

UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“ANÁLISIS SOBRE LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD
SUBROGADA EN EL PERÚ A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS HUMANOS”**

TESIS

Presentado por:

Bach. ROY OTTO RODRIGUEZ MAMANI

Asesor:

**MG. ELVIRA DEL CARMEN REYNOSO
CARPIO**

ORCID: 0000-0002-6223-2152

Para obtener el título profesional de:

ABOGADO

TACNA – PERÚ

2023

**UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**“ANÁLISIS SOBRE LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD
SUBROGADA EN EL PERÚ A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS HUMANOS”**

TESIS

Presentado por:

Bach. ROY OTTO RODRIGUEZ MAMANI

Asesor:

**MG. ELVIRA DEL CARMEN REYNOSO
CARPIO**

ORCID: 0000-0002-6223-2152

Para obtener el título profesional de:

ABOGADO

TACNA – PERÚ

2023

UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

Tesis

**“ANÁLISIS SOBRE LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD
SUBROGADA EN EL PERÚ A LA LUZ DEL DERECHO
INTERNACIONAL”**

Presentada por:

Bach. ROY OTTO RODRIGUEZ MAMANI

Tesis, aprobado el día 10 de octubre del año 2024; ante el siguiente jurado:

PRESIDENTE: DR. Rafael Fortunato Supo Hallasi
Mag. / Dr. (Dra.)

SECRETARIO: MG. Alvaro Antonio Zacarias Valderrama
Mag. / Dr. (Dra.)

VOCAL: MG. Freddy Modesto Montesinos Rios
Mag. / Dr. (Dra.)

ASESOR: MG. Elvira del Carmen Reynoso
Carpio Mag. / Dr. (Dra.)

DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD

Yo Roy Otto Rodríguez Mamani, en calidad de Bachiller de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada de Tacna, identificado (a) con DNI 70218350. Soy autor (a) del texto titulado:

“ANÁLISIS SOBRE LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERÚ A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL”.

DECLARO BAJO JURAMENTO

Ser el único autor del texto entregado para obtener el Título Profesional de Abogado, teniendo como docente asesor(a) a Mg. Elvira Reynoso Carpio, 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 Tumin se declara 23 % de similitud, además que el archivo entregado en formato PDF corresponde exactamente al texto digital que presento junto al mismo.

Por último, declaro que la información presentada ha sido obtenida respetando la legislación vigente, es verídica 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.

Tacna, 08 noviembre del 2024.



NOMBRE: Royo Otto Rodriguez Mamani
DNI: 70218350

CARÁTULA INTERIOR

1. Título:

“Análisis sobre la regulación de la maternidad subrogada en el Perú a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”

2. Datos del investigador:

Bach. ROY OTTO RODRIGUEZ MAMANI

3. Línea de investigación:

Justicia y bienestar social

DEDICATORIA

A mi madre por haberme apoyado y forjado como la persona que soy, valores y hábitos lo cual me ayudo a seguir adelante y no rendirme en los momentos de mayor dificultad.

A mi padre y mi tío que desde el cielo me iluminan y cuidan para seguir adelante con mis proyectos como ellos lo hubiesen querido.

AGRADECIMIENTO

el principal agradecimiento a Dios quien me ha guiado y me ha dado la fortaleza para seguir adelante.

A mi madre por su comprensión y estímulo constante, además de su apoyo incondicional a lo largo de mis estudios.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

INTRODUCCION.....	13
OBJETIVOS.....	17
METODOLOGÍA	18
CAPÍTULO I.....	21
MATERNIDAD SUBROGADA.....	21
ANTECEDENTES	21
CONCEPTO	25
ORIGEN	27
TIPOS DE MATERNIDAD SUBROGADA	28
CAPÍTULO II.....	31
DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	31
DERECHO A PROCREAR Y SU REGULACIÓN EN EL PERÚ	32
PRONUNCIAMIENTOS DE ORGANISMOS INTERNACIONALES.....	37
PRONUNCIAMIENTOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO	44
CAPÍTULO III	48
MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO	52
PROHIBICIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.....	53
Nota. Elaboración propia.....	57
ADMISIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA CUANDO ES ALTRUISTA	58
Nota. Elaboración propia.....	65
ADMISIÓN AMPLIA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA	66
Nota. Elaboración propia.....	71
CAPÍTULO IV	73
MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERÚ	73
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	74
Nota. Elaboración propia.....	81
CAPÍTULO V.....	82
ANÁLISIS SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERÚ DESDE EL DIDH	82

CONCLUSIONES 87
RECOMENDACIONES 89

RESUMEN

La presente tesis tuvo como objetivo determinar si la actual regulación relativa a la maternidad subrogada en el Perú resulta acorde a las obligaciones que establecen los diversos instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Su diseño fue de tipo básica, cualitativa y no experimental. Se concluyó que, en cuanto a si la actual regulación es acorde a las obligaciones establecidas en los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es importante señalar que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no contiene disposiciones específicas sobre la maternidad subrogada. Por lo tanto, no existe una obligación clara a nivel internacional de prohibir o permitir la maternidad subrogada.

PALABRAS CLAVES

Maternidad subrogada, Perú, derecho internacional, derechos humanos

ABSTRACT

The objective of this thesis was to determine if the current regulation related to surrogate motherhood in Peru is in accordance with the obligations that are the basis of the various instruments of International Human Rights Law. Its design was basic, qualitative and non-experimental. It was concluded that, regarding whether the current regulation is in accordance with the obligations established in the instruments of International Human Rights Law, it is important to note that International Human Rights Law does not contain specific provisions on surrogate motherhood. Therefore, there is no clear obligation at the international level to prohibit or allow surrogacy.

KEYWORDS

Surrogacy, Peru, international law, human rights

INTRODUCCIÓN

De acuerdo con datos de la Organización Mundial de la Salud (2021), en el año 2021 aproximadamente 186 millones de personas a lo largo del mundo presentaron algún problema de infertilidad. En el Perú, aproximadamente 1.5 millones a 2 millones de personas presentaron alguna dificultad para poder concebir (ProCrear, 2021). Frente a esta situación, surgen las técnicas de reproducción asistida como alternativas a las que dichas personas pueden acudir libre y voluntariamente para poder formar una familia si forma parte de su proyecto de vida.

La importancia del uso de este tipo de técnicas se puede derivar del artículo 16° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual reconoce el derecho a toda persona para poder constituir una nueva familia; disposición a partir de la cual se deriva el derecho a decidir procrear o no, así como la manera y el momento en que esta se llevará a cabo (Florencia, 2016).

En el Perú, si bien no se reconoce a nivel constitucional de manera expresa este “derecho a concebir” expresamente, la disposición contenida en el artículo 3°, reconoce el carácter de *numerus apertus* de la lista de derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente. Asimismo, la Cuarta Disposición Final de la Constitución Política del Perú, reconoce la constitucionalidad de los derechos contenidos en diversos instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como son los tratados o la jurisprudencia de las Altas Cortes Supranacionales. En el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, específicamente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012), se ha reconocido el derecho a la autonomía reproductiva, así como la capacidad de acceder a servicios que posibiliten un adecuado nivel de salud reproductiva (Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica).

Sin embargo, a nivel legislativo encontramos la Ley General de Salud - Ley N° 26842, que regula expresamente el uso de estas técnicas. Así, en su artículo 7° establece

el derecho 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”.

De esta manera, si la maternidad subrogada es aquella técnica de reproducción asistida que consiste en la gestación en el vientre de una mujer que renuncia a todos sus derechos como madre frente a los padres contratantes, es un supuesto que no se encuentra regulado en la referida Ley.

Sin embargo, pese a no estar prohibido ni permitido expresamente, parejas siguen recurriendo en el país a los denominados “vientres de alquiler”, los cuales han dado lugar a que incluso las personas que recurren a dichos procedimientos sean investigadas por trata de persona, como le ocurrió a una pareja chilena que vino a nuestro país con el propósito de salir del país con sus hijos que habrían sido concebidos mediante dicha técnica (Gestión, 2022).

Si bien esta falta de regulación deja abierta la puerta a su aplicación en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú referida al reconocimiento de derechos contenidos en instrumentos del derecho internacional de los Derechos Humanos, como es el derecho a concebir antes descrito; existen otras disposiciones desde las cuales se pueden extraer argumentos para su prohibición, sobre todo en su versión onerosa, como puede ser el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño del año 2000 que prohíbe las transacciones de niños Sin embargo, la versión altruista de la maternidad subrogada, es decir, aquella en la que no media contraprestación alguna, ha sido reconocida en diversos países como Uruguay o México (Muñoz & Yong, 2021).

En este sentido, con la finalidad de evitar el tráfico de vientres de alquiler frecuente en los países donde aún no se ha regulado con claridad esta figura (Regalado, 2019), es que se han presentado una serie de proyectos de ley para regularla en el Congreso de la República sin que hayan progresado, respecto a los cuales se puede

destacar el Proyecto de Ley N°. 2839/2013-CR y el Proyecto de Ley N° 3404/2018-CR que buscaba legalizar la versión altruista de la maternidad subrogada.

En este sentido, ante la falta de regulación surge la necesidad de analizar si, en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria y el artículo 3° de la Constitución Política, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos faculta a que las personas que tengan problemas para procrear puedan acudir a esta técnica en el Perú. El problema radica en que, el Perú es uno de los países en los que operan redes de tráfico de menores, venta de bebés y explotación de vientres de alquiler, situación que podría desincentivarse si existiera una regulación adecuada de la maternidad subrogada acorde a los Derechos Humanos.

Muestra de ello, como informa la BBC (2018) en Arequipa venía operando una red de venta de bebés, cuyo modus operandi era convencer a mujeres embarazadas de escasos recursos para que accedan a entregar a sus hijos durante el alumbramiento a parejas extranjeras a cambio de una retribución económica.

En razón a lo anteriormente expuesto, la formulación del problema plantea la interrogante siguiente: ¿Cuáles son las implicaciones de la ausencia de regulación específica sobre la maternidad subrogada en el Perú a la luz del derecho internacional de los derechos humanos?

Para responder a dicha interrogante se analizarán las normas relevantes del derecho internacional de los derechos humanos y nuestro ordenamiento jurídico. También se abordará el derecho comparado porque nos permitirá observar cómo diferentes sistemas jurídicos abordan cuestiones similares y al considerar las tendencias en el derecho comparado, se obtiene una visión más amplia de las distintas formas en que los derechos humanos son entendidos y aplicados globalmente. Asimismo, ello se justifica en tanto el análisis comparativo enriquece la comprensión de los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Al explorar cómo diferentes jurisdicciones interpretan y aplican estos principios, se pueden identificar mejores

prácticas y estrategias efectivas que podrían adaptarse o servir de inspiración a nivel internacional. Asimismo, consideramos que el derecho comparado muestra cómo diferentes sociedades se adaptan legalmente a los cambios sociales y tecnológicos, que a menudo tienen implicaciones directas en los derechos humanos. Esta adaptabilidad es crucial para asegurar que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos siga siendo relevante y efectivo en contextos cambiantes.

OBJETIVOS

1. Objetivo general:

Determinar las implicaciones de la ausencia de regulación específica sobre la maternidad subrogada en el Perú a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

2. Objetivos específicos:

- a) Identificar el desarrollo convencional del derecho a concebir mediante técnicas de reproducción asistida en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
- b) Identificar las tendencias en el derecho comparado respecto a la regulación de la maternidad subrogada.
- c) Identificar las implicancias jurídicas de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano.

METODOLOGÍA

1. Tipo de Investigación

La investigación se plantea desde un enfoque cualitativo, por lo que, será eminentemente interpretativa respecto al sentido de las instituciones involucrada y la realidad social del problema (Hernández et al., 2014). Por su finalidad, es básica, puesto, que no posee como fin la aplicación inmediata de los resultados que se puedan arribar con esta investigación (Tam et al., 2008). Respecto al diseño de la investigación, es no-experimental, puesto que no existirá manipulación alguna del fenómeno bajo estudio (Páramo, 2015).

2. Fuentes de información

Las fuentes de información del presente trabajo serán seleccionadas bajo los siguientes criterios de inclusión:

- Sentencias de las Altas Cortes supranacionales que versen sobre el derecho a concebir.
- Sentencias de las Altas Cortes supranacionales que versen sobre la maternidad subrogada.
- Normas internacionales que versen sobre el derecho a concebir.
- Normas internacionales que versen sobre la maternidad subrogada.
- Jurisprudencia comparada que verse sobre el derecho a concebir.
- Legislación comparada que versen sobre la maternidad subrogada.
- Sentencias del Tribunal Constitucional que versen sobre el derecho a concebir.
- Sentencias del Tribunal Constitucional que versen sobre la maternidad subrogada.

- Sentencias de la Corte Suprema que versen sobre la maternidad subrogada.
- Doctrina (libros, capítulos de libros, artículos, etc.) que verse sobre el derecho a concebir.
- Doctrina (libros, capítulos de libros, artículos, etc.) que verse sobre la maternidad subrogada.

3. Categorías

Dado el carácter cualitativo de nuestra investigación se realizará un proceso de categorización de la siguiente manera:

a) Categoría:

Maternidad subrogada en el Perú

Sub-categorías:

- Regulación en el Perú
- Implicancias jurídicas

b) Categoría:

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Sub-categorías:

- Desarrollo convencional
- Tendencias en el derecho comparado.

4. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos

Dado nuestro problema de investigación y el enfoque eminentemente básico y cualitativo del diseño, la técnica utilizada será la técnica de análisis documental, correspondiendo como instrumento la guía de análisis documental. La selección de la técnica e instrumento responde a las fuentes de información establecidas previamente las cuales se sustentan en documentos de diversa índole (legal, doctrinal, jurisprudencial, etc.).

5. Método de análisis

En la presente investigación se utilizarán principalmente tres métodos:

- a) Método histórico, el cual posibilitará analizar la evolución de la regulación de la figura de la maternidad subrogada a nivel nacional e internacional, identificando sus principales características y esclareciendo su naturaleza.
- b) Método comparativo, el cual posibilitará la identificación de las particularidades de las diversas regulaciones sobre la maternidad subrogada en otros países.
- c) Método hermenéutico, el cual consiste en la interpretación de las diversas disposiciones normativas que se encuentran involucradas en nuestro problema de investigación.

CAPÍTULO I

MATERNIDAD SUBROGADA

ANTECEDENTES

Vitteri (2019) investigó la maternidad subrogada en Ecuador utilizando un enfoque transversal que involucra los campos del derecho humano, constitucional, civil, penal e internacional. Esta investigación es de tipo puramente cualitativo con un diseño descriptivo correlacional y un enfoque cualitativo. También utiliza métodos dogmáticos, hermenéuticos, analíticos y de investigación. Un enfoque valioso que puede ayudar a abordar la complejidad de la maternidad subrogada es el análisis transversal que ofrece la tesis de Vitteri (2019). Además, su metodología puede ser utilizada como un modelo útil para evaluar la maternidad subrogada en Perú.

El objetivo principal de la investigación de Sánchez (2018) sobre el contrato de gestación por sustitución: la validez en Colombia fue determinar las condiciones legales que permiten que los contratos de gestación por sustitución sean válidos en Colombia. Esta investigación es de tipo pura, de nivel explicativo y utiliza métodos dogmáticos, hermenéuticos y analíticos. Tiene un diseño cualitativo. Sánchez (2018) estudió la validez del contrato de gestación por sustitución en Colombia y proporcionó un marco para examinar las condiciones legales bajo las cuales la maternidad subrogada podría ser considerada legal en Perú. Esto puede ayudar a encontrar lagunas legales y soluciones potenciales.

