vigencia mientras dure el vínculo matrimonial afecta el Derecho a la Identidad del hijo que no es del marido de mujer casada, derecho fundamental recogido en nuestra Carta Magna e Instrumentos Internacionales”.

“Gonzales, L. (2015). Límites en el derecho al conocer los orígenes biológicos como consecuencia de una inseminación artificial heteróloga en el Perú, Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez”, concluye lo siguiente:

“Aceptar la inseminación con dación de espermatozoides y crear un Registro de Dadores y Receptores, supervisados por el Estado. De igual manera, regular la capacidad del dador con relación a la edad y ausencia de enfermedades hereditarias. Evidentemente, el conocimiento de la información, deberá excluir cualquier acción de filiación en el futuro”.

Villanueva, S. (2014). “La incorporación del consentimiento del hijo en el reconocimiento de su filiación extramatrimonial como mecanismo de protección de su derecho al nombre”. Pontificia Universidad Católica del Perú, concluye lo siguiente:

“Los efectos sucesorios y alimentarios que tradicionalmente ha generado el reconocimiento de filiación, a partir de la dación de las leyes N° 28720 y 29032 se ha generado un nuevo efecto que viene a ser el de la modificación automática del nombre del hijo, a fin de incorporar el apellido del padre reconocedor. Este efecto se produce sin requerir el consentimiento del hijo, inclusive de aquel que ha alcanzado la mayoría de edad”.

“La incorporación del consentimiento del hijo se justifica en los siguientes: en el interés a participar en toda decisión administrativa o judicial que puede causarle más perjuicios que ventajas; en la identidad construida en el transcurso del tiempo con el nombre inicialmente consignado; y en su derecho a conservar los apellidos originariamente atribuidos generados a partir de su identidad histórica”.

Dulanto, M. (2008). “Acción de impugnación de paternidad matrimonial del hijo biológico y de la madre natural dentro del matrimonio. Universidad Nacional de Trujillo”, concluye lo siguiente:

“El artículo 367° del Código Civil Peruano tiene un carácter restrictivo, sin embargo, se comprueba que la legitimación activa de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial no está expresamente referida al hijo, porque la ley no se lo prohíbe, por consiguiente, la acción iniciada por el hijo no es actuar contra la ley”.

“La jurisprudencia nacional, respecto al artículo 365° del Código Civil vigente, ha establecido que el marido no puede oponerse a que el nacido sea inscrito como hijo de su esposa a pesar de que en ese momento, todavía no se haya resuelto judicialmente la pretensión impugnatoria”.

Hinostroza, (2020) en la tesis para optar el grado de magister, titulada “Regulación contractual de la figura de maternidad subrogada en el Código Civil”, dice: que arribo a la conclusión: los avances científicos presentes brindan innovaciones en beneficio constituyendo una evolución, pero la jurisprudencia de nuestro país no va igual, lo cual genera legalmente un vacío transgrediendo los derechos fundamentales. La imagen contractual – “Contrato de Locación de Servicios - establecida en la Legislación Civil”, es la que más se ajusta en la regulación del proceso biogenético. Sirviendo también en la modernización de los elementos del Derecho Civil, lo cual restringe el creciente progreso científico y salvaguarda del individuo, la humanidad a la persona humana instituyendo fraternidad entre Ciencia y Derecho.

Guevara, (2020), en su investigación “Protección del derecho a la identidad del niño en los casos de maternidad subrogada en la ciudad de Chiclayo, 2018”, “nos dice que la práctica de reproducción que es usada en nuestro país, aun no estando regulada, lo cual concibe inconvenientes al registrar o inscribir en el Registro Nacional de Identidad, a fin de obtener su documento de identidad del menor. Esto en merito a que el acta de nacimiento del infante, reconoce como madre a la

mujer que alumbro y se contempla a quien declaro ser padre, esto transgrede el derecho a la identidad del niño (os), propiciando el inicio de actos administrativos legales, con el fin de registrar al niño con los datos de los padres que buscaron apoyo a través de una madre subrogada. La investigación la concluye en que el amparo o defensa del derecho a la identidad del o los niños (as), forjados a través de subrogación de maternidad, aun no existiendo norma determinada o específica, es resguardada en todo sentido por el Estado de Perú, en consideración al principio del interés superior del niño”.

Villamarín (2014), en la tesis “La maternidad subrogada en el Perú: Problema o Solución”, manifiesta que la reglamentación de la maternidad subrogada, corresponde ser orientada a la aprobación de la práctica, cumpliendo con características y requisitos de gratuidad, y la no exigibilidad, siendo el inicio para lograr la equidad en relación a los derechos de los intervinientes (padres, gestante y menor nacido), por lo que se tendrá en consideración la enunciación de una normativa; de no presentarse este panorama el sentido seria opuesto, conllevando al avance de problemas mayores, figurando la ausencia de los derechos esenciales.

BASES TEÓRICAS CIENTÍFICAS

SUB CAPITULO II

LA ALTERACIÓN O SUPRESIÓN DE LA FILIACIÓN DEL MENOR

2.2.1 La alteración o supresión de la filiación del menor

2.2.1.1 Tipificación

“Art. 145.- El que exponga u oculte a un menor, lo sustituya, por otro, le atribuya falsa filiación o emplee cualquier otro medio para alterar o suprimir su filiación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años”.

2.2.1.2 Análisis

“Conforme es de verse de la descripción típica en análisis, el tipo penal previsto en el artículo 145°, ha de reprimir una variedad de conductas, que quedarían en impunidad, si es que sólo nos quedaríamos con la del artículo 144°. Incluyendo una serie de modalidades, que no pueden encajarse en la figura delictiva de embarazo o parto simulado, cerrando con ello la cadena delictiva”.

“Con el añadido, de que el legislador ha querido darle una sustantividad penal propia, cuando el sujeto pasivo es un menor de edad, pues de no ser así hubiese bastado con la tipificación penal propuesta en el artículo 143°. Resulta plausible, que se haga una distinción, en mérito a la edad cronológica de la víctima, en vista de su estado de vulnerabilidad, de indefensión, cuya configuración típica revela una proximidad con figuras delictivas de mayor gravedad, nos referimos a la trata de personas y al tráfico ilegal de personas”. (Cuello, 2008, p.135)

“Dicho lo anterior, se justifica plenamente que el injusto penal in examine reciba una pena agravada en relación al tipo penal genérico de alteración del estado civil”.

“Se puede decir con propiedad que esta figura delictiva, ataca el estado civil que se entabla entre padres e hijos (filiación), en base a una relación de descendencia, tomando en cuenta los lazos de consanguinidad o en su defecto, el

entroncamiento familiar que también se puede producir en virtud de la institución de la adopción. No interesando para estos efectos, si la filiación es de origen matrimonial o extramatrimonial”. (Carbonell, & González, 2009, p.255).

2.2.1.3 Tipicidad objetiva

Sujeto activo

Puede ser cualquier persona natural, el tipo penal no exige una cualidad especial, para ser considerado autor.

Sujeto pasivo

Es el menor de edad a quien se le atribuye una falsa filiación, para alterar o suprimir la preexistente.

2.2.1.4 Modalidad típica

“En el tipo penal analizado, se evidencian una serie de conductas las cuales tienen en común que persiguen una sola finalidad, la cual es perseguir comportamientos que tratan de afectar u alterar la filiación de un menor”.

De la redacción del tipo penal se evidencia que esta encierra hasta cinco conductas que por sí solas constituyen hecho punible, entre las que se tiene: “exposición, ocultamiento, sustitución, atribución de una filiación falsa, utilizar cualquier otro medio para alterar o suprimir la filiación de un menor”.

“En efecto, la tipicidad objetiva de los injustos penales que aparecen en el tipo penal del artículo 145, tienen una connotación particular cada uno de ellos. No obstante, su finalidad es la misma cual es alterar o suprimir la filiación del sujeto pasivo del hecho, quien siempre será un menor de 18 años de edad”.

2.2.1.5 Bien jurídico protegido.

El delito de alteración o supresión de la filiación del menor se halla comprendido en el Código Penal Peruano como delitos contra el estado civil. “El

estado civil”, como manifiesta Salinas (2007), se entiende “como la situación jurídica que una persona ocupa dentro de la familia y que se encuentra condicionada por diversos factores como el sexo, la edad, el matrimonio, el reconocimiento, la adopción”.

Para Sebastián (1992), “por estado civil debe entenderse la situación jurídica de una persona con respecto a sus vínculos de familia con otras personas, determinada por el nacimiento, la legitimación, el reconocimiento, la adopción y el matrimonio, situación de la cual derivan una serie de derechos y obligaciones tanto de derecho privado como de derecho público. También el sexo tiene influencia en ese tipo de relaciones. No es indispensable que la persona cuyo estado civil se altera esté viva, según se verá cuando tratemos de ciertas hipótesis de supresión. En este sentido, no es del todo inexacto decir que los muertos tienen también estado civil, pues suprimiendo la declaración de nacimiento y fallecimiento de un recién nacido pueden alterarse numerosas situaciones de familia”.

“Por lo tanto, desde la perspectiva jurídico penal se puede afirmar que el estado civil está constituido por el hecho de la pertenencia de una persona a una determinada familia. Se funda en la fijación o en el matrimonio”.

“En los delitos contra el estado civil, como manifiesta Villa (1998), el bien jurídico protegido en estos tipos penales es el Estado Civil de las personas, y con ello su mundo de relaciones interpersonales y con el Estado. Surge así un doble bien jurídico a tutelar por la Ley. O si se quiere ser más preciso, dos aspectos de un mismo bien jurídico: De un lado el Estado Civil, en sí mismo; del otro, la fidelidad de los datos consignados en el registro civil”.

Asimismo, Peña (2008), “en el desarrollo de este delito podemos distinguir conductas ilícitas de carácter penal que ponen en peligro o lesionan la **filiación de un menor**. El interés fundamental que se pretende tutelar con la tipificación de las conductas ilícitas citadas lo constituye la filiación, entendida como la relación

parental entre los hijos y sus progenitores que genera derechos y deberes reconocidos en todo nuestro sistema jurídico como irrenunciables. La cual puede ser matrimonial o extramatrimonial, diferencia que a efectos del tipo penal, no tiene mayor importancia”.(p.72).

“El tipo penal in comento encierra una serie de conductas, que denotan naturaleza distinta, empero, si se supone que el **bien jurídico tutelado es el estado civil del menor, su filiación familiar**, ha de verse que tanto la exposición u ocultación del sujeto pasivo, ha de tener el propósito de alterar su filiación, sino el interés jurídico tutelado sería su libertad personal. La interpretación normativa guiada por la hermenéutica jurídica, debe seguir un rigor sistemático, a fin de preservar la plenitud y coherencia de un cualquier cuerpo de leyes”. (Donna,2008, p91).

“La ley con este precepto ha querido, fundamentalmente, referirse a los medios comisivos para perpetrar el delito de alteración o supresión del estado civil. El comportamiento consiste en alterar o suprimir la filiación de un menor, ya sea exponiendo, ocultándolo, sustituyéndolo, atribuyéndole falsa filiación o empleando cualquier otro medio”. (Soler,2011, p.122)

“**La exposición consiste en colocar al niño fuera de su medio, generalmente el familiar**, del cual puede deducirse su estado civil (dejarlo en un templo o en el zaguán de una casa habitada), de modo que se produzca la ignorancia, la confusión o la duda sobre su verdadera filiación. Supone, en otras palabras, sacarlo de su núcleo familiar, de modo que se desvincule de su filiación original, por lo que ya no hay certeza sobre su verdadero entroncamiento legal. El dejar a un niño sin señas identificatorias es exponerlo”. (Soler,2011, p.364).

Freyre (2008) “en forma acertada enseña que la exposición de menor consiste en depositar o colocar al niño fuera del medio familiar que hubiera permitido

deducir con certeza su estado civil de modo que ahora se produce la ignorancia, la confusión o la duda sobre su verdadera filiación”.

Por su parte, Villa (2000) “sostiene que se da esta modalidad cuando se desplaza al menor y se le deja en un lugar en que no se puede saber su filiación por no portar consigo los datos que permitan su identificación”.

“Para la configuración de la conducta en comento no se requiere la concurrencia de la creación de un peligro para la integridad física o vida del menor, el agente solo busca suprimir la filiación real de su víctima. Por ejemplo, ocurrirá cuando el agente coloque a un recién nacido en la puerta de un hogar de menores sin ninguna identificación. No obstante, es posible que concurra con el hecho punible previsto en el tipo penal del artículo 125 del código sustantivo. En efecto, puede darse perfectamente la hipótesis que el agente con la finalidad de suprimir la filiación del menor, traslade a aquel que aún no puede expresar su nombre, de un lugar seguro donde se encontraba hacia otro lugar donde queda sin amparo y desprovisto de toda seguridad, originando con ello un peligro concreto para su vida o integridad física”.(Villa, 2000, p.123).

Por su lado, “**el ocultamiento supone sustraer al menor de la guardianía y vigilancia de sus padres**, trasladándolo a otro lugar, iniciándose otro mando de custodia, por personas que no cuentan con la patria potestad del menor. Sacarlo de la vigilia de la familia, para insertarlo en una esfera ajena a su habitat familiar. No es preciso ocultarlo físicamente (registrar un niño como nacido vivo, habiendo muerto al poco tiempo). Oculta el que, teniendo al niño, impide que otro u otros conozcan, sepan o se enteren de la presencia de ese menor en el lugar en que se encuentra; oculta (...), quien impide la vuelta del menor a la situación de tutela en que se hallaba”. (Fontán,2009, p.292)

“No oculta un niño y, por consiguiente, no comete delito, el que omite registrarlo civilmente, sin perjuicio de que esa omisión pueda ser un medio para ayudar a lograr la situación de incertidumbre, **alteración o supresión del estado civil**. El estado de familia, es decir, la filiación, se suprime, se hace incierto o se

altera por ocultación, claro está que por ocultación del niño y de las circunstancias de su nacimiento”.

Según Bramont (2000).

“La conducta punible de ocultar a un menor para alterar o suprimir su filiación se configura cuando el agente sustrae al menor del conocimiento de aquellas personas que deben estar enteradas de su nacimiento, esto es, se oculta de sus familiares cercanos, los mismos que tienen el derecho y el deber de conocer la existencia del menor para darle su filiación real que le corresponde” .(p.74).

“La conducta de ocultación de menor importa impedir que se conozca la verdadera condición familiar del menor, de tal manera que el niño queda colocado en la situación de **no poder acreditar su filiación**. El objetivo consiste en hacer desaparecer de la circulación al menor, o en substraerlo del ambiente familiar donde por ley natural tenía asegurada su ubicación y por imperativo jurídico su filiación”.

“En ese sentido, queda establecido que no aparece el delito cuando se oculta la filiación del menor, sino cuando se oculta de modo real la existencia del menor. Es decir, no constituye supuesto de hecho del delito, la omisión de inscripción del nacimiento en los registros civil del menor, pues perfectamente el menor puede tener su real filiación y estar junto a sus familiares naturales sin estar inscrito en el registro correspondiente”.

Bramont (2000) “enseña que no oculta al niño y por lo tanto, no comete delito, el que omite registrarlo civilmente, sin perjuicio que esa omisión pueda ser un medio para ayudar a lograr la situación de alteración o supresión del estado civil. La omisión en el registro sin la ocultación efectiva del menor, no constituye el delito en sede”.

“En el tipo de la figura en qué consiste la acción de ocultación, la cual podría presentar una mayor dificultad en su interpretación.

Esta concepción no es aceptada pacíficamente por la jurisprudencia, teniendo en cuenta que en determinados supuestos puede llegarse a consecuencias

absurdas, pues si se aceptase dicha propuesta el ordenamiento estaría alentando a quienes secuestran menores a que los oculten más allá de los diez años para lograr la impunidad de su conducta, - por el comienzo del plazo desde el cual comienza a computarse el término de la prescripción de la acción penal”.

“Esto concluiría que la norma por el sólo paso del tiempo; una mayor edad de la víctima, sin que el autor del hecho ni la víctima, ni un tercero interrumpen la situación antijurídica; pase a considerarse a ésta como adecuada a derecho. Tal interpretación resulta incongruente con la afirmación de que la naturaleza del delito consiste, como dice Soler, en la usurpación de la voluntad de la víctima, porque pasados los diez años de edad esa voluntad sigue siendo usurpada mediante la ocultación de la persona sustraída cuando poseía menos de diez años de edad”.

Zaffaroni (1996) “sostiene que en el caso de los delitos permanentes el delito ya consumado sigue cometiéndose, por lo cual se hace necesario distinguir entre el momento de la comisión y el de la consumación, como así también establecer concretamente cuál es el tiempo de realización de la conducta –tiempo de comisión- ya que la misma en este tipo de delito tiene un momento inicial y uno final de ejecución que pueden hallarse distanciados en el tiempo”. (p.236-237).

“El artículo 3º de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (aprobada por nuestro país por ley 24.556), establece que la desaparición forzada de personas debe ser tipificada como delito y que éste debe ser considerado como permanente hasta tanto no se establezca el destino o paradero de la víctima”.

“La necesidad de adoptar a la mencionada Convención como guía de interpretación de los tipos penales contenidos en el artículo 145 del Código Penal ha sido afirmada, entre otros Tribunales de Alzada, por la Sala I de la Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal -9/9/2004- en causa seguida a Enrique

Berthier por sustracción, ocultación y retención de un menor de diez años (art. 145 CP), supresión de identidad de un menor de diez años (art.427 CP) y falsedad ideológica de documento público (decreto supremo 006-91-jus)”.

“De este modo el tipo objetivo de la conducta de ocultación quedaría construido de la siguiente manera: el que ocultare a quién ha sido sustraído de sus padres, tutores o guardadores, contando con menos de diez años de edad”.

“Por lo que antecede el autor de este ilícito debe realizar la conducta de ocultar, y a su vez verificarse la circunstancia objetiva de que el ocultado, o sea, la víctima, haya sido secuestrada cuando no poseía el discernimiento mínimo establecido por el ordenamiento penal”.

“El tercer verbo rector, hace alusión a la sustitución de un menor por otro, quiere decir, esto que un niño es reemplazado por otro, bajo la intención de que este último asuma la identidad del primero, el entrecamiento familiar que subyace entre el menor y sus padres. De ello puede colegirse, que en esta modalidad, se advierten dos sujetos pasivos, pues, el menor que reemplaza al otro, a su vez pierde también su filiación legítima originaria, así como de los padres, siempre y cuando no hayan intervenido en el intercambio doloso de los niños. Se coloca a un niño en lugar de otro nacido de diferente madre. En este caso la operación es doble: se trata de intercambiar dos niños”.

Salinas (2007). “La figura delictiva de sustituir a un menor por otro se evidencia cuando el sujeto activo, con la finalidad de alterar o suprimir la filiación que les corresponde, cambia la ubicación familiar de dos niños colocando a uno en el lugar del otro y suponiéndoles como nacidos de personas distintas a sus respectivas madres”. (p.84).

“Aquí el agente tiene interés en hacer aparecer ha determinado menor con una filiación que no le corresponde en la realidad natural de las cosas. Ocurre, por ejemplo, cuando en una maternidad, la enfermera dolosamente cambia a un recién

nacido por otro, entregándole un hijo diferente a la madre convaleciente del parto”.

“La conducta típica consiste en sustituir un niño por otro, esto es, en intercambiarlos. No es necesario que se produzca la inscripción registral para la consumación. Es más: dicha inscripción puede haber tenido ya lugar y efectuarse el intercambio con posterioridad a ésta. Tampoco es necesario que se altere efectivamente la filiación de los menores”.(Salinas, 2007, p.86).

“En cuanto al aspecto subjetivo del tipo, se cuestiona si es o no necesario un ánimo o finalidad determinada en la conducta típica”.

“Mediante la sustitución se introduce un niño en una familia que no es la suya y se le atribuyen nombre, situación y derechos que no le pertenecen, se le otorga un estado civil que no es el suyo sino el del niño por quien se sustituyó”. (Prats,2008,524)

“Siendo que, en esta hipótesis, que el menor que es sustituido puede estar muerto y, que el otro menor, asuma su identidad; asimismo, resulta indiferente que alguno de los niños no haya sido inscrito ante el Registro Civil, de acuerdo a su filiación legítima”.

Boix (1996), “Desde la configuración que aquí se ha hecho del bien jurídico protegido no resulta defendible la presencia de un elemento subjetivo distinto del dolo que, en cualquier caso, debe ser directo” (p.1061).

“La sustitución imprudente de un niño por otro se tipifica en el art. 220.5 CP como un delito especial, pues se limita el sujeto activo a los responsables de la identificación y custodia de los niños en centros sanitarios o socio- sanitarios (62). Se incluyen en esta categoría los pediatras, enfermeras y en general personas que trabajan en el nido custodiando a los recién nacidos (AAP Guipúzcoa, 13/2007, 3ª, 5-2). En consecuencia, la sustitución de niños realizada por terceros sólo será típica cuando concurra dolo. Además, requiere que la sustitución se realice en

centros sanitarios o sociosanitarios. La ratio del precepto lleva a restringir el lugar de comisión a las zonas, dentro de dichos centros, dónde se procede a la identificación o custodia del niño y dónde por concurrir varios niños se pueda producir dicha sustitución imprudente, así, por ejemplo, el nido de la maternidad de un hospital. Por centros sanitarios hay que entender, por tanto, hospitales. La referencia a los centros sociosanitarios resulta extraña y anómala, pues, por una parte, su significado en el ámbito sanitario no está relacionado con recién nacidos. En efecto, la expresión “sociosanitario” se emplea en el ámbito de la sanidad para indicar un servicio de carácter integral, en el que no sólo se adoptan medidas curativas o sanitarias sino que también se incluyen medidas de soporte o rehabilitación y tratamiento o seguimiento especializado en centros de atención diurna que se prestan generalmente a personas de avanzada edad o en general a personas que sufren una enfermedad crónica o terminal o bien para referirse a los centros de atención a los toxicómanos”. (Boix,1996, p.1027),

Queralt (2008) “sostiene que con la expresión sociosanitaria se quiere indicar que la función curativa no es la principal, sino que lo que se persigue es otra función social: educativa, terapéutica, de reinserción personal o familiar, etc. (p.66). Por otra parte, difícilmente puede llevarse a cabo una sustitución imprudente de niños cuando estos han sido ya identificados y tienen sus rasgos formados. Por tanto, si a lo que quería referirse el Legislador era a las guarderías o escuelas infantiles, resultará sumamente difícil, por no decir imposible, la sustitución imprudente de un niño por otro, pues los rasgos identificativos de los menores estarán ya definidos. Con ello parece que la sustitución imprudente queda circunscrita a la que tiene lugar en la maternidad de los hospitales. Así las cosas, algunos autores limitan la condición de sujeto pasivo a los recién nacidos en la medida en que la acción imprudente de sustitución no puede tener lugar una vez identificados éstos y conocidos sus rasgos, pues las limitaciones típicas del lugar de comisión y del sujeto activo no dejan posibilidad a otra interpretación. Sólo es típica la imprudencia grave, esto es, una infracción grave de las normas de cuidado en lo relativo a la identificación y custodia de niños”.(p.145).

