

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



“VULNERACIÓN A LA DIGNIDAD Y DERECHO A LA NACIONALIDAD
DEL NACIDO VÍA MATERNIDAD SUBROGADA PRACTICADA EN EL
EXTRANJERO POR SU NO INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE ESTADO
CIVIL A SOLICITUD DEL PADRE”

TESIS

Presentada por:

Bach. Pamela del Rosario Chara Anchapure
Código ORCID 0009-0002-8302-5504

Asesor:

Mg. Martín Eduardo Gonzáles Laguna
Código ORCID 0000-0001-6092-8431

Para obtener el Título Profesional de:

ABOGADO

Tacna- Perú

2025

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



“VULNERACIÓN A LA DIGNIDAD Y DERECHO A LA NACIONALIDAD
DEL NACIDO VÍA MATERNIDAD SUBROGADA PRACTICADA EN EL
EXTRANJERO POR SU NO INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE ESTADO
CIVIL A SOLICITUD DEL PADRE”

TESIS

Presentada por:

Bach. Pamela del Rosario Chara Anchapure

Código ORCID 0009-0002-8302-5504

Asesor:

Mg. Martín Eduardo Gonzáles Laguna

Código ORCID 0000-0001-6092-8431

Para obtener el Título Profesional de:

ABOGADO

Tacna- Perú

2025

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

TESIS

“VULNERACIÓN A LA DIGNIDAD Y DERECHO A LA NACIONALIDAD
DEL NACIDO VÍA MATERNIDAD SUBROGADA PRACTICADA EN EL
EXTRANJERO POR SU NO INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE ESTADO
CIVIL A SOLICITUD DEL PADRE”

Presentada por:

Bach. Pamela del Rosario Chara Anchapure

Tesis aprobada el día 02 de octubre del año 2025; ante el siguiente jurado:

PRESIDENTE: Dr. Enlil Iván Herrera Pérez

SECRETARIO: Mg. Natalia del Rosario Bahamonde Rodríguez

VOCAL: Mg. Humberto de Jesús Manrique López

ASESOR: Mg. Martín Eduardo Gonzáles Laguna

Declaración jurada de originalidad

Yo Pamela del Rosario Chara Anchapure, en calidad de bachiller de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada de Tacna, identificada con DNI 44208311. Soy autora del texto titulado:

“Vulneración a la dignidad y derecho a la nacionalidad del nacido vía maternidad subrogada practicada en el extranjero por su no inscripción en el registro de estado civil a solicitud del padre”

DECLARO BAJO JURAMENTO

Ser la única autora del texto entregado para obtener el Título Profesional de Abogado, teniendo como docente asesor al Mg. Martín Eduardo Gonzáles Laguna y que tal texto no ha sido entregado ni total ni parcialmente para obtención de un grado académico en ninguna otra universidad o instituto, ni ha sido publicado anteriormente para cualquier otro fin.

Así mismo, declaro no haber trasgredido ninguna norma universitaria con respecto al plagio ni a las leyes establecidas que protegen la propiedad intelectual.

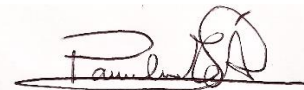
Declaro, que después de la revisión de la tesis con el software Turnitin se declara 17 % de similitud, además que el archivo entregado en formato PDF corresponde exactamente al texto digital que presento junto al mismo.

Por último, declaro que la información presentada ha sido obtenida respetando la legislación vigente, es verídica y soy conocedora de las sanciones penales en caso de infringir las leyes del plagio y de falsa declaración, y que firmo la presente con pleno uso de mis facultades y asumiendo todas las responsabilidades de ella derivada.

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

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

Lugar y fecha: Tacna, 02 de octubre de 2025.



Pamela del Rosario Chara Anchapure
DNI 44208311

Dedicatoria

Quiero ofrendar la presente tesis a dios y, en especial, a mi familia, por darme las palabras de aliento, a pesar de las adversidades de distinta naturaleza que me tocó afrontar en el camino; del mismo modo, a mí misma, por tener la fortaleza, la valentía y la perseverancia de terminar la investigación propuesta, pese a los obstáculos dados durante la realización del trabajo.