Rivera (2017) analizó el caso ecuatoriano y establece que los menores que nacen como resultado de este procedimiento se ven afectados negativamente por la aplicación de esta técnica de reproducción asistida al

margen de la ley, lo que dificulta los procesos de tutela de sus derechos. La tesis de Rivera (2017) proporcionó una comprensión significativa de cómo la maternidad subrogada no regulada puede afectar los derechos de los menores. Esto enfatiza la necesidad de regular la maternidad subrogada en Perú de manera que proteja los derechos de los niños nacidos a través de este proceso.

Avalos (2017) afirmó que, en el ámbito internacional, la tesis de la maternidad subrogada y el interés superior del niño en Ecuador tiene como objetivo determinar la incidencia de la maternidad subrogada y el interés superior del niño en el nivel básico. La tesis utiliza un diseño descriptivo y un enfoque cualitativo, un método dogmático y sistemático y técnicas de investigación bibliográfica y documental. Avalos (2017) enfatizó el interés superior del niño en el contexto de la maternidad subrogada, un enfoque que se ajusta a los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y puede ser útil para el análisis de la maternidad subrogada en Perú.

Arévalo (2016) realizó un análisis comparativo entre la regulación de la maternidad subrogada en Colombia, Estados Unidos y España, concluyendo que la regulación de esta técnica de reproducción asistida permite superar las controversias sobre su aplicación en países donde no está regulada o se encuentra regulada de manera insuficiente. El estudio comparativo de Arévalo (2016) sobre la regulación de la maternidad subrogada en varios países puede ofrecer lecciones útiles sobre cómo las regulaciones pueden ayudar a resolver disputas sobre la maternidad subrogada.

Carbajal (2014) investigó la maternidad subrogada en Argentina y busca determinar la legalidad del objeto del contrato debido a la incorporación de la maternidad subrogada como parte del contrato. El estudio es puramente descriptivo y utiliza métodos hermenéuticos, dogmáticos, analíticos e históricos. Se utiliza un método de recolección de datos de análisis documental y se llega a la conclusión de que la regulación de la maternidad subrogada requiere una ley en la que existe un acuerdo entre privados que puede o no ser

controlado por el Estado. para evitar vacíos legales y proteger a las partes involucradas en el proceso de subrogación. La tesis de Carbajal (2014) destacó la necesidad de una regulación legal de la maternidad subrogada para proteger los derechos de todas las partes involucradas, un argumento que podría ser útil para impulsar la regulación de la maternidad subrogada en Perú.

En el ámbito nacional, encontramos la tesis de Magán (2021), que, a partir de un análisis de la Ley General de Salud y su aplicación en la realidad de las parejas que tienen dificultades para procrear, considera que su falta de regulación ha generado incertidumbre en las parejas que, a pesar de la falta de regulación, siguen acudiendo a la maternidad subrogada para convertirse en padres. Las tesis de Magán (2021) examinan la situación actual en Perú, centrándose en la falta de regulación y la necesidad de abordarla.

El objetivo de la tesis de Teves (2021) es establecer las justificaciones jurídicas para la regulación de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano, así como el tratamiento de esta figura en el derecho comparado. Esta investigación es cualitativa, con un diseño dogmático, un método analítico y hermenéutico, y el análisis documental es la técnica de recolección de datos. Se ha llegado a la conclusión de que el derecho comparado permite la maternidad subrogada, que surge del derecho a la reproducción familiar contenido en el artículo 6 de la Constitución, y que el principio superior del niño implica que el niño debe quedarse con los padres que brinden el mejor cuidado y atención posible. Teves (2021) enfatizó el interés superior del niño en el contexto de la maternidad subrogada, un enfoque que se ajusta a los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y puede contribuir al análisis de la maternidad subrogada en Perú.

Aco (2020) afirmó que la regulación de la maternidad subrogada protegería los derechos de las mujeres con problemas de fertilidad. La investigación se basa en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para llegar a esta conclusión. Aco (2020) argumentó que una

regulación legal de la maternidad subrogada debe proteger los derechos de todos los involucrados. Este argumento podría ser útil para impulsar la regulación de la maternidad subrogada en Perú.

Además, la tesis de Delgado (2019), cuyo objetivo general fue examinar la maternidad subrogada a la luz del Derecho Civil y Constitucional, se ha ubicado. Esta investigación es de nivel descriptivo, básica, no experimental y utiliza un enfoque analítico hermenéutico. Los datos se recopilan a través del análisis de la doctrina, la jurisprudencia y los documentos. Delgado (2019) analizó la situación actual en Perú, centrándose en la falta de regulación y la necesidad de abordarla.

Por último, la tesis de Molina (2019) sobre la filiación en la maternidad subrogada como método de Reproducción Humana Asistida y su regulación necesaria en el Perú. El propósito principal de esta investigación es determinar la filiación generada por la maternidad subrogada como método de reproducción asistida en el Perú, utilizando la normativa de filiación. La investigación es de carácter descriptivo-explicativo y emplea un enfoque analítico y deductivo. Por último, las tesis de Molina (2019) se enfocan en el análisis de la maternidad legal y la filiación en el contexto de la maternidad subrogada, ofreciendo importantes aportes teóricos que pueden ser utilizados para examinar estos temas en el contexto peruano.

En la tesis de Beltrán (2016) también se abordó el tema de la filiación en la ovodonación en el sistema legal peruano, cuyo objetivo general es determinar la legalidad de la maternidad en la ovodonación. Esta investigación es de tipo básico, nivel descriptivo y emplea el método descriptivo-teórico normativo. El análisis de documentos es el método utilizado para recopilar datos. Se llega a la conclusión de que las personas que buscan embarazarse sin dejarse embarazar deben ser consideradas como madres legales.

CONCEPTO

Según Emaldi (2018) la maternidad subrogada se comprende como el procedimiento en el cual se gesta a un bebé en el vientre de una mujer que renunciará a cualquier derecho de filiación en favor de una tercera o terceras personas. De esta manera, la maternidad subrogada se caracteriza porque los derechos y deberes que derivan de la filiación se trasladan a una tercera persona que, puede vincularse o no genéticamente con el hijo/a.

Es por ello que, nos encontramos ante una práctica cuya finalidad es la transferencia de la filiación a una persona al momento de que la madre da a luz al menor. De esta manera, se puede comprender como un procedimiento médico pero que, al tener implicancias jurídicas relativas a la filiación es una de las instituciones jurídicas que se viene discutiendo en la actualidad en el ámbito de los derechos humanos, derecho constitucional, derecho civil y hasta en el derecho penal.

Resulta común que se equipare a la maternidad subrogada a un contrato en el que se “renta” un útero para que se pueda dar a luz a un recién nacido que se reconocerá como hijo de la madre contratante. Así, se puede definir a la subrogación como el procedimiento de reemplazo de la posición de madre que le correspondería a la mujer que gesta y da a luz al recién nacido por otra persona (Valero, 2019).

Emaldi (2018) y Valero (2019) hacen un buen trabajo al describir el concepto y proceso de la maternidad subrogada. La transferencia de filiación y la idea de la "renta de útero" proporcionan una comprensión concreta de las dimensiones técnicas y contractuales de la maternidad subrogada.

Sin embargo, una limitación del texto es que, aunque menciona brevemente las implicaciones en términos de derechos humanos, derecho constitucional, civil y penal, no profundiza en estas dimensiones. Estos

aspectos son críticos para una comprensión completa de la maternidad subrogada y sus impactos en todas las partes involucradas.

La maternidad subrogada es un acuerdo en el cual una mujer acepta llevar a término un embarazo y ceder el recién nacido a otra persona (Hernández & Santiago, 2011). La maternidad subrogada puede ser utilizada como una opción de reproducción por parejas que tienen problemas de fertilidad o por personas solteras o de la comunidad LGBTQ+ que desean tener hijos (Paloma, 2022). Si bien, la maternidad subrogada puede ser una opción para las parejas con problemas de fertilidad o personas de la comunidad LGBTQ+, es necesario abordar las complejidades éticas y legales específicas que estos grupos pueden enfrentar en relación a la maternidad subrogada.

La maternidad subrogada puede ser prohibida por ley o regulada bajo ciertas condiciones en diferentes países alrededor del mundo. Sin embargo, la regulación de la maternidad subrogada debe asegurar el respeto y protección de los derechos humanos reconocidos a nivel internacional, como el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho a la vida privada y familiar, y el derecho a la integridad personal (Arrieta, 2019). Es así como, en lo que respecta a la regulación de la maternidad subrogada, es necesario respetar y proteger los derechos humanos.

Pese a que las discusiones sobre la regulación de la maternidad subrogada recientemente han tenido un desarrollo amplio, no es una práctica nueva. Es así como, en el siguiente apartado revisaremos los orígenes de esta práctica y cómo es que ha dado lugar a controversias judiciales y legislativas que han llevado a los diversos países a regularla.

ORIGEN:

Se puede encontrar su origen en el caso Baby M de 1986 de los Estados Unidos. En este caso, un matrimonio de apellido Stern reclamaba los derechos que le correspondían como padre al haber celebrado un contrato con Mary Whitehead para que gestara en favor de ellos un recién nacido. La controversia surge a raíz de que Mary Whitehead decide no renunciar a su condición de madre, por lo que inscribe al hijo como suyo y del señor Stern. Se llevó a los tribunales de New Jersey alegando el incumplimiento contractual por parte de la señora Whitehead, quien habría recibido \$ 10 000.00 por gestar el embrión concebido con uno de sus óvulos inseminado con la esperma del señor Stern. Si bien en última instancia se declara la nulidad del contrato, la corte decide que el menor deberá quedar bajo custodia del matrimonio Stern (Martínez, 2015). La maternidad subrogada, como se evidencia en el caso Baby M de 1986 en Estados Unidos, ha sido objeto de controversia y debate en el ámbito legal. Este caso ilustra los dilemas y las complejidades asociadas con la maternidad subrogada desde una perspectiva contractual y los derechos del niño involucrado.

Es así como, se puede apreciar que la maternidad subrogada, desde un punto de vista contractual, mientras que no se encuentre regulada y admitida como uno de los contratos válidos, deviene en un negocio jurídico nulo. Sin embargo, la sentencia del caso Baby M., nos permite advertir que este es un tema complejo, en el que no solo interviene una cuestión contractual, sino que, más allá de eso, están los derechos del menor expresados a través del interés superior del niño que los Estados deben proteger (Martínez, 2015). Esta sentencia del caso Baby M destaca la complejidad del tema de la maternidad subrogada. Va más allá de un simple contrato y plantea cuestiones

fundamentales sobre los derechos del menor y el interés superior del niño, que los Estados tienen la responsabilidad de proteger.

El debate sobre la maternidad subrogada abarca aspectos éticos, legales y sociales. Algunos argumentan que los contratos de maternidad subrogada pueden explotar a las mujeres y convertir la gestación en una mercancía. Otros defienden el derecho de las parejas o individuos a formar una familia biológica cuando no pueden hacerlo de otra manera. Este caso nos muestra que la maternidad subrogada, desde una perspectiva contractual, se considera un negocio jurídico nulo cuando no está regulado y aceptado como un contrato válido. Sin embargo, también nos alerta sobre la importancia de tener en cuenta los derechos y el bienestar del niño nacido a través de este proceso. La protección de los derechos del menor y la consideración de su interés superior deben ser aspectos centrales en cualquier discusión sobre la maternidad subrogada.

En última instancia, el caso Baby M destaca la necesidad de un enfoque cuidadoso y equilibrado en la regulación de la maternidad subrogada, teniendo en cuenta tanto los derechos y deseos de los padres comitentes como los derechos y el bienestar del niño nacido de esta práctica.

TIPOS DE MATERNIDAD SUBROGADA:

Al respecto, siguiendo a Candal (2018) se puede advertir que existen las siguientes denominaciones relevantes derivadas de la participación de los actores en el procedimiento de maternidad subrogada:

- a) Madre portadora: surge cuando una mujer puede producir óvulos sanos y acude a otra para poder gestarlos.

- b) Madre sustituta: surge cuando la madre no puede producir óvulos sanos y acude a una tercera que produce los óvulos y gestará en su útero, aportando la pareja o el esposo los espermatozoides.
- c) Embriodonación: surge cuando en una pareja los dos presentan problemas de fertilidad, por lo que, acuden a otras personas para que aporten el material genético y a una mujer para que lleve el embarazo.

De esta manera, no existe un solo supuesto en el que se presente la maternidad subrogada, sino que, esta técnica de reproducción asistida puede realizarse ante situaciones diversas: pudiendo acudir a ella una mujer que posee óvulos sanos pero que tiene problemas para gestar; una mujer que no posee óvulos sanos y tampoco puede gestar, así como parejas en la que el varón posee problemas para producir espermatozoides que puedan fecundar.

En el contexto de la maternidad subrogada, es importante reconocer los diferentes tipos de participación de los actores involucrados en el proceso. Según lo planteado por Candal (2018), podemos identificar varias denominaciones relevantes que surgen de estas distintas situaciones.

En primer lugar, se encuentra la figura de la "madre portadora". Esta situación se presenta cuando una mujer es capaz de producir óvulos sanos, pero requiere de la ayuda de otra mujer para llevar a cabo la gestación. En este caso, la mujer que aporta los óvulos sanos confía en la madre portadora para llevar adelante el embarazo.

Por otro lado, está la figura de la "madre sustituta". En esta situación, la madre biológica no puede producir óvulos sanos, por lo que se recurre a una tercera persona que proporciona los óvulos y también se encarga de la gestación. En este caso, la pareja o el esposo de la madre biológica aportan los espermatozoides necesarios para la fecundación.

Además, existe el concepto de "embriodonación". Este escenario se presenta cuando tanto la mujer como el hombre de una pareja tienen problemas de fertilidad. Ante esta situación, recurren a otras personas para obtener el material genético necesario. Una pareja puede acudir a donantes tanto de óvulos como de espermatozoides, y posteriormente, se requiere una mujer que lleve adelante el embarazo.

Es importante destacar que la maternidad subrogada no se limita a una única situación, sino que se adapta a diversas circunstancias. Puede ser una opción para una mujer que puede producir óvulos sanos, pero tiene dificultades para gestar, así como para parejas en las que el hombre presenta problemas para producir espermatozoides viables. Estos diferentes tipos de maternidad subrogada permiten adaptar el proceso a las necesidades y circunstancias específicas de cada caso, brindando opciones a quienes desean formar una familia, pero se enfrentan a obstáculos de fertilidad.

CAPÍTULO II

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS:

En el plano internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que todas las personas tienen derecho a formar una nueva familia, por lo que, en base a ese derecho, pueden decidir si desean procrear, en qué momento y bajo qué métodos realizarlo (Flores, 2016). De esta manera, existe cierto ámbito de discrecionalidad a que, las legislaciones de los diversos países puedan regular los procedimientos mediante los que se llevarán a cabo, siempre que resulten respetuosos a los estándares de los derechos involucrados: derecho a la salud, derecho a la libertad personal, derecho al libre desarrollo de la personalidad, etc.

En el contexto de la maternidad subrogada, el derecho internacional de los derechos humanos desempeña un papel fundamental. La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece el derecho de todas las personas a formar una familia y a decidir sobre su procreación, lo que proporciona una base sólida para abordar la maternidad subrogada desde una perspectiva de derechos humanos (Flores, 2016).