Queralt (2008) “de considerar grave toda negligencia profesional en este ámbito (69). La SAP Guipúzcoa, sección 3ª, de 5 febrero de 2007 recuerda a este respecto que la gravedad se produce” “por inobservancia de la *lex artis* y de las precauciones más elementales...”. “La imperfección del sistema de identificación adoptado puede ser determinante para la calificación de la imprudencia del facultativo en la medida en que no disponga de los medios tecnológicos adecuados para realizar con precisión esta tarea. Así, el sistema de pulsera no resulta satisfactorio, pues fácilmente puede deslizarse de las extremidades del niño, aunque aquélla esté bien colocada” (p.70). “Tanto en el tipo doloso como en el imprudente, la consumación se produce por la sustitución material de un niño por otro, sin necesidad de inscripción o de alteración efectiva de la filiación. Parece configurarlo, en cambio, como delito de resultado”.

Muñoz (2009), “al exigir junto a la sustitución material la producción de un estado del que se presume la adscripción del niño a una familia que no es la suya, admitiendo tanto la tentativa acabada como la inacabada. Así califica de tentativa acabada el caso en que, efectuada la sustitución del recién nacido por una de las madres en el hospital, la otra se da cuenta del cambio procediendo a la restitución; y como tentativa inacabada cuando se está procediendo a la sustitución material sin que llegue a realizarse el intercambio efectivo, al ser sorprendido”. (p.71).

“En cambio, la doctrina mayoritaria, por la que me inclino, parece decantarse por un delito de mera actividad, dado que basta con la sustitución material de un niño por otro para entender consumado el delito” (p.72). “La doctrina es unánime en afirmar que, aunque se afecta a la filiación de dos niños, hay un solo delito de sustitución de un niño por otro. El mayor contenido de injusto se ve reflejado en la mayor gravedad de la pena (prisión de uno a cinco años). En cuanto a las falsedades en que se pueda incurrir con la inscripción posterior en el Registro Civil, la mayoría doctrinal” (p.73) “aboga en este caso por un concurso ideal de delitos frente a la opinión de algunos autores que consideran que se trata de un acto posterior copenado o de un caso de aplicación del principio de consunción,

pues se busca legitimar la nueva adscripción familiar. Nos inclinamos por la interpretación mayoritaria, pues, de una parte, son dos los bienes jurídicos afectados y por otra, como se ha indicado más arriba la sustitución puede llevarse a cabo de forma independiente de la inscripción registral, en el sentido de que puede acontecer tanto antes como después de realizada aquella”.

“La siguiente modalidad implica la atribución de una filiación falsa, simplemente sin mediar las acciones de exposición, ocultamiento y/o de sustitución de un menor por otro, el agente registra al niño ante las oficinas estatales competentes, mediando un entroncamiento familiar que legalmente no le corresponde. Denunciar un niño como propio siendo ajeno. A decir de Roy Freyre, el caso más grave se presenta cuando la supresión del estado de filiación se consigue con la inscripción en el registro de nacimientos”. (Roy,2010,p.227)

“La tipicidad objetiva in examine, describe una fórmula abierta, cuando define el empleo de cualquier otro medio, para alterar o suprimir la filiación del menor, el cual debe ser idóneo y eficaz para cumplir dicho propósito. Numerus apertus, que deberá valorar el juzgador caso por caso, en cuanto si el medio utilizado era susceptible de alcanzar la alteración y/o supresión de la filiación legítima del menor. Sin duda, constituye un empeño del legislador de la ley penal por comprender dentro del ámbito de prohibición cualquier otra conducta no especificada, pero análoga a las previstas, que atente contra la real filiación de un menor”. (Peña,2008, p.294)

2.2.1.6 Formas imperfectas de ejecución

Según Peña (2008), “todos los comportamientos establecidos en el art 145° del Código Penal, siempre y cuando supongan ya una puesta en peligro del bien jurídico protegido serán tenidos en cuenta como “tentativa”, no requiriéndose la alteración o la supresión de la filiación del menor, bastándose que se acredite dicho propósito en la esfera anímica del agente”.

“Respecto a la consumación de la sustitución de un menor por otro, esta se alcanza cuando el menor que reemplaza al otro entra o ingresa a la custodia de los padres del último”.

Tipicidad subjetiva

“Admite el dolo. Ya que se requiere la conciencia y la voluntad del agente, este sabe que está ocultando, atribuyéndole una falsa filiación al menor, con el único propósito de alterar o suprimir su filiación legítima”.

“De la redacción del tipo penal se desprende que se trata de figuras delictivas necesariamente dolosas. No es posible la comisión culposa”.

“El agente sabe o conoce que con su conducta está alterando o suprimiendo la filiación de su víctima, sin embargo, voluntariamente actúa pues aquella circunstancia es su objetivo. A efectos del dolo no interesa saber si el agente conocía que su conducta estaba prohibida, ello como es sabido se verificará al analizar el elemento culpabilidad del delito”.

Por su parte, Roy (2000) “enseña que el dolo en esta clase de delitos consiste en la conciencia y voluntad de que se trastorna el estado de familia de un niño con el empleo de los medios referidos por la ley”.

“En el aspecto subjetivo el autor debe conocer que realiza la acción de ocultar tanto como la circunstancia de que la persona ocultada haya sido sustraída de sus padres, tutor o persona encargada, cuando contaba con menos de diez años de edad”.

“Esta interpretación respeta la pauta brindada por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, es coincidente con los orígenes históricos de la figura como una derivación del delito de plagio de niños y es contemplativa de los distintos bienes jurídicos que se afectan con la comisión del delito”.

“Esta postura además es concordante con lo que sostienen autores como Núñez, quién para afirmar la trascendencia de la acción de sustraer refiere: “El núcleo de la figura del artículo 145 C.P. no reside ni en la acción de retener al menor, ni en la de ocultarlo. Estas acciones presuponen la sustracción del menor por otra persona”.

El tipo del artículo 145 exige siempre que el menor haya sido sustraído del poder de unas de las personas que menciona, vale decir, según la idea tradicional a que obedece el precepto, que el niño haya sido robado”.

Sobre el punto, Donna (2001) sostiene: “Viene a colación lo afirmado por Creus acerca de que el pensamiento de que se trata de tres acciones distintas, totalmente autónomas entre sí, que tantos problemas interpretativos ha traído a nuestra doctrina, está completamente superado: la retención u ocultación tiene que referirse a un menor que haya sido sustraído para que tales conductas resulten típicas.

De manera que la esencia del delito está en la sustracción del menor y no en las otras dos conductas que requieren como presupuesto, que se haya dado ésta. Para que el delito concurra se requiere que el hecho se produzca mediante la sustracción, que la persona sustraída sea un menor y que la sustracción se produzca del poder de las personas encargadas del cuidado del niño”.

Antijuricidad

“Una vez que el operador jurídico llega a determinar que el hecho puesto en su conocimiento reúne los elementos que le dan tipicidad, le corresponderá verificar si en el hecho concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 del Código Penal”.(Salinas,2007,p.356).

Culpabilidad

“En caso de no concurrir en la conducta analizada alguna causa que lo justifique, estaremos ante una conducta típica y antijurídica, correspondiendo al operador jurídico determinar si el agente es imputable, es decir, es mayor de edad y no sufre de alguna anomalía psíquica. Luego le corresponderá verificar si el agente al momento de actuar lo hizo conociendo la antijuridicidad de su conducta”.

“Finalmente, determinará si el agente en lugar de perfeccionar alguna de las conductas típicas y antijurídicas de exponer u ocultar a un menor, lo sustituya por otro, le atribuya falsa filiación a su víctima, pudo actuar de manera distinta y evitar de ese modo caer en delito”.

Consumación y tentativa

“Las conductas punibles que encierra el tipo penal se perfeccionan en el mismo momento que el sujeto activo logra su finalidad cual es alterar o suprimir la filiación del menor-víctima. La finalidad del agente tiene que evidenciarse objetivamente en la conducta realizada por aquel para hablar de una conducta perfecta. Caso contrario, si en la conducta atribuida al agente, no aparece el elemento objetivo de alteración o supresión de la filiación del menor, no estaremos ante un delito consumado sino frente a la tentativa”. (Salinas,2007, p.359).

“Cuando el agente ha sustituido un menor por otro, sin lograr que se anule la filiación verdadera de los menores por ponerse al descubierto la conducta de aquel, no habrá delito consumado, sino a lo más estaremos ante una tentativa”.

Bramont (2000) “cita como ejemplo el siguiente caso: dos madres se ponen de acuerdo para cambiar a sus respectivos hijos, poniendo en secreto a una tercera persona, a quien se le encarga la realización de la operación del traslado de las criaturas. El hecho se divulga por una infidencia del intermediario, llegando a

conocimiento de la autoridad, quien sorprende al mandatario haciendo el traslado de una criatura al domicilio de otra madre y con el fin de volver trayendo al otro menor”.

“En ese sentido, debemos concluir que se trata de un delito de resultado, en el cual necesariamente se requiere el resultado a fin de alterar o suprimir la verdadera filiación del sujeto pasivo. Si no hay objetivación del fin perseguido por el agente, no aparecerá injusto penal consumado, sino de acuerdo con el artículo 16 del corpus iuris penale, se tratará de una tentativa”.

La pena

“El agente o sujeto activo que se le encuentra responsable penalmente después de un debido proceso será merecedor de la pena privativa de la libertad que oscila entre uno (1) y cinco (5) años”.

SUB CAPITULO III

EL DERECHO A LA IDENTIDAD

2.3.1 El Derecho a la identidad

2.3.1.1 Generalidades

“La cautela y defensa de los derechos de la persona es un presupuesto básico en una sociedad sustentada en criterios democráticos, sociales e independientes y esto no es ajeno para nosotros a pesar de estar de por medio el desarrollo biotecnológico, ya que es deber primordial del Estado peruano garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y proteger a la población de las amenazas contra la seguridad”. (art.43, Constitución del Perú de 1993.).

“La protección de los derechos de la persona resulta interesante si analizamos la efectividad de los medios de tutela vigentes en nuestro medio. Podría pensarse en acciones de garantía especialísimas para proteger el eventual o actual daño genético que es pasible el ser humano, sobre todo tomando en consideración lo especialmente irreversibles e indemnizables que resultan este tipo de perjuicios”.

“Existe un concepto global de identidad, que combina la vertiente estática y la dinámica en una unidad; supera la antigua y restrictiva concepción de “identificación” con la que se aludía, únicamente, a la identidad estática. Esta última se manifestaba a través de las huellas digitales, la fecha y lugar de nacimiento, el nombre de los progenitores, entre otros datos que determinaban un limitado concepto de identidad”.

2.3.1.2 Concepto de identidad.

“El conjunto de atributos y características que permiten individualizar e identificar a la persona en sociedad, determinando que cada cual sea uno mismo, diferente a los demás es la identidad. El avance genético y especial las manipulaciones del genoma se presentan como un atentado significativo contra

este genético en la medida que se logra su alteración, modificación y falseamiento”. “Un caso especial es el de la clonación que trastoca la identidad ontogenética (individualidad) y fitogenética (parentalidad)”.

También se dice que la identidad personal es el “conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad”. La identidad personal es todo lo que hace que cada cual sea “uno mismo y no otro”. “Es el complejo de datos biológicos, psíquicos y existenciales que, pese a que todos los seres humanos sean iguales, determina la “mismidad”, el ser “uno mismo”. Se trata de una exigencia existencial, un interés natural, consistente en ser “el mismo” y no “otro”. La identidad personal es el plexo de características, tanto estáticas como cambiantes que hallamos en cada ser humano. La “personalidad” es la vertiente dinámica de la identidad, la misma que se proyecta hacia el mundo exterior, que se fenomenaliza y permite a los demás conocer a cierta persona, en lo que ella consiste como ser humano único e irrepetible”. (Fernández,2017, p.39).

2.3.1.3 Clases de identidad

Son tres: la identidad estática, la identidad dinámica y la identidad personal.

A. Identidad estática.

“En su vertiente estática la identidad personal es todo lo que no varía en el tiempo existencial. Sus datos, salvo excepciones, son invariables. Unos son recónditos, como la clave genética, o visibles como nuestro contorno físico o nuestro nombre”.

“Los elementos estáticos son aquellos atributos o elementos con los que primero cada persona se hace visible en el mundo exterior. Es a través de ellos que se inicia una primera toma de contacto con el ser humano. Se trata, en suma, de los signos distintivos, como el nombre o el seudónimo, o las características étnicas y físicas que hacen diferente una persona de otra sin mayores problemas”. “La persona es identificada de modo directo e inmediato por estas características externas y estables. La imagen y el nombre nos ofrecen una primigenia versión de

la identidad personal. Detrás de estos factores visibles, con los cuales cada uno de nosotros nos hacemos presentes en el mundo exterior, existe un universo personal rico y complejo, inagotable, lo que impide descifrar por completo, como lo hemos apuntado, el misterio del ser”. (Fernández,2017, p.40).

B. Identidad dinámica.

Es aquella que se despliega en el tiempo.

“En el instante de la concepción están dadas las tendencias que aparecerán más tarde en el correr de la existencia y que estarán sujetas al condicionamiento, más o menos intenso, del medio ambiente circundante, a la “circunstancia”, al decir de Ortega y Gasset, en la que cada cual hace su vida. Consideramos en este caso el concepto medio ambiente, en su significado más lato”.

“En él se incluyen desde el clima hasta la educación, entre otros diversos factores que se conjugan con las tendencias genéticas con las que hacemos nuestro “debut” en el mundo”.

“La vertiente dinámica de la identidad, que configura la personalidad de cada cual, está constituida por una multiplicidad de facetas, por diversos aspectos, los que expresan o ponen de manifiesto el patrimonio ideológico cultural de cada persona. Es decir, es el resultado de la suma de pensamientos, concepciones del mundo, ideologías, posición religiosa, opiniones, creencias, actitud política, actividad profesional, carácter, vocación, rasgos psicológicos, sensibilidad, voluntad, inteligencia”.

“Es decir, todo lo que hace que yo sea el que soy y no otro. Es la personalidad que se proyecta al exterior. Es, en síntesis, la “verdad personal”.

“Cada ser humano, en cuanto tal, tiene una identidad intransferible. Cada persona, como elemento configurativo de su propia identidad, tiene una determinada manera de ser, una personalidad”.

“Es aquí, en definitiva, donde radica la diferencia entre el ente, que es el ser humano en cuanto “persona” para el derecho, y su “personalidad”, o “manera de ser” proyectada hacia el mundo exterior”.

“La personalidad en el ser humano es libre y coexistencial., se constituye mediante un proceso “autocreativo”, abierto en el tiempo existencial en el que ella se enriquece o se empobrece según las circunstancias, pero, donde, en definitiva se configura”. (Fernández,2017, p.41).

C. Identidad Personal

“El derecho a la identidad personal nace en laboratorio, es más se podría decir “en probeta”. “Se origina en Italia, en un caso judicial, en los primeros años setenta, concretamente en una sentencia dictada por un Juez de Roma, fechada 06 de mayo de 1974.

“En ella se encuentra como el derecho jurisprudencial reconocía, aunque imprecisamente y tal vez por influjo de la filosofía y debido a la intuición personal del juez, un interés existencial no considerado ni protegido expresamente por norma alguna del ordenamiento jurídico. Es decir, que este interés existencial o derecho natural carecía de la categoría jurídica de un derecho subjetivo positivo. Posteriormente, vinieron otras sentencias en las que se hizo explícita mención de este interés existencial antes desconocido por el derecho. Ante la sugestiva creación pretoriana la doctrina analizó el asunto y un nuevo derecho subjetivo empezó a delinearse en el horizonte jurídico”.

“La doctrina jurídica con la lentitud y prudencia que la caracteriza, va paulatinamente reconociendo la existencia de este interés existencial. A él le dedicamos mucho tiempo de meditación. La jurisprudencia, por su parte, enriquece permanentemente nuestros conocimientos sobre esta institución que ya ingresó al derecho positivo al ser expresamente considerada, en el inciso 1) del artículo 2° de la Constitución Política Peruana de 1993”.

“Este tema se ha vuelto a tener en cuenta en algunos congresos (gran parte de ellos promovidos por el centro Piero Calamandrei de Roma), al final de los años setenta y los inicios de los ochenta, ha sido objeto de seminarios académicos y finalmente se consolida con una jurisprudencia atenta y progresiva, que construye, en el plano práctico, los contornos”.

“El derecho a la identidad personal, se pone, por consiguiente, como un verdadero “caso de manual”, cuenta Afecta ha sido construido ex novo un derecho de la personalidad, distinguiendo, al interior de la protección general acordada por las normas constitucionales (y en particular por el artículo 2) y por los segmentos de normas contenidas en el Código Civil (arts. 5 y ss.). Un perfil específico de la persona que no debe confundirse con el derecho a la reputación, a la identidad física, con el derecho al nombre, a la imagen, a la privacidad”. (Fernández,2017,p.42).

2.3.1.4 El Derecho a la identidad genética

“El hombre es un todo, en él convergen valores, actitudes y elementos biológicos; en fin, aquello que le permite la vida y la socialización. Toda persona es un ser absolutamente único, singular e irreplicable, con una perfecta unidad de alma y de cuerpo. Dicho cuerpo y su conformación biogenética lo diferencia de sus semejantes con quienes comparte una misma naturaleza: la humana”.

“El ser humano es un conjunto celular y genómico. La información contenida en el núcleo de la célula se conforma a partir de las características de los progenitores. En el núcleo celular se halla el patrón o huella genética que tiene todo ser viviente. En el caso del ser humano, surge en el momento de la concepción (específicamente con la singamia) cuando el núcleo del espermatozoide intercambia su información genética con el núcleo del óvulo. Esta huella o pauta genética, insistimos, es el resumen de la información aportada por los progenitores del procreado, de allí la posibilidad de determinar con certeza el origen biológico de la filiación”.

“Desde la concepción, el ser humano tiene una determinada identidad innata, que irá luego desarrollando y enriqueciendo a través de toda la vida, pasando por la infancia, la adolescencia, la juventud y la edad adulta, hasta la muerte”.

“Dentro de esta clase de derecho a la identidad se sitúa la posibilidad científica de indagar y afirmar la paternidad y maternidad, a través de las pruebas biogenéticas.

Con estos métodos especiales se busca determinar el origen de la huella genética de un sujeto de manera tal que encuentre su verdadera relación filial”.

“La huella genética y el genoma son parte del derecho a la identidad genética, teniendo una estrecha vinculación con el derecho a la integridad (al trabajar con elementos biogenéticas), a la dignidad (correcta aplicación y uso), a la libertad (autodeterminación de someterse o no a las pruebas) y a la intimidad (la información obtenida es individual y privada)”.

“Este tipo de identidad será entendida en un doble sentido: identidad genotípica (herencia genética) e identidad hábitat (paratipo ambiente que permite desarrollar unos genes u otros)”.

“El Decreto Legislativo N° 823, Ley de Propiedad Industrial, refiere que no serán patentables las invenciones sobre las materias que componen el cuerpo humano y sobre la identidad genética del mismo (artículo 28, inciso c). La orientación legal de esta norma está orientada a proteger el genoma humano como un bien jurídico de la persona y como patrimonio de la humanidad”.

“Y es que la identidad filiatoria es la que surge del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia en relación a quienes aparecen jurídicamente como sus padres”.

2.3.1.5 El Derecho a la identidad genética

Sabemos que “el ser humano tiene una vida interna, reservada y secreta que conforma su interioridad. En ella se reúnen aspectos personales, familiares y sociales que por su contenido pertenecen sólo y exclusivamente a su titular. Por ello nadie puede conocerlos ni divulgarlos, por su esencia reservada, ya que toda persona tiene derecho a la vida privada. Esta facultad es conocida como el derecho a la intimidad. Este derecho permite la reserva, el secreto, la confidencialidad”.

“Es la vigilia a la vida privada del ser humano, el estar exento, libre de intromisiones a fin que se nos deje vivir tranquilos, en paz, sin mortificaciones, con un sosiego absoluto, con nuestras virtudes y defectos. Es el control y disposición de nuestra información que en pensamientos, datos, experiencias y estructura biológica poseemos (autodeterminación informativa)”. (Varsi,2004, p.229)

“Como parte de la vida interna o del conocimiento individual el derecho a la intimidad tiene ámbitos de aplicación como la vida interna (pensamientos, creencias, ideas), la relación (su familia, compañías, círculos frecuentados), la comunicación (su correspondencia, memorias) y la representación (imagen y voz)”.

“Actualmente, ese mundo interno del hombre merece una cautela y seguridad especial respecto a la información contenida en sus genes ya que, por ejemplo: (a) la forma como ha sido procreado; (b) los resultados que se obtengan de los análisis realizados o (c) las prácticas médicas a las que se ha sometido no pueden ser reveladas”.

“Y es que, justamente, el derecho a la intimidad protege consideraciones que a nadie más que a un solo sujeto le incumben”.

SUB CAPITULO IV

EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LA IDENTIDAD

2.4.1 Derecho constitucional a la identidad del menor y su relación con la filiación.

2.4.1.1 El derecho a la identidad y su protección jurídica.

“Debido a la trascendencia que tiene el derecho a la identidad en el desarrollo íntegro de la persona humana, es reconocido a nivel legislativo, doctrinario y jurisprudencial como un derecho de contenido esencial para la realización personal de todo individuo”.

Fernández (1992) “señala que la identidad es aquel conjunto de datos biológicos, atributos y características que permiten distinguir o individualizar a una persona de otra dentro de la sociedad. La identidad del ser humano se empieza a formar desde el momento de la concepción donde están todos los factores genéticos que permitirán la proyección social de una determinada personalidad y luego se va desarrollando a través de todas las diferentes etapas de su vida hasta llegar a la muerte; el hecho de la concepción permite pues conocer a un ser humano único, irrepetible e irremplazable, por lo que se descubre así íntegramente la identidad de un nuevo ser”.

Díaz, R. (2011) “señala que la identidad es un conjunto de rasgos y características inherentes a la persona; los cuales comprenden diferentes aspectos de índole físico, social, afectivo y psicológico, así como comportamientos que particularizan a una persona, los mismos que sirven para la formación de la imagen, personalidad y distinción de cada persona”.

“La identidad del ser humano presupone un complejo de aspectos esenciales vinculados entre sí y son de tipo genético, religioso, psicológico o somático, cultural, ideológico y político; estos múltiples elementos son los que perfilan y

caracterizan indistintamente a cada ser humano para distinguirlo de las demás personas”. Scheler citado por Fernández, C. (1992).