Finalmente, quiero dedicar estas líneas a mi pequeña Candy, que ahora, convertida en un ángel, siempre estuvo conmigo silenciosamente desde el inicio, acompañándome hasta altas horas de la noche, como si se asegurara de que terminara mis avances diarios hasta concluir esta investigación.

Agradecimiento

En primer lugar, quiero agradecer a la biblioteca central y a la biblioteca especializada de la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann que me facilitaron información para trabajar en la tesis; y en segundo lugar, a todos aquellos que me proporcionaron material académico desinteresadamente, demostrando su calidad profesional y vocación en la investigación científica, a ellos muchas gracias.

ÍNDICE DE CONTENIDO

Dedicatoria	1
Agradecimiento	2
RESUMEN.....	7
ABSTRACT	8
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA.....	11
1.1. Planteamiento del problema.....	11
1.2. Formulación del problema	14
1.3. Justificación de la investigación	15
1.4. Objetivos de la investigación	16
1.5. Hipótesis de la investigación	16
CAPÍTULO II METODOLOGÍA.....	18
2.1. Tipo de Investigación.....	18
2.2. Nivel de la investigación.....	19
2.3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	19
CAPÍTULO III MARCO TEÓRICO	20
3.1. Antecedentes de la investigación	20
3.2. Bases teóricas.....	26
3.2.1. La dignidad humana.....	26
3.2.1.1. Dignidad de niñas y niños concepto clave de los derechos humanos.....	31
3.2.1.2. Paternidad y filiación en el derecho de familia.....	32
3.2.1.3. La Filiación	32
3.2.1.4. La Filiación y Procreación Asistida.....	34
3.2.1.5. Teorías de la filiación.....	36
3.2.1.6. Clases de la filiación	37
a) Filiación matrimonial.....	37
b) Filiación extramatrimonial.....	37
c) Filiación adoptiva.....	37
3.2.1.7. Paternidad	37

3.2.1.8. Clases o grados de paternidad.....	39
3.2.2. Las técnicas de reproducción asistida en la salud reproductiva.....	41
3.2.2.1. Derecho a la Salud	41
3.2.2.2. Derecho a la salud reproductiva.....	43
3.2.2.3. Las técnicas de reproducción asistida	47
3.2.2.4. Teorías a favor y en contra de la regulación de la maternidad subrogada	49
3.2.2.5. Modalidades de la maternidad subrogada.....	52
3.2.2.6. Clasificación de las Técnicas de reproducción asistida	53
3.2.3. La bioética.....	55
3.2.3.1. Niveles de la bioética	58
3.2.3.2. Funciones y utilidad en la bioética.....	63
3.2.3.3. Principios de la bioética	64
3.2.3.4. La relación entre la ética, bioética respecto al derecho	65
3.2.4. Estado y territorio	69
3.2.4.1. El derecho a la nacionalidad	71
3.2.4.2. Teoría de la nacionalidad	75
3.2.4.3. La nacionalidad en el derecho interno y el derecho internacional.....	75
3.2.4.4. La nacionalidad y la doctrina.....	78
3.2.4.5. La nacionalidad y sus formas de adquisición	80
3.2.4.6. Reglas para adquirir la nacionalidad por nacimiento en la constitución política de 1979 y 1993.....	82
3.2.4.7. El arraigo.....	85
3.2.4.8. La inscripción en los registros de nacimiento en el Perú.....	89
3.2.4.9. Naturaleza jurídica del acto registral en el sistema registral peruano.....	93
3.2.5. La inscripción como materialización del derecho de la nacionalidad por nacimiento.....	95
3.2.5.1. El Derecho a la nacionalidad en los instrumentos internacionales	97
3.2.5.2. Vacío legal en el Código Civil.....	100
3.2.5.3. El Código Civil y los tipos de familia.....	103
3.2.5.4. Tipos de familia	104