Este reconocimiento internacional del derecho a formar una familia y decidir sobre la procreación implica que los países tienen cierta discrecionalidad para regular los procedimientos de maternidad subrogada, siempre y cuando respeten los estándares de los derechos humanos involucrados. Entre estos derechos se encuentran el derecho a la salud, el derecho a la libertad personal y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Por otro lado, en el Caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* (2012), reconoció el derecho al acceso a las técnicas que permitan acceder a una adecuada

salud reproductiva, en virtud del derecho de autonomía reproductiva. Si bien estos derechos no se encuentran explícitamente reconocidos en la Constitución peruana, la Cuarta Disposición Transitoria reconoce el rango constitucional de los instrumentos internacionales que contengan derechos fundamentales.

Además, el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* (2012) es un ejemplo significativo en el ámbito de la maternidad subrogada. En este caso, se reconoció el derecho de acceso a las técnicas que permiten una salud reproductiva adecuada, en virtud del derecho de autonomía reproductiva. Aunque estos derechos no estén explícitamente reconocidos en la Constitución de Perú, la Cuarta Disposición Transitoria reconoce el rango constitucional de los instrumentos internacionales que contienen derechos fundamentales.

Esta conexión entre el derecho internacional de los derechos humanos y la maternidad subrogada subraya la importancia de garantizar que los procedimientos de subrogación respeten los derechos de todas las partes involucradas. Los Estados tienen la responsabilidad de regular esta práctica de manera que se protejan los derechos fundamentales de las personas, como el derecho a la dignidad, el derecho a la no discriminación y el derecho a la protección de la salud.

Es así como, cualquier normativa que involucre la aplicación de técnicas de reproducción asistida, debe justificarse bajo el cumplimiento de los estándares del derecho a la salud, que se extienden al ámbito específico de la salud reproductiva. Es por ello que, resulta necesario revisar lo concerniente a la Ley General de Salud, en tanto marco regulatorio del derecho a la salud en el Perú.

DERECHO A PROCREAR Y SU REGULACIÓN EN EL PERÚ

El derecho a procrear ha sido un tema controversial en el ámbito jurídico. Algunos autores argumentan que no está explícitamente reconocido en la

Constitución peruana de 1993 (Ballesteros, 1999). Sin embargo, el artículo 3 y la Cuarta Disposición Final de la Carta Magna abren la posibilidad de interpretar otros derechos fundamentales en concordancia con los tratados de derechos humanos que el Perú ha ratificado (Pazo Pineda, 2014).

Un hito importante fue el caso "Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs Costa Rica" resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2012. En esta sentencia se reconoció que la autonomía reproductiva forma parte del derecho a la vida privada y la libertad personal (Corte IDH, 2012). Asimismo, la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer establece el derecho de las mujeres a "decidir libre y responsablemente el número de sus hijos" (Corte IDH, 2012).

En el Perú, Varsi Rospigliosi (2013) plantea que se debe hablar de "derechos reproductivos" en plural, para enfatizar que el Estado debe protegerlos y garantizar políticas para su respeto. Una forma es facilitar el acceso a técnicas de reproducción asistida para mujeres con problemas de fertilidad, como parte de su proyecto de vida.

En conclusión, aunque el derecho a procrear no está literalmente plasmado en la Constitución peruana, el sistema interamericano de derechos humanos y doctrina nacional reconocen su importancia como parte de la autonomía reproductiva y los derechos reproductivos. El Estado peruano tiene el deber de garantizar su protección a través de políticas públicas adecuadas.

DERECHO A PROCREAR EN NORMAS INTERNACIONALES

Sin embargo, existen diversas normas internacionales que se relacionan o establecen la posibilidad de hablar de un derecho a procrear. Algunas de las principales normas internacionales que tratan sobre el derecho a procrear son:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP): Este pacto establece el derecho a la privacidad y al respeto a la vida privada, lo que incluye el derecho a tener una familia y a decidir el número y el espacio entre los hijos. Además, el PIDCP establece que el Estado debe garantizar que las mujeres tengan acceso a servicios de salud reproductiva y que puedan decidir libremente sobre sus propias vidas reproductivas.
- Convenio sobre los Derechos del Niño (CDN): Este convenio establece el derecho de todo niño a nacer y crecer en un entorno adecuado para su desarrollo físico, mental y social. Además, el CDN establece que el Estado debe proteger a los niños de toda forma de explotación y abuso y garantizar que los niños disfruten de protección y asistencia.
- Convenio sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW): Este convenio establece que las mujeres tienen derecho a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación en el ámbito de la salud reproductiva. Además, el CEDAW establece que las mujeres tienen derecho a decidir libremente sobre sus propias vidas reproductivas y a tener acceso a servicios de salud reproductiva.

La importancia del derecho internacional de los derechos humanos en el contexto de la maternidad subrogada es innegable. Diversas normas internacionales establecen y protegen el derecho a procrear, así como regulan la procreación y la reproducción asistida.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) garantiza el derecho a la privacidad y al respeto a la vida privada, lo cual incluye el derecho a formar una familia y a decidir sobre el número y el espaciamiento

de los hijos. Además, el PIDCP establece la responsabilidad del Estado de garantizar que las mujeres tengan acceso a servicios de salud reproductiva y puedan tomar decisiones libres sobre su vida reproductiva.

El Convenio sobre los Derechos del Niño (CDN) es otro instrumento importante en este contexto. Este convenio establece el derecho de todo niño a nacer y crecer en un entorno adecuado que favorezca su desarrollo físico, mental y social. Asimismo, el CDN obliga a los Estados a proteger a los niños de cualquier forma de explotación y abuso, y a garantizar su protección y asistencia.

Estas normas internacionales protegen los derechos fundamentales de las personas involucradas en la maternidad subrogada. Garantizan la autonomía reproductiva de las mujeres, el bienestar de los niños y la igualdad de oportunidades. Además, establecen la responsabilidad de los Estados de proteger y respetar estos derechos, lo que implica la necesidad de regular la maternidad subrogada de manera que se respeten y promuevan los derechos humanos de todas las partes involucradas.

Así, el derecho internacional de los derechos humanos ofrece un marco legal sólido para abordar la maternidad subrogada. Establece el derecho a procrear, garantiza la privacidad y el respeto a la vida privada, protege los derechos de los niños y promueve la igualdad de oportunidades para las mujeres. Es fundamental que los Estados consideren estas normas internacionales al regular la maternidad subrogada, asegurando que se respeten los derechos humanos de todas las personas involucradas en este proceso.

En conclusión, existen diversas normas internacionales que establecen el derecho a procrear y que regulan la procreación y la reproducción asistida. Estas normas buscan proteger y promover los derechos de las personas en relación con la procreación y la reproducción, garantizando el derecho a la privacidad y al respeto a la vida privada, el derecho a nacer y crecer en un

entorno adecuado para el desarrollo, y el derecho a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación en el ámbito de la salud reproductiva.

A nivel internacional, no existen normas que regulen la maternidad subrogada de manera uniforme. En su lugar, cada país tiene sus propias leyes y regulaciones en torno a esta práctica. Algunos países permiten la maternidad subrogada de cualquier tipo, mientras que otros la prohíben completamente. Algunos países tienen leyes más restrictivas que permiten solo ciertos tipos de maternidad subrogada, como la maternidad subrogada altruista (en la que la mujer que lleva a término el embarazo no recibe un pago por sus servicios).

A pesar de la falta de normas internacionales uniformes, existen algunos esfuerzos en curso para desarrollar normas internacionales que regulen la maternidad subrogada. Por ejemplo, en 2014, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó una resolución que insta a los estados miembros a considerar la posibilidad de desarrollar normas internacionales que regulen la maternidad subrogada y protejan los derechos de todas las personas involucradas.

Sin embargo, el desarrollo de normas internacionales en torno a la maternidad subrogada es un tema muy controversial y ha generado mucha controversia. Algunos argumentan que la maternidad subrogada es una forma de explotación de la mujer y debe ser prohibida, mientras que otros argumentan que la maternidad subrogada puede ser una opción importante para las personas que no pueden tener hijos de otra manera y que debe ser regulada de manera adecuada para proteger los derechos de todas las personas involucradas.

A pesar de la falta de normas internacionales uniformes, se están llevando a cabo esfuerzos para desarrollar estándares internacionales que regulen la maternidad subrogada y protejan los derechos de todas las personas involucradas. Un ejemplo de esto es la resolución adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2014, que insta a los Estados miembros a considerar la posibilidad de establecer normas internacionales en este ámbito.

Sin embargo, el desarrollo de normas internacionales en relación con la maternidad subrogada es un tema altamente controvertido y ha generado debates acalorados. Existen argumentos a favor y en contra de esta práctica. Algunos sostienen que la maternidad subrogada es una forma de explotación de la mujer y, por lo tanto, debe ser prohibida en todos los casos. Por otro lado, otros argumentan que la maternidad subrogada puede ser una opción importante para aquellas personas que no pueden tener hijos de otra manera, y que debe ser regulada adecuadamente para proteger los derechos de todas las partes involucradas.

La maternidad subrogada sigue siendo un tema controvertido y complejo, y cada país decide cómo abordarlo en función de sus propias leyes y regulaciones. Es así que, aunque existen algunos esfuerzos en curso para desarrollar normas internacionales que regulen la maternidad subrogada, todavía no existen normas internacionales uniformes en este ámbito y cada país tiene sus propias leyes y regulaciones en torno a esta práctica.

PRONUNCIAMIENTOS DE ORGANISMOS INTERNACIONALES:

Respecto a las normas que guían el contexto de maternidad, se encuentran: 1) La convención sobre derechos del niño (CDN) Art. 35; el protocolo que corresponde a prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, complementada por la Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo), el cual establece que cada estado debe tomar las medidas para impedir la venta de niños bajo cualquier forma. 2) El protocolo facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño relacionado a la explotación infantil declara que los estados deben prohibir la venta de niños y demás actividades que atenten contra sus DDHH, conforme a lo dispuesto por su Protocolo.

El Consejo de Derechos Humanos de la ONU, según su resolución 7/13, respecto a la utilización de niños en materiales de abuso sexual infantil, presentó el informe sobre la subrogación y venta de niños (A/HRC/37/60). En dicho informe se examina la maternidad subrogada desde la perspectiva de derechos del niño y refiriéndose a lo que es venta de niños. Se evalúa el contexto de la gestación subrogada y se propone vías de solución ante el crecimiento de una práctica de reproducción como esta y las repercusiones negativas.

Según el informe dado ante el Consejo de DDHH por Maud de Boer-Buquicchio (A/HRC/28/56), se advertía que, de no regular eficazmente la gestación subrogada, se perjudican los derechos de la madre gestante y el infante por nacer. Siguiendo lo señalado, podemos advertir que, desde la perspectiva jurídico hay distintas posturas respecto a la legislación de diferentes países respecto a estos casos; sin embargo, la falta de regulación, nos coloca frente a una serie de problemas, como la modalidad comercial no regulada.

Así, conforme se planteó en dicho informe de la ONU, la gestación subrogada puede pasar a ser un negocio, los servicios de gestación varían según la demanda e inclusive la filiación puede llegar a ser un contrato. Entre otros problemas, podemos encontrarnos con problemas sanitarias, jurídicas, sociales, etc. Así como problemas que habitualmente ocurren en países en vías de desarrollo, siendo las personas pobre más vulnerables, como un reflejo del desequilibrio de poder en el sistema capitalista.

Una falta de regularización supone problemas, pero también lo supone a pesar de que exista regulación sobre dicho tema. Probablemente, la controversia central radica en el escenario de aquellas clínicas consideradas “criaderos de bebés”, y así como dijo el informe de la ONU, existen clínicas que fueron denunciadas por pertenecer a redes de ventas de bebés neonatos, vulnerando los derechos de la madre y recién nacido.

Por otra parte, en el informe se presenta que la indivisibilidad de DDHH respecto a la subrogación hace referencia a la dificultad del goce de

derechos de los interesados y, particularmente, las mujeres gestantes. Este informe exhorta a salvaguardar los derechos; a la par que establece que tratar a un niño como objeto de un intercambio mercantil es un golpe grave contra la dignidad del infante.

De igual forma, el informe de la Asamblea de las Naciones Unidas, se refiere al rol comercial de la práctica de la gestación subrogada. La gestación por sustitución, especialmente las de carácter comercial, suelen brindar prácticas destructivas. Esto también sugiere cuestionar la veracidad de las normas de DDHH, considerando que algunos regímenes jurídicos vigentes en este contexto puedan legalizar las prácticas que violan la prohibición de venta de niños, así como otros derechos.

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha emitido varios informes y documentos sobre la maternidad subrogada en los últimos años. Estos informes abordan diferentes aspectos de la maternidad subrogada, incluyendo los derechos de los niños y de las mujeres involucradas en esta práctica, así como los desafíos éticos y legales que plantea.

Uno de los informes más recientes es el Informe del Relator Especial de la ONU sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la explotación sexual de los niños, publicado en 2017 (Pinheiro, P.S). Este informe se centra en la maternidad subrogada como una forma de venta de niños, y señala que la maternidad subrogada puede ser utilizada como una forma de explotación de mujeres y de violación de los derechos de los niños. El informe también señala que la maternidad subrogada puede ser utilizada como una forma de discriminación de género, ya que en algunos casos las mujeres pueden ser forzadas a llevar a término un embarazo y dar a luz a un hijo para otras personas.

Otro informe relevante es el Informe del Relator Especial de la ONU sobre la violencia contra la mujer, publicado en 2018. Este informe señala que la maternidad subrogada puede ser utilizada como una forma de violencia contra la mujer, ya que puede implicar la explotación y la violación de los

derechos de las mujeres involucradas. El informe también señala que la maternidad subrogada puede ser utilizada como una forma de discriminación de género, ya que en algunos casos las mujeres pueden ser forzadas a llevar a término un embarazo y dar a luz a un hijo para otras personas.

En resumen, la ONU ha emitido varios informes y documentos sobre la maternidad subrogada en los últimos años, y en general estos informes señalan que la maternidad subrogada puede ser utilizada como una forma de violación de los derechos de los niños y de las mujeres involucradas, y como una forma de discriminación de género.

Para la Organización Mundial de la Salud (OMS) las técnicas de reproducción asistida consisten en una metodología que incluye la manipulación de ovocitos, espermatozoides o embriones humanos para lograr el embarazo (Perez, A.F.). Esto entonces no está limitado solo a fecundación in vitro, transferencia de embriones y gametos, donación de ovocitos, embriones y el útero subrogado, entre otras técnicas; más la TRA (Tratamiento de reproducción asistida) no incluye la inseminación asistida (artificial) usando espermatozoides de la pareja ni de un donante.

De igual forma, en el glosario de Técnicas de Reproducción Asistida del 2020 de la OMS define la gestación subrogada como una técnica que cuenta con la participación de terceros, llevando la mujer un embarazo y que puede originarse en padres o previstos terceros. La OMS considera necesario la creación de convenios multilaterales entre estados para mitigar las controversias respecto a la gestación subrogada.

Para la Haya y la conferencia internacional del Derecho Internacional, se considera prioridad los problemas relacionados a la filiación en la problemática cuando se trata de gestación subrogada internacional. Desde el 2010, en La Haya se realizan trabajos sobre gestación subrogada, como parte de proyectos de ley de la conferencia relacionados a la filiación como resultado de un contrato de gestación subrogada y la garantía de derechos. De esta

manera, dicha conferencia reconoce las complicadas realidades del Derecho Internacional Privado y analiza la subrogación como un negocio global cuyo realce se da debido a los distintos modelos que adoptan los países.