“Es así que debe entenderse por identidad personal a todos aquellos rasgos conformados por diversos factores como genéticos o biológicos, sociales, psicológicos, culturales y otros; los mismos que cumplen el rol de formar la esencia de la persona a fin de reconocerla como tal y distinguirla de las demás personas dentro de la sociedad. Todo ello se forma a partir de la genética que tiene cada individuo y posteriormente se irá desarrollando en todos los rasgos mencionados con la finalidad de lograr determinar la personalidad y distinción de cada ser humano. Es por ello que el derecho otorga tutela jurídica de modo preferencial a la identidad por ser ésta fundamental para el interés y desarrollo personal de cada individuo”.

Para el Tribunal Constitucional en el Fundamento Veintiuno y Veintitrés del Expediente N° 2273-2005-PHC/TC- LIMA, el derecho a la identidad es:

“Entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2° de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo en que es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.). Queda claro que cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras. Aun cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres, o las creencias (por citar otros dos casos). El entendimiento de tal derecho, por

consiguiente, no puede concebirse de una forma inmediateista, sino necesariamente de manera integral, tanto más cuando de por medio se encuentran planteadas discusiones de fondo en torno a la manera de identificar del modo más adecuado a determinadas personas”.

“Como se ha dicho, la identidad recibe una amplia protección jurídica y es reconocida por el Estado como un derecho fundamental dado que comprende diferentes atributos que caracterizan a una persona y sirven para distinguirla dentro de la sociedad, respetar todos los aspectos o rasgos de su personalidad y concederle los demás derechos relacionados al derecho a la identidad como el nombre, nacionalidad, entre otros”.

Gutiérrez (2011) alega lo siguiente:

“Dentro del catálogo de derechos constitucionales reconocidos por nuestra Constitución Política vigente, encontramos el derecho a la identidad como uno de los derechos fundamentales para la convivencia entre las personas y el desarrollo individual de esta misma. Podemos mencionar que el derecho a la identidad personal es un derecho fundamental de características complejas. En la medida que es una garantía constitucional, despliega su eficacia en diversos ámbitos que inciden en la protección de una amplia gama de derechos constitucionales; asimismo, repercute en una serie de aspectos legales regulados tradicionalmente en el Código Civil inscripción del nombre, documento de identidad, partidas o registros dándoles una nueva configuración. De esta forma, el derecho a la identidad cumple una función primordial dentro de la vida de las personas”.

“Proteger a la identidad personal como un derecho fundamental del ser humano, implica reconocer aspectos esenciales que forman parte del desarrollo integral de la persona y una serie de derechos que provienen de dicho derecho, por ello su protección es reconocida constitucionalmente con la finalidad que sea un derecho respetado y cumplido dentro de la sociedad”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido dentro del Glosario de Términos Normalizados, al derecho a la identidad de la siguiente manera:

“El derecho a la identidad es un derecho humano que comprende derechos correlacionados: el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad. Como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano, razón por la cual le pertenece a todas las personas sin discriminación, estando obligado el Estado a garantizarlo mediante la ejecución de todos los medios de los que disponga.” (...).

“Definitivamente todo Estado Constitucional de Derecho tiene como misión proteger un derecho tan importante e inherente a la persona como lo es el derecho a la identidad frente cualquier situación que pueda verse afectado, y más aún cuando este derecho se encuentra relacionado con otros derechos más”.

“Es importante señalar también lo establecido en la jurisprudencia emitida por la 78 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, por ejemplo, el Caso *Gelman vs. Uruguay* sobre la materia de violación al derecho de la integridad personal, personalidad jurídica y otros, en el cual establece en el Fundamento Ciento veintidós lo siguiente:

(...) el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. Respecto de los niños y niñas, el derecho a la identidad comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia”.

“Asimismo, el Caso *Fornán e Hija vs. Argentina* sobre la materia de violación de derechos fundamentales del menor, en el Fundamento Ciento veintitrés, la misma Corte ha señalado que:

La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez”.

“Se puede comprender que el derecho a la identidad es uno de los derechos esenciales de la persona y que en la etapa de la niñez cumple un rol particular, 79 pues es ahí donde se empieza a formar y desarrollar los rasgos o atributos característicos del menor y junto a ello el ejercicio de los demás derechos que le son reconocidos por ley”.

Por su parte, el Comité Jurídico Interamericano ha manifestado en la Resolución CJI/doc. 276/07, sobre el derecho a la identidad lo siguiente:

“El derecho a la identidad es un derecho erga omnes, es decir, es un derecho oponible universalmente, teniendo además un carácter imperativo de jus cogens, porque es un derecho tan esencial, que sin él no se podrían tornar realidad otros tipos de derechos fundamentales. El derecho a la identidad forma parte de la categoría de derechos que de acuerdo con la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” no pueden ser objeto de suspensión bajo ninguna circunstancia”.

“Lo sostenido por el citado Comité conlleva a entender la importancia que tiene este derecho para la realización personal íntegra del ser humano, es por ello que se le reconoce como un derecho oponible y es protegido mediante normas internacionales imperativas, por lo que su aplicación resulta ser obligatoria para todos los Estados que forman parte de los cuerpos legales que regulan el derecho a la identidad”.

Según García, (2001) “el derecho a la identidad es un derecho fundamental que protege lo siguiente:

Es aquel derecho que protege la imagen personal, social y veraz de la persona, a través de rasgos y signos característicos que son inherentes a ella; estos rasgos son invariables en el tiempo y al proyectarse al mundo exterior, permiten a los demás conocer a la persona en sí misma, en lo que real y específicamente es para Mella, A. (2013) este derecho significa toda aquello que distingue a una persona por ser única en la sociedad, por lo cual explica lo siguiente sobre el derecho a la identidad”:

“El derecho a la identidad personal constituye el conjunto de cualidades o rasgos propios de un individuo que lo diferencian de otro, aquello que lo hace único en su especie, en la sociedad, y consecuentemente en el seno de su propia familia. Es así como el derecho a la identidad implica la certeza del propio ser y de sus orígenes biológicos”. (p. 20)

Por otro lado, González (2011) “afirma que el derecho a la identidad, especialmente para los niños, ha sido interpretado desde siempre como un derecho que desarrolla la personalidad y se vincula con otros derechos derivados de la filiación como el derecho a recibir alimentos, conocer a sus progenitores, llevar sus apellidos y otros más; criterio que es adoptado por la Convención sobre los Derechos del Niño”.

“En relación al caso de los niños, el derecho a la identidad se inclina como base para la formación de su desarrollo como ser humano, iniciando éste por el conocimiento sobre sus progenitores para luego recibir de aquéllos los demás derechos derivados de la filiación”.

En ese sentido Bermúdez (2010) señala que “El derecho a la identidad de todo niño/adolescente se configura como un *prius* lógico para el reconocimiento de su personalidad jurídica, con lo cual es factible derivar todos los demás derechos que le asisten”.

“Al ser considerado trascendental este derecho, el citado autor sostiene que su importancia se debe a dos vertientes:

- a) El derecho a conocer la identidad familiar de parte del niño/adolescente, o lo que denomina Luis Díaz Picaso, el derecho a la averiguación y al establecimiento de la verdad biológica. Derecho que inclusive prima sobre los eventuales intereses de su progenitora (que no desee identificar/reconocer/asignar una paternidad) y de un eventual padre.
- b) El derecho a una restitución familiar a favor de la familia que reclama a un integrante desaparecido.

De ello se puede señalar que el derecho a la identidad goza de una preferencia especial en su aplicación y en los casos donde se trate que un menor de edad conozca a sus progenitores es realmente importante que se cumpla con este derecho a fin de brindarle estabilidad sobre su origen biológico y otorgarle el conocimiento de su verdadera familia”.

Al respecto, Zannoni, (2006) señala lo siguiente:

“La identidad personal en referencia a la realidad biológica, se trata de asegurar a toda persona su derecho a conocer su origen biológico, es decir su pertenencia a determinada familia y, consiguientemente, obtener el emplazamiento en el estado de familia que de acuerdo con ese origen biológico le corresponde”.

“Desde este punto de vista, comprende el derecho a reivindicar la identidad biológica, o el derecho del hombre a conocer su origen, su propia génesis, su procedencia, siendo una aspiración connatural al ser humano en la que está involucrada la dignidad de la persona”.

“Como se ha expuesto, el conocimiento sobre el origen biológico de una persona comprende el derecho a la identidad que empieza a desarrollarse desde la

etapa de la niñez, por eso se considera a este derecho como uno de los más esenciales dentro de la existencia humana”.

Castellanos (2011) sostienen lo siguiente sobre la participación del Estado para proteger el derecho a la identidad:

“El derecho a la identidad involucra una reciprocidad entre el individuo y el Estado, toda vez que el Estado debe garantizar el derecho a la identidad de los individuos, y los individuos por su parte deben no sólo demandar el ejercicio del mismo, sino cumplir con las obligaciones respectivas para que esto se logre”.

“Con el ejercicio del derecho a la identidad existe mayor garantía de acceso a otros derechos políticos y civiles (como el derecho a votar, a la igualdad ante la ley, a la familia) y la posibilidad de acceder a los derechos económicos, sociales y culturales, como lo son la salud y la educación”.

A su vez, Ynchausti, y García (2012) “expresan que el derecho a la identidad recibe una protección única al ser primordial en la vida del ser humano:

El derecho a la identidad es un derecho fundamental de cada persona, reflejo de la dignidad del hombre y una vez asegurada su eficaz protección es una garantía invaluable. Es además reflejo de la autodeterminación del hombre y de las complejas relaciones que existen en su vida. Por último, debe decirse que el derecho a la identidad personal engloba varios derechos dada la integralidad de la misma”.

“Es entonces este derecho fundamental, uno de los más importantes para el desarrollo de la persona y elemento que coadyuva al respeto de su dignidad, en consecuencia, el Estado es responsable de velar porque su cumplimiento. Tal criterio recogido por los autores antes citados es compartido por la tesista debido al valor trascendental que tiene este derecho y su carácter indispensable para el ejercicio de otros derechos”.

SUB CAPITULO V

CASOS JUDICIALES SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERÚ

En el Perú, existen procesos por el uso de la maternidad subrogada, que involucran a mujeres en calidad de vientres de alquiler, otras personas o parejas que actúan como solicitantes, profesionales de la salud, individuos que intervienen como contacto, instituciones de medicina especialistas en reproducción y el ser (niño o niña) que nace de esta práctica, entre otros.

En la actualidad solo podemos vincularnos en el tema con el Artículo 7° de la, Ley General de Salud, la misma aprueba que: “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”. (Ley 26842)

En nuestro país, es un derecho de la mujer, el asistirse de un tratamiento para su esterilidad o infertilidad, con el objetivo de lograr procrear dando uso a las técnicas de reproducción asistida, siempre en cuando sea la misma la que proporcione el material genético, la gestic y alumbre al nuevo ser, además, deberá contar con el consentimiento fehaciente y en físico del padre biológico, en otro sentido no tenemos lineamientos normativos que regulen algo más.

Estando claro, que en lo biológico y gestante debe ser la misma mujer la madre, en los procesos que se presentan y ventilan en los juzgados de nuestra nación, la interpretación es en diferente sentido, con el argumento que la normatividad existente no establece otros hipotéticos, como también no la prohíbe, lo que deja a la libre interpretación del cómo se valdría la aplicación de las técnicas de

reproducción en otros casos. Esto lo apreciaremos con mayor énfasis al perpetrar un análisis a los fallos pronunciadas por el Poder Judicial, como son:

Caso de los esposos de nacionalidad chilena – J.T y R.M.

Lp, (2016 05/8) los esposos, de apellido Tovar Pérez (48) y Madueño Atalaya (46), “es un matrimonio que cuentan con nacionalidad de hermano país de Chile, ambos como pareja por varios años habían intentado tener descendencia, pero Rosario la esposa no podía concebir, a razón de esto decidieron realizarse un tratamiento con la técnica de fertilización in vitro a través de un vientre subrogado, para lo cual viajan a Perú y asisten a la Clínica del Doctor Luis Noriega, antes les habían donado dos óvulos, los cuales fueron fecundizados junto a los espermatozoides del padre biológico - esposo Jorge Tovar, para este procedimiento contaron con la voluntad de Isabel, quien ha gestado a los niños (as), convirtiéndose en madre gestante, la cual fue enfermera de la clínica Concebir”.

“Como resultado de esta práctica o procedimiento en el año 2018 el 28 de julio nacieron dos niños, y la madre subrogada (Isabel), entrego los recién nacidos a los esposos chilenos, los mismos que se dispusieron regresar a su país natal, el 25 de agosto del mismo año, pero esta vez con los niños nacidos en brazos. Al registrarse en el aeropuerto Internacional Jorge Chávez, fueron impedidos de su libertad, debido que en el ingreso al Perú estos no registraron entrar con niños como hijos, siendo ilógico que al salir llevaban bebés en sus brazos”.

“Este caso se ventilo en diversos medios de comunicación, tanto radial, impreso y televisivo, siendo el caso del reportaje de América Noticias donde se dijo: había algo que no estaba bien en los papeles de inscripción de los niños, los cuales tenían los apellidos de Tovar

Madueño, con fecha de nacimiento 28 de julio, pero los esposos ingresaron al Perú el 29 de julio. A fin de aclarar lo sucedido a los agentes Rosario Madueño, explico que ella no fue quien dio a luz a los menores, pero que estos si eran hijos de su matrimonio”.

“A pesar de las explicaciones los agentes, no estaban conformes ya que estos casos no son muy conocidos en nuestro medio, y los esposos fueron detenidos y recluidos con la acusación trata de personas y adulteración de documentos, aduciendo que estos venderían a los niños, con el acto fueron alejados e incomunicados con los bebés. El Poder Judicial los privo de su libertad y ordenando prisión preventiva por el periodo de 12 meses, para ambos”.

En este proceso se vulnero lo dispuesto en el:

Artículo 7° LGS que señala “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona”. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos”. Ley 26842 (p. 3-4)

En el procedimiento que realizaron los esposos Tovar y Madueño, no se cumplieron con las precisiones que exige la norma.

Al estar ya confinada la pareja chilena, la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, elaboraron evidencias basadas en circunstancias concernientes a las técnicas de reproducción asistida relacionada al delito de trata de personas. Mediante un examen de ADN que fue practicada en los menores, se demostró la paternidad biológica de Jorge Tovar, la Corte Superior de Justicia del Callao, a través de la Primera Sala Penal de Apelaciones, revoco la detención preventiva el 8 de setiembre del 2018, disponiendo su liberación inmediata de la pareja chilena, quedando desestimada el delito de trata de personas, al haberse confirmado la

filiación biológica con ambos niños concebido a través de la maternidad subrogada o vientre de alquiler.

Aun así, la pareja de nacionalidad chilena, no debía salir del territorio peruano, hasta que se transparente plenamente lo indicado como adulteración de la documentación del registro de los menores.

Referente al caso, no se puede aún aseverar que razonamientos utilizó el Poder Judicial, u otras instituciones para `prescribir la filiación de los niños nacidos a través de la práctica de vientre alquilado. Teniendo en consideración que este proceso prosigue.

En el caso de los esposos chilenos, se puede evidencia, que todo el proceso se invocó los principios de verdad biológica, esto porque Jorge Tovar fue el padre biológico de los niños, también se apeló al Principio del Interés Superior del Niño, con el propósito de garantizar un progreso genuino en la familia y la necesidad de procrear, primando el deseo de conseguir descendencia – hijos, a raíz de esto los niños también fueron entregados de forma inmediata a la pareja a fin de proseguir con la coexistencia familiar. RPP Noticias, (2018)

2do Juzgado Familiar - Módulo Básico de Justicia del Distrito Paucarpata - Arequipa. Proceso N° 11305-2016-0-0412-JR-FC-02.

Este proceso es seguido, a fin de solicitar la adopción por excepción de los hermanos gemelos J. A. y J. R., que nacieron el 23 de enero del 2015. La demanda fue fundamentada en que la demandante no tenía sus órganos reproductivos adecuados para fijar un embarazo, ya que, desde 10 años anteriores junto a su pareja, tenía el deseo de procrear una familia realizando los intentos, pero no se pudo concretar porque tenía una indisposición en el útero materno. Por tal razón acudió a la Clínica Nacer, donde se especializan en reproducción genética, donde se informaron sobre las prácticas y uso de la maternidad subrogada, el que consiste en usar un vientre diferente, y este se cobijara el feto por el periodo de gestación (9 meses), pudiendo ser creado en unión del espermatozoides y óvulo de dos

personas heterosexuales diferentes a la persona que presto su vientre (V.S). Se dispusieron a realizarse lo estudios necesarios, ya que recibieron el ofrecimiento de vientre de la prima de Marlene Mucha, a lo accedieron a realizar el procedimiento, para lo cual elaboraron un acta de compromiso, como un contrato escrito, en la que se comprometió a gestar los gametos implantados en su útero y cuidar su gestación por el periodo que dure el embarazo, se prosiguió y logro con éxito ya que con fecha enero 23 del 2015, el la mujer que otorgo su vientre alumbró dos niños, en un solo alumbramiento; desde entonces lo menores espontáneamente son cedidos por la mama subrogada, tal como se estipulo en el contrato privado. Lo menores estaban viviendo con Gladys Amparo – Demandante y Edwin Ramos – demandado, teniendo su existencia acreditada con una salud positiva ya que ambos se encontraban sanos, según constancia de ESSALUD, y que cuentan con seguro de salud. En junio 09, el papá requiere a la Municipalidad de Mariano Melgar, la correspondiente acta de nacimiento para ambos niños, donde de manera provisional consigno como madre a M.M.M.Q., ocasionando que las identificaciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, figure como madre de los menores la demandada.

M.M.M.Q., indica conocer a Gladys Ventura – Demandante y a Edwin Ramos – demandado, sindicando ser parientes, ya que es su prima de segundo grado, además afirma que la pareja pidió su apoyo para que puedan tener una familia, esto en el mes de mayo del 2014. Accedió a ser el vientre sustituto donde se implanto el ovulo fertilizado por la pareja, y en junio 21 del 2014, accedió y firmo el documento de compromiso particular y luego se dirigieron a la Clínica Nacer, para dar inicio a los exámenes pertinentes, tuvo una gestación sana, con cuidados personales, sociales y sobre todo médicos, esto por parte de la pareja solicitante; por la prestación de sus servicios sanitarios recibió compensación a fin de solventar sus necesidades básicas, como son alimentación, vestuario, suplementos vitamínicos entre otros, la suma de quince mil soles, y cuando culmino el embarazo habiendo dejado el hospital, entrego los niños a la pareja solicitante.

Manifestó el demandado, que diez años atrás estuvieron tratando poder convertirse en padres, pero al saber la imposibilidad por defectos de salud en la pareja, fueron a la Clínica NACER a fin de optar por un procedimiento que sirva para lograr tener hijos, fue así que optaron por la maternidad subrogada, siendo así que la demanda confirmó el cobijar en su vientre un gameto, siendo el 21 de junio la firma del acta de compromiso, comprometiéndose en cuidar y culminar con éxito el embarazo subrogado, otorgándole 15.000 soles, por la prestación sanitaria recibida, y en enero 23 del 2015 dio a luz a sus hijos gemelos.

En observancia al Interés Superior del Niño y del Principio Iura Novil Curia, el Juzgado planteo a ambas actores, que la reivindicación jurídica que es materia de solicitud, se realice en amparo del Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 128°, inciso b) del Código Civil Peruano, que dice ser por causal de tener un lazo o vínculo hasta el 4to grado de consanguinidad o segunda en afinidad, con el menor materia de acogimiento; causal de inciso a): dice quien ostente relación matrimonial con la madre o padre del menor en adopción, puesto que no es incluido en los actos comprendidos en la instancia, el procedimiento del 2do Juzgado de la Familia – Modulo Básico de Justicia de Paucarpata – Arequipa, dicta sentencia exponiendo fundada la reclamación de adopción por consecuencia y singularidad, determina la adopción de José Rodrigo y José Adriano, dictándose un enlace filial de madre e hijos, correspondientemente. Así también de aceptada y ejecutoriada la sentencia, el RENIEC, deberá expedir una Acta nueva de nacimiento que identifique a los niños adoptados, enalteciendo al superior jerárquico la consulta correspondiente, además, dispone resolver la aprobación de la sentencia referida.

Quinto Juzgado Constitucional Lima - Proceso N° 06374-2016.

El Quinto Juzgado Constitucional de Lima dictamino, a través de la resolución N° 5 fijada en el Exp. N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, dispone que el RENIEC, realice la inscripción de los conyugues como padres contratantes de la fémina a fin de servirse con el uso de una madre gastadora subrogada mediante la ovo-

donación, cumpliendo con su anhelo de convertirse en, por tal estos reconocen como madre de los mellizos a la mujer que no alumbro propiamente, por tal los niños no comparten ADN.

Los cónyuges A.N.B.B y F.D.N.R. (aportante de espermatozoides) y los esposos E.B.R.U (vientre subrogado) y F.C.L.S. (cónyuge de E.B.R.U), en atención de los derechos de identidad de los menores

L.N.N.R y C.D.N.R., interpusieron demanda de amparo frente a la RENIEC. F.D.N.R. y A.N.B.V. cónyuges, se apersonan ante el juez con de acreditación de ser pareja por estar casados y tenían la gran necesidad de tener familia o descendencia por lo que por varios años intentaron la procreación, lo cual no fue posible, ante esa situación se informaron e hicieron uso de la práctica “maternidad subrogada” mediante la donación de óvulos – ovo donación, teniendo en consideración que los óvulos de A.N.B.V. no alcanzaban la gestación en un nivel pertinente para la fertilización y cumplir con el embarazo, ni con óvulos donados se consiguió enraizar en su vientre.

La pareja demandante E.B.R.U. y F.C.L.S., igualmente casados, convinieron asentir con la pareja A.N.B.V. y F.D.N.R., mediante un “acto privado, para la obtención del útero subrogado, donde establecen que una donante anónima entregara sus óvulos para que sean fecundizados con el espermatozoides de F.D.N.R., para luego ser albergados en el vientre de E.B.R.U. en consecuencia, en el 2015 noviembre, la madre subrogante alumbro a niños con iniciales C.D.N.R y L.N.N.R. Aun advertido por los reclamantes, el médico estableció en calidad de mamá a E.B.R.U. y papá a F.D.N.R. lo cual se refrendó en los documentos de identidad de los recién nacidos. El RENIEC no acepto las objeciones manifestadas por los demandantes. A esto, fue considerado por el juzgado el Interés Superior del Niño y el derecho a identidad de los niños, así también el derecho al libre desarrollo personal, a la vida íntima y familiar y los derechos sexuales y de reproducción de los adultos reclamantes, este proceso sujetaba elementos con

preeminencia constitucional, que vía amparo pudo ser tendida. Se estima que en el presente caso, se tuvo que resolver si F.D.N.R y A.N.B.V, serian el padre y madre de los mellizos nacidos mediante vientre de alquiler.