3.2.5.5. Las familias peruanas en el siglo XXI	105
3.2.5.6. Las familias homoparentales en Perú y Sudamérica.....	106
3.2.5.7. Paternidad sin maternidad.....	115
3.2.5.8. Los hombres también tienen necesidades de salud reproductiva.....	118
3.2.5.9. Padres solteros por elección.....	120
3.2.5.10.El estigma de la monoparentalidad	123
3.2.5.10.1. Opciones de tratamiento de fertilidad para madres solteras por elección	124
3.2.5.10.2. Opciones de tratamiento de fertilidad para padres solteros por elección	125
SUBCAPÍTULO II: Casos de filiación por maternidad subrogada	128
1) Caso Ricardo Morán	128
2) Caso Sofia Mulanovich.....	134
3) Caso Darling y Jenny	136
3.2.6. El principio del interés superior del niño	139
3.2.6.1. Derechos vulnerados frente al impedimento en la inscripción de nacimiento de un niño por vientre subrogado.....	142
3.2.6.2. Principio de igualdad ante la ley	148
3.2.6.3. La igualdad en la aplicación de la ley	151
3.2.7. Legislación comparada	153
3.2.7.1. El empleo de las Técnicas de reproducción asistida en el extranjero	153
1) México	153
2) Alemania.....	156
3) India	159
4) Austria.....	162
5) Suiza.....	164
6) Estados unidos	168
7) Reino unido.....	172
8) Canadá.....	178
CAPITULO IV CONCLUSIONES	185
CAPITULO V RECOMENDACIONES	187

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA: EXP. 00882-2023-PA/TC LIMA	189
PROPUESTA: ANTEPROYECTO DE LEY	197
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	203
ANEXO N°1: MATRIZ DE CONSISTENCIA.....	220

RESUMEN

El presente trabajo de investigación analiza los problemas que se manifiestan en la intención solo del padre en inscribir a un recién nacido en el Perú concebido fruto del empleo de la maternidad subrogada practicada en el extranjero. Asimismo, se identifica y se explica los obstáculos normativos que impiden lograr una filiación de un niño en el registro civil, tal es el caso del Código Civil, la Ley general de salud y el RENIEC. De esta forma, existe una desprotección al negarle el derecho humano de tener una dignidad y una nacionalidad en el caso de las familias no tradicionales que, en la actualidad no son consideradas en el sistema legal peruano. El cual constituye también un problema a nivel internacional, que deja en el limbo a un número considerable de menores sin una identidad y por ende a una nacionalidad que acarrea consigo una serie de derechos.

La metodología empleada alude un enfoque aplicado, bibliográfico y dogmático, permitiendo realizar un análisis de las normas, sentencias artículos y demás material bibliográfico, así como, resoluciones del Tribunal Constitucional y Corte Suprema.

El trabajo contribuye de cierta forma al desarrollo doctrinal y a una propuesta legislativa que permita brindar una solución al fenómeno jurídico identificado, el cual optimiza una regularización de la normatividad hacia los menores, para que no sufran una vulneración en sus derechos básicos y de esta forma garantizar el interés superior del niño.

Palabras clave: Paternidad, Vulneración a los derechos básicos, Vacío legal, Inscripción en RENIEC y Procedimiento Administrativo.

ABSTRACT

This research work analyzes the problems that are manifested in the intention of the father alone to register a newborn in Peru conceived as a result of the use of surrogate motherhood practiced abroad. Likewise, it identifies and explains the normative obstacles that prevent the filiation of a child in the civil registry, such as the Civil Code, the General Health Law and the RENIEC. In this way, they are left unprotected by denying them the human right to have a dignity and a nationality, especially in the case of non-traditional families, which are currently not considered in the Peruvian legal system. This is also a problem at the international level which leaves a considerable number of minors in limbo without an identity and therefore without a nationality that carries with it a series of rights.

The methodology used alludes to an applied, bibliographic and dogmatic approach, allowing an analysis of the norms, sentences, articles and other bibliographic material, as well as resolutions of the Constitutional Court and Supreme Court.

The work contributes in a certain way to the doctrinal development and to a legislative proposal that allows providing a solution to the identified legal phenomenon, which optimizes a regularization of the regulations towards minors, so that they do not suffer a violation of their basic rights and in this way guarantee the best interest of the child.

Keywords: Paternity, Infringement of basic rights, Legal vacuum, Registration in RENIEC and Administrative Procedure.