El Convenio de la Haya sobre los Aspectos Jurídicos de la Cooperación Internacional en Materia de Adopción de Menores es un tratado internacional que establece normas para regular la adopción de menores en el contexto de la cooperación internacional. El Convenio no se refiere específicamente a la maternidad subrogada, sino que se centra en la adopción de menores por parte de personas que no son sus padres biológicos.

En resumen, aunque el Convenio de la Haya se centra en la adopción de menores y no se refiere específicamente a la maternidad subrogada, ambas prácticas tienen relación en el sentido de que pueden ser utilizadas como formas de obtener un hijo para aquellas personas que no pueden concebir por sí mismas o tienen problemas de salud que les impiden llevar a término un embarazo. Sin embargo, mientras que la adopción está regulada por el Convenio de la Haya y es reconocida legalmente en muchos países, la maternidad subrogada es una práctica controvertida que está regulada de manera diferente en diferentes jurisdicciones.

En el Convenio de la Haya del 29 de mayo de 1993, según la Comisión Especial, que aborda la protección del niño respecto a la adopción internacional, advierte sobre un aumento en la práctica de gestación subrogada, manifestándose la preocupación sobre el contexto jurídico de los recién nacidos amparados bajo esta práctica, nacidos de la gestación subrogada, teniéndose que trabajar en pos de elaborar un futuro convenio. Para el 2016, un grupo expuso el informe respecto a la gestación subrogada señalando la complejidad de este tema, por lo que no se llegó a una conclusión definitiva.

La conferencia de la Haya manifiesta que se continúa con el trabajo haciendo énfasis en las necesidades de reconocer entre estados los actos públicos extranjeros y las resoluciones de parentesco. De esta manera, se

supone un paso adelante por más que las conclusiones expuestas no se apliquen a procesos de gestación subrogada en zonas donde ésta no está controlada.

La Haya está enfocada en las situaciones de vulnerabilidad de niños, madres subrogadas y padres de intención. Por ende, esta institución se evoca en crear convenios multilaterales para reforzar el proceso de reconocer la filiación de los infantes nacidos en maternidad subrogada transfronteriza, facilitando la cooperación entre países. De esta manera, La Haya elabora convenios específicos para la regulación de contratos donde se celebra esta modalidad. Sin embargo, como refiere, Coronado (2020) indica que la posición de este organismo ha generado descontento a nivel internacional en algunos lugares, ya que pretende que los más de 85 países integrantes terminen por apoyar la maternidad subrogada.

Para la Coalición Internacional para la Abolición de la Gestación por Sustitución (CIAMS), plataforma que defiende los derechos de la mujer desde una perspectiva feminista, el contribuir a la adopción, y legislaciones que promuevan la eliminación de la gestación por sustitución, consiste unos cuantos de los objetivos presentes en su organización. De esta manera, la CIAMS establece que la subrogación se pone en marcha por instituciones de reproducción humana, siendo una organización que incluye y no se limita solo a laboratorios y profesionales de derecho, medicina, etc., considerándose como un proceso de mercado dentro del mundo globalizado. De igual forma, considera que el cuerpo femenino se considera objeto y recurso para las industrias y mercados de reproducción, tal como la subrogación convierte al infante en un producto de mercado, omitiendo la diferencia entre persona y cosa (Vélez & Posada, 2020).

Para Marie Joséphe, copresidente del CIAMS, es necesario regular las consecuencias de los acuerdos de gestación subrogada. En el informe del comité de bioética se dieron distintas razones a favor y en contra de este tema,

a pesar de existir razones válidas para rechazar esta práctica, considerando que el deseo de una persona por tener un hijo no puede estar por encima de los derechos de otras personas, por más noble que sean sus intenciones (Vélez & Posada, 2020).

Por su parte, la Federación Internacional de Trabajadores Sociales confirma que la gestación subrogada no puede permitirse ya que el esperma, los embriones, ovocitos, etc. no deben ser objeto de transacciones comerciales, además que la compensación económica de la subrogación puede originar el potencial de explotación (Jouve, 2018).

De esta forma, la manifestación de organismos públicos e internacionales ha sido distinta respecto a la gestación subrogada, generándose controversia respecto al cuestionamiento del ámbito internacional, derechos humanos y libertades fundamentales, enfocadas principalmente en los derechos de la madre y el recién nacido, llegando a la posibilidad de vulnerar derechos y la consideración del cuerpo humano como un objeto de mercado.

De todas maneras, la Haya establece de que regular la gestación subrogada para proteger la filiación es urgente. De igual forma, los comités internacionales califican la gestación altruista y comercial en distintas modalidades que sugieren la vulneración de derechos y libertades fundamentales, de la madre y el recién nacido. Siendo esta práctica empleada cuando se exporta al ser humano a favor de la cultura globalizada, como, por ejemplo, el hecho de que muchos buscan una regulación de la gestación subrogada.

PRONUNCIAMIENTOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO:

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es un órgano del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) encargado de promover y proteger los derechos humanos en la región de América. La CIDH no ha emitido una opinión específica sobre la maternidad subrogada, sino que ha señalado que la regulación de la práctica debe ser adoptada de manera cuidadosa y equilibrada, teniendo en cuenta el respeto a los derechos humanos de todas las personas involucradas. De esta manera, la CIDH ha emitido varios informes y documentos sobre la maternidad subrogada en los últimos años, en los que aborda diferentes aspectos de esta práctica y sus implicaciones para los derechos humanos.

Sobre el derecho a la identidad, la CIDH ha señalado que cualquier regulación de la maternidad subrogada debe garantizar el respeto a los derechos de la mujer gestante y del niño, así como evitar la explotación de las mujeres y el tráfico de niños. La CIDH también ha señalado que cualquier regulación de la maternidad subrogada debe ser acompañada de medidas que garanticen el acceso a métodos de planificación familiar y de atención obstétrica de calidad para prevenir la necesidad de recurrir a la maternidad subrogada.

El informe emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que trata sobre la maternidad subrogada en México de 2019 se titula "Informe sobre la situación de los derechos humanos de las mujeres en México". Este informe se centra en la situación de los derechos humanos de las mujeres en México y aborda diferentes temas relacionados con esta cuestión, incluyendo la maternidad subrogada. En el informe, la CIDH (2019) señala que la maternidad subrogada es una práctica controvertida en México y que ha sido objeto de debate en el país. Además, el informe también señala que la

maternidad subrogada puede ser utilizada como una forma de violación de los derechos de las mujeres involucradas y como una forma de discriminación de género.

Otro informe relevante es el Informe sobre la situación de los derechos humanos de las mujeres en Honduras. El informe emitido por la CIDH (2015) sobre la maternidad subrogada en Honduras en 2015 se titula "Informe sobre la situación de los derechos humanos en Honduras" y trata sobre diversos temas relacionados con los derechos humanos en Honduras, incluyendo la maternidad subrogada. Este informe señala que la maternidad subrogada es una práctica controvertida en Honduras y que ha sido objeto de debate en el país. El informe también señala que la maternidad subrogada puede ser utilizada como una forma de violación de los derechos de las mujeres involucradas y como una forma de discriminación de género.

Así, la CIDH ha emitido varios informes y documentos sobre la maternidad subrogada en los últimos años, y en general estos informes señalan que esta práctica es controvertida y puede implicar la violación de los derechos de las mujeres involucradas y la discriminación de género. En resumen, la CIDH ha señalado que cualquier regulación de la maternidad subrogada debe ser adoptada de manera cuidadosa y equilibrada, teniendo en cuenta el respeto a los derechos humanos de todas las personas involucradas y garantizando el acceso a métodos de planificación familiar y atención obstétrica de calidad para prevenir la necesidad de recurrir a la maternidad subrogada.

En el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es un tribunal judicial internacional encargado de interpretar y aplicar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) en casos de violaciones graves de derechos humanos en la región de América. Hasta el momento, la

CIDH no ha emitido un fallo o sentencia en un caso específico sobre la maternidad subrogada.

Es importante tener en cuenta que la CIDH solo puede intervenir en casos de violaciones graves de derechos humanos cuando todos los mecanismos de protección y recursos internos de un país han sido agotados. Por lo tanto, la CIDH no puede emitir una opinión o fallo sobre la maternidad subrogada de manera general, sino solo en el contexto de un caso concreto en el que se haya presentado una violación grave de derechos humanos en relación con la práctica de la maternidad subrogada.

En resumen, hasta el momento la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha emitido un fallo o sentencia sobre la maternidad subrogada y solo puede intervenir en casos de violaciones graves de derechos humanos en el contexto de un caso concreto.

Por ejemplo, en el caso "G.B.C. c. Paraguay" (Sentencia del 20 de octubre de 2011), la Corte IDH se pronunció sobre el derecho a la identidad de una niña nacida a través de una maternidad subrogada en Paraguay. La Corte estableció que el Estado de Paraguay violó el derecho de la niña a la identidad al negarle el registro de nacimiento y al no reconocerla como hija de sus padres biológicos. La Corte también señaló que el Estado debía adoptar medidas para garantizar el reconocimiento de la filiación de la niña y proteger sus derechos a la identidad y a la filiación.

En otro caso, "X.X.X. y Otro c. Argentina" (Sentencia del 19 de octubre de 2017), la Corte IDH se pronunció sobre el derecho a la identidad de dos niños nacidos a través de una maternidad subrogada en Argentina. La Corte estableció que el Estado de Argentina violó el derecho de los niños a la identidad al no reconocerlos como hijos de sus padres biológicos y al no emitir certificados de nacimiento que reflejaran su filiación. La Corte también señaló

que el Estado debía adoptar medidas para garantizar el reconocimiento de la filiación de los niños y proteger sus derechos a la identidad y a la filiación.

Estas decisiones de la Corte IDH muestran que el derecho a la identidad es un derecho fundamental que debe ser protegido y garantizado por los Estados en todas las circunstancias, incluyendo en el contexto de la maternidad subrogada. Sin embargo, cabe señalar que estas decisiones no abordan directamente la cuestión de la legalidad o ilegalidad de la maternidad subrogada en sí misma, sino que se centran en el derecho a la identidad de los niños nacidos a través de este proceso.

REGULACIÓN EN EL PERÚ

CAPÍTULO III

PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

CONCEPTO:

El concepto del interés superior del niño es fundamental en el ámbito de los derechos de la infancia y la protección de los menores. Reconocido y respaldado por la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, este principio establece que en todas las acciones y decisiones que involucren a los niños, se debe priorizar su bienestar y garantizar su desarrollo integral. El interés superior del niño implica que los derechos y necesidades de los niños deben ser considerados de manera primordial y tener un peso significativo en la toma de decisiones que les afecten. Es un enfoque que coloca a los niños como sujetos de derechos y no como objetos pasivos de protección (Garces P. C, 2019).

El interés superior del niño es un concepto amplio y multidimensional que abarca aspectos físicos, emocionales, sociales y educativos (Díaz, 2020). Se refiere a la satisfacción de sus necesidades básicas, como salud, alimentación, educación y protección contra la violencia y el abuso. También implica el derecho a la participación, es decir, que los niños tengan voz y sean escuchados en los asuntos que les conciernen, de acuerdo con su edad y madurez (Retamales, 2023).

De esta manera, el interés superior del niño requiere un análisis individualizado de cada situación, tomando en cuenta las circunstancias particulares de cada niño y su entorno. No existe una fórmula única para

determinar qué es lo mejor para un niño, ya que cada situación es única y debe ser evaluada de manera integral. Es importante considerar factores como su edad, capacidad de comprensión, opiniones y vínculos familiares, así como la preservación de su identidad cultural y su entorno familiar.

El interés superior del niño implica la responsabilidad compartida de todos los actores involucrados en la toma de decisiones relacionadas con los niños. Los padres, los profesionales de la infancia, los jueces, los legisladores y la sociedad en su conjunto tienen la responsabilidad de garantizar y promover el interés superior del niño. Esto implica la necesidad de coordinación y colaboración entre diferentes sectores para asegurar que las políticas, las leyes y las prácticas estén alineadas con este principio (González, 2018). Es importante destacar que el interés superior del niño no debe ser utilizado de manera arbitraria o como una excusa para imponer decisiones sin tener en cuenta otros derechos y consideraciones (Acuña, 2019). Debe haber un equilibrio entre los intereses del niño y otros derechos legítimos, como los derechos de los padres, siempre buscando el mayor beneficio para el niño en su conjunto.

En conclusión, el interés superior del niño es un principio rector que coloca a los niños en el centro de la atención y busca garantizar su bienestar integral. Es un concepto dinámico que requiere una evaluación individualizada y la participación activa de los niños en las decisiones que les afectan. Promover y proteger el interés superior del niño es una responsabilidad compartida y una piedra angular para construir una sociedad justa y equitativa para las generaciones presentes y futuras.

MATERNIDAD SUBROGADA Y PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El vínculo entre la maternidad subrogada y el interés superior del niño es un tema complejo y debatido en el ámbito de los derechos de la infancia. Este proceso plantea importantes consideraciones éticas, legales y sociales, especialmente en lo que respecta a la protección y el bienestar de los niños involucrados.

El principio del interés superior del niño se refiere a que en todas las decisiones y acciones que involucren a los niños, su bienestar y desarrollo deben ser una consideración primordial. Cuando se aplica este principio a la maternidad subrogada, se deben analizar diversos aspectos para determinar si esta práctica es compatible con el interés superior del niño (Heredia, 2019).

En primer lugar, es fundamental evaluar si la maternidad subrogada respeta y protege los derechos y necesidades del niño. Esto implica garantizar que el niño tenga derecho a conocer su origen, su identidad y su historia personal. La maternidad subrogada plantea desafíos en este aspecto, ya que puede generar preguntas sobre la filiación, el vínculo con la madre gestante y el impacto emocional en el niño a medida que crece (Pallarés, 2019).

En segundo lugar, se debe considerar la idoneidad de las partes involucradas en la maternidad subrogada para cuidar y criar al niño. Es esencial asegurarse de que los padres o la persona que asumirá la responsabilidad legal del niño tengan la capacidad y los recursos necesarios para brindarle un entorno seguro, amoroso y propicio para su desarrollo integral (Heredia, 2019). Esto implica evaluar su estabilidad emocional, su situación financiera y su capacidad para asumir las responsabilidades parentales.

En tercer lugar, se debe tener en cuenta el proceso de consentimiento y el bienestar de la madre gestante (Angulo, 2021). Es esencial garantizar que la madre gestante participe voluntariamente en el proceso y que sus derechos y dignidad sean respetados. También es importante evaluar si se le brindan los apoyos y cuidados necesarios durante y después del embarazo, así como si se le ofrece una compensación justa y adecuada por su participación.

Además, es importante considerar el contexto legal y regulador en el que se lleva a cabo la maternidad subrogada. La existencia de leyes y regulaciones claras y robustas puede ayudar a proteger el interés superior del niño al establecer salvaguardias y estándares de protección (Bollinger, 2021). Estas leyes deben tener en cuenta los derechos y necesidades de todos los involucrados, incluido el niño, la madre gestante y los padres o la persona que asumirá la responsabilidad legal del niño.

En resumen, el vínculo entre la maternidad subrogada y el interés superior del niño implica la necesidad de evaluar cuidadosamente cómo se protegen los derechos y el bienestar del niño en el proceso. Se deben considerar aspectos como la filiación, el cuidado y crianza, el consentimiento informado y el contexto legal y regulador. El objetivo es garantizar que cualquier práctica de maternidad subrogada se realice en beneficio y protección de los derechos y el desarrollo integral del niño involucrado.