El Juez Velázquez Zavaleta H., con relación a la disposición de uso de los métodos de reproducción asistida, reitero lo aseverado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el proceso de Costa Rica vs Artavia Murillo, en lo referente a que los derechos sobre la vida privada mantiene concordancia con la independencia reproductiva y la vía al uso de los servicios de salud reproductiva, lo cual engloba el derecho a usar las ciencias, técnicas médicas pertinentes, incluyendo acceder al derecho de usar en beneficio las técnicas de reproducción asistida. Como resultado evocó que no deberían existir restricciones superfluas y excesivas para que el ser humano que necesite decida por la mejor opción reproductiva, como lo señaló la Corte IDH.

Para lo cual asevero: derecho de salud reproductiva, añadido al derecho a la independencia e intimidad, reconociendo la autonomía de la mujer que, de forma informada, haga uso de ciencia tecnológica, que esté al alcance para lograr ser madre. Para concretar este anhelo no solo sería posible con la ayuda tecnológica existente, también será posible en otros casos con la disposición y/o cooperación de una tercera persona, siendo este caso el vientre o gestante subrogada. De acuerdo a la normativa existente en Perú, el uso de las prácticas médicas no proscribire, como método para conformar una familia, si la norma tradicional admite tal iniciativa de manera legítima en ejercicio de los derechos de salud reproductiva, libre e íntima de cada persona, a tal razón, el estado peruano no tiene motivos, para que desconozca la legalidad o consecuencia del uso de los TERAs.

En este caso, la deliberación del Juez, se basó en la inexistencia de razones que inviten prohibir o denegar la posición de madre a A.N.B.V. que era la, y por tal el padre a F.D.N.R. demandantes.

El Juez, también se pronunció referente a la reglamentación de las TERAs en el ordenamiento jurídico de nuestro país, citando la reglamentación de las técnicas de reproducción asistida en el ordenamiento jurídico peruano. Preponderó que: “el artículo 7° de la Ley General de Salud señala lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para las aplicaciones de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Se prohíbe la práctica de fertilidad de óvulos de una persona, con propósitos diferentes a la fecundación, como también el clonar a los seres humanos”. (L.G.S. Ley 26842 p.)

Sobre esta norma deduzco que no podría demostrarse ya que otros hipotéticos de reproducción asistida, que no están previstos, se encuentren proscritos. Puede aseverarse no más que el séptimo artículo de la Ley 26842 – Ley General de la salud, regula solamente los hipotéticos que demuestran que la gestante conlleva carga biología o genética con el nuevo ser gestado.

En conclusión, este juzgado declaro fundado el proceso de demanda, disponiendo la anulación de las actas de registro de los menores materia del proceso, además, dispuso que se retribuya los costos y ordeno al RENIEC que proceda a la inscripción dentro de los dos días de plazo, considerando como madre a Aurora Ballesteros V. y el padre a Francisco Nieves R.

Complementamos, no es competencia del RENIEC el obstruir o discrepar sobre la manera o procedimiento por el cual se compone o forma una familia, más bien debería proveer medios que posibiliten de manera fácil e indispensable la institución de la familia, aun este organismo cumple función de reconocimiento administrativo mas no un registro judicial, al cual le compete la valoración jurídica.

Verdaderamente, en el Perú no contamos con una norma que reglamente en el sentido que ejerza prohibición con sanción expresa, ante el uso de prácticas donde una mujer otorgue en calidad de arrendamiento su vientre, con el propósito de engendrar un niño y consecutivamente otorgarlo a otra persona o pareja, condicionando una retribución económica. Solo se puede apreciar y amparar, aunque no totalmente, el séptimo artículo de la ley 26842.

Casación N° 563-2011-Lima, de diciembre del año 2012.

Lp (2011 12/06), esta casación se emite el pronunciamiento inicial, sobre el alquiler de vientre a través de un proceso que afecta a dos hermanos por un caso de adopción por excepción, siendo que un hermano pidió a su consanguíneo que lo ayude, ya que la pareja no estaba en capacidad de engendrar un feto. El proceso de adopción debía seguir sin inconvenientes, pero la madre genética o biológica se arrepintió, generándose un proceso legal.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, en el actual proceso determino que I.S.N., predominaría, porque la niña, desde que nació estuvo con sus padres adoptivos y por ende es conveniente que continúe bajo esa tutela, ya que de no ser así representaría un detrimento muy grave en vida de la menor. La Corte Suprema estableció, en el tema biológico, que al haberse demostrado que el proceso protegía un acto financiero a fin de entregar en adopción a la niña, reflejaba fehacientemente el escaso amor y dudosa protección que recibiría, tal así que la casación fue declarada infundada, otorgándosele la adopción como un derecho a la madre por intención no biológica.

Internacionalmente, el caso de “Baby M” es uno de los más destacados y estudiados, este proceso se dio apertura en Estados Unidos, evidenciando que la mujer que actuó alquilando su vientre, incumplió el acuerdo, lo cual origino el inicio de un proceso en los tribunales, a fin de decretar la real maternidad de un menor nacido a través de una práctica de subrogación, en el que se fijó un contrato. En Primera Instancia el Tribunal estableció la validez del contrato de

maternidad subrogada, por tal la tenencia de la niña, correspondía a los padres por intención no biológicos. El fallo fue apelado y el Tribunal en la segunda instancia determino que aun sea el contrato de subrogación ilegal e ineficaz, no se encontraba en cuestionamiento, mas importante siendo la vida, salud y bienestar absoluto de la menor. Ese sentido determino que son los padres de intención no biológicos los que valían para proveer una vida adecuada con una familia sólida, siendo confirmada la custodia total y estable a los padres no biológicos; no obstante, dijo que la madre genética conservaría la maternidad legal.

SUB CAPITULO VI

MATERNIDAD SUBROGADA O VIENTRE DE ALQUILER

2.6.1 Maternidad subrogada

Esta acción es conocida con diferentes apelativos, como son el alquiler de vientre, útero alquilado, gestación subrogada, maternidad sustituta entre otros, pero predomina por mucho el termino maternidad subrogada, ya que el método – técnica de reproducción asistida, evidencia un sin fin de pluralidades y argumentos en favor y en contra: a ello se evidencia según:

Aguilar (2017, p 89), señala que “es un convenio por el que una mujer está comprometida frente a otra para que en su lugar pueda gestar un embrión distinto al suyo y entregar a la criatura cuando este se desarrolle y nazca”.

Este método es considerado por Heredia (2019 p 421), en que una mujer lleva una gestación en reemplazo, el embrión o gametos pertenecen a otra mujer o pareja que son infértiles o no cumplen con la capacidad para procrear, históricamente este se sujeta a la celebración de un contrato contemplando una retribución económica.

2.6.2 Etimología

La palabra madre procede del latín “mater/matris”, la cual a su vez deriva del griego “mater/matros” cuyo significado es madre. En principio, la idea de maternidad no se asociaba a esta palabra, es que el título de mater fue conferido a Minerva, Diana y Vesla, todas ellas reputadas diosas vírgenes (Castillo, Téllez, & Gasco, 2017)

En otros estudios de puede encontrar que la madre es “madre aparece en la formula metáfora paterna como deseo de madre... el deseo se refiere a la castración femenina a la madre, como sujeto correlativo a una falta, no la falta de ser sino falta de objeto, se vincula a la privación” (Vassallo 2005, p 1).

2.6.3 Gramatical.

La R.A.E. institucionaliza a la “maternidad” a modo: “Estado o cualidad de madre”, y la expresión “madre” se institucionaliza a manera: “Mujer (...) la cual a dado a luz a un ser nuevo de su mismo linaje o especie” (...). Útero en el cual se abre el óvulo” (Real Academia Española, 2014)

2.6.4 Biológico

Este perfil indubitable de maternidad, además de preservarse en su evidencia, también se respalda en su penetrante semejanza biológica, psíquica, laica y sentimental que enlaza a la madre y nacido, producto de la gestación y alumbramiento, Garcia, (2017) dice: “La naturaleza humana establece una fuerte relación entre ambos, porque la afectividad y cuidados maternos son esenciales en la formación de la personalidad de los niños, sobre todo durante sus primeros años de vida” (p 273)

2.6.5 Jurídico

Partiendo de un enfoque jurídico, la maternidad es parte del organismo jurídico de procedencia, o mejor dicho del, es decir, del parentesco original y/o legítimo, que vincula a los hijos con su que une a los hijos con sus padres, podría descender la dependencia naturalmente (procreación) como también por defecto de ley o legislación (adopción). Además, se manifiesta que la maternidad es el vínculo efectivo o admitido de la mother y el descendiente. (Pérez & Cantoral, 2014)

2.6.6 Definición de Subrogación

El concepto de la expresión “subrogar” en merito a la R. A. E. personifica: “suplantar o sustituir, poner a una persona en reemplazo de otra persona o cosa”. Real Academia Española, (2014)

Por tal se entiende que subrogación es igual a suplir a un individuo o entidad que era destinada a cumplir una que cumplían una función determinada, en su lugar actuará otra persona que cumplirá la ocupación que se encomendó precedentemente. Castillo et al, (2017)

2.6.7 Tipos de maternidad subrogada

No obstante existiendo innegable fraternidad referente a la ilustración de maternidad subrogada, no es posible aun determinar las formas o particularidades presentadas en estos casos, ya que tal percepción en la retórica jurídica y letrada percibe, que la fémina siendo madre biológica y gestacional, asimismo, la madre exclusivamente gestadora, tal como lo dice Scotti (2015), que es habitual “la maternidad subrogada ostenta las peculiaridades: tradicional (traditional surrogacy) y gestacional (gestational surrogacy)”.

La concepción en la maternidad subrogada gestacional, posee un espacio inicial con el ovulo de una fémina que no es la misma que actúa como madre subrogada, siendo regularmente la madre comitente. Si la M.C. no podría engendrar óvulos o estos no son viables, los aportaría otra mujer que mantenga una relación familiar, amical o en su defecto un donante desconocido anónimo.

Referente a la maternidad subrogada, Varsi Rospigliosi (2010), describe en cuatro representaciones:

A. Madre Portadora.

Los óvulos son generados por una mujer, pero esta tiene inconvenientes con el útero o deficiencia física que no le permite gestar al feto, por tal buscara otra mujer que aporte en el acto biológico. Siendo un acto de prestación de vientre – útero, cediéndose una maternidad parcial. Se forma un caso de generación triple de personas:

- 1) Contribución de los espermatozoides del consorte,
- 2) Aportación del o los óvulos de su mujer, y
- 3) La mamá gestacional es otra mujer – tercera persona.

B. Madre Sustituta

Es cuando la fémina no ovula ni consigue gestar, existiendo dificultad e ineficiencia ovárica y del útero, por tal razón deberá conseguir otra mujer que se

encuentre apta y en buen estado de salud para procrear, permitiendo la fecundarla y prosiguiendo con la gestación y luego el alumbramiento.

En este proceso de maternidad integral se origina un caso de pre-generación.

- 1) Espermatozoides del cónyuge, y
- 2) fecundación en una tercera fémina.

C. Ovodonación.

Tiene un inconveniente por deficiente ovario, el mismo que no produce óvulos, más si es apto para fecundar, en tanto solo requiere que otra mujer le conceda óvulos. Siendo este un proceso por maternidad parcial.

Se genera un caso por triple generación.

- 1.- Espermatozoide del cónyuge,
- 2.- Óvulos de mujer aportadora y,
- 3.- Maternidad gestacional de la mujer. No es la misma, la madre engendradora y la embarazada.

D. Embriodonación.

La pareja posee un problema de infertilidad total, la esposa no produce óvulos ni tampoco puede fecundar, existiendo deficiencias uterina y ovárica y el esposo es infértil. En tanto deberán requerir apoyo de un aportante de espermatozoides y otra mujer que sea fecundada y sea gestadora culminando con el proceso de gestación. Este caso es de procreación integral human de manera especial, por generarse un caso de generación múltiple.

- 1.- El óvulo es de una pareja dadora,
- 2.- El consorte es infértil, y
- 3.- El embrión es fecundado por su mujer. La madre engendradora no es la misma que la gestadora, y la paternidad que no le pertenecerá al marido

Otros temas vinculados al tema de Maternidad subrogada:

Gestación del niño

Gestación, es una etapa o período que comprende desde la concepción del embrión hasta el alumbramiento o nacimiento del niño o niña. Por el lapso de este periodo, el feto crece desarrollándose en el útero de la madre O.M.S, (2010), la duración de la gestación es el vocablo frecuente deslucido a lo largo del embarazo, con el propósito de hacer seguimiento del avance de este.

Partes contratantes

Por ser una práctica reproductiva la maternidad subrogada, posee dentro del marco jurídico – ético, un controvertible reconocimiento de nuestra sociedad. Esto es posible definirlo en el actuar de una pareja contratante o comitente, que sin importar la razón no tiene la posibilidad de solos procrear descendencia. Estos acuden a efectuar un contrato con una madre portadora o por sustitución, con el propósito que previa fecundación o por transferencia de un óvulo fecundizado in vitro, alumbrar al hijo deseado por pareja con imposibilidad de procreación, entregándosele para que sea considerado hijo de la pareja. Jiménez, (2012 p.105-106).

Si observamos detenidamente al art. 1351° de nuestro Código Civil (1984), precisa: El contrato figura como acuerdo entre más de dos personas, con el propósito de concertar, establecer o definir una analogía legal sobre el patrimonio. Puede ser visto como una formalidad sin denominación o atípico, que no cuenta con fundamento jurídico, reglamentado por la voluntad y de los intervinientes sin eficacia obligatoria, regido por un convenio voluntario de los que intervienen. Siendo el caso los cónyuges, mujer - vientre subrogado con la finalidad de procreación. Camacho (2005 p 5-10)

El principio interés superior del niño, registrado internacionalmente en 1989, en su Art. 3 de la “Convención sobre los Derechos del Niño”, textualmente expresa, Gonzales (2011) “En todas las medidas concernientes a niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, las autoridades

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

Al elevar I.S., como iniciación concurrente en la Convención de Derechos del Niño, está basada en: primero, consume una determinación explicativa, permitiendo hacer una definición general paralela con la supremacía de derechos de infancia, la CIDH, dice que el ISN es la apertura que regula la normatividad de los derechos de niños, cimentada en la dignidad de la persona, entendiendo como pilar de la conglomeración de derechos basados en la infancia; segundo, impone su observancia como compromiso en los ámbitos público y privado. Alegre, Hernández, & Camille,(2014)

En Perú, se reconoce en el título preliminar del Código del niño y adolescente que indica: “Artículo IX.- Interés superior del niño y del adolescente.- En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos” (Sokolich, 2015)****

El TC señala en cuanto al Interés superior del niño que: “...constituye aquel valor especial y superior según el cual los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por su derechos fundamentales.” (Ramos & Zavaleta, 2015)

“El interés superior del niño debe ser entendido como principio y como garantía es decir como vínculo normativo idóneo para asegurar efectividad a los

derechos subjetivos. Por esa razón, se le denomina principio- garantista”. Rivas (2015).

Vida E Integridad

Constitution 1993, Art. 2 inc. 22. -C.M.A. Art. I Título Preliminar, “Artículo 4.- A la integridad personal. -Todo niño y adolescente tiene derecho a que se respete su integridad personal. No podrá ser sometido a tortura, a trato cruel o degradante”.

“Se considera formas esclavizantes el trabajo forzado, la explotación económica, así como la prostitución infantil, trata, venta y tráfico de niños y adolescentes”.

Derecho de Familia.

Parra (2019) “Se refiere a Derecho de Familia el conglomerado de reglas que sistematizan la instauración de la familia, a partir de una apariencia oriunda y mutua. Este derecho, forma parte del Derecho Civil, siendo y los primordiales aspectos reguladores: el matrimonio, la filiación y tutela de menores o imposibilitados”.

Para López (2005 p 17-18) “la familia es el conjunto de personas que se hallan vinculadas por el matrimonio, por la filiación o por la adopción». Es decir: los elementos constitutivos o fuentes de la familia son el matrimonio, la filiación y la adopción. Mas, como quiera que la adopción es un tipo de filiación, aquellos elementos redúzcanse a dos”.

2.6.8 Maternidad Subrogada en el Perú

En el Perú no contamos con un ley o norma expresa sobre maternidad, gestación subrogada o vientre de alquiler, pero a través de medios se evidencia que día a día el uso de las técnicas de reproducción va en aumento, Diario la República (2020), siendo las clínicas principalmente quienes fomentan y ofrecen

tratamientos para satisfacer a padres de intención, a través de tratamiento de infertilidad, también la exposición de mujeres que ofrecen su vientre en alquiler.

El ordenamiento jurídico peruano, valora el derecho que tienen todos los ciudadanos a realizar uso de los avances de la ciencia y biotecnología, enmarcando los procedimientos para los problemas de infertilidad, circunscrito en los derechos reproductivos, el art. 7º septimo - GENERAL DE SALUD, no se permite la madre subrogada o gestantes subrogada, la situación de madre será persistentemente la misma en lo gestante y genética, continuando con los principios de veracidad legal, serviría emplear lo que no se encuentra prohibido, está permitido, salvaguardando las buenas costumbres y sin alterar el orden público.

2.6.9 Base Legal

Constitución Política del Perú.

Art. 2º inciso 14.- “Las personas en general, gozan de derecho a conseguir y pactar con propósitos legales y resguardando las buenas costumbres, orden público y la ley”.

“Artículo. 62º: Contratación libre, son libres para contratar, lo que avala a los intervinientes a pactar de manera valida, de acuerdo a la normatividad vigente, los procesos de contrato no serán reformados por la ley u otra disposición, cualquiera sea la variedad. Los problemas que devengan de la comunión pactada tendrán únicamente solución a través del p. judicial como vía arbitral, de acuerdo a los componentes de resguardo advertidos en su momento mediante el contrato, de no ser así lo que está contemplado en la Ley C.P.” (p. 32)

Código Civil de 1984 – Perú.

“Artículo 6.- Actos de disposición del propio cuerpo. - 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. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios.

Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia.”

Ley General de La Salud. Ley No 26842

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

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

SUB CAPITULO VII
LEGISLACIÓN EXTRANJERA Y DOCTRINA NACIONAL SOBRE LA
MATERNIDAD SUBROGADA.

2.7.1 Derecho Comparado – análisis.

La maternidad subrogada, vientre de alquiler en relación al derecho del niño, niña a ser parte de una familia bien constituida, no es tema solo de nuestro país, esto atañe y con mayor rigor a todos los países Latinoamericanos, en tanto también hay Estados o países que en la actualidad tienen muy avanzado la normatividad que regula el ámbito legal que coadyuva a la evolución de cada Estado.

Podemos valorar el estado actual referente a la regulación del vientre de alquiler o maternidad subrogada, como describo en el cuadro siguiente:

MATERNIDAD SUBROGADA O VIENTRE DE ALQUILER		
NO CUENTAN CON REGULACIÓN	PROHÍBEN	APRUEBAN
“Estados Unidos de América (No existe una legislación particular en la mayoría de los estados”) Colombia Argentina Ecuador Chile Uruguay Venezuela Perú	España** Alemania Francia	EE. UU (california Illinois) México (Tabasco y Sinaloa) Canadá Ucrania Rusia Brasil Escocia República de Sudáfrica* Reino Unido* New York La India
PAIS DONDE SE USO DE MANERA DESMEDIDA Y ACTUALMENTE ESTA RESTRINGIDA.		

Así, tenemos los siguientes países:

a. Los Estados Unidos.

“Es permitido por ley celebrar convenios de gestación o útero de alquiler, en California – Estado, la regulación ampara la contrata de un vientre alquilado sin ninguna restricción, mientras que en Illinois – Estado, se manifiestan ciertas restricciones para celebrar las estipulaciones escritas de maternidad subrogada, pero si son permitidos. Además, en New York recientemente se aprobó la gestación subrogada remunerada, a través de la celebración de contratos, donde las madres subrogadas están protegidas por un seguro, al igual que los padres requirientes en caso no se cumpla con la subrogación”.

b. En México.

“Solamente se entra regulada en las ciudades de Sinaloa y Tabasco, mas no existe una regulación sobre la gestación por subrogación o alquiler de vientre, a nivel nacional o que estandarice a todo el país de México. En el contrato se contempla registrar al niño que nace por intermedio de la maternidad subrogada, mas no promete garantías a los intervinientes en la celebración, si en el proceso hubiera algún inconveniente o disconformidad”. (Martínez –Martínez 2015 p353)

c. En Canadá.

“Está permitido el uso de la maternidad o gestación subrogada, con una regulación que data desde el 2004, pueden hacer uso de ella cualquier modelo de familia o persona, siempre en cuando sea gratuita mas no onerosa, para esto la Assited Human Reproduction Act, deja una serie de requisitos que hace muy difícil conseguir una gestante subrogada, solo en el estado de Quebec, está prohibida el uso de cualquier tipo de reproducción asistida”.

d. En Ucrania.

“Cuentan con ley que ampara la maternidad subrogada, la cual dice que solo pueden acceder las parejas heterosexuales en matrimonio, siendo mínimamente uno de los dos cónyuges, si no es posible los dos, aportantes de los gametos. En este país se emplea la MS a cambio de retribución económica y cuentan con el

amparo del Código de Familia de Ucrania Art. 123. Y la Orden 771° - Ministerio de salud”.

e. En Rusia.

“Cuentan con Ley N° 5487 - 1 Federal, la cual guarda y custodia la salud de los habitantes, encargada de normar y fijar los cimientos de las prácticas de reproducción o gestación subrogada, brindando facilidades para aquellos que desean convertirse en padres (aun extranjeros), tan solo si son matrimonios heterosexuales o mujeres solteras, entre otras restricciones”. Fuente: Interfertility

f. En Brasil.

“Únicamente contemplan la gestación subrogada de manera altruista donde la gestante debe ser familiar, y ambas madres (intención y subrogada) deben tener o menos años, la requirente tiene que certificar la imposibilidad gestar, entre otros que están respaldados en la Resolucao CFM N° 1.957/2010 y Resolucao CFM N° 2.121/2015”.

g. República de Sudáfrica.

“Cuentan con una regulación que ampara el uso de los contratos de gestación, maternidad o vientre subrogado, siempre en cuando cumpla con ser altruista, ya que prohíben la proceso por retribución onerosa”.

h. Reino Unido.

“Se encuentra permitida si los contratos tienen fines solidarios, encontrándose prohibido los contratos de esta naturaleza a título oneroso”.

i. En España.