INTRODUCCIÓN

En las siguientes líneas desarrollaremos la investigación sobre la “Vulneración a la dignidad y derecho a la nacionalidad del nacido vía maternidad subrogada practicada en el extranjero por su no inscripción en el registro de estado civil a solicitud del padre”. El problema es un tema reciente, puesto que expone la realidad de las familias monoparentales en el Perú al existir vacíos en la normatividad nacional al momento que el padre desea inscribir a su hijo recién nacido en los Registros de Estados Civil solo con sus apellidos paternos dejando al margen a la madre.

El objetivo general propuesto con esta investigación es determinar y analizar cómo la ausencia de un marco legal afecta la obtención de una nacionalidad en niños nacidos con el empleo de las técnicas de reproducción asistida y la odisea que viven los padres varones para lograr la filiación de sus niños al no haber los respectivos protocolos administrativos y normativos. Asimismo, se transgrede una diversidad de derechos fundamentales que deben ser reconocidos a nivel nacional. La presente investigación está estructurada por la parte introductoria, que contiene el planteamiento, formulación del problema, los objetivos, hipótesis, metodología, antecedentes y justificación de la investigación.

Para empezar el primer capítulo, titulado “Dignidad, paternidad y filiación”, se desarrolla las definiciones básicas de filiación, dignidad y paternidad, como también profundizar al tratar los tipos, teorías y grados de las premisas mencionadas.

Luego en el segundo capítulo, denominado “Las técnicas de reproducción asistida en la salud reproductiva”, se expone el derecho de las mujeres al igual que

los varones en el empleo de estas herramientas para una realización personal a nivel familiar, también se mencionará su clasificación, teorías y modalidades que comprenden las TERAS.

En el tercer capítulo, nombrado “La bioética”, se resalta generalidades básicas del término que referirá los niveles, funciones, principios, así como la relación ética, bioética con el derecho que componen esta rama de la ética.

En el cuarto capítulo, titulado “Vulneración al derecho de nacionalidad ante los vacíos legales en la norma”, se desarrolla el contenido de nacionalidad que abarca puntos referidos a teorías, derecho interno e internacional, doctrina de la nacionalidad, las formas de adquisición de nacionalidad que repercute en las personas, la inscripción en los registros de estado civil y la naturaleza jurídica del acto registral en el sistema registral peruano. A su vez, se desglosa en un subcapítulo que expone tres casos de filiación concatenados a la práctica de reproducción asistida presentados en Perú.

En el capítulo quinto, denominado “Derechos del niño nacido vía maternidad subrogada”, se presenta el principio del interés superior del niño, derechos vulnerados al impedimento en la inscripción del niño, y el principio de igualdad como también su aplicación de la ley.

En el capítulo seis, titulado “Legislación comparada”, se refiere el tratamiento de las legislaciones con relación a la maternidad subrogada realizada en diversos países del mundo.

Para cerrar, se muestran las conclusiones, las recomendaciones y una propuesta de solución al problema expuesto en la presente investigación desarrollada.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA

1. EL PROBLEMA

1.1. Planteamiento del problema

La familia, antiguamente, ha estado integrada por los padres y los hijos, posteriormente los tíos, sobrinos, abuelos entre otros miembros de la familia; sin embargo, con el transcurrir de los años, la sociedad ha ido cambiando a consecuencia de los cambios sociales sumado a la definición actual de familia, variando a raíz de diversos factores internos y externos, pasando por las integradas por padres solteros, parejas del mismo sexo, parejas impedidas de tener hijos o parejas con hijos de relaciones anteriores, siendo algunas familias conformadas gracias al empleo de las Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS) que van en aumento. Entendiéndose que las familias nuevas no lo son en el sentido estricto, sino más bien están adquiriendo nuevas características.

En el caso del Perú, cuando nace un recién nacido, tanto la madre y el padre deben acercarse a las oficinas del Registro de Estado Civil o de RENIEC para la inscripción del menor, como también la presencia de la madre o el padre si es que uno de ellos no pudiese asistir o si fuera el caso especial, pueden realizarlo otro integrante de la familia como los ascendientes de los padres, hermanos, tutores o quien tenga la tenencia del menor.