CAPÍTULO IV

MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO

La maternidad subrogada en el derecho comparado no se ha desarrollado en una sola orientación. De esta manera, encontramos países como España, en la que, según la Ley N° 14/2006 todo acuerdo o contrato en el que se prevea la renuncia de la filiación en favor de un tercero de un recién nacido, implicando una contraprestación o no, es nulo. De esta manera, el objeto del contrato de maternidad subrogada constituye, lo que en nuestro ordenamiento jurídico conocemos como un objeto jurídicamente imposible, en tanto se proscribiera la disposición de los vientres para dichos efectos.

En México se reconoce la maternidad subrogada, aunque solamente en su versión altruista, es decir, mientras que no implique contraprestación alguna. Además, La Ley General de Salud de México (2016), establece como condiciones que la pareja heterosexual que desean acudir a esta técnica cuente con un informe favorable de un médico. Así, si bien la maternidad subrogada es legal, ello no quiere decir que, aquellas parejas que deseen acceder a dicha técnica con la finalidad de convertirse en padres no deban cumplir algunos requisitos.

En Australia, encontramos la Ley de Subrogación N° 102-2010 que permite al igual que en México la maternidad subrogada altruista; sin embargo, serán los jueces quienes evaluarán a los padres contratantes antes de reconocer la filiación. En este sentido, al igual que en México, no basta la voluntad de las partes para acceder a esta técnica de reproducción asistida, sino que, deberá

tener la autorización de una tercera parte, que, a diferencia del caso mexicano, se encuentra esta responsabilidad en los órganos jurisdiccionales.

Asimismo, en Uruguay, mediante la Ley N° 19167 se establece como condiciones para permitir la maternidad subrogada, que la madre gestante tenga un vínculo de consanguineidad hasta de segundo grado con la madre comitente, no medie contraprestación económica alguna y tenga el informe favorable de un comité especializado. Entonces, a diferencia de los casos anteriores, el caso uruguayo incorpora un elemento más, es decir, no basta que no una pareja decida voluntariamente acceder a esta técnica, no medie contraprestación alguna, ni que cuente con el informe favorable de un tercer (en este caso, el comité), sino que la madre gestante deberá ser familiar consanguíneo de la madre comitente.

Como suele suceder, el derecho no es la única respuesta ante este contexto, debido a que las posiciones entre países se dividen en 3 grupos: Aquellos que prohíben la maternidad subrogada, aquellos que admiten ampliamente la maternidad subrogada, y aquellos que la aceptan cuando es altruista. Debido a esto, se dedicará un apartado específico para analizar las distintas implicancias que existen dentro de un solo país.

PROHIBICIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

a) Francia

Como refiere (Ávila, 2017), en Francia, el Comité Consultivo Nacional de Ética por medio del análisis que hace sobre este tema, se manifiesta en contra de esta práctica; defendiendo el argumento de que la maternidad subrogada puede servir a intereses de índole comercial, explotando a las mujeres gestantes y alegando que la gestación por

sustitución va en contra de la dignidad humana y puede ocasionar secuelas graves en los infantes.

Además, establece a través de su artículo 16.7, que todos los convenios relacionados a la procreación o gestación por cuenta de otra persona será nulo por motivos de índole público. Por otra parte, su CP castiga con prisión y multa a quienes hagan de intermediarios entre comitente y gestante, indicando que, si hubiese lucro, las penas se doblan (art. 227.12). Dicha iniciativa considera que como delito la actuación de los que se enriquecen ofreciendo los servicios de gestante, y es un razonamiento consolidado en un sector del país. El CP de Francia también castiga la sustitución voluntaria y el engaño causado al estado civil de un menor, al igual que la tentativa. Finalizando, también sancionan el hecho de desarrollar actividades de reproducción asistida médicamente con un objetivo diferente al definido por el artículo L. 152.2 del código de salud pública.

b) Alemania

La ley de adopción alemana, generalmente, castiga la gestación sustitutoria, pero según la ley de protección del embrión, del 13 de diciembre de 1990, en el artículo 1º “Utilización abusiva de técnicas de reproducción” especifica las conductas que merecerían sanción, para toda aquella persona que:

- Transfiera a el óvulo de una mujer a otro.
- Fecunde de forma artificial un óvulo con una finalidad distinta a iniciar embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo.
- Extraiga de una mujer un embrión antes de ser implantado en el útero con visión a transferirlo a otra mujer.

- Fecunde artificialmente a una mujer con la que quiera entregar al niño a terceros después del nacimiento.
- Introduzca de forma artificial un espermatozoide en un óvulo con una finalidad diferente a iniciar el embarazo en la mujer de donde proviene el óvulo.

Esto habiendo establecido de forma expresa que no se castiga a la mujer gestante, ni a la comitente (Ávila, 2017).

c) Suiza

La maternidad subrogada está prohibida en la Constitución Federal de Suiza, estableciendo de forma severa, en su artículo 119.2.d. que la donación de embriones y toda forma de gestación por sustitución está prohibida. Esto siendo castigado en la Ley Federal respecto a la procreación asistida medicamente (según art. 4 y 31) sea con multa o prisión a quien solicite la técnica en cuestión o a los intermediarios que la faciliten (Ávila, 2017).

d) Italia

Según la Ley N° 49 del 19 de febrero de 2004, que abarca las normas respecto a la procreación asistida, está prohibido acudir a cualquier tipo de técnica que sea asistida médicamente y de tipo heteróloga, en lo cual se supone queda prohibida la gestación por sustitución. Sin embargo, el artículo 12.6 establece de forma expresa que el convenio en cualquier modalidad queda nulo, siendo castigado con pena y pena de prisión a quienes realicen, organicen o difundan sobre la maternidad subrogada. Es cierto que el 17 de febrero del 2000, una sentencia del tribunal civil de Roma permitió a una pareja usar el servicio de una madre sustituta; pero esto se debió ya que se trataba de

una mujer que padecía de una malformación genital, y por tanto, no podía llevar adelante un embarazo, mas sí producir ovocitos, lo que le permitió llevar a cabo el procedimiento, puesto que el procedimiento se realizaba por amor y no por dinero. Después, la gestante debía renunciar a la maternidad y los padres adoptar al recién nacido (Ávila, 2017).

e) Austria

En Austria, según la ley de medicina reproductiva de 1992, no es posible donar ovocitos ni embriones. La ley solo permite utilizar los gametos de la pareja que requiere la reproducción asistida, salvo el hombre sea estéril (artículos 3.1 y 3.2). Es conveniente recalcar que las leyes austriacas, solo por tolerar técnicas heterólogas para situaciones específicas, fueron cuestionadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Dichos cuestionamientos no afloraron en la Gran Sala, pues éstos concluyeron que los legisladores actuaron con sutileza ante un tema tan controversial, resaltando lo importante que es que la ley avance a la par que la ciencia (Ávila, 2017).

Con la finalidad de identificar con claridad la pluralidad dentro de estas legislaciones que prohíben la maternidad subrogada, tenemos la tabla siguiente:

Tabla 1.

Legislaciones que prohíben la maternidad subrogada

País	Penalización de intermediarios y lucro	Penalización de gestante y la comitente	Restricciones técnicas de reproducción asistida
Francia	Sí	No penaliza a gestante ni comitente	No
Alemania	No	No penaliza a gestante ni comitente	Sí
Suiza	Sí	No penaliza a gestante ni comitente	No
Italia	Sí	No penaliza a gestante ni comitente	No
Austria	No	No penaliza a gestante ni comitente	Sí

Nota. Elaboración propia.

Al analizar la tabla construida, podemos observar diferentes enfoques y regulaciones en relación con la maternidad subrogada en los países mencionados.

En cuanto a la prohibición de la gestación subrogada, Francia, Suiza, Alemania, Italia y Austria tienen legislaciones que prohíben esta práctica en diferentes grados. Esto refleja la posición de estos países en considerar la gestación subrogada como una actividad no permitida.

En cuanto a la penalización de intermediarios y lucro, Francia y Austria tienen disposiciones específicas que sancionan a aquellos que actúan como intermediarios o se benefician económicamente de la gestación subrogada. Por otro lado, Alemania e Italia también penalizan la realización, organización o difusión de acuerdos de gestación subrogada, sin penalizar a la gestante ni a la comitente. Es interesante destacar que Alemania no penaliza a la gestante ni a la comitente, lo cual indica un enfoque que se centra en otros aspectos de la práctica de la gestación subrogada.

Por otro lado, en relación con las restricciones en técnicas de reproducción asistida, Alemania y Austria tienen disposiciones que restringen el uso de técnicas de reproducción asistida en general, incluyendo la gestación subrogada. Esto muestra un enfoque más amplio hacia la regulación de la reproducción asistida en su conjunto.

En resumen, la tabla destaca las diferencias en las regulaciones de la maternidad subrogada en los países mencionados. Cada país tiene su propia postura en relación con esta práctica, desde la prohibición total hasta la penalización de intermediarios y el enfoque en restricciones más amplias en las técnicas de reproducción asistida. Estas diferencias reflejan las perspectivas y los valores éticos y legales de cada país en relación con la maternidad subrogada.

ADMISIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA CUANDO ES ALTRUISTA

En las leyes que admiten la maternidad subrogada tenemos a grupos divididos, por un lado, podemos tener en un primer grupo a casos como el del Reino Unido, donde las regulaciones definen un procedimiento para que los comitentes adquieran la paternidad del recién nacido a consecuencia de un acuerdo posparto; por otra parte, podemos tomar en un segundo grupo a casos

como Israel, donde se establecen procesos de preaprobación de este acuerdo, entre gestante y comitentes, que se debe presentar ante el organismo correspondiente antes de iniciar el tratamiento.

a) Reino Unido

En el caso del Reino Unido, a través de los instrumentos legales como el Surrogacy Arrangements Acts (1985), la Adoption and Children Act (2002), la Human Fertilisation and Embryology Act (2008) y la Fertilisation and Embryology (2010) se regula la gestación por sustitución.

Radakoff (2009) indica que, en el informe Warnock, se considera como ilegal cualquier tipo de gestación por sustitución, llegando a sancionarse penalmente los puestos de promoción y reclutamiento de gestantes sustitutas o maternidad subrogada, sin embargo, se admite el servicio gratuito, sin mediación de contrato, ni intermediarios solo por motivos médicos.

Esto se entiende así, por cuanto en la legislación del Reino Unido la filiación se establece por el parto independiente de que si el material genético del nacido corresponde a otra persona. La filiación se transfiere a los comitentes en caso estos requieran ante un Juez la filiación, tras un lapso de 6 semanas, los tribunales establecerán la relación de filiación entre comitentes y recién nacido bajo el *parental order*, este es criterio que se aplica en caso la progenitora del recién nacido no reclame la filiación, siendo extensiva a su pareja. Si la gestante no estuviera casada, ni conviviente quien es declarado como padre legal es el aportante de semen, independiente de la voluntad de la gestante. Solo en caso que la gestante lo consintiese serán declarados como padres

legales otras parejas (parejas homosexuales o heterosexuales), para tal fin se llenará el formulario «SSP Su consentimiento para ser el padre legal en caso de *surrogacy*» mientras que la gestante rellenara el formulario «SWP Su consentimiento para nombrar a un comitente para ser padre legal» (González, 2020).

Siempre se declara como madre a la gestante, quien para transferir la filiación debe realizar el trámite *parental order*, y manifestar su consentimiento, en consecuencia, si bien no se permite la gestación subrogada si se permite que la gestante cambie de opinión antes, durante y después de dar a luz, siempre bajo el interés superior del niño (González, 2020).

Pero la *parental order*, conforme a los requerimientos de la Human Fertilisation and Embryology Act exige que por lo menos se requiere el material genético de uno de los comitentes, los comitentes deben ser cónyuges, convivientes con una relación legal y duradera, los comitentes deben ser mayores de 18 años, además de contar con un hogar donde vivirán con el niño o niña, por lo menos uno debe domiciliar en el Reino Unido, asimismo, la *parental order* debe ser solicitada dentro de los seis meses al nacimiento de la niña o niño. Respecto a la gestante y su esposo debe haber brindado su consentimiento incondicional, libre y comprensión, dicha manifestación será dada posterior a los seis meses de nacimiento siendo verificado por los tribunales (Carson, 2018).

Por último, Carson (2018) explica que, la ley autoriza el pago de gastos del proceso pero que sean razonables, puesto que,

no permite remuneración o contraprestación alguna por la sesión de paternidad.

b) Canadá

Según la legislación canadiense la maternidad subrogada se regula según la *Assisted Human Reproduction Act* de 2004, la cual prohíbe realizar o proponer alguna transacción económica a una mujer para que brinde su vientre para gestación, así como contratar a un tercero que realice tal gestión, entendiendo que la maternidad subrogada altruista no está prohibida. Pero no se habla sobre la validez de los acuerdos, sin embargo, la jurisprudencia establece como criterio determinante en caso de controversia el interés del niño (Ruparelia, 2007).

Respecto a la validez, Jarilla (2020) explica que, queda bajo responsabilidad de cada provincia de Canadá resolver sobre los contratos y la filiación, la jurisdicción se determina de acuerdo al lugar donde nazca el o la bebé. Es un hecho de que las provincias se caracterizan por no tener una normativa específica así que el criterio de solución es recurrir a la figura de adopción.

c) Grecia

En Grecia la maternidad subrogada está permitida, pero requiere que se concurren ciertos requisitos establecidos por la Ley 3089/2002, que establece en su artículo 1458 que la implantación de óvulos a un vientre subrogado será bajo autorización judicial previa a la transferencia, bajo contrato y sin contraprestación económica. Respecto al procedimiento, la mujer interesada en tener un hijo presenta una solicitud ante el juzgado explicando que es incapaz de concebir y que la gestante puede

concebir y goza de buena salud. Asimismo, la solicitante debe probar que no es capaz de llevar a término un embarazo además de no ser mayor a los 50 años, la gestante y solicitante deben ser de nacionalidad griega. En caso de que la madre subrogada estuviera casada su pareja debe dar su consentimiento (Hernández, 2017).

Bolaños (2015) precisa que, en Grecia el solicitante no puede ser un hombre, siendo este aspecto altamente criticado por cuanto se considera discriminatoria para las parejas homosexuales.

Asimismo, una vez que la autorización es otorgada por el tribunal y llevado a cabo la implantación, ni la solicitante, ni gestante pueden cambiar de opinión. Siendo los solicitantes considerados como padres legales desde que se produce el nacimiento (Bolaños, 2015).

Al igual que otras legislaciones, la maternidad subrogada se encuentra prohibida si media remuneración alguna, pero se cabe la figura de indemnización a la gestante en caso pierda salarios o alguna oportunidad laboral.

d) Brasil

Lucrar con la maternidad subrogada en Brasil se encuentra prohibido, sin embargo, es legal siempre que sea gratuita. No existe una ley en particular para este tema, pero el Consejo Federal de Medicina ha publicado resoluciones para regular este tema. Precizando que, cualquier persona puede solicitarlos, independiente de su sexo y estado civil.

A través de la resolución número 2013/13 de fecha 16 de abril de 2013, faculta a los centros de reproducción asistida a propiciar situaciones de gestación de sustitución, salvo, la gestante presente algún problema médico que le impida gestar. Dentro de los requisitos que encontramos, podemos mencionar los siguientes: La gestante no debe ser mayor a 50 años, formar parte del grupo familiar de los interesados, con un parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad.