“No se encuentra prohibida la gestación por sustitución, más la celebración de contratos por esta práctica son nulos, gestación sustituta o vientre de alquiler, en el artículo 10 de la Ley 14/2006 dice. Por pleno derecho la celebración de contratos en el que se acuerde gestación, contemplando dación económica o no,

en obligación de una fémina que deja o renuncia a una mujer que renuncia a maternidad para favorecer a un contratante u otra persona” (Sánchez, 2018 p 4)

j. En Alemania.

“Se considera una la celebración de un contrato por maternidad subrogada es penalmente castigado, pudiendo ser penas económicas e inclusive las que privan de su libertad por el periodo de 3 años, el contrato por subrogación de maternidad, transgrede la dignidad de la persona, resaltando que la Ley 145190, relacionada a la protección de embrión, limitando en lo penal la cantidad de embriones que serán fecundizados en una fémina mínimo o equitativamente a tres óvulos en el mismo período. En la mencionada norma no es nombrada como tal a la práctica de útero subrogado, más si se impide la reproducción artificial de embriones o óvulos, iniciando la maternidad con una mujer la cual no es la misma que brinda el ovulo”.

k. En Francia.

“De manera rotunda niegan la gestación subrogada, pues aquí la solo puede ser la madre la que alumbró al menor, y no conciben que un niño tenga más de una madre, más si han considerado la filiación hijos de franceses que han consentido hijos fuera de su natal en otros países a través de procesos de reproducción, ya que el tribunal lo considero procedente”. (Prieto 2015 p. 1)

l. En La India.

“En año 2002, se reglamentó la maternidad subrogada con bastantes facilidades, lo cual provoco que se convertiría como en un mercado o fábrica de hacer niños, ya que muchos extranjeros en esencial lo españoles, recurrían a mujeres de La India, para lograr sus hijos. Esta norma fue evolucionando en el 2006 y luego en el 2016, se promulgo la ley “The Surrogacy (Regulation) Bill, (2016) la cual prohibió esta práctica de para visitantes, o personas transeúntes en la India, solo se permite hacer uso a los matrimonios indios que tengan la condición de infértiles”.

m. En Colombia.

“A través del Código Penal, en su artículo 132°, dice estar prohibida la maniobra de genes, por aprobando efectuar ningún acto de estudios genéticos con material humano, aun demostrando la finalidad de alivio o mejora de salud de las personas o humanidad no se permite”.

n. En Argentina.

“La Legislación sobre la maternidad, dice que pertenece a la mujer que se embaraza ser la que alumbró, su código civil y comercial, considera en el artículo 562° que: “el concebido a través de las TERAs, se consideran hijos de la mujer que alumbró y también de la persona (hombre o mujer) que con su consentimiento prestado de manera informada y libre”.

o. Ecuador.

“No se evidencia avance de la ciencia, en relación maternidad o vientre subrogado no se encuentra legislación o norma alguna que trate sobre el tema sea en aceptación o prohibición”.

p. Chile.

“Su Código Civil art.182° manifiesta amparo solo para los que padres genéticos que se someten a uso de las técnicas de reproducción humana asistida, son padres del concebido, no puede existir un tercero elemento (gestante subrogada)”.

“Son padres del hijo concebido mediante dicho método, es así que no hay opción a impugnar ni reclamar la filiación, también el Código Sanitario Art. 145°, considera que los tejidos u órganos donados, serán utilizados en una persona diferente, siempre que sea de manera altruista y por necesidad terapéutica, por tal la donación de gametos está amparada; pero en la actualidad este país como la mayor parte de países, velan por el principio mater Semper certa est, siendo que el alumbramiento define la maternidad legal lo cual es contrario a lo dicho en su Código Sanitario y el Código Civil chileno”.

SUB CAPITULO VIII

DELITOS CONTRA LA FAMILIA EN EL DERECHO COMPARADO

2.8.1 Delitos contra la familia en el derecho comparado.

La familia, al ser una institución jurídica con demasiada importancia para el orden social, es una de las más protegidas, he ahí que la vulneración de esta institución, núcleo de la sociedad, debe ser reprimida penalmente. Veremos cómo están tipificados los delitos contra la familia en el derecho comparado.

2.8.1.1 Código Penal de la Nación Argentina:

“En el Código Penal de la República Argentina, los delitos contra la familia están tipificados con una denominación análoga: Delitos contra el estado civil”. En palabras del catedrático argentino DONNA, “El título de estado civil, que tiene análogo sentido al estado de familia, es el vínculo familiar legalmente constituido, y debidamente acreditado, que origina derechos y obligaciones entre las personas a quienes liga, constituyendo estos vínculos de filiación, matrimonio y parentesco el título de su estado civil, vale decir, la causa jurídica que suscita el nacimiento de derecho y obligaciones entre ellos.” (Donna,2001,p.14).

Según Zannoni, “en Derecho Privado los conceptos de estado civil y de estado de familia prácticamente se superponen, aunque no son de todo coincidentes”. (Zannoni)

“El título comprende dos capítulos, el de matrimonios ilegales, el primero referido a matrimonios ilegales (arts. 137 a 137) y el segundo al a supresión y suposición del estado civil (arts. 138 y 139). Esta distribución de materias se inicia con el proyecto de 1891 (Villegas, Uganiza y García). El Título VI comprendía los Delitos contra el orden de las familias y la moral pública, que abarcaba, en el Capítulo III, Los matrimonios ilegales, y en el Capítulo IV Los

delitos contra el estado civil de las personas. Esta forma de legislar pasó a los proyectos de los años 1906 y 1917”.

“El proyecto Tejedor y el Código de 1886 le daban títulos distintos al matrimonio ilegal y a la supresión de estado civil, siendo dicha división abandonada con el precitado proyecto del año 1891, con la justificación de que en uno y otros casos se trataba de delitos de la misma naturaleza, puesto que ambos atacaban el estado civil de las personas, alterando su condición en la familia y en la sociedad”.

Al respecto dicen los comisionados: "El Código legisla en títulos separados los matrimonios ilegales y la supresión y suposición de estado, estos últimos hechos bajo el epígrafe Delitos contra el estado civil de las personas, como si fueran materias completamente distintas. Sin embargo, se trata en uno y otros casos de delitos de la misma naturaleza [...] atacan todo el estado civil de las personas [...] altera(n) la condición de la persona en la familia y en la sociedad. Por eso, de acuerdo a los códigos españoles y otros, hemos reunido en un título, dividido en dos capítulos, dichos atentados" (Laje, 1978, p.217).

Supresión y suposición del estado civil y de la identidad

Según Laje (1978), “los delitos contra el estado civil de las personas representan un modo de ofensa a los derechos de familia. Dice que las causas por las que surgieron estos delitos es la necesidad de reconocer una clases especial de delitos en las ofensas que lesionan al hombre, no sólo en su condición de individuo aislado, sino considerado además como individuo ligado a un determinado número de semejantes por vínculos de familia”.

“El artículo 138 se refiere a la supresión y alteración del estado civil, obviándose tras la reforma el elemento subjetivo -ánimo de causar perjuicio- que tenía el texto reemplazado, y agravándose la pena que fijaba el anterior. El artículo 139, inciso 1º, se refiere a la figura de suposición de parto, protege a la

identidad de la persona como bien jurídico y, también en este caso, se agrava la pena, que era de uno a cuatro años de prisión, reemplazándola por la de dos a seis años de prisión. El inciso 2° del mismo artículo se refiere a la figura de supresión y alteración de la identidad de menores”. “Se traduce en el ataque contra un bien jurídico, que es la identidad del menor de 10 años. En el artículo 139 bis, primer párrafo, la ley 24.410 crea un nuevo tipo penal, que Creus llama "intermediación prohibida", o "intermediación" en opinión de Laje, estableciendo para los que intermedian, promocionan o facilitan los delitos previstos por el capítulo, penas más graves que para los autores de ellos. En el párrafo segundo del artículo mencionado se establecen penas agravadas en función de la calidad de los autores. Los delitos de este capítulo contemplan acciones que toman imposible o muy dificultosa la determinación del estado civil y la identidad de una persona, o que le atribuyen un estado civil que no es el que le corresponde, incidiendo sobre cualquier relación que concierna a dicho estado (filiación, matrimonio, adopción). Esas acciones pueden estar constituidas por falsedades documentales, materiales o ideológicas (atribuyendo a una persona un estado que no tiene), o por acciones que no impliquen tales falsedades (por cj., simular, ocultar o suprimir noticias de circunstancias que sitúan a la persona en un determinado estado. En síntesis, se trata de sacar a la persona del estado de familia que posee, y al que tiene derecho con base constitucional, y colocarla en otro según el criterio y la voluntad del sujeto que lo hace. En otros términos, todos los delitos de este capítulo sancionan conductas que suponen la adscripción familiar al margen de lo preceptuado legalmente, creando una apariencia falsa de las relaciones jurídico- familiares”. (Laje, 1978, p.220).

La ley 24.401. Tráfico de menores. Delitos contra la identidad de las personas

“Esta ley nació por iniciativa de la Cámara de Senadores, y a su respecto existieron cinco proyectos tendientes a modificar la delincuencia relativa a los delitos que atentaban contra el estado civil y la identidad de las personas. Al primero lo suscribió el senador Laferriere; al segundo, el senador Romero Feris; al

tercero, el senador Molina; al cuarto, la senadora Rivas y al quinto, el senador De la Rúa.”

“Con respecto a los delitos que analizamos, la ley 24.410, sancionada el 30 de noviembre de 1994, ha modificado la rúbrica del Capítulo II Supresión y suposición de estado civil por Supresión y suposición del estado civil y de la identidad, ampliando de esa forma el bien jurídico protegido, que hasta ese momento era la posesión de estado civil, al derecho a la identidad de las personas. Este tema ha dado lugar a diversas interpretaciones: si bien existen autores que le quitan trascendencia a la modificación, y sostienen que no existe ninguna diferencia entre estado civil e identidad, por cuanto esta última deriva de aquél. Otros, por su parte, manifiestan que es trascendente la reforma por cuanto la identidad es un concepto que abarca al estado civil, y sería omnicomprendivo de todo lo relacionado con el tema”.

2.8.1.2 Código penal español:

El Código Penal español, contiene el Título XII: Delitos contra las relaciones familiares.

SUB CAPITULO IX DEFINICIÓN DE CONCEPTOS

2.9.1 Definición de conceptos

Delito:

“Es una acción u omisión típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible”. (Varsi, 2004,p.174).

Exposición:

“Consiste en colocar al niño fuera de su medio, generalmente el familiar, de modo que resultado de esto se produzca la confusión o se genere una duda respecto a su verdadera filiación, de modo que no existirá certeza sobre su verdadero entroncamiento legal”. (González, 2011,p.65).

Filiación:

“La filiación en sentido genérico es aquella que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes y, en sentido estricto, es la que vincula a los hijos con sus padres y establece una relación de sangre y de derecho entre ambos”. (González, 2011,p.66).

Imputado:

“Es la persona que, mediante cualquier acto en el procedimiento, sea señalado como autor o partícipe de un hecho delictivo”. (Salinas, 2007,p.98).

La maternidad:

“Es parte del organismo jurídico de procedencia, o mejor dicho del, es decir, del parentesco original y/o legítimo, que vincula a los hijos con su que une a los hijos con sus padres, podría descender la dependencia naturalmente (procreación) como también por defecto de ley o legislación (adopción). Además, se manifiesta que la maternidad es el vínculo efectivo o admitido de la mother y el descendiente”. (Pérez & Cantoral, 2014)

Ocultamiento:

“Este comportamiento supone que se debe sustraer al menor de la vigilancia y guardianía de sus padres, iniciándose otro mando de custodia por personas a quienes no les corresponde tal derecho y/o deber”. (González, 2011, p.75).

Pena:

“Es la sanción penal que el Estado aplica a quienes cometen delito. Salinas”. 2007, p.99).

Sustitución:

“Este comportamiento se va a configurar cuando un menor es reemplazado por otro, para que este último asuma la identidad de quien está sustituyendo”. (Bermúdez, 2010, p.71).

CAPITULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1 Formulación de la hipótesis

3.1.1 Hipótesis general

En alta medida la maternidad subrogada o vientre de alquiler afecta significativamente el derecho a la identidad del menor, y trae como consecuencia la alteración de la filiación establecida en el artículo 145 del Código Penal en Perú, 2018, por existir el vacío legislativo en el Perú.

3.1.2 Hipótesis específicas

Hipótesis Especifica 01.

Los efectos jurídicos que ocasionan la maternidad subrogada o vientre de alquiler, son la transgresión a los derechos del menor a tener una familia constituida, el derecho a su identidad y la vulneración al derecho del niño a conocer su identificación biológica y genética.

Hipótesis Especifica 02.

La sanción penal establecida en el artículo 145 del código penal sobre la alteración de la filiación del menor no garantiza la protección del derecho a la identidad del menor, debido a que la tipificación es deficiente y ambigua, y de otro, “la maternidad subrogada o vientre de alquiler” no se encuentra positivizada en Perú, 2018.

Hipótesis Especifica 03.

Es extremadamente muy alto el porcentaje de casos por delitos de alteración de la filiación que afectan el derecho a la identidad del menor, y que dichos casos se tipifican equivocadamente por el delito de falsedad de documentos en la modalidad de inserción de datos falsos del menor por uso de documento público, y se fundamenta este alto porcentaje en la tipificación errada y también porque la

figura legal de la maternidad subrogada o vientre de alquiler no se encuentra reconocida en la legislación peruana - por vacío legal -, y por ende no se encuentra dicha figura punibilizada en la ley penal peruana.

3.1.3 Variables e indicadores

3.1.3.1 Identificación de la variable independiente

X= La maternidad subrogada o vientre de alquiler

A. Indicadores

X.1= Declaración Universal de los Derechos Humanos

X.2= Constitución Política del Perú.

X.3= Código del Niño y Adolescentes

X.4= Desarrollo integral del menor

X.5= Inexistencia de una ley para regular el procedimiento

X.6= Sanción penal.

B. Escala para la medición de la variable

Nominal

3.1.3.2 Identificación de la variable dependiente

Y=La alteración de la filiación

Y1= Derecho a la identidad

A. Indicadores

X.1=Exponer

X.2=Ocultar

X.3=Sustituir

X.4=Falsa filiación

X.5=Sanción penal

- Y1.1=Identidad estática
- Y1.2=Identidad dinámica
- Y1.3=Identidad personal
- Y1.4=Identidad Genética
- Y1.5=Nivel de afectación

B. Escala para la medición de la variable

Nominal

3.1.4 Tipo de investigación

“La forma de investigación es una investigación básica, busca el conocimiento de la realidad o de los fenómenos de la naturaleza, para contribuir a una sociedad cada vez más avanzada y que responda mejor a los retos de la humanidad”.

3.1.5 Método y diseño de la investigación

3.1.5.1 Método de la investigación

“El estudio corresponde a una investigación jurídico-social, siendo de enfoque mixto, en tanto se utilizaron métodos estadísticos y no estadísticos.

El primero, se utilizó para la presentación de tablas y figuras, así como para la contrastación de las hipótesis planteadas.

Se aplicaron el método lógico inductivo; el cual permite el razonamiento que, partiendo de casos particulares, se eleva a conocimientos generales. Este método permite la formación de hipótesis, investigación de leyes científicas, y las demostraciones”.

3.1.5.2 Diseño de la investigación

“El estudio corresponde a uno de diseño no experimental (ex post facto, en tanto no habrá manipulación de variables, sino que los datos serán recogidos después de ocurrido el hecho.

Asimismo, corresponde a un diseño Descriptivo – explicativo; es descriptiva, porque mide y describe las variables objeto de estudio, y es explicativa, porque busca determinar la causa y efecto entre las variables de estudio: el uso de documento falso y La alteración o supresión de la filiación y el derecho a la identidad”.

3.1.6 Ámbito y tiempo social de la investigación

Desde el punto de vista geográfico el presente trabajo de investigación es en la región Tacna, dado que el estudio comprende el delito de alteración o supresión de la filiación del menor, y el delito de falsedad – uso de documento público.

3.1.7 Unidades de estudio

Las unidades de estudio comprenden los casos sobre alteración de la filiación, el uso de documentos públicos (estadística) y los profesionales del derecho en materia penal.

3.1.8 Población y muestra

3.1.8.1 Población

La población de estudio la comprenden los profesionales del derecho en materia penal y familiar.

Cuadro N° 01

Población	Número
Jueces	7
Fiscales Penales	16
Abogados	480
Total	506

Fuente: Colegio de Abogados de Tacna

3.1.8.2 Muestra

Determinación de profesionales en materia de derecho penal.

Fórmula:

$$n = \frac{nZ^2}{4(n-1)e^2 + Z^2}$$

Donde:

N= Población

n= Muestra provisional

Z=Nivel de confianza

E= 0.05 (precisión o margen de error)

Procedimiento:

$$n = \frac{506*1.96^2}{4(506 - 1)0.05^2 + 1.96^2}$$

$$n = \frac{1943.84}{8.89}$$

$$n = 218.65$$

$$n = 219 \text{ profesionales del derecho penal}$$

Estratificación de la muestra:

Cuadro N° 02

Profesionales del derecho penal	Población	Muestra
Jueces	7	3
Fiscales Penales	16	7
Abogados	480	208
Total	506	219

Fuente: Colegio de Abogados de Tacna

3.1.9 Criterios de inclusión y exclusión

a) Criterios de inclusión

Se tomaron en consideración a los magistrados y abogados penalistas.

b) Criterios de exclusión

Se excluyen a todos los que no están inmersos en el criterio anterior; y a los que por situaciones de contingencia no pudieron contestar el cuestionario.

3.2 Recolección de los datos

3.2.1 Procedimientos

Para la recolección de datos se recurrió a la aplicación del instrumento de medición de la Ficha de análisis documental, el cuestionario de encuesta, aplicadas a los profesionales del derecho según muestra establecida.

3.2.2 Técnicas de recolección de los datos

Como técnicas en el desarrollo de la investigación se utilizaron:

- El análisis documental, y
- La encuesta.

3.2.3 Instrumentos para la recolección de los datos

Los instrumentos de medición que se aplicaron son:

- Ficha de Análisis documental, y
- El cuestionario de encuesta.

El cuestionario de Encuesta ha sido validado por tres Académicos. Ver anexo 05.

3.3 Procesamiento, presentación, análisis e interpretación de los datos.

“La información se procesó electrónicamente, utilizando para ello el programa Microsoft Excel, para presentar los ítems mediante gráficas y, al mismo tiempo

estimar las frecuencias absolutas y relativas de cada reactivo para describir la variable a estudio”.

3.3.1 Presentación de datos

Consiste en dar a conocer los datos en forma resumida, objetiva y entendible, en el presente trabajo se utilizó el método tabular:

- Tablas, cuadros estadísticos y los gráficos que se utilizaran con fines comparativos para presentar cifras absolutas y/o porcentajes.

3.3.2 Análisis de datos

Se analizó e interpreto la información procesada a través del análisis cuantitativo, cualitativo, y la síntesis.

CAPITULO IV

MARCO PRÁCTICO

4.1 Tratamiento Estadístico e Interpretación de Resultados.

4.1.1 Presentación análisis y discusión de los resultados.

4.1.1.1 La Encuesta

Se analizaron 10 Ítems o preguntas contenidas en esta encuesta, teniendo en consideración el universo descrito que son 506, y 219 como muestra representativa y población; se ha tomado también en consideración los siguientes aspectos que serán además materia de comentario:

La encuesta es la siguiente y los temas son:

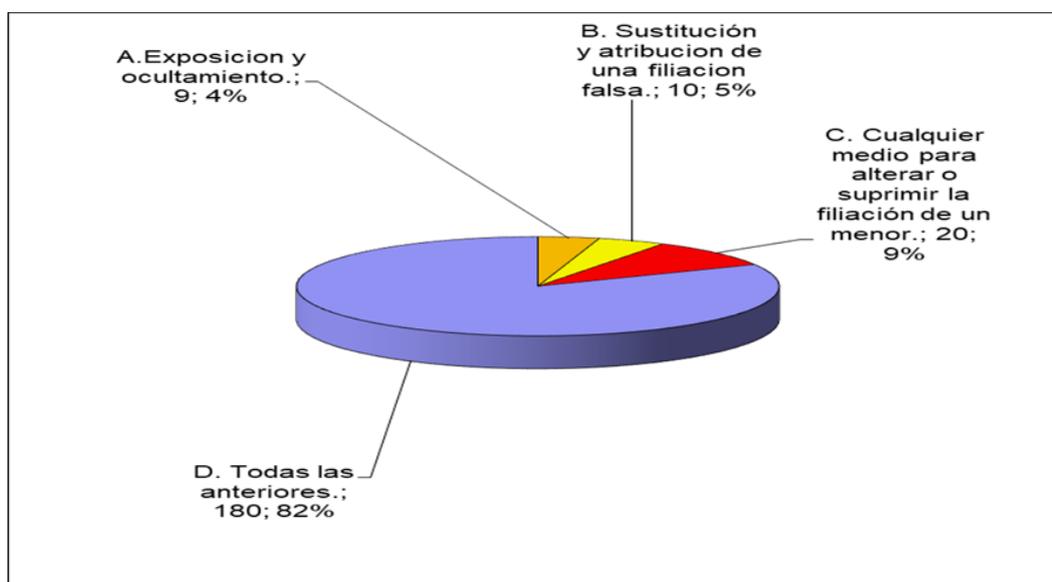
1. El artículo 145 del Código Penal establece los siguientes tipos penales o conductas penales sancionables. ¿Cuál de ellas afecta el derecho a la identidad del menor?:

- A () Exposición y Ocultamiento.
- B () Sustitución y atribución de una filiación falsa.
- C () Cualquier medio para alterar o suprimir la filiación de un menor.
- D () Todas las anteriores.

Tabla N° 01:

Frecuencia	Encuestados	Porcentaje
A. Exposición y Ocultamiento	09	04%
B. Sustitución y atribución de una filiación falsa	10	05%
C. Cualquier medio para alterar o suprimir la filiación de un menor.	20	09%
D. Todas las anteriores	180	82%
	219	100%

Fuente: encuesta aplicada a profesionales del derecho.

**Figura 1.**

Interpretación cuantitativa e interpretación cualitativa.

Se ha determinado que un alto porcentaje de la población encuestada conoce el contenido del tipo penal en análisis.

Entonces podemos colegir que casi el 82% de la población encuestada conoce el tipo penal.

- 2. El Derecho a la Identidad del niño o el Derecho a conocer su propio origen, es uno de los Derechos fundamentales de cada menor, establecido así a nivel Internacional, por medio de la Convención de Derechos del Niño, como a nivel interno a nivel de derecho Constitucional y en nuestra legislación vigente**

Tabla N° 02:

	Frecuencia	Encuestados	Porcentaje
Si		214	98%
No		05	02%
		219	100%

Fuente: encuesta aplicada a profesionales del derecho.