Sin embargo, existen casos excepcionales como el apersonamiento de la inscripción sólo del padre como único familiar del recién nacido. Esta circunstancia se presenta en casos de aquellos varones o personas solas, que deciden mediante la ayuda de la ciencia optar por ser padres solteros; es decir, utilizar la vía de la maternidad subrogada para la procreación de un hijo, sin contar con la presencia materna en este hecho, debido a diversos motivos como el instinto paternal y la necesidad de querer formar una familia, que influyen en la toma de decisiones y a la realización a nivel personal. En este contexto en el Perú, un hombre con las características antedichas no puede concretar la filiación, es decir, inscribir a un menor de edad en el Registro de Estado Civil o RENIEC, privándosele a dicho menor del derecho constitucional a tener una nacionalidad.

El problema surge en el Código Civil de 1984 que fue elaborado con la finalidad de dar protección a la mujer y al menor. Estableciendo que podía inscribir a sus hijos con los respectivos apellidos, en este caso el esposo tiene la posibilidad de realizar la inscripción en representación de la mujer como también una mujer tiene la posibilidad de realizar la misma filiación con el nombre del cónyuge o no incluirlo, según lo estipule la norma.

Esa finalidad de protección y preferencia hacia a la mujer, está presente en los Códigos civiles a lo largo de la historia, que exigen como requisito el documento de identidad de la madre, que al ser concebido el niño bajo las TERAS resulta imposible su inscripción. Así mismo, en el artículo 21 del Código Civil, transgrede el derecho del padre de inscribir con sus apellidos a su menor hijo afectando no solo además los derechos básicos como el derecho a la nacionalidad impidiendo gravemente que pueda ejercer este derecho al igual que el nombre, salud y educación a pesar que son derechos humanos reconocidos por organismos internacionales e nacionales inclusive son considerados por el ordenamiento jurídico peruano.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante una opinión consultiva, señala que “todos los estados deben proteger el interés superior del niño, debiendo aplicar las normas en beneficio de ellos, para que puedan realizar el ejercicio pleno de sus derechos, que actualmente se encuentran vulnerados”. La razón de esta norma, es para evitar que no se vulneren sus derechos básicos como el nombre y la nacionalidad, porque, para realizar un trámite, se requiere los datos personales de la madre y del menor. Así también, nuestra norma fundamental en su artículo 4 dice que “el estado protege especialmente al niño, al adolescente y a la madre” por ser de vital importancia e interés para la sociedad que brindan las condiciones necesarias para desempeñar con plenitud e igualdad sus derechos, libertades y cumplir con sus deberes constitucionales.

Por otro lado, la Casación N°563-2011 de Lima a través de la Corte Suprema de Justicia, determinó que “se debe valorar el interés superior del niño a tener una familia y al momento de emitir su resolución final, tuvo en consideración quiénes tenían la intención de ser padres, siendo este el caso al verificarse que existe en el interesado un gran interés de ser padre y brindarle lo mejor a sus hijos, primando este principio, más aún cuando uno de los derechos que se ponen en juego es el de la identidad”¹, garantizando de esta manera el interés superior del menor en todas sus formas asegurando y protegiendo sus derechos humanos.

A su vez, la Convención sobre los Derechos del Niño, y el Código de los Niños y Adolescentes estipulan que “reconocen, y garantizan los derechos de los niños como un tema prioritario”, siendo un derecho y una norma que favorece al niño, resguardando el mencionado principio y, de esta manera, protegerlo de afectaciones que pudieran vulnerarlo en distintos aspectos de la vida.

¹ SALAZAR QUIÑONES, Teresa Dilaine. Informe jurídico sobre la Casación N.º 563-2011-LIMA “Maternidad Subrogada”, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2021