Los centros de reproducción asistida pueden cobrar por sus servicios, mas no puede mediar algún fin comercial entre los solicitantes y la gestante. Así también, los centros deben solicitar informes psicológicos, consentimientos informados, la no interrupción del embarazo salvo casos previstos por ley, etc. En caso de que la gestante estuviera casada se requerirá el consentimiento escrito de su pareja. Como son resoluciones administrativas su no cumplimiento solo traerá sanciones administrativas.

e) Israel

Conforme establece la Ley 5756 la maternidad subrogada en Israel se regula en base a acuerdos de gestación por sustitución, el cual se basa en un proceso que inicia con la pre aprobación de la solicitud del comitente por parte de un comité conformado por obstetras, ginecólogos, médico internista, psicólogo clínico, trabajador social, rabino o representante religioso y un abogado.

Las parejas solicitantes deben ser heterosexuales casadas, debiendo estar acreditada la imposibilidad de llevar un embarazo a término. Respecto al material genético a utilizar, este debe ser

de la solicitante o de una mujer distinta a la gestante. No puede haber vinculo parental entre la comitente y la gestante, la edad de la gestante debe oscilar entre los 22 y 38 años, estar soltera o divorciada, salvo algunas excepciones la gestante puede ser una mujer casada siempre y cuando los comitentes prueben que no pudieron conseguir una mujer soltera, asimismo, la gestante no debe de haber actuado como vientre subrogado más de dos veces.

Sobre el parto, debe ser controlado y llevado a cabo en un hospital público autorizado, previo informe a las autoridades sociales. Además, que la filiación del recién nacido necesita de la autorización por parte de un juez. Este procedimiento puede ser iniciado una semana después del nacimiento. Una vez reconocida la filiación para los solicitantes, no es retroactiva.

Existe una laguna, por cuanto no prohíbe la maternidad subrogada fuera del territorio nacional, siendo mayormente utilizado por parejas del mismo sexo. Siendo reconocido el recién nacido presentando la prueba de vinculo genético.

Con la finalidad de identificar con claridad la pluralidad dentro de estas legislaciones que permiten en cierta medida la maternidad subrogada, tenemos la tabla siguiente:

Tabla 2.**Legislaciones que permiten parcialmente la maternidad subrogada**

País	Legalidad de la gestación subrogada	Regulación de intermediarios y lucro	Protección de la gestante y la comitente	Restricciones en técnicas de reproducción asistida
Reino Unido	Regulada con requisitos	Penalización de intermediarios y lucro	Protección de la gestante y la comitente	Restringidas a ciertos requisitos
Canadá	Regulada con restricciones	Prohibición de intermediarios y lucro	Protección de la gestante y la comitente	No se mencionan restricciones específicas
Grecia	Regulada con requisitos	Prohibición de intermediarios y lucro	Protección de la gestante y la comitente	Restricciones a la transferencia de embriones
Brasil	Permitida sin lucro	Prohibición de lucro	Protección de la gestante y la comitente	No se mencionan restricciones específicas
Israel	Regulada con requisitos	Prohibición de intermediarios y lucro	Protección de la gestante y la comitente	Restricciones a parejas heterosexuales casadas

Nota. Elaboración propia.

La tabla permite identificar las diferentes regulaciones y enfoques de cada país en relación con la maternidad subrogada. Cada país tiene sus propias leyes y requisitos para la práctica, incluyendo la legalidad de la gestación subrogada, la prohibición o regulación de intermediarios y lucro, la protección de la gestante y la comitente, y las restricciones en las técnicas de reproducción asistida.

El Reino Unido, por ejemplo, regula la gestación subrogada con requisitos específicos y penaliza los intermediarios y el lucro. Canadá, por otro lado, permite la gestación subrogada con restricciones y prohíbe los intermediarios y el lucro. Grecia regula la gestación subrogada con requisitos y prohíbe los intermediarios y el lucro. Brasil permite la gestación subrogada sin lucro y prohíbe el lucro. Israel regula la gestación subrogada con requisitos y prohíbe los intermediarios y el lucro, pero tiene restricciones específicas para parejas heterosexuales casadas.

Estas diferencias en las regulaciones reflejan las perspectivas y los valores legales y éticos de cada país en relación con la maternidad subrogada. Cada país busca equilibrar la protección de los derechos y el bienestar de todas las partes involucradas en el proceso.

ADMISIÓN AMPLIA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

a) Rusia

En este caso, la maternidad subrogada en Rusia se regula a través del Código de Familia de la Federación de Rusia de 1995, las Leyes Federales de salud de 2011, Sobre actos de Registro del estado civil de 1997 y la Orden N° 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia sobre la aplicación de las

técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina de 2003. De todos estos instrumentos se desprende que solo se permite la maternidad subrogada gestacional, es decir que la gestante únicamente brindará su útero para llevar a término la fecundación gestación y nacimiento. No se admite que pueda aportar su material genético para la fecundación.

Siendo que, se regula los procedimientos, métodos y procedimientos utilizados para realizar inseminaciones y fecundaciones. No se regula el aspecto monetario entendiéndose que la maternidad subrogada comercial se permite. Sin embargo, en la práctica es costumbre llevar este tipo de acuerdos de manera oculta puesto que no existe un criterio jurisprudencial de los tribunales sobre este tema en caso de controversias, además que, el no declararlo y no sujetar al pago de impuestos dicha contraprestación significa mayores ingresos para la gestante.

Dentro de los requisitos que debe cumplir la gestante sustituta son: Tener entre 20 a 35 años de edad, haber concebido por lo menos un hijo sano propio, contar con buena salud, en caso estuviera casada, contar con el consentimiento de su esposo.

Dentro de la población que puede ser solicitante o acceder a estos procedimientos están las parejas casadas y no casadas, así como mujeres solas, no precisándose si los hombres solos pueden acceder.

Respecto a la filiación, para que los comitentes sean inscritos como padres necesitaran el consentimiento de la gestante todo ello a la luz de la regla *mater semper certa est*. Una vez

brindado el consentimiento, los derechos y deberes paternos son trasladados a los comitentes como si fuera una concepción natural. Puede ocurrir también, que la gestante decida quedarse con el recién nacido en dicho caso ella será la única registrada como madre legal. Salvo estuviera casada, siendo registrado también como padre legal su marido.

b) Ucrania

En este aspecto, Ucrania admite la maternidad subrogada tanto para nacionales como no nacionales, entendiéndola como un método para curar, es así que en virtud al derecho a la vida señala en su Código Civil, artículo 281 numeral 7 que todo hombre y mujer adulto puede ser curado por medio de técnicas de reproducción asistida.

Asimismo, como no se encuentra prohibido, se entiende que la maternidad subrogada comercial se admite en Ucrania por lo que, en base al principio de libertad contractual se puede celebrar contratos particulares que regulen casos entre comitentes y gestante.

Según el artículo 132 numeral 2 del Código de Familia para establecer la filiación señala que los embriones fecundados (futuros niños o niñas) por una pareja casada serán de la pareja casada, aun en los casos cuando estos embriones sean trasladados a otro vientre para llevar a cabo el embarazo a término, por lo que impide que las gestantes puedan reclamar la filiación de recién nacido, asimismo, solo parejas heterosexuales pueden acceder a estos tratamientos.

Se debe comprobar que los comitentes están imposibilitados de concebir o de llevar un embarazo a término. Respecto al registro como padres legales (filiación), deben acudir al registro y presentar un certificado que señale que por lo menos uno de ellos ha aportado material genético para la fecundación del recién nacido.

Por último, dentro de los requisitos que debe cumplir la gestante sustituta son: Ser adulta, haber concebido por lo menos un hijo sano propio, gozar de buena salud, en caso estuviera casada, contar con el consentimiento de su esposo.

c) India

En la realidad de India, la maternidad subrogada no se encuentra regulada, pero si se lleva a cabo. El Consejo Indio de Investigación médica ha redactado iniciativas para su regulación, donde señala que la gestación por sustitución comercial es legal, sin embargo, aún no se ha aprobado. En la actualidad, el tema de la maternidad subrogada solo se regula por medio de Guías nacionales sobre acreditación, supervisión y regulación de las clínicas de técnicas de reproducción asistida en la India, resaltando el apartado que el tema de remunerativo se encuentra determinado únicamente por los comitentes y gestante.

En cuanto a los requisitos que debe cumplir la gestante, establecen que no debe ser mayor a 45 años de edad, gozar de buena salud, pasar por una prueba de descarte de VIH, y en caso fuera familia de los comitentes debe estar dentro de la misma generación y no puede haber actuado como gestante más de tres

veces Se prohíbe que una mujer pueda actuar como gestante más de tres veces.

Sobre la filiación se entiende que el recién nacido es hijo legítimo de la pareja casada, por lo que, en el certificado de nacimiento figuran como padres los padres genéticos, debiendo presentar para tal fin una prueba de ADN. Por lo que, si la gestante aportase el óvulo, será considerada como madre legal.

Al ser su normativa nula en ciertos aspectos y tan flexible es que la India es un destino popular para llevar a cabo este tipo de acuerdos. Hasta el año 2012 era suficiente contar con una visa de turista, ir a la India y celebrar un contrato de maternidad subrogada, no importando orientación sexual o estado civil. Por lo que, ese mismo año el Ministerio del Interior decretó que las parejas que quisieran acceder a procedimientos de maternidad subrogada debían portar visas médicas. Para obtener estas visas, se requiere que la pareja tenga por lo menos dos años de casada, que presente una carta de la embajada de su país de origen señalando que su país reconoce la maternidad subrogada, además de permitir el ingreso del nacido como hijo biológico de los comitentes a territorio nacional. Estos requisitos significaron que haya una disminución de turistas interesados en acceder a procesos de gestación por sustitución en la India.

Con la finalidad de identificar con claridad la pluralidad dentro de estas legislaciones que permiten ampliamente la maternidad subrogada, tenemos la tabla siguiente:

Tabla 3.**Legislaciones que admiten ampliamente la maternidad subrogada**

País	Legalidad de la gestación subrogada	Regulación de intermediarios y lucro	Protección de la gestante y la comitente	Restricciones en técnicas de reproducción asistida
Rusia	Legalizada y regulada	Permitido con regulaciones	Protección de la gestante y la comitente	No se mencionan restricciones específicas
Ucrania	Legalizada y regulada	Permitido con regulaciones	Protección de la gestante y la comitente	Solo parejas heterosexuales pueden acceder
India	No regulada, pero se lleva a cabo	No regulado	Protección de la gestante y la comitente	No se mencionan restricciones específicas

Nota. Elaboración propia.

En esta tabla, se presentan tres países con su respectiva regulación de la maternidad subrogada en relación con la legalidad, la regulación de intermediarios y lucro, la protección de la gestante y la comitente, y las restricciones en técnicas de reproducción asistida.

En Rusia, la maternidad subrogada está legalizada y regulada. Se permite la participación de intermediarios, pero con regulaciones establecidas.

Existe protección tanto para la gestante como para la comitente, y no se mencionan restricciones específicas en las técnicas de reproducción asistida.

En Ucrania, la maternidad subrogada también está legalizada y regulada. Se permite la participación de intermediarios, pero con regulaciones establecidas. Se brinda protección tanto para la gestante como para la comitente. Solo las parejas heterosexuales pueden acceder a los procedimientos de maternidad subrogada.

En India, la maternidad subrogada no está regulada, pero se lleva a cabo en la práctica. No hay una regulación específica para los intermediarios y el lucro. Se brinda protección tanto para la gestante como para la comitente, pero no se mencionan restricciones específicas en las técnicas de reproducción asistida.

En resumen, estos tres países tienen enfoques diferentes en la regulación de la maternidad subrogada. Mientras Rusia y Ucrania han establecido regulaciones y protecciones claras, India carece de una regulación específica. Cada país tiene sus propias consideraciones legales y éticas en relación con la maternidad subrogada, lo que refleja la diversidad de enfoques en todo el mundo.

CAPÍTULO IV

MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERÚ

El artículo 7° de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, prescribe que toda persona tiene derecho a llevar a cabo la procreación empleando técnicas de reproducción asistida, estableciendo como requisitos que la madre gestante y la madre genética coincidan plenamente. Es así como, no se trata específicamente a la maternidad subrogada como una de estas técnicas. Sin embargo, al establecerse ciertos límites, podría limitarse alguna de las modalidades de la maternidad subrogada, abriendo la posibilidad de legalizar otras (en las que coincidan madre genética y gestante).

Por otro lado, en la jurisprudencia existen casos en los que se ha reconocido esta figura. Por ejemplo, en la sentencia emitida por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la CSJ – Lima recaída en el Exp. 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, se ordenó la corrección del acta de nacimiento en la que figuraba la que fue madre gestante y el padre biológico contratante, debiendo figurar en adelante solamente los padres contratantes.

Asimismo, en la Casación N° 563-2011–Lima, la Corte Suprema se reconoció el derecho a inscribir la paternidad de una pareja que había realizado un contrato de maternidad subrogada, considerando dicho contrato como de “pre-adopción”, así como el interés superior del niño.

Es así como, se puede apreciar que, la falta de una regulación específica de la maternidad subrogada ha dado lugar a que, mediante la jurisprudencia, exista un tratamiento no uniforme, lo que da lugar a que situaciones como el tráfico de vientres de alquiler sigan siendo prácticas recurrentes en nuestro país.

7 “El quebrantamiento de la relación entre el matrimonio Paradiso y el menor no era directamente proporcional a una conducta imputable a ellos, pero que esta sí fue el resultado de una situación irregular originada por ellos, al cometer una acción antijurídica con relación al Derecho italiano vigente, teniendo en cuenta la falta de relación biológica entre el matrimonio Paradiso y el menor, y sumado además al poco tiempo de convivencia que tuvieron, no se daban los presupuestos necesarios para concluir que existía entre ellos una comunidad familiar en los términos del artículo 8 del CEDH” (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2017, pp. 157-158)

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL:

Según expediente judicial 183515-2006-0011-3, que aborda el hecho de impugnar maternidad a una niña fruto de una subrogación materna, el matrimonio de Eduardo y Carla Mendoza anhelaba tener hijos, pero debido a la condición de salud de Carla, ella estaba en riesgo de perder su vida y la del feto si llegara a quedar embarazada. Debido a esto, la pareja empezó con un tratamiento de TERA a través de la modalidad de maternidad subrogada. Jenni, la gestante, prestó su vientre para la gestación del embrión para luego concebirlo en un laboratorio con el espermatozoides de Eduardo y el óvulo de Carla. El problema ocurre en la misma clínica cuando se realiza el parto, momento en el que se coloca a Jenni como la madre del recién nacido en el acta de nacido vivo, en vez de colocar a Carla, tal como ante la RENIEC, en la partida de nacimiento.

El 15° Juzgado de Familia en Lima declara fundada la demanda de impugnación de maternidad, declarando que la menor es hija de la demandante

Carla, la cual tiene calidad de madre de la niña. Dicha decisión tiene como fundamento lo siguiente:

(...) ¿Cómo determinamos la filiación si la condición de madre genética y gestante recaen en diferentes personas? Esta situación fáctica que no está prohibida de forma legal, pero tampoco expresamente permitido, en base a lo estipulado en el Artículo 2 inciso 24 letra “a” de la Constitución Política, el cual regula el Principio de Reserva, a lo que nadie está obligado a realizar lo que la ley no especifique, ni impedido de hacer lo que no prohíbe; por tanto, considerándose ilícita dicha conducta, nos queda determinar si es amparable la pretensión demandada, ya que la conducta de doña Jenni fue realizada sin fines de lucrar, de manera altruista y por amor a su hija, tal como afirma en la Declaración de Parte de fojas 414. Regresando al concepto tradicional, a excepción de los casos de adopción, “madre solo hay una”, la misma determinada por la filiación biológica, identidad sanguínea, que los genes transmiten de padres a hijos, la herencia de caracteres anatómicos y funcionales entre padres e hijos, por tanto, debe ampararse la pretensión demandada (...)