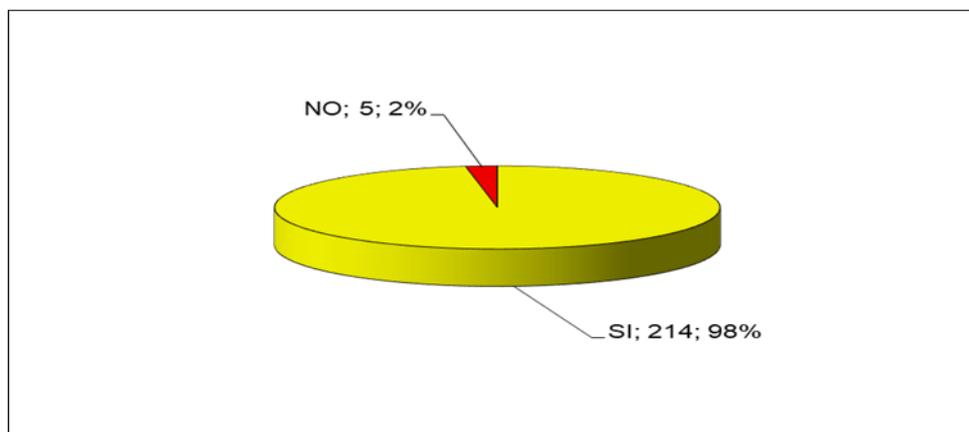


Figura 2.

Interpretación cuantitativa e interpretación cualitativa.

Se ha determinado que un 98% de la población encuesta considera que El Derecho a la Identidad del niño o el Derecho a conocer su propio origen, es uno de los Derechos fundamentales de cada menor, establecido así a nivel nacional e Internacional. Entonces podemos colegir que la gran mayoría de la población encuestada reconoce “el derecho de identidad de los menores”.

3. **¿Cree Ud. que en el Perú se está afectando el derecho a la identidad del menor en el tipo penal del art. 145 del Código penal, respecto a la alteración de su filiación, con relación a “la Maternidad Subrogada o vientre de alquiler”?**

Tabla N° 03.

	Frecuencia	Encuestados	Porcentaje
Si		160	73%
No		59	27%
		219	100%

Fuente: encuesta aplicada a profesionales del derecho.

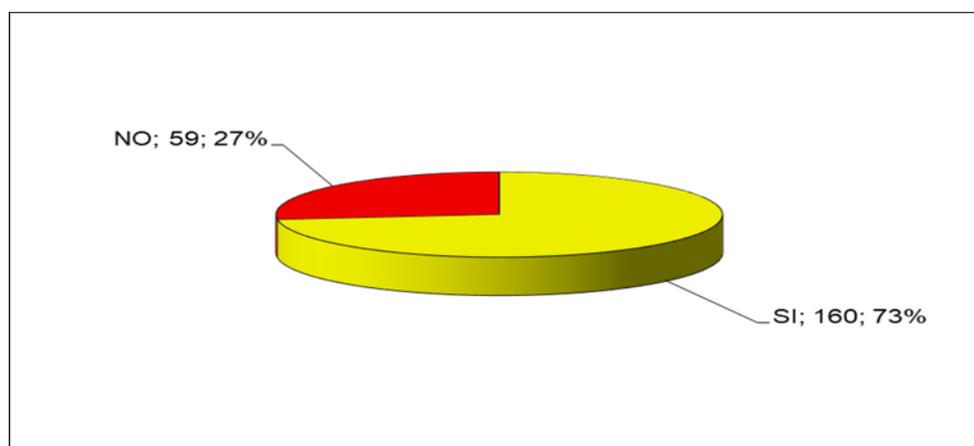


Figura 3

Interpretación cuantitativa e interpretación cualitativa.

Se ha determinado que un 73% de la población encuestada considera que se está afectando el derecho a la identidad del menor en el tipo penal del art. 145 del Código penal, respecto a la alteración de su filiación. Entonces podemos colegir que, si existe afectación al derecho a la identidad del menor, y por ende desprotección del menor en cuanto a su derecho de identidad, con relación a la Maternidad Subrogada o vientre de alquiler.

4. **¿Cree Ud. que con las denuncias penales por delito de Alteración o supresión de la filiación de menor Artículo 145° del Código penal ante el ministerio Publico se estaría afectando el derecho a la identidad del menor, con relación a la Maternidad Subrogada o vientre de alquiler.?**

Tabla N° 04.

Frecuencia	Encuestados	Porcentaje
Si	124	57%
No	95	43%
	219	100%

Fuente: encuesta aplicada a profesionales del derecho.

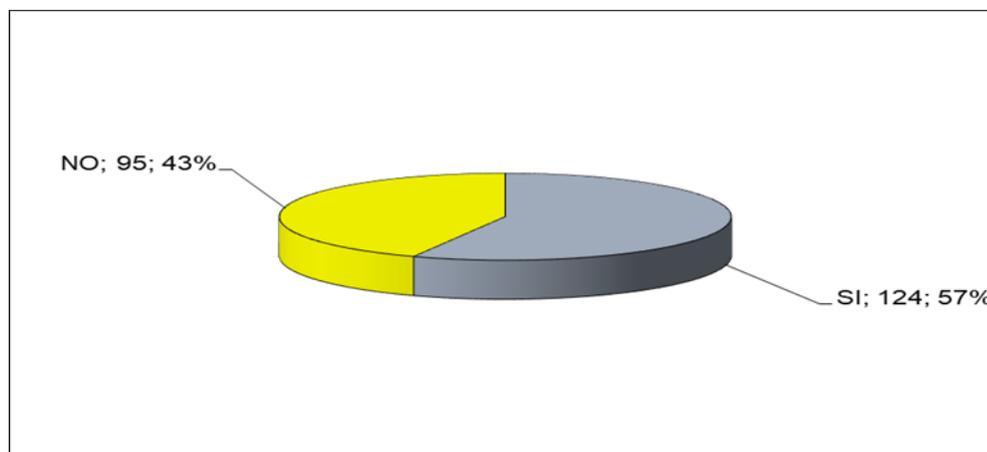


Figura 4.

Interpretación cuantitativa e interpretación cualitativa.

Se ha determinado que un 57% de la población encuestada considera que con las denuncias penales por delito de Alteración o supresión de la filiación de menor se estaría afectando el derecho a la identidad del menor. Entonces podemos colegir que, si existe afectación al derecho a la identidad del menor, con relación a la Maternidad Subrogada o vientre de alquiler.

5. Con relación a la Maternidad Subrogada o vientre de alquiler, Qué tipo de identidad estaría afectando el derecho de identidad del menor en las denuncias penales: (puede marcar varias alternativas)

Tabla N° 05.

Frecuencia	Encuestados	Porcentaje
A. Identidad Estática	09	04%
B. Identidad Dinámica	10	05%
C. Identidad Personal	80	36%
D. Identidad Genética	120	55%
	219	100%

Fuente: encuesta aplicada a profesionales del derecho.

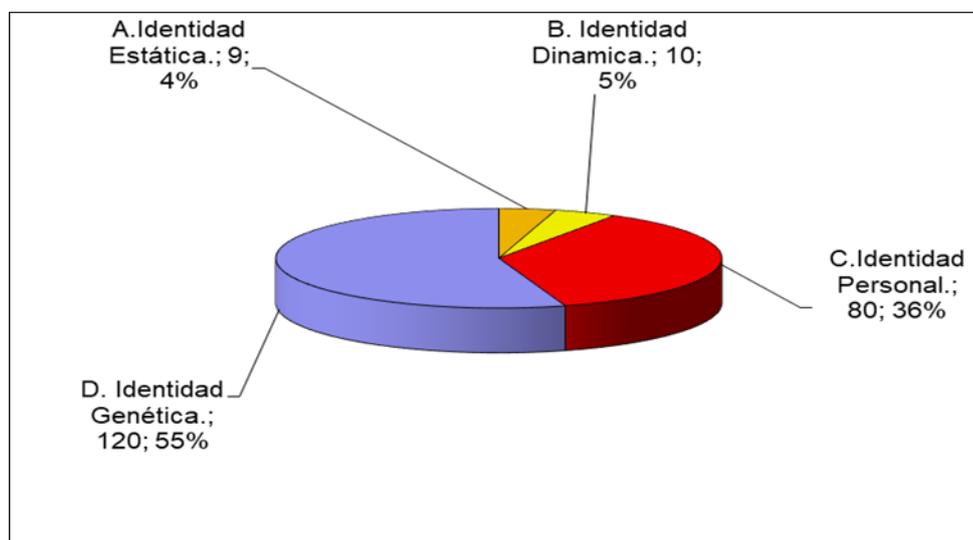


Figura 5.

Interpretación cuantitativa e interpretación cualitativa.

Se ha determinado que un 55% de la población encuestada considera que se afecta la identidad Genética, y un 36% la Identidad Personal.

Entonces podemos colegir que casi el 80% de la población encuestada considera que se vulnera el derecho a la identidad personal y genética, Con relación a la Maternidad Subrogada o vientre de alquiler.

6. ¿Cree Ud. que el contrato de “la Maternidad Subrogada o vientre de alquiler” trae efectos jurídicos nocivos al transgredir los siguientes derechos, por existir un vacío legislativo en nuestro sistema jurídico peruano:?

- A () Derecho a la dignidad del menor a tener una familia constituida.
- B () Derecho a la Identidad y al desarrollo integral de la personalidad del menor.
- C () Derecho del menor a conocer su identificación biológica y genética.
- D () Derecho constitucional a la promoción de la paternidad y maternidad responsables.
- E () Todas las anteriores.

Tabla N° 06.

Frecuencia	Encuestados	Porcentaje
A. Derecho a tener familia constituida	50	23%
B. Derecho Identidad y desarrollo personalidad	76	35%
C. Derecho a Conocer Identidad Biológica y Genética	76	35%
D. Derecho Promoción paternidad y maternidad responsables	10	05%
E. Todas las anteriores	05	02%
	219	100%

Fuente: encuesta aplicada a profesionales del derecho.

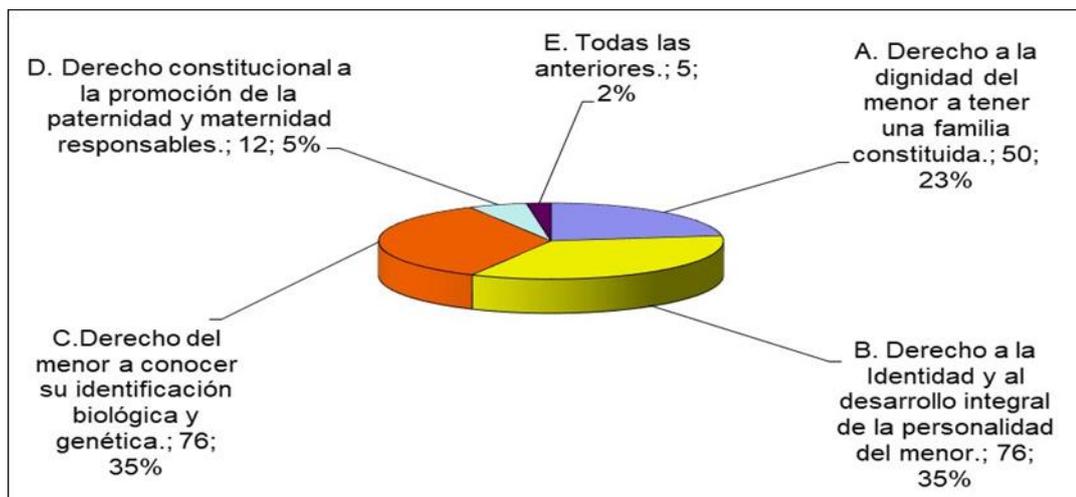


Figura 6.

Interpretación cuantitativa e interpretación cualitativa.

Se ha determinado que un 35% de la población encuestada considera que se afecta el derecho a la identidad del menor y otro 35% considera que se afecta su identificación biológica y Genética.

Entonces podemos colegir que casi el 70% de la población encuestada considera que se vulnera el derecho a la identidad y desarrollo personal y la identificación biológica y genética, Con relación a “la Maternidad Subrogada o vientre de alquiler”.

7. ¿Cree Ud. Que al existir vacío legislativo en la legislación Nacional con relación a “la Maternidad Subrogada o vientre de alquiler”, debería de positivizarse este como Delito, a efectos de evitar vulneraciones a los derechos del menor ?

Tabla N° 07.

Frecuencia	Encuestados	Porcentaje
Si	208	95%
No	11	05%
	219	100%

Fuente: encuesta aplicada a profesionales del derecho.

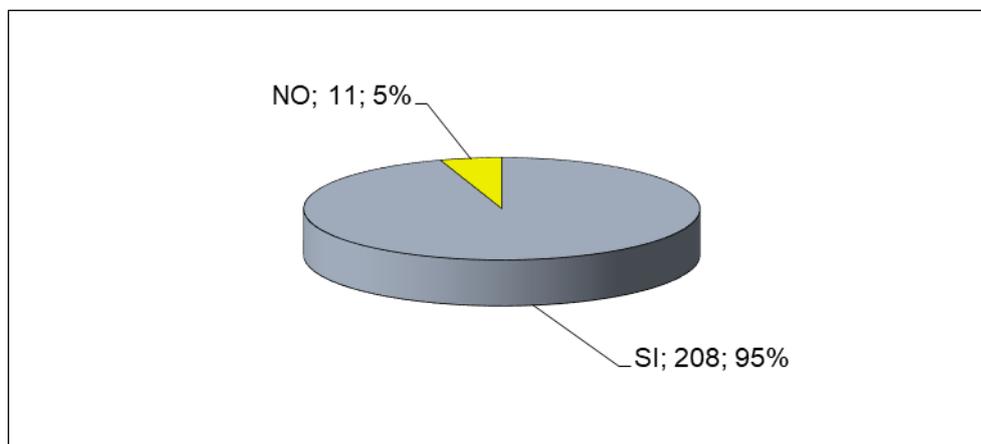


Figura 7.

Interpretación cuantitativa e interpretación cualitativa.

Se ha determinado que un 95% de la población encuestada considera que se debe de positivizar o penalizar como delito “la Maternidad Subrogada o vientre de alquiler”.

Por lo que se colige que es necesario criminalizar la maternidad subrogada.

8. ¿Usted cree que el uso de documento público en el delito de falsedad de documentos en la modalidad de inserción de datos falsos afecta significativamente el derecho a la identidad del menor, y trae como consecuencia la alteración de la filiación del menor, con relación a “la maternidad subrogada o vientre de Alquiler”?

Tabla N° 08.

Frecuencia	Encuestados	Porcentaje
Si	202	92%
No	17	08%
	219	100%

Fuente: encuesta aplicada a profesionales del derecho.

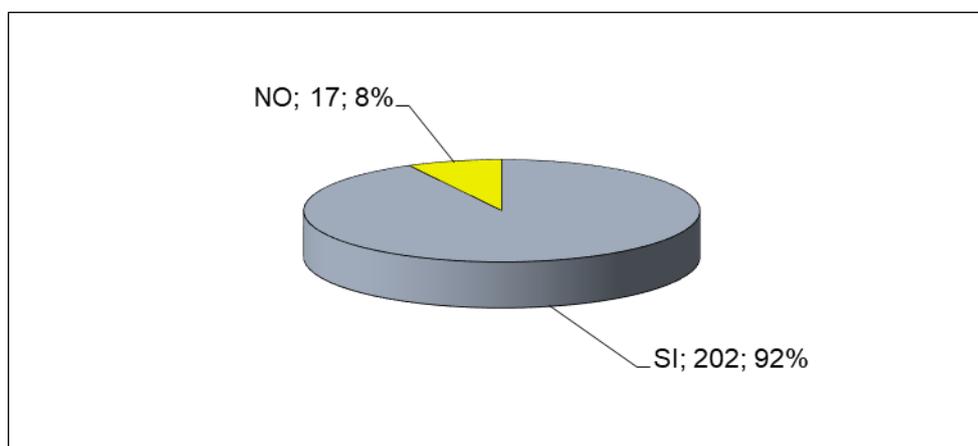


Figura 8.

Interpretación cuantitativa e interpretación cualitativa.

Se ha determinado que un 92% de la población encuestada considera que la inserción de datos falsos en el uso de documento público afecta significativamente el derecho a la identidad del menor y trae como consecuencia la alteración de la filiación de menor.

Entonces podemos colegir que si existe afectación al derecho a “la identidad del menor”, con relación a “la maternidad subrogada o vientre de Alquiler”.

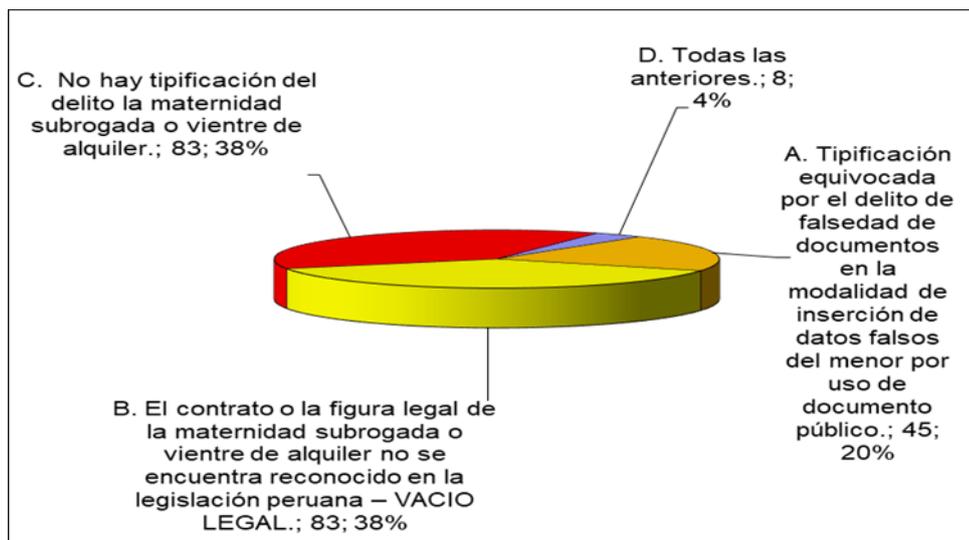
9. ¿Cuál es el fundamento que los casos de alteración de la filiación del menor sea muy alto en el Poder Judicial de Tacna en el 2018?

- A. Tipificación equivocada por el delito de falsedad de documentos en la modalidad de inserción de datos falsos del menor por uso de documento público.
- B. El contrato o la figura legal de la maternidad subrogada o vientre de alquiler no se encuentra reconocido en la legislación peruana – VACIO LEGAL.
- C. No hay tipificación del delito la maternidad subrogada o vientre de alquiler.
- D. Todas las anteriores.

Tabla N° 09.

Frecuencia	Encuestados	Porcentaje
A. Tipificación equivocada	45	20%
B. Vacío legal	83	38%
C. NO tipificación delito	83	38%
D. Todas las anteriores	08	04%
	219	100%

Fuente: encuesta aplicada a profesionales del derecho.



Interpretación cuantitativa e interpretación cualitativa.

Se ha determinado que un 76% de la población encuestada considera que por vacío legal de la maternidad subrogada en el Perú y por no estar tipificado dicho acto como delito se afecta significativamente el derecho a la identidad del menor y trae como consecuencia la alteración de la filiación de menor, y por ende un alto índice o porcentaje de casos en el Poder judicial.

10. Usted cree que el tipo penal: “Alteración o supresión de la filiación de menor Artículo 145°.- El que exponga u oculte a un menor, lo sustituya por otro, le atribuya falsa filiación o emplee cualquier otro medio para alterar o suprimir su filiación será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años”.

Debe ser:

- A () Modificado en cuanto al precepto.
- B () Modificado en cuanto a la sanción.
- C () Que siga vigente.
- D () Derogada.

Tabla N° 10.

Frecuencia	Encuestados	Porcentaje
A. Modificado en cuanto al precepto	124	56%
B. Modificado en cuanto a la sanción.	04	02%
C. Que siga vigente	04	02%
D. Derogada	87	40%
	219	100%

Fuente: encuesta aplicada a profesionales del derecho.

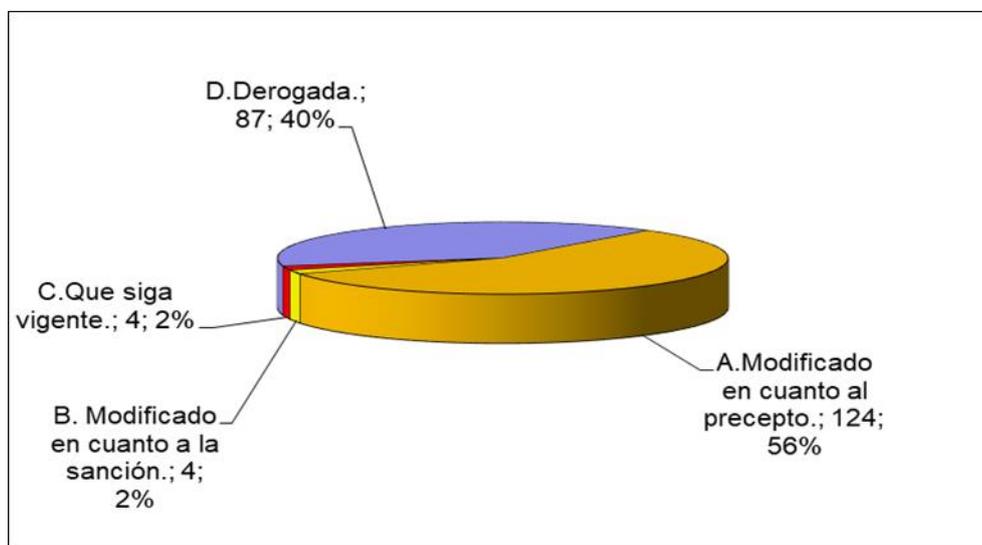


Figura 10.

Interpretación cuantitativa e interpretación cualitativa.

Se ha determinado que un 40% de la población encuestada considera que el tipo penal debe ser derogado, y un 56% considera que el tipo penal debe ser modificado en cuanto al precepto.

Entonces podemos colegir que casi el 90% de la población encuestada considera que debe de ser cambiado el tipo penal porque afecta la identidad del menor.

4.1.1.2 Revisión estadística de casos en Tacna.

Se ha requerido información al Poder Judicial de Tacna, donde se ha precisado que existen 66 casos de procesos por falsedad ideológica (VER ANEXO N° 02) en el año 2018, donde se ha identificado que dichos procesos se han seguido por el delito de falsedad de documentos en la modalidad de inserción de datos falsos del menor por uso de documento público, procesos seguidos en agravio de la Reniec.