El derecho a la nacionalidad presenta un vínculo estrecho con el derecho a la identidad, por ser una consecuencia directa, es decir, es necesario la existencia de una identidad para dar lugar a la nacionalidad y a su vez la de otros derechos, estableciéndose un lazo con el Estado, considerando que, al no contar con una nacionalidad, no existiría un vínculo jurídico y político que los relacione, impidiendo que adquiera y ejerza sus derechos y responsabilidades correspondientes al pertenecer en una sociedad. Además, los convierte en personas apátridas que no están reconocidas como ciudadanos de ningún Estado, exponiéndose a ser víctimas de violaciones a los Derechos Humanos, discriminación y desigualdad, así como la negación de derechos básicos. Por ello, es importante la elaboración de una regulación normativa adecuada para esta problemática, que facilitaría la inscripción de recién nacidos provenientes de familias monoparentales, así como su derecho a una nacionalidad por ser un derecho constitucional.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema general

- ¿De qué forma se vulnera la dignidad y derecho a la nacionalidad del nacido vía maternidad subrogada practicada en el extranjero por su no inscripción en el registro de estado civil a solicitud del padre?

1.2.2. Problema específico

- ¿Cómo la ausencia de un marco legal afecta el arraigo para la formación de una nacionalidad del nacido vía maternidad subrogada practicada en el extranjero que no permite su inscripción en el registro de estado civil a solicitud del padre vulnerando la dignidad y el derecho a un arraigo nacional del nacido?
- ¿Cuál es el criterio más adecuado para establecer el vínculo jurídico que una al recién nacido por vientre subrogado con el estado?

1.3. Justificación de la investigación

La importancia de justificar el presente tema de investigación radica en la necesidad de analizar la problemática existente en la vulneración al derecho constitucional de nacionalidad del nacido producto de las Técnicas de Reproducción Asistida y su inscripción en los Registros de Estado Civil por el padre, esto a raíz a que en el Perú no toman en cuenta a los ciudadanos varones que por diferentes razones, deciden emplear las TERAS para lograr su anhelo de ser padres, sin contar con una figura materna, impidiendo se concrete la filiación debido a que el Código Civil peruano en su artículo 21 se encuentra desfasado trayendo consigo una serie de problemas jurídicos.

Así también, actualmente, no existe una regulación normativa acorde a la nueva realidad filial familiar en especial en las familias monoparentales, pese al aumento de número de casos de familias que recurren a la práctica de las técnicas de reproducción asistida; ello en razón al poco interés del estado en realizar una regulación legislativa que permita poder registrar a los menores en el Perú, debido a la existencia de una discriminación específica hacia los padres varones al momento de registrar a sus menores hijos con sus apellidos, vulnerando tanto el derecho de identidad como de nacionalidad que acarrea consigo otros derechos constitucionales, en ese sentido, constituye un elemento de pertenencia que todo ser humano debe tener respecto aun país.

Es indispensable, la elaboración de una legislación peruana efectiva para la regulación de la filiación y las relaciones familiares entre padres e hijos, debido a que el artículo 7 de la Ley General de Salud establece que los lineamientos son muy básicos y genéricos para regular el tema, siendo necesario actualizar y limitar la expansión de las normas en conjunto con las demás. Asimismo, la Carta Magna, en su artículo 2, inciso 21, estipula que la nacionalidad es un derecho fundamental de toda persona, por lo que nadie puede ser despojado de ella, constituyendo una institución del derecho interno. Con relación a ello, los fundamentos teóricos jurídicos afirman que

es obligación de todos los estados reglamentarlo para que las personas tengan una determinada nacionalidad y protección jurídica.

En consecuencia, la necesidad de una regularización de los ordenamientos legislativos permitirá a los operadores jurídicos pueda dar solución a los futuros problemas que se presenten a raíz del uso de estas técnicas de procreación en el Perú de acuerdo con los avances de la tecnología y de la sociedad.

1.4. Objetivos de la investigación

1.4.1. Objetivo principal

- Determinar la forma en que se vulnera la dignidad y el derecho a la nacionalidad del nacido vía maternidad subrogada practicada en el extranjero por su no inscripción en el registro de estado civil a solicitud del padre.

1.4.2. Objetivos específicos

- Determinar como la ausencia de un marco legal afecta el arraigo para la formación de una nacionalidad del nacido vía maternidad subrogada practicada en el extranjero, que no permite su inscripción en el registro de estado civil a solicitud del padre vulnerando la dignidad y el derecho a un arraigo nacional del nacido.
- Establecer el criterio más adecuado para constituir el vínculo jurídico que una al recién nacido por vientre