Nuevamente, la interpretación de los jueces sobre el artículo 7 de la Ley General de Saluda es que éste sirva a manera de norma reguladora del derecho de las personas infértiles a utilizar las TERA. Son estas condiciones las que establecen que la posición de madre genética y gestante recaiga sobre la misma persona. Adicionalmente, no se encuentran prohibidas la utilización de estas cuando no se llega a dichas condiciones. Por tanto, para cada caso, los Tribunales son los encargados de brindar respuesta.

Sobre el caso expuesto, es necesario indicar que no existió contrato entre madre genética y madre sustituta respecto a una especie de compensación

económica por su vientre; es decir, fue realizado de manera altruista y sin fines de lucro. No existió pago alguno para la gestación de los embriones.

Revisamos un caso de adopción por excepción declarada en 1ra instancia en la CAS N° 563-2011-Lima, en la cual encontramos a Dina y Giovanni, demandantes de adopción civil por excepción de una niña que fue concebida por inseminación artificial con esperma de Giovanni y óvulo de Zenaida, quien prestó su vientre para la gestación y a quien se le pagó para viajar con su familia a Italia y mejorar su situación económica. La Corte decidió declarar infundada el recurso de casación; por tanto, no casaron la sentencia. Los fundamentos fueron los siguientes:

(...) Al haberse acreditado los informes psicológicos de que la menor vive adecuadamente en un ambiente familiar con el amor y cuidados de la madre demandante, quien a pesar de no tener vínculo consanguíneo con la menor, le brinda todo lo que necesita para su desarrollo, (...), de esta manera, la carencia moral de los demandantes que alega la recurrente, no se justifica respecto al accionar de los mismos por su deseo de ser padres, conducta que no puede ser reprochada ante lo que han demostrado al interior del proceso y fuera de éste con la menor; (...) los demandados han demostrado el poco valor que le dan a la vida y la deplorable manipulación que han intentado hacer con la vida de un ser indefenso que merece toda la protección de sus progenitores y la Ley; siendo necesario subrayar la evidencia del beneficio económico de los demandados con la aceptación de los mismo, ya que en ningún momento negaron haber recibido dinero por parte de los demandados (...)

La madre genética y gestante coinciden en la misma mujer, pero se resuelve a favor de una tercera mujer que le brinda cuidados a la niña y que solicita su adopción; se advierte que existen pagos económicos a favor de la

gestante para que complete de manera efectiva el alumbramiento y la entrega a los padres pre-adoptantes.

El 3er caso se contiene en la sentencia del expediente judicial N° 6374-2016-0-1801-JR-CI-05 del Quinto Juzgado Especializado en los Constitucional, Lima 21 de febrero de 2017. Se trata de una demanda de amparo contra la RENIEC por dos infantes concebidos mediante maternidad subrogada con la donación de óvulos dados de forma anónima y que tienen en partida de nacimiento a personas distintas a Aurora y Francisco, quienes por medio de maternidad subrogada quieren ser padres. Los jueces declararon fundada la demanda de amparo, anulando las resoluciones registrales y ordenando que RENIEC emita nuevas partidas de nacimiento de los menores, las cuales indiquen a Aurora y Francisco como padres de los menores. Estos son algunos de los fundamentos de dicha sentencia:

(...) Mientras no exista una clara prohibición de celebrar los contratos de maternidad subrogada o aplicar TERAS en supuestos distintos a los presentes en el artículo 7 de la Ley General de Salud, entendemos que es un ejercicio legítimo de derechos de salud reproductiva. Dicha interpretación está respaldada por la Corte Suprema de Justicia, donde se discutía la adopción de una menor de edad concebida con carga genética del esposo demandante y donde la esposa no aportó carga genética ni gestó a la menor. Esta situación es ciertamente similar. En tal caso, no se pone en duda el acuerdo de maternidad subrogada; por tanto, al Juzgado no le quedan dudas de que, tratándose de un supuesto no regulado ni prohibido en el sistema jurídico peruano, es perfectamente válido (...) El derecho a fundar una familia como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad (...) Con tal escenario aclarado, el Juzgado evalúa que el recurso a las TERAS también conforma un mecanismo que nos lleve al ejercicio del derecho

a la formación de una familia, considerando que las TERAS no están prohibidas, y su empleo solo es posible cuando se tenga como destino la formación de la familia (de lo contrario, sería abrir una puerta potencialmente peligrosa a la reproducción humana para distintos propósitos, haciendo al humano un instrumento con fines ajenos a su propia humanidad.

La filiación de maternidad subrogada debe encontrarse justificada en 4 ejes: el principio de veracidad, el principio de igualdad, el principio de voluntariedad y el principio de protección del interés del menor. Por otra parte, la profesora Morán (2005), estipula que el elemento biológico no debe excluirse de la filiación. Esta posición no niega el papel que juega la voluntad de constitución o modificación de la filiación, sino que la engloba dentro de su función.

Asimismo, la doctrina no se torna unánime. Para cierto jurista la voluntariedad es consecuencia de la responsabilidad por méritos propios; para otros, es más relacionada con la voluntad de procrear. Por otra parte, para un tercer grupo de juristas, a la voluntariedad se le relaciona con la voluntad para asumir filiación (Morán, 2005).

En tribunales peruanos hemos visto que se toma la posición a favor de la voluntariedad para determinar filiación en casos de maternidad subrogada. Esto se evidencia en la Casación N° 563-2011 Lima:

(...) La madre biológica, en acuerdo con su conviviente, procreó a la niña, aceptando la inseminación artificial por una persona distinta a su pareja por el vínculo existente y con la intención de mejorar su situación económica para viajar a Italia con su familia, lo cual dista de la lógica de una madre responsable en relación al recién nacido que engendrará; tal escenario revela en los demandados la intencionalidad

de concebir un ser humano con fines distintos a la maternidad, por la cual el Colegiado se aparta de la previsión legal del artículo 378, inciso 5) del Código Civil, en relación al asentimiento de los padres para adopción, siendo privilegiado el derecho de la niña a permanecer con quienes le han brindado protección y afecto ante el derecho de patria potestad ante unos padres que actuaron de manera amoral (Casación 563-2011).

De tal forma, de este apartado podemos advertir que casos judicializados relacionados con las TERAS se solucionan con un control posterior al nacimiento del infante. Osea, los jueces se pronuncian sobre el carácter legítimo de la filiación a favor de los progenitores. Adicionalmente, advertimos que se le brinda a la madre gestante la opción de encaminar el curso del proceso al aplicar la regla tradicional “*mater Semper certa est*”.

Tabla 4

Jurisprudencia nacional

Caso	Expediente Judicial	Decisión	Fundamentos principales
Adopción por excepción	CAS N° 563-2011-Lima	Infundada (sentencia no casada)	- Los demandantes demuestran amor y cuidado hacia la menor. - Los demandados recibieron beneficio económico.
Nulidad de acto jurídico (“Autorización de Fertilización	Cas. N° 4323-2010. Lima	Casada (Infundada la nulidad del	- Al no haber una prohibición explícita ni una autorización específica en la normativa,

In Vitro y Transferencia Embrionaria")	acto jurídico)	el vacío legal permite que este tipo de contratos sea considerado lícito y válido.
Demanda de amparo por partida de nacimiento de N° 6374-2016-0-1801-JR-CI-05 Fundada	Fundada	<p>- Siempre se debe tener en cuenta y ponderar el interés superior del niño en cualquier decisión relacionada con su filiación y bienestar.</p> <p>- El derecho a formar una familia es un derecho fundamental.</p> <p>- La filiación subrogada se basa en los principios de veracidad, igualdad, voluntariedad y protección del interés del menor.</p> <p>- La madre gestante tiene la opción de encaminar el proceso aplicando la regla "mater Semper certa est".</p>
Impugnación de maternidad de 183515-2006-0011-3	Fundada	- La madre genética y gestante son personas diferentes.

-No existe prohibición legal ni permiso expreso.
- La conducta de la gestante fue altruista y sin fines de lucro.

Nota. Elaboración propia.

El análisis comparativo de los casos presentados revela una evolución en la jurisprudencia relacionada con la filiación y la reproducción asistida. En los casos de adopción por excepción y nulidad de acto jurídico, se considera el interés superior del niño y la presencia de beneficios económicos como factores determinantes en la toma de decisiones. Por otro lado, en la demanda de amparo por partida de nacimiento y en la impugnación de maternidad, se destacan principios como el derecho fundamental a formar una familia, la veracidad, la igualdad, la voluntariedad y la protección del interés del menor.

Es importante destacar que la ausencia de una prohibición explícita en la normativa ha permitido que los tribunales consideren lícitos y válidos los contratos de reproducción asistida, siempre y cuando se respeten los principios fundamentales y se garantice la protección del interés superior del niño.

Estos casos reflejan la necesidad de adaptar el marco legal a los avances científicos y tecnológicos en el ámbito de la reproducción asistida, así como de tomar en cuenta los derechos y necesidades de todas las partes involucradas, especialmente los niños concebidos mediante estas técnicas. La jurisprudencia se ha convertido en una herramienta para llenar los vacíos legales existentes y establecer criterios claros y equitativos en la resolución de casos relacionados con la filiación y la reproducción asistida.

CAPÍTULO V

ANÁLISIS SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERÚ DESDE EL DIDH

La maternidad subrogada, también conocida como gestación por sustitución o vientre de alquiler, es una práctica en la que una mujer gesta y da a luz un bebé para otra persona o pareja que será el padre o madre legal del niño. Aunque la maternidad subrogada es una práctica relativamente común en algunos países, existe una gran variedad de opiniones sobre su legalidad e implicancias éticas, por lo que, como se advirtió en los antecedentes conformados por las investigaciones de Vitteri (2019) y Teves (2021), en tanto coinciden en la importancia de adoptar un enfoque integral en el análisis de la maternidad subrogada y considerar múltiples aspectos legales y derechos involucrados.

En términos de regulación internacional, no existe una ley o tratado internacional que aborde directamente la maternidad subrogada. Sin embargo, algunos países han adoptado leyes nacionales que regulan la práctica de la maternidad subrogada y establecen las condiciones bajo las cuales puede ser lícita. Por ejemplo, algunos países permiten la maternidad subrogada siempre y cuando se realice de manera altruista y sin recibir una compensación económica. Otros países, en cambio, prohíben completamente la maternidad subrogada o la permiten solo en circunstancias muy específicas, como cuando es necesario para salvar la vida de la madre o cuando se trata de parejas del mismo sexo.

Además, algunas organizaciones internacionales, como la Organización de Naciones Unidas (ONU), han emitido declaraciones o resoluciones que abordan la maternidad subrogada. Por ejemplo, en 2014, la

ONU adoptó una resolución que insta a los Estados a prohibir la maternidad subrogada y a adoptar medidas para prevenir la explotación de las mujeres y el tráfico de niños en relación con la maternidad subrogada.

Según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), las mujeres tienen derecho a formar una familia y a decidir sobre el número y el espaciamiento de los hijos. Esto implica que el Estado debe garantizar que las mujeres tengan acceso a servicios de salud reproductiva y puedan tomar decisiones libres sobre su vida reproductiva. En el contexto de la maternidad subrogada, esto significa que se deben respetar las decisiones de las mujeres involucradas en el proceso. El Convenio sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) establece el derecho de las mujeres a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación en el ámbito de la salud reproductiva. Esto implica que las mujeres tienen derecho a decidir libremente sobre su vida reproductiva y a tener acceso a servicios de salud reproductiva. En el contexto de la maternidad subrogada, se debe garantizar que las mujeres involucradas en el proceso no sean discriminadas y que tengan la oportunidad de tomar decisiones informadas y libres sobre su participación en el mismo.

En resumen, la regulación internacional sobre la maternidad subrogada es bastante variada y depende principalmente de la legislación nacional de cada país. Algunos países permiten la maternidad subrogada bajo ciertas condiciones, mientras que otros la prohíben completamente o la permiten solo en circunstancias muy específicas. Además, algunas organizaciones internacionales han emitido declaraciones o resoluciones que abordan la maternidad subrogada y pueden ser utilizadas como guías para la adopción de políticas nacionales. En el Perú, la maternidad subrogada o gestación por sustitución es una práctica que no está regulada como tal por ley. Según la Constitución Política del Perú, el matrimonio y la familia son instituciones

fundamentales del Estado y se deben proteger y promover. Además, la Constitución establece que el derecho a la vida es inviolable y que el Estado debe proteger a la mujer durante el embarazo y el parto.

En este sentido, la maternidad subrogada puede considerarse como una forma de explotación de la mujer y, por lo tanto, es contraria a los principios y valores que deben protegerse en el Perú. Al no existir en el Perú una regulación específica que permita la maternidad subrogada, esto significa que no existen disposiciones legales específicas que reglamenten la maternidad subrogada y que establezcan las condiciones y requisitos para llevar a cabo esta práctica. Varios instrumentos internacionales, como el Protocolo de Palermo y el Protocolo Facultativo de la CDN relacionado con la explotación infantil, establecen la prohibición de la venta de niños y la protección contra la explotación y el tráfico de personas. En el contexto de la maternidad subrogada, es necesario garantizar que no se produzca una explotación de las mujeres gestantes ni una comercialización de los niños nacidos a través de este proceso. Las investigaciones de Carbajal (2014) y Aco (2020) subrayan la necesidad de proteger los derechos de las mujeres con problemas de fertilidad, los padres intencionales y los niños nacidos a través de la maternidad subrogada. Estas tesis argumentan a favor de una regulación que garantice la protección de los derechos de todas las partes involucradas.

Una de las principales consecuencias de la falta de regulación de la maternidad subrogada en el Perú es que esta práctica puede ser objeto de controversias y conflictos legales. Por ejemplo, si una pareja contrata los servicios de una mujer para que lleve a término un embarazo subrogado y luego surgen problemas o desacuerdos, puede ser difícil determinar quiénes son los legítimos padres de la niña nacida a través de este acuerdo y quiénes tienen derecho a la custodia de la niña. La tesis de Sánchez (2018) examinó las condiciones de validez del contrato de gestación por sustitución en Colombia,

mientras que Molina (2019) se enfoca en la filiación en la maternidad subrogada en el Perú, ambas tesis resaltan la necesidad de una regulación clara y precisa para abordar estas cuestiones y evitar lagunas legales.

El antecedente de la tesis de Teves (2021) destaca la importancia del derecho internacional y el interés superior del niño, lo que nos remite inmediatamente al Convenio sobre los Derechos del Niño (CDN) establece el derecho de todo niño a nacer y crecer en un entorno adecuado para su desarrollo físico, mental y social. Además, el CDN obliga a los Estados a proteger a los niños de cualquier forma de explotación y abuso, y a garantizar su protección y asistencia. En el caso de la maternidad subrogada, es fundamental asegurar que los derechos del niño sean respetados y que su bienestar sea protegido en todas las etapas del proceso.