Asimismo, se ha precisado que en dichos procesos se viene falseando la identidad de los menores, al falsear la verdad de su identidad, lo que corrobora que existe una errada tipificación del delito en contraposición al art. 145 del Código penal sobre la alteración de la filiación del menor.

En dicho sentido, para mayor abundamiento me permito manifestar que en el año 2018, no hay casos según art. 145 del Código penal sobre la alteración de la filiación del menor, pero si en el año 2019 (Exp. 6690- 2019) y 2020 (Exp. 1616- 2020) ambos casos lo llevan la Fiscalía Corporativa de Tacna.

Podemos colegir que los casos de alteración de la filiación del menor se han tipificado erradamente por delito de falsedad de documentos en la modalidad de inserción de datos falsos del menor por uso de documento público, procesos seguidos en agravio de la Reniec. En dichos procesos se atenta contra “el derecho a la identidad del menor”.

4.2 Verificación y/o Contrastación de Hipótesis.

Verificación de la Primera Hipótesis Específica.

Los efectos jurídicos que ocasionan “la maternidad subrogada o vientre de alquiler”, son la transgresión a los derechos del menor a tener una familia constituida, “el derecho a su identidad” y la vulneración al derecho del niño a conocer su identificación biológica y genética.

De acuerdo a los resultados obtenidos en los cuadros o tablas de la Encuesta se ha precisado que los efectos jurídicos que trae la maternidad subrogada son la vulneración a diversos derechos.

Se ha probado que se han transgredido “el derecho a la dignidad del menor” a tener una familia constituida, el derecho a la identidad del menor y el derecho a conocer su identificación biológica y genética.

Asimismo, se ha vulnerado “el derecho a la identidad del menor”, y por ende su desprotección en cuanto al sistema jurídico normativo nacional e internacional, por la impunidad en materia penal, al existir el vacío legislativo penal.

Por esta razón podemos afirmar que esta primera hipótesis específica está probada y verificada como válida en el presente trabajo de investigación.

Verificación de la Segunda Hipótesis Específica.

La sanción penal establecida en “el artículo 145 del código penal” sobre la alteración de la filiación del menor no garantiza la protección del derecho a la identidad del menor, debido a que la tipificación es deficiente y ambigua, y de otro, “la maternidad subrogada o vientre de alquiler” no se encuentra positivizada en Perú, 2018.

De acuerdo a los resultados obtenidos en los cuadros o tablas de la Encuesta se ha precisado que la conducta típica y la sanción penal establecida en el art. 145 del Código penal afecta significativamente su derecho fundamental a la identidad y por ende su desprotección en cuanto al sistema jurídico normativo nacional e internacional, por la impunidad en materia penal.

Asimismo, la sanción penal prevista no garantiza “la protección del derecho a la identidad del menor”.

Se requiere la positivización en materia penal de la maternidad subrogada o vientre de alquiler.

Por lo antes expuesto afirmamos que esta cuarta hipótesis específica está probada y verificada como válida en el presente trabajo de investigación.

Verificación de la Tercera Hipótesis Específica.

Es extremadamente muy alto el porcentaje de casos por delitos de alteración de la filiación que afectan “el derecho a la identidad del menor”, y que dichos casos se tipifican equivocadamente por el delito de falsedad de documentos en la modalidad de inserción de datos falsos del menor por uso de documento público, y se fundamenta este alto porcentaje en la tipificación errada y también porque la figura legal de “la maternidad subrogada o vientre de alquiler” no se encuentra reconocida en la legislación peruana - por vacío legal - , y por ende no se encuentra dicha figura punibilizada en la ley penal peruana.

De acuerdo a los resultados obtenidos en los cuadros o tablas de la Encuesta se ha precisado que el fundamento del alto porcentaje de casos de delitos de alteración de filiación afecta el derecho a la identidad del menor esta determinado por la tipificación errada, por existir un vacío legal en la legislación nacional sobre “la maternidad subrogada o vientre de alquiler”.

Asimismo, se requiere la criminalización o punibilidad del “vientre de alquiler o maternidad subrogada” en materia penal.

Por lo antes expuesto afirmamos que esta tercera hipótesis específica está probada y verificada como válida en el presente trabajo de investigación.

Verificación de la Hipótesis General.

En alta medida la maternidad subrogada o vientre de alquiler afecta significativamente “el derecho a la identidad del menor”, y trae como consecuencia la alteración de la filiación establecida en el artículo 145 del Código Penal en Perú, 2018, por existir el vacío legislativo en el Perú.

Luego de haber verificado nuestras hipótesis específicas, y de acuerdo a los resultados y análisis e interpretación de los cuadros y gráficos correspondientes de las encuestas es decir del cuadro 01 al 10, y teniendo en consideración el marco teórico nacional y de derecho comparado, y al existir abundante doctrina internacional sobre el derecho fundamental de identidad de los menores, podemos colegir que existe desprotección de dicho derecho fundamental, debido a que “la maternidad subrogada o vientre de alquiler” afecta “el derecho a la identidad del menor” y por consiguiente altera su filiación.

Asimismo, se ha vulnerado el derecho a “la identidad del menor”, y por ende su desprotección en cuanto al sistema jurídico normativo nacional e internacional, por la impunidad en materia penal, al existir el vacío legislativo penal.

Por tal razón, aseveramos que nuestra hipótesis general está probada y verificada como válida en el presente trabajo de investigación.

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 CONCLUSIONES.

1. Se ha probado que en alta medida “la maternidad subrogada, vientre de alquiler o gestación por sustitución” afecta significativamente el derecho fundamental a la identidad del menor y por ende no garantiza su protección en el sistema jurídico nacional, y trae como consecuencia la alteración de la filiación establecida en el artículo 145 del Código Penal en Perú, 2018, por existir el vacío legislativo o desfase normativo en el Perú, respecto a la maternidad subrogada, vientre de alquiler o gestación por sustitución.
2. Se ha probado que los efectos jurídicos que ocasionan la maternidad subrogada, vientre de alquiler o gestación por sustitución, son la transgresión a los derechos del menor a tener una familia constituida, el derecho a su identidad y la vulneración al derecho del niño a conocer su identificación biológica y genética.
3. Se ha probado la sanción penal establecida en “el artículo 145 del código penal sobre la alteración de la filiación del menor” no garantiza la protección del derecho a la identidad del menor, debido a que la tipificación es deficiente y ambigua, y de otro, “la maternidad subrogada o vientre de alquiler” no se encuentra positivizada en Perú, 2018.
4. Se ha probado que es extremadamente muy alto el porcentaje de casos por delitos de alteración de la filiación que afectan “el derecho a la identidad del menor”, y que dichos casos se tipifican equivocadamente por el delito de falsedad de documentos en la modalidad de inserción de datos falsos del menor por uso de documento público, y se fundamenta este alto porcentaje en la tipificación errada, también por que la figura legal de “la maternidad subrogada o vientre de alquiler” no se encuentra reconocida en la legislación peruana - por vacío legal - , y por consiguiente no se encuentra dicha figura punibilizada en la ley penal peruana.

5.2 RECOMENDACIONES

Después de haberse analizado la alteración de la filiación establecida en el “artículo 145 del Código Penal” que afecta significativamente el derecho fundamental a la identidad del menor, con relación a “la maternidad subrogada, vientre de alquiler o gestación por sustitución”, me permito sugerir lo siguiente.

1. El Congreso de la Republica incorpore en la legislación mecanismos legales que tutelen y garanticen el derecho fundamental a la Identidad del menor tomando en consideración el sistema jurídico internacional y el derecho comparado.

Asimismo, que dicho Órgano legislativo incorpore el delito de “la maternidad subrogada, vientre de alquiler o gestación por sustitución” en la legislación penal.

2. Las entidades del Estado implementen mecanismos legales de tutela al derecho fundamental de identidad de los menores, asimismo, que se protejan y tutelen los derechos de los menores establecidos en el sistema jurídico nacional e internacional o de derecho comparado, mediante la difusión de los mismos a través de los portales del Estado.

PROPUESTA DE LEY.

PROYECTO DE LEY. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. “La maternidad subrogada trae consigo una conducta antijurídica, ya sea falsedad en documento público al momento de registrar al recién nacido con una madre y padre distinto a la madre natural o la trata de personas con el neonato, cuando la contraprestación por el recién nacido se presenta antes y después de su entrega; genera un escenario peligroso para los intervinientes en este procedimiento médico, quienes exigen una normatividad clara que les permita salir de la confusión e incertidumbre, y en muchos casos, de la clandestinidad, normatividad que delimite lo permitido y lo prohibido”.
2. “El hecho de que actualmente esta actividad no se encuentre prohibida, deja a la autonomía de la persona y su libre albedrío, tanto de la madre de alquiler que se presta para la práctica como de la pareja que alquila el vientre, someterse a estos procedimientos, actuando así bajo un presunto manto de legalidad que el vacío jurídico le otorga a la maternidad subrogada”.
3. “La problemática no solo afecta a las partes, sino que ataca directamente la seguridad jurídica del recién nacido, y el derecho a su identidad, tiene derecho de ser reconocido filialmente por sus padres biológicos, derecho a ser tratados dignamente, a que su vida no se ponga en peligro por razones culturales, políticas religiosas, a no ser separado de sus padres, entre otros”.
4. “Ante la necesidad de protección normativa, y aclarando que la práctica de estos procedimientos científicos ha traído consigo grandes avances para la humanidad y su preservación, se propone la prohibición de la maternidad subrogada con fines lucrativos u onerosos o gratuitos”.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La presente iniciativa no irrogará gastos al Estado, por el contrario, permitirá sancionar la maternidad subrogada; y de esta manera garantizar el derecho a la vida, dignidad de la mujer e identidad del menor.

La aprobación de la tipificación penal planteada no amerita ningún gasto al Tesoro Público, porque se trata de implementar una norma legal en el Código Penal, a fin de garantizar derechos constitucionales y prohibir conductas criminales en la sociedad.

EFFECTOS EN LA LEGISLACIÓN

La presente propuesta tiene como finalidad tipificar en el Código Penal la práctica de la maternidad subrogada con fines de lucro, para frenar la instrumentalización comercial de la mujer; y, la cosificación del menor recién nacido, garantizando la protección de los derechos a la dignidad, vida de la gestante, e identidad del que está por nacer.

FÓRMULA LEGAL

“LEY PENAL ESPECIAL QUE INCORPORA EL DELITO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CÓDIGO PENAL”

FÓRMULA LEGAL DEL PROYECTO DE LEY

LEY QUE INCORPORA EL DELITO DE MATERNIDAD SUBROGADA

Artículo 1. “La presente Ley tiene por objeto prevenir, investigar, perseguir, tipificar y sancionar el delito de maternidad subrogada de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales, el sistema jurídico peruano y la Ley General de la salud, en defensa de los derechos del menor y de la madre gestante”.

Artículo 2. Delito de Maternidad Subrogada

“Cometen delito de maternidad subrogada la madre genética o biológica que dona o da en cesión sus óvulos, la madre gestante en edad fértil que da su vientre en alquiler, la mujer que ha encargado el producto de la gestación, el padre genético que da en cesión o dona el esperma, el cónyuge o pareja de la madre gestante que tiene la presunción de paternidad, y el que ha encargado el producto de la gestación con fines altruistas u onerosos o de tráfico comercial, serán reprimidos con Pena privativa de libertad no menor de 02 años ni mayor de 04, en calidad de autores o coautores.

Se duplicará la pena cuando el agente actuó en concierto o en banda con fines de tráfico de menores, o pertenece a una organización criminal.”

Artículo 3. Delito de Maternidad Subrogada Agravada

Será reprimido con una pena privativa de la libertad no menor de 03 años ni mayor de 05 años, cuando el agente de la salud o centro médico de fertilidad:

1. Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra;
2. Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo;
3. Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento.

La pena será no menor de 04 ni mayor de 10 años de pena privativa de libertad e inhabilitación conforme al artículo 36° incisos 1, 2, 3, 4 y 5 del Código Penal, cuando:

- El agente Activo recaiga en profesionales de la salud, que sean promotores, integrantes o representantes de una clínica o centro médico de fertilidad que brinden estos servicios, y que se aprovechan de esta condición y actividades que realizan para cometer el ilícito penal de la maternidad subrogada.
- La víctima es una mujer en edad fértil que decide ya sea altruista u onerosamente alquilar su vientre con fines destinados a una gestación subrogada o por sustitución.
- La víctima provenga de un procedimiento de gestación por sustitución.
- Cuando el agente coaccionó o extorsionó a la víctima.

Artículo 4. Delito de Maternidad Subrogada con fines Económicos

“Será reprimido con una pena privativa de la libertad no menor de 02 años ni mayor de 04 años:

- El que, mediando compensación económica, fin lucrativo, provecho o cualquier utilidad, realice, organice o publique la maternidad por sustitución en cualquier forma.

- Con la misma pena serán reprimidos la persona que lo reciba, el intermediario y la mujer que alquile su vientre, aunque la práctica se hubiese efectuado en país extranjero.”

Primera. - DERÓGUESE toda norma que se oponga a las disposiciones dadas en esta ley.

La presente ley entrará en vigencia a los 15 días de su publicación.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación. En Lima, a losdías del mes dede 2021

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a losdías del mes de.....

BIBLIOGRAFÍA

- Barbero, O. (2003). Orden Público y Derecho de Familia. Buenos Aires: Zeus S.R.L.
- Bermúdez, M. (2010). El derecho a la identidad en el ámbito jurisdiccional. Actualidad Civil y Registral, 70.
- Boix, Jareño, A. (1996). Delitos contra las relaciones familiares, en VIVES ANTÓN, TS (Coord.) Comentarios al Código Penal de 1995, vol. I, Valencia, págs. 1042 y sigs.
- Cornejo, H. (1987). Derecho familiar peruano, 6º edición, lima, studium.
- Cortes, E. (1996). Aspectos de los delitos contra la filiación y nueva regulación del delito de sustracción de menores, Madrid.
- Creus, C. (1998). Derecho Penal. Parte especial, Buenos Aires: Astrea, pág.290.
- Díaz Sánchez, R. (2011). El respeto a la formación de la identidad como un elemento esencial del derecho humano a la identidad de las personas menores. Revista Latinoamericana de Derechos Humanos, Vol. 22, 84-86.
- Donna,E.(2001). Derecho Penal. Parte Especial, Tomo II-A, 2001, Ed.Rubinzal Culzoni, pág. 217.
- Fernández, C. (1992). Derecho a la identidad personal, Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Fontan, C. (1969). Tratado de Derecho penal. Parte Especial. Vol. V. Abelodo Perrot. Buenos aires, p. 275.
- García, V. (2001). Los Derechos Humanos y la Constitución. Lima: Gráfica Horizonte.
- González, M. (2011). Reflexiones sobre el derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes en México. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLIV, núm. 130, 110.
- Gutiérrez, J. (2011). El derecho a la identidad a partir de la Ley N° 29715. Actualidad Jurídica N°212 - Especial ADN y Simplificación del Proceso de Filiación, 64.

- Jiménez, M. (2006). Análisis de algunas figuras delictivas que atentan contra la filiación: el artículo 220 del Código Penal español”, en AAVV: Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro homenaje al Prof. Dr. Ferrando Mantovani, Madrid, págs. 293 y sigs.
- Laje, A. (1978). Comentario al Código Penal. Parte Especial, Buenos Aires: Depalma, vol. I, p. 217.
- Lloveras, N. (2007). La Filiación en la Argentina y en el Mercosur. Costa Rica y el Perú, Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Muñoz, F. (2009). Derecho penal. Parte Especial, 17ª ed., Valencia.
- Peña, A. (2008). Derecho Penal Parte Especial. Tomo I. Editorial Idemsa. Lima, p. 410.
- Planiol y Ripert. (1927-1945). Tratado práctico de derecho civil francés, La Habana:Cultural, tomo II.
- Puig, F (1971). Tratado de derecho civil español, tomo 2, volumen 2, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Queralt, J. (2008). Derecho Penal. Parte Especial, 5ª ed., Barcelona.
- Salinas, R.(2007). Derecho Penal Parte Especial. Tomo I. Ediciones Grijley. Lima, p. 356.
- Soler, S. (1992). Derecho Penal Argentino. Tomo III. Tipográfica Editora Argentina. Buenos aires, p. 360.
- Soto, M. (1990). Biogenética, filiación y delito. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Suárez, Mourullo & Barreiro. (1997). Comentarios al Código Penal, Madrid: S.L: Civitas Ediciones.
- Varsi, E. (2004). Divorcio, filiación y patria potestad. Lima, Grijley.
- Villa, J. (1998). Derecho penal. Parte especial. I-B. Editorial San Marcos. Lima, p. 79.
- Zaffaroni, e. & Arnedo, M.(1996). Digesto de Codificación Penal. Argentina: AZ Editora, Madrid, pág. 236 y 397.
- Zannoni, E. (2006). Derecho de Familia - Tomo 2. Buenos Aires: Astrea.

Tesis:

- Aguilar, M. (2006). El derecho a la identidad en la filiación adoptiva, Universidad Austral de Chile.
- Arévalo, I. (2004) "El derecho del niño a tener una filiación y una identidad auténticas". Universidad Autónoma de Nuevo León.
- Dulanto, M. (2008). Acción de impugnación de paternidad matrimonial del hijo biológico y de la madre natural dentro del matrimonio. Universidad Nacional de Trujillo.
- Gonzales, L. (2015). Límites en el derecho al conocer los orígenes biológicos como consecuencia de una inseminación artificial heterologa en el Perú, Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez.
- Hernández, A. (2014). Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España? Universidad de Cantabria.
- Sánchez, V. (2009). Procedencia de la acción de reclamación de paternidad o maternidad cuando el presunto padre o madre ha fallecido: Un estudio doctrinario y jurisprudencial. Universidad de Chile.
- Sullon, I. (2015) "Análisis de la aplicación de la presunción pater is est y su afectación al derecho a la identidad del hijo que no es del marido de la mujer casada". Universidad Nacional de Piura.
- Villanueva, S. (2014). La incorporación del consentimiento del hijo en el reconocimiento de su filiación extramatrimonial como mecanismo de protección de su derecho al nombre. Pontificia Universidad Católica del Perú.

ANEXOS

ANEXO 01 - ENCUESTA

ENCUESTA

Aplicado a los profesionales de Derecho de Tacna.

El presente instrumento es parte de una investigación jurídica social desarrollado por la abogada Amalia Juana Huaclla Gómez, este cuestionario permitirá conocer **La alteración de la filiación y la afectación al derecho a la identidad del menor en el Perú 2018¹, con relación a la maternidad subrogada o vientre de alquiler.**

Ocupación

Por lo que le solicito a usted tenga a bien responder con un aspa (X) la alternativa que considere correcta, por pregunta.

1. El artículo 145 del Código Penal establece los siguientes tipos penales o conductas penales sancionables, ¿Cuál de ellas afecta el derecho a la identidad del menor?

A () Exposición y Ocultamiento.

B () Sustitución y atribución de una filiación falsa.

C () Cualquier medio para alterar o suprimir la filiación de un menor.

D () Todas las anteriores.

2. El Derecho a la Identidad del niño o el Derecho a conocer su propio origen, es uno de los Derechos fundamentales de cada menor, establecido así a nivel Internacional, por medio de la Convención de Derechos del Niño, como a nivel interno a nivel de derecho Constitucional y en nuestra legislación vigente

Si () No ()

¹ Alteración o supresión de la filiación de menor Artículo 145°.- El que exponga u oculte a un menor, lo sustituya por otro, le atribuya falsa filiación o emplee cualquier otro medio para alterar o suprimir su filiación será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años.

- 3. ¿Cree Ud. que en el Perú se está afectando el derecho a la identidad del menor en el tipo penal del art. 145 del Código penal, respecto a la alteración de su filiación, con relación a la Maternidad Subrogada o vientre de alquiler?**

Si () No ()

- 4. ¿Cree Ud. que con las denuncias penales por delito de Alteración o supresión de la filiación de menor Artículo 145° del Código penal ante el ministerio Publico se estaría afectando el derecho a la identidad del menor, con relación a la Maternidad Subrogada o vientre de alquiler.?**

Si () No ()

- 5. Con relación a la Maternidad Subrogada o vientre de alquiler, Qué tipo de identidad estaría afectando el derecho de identidad del menor en las denuncias penales: (puede marcar varias alternativas)**

A () Identidad Estática. B () Identidad Dinámica.

C () Identidad Personal. D () Identidad Genética.

E () Todas las anteriores.

- 6. ¿Cree Ud. que el contrato de la Maternidad Subrogada o vientre de alquiler trae efectos jurídicos nocivos al transgredir los siguientes derechos, por existir un vacío legislativo en nuestro sistema jurídico peruano?**

A () Derecho a la dignidad del menor a tener una familia constituida.

B () Derecho a la Identidad y al desarrollo integral de la personalidad del menor.

C () Derecho del menor a conocer su identificación biológica y genética.

D () Derecho constitucional a la promoción de la paternidad y maternidad responsables.

E () Todas las anteriores.

7. ¿Cree Ud. Que al existir vacío legislativo en la legislación Nacional con relación a la Maternidad Subrogada o vientre de alquiler, debería de positivizarse este como Delito, a efectos de evitar vulneraciones a los derechos del menor?

Si () No ()

8. ¿Usted cree que el uso de documento público en el delito de falsedad de documentos en la modalidad de inserción de datos falsos afecta significativamente el derecho a la identidad del menor, y trae como consecuencia la alteración de la filiación del menor, con relación a la Maternidad Subrogada o vientre de alquiler?

Si () No ()

9. ¿Cuál es el fundamento que los casos de alteración de la filiación del menor sea muy alto en el Poder Judicial de Tacna en el 2018?

A () Tipificación equivocada por el delito de falsedad de documentos en la modalidad de inserción de datos falsos del menor por uso de documento público.

B () El contrato o la figura legal de la maternidad subrogada o vientre de alquiler no se encuentra reconocido en la legislación peruana – Vacío Legal.

C () No hay tipificación del delito la maternidad subrogada o vientre de alquiler.

D () Todas las anteriores.

10. Usted cree que el tipo penal: “Alteración o supresión de la filiación de menor Artículo 145°. - El que exponga u oculte a un menor, lo sustituya por otro, le atribuya falsa filiación o emplee cualquier otro medio para alterar o suprimir su filiación será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años”. Debe ser:

- A () Modificado en cuanto al precepto.
- B () Modificado en cuanto a la sanción.
- C () Que siga vigente.
- D () Derogada.