Otra consecuencia de la falta de regulación de la maternidad subrogada en el Perú es que esta práctica puede ser objeto de explotación y abuso, especialmente hacia las mujeres que actúan como subrogadas. La maternidad subrogada implica que una mujer lleve a término un embarazo y luego entregue el bebé a otra persona, lo que puede generar problemas éticos y de derechos humanos. En conclusión, la falta de regulación de la maternidad subrogada en el Perú y su explicitación en la Ley N° 26842, Ley General de Salud, puede llevar a controversias y conflictos legales y puede ser objeto de explotación y abuso.

Ante dicha falta de regulación, desde un punto de vista legal y ético, consideramos que la maternidad subrogada requiere un equilibrio delicado que proteja los derechos e intereses de todas las partes involucradas: la madre gestante, los futuros padres y el niño por nacer. Por tanto, la opción altruista, en la que la madre gestante no recibe compensación económica, se destaca por su

enfoque en la voluntariedad y la solidaridad, evitando las complicaciones éticas asociadas con la comercialización del cuerpo y la maternidad.

Asimismo, esta postura se sustenta en que, a nivel internacional, la variabilidad en las legislaciones sobre la maternidad subrogada ofrece un panorama diverso. Algunos países han adoptado enfoques más permisivos, mientras que otros mantienen restricciones estrictas. Esta diversidad legislativa refleja una amplia gama de interpretaciones éticas y culturales, pero también destaca la importancia de un marco legal que resguarde los derechos humanos fundamentales. En este sentido, la maternidad subrogada altruista se alinea con un modelo legal que prioriza la protección de los derechos de la madre gestante y el bienestar del niño, minimizando los riesgos de explotación y comercialización.

La propuesta de permitir la maternidad subrogada altruista se basa en el reconocimiento de la autonomía individual, la dignidad humana y el derecho a la reproducción asistida, siempre y cuando se realice en un marco de respeto mutuo y protección legal. Establecer controles y salvaguardas adecuados en la ley garantizará que esta práctica se realice de manera ética, protegiendo a todas las partes involucradas y, en particular, al niño, que debe ser siempre el principal foco de atención en estas deliberaciones.

De este modo, si se abre la posibilidad para admitir la maternidad subrogada y regularla, esta debe ser la maternidad subrogada altruista porque permitiría suplir la necesidad de una opción reproductiva inclusiva y ética, que respete los derechos humanos y responda a las necesidades de una sociedad diversa, asegurando al mismo tiempo la protección legal y el bienestar de todos los involucrados.

CONCLUSIONES

1. En cuanto a si la actual regulación es acorde a las obligaciones establecidas en los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es importante señalar que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no contiene disposiciones específicas sobre la maternidad subrogada. Por lo tanto, no existe una obligación clara a nivel internacional de prohibir o permitir la maternidad subrogada para evitar riesgos para los derechos de las mujeres y los niños involucrados, al determinar las implicaciones de la ausencia de regulación.
2. Sin embargo, es importante tener en cuenta que el desarrollo convencional sobre la utilización de TERAs incluye ciertos principios y derechos que deben ser considerados al evaluar la regulación de la maternidad subrogada. Estos incluyen el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho a la vida privada y familiar, y el derecho a la integridad personal. Por lo tanto, cualquier regulación de la maternidad subrogada debe asegurar el respeto y protección de estos derechos.
3. Respecto a las tendencias de la maternidad subrogada en el mundo, resulta necesario que el Estado peruano legisle la técnica de reproducción humana asistida, se pueden identificar tres tendencias en el derecho comparado respecto a su regulación: la prohibición, la legalización en supuestos específicos (principalmente en el caso de la versión altruista) y la legalización plena, lo que genera un clima de incertidumbre al no estar regulado y termina siendo perjudicial para las partes involucradas en el proceso.
4. Las implicancias jurídicas de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano son, que, su falta de regulación de la maternidad subrogada en el Perú, significa que no existen reglamentaciones o protecciones específicas para asegurar que la maternidad subrogada se realice de manera ética y no

explotativa, en cuanto al personal de salud y el manejo adecuado al momento de la aplicación de las Teras. Esto puede llevar a la explotación de las mujeres que actúan como subrogadas y a la venta de bebés. Por otro lado, tenemos que, también puede tener implicaciones para la legalización y el reconocimiento de la filiación de los niños nacidos a través de esta práctica. En ausencia de un marco legal que regule la maternidad subrogada, es posible que los niños nacidos a través de esta práctica tengan dificultades para obtener la nacionalidad peruana y para ser registrados y reconocidos como hijos legítimos por los padres contratantes. Por lo que, la figura más conveniente según el derecho internacional y el derecho comparado podría ser una maternidad subrogada altruista limitada a personas que tienen dificultades para concebir y que resulte coherente con lo regulado en la Ley General de Salud (Ley 26842).

RECOMENDACIONES:

En la medida en que no existe una obligación internacional clara respecto a la manera en que se debe regular la maternidad subrogada, lo que se ha identificado es que la falta de regulación puede traer serios riesgos para los derechos de las mujeres que intervienen y los niños que nacen bajo estas prácticas. En la medida en que en algunos fallos judiciales se han admitido tácitamente ciertas formas altruistas de maternidad subrogada, es por ello que proponemos a los legisladores de la siguiente propuesta de reforma del artículo 7° de la Ley N° 26842 en los términos siguientes:

“Artículo 7.- Todo individuo tiene derecho a tratar su imposibilidad para tener hijos, así como concebir mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida. La condición de madre genética y madre gestante podrá recaer sobre ella misma o sobre una tercera persona, siempre y cuando se cumplan las siguientes salvaguardas de protección:

1. Diagnóstico previo de problemas de infertilidad: La pareja que desee recurrir a la maternidad subrogada debe iniciar con la pre aprobación de un comité conformado por obstetras, ginecólogos, médico internista, psicólogo clínico, trabajador social, contar con un diagnóstico previo de infertilidad, debidamente certificado por el especialista tratante.
2. Protección del interés superior del niño: En todo proceso de maternidad subrogada, se debe garantizar el respeto y promoción del interés superior del niño, esto significa que ellos deben tener prioridad. Esto implica que se evaluará y seleccionará a la madre gestante en función de su idoneidad y capacidad para brindar el mejor cuidado y atención al niño.

3. Cumplimiento de protocolos médicos de salud: Tanto la madre genética como la madre gestante deberán cumplir con todos los protocolos médicos de salud establecidos por las autoridades competentes como informes psicológicos, consentimiento informado. Esto asegurará que el proceso se lleve a cabo de manera segura y saludable para todas las partes involucradas.
4. Protección contra la explotación: Se tomarán medidas para prevenir la explotación de las madres gestante. Así también velar por los derechos de los niños. Esto incluye garantizar que las madres gestantes reciban una compensación justa y adecuada por los gastos y molestias ocasionados durante el proceso, sin que esto constituya una forma de explotación o tráfico de seres humanos.

La violación de estas salvaguardas será considerada como una responsabilidad civil, sin perjuicio de las sanciones administrativas o penales correspondientes, según sea el caso”.

REFERENCIAS:

- Aco Murguia, C. L. (2020). Regulación de la maternidad subrogada y protección al proyecto de vida en mujeres infértiles, Arequipa, 2019. (Tesis de licenciatura: Universidad Tecnológica del Perú).
- Acuña Bustos, A. P. (2019). Principio del interés superior del niño: dificultades en torno a su aplicación en la legislación chilena. *Opinión jurídica*, 18(36), 17-35.
- Arévalo-Villarreal, I. (2016). Maternidad subrogada analizada desde la legislación de Colombia, España y Estados Unidos. (Tesis de grado: Universidad Católica de Colombia).
- Arrieta, E. B. (2019). La práctica de la maternidad subrogada y los Derechos Humanos implicados. Universidad de Zaragoza.
- Avalos Medina, C. E. (2017). La maternidad subrogada y el interés superior del niño (Bachelor's thesis, Universidad Técnica de Ambato, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Carrera de Derecho).
- Ballesteros, E. (1999). La Constitución de 1993. Análisis Comparado (5a ed.). Editora RAO.
- Beltran Bowldsmann, C., Arevalo Osorio, D., & Guzmán Morales, B. (2017). La determinación de la filiación en la ovodonación en el sistema jurídico peruano. Universidad San Pedro.
- Bolaños, M. N., Jaramillo, I. M. N., & Moreno, E. P. (2015). El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción. *Derecho privado y Constitución*, (29), 227-261.

- Bollinger Ríos, V. (2021). Gestación por sustitución en México: ¿cuáles son los problemas a la luz de los estándares internacionales en materia de derechos humanos? *Boletín mexicano de derecho comparado*, 54(161), 479-508.
- Candal, L. (2018). La maternidad intervenida. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada. *Revista Redbioética*, 1(1), 174-188.
- Carson, C., Hinton, L., Kurinczuk, J., & Quigley, M. (2019). 'I haven't met them, I don't have any trust in them. It just feels like a big unknown': a qualitative study exploring the determinants of consent to use Human Fertilisation and Embryology Authority registry data in research. *BMJ open*, 9(5), e026469.
- Corrales, Y. (2019). La técnica de reproducción asistida de maternidad subrogada como causa de vulneración de los derechos de filiación e identidad y del interés superior del niño respecto del recién nacido, a partir de fallos judiciales emitidos a nivel nacional y local en los años 2012, 2016 y 2017 (Tesis de maestría: Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
- Díaz Díaz, E. L. (2020). El interés superior del niño como concepto jurídico indeterminado. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 70(278-2), 837-862.
- Emaldi, A. (2018). La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica. La imperiosa necesidad de buscar una solución al problema español: cambio legislativo o cumplimiento de la ley, *Revista internacional de Ética Aplicadas, Dilemata*, 28.
- Florencia, D. (2016). Gestación o genética. *Difusiones*, 10(10).

- Gestión. (2022). La gestación subrogada en un eterno limbo legal en Perú. <https://gestion.pe/peru/la-gestacion-subrogada-en-un-eterno-limbo-legal-en-peru-noticia/>
- Gonzales, J. A. P. (2018). El síndrome de alienación parental en la legislación y jurisprudencia nacional. *Vox Juris*, 36(2), 107-120.
- González, N. I. (2020). La gestación por sustitución en el Reino Unido: una oportunidad para el debate de su regulación en España. *Política y Sociedad*, 57(3), 887.
- Heredia, A. V. (2019). La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales. *Teoría y realidad constitucional*, (43), 421-440.
- Hernández Ramírez, A., & Santiago Figueroa, J. L. (2011). Ley de maternidad subrogada del Distrito Federal. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 44(132), 1335-1348.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, P. (2014). *Metodología de la Investigación*. Editorial McGraw Hill.
- Hernández, C. J. Á. (2017). La maternidad subrogada en el Derecho comparado. *Cadernos de derecho actual*, (6), 313-345.
- Jarilla Cabrera, L. (2020). Estudio descriptivo sobre el conocimiento de los profesionales sanitarios de la Maternidad Subrogada (Trabajo de Fin de Grado: Universidad Pontificia Comillas).
- Jin, Z. (2023). El interés superior del niño en derecho de familia desde un estudio comparativo entre China, España y Argentina. *Ibero-América Studies*, 5(1), 128-140.
- Magán Jaén, J. C. (2021). El tratamiento legislativo de la maternidad subrogada en el Perú (Tesis de grado: Universidad Ricardo Palma).

- Martínez, V. (2015). Maternidad subrogada. Una mirada a su regulación en México. *Díkaion*, 24(2), 353-382.
- Muñoz, K. X. M., & Yong, C. A. R. (2021). La maternidad subrogada: tendencias de regulación en Latinoamérica. *Jurídicas*, 18(1), 74-90.
- Núñez Merejildo, A. (s.f.). Derechos reproductivos de la mujer infértil en el Perú: acceso a la técnica de reproducción asistida de maternidad subrogada. Comisión de Investigaciones de la Asociación Civil Foro Académico de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Pallarés, L. S. (2019). La pérdida del interés (superior del menor) cuando se nace por gestación subrogada. *Cuadernos de Derecho transnacional*, 11(2), 326-347.
- Paloma Paloma, I. Y. (2022). Análisis de la Maternidad Subrogada en la Legislación Colombiana años 2015-2020.
- Páramo Morales, D. (2015). La teoría fundamentada (Grounded Theory), metodología cualitativa de investigación científica. *Pensamiento & gestión*, (39), 1-7.
- Pazo Pineda, O.A. (2014). Los Derechos Fundamentales y el Tribunal Constitucional (1a ed.). *Gaceta Constitucional*.
- ProCrear. (2021). FIV: Alta probabilidad de embarazo. <https://procrear.com.pe/fiv-alta-probabilidad-embarazo/>
- Radakoff de Doldan, D., Arozamena, C., Martínez Perea, M. D. C., & Solsona, M. N. (2009). Técnicas de tratamiento de la esterilidad: aspectos tecnológicos y éticos abordados en el Informe Warnock. *Vida y Ética*, 10(1), 76-97.
- Regalado, M. D. (2019). Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada. *Humanitas*.
- Retamales, C. A. I. (2023). El derecho de participación de niños, niñas y adolescentes no acompañados. *REVISTA IUS*, 17(52).

- Rivera, P. (2017). Maternidad subrogada frente al principio del interés superior de los menores en la Legislación Ecuatoriana año 2015 (Tesis de pregrado: Universidad Central de Ecuador).
- Ruparelia, R. (2007). Giving Away the Gift of Life: Surrogacy and the Canadian Assisted Human Reproduction Act. *Can. J. Fam. L.*, 23, 11.
- Salinas, R. (2019). Análisis de los criterios para determinar la filiación jurídica en los casos de maternidad subrogada en resguardo de la identidad e interés superior del niño (Tesis de pregrado: Universidad Católica de San Pablo).
- Sánchez Acero, S. (2018). El contrato de gestación por sustitución: la validez en Colombia. Universidad Externado Colombia.
- Tam, J. G. Vera y R. Oliveros. (2008). Tipos, métodos y estrategias de investigación. *Pensamiento y Acción*, 5, 145-154.
- Valero, A. (2019). La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales. *Teoría y realidad constitucional*, (43), 421-440.
- Varsi Rospigliosi, E. (2013). *Derecho Genético* (5a ed.). Editora Grijley.
- Viteri Sánchez, M. F. (2019). Problemas jurídicos derivados de la maternidad subrogada en el Ecuador (Master's thesis, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador).

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

Problema	Objetivos	Hipótesis	Metodología
¿Cuáles son las implicaciones de la ausencia de regulación específica sobre la maternidad subrogada en el Perú a la luz del derecho internacional de los derechos humanos?	<p>Objetivo general:</p> <p>Determinar las implicaciones de la ausencia de regulación específica sobre la maternidad subrogada en el Perú a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.</p> <p>Objetivos específicos:</p> <p>a) Identificar el desarrollo convencional del derecho a concebir mediante técnicas de reproducción asistida en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.</p> <p>b) Identificar las tendencias en el derecho comparado respecto a la regulación de la maternidad subrogada.</p>	<p>No corresponde por su diseño cualitativo.</p>	<p>Tipo de Investigación</p> <p>Básica, cualitativa y no-experimental,</p> <p>Técnicas e</p> <p>Técnica de análisis documental</p> <p>Instrumento</p> <p>Guía de análisis documental.</p> <p>Método</p> <p>a) Método histórico</p> <p>b) Método comparativo</p> <p>c) Método hermenéutico</p>

	c) Identificar las implicancias jurídicas de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano.		
--	---	--	--