Muchas Gracias

ANEXO 02 – ESTADÍSTICA

	EXPEDIENTE	JUZGADO	FECHA INICIO	DELITO	DELITO DETALLE
1.	02233-2017-0-2301-JR-PE-05	5° JUZGADO INV. PREPARATORIA - FLAGRANCIA – SEDE CENTRAL	4/01/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
2.	00422-2004-0-2301-JR-PE-03	JUZGADO PENAL LIQUIDADOR (AD FUNCIONES 5° JIP)- SEDE CENTRAL	9/01/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
3.	01163-2017-0-2301-JR-PE-01	3° JUZ. UNIPERSONAL - Sede Central	10/01/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
4.	01241-2017-0-2301-JR-PE-01	J.INVESTIG. PREPARATORIA - MBJ Alto del Alianza	16/01/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
5.	00135-2018-0-2301-JR-PE-01	1° J.INVESTIG. PREPARATORIA - Sede Central	17/01/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
6.	02272-2017-0-2301-JR-PE-01	1° J.INVESTIG. PREPARATORIA - Sede Central	23/01/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
7.	00198-2018-0-2301-JR-PE-04	4° JUZGADO DE LA INVESTIGACION PREPARATORIA - SEDE CENTRAL	24/01/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
8.	01775-2017-0-2301-JR-PE-01	1° J.INVESTIG. PREPARATORIA - Sede Central	29/01/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
9.	01790-2017-0-2301-JR-PE-05	5° JUZGADO INV. PREPARATORIA - FLAGRANCIA – SEDE CENTRAL	29/01/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.

10.	01014-2014-0-2301-JR-PE-01	1° J.INVESTIG. PREPARATORIA - Sede Central	31/01/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
11.	01339-2017-0-2301-JR-PE-05	5° JUZGADO INV. PREPARATORIA - FLAGRANCIA – SEDE CENTRAL	26/02/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
12.	02601-2017-0-2301-JR-PE-01	J.INVESTIG.PREPARATORIA - MBJ G. Albarracín	1/03/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
13.	00502-2018-0-2301-JR-PE-05	5° JUZGADO INV. PREPARATORIA - FLAGRANCIA – SEDE CENTRAL	2/03/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
14.	01736-2017-0-2301-JR-PE-05	5° JUZGADO INV. PREPARATORIA - FLAGRANCIA – SEDE CENTRAL	2/03/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
15.	00485-2018-0-2301-JR-PE-03	3° J. INVESTIG. PREPARATORIA - Sede Central	6/03/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
16.	01063-2017-0-2301-JR-PE-05	5° JUZGADO INV. PREPARATORIA - FLAGRANCIA - SEDE CENTRAL	6/03/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
17.	00075-2008-0-2301-JR-PE-01	JUZGADO PENAL LIQUIDADOR (AD FUNCIONES 5° JIP)- SEDE CENTRAL	8/03/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
18.	02123-2014-0-2301-JR-PE-02	1° J. INVESTIG. PREPARATORIA - Sede Central	13/03/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
19.	00536-2009-0-2301-JR-PE-01	3° J. INVESTIG. PREPARATORIA - Sede Central	15/03/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
20.	00534-2018-0-2301-JR-PE-01	J.INVESTIG.PREPARATORIA - MBJ G. Albarracín	15/03/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
21.		1° J. INVESTIG. PREPARATORIA - Sede Central		Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.

	00692-2018-0-2301-JR-PE-01		21/03/2018		
22.	01687-2017-0-2301-JR-PE-01	1° JUZ. UNIPERSONAL - Sede Central	4/04/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
23.	00486-2008-0-2301-JR-PE-01	JUZGADO PENAL LIQUIDADOR (AD FUNCIONES 5° JIP)- SEDE CENTRAL	6/04/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
24.	00363-2008-0-2301-JR-PE-03	JUZGADO PENAL LIQUIDADOR (AD FUNCIONES 5° JIP)- SEDE CENTRAL	11/04/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
25.	00180-2015-0-2301-JR-PE-01	JUZGADO PENAL LIQUIDADOR (AD FUNCIONES 5° JIP)- SEDE CENTRAL	16/04/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
26.	01870-2014-0-2301-JR-PE-01	JUZGADO PENAL LIQUIDADOR (AD FUNCIONES 5° JIP)- SEDE CENTRAL	16/04/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
27.	01629-2017-0-2301-JR-PE-05	5° JUZGADO INV. PREPARATORIA - FLAGRANCIA - SEDE CENTRAL	17/04/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
28.	01336-2016-0-2301-JR-PE-03	3° JUZ. UNIPERSONAL - Sede Central	17/04/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
29.	02485-2007-0-2301-JR-PE-05	JUZGADO PENAL LIQUIDADOR (AD FUNCIONES 5° JIP)- SEDE CENTRAL	17/04/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
30.	02828-2017-0-2301-JR-PE-01	1° J. INVESTIG. PREPARATORIA - Sede Central	18/04/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
31.	00048-2017-0-2301-JR-PE-06	1° JUZGADO INV. PREPARATORIA - DELIT AD. TRIB. MCD. AMB(EX6°)	18/04/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
32.	01983-2006-0-2301-JR-PE-05	JUZGADO PENAL LIQUIDADOR (AD FUNCIONES 5° JIP)- SEDE CENTRAL	19/04/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.

33.	01259-2007-0-2301-JR-PE-04	JUZGADO PENAL LIQUIDADOR (AD FUNCIONES 5° JIP)- SEDE CENTRAL	20/04/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
34.	01692-2003-0-2301-JR-PE-01	JUZGADO PENAL LIQUIDADOR (AD FUNCIONES 5° JIP)- SEDE CENTRAL	25/04/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
35.	02493-2007-0-2301-JR-PE-03	JUZGADO PENAL LIQUIDADOR (AD FUNCIONES 5° JIP)- SEDE CENTRAL	26/04/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
36.	00266-2003-0-2301-SP-PE-01	JUZGADO PENAL LIQUIDADOR (AD FUNCIONES 5° JIP)- SEDE CENTRAL	27/04/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
37.	01169-2018-0-2301-JR-PE-03	3° J. INVESTIG. PREPARATORIA - Sede Central	2/05/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
38.	00440-2004-0-2301-JR-PE-02	JUZGADO PENAL LIQUIDADOR (AD FUNCIONES 5° JIP)- SEDE CENTRAL	8/05/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
39.	00314-2004-0-2301-JR-PE-02	JUZGADO PENAL LIQUIDADOR (AD FUNCIONES 5° JIP)- SEDE CENTRAL	10/05/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
40.	02379-2007-0-2301-JR-PE-03	JUZGADO PENAL LIQUIDADOR (AD FUNCIONES 5° JIP)- SEDE CENTRAL	18/05/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
41.	02803-2015-0-2301-JR-PE-03	3° JUZ. UNIPERSONAL - Sede Central	22/05/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
42.	01263-2017-0-2301-JR-PE-04	4° JUZGADO DE LA INVESTIGACION PREPARATORIA - SEDE CENTRAL	23/05/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
43.	01674-2017-0-2301-JR-PE-03	3° J. INVESTIG. PREPARATORIA - Sede Central	23/05/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
44.		J. INVESTIG. PREPARATORIA - MBJ Alto del Alianza		Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.

	01406-2018-0-2301-JR-PE-01		23/05/2018		
45.	00696-2008-0-2301-JR-PE-03	JUZGADO PENAL LIQUIDADOR (AD FUNCIONES 5° JIP)- SEDE CENTRAL	25/05/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
46.	03287-2005-0-2301-JR-PE-02	JUZGADO PENAL LIQUIDADOR (AD FUNCIONES 5° JIP)- SEDE CENTRAL	25/05/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
47.	01494-2018-0-2301-JR-PE-03	3° J. INVESTIG. PREPARATORIA - Sede Central	30/05/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
48.	01803-2018-0-2301-JR-PE-01	1° J. INVESTIG. PREPARATORIA - Sede Central	2/07/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
49.	01243-2017-0-2301-JR-PE-03	3° J. INVESTIG. PREPARATORIA - Sede Central	13/07/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
50.	01190-2007-0-2301-JR-PE-01	JUZGADO PENAL LIQUIDADOR (AD FUNCIONES 5° JIP)- SEDE CENTRAL	13/07/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
51.	02027-2018-0-2301-JR-PE-03	3° J. INVESTIG. PREPARATORIA - Sede Central	24/07/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
52.	00968-2009-0-2301-JR-PE-01	1° J. INVESTIG. PREPARATORIA - Sede Central	31/07/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
53.	02016-2018-0-2301-JR-PE-05	5° JUZGADO INV. PREPARATORIA - FLAGRANCIA - SEDE CENTRAL	1/08/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
54.	02169-2018-0-2301-JR-PE-04	4° JUZGADO DE LA INVESTIGACION PREPARATORIA - SEDE CENTRAL	6/08/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
55.	02416-2018-0-2301-JR-PE-05	5° JUZGADO INV. PREPARATORIA - FLAGRANCIA - SEDE CENTRAL	10/09/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
56.		3° J. INVESTIG. PREPARATORIA - Sede Central		Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.

	02605-2018-0-2301-JR-PE-03		13/09/2018		
57.	01100-2016-0-2301-JR-PE-01	J. INVESTIG. PREPARATORIA - MBJ Alto del Alianza	13/09/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
58.	01262-2012-0-2301-JR-PE-02	3° J. INVESTIG. PREPARATORIA - Sede Central	21/09/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
59.	02671-2018-0-2301-JR-PE-02	4° JUZGADO DE LA INVESTIGACION PREPARATORIA - SEDE CENTRAL	2/10/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
60.	02794-2018-0-2301-JR-PE-01	J. INVESTIG. PREPARATORIA - MBJ Alto del Alianza	9/10/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
61.	02808-2018-0-2301-JR-PE-04	4° JUZGADO DE LA INVESTIGACION PREPARATORIA - SEDE CENTRAL	11/10/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
62.	01464-2014-0-2301-JR-PE-01	J.INVESTIG.PREPARATORIA - MBJ G. Albarracín	24/10/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
63.	00906-2017-0-2301-JR-PE-04	4° JUZGADO DE LA INVESTIGACION PREPARATORIA - SEDE CENTRAL	4/11/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
64.	03526-2018-0-2301-JR-PE-05	5° JUZGADO INV. PREPARATORIA - FLAGRANCIA - SEDE CENTRAL	3/12/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.
65.	03582-2018-0-2301-JR-PE-05	JUZGADO PENAL LIQUIDADOR (AD FUNCIONES 5° JIP)- SEDE CENTRAL	18/12/2018	Delitos contra la Fe Pública	Falsedad ideológica.

ANEXO 03 - MATRIZ DE CONSISTENCIA

TITULO
LA MATERNIDAD SUBROGADA Y LA ALTERACIÓN DE LA FILIACIÓN AFECTA EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR, PERÚ 2018

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	INDICADORES	METODOLOGÍA
<p>Problema General ¿En qué medida la maternidad subrogada o vientre de alquiler afecta el derecho a la identidad del menor, y trae como consecuencia la alteración de la filiación del menor establecido en el artículo 145 del Código Penal en el Perú, 2018?</p>	<p>Objetivo General Determinar en que medida la maternidad subrogada o vientre de alquiler afecta el derecho a la identidad del menor, y trae como consecuencia la alteración de la filiación del menor establecido en el artículo 145 del Código Penal en el Perú, 2018.</p>	<p>Hipótesis Principal En alta medida la maternidad subrogada o vientre de alquiler afecta significativamente el derecho a la identidad del menor, y trae como consecuencia la alteración de la filiación establecida en el artículo 145 del Código Penal en Perú, 2018, por existir el vacío legislativo en el Perú.</p>	<p>X=La maternidad subrogada o vientre de alquiler</p>	<p>X.1= Declaración Universal de los Derechos Humanos</p> <p>X.2= Constitución Política del Perú.</p> <p>X.3= Código del Niño y Adolescentes</p> <p>X.4= Desarrollo integral del menor</p> <p>X.5= Inexistencia de una ley para regular el procedimiento</p> <p>X.6= Sanción penal.</p>	<p>TIPO, Básica</p> <p>Nivel: Cualitativa Descriptivo explicativa</p> <p>Diseño: no experimental, transversal</p> <p>POBLACIÓN Y MUESTRA UNIVERSO. La población estará conformada por: sobre los casos de alteración a la filiación y los profesionales en derecho penal</p> <p>MUESTRA: estará conformada por 66 casos de alteración a la filiación y 219 profesionales del derecho penal.</p>
<p>Problemas Específicos ¿Cuáles son los efectos jurídicos que ocasiona la maternidad subrogada o vientre de alquiler con relación al derecho a la identidad del menor en el Perú, 2018??</p>	<p>Objetivos específicos Precisar los efectos jurídicos que ocasiona la maternidad subrogada o vientre de alquiler con relación al derecho a la identidad del menor en el Perú, 2018.</p>	<p>Hipótesis Especificas Los efectos jurídicos que ocasiona la maternidad subrogada o vientre de alquiler, son la transgresión a los derechos del menor a tener una familia constituida, el derecho a su identidad y la vulneración al derecho del niño a conocer su identificación biológica y genética.</p>			

b) ¿La sanción penal establecida en el artículo 145 del código penal sobre la alteración de la filiación del menor garantiza la protección del derecho a la identidad del menor en Perú, 2018?

b) Determinar si la sanción penal establecida en el artículo 145 del código penal sobre la alteración de la filiación del menor garantiza la protección del derecho a la identidad del menor en Perú, 2018.

b) La sanción penal establecida en el artículo 145 del código penal sobre la alteración de la filiación del menor no garantiza la protección del derecho a la identidad del menor, debido a que la tipificación es deficiente y ambigua, y de otro, la maternidad subrogada o vientre de alquiler no se encuentra positivizada en Perú, 2018.

Y=La alteración de la filiación

X.1=Exponer
X.2=Ocultar
X.3=Sustituir
X.4=Falsa filiación
X.5=Sanción penal

INSTRUMENTOS.
Ficha de Análisis documental
Cuestionario Entrevista

ESTADÍSTICA:
Descriptiva e inferencial

c) ¿Cuál es el fundamento que sea extremadamente muy alto el porcentaje de casos sobre delitos de alteración de la filiación, y que afectan el derecho a la identidad del menor en Perú, 2018?

c) Precisar el fundamento que sea Extremadamente muy alto el porcentaje de casos sobre delitos de alteración de la filiación que afectan el derecho a la identidad del menor en Perú, 2018.

c) Es extremadamente muy alto el porcentaje de casos por delitos de alteración de la filiación que afectan el derecho a la identidad del menor, y que dichos casos se tipifican equivocadamente por el delito de falsedad de documentos en la modalidad de inserción de datos falsos del menor por uso de documento público, y se fundamenta este alto porcentaje en la tipificación errada y también porque la figura legal de la maternidad subrogada o vientre de alquiler no se encuentran reconocida en la legislación peruana - por vacío legal -, y por ende no se encuentra dicha figura punibilidad en la ley penal peruana.

Y1= Derecho ala identidad

Y1.1=Identidad estática
Y1.2=Identidad dinámica
Y1.3=Identidad personal
Y1.4=Identidad Genética
Y1.5=Nivel de afectación

ANEXO 04 – COMUNICADO

T C DEJÓ AL VOTO CASO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN DÉCIMA AUDIENCIA PÚBLICA

El Pleno del Tribunal Constitucional (TC) dejó al voto la demanda de amparo interpuesta por un matrimonio contra el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil (RENIEC) en la que se pone en el debate jurídico la maternidad subrogada. Fue luego de sesionar en su décima audiencia pública remota.

La demanda (Exp. N° 01367-2019-PA/TC), fue interpuesta por el matrimonio N.D.Z.V. y C.R.L.R., luego que el RENIEC declarara improcedente la solicitud de rectificación administrativa del acta de nacimiento correspondiente a la menor L.V.Z.P.

La audiencia se inició a las 09:30 de la mañana, con la demanda de amparo contenida en el expediente N° 00175 -2017- PA/TC interpuesta por el centro cristiano “Camino de Santidad” contra el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

El Pleno dejó al voto en total, 16 procesos de amparo y 19 de hábeas corpus, procedentes de Ancash, Arequipa, Ayacucho, Cusco, Huánuco, Huancavelica, La Libertad, Lima, Pasco, Piura, San Martín y Tacna.

Participaron de la audiencia pública remota, la presidenta Marianella Ledesma Narváez y los magistrados, Manuel Miranda Canales, Ernesto Blume Fortini, Carlos Ramos Núñez, José Luis Sardón de Taboada y Eloy Espinosa-Saldaña Barrera. El vicepresidente Augusto Ferrero Costa no participó por encontrarse con descanso médico.

La décima audiencia pública remota se desarrolló mediante la plataforma Zoom y fue transmitida por nuestro portal web institucional y redes sociales.

Lima, 21 de abril de 2021

ANEXO 05 – VALIDACIÓN DE JUICIO DE EXPERTOS

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Posgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos		
Codificación CEIN  -001	Versión 00	Vigencia 2015	Páginas 02

INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

I. DATOS GENERALES:

- 1.1. Apellidos y nombres del informante (Experto): MENDOZA AYMA, CELIS
- 1.2. Grado Académico: DOCTOR
- 1.3. Profesión: ABOGADO
- 1.4. Institución donde labora: PODER JUDICIAL
- 1.5. Cargo que desempeña: MAGISTRADO TITULAR
- 1.6. Denominación del Instrumento: TESIS PARA EL GRADO DE DOCTOR
- 1.7. Autor del instrumento: AMALIA JUANA HUACLLA GÓMEZ
- 1.8. Programa de postgrado: DERECHO PENAL Y POLITICA CRIMINAL

II. VALIDACIÓN

1



INDICADORES DE EVALUACIÓN DEL INSTRUMENTO	CRITERIOS Sobre los ítems del instrumento	Muy Malo	Malo	Regular	Bueno	Muy Bueno
		1	2	3	4	5
1. CLARIDAD	Están formulados con lenguaje apropiado que facilita su comprensión				X	
2. OBJETIVIDAD	Están expresados en conductas observables, medibles				X	
3. CONSISTENCIA	Existe una organización lógica en los contenidos y relación con la teoría				X	
4. COHERENCIA	Existe relación de los contenidos con los indicadores de la variable				X	
5. PERTINENCIA	Las categorías de respuestas y sus valores son apropiados				X	
6. SUFICIENCIA	Son suficientes la cantidad y calidad de ítems presentados en el instrumento				X	
SUMATORIA PARCIAL						
SUMATORIA TOTAL		BUENO 24				

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Posgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos		
	Codificación CEIN 60 - 001	Versión 00	Vigencia 2015

III. RESULTADOS DE LA VALIDACIÓN

3.1. Valoración total cuantitativa: 24

3.2. Opinión: FAVORABLE : FAVORABLE

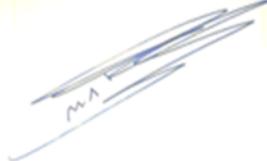
DEBE MEJORAR

NO FAVORABLE

3.3. Observaciones: NINGUNA

2

Tacna, 1 de junio del 2021.



Firma

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Posgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos		
	Codificación CEIN Ite - 001	Versión 00	Vigencia 2015

INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

I. DATOS GENERALES:

- 1.1. Apellidos y nombres del informante (Experto): Dr. Mario Deveser Sosa
- 1.2. Grado Académico: Doctor
- 1.3. Profesión: Abogado
- 1.4. Institución donde labora: ESSALUD
- 1.5. Cargo que desempeña: Abogado Judicial
- 1.6. Denominación del Instrumento:
ENCUESTA
- 1.7. Autor del instrumento: Mg. Analía Huacella Gomez
- 1.8. Programa de postgrado: Doctorado en Derecho Penal y Política Criminal

II. VALIDACIÓN

INDICADORES DE EVALUACIÓN DEL INSTRUMENTO	CRITERIOS Sobre los ítems del instrumento	Muy Malo	Malo	Regular	Bueno	Muy Bueno
		1	2	3	4	5
1. CLARIDAD	Están formulados con lenguaje apropiado que facilita su comprensión					✓
2. OBJETIVIDAD	Están expresados en conductas observables, medibles					✓
3. CONSISTENCIA	Existe una organización lógica en los contenidos y relación con la teoría					✓
4. COHERENCIA	Existe relación de los contenidos con los indicadores de la variable					✓
5. PERTINENCIA	Las categorías de respuestas y sus valores son apropiados					✓
6. SUFICIENCIA	Son suficientes la cantidad y calidad de ítems presentados en el instrumento					✓
SUMATORIA PARCIAL						30
SUMATORIA TOTAL		TREINTA.				

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Posgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos		
	Codificación CEIN fve - 001	Versión 00	Vigencia 2015

III. RESULTADOS DE LA VALIDACIÓN

3.1. Valoración total cuantitativa: 30

3.2. Opinión: FAVORABLE DEBE MEJORAR _____
 NO FAVORABLE _____

3.3. Observaciones: _____
Ninguna.

2

Tacna, Diciembre 2020


 Dr. NARIO Denegri Sosa
 04684210.
 Firma

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Posgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos			
	Codificación CEIN fve - 001	Versión 00	Vigencia 2015	Páginas 02

INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

I. DATOS GENERALES:

- 1.1. Apellidos y nombres del informante (Experto): ADELINA A. RAMOS VARGAS
- 1.2. Grado Académico: DOCTOR
- 1.3 Profesión: ABOGADA
- 1.4. Institución donde labora: CONSULTORIO JURIDICO
- 1.5. Cargo que desempeña: ABOGADA LITIGANTE
- 1.6 Denominación del Instrumento: TESIS PARA EL GRADO DE DOCTOR
- 1.7. Autor del instrumento: AMALIA JUANA HUACLLA GÓMEZ
- 1.8 Programa de postgrado: DERECHO PENAL Y POLITICA CRIMINAL

II. VALIDACIÓN

1

INDICADORES DE EVALUACIÓN DEL INSTRUMENTO	CRITERIOS Sobre los ítems del instrumento	Muy Malo	Malo	Regular	Bueno	Muy Bueno
		1	2	3	4	5
1. CLARIDAD	Están formulados con lenguaje apropiado que facilita su comprensión				X	
2. OBJETIVIDAD	Están expresados en conductas observables, medibles				X	
3. CONSISTENCIA	Existe una organización lógica en los contenidos y relación con la teoría				X	
4. COHERENCIA	Existe relación de los contenidos con los indicadores de la variable				X	
5. PERTINENCIA	Las categorías de respuestas y sus valores son apropiados				X	
6. SUFICIENCIA	Son suficientes la cantidad y calidad de ítems presentados en el instrumento				X	
SUMATORIA PARCIAL					X	
SUMATORIA TOTAL		BUENO				

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Posgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos		
	Codificación CEIN fve - 001	Versión 00	Vigencia 2015

III. RESULTADOS DE LA VALIDACIÓN

3.1. Valoración total cuantitativa: _____

3.2. Opinión: FAVORABLE

DEBE MEJORAR

NO FAVORABLE

3.3. Observaciones: ninguna

Tacna, 01 de junio del 2021.

 Firma
ADELINA A. RAMOS VARGAS
 ABOGADA
 ICAT N° 180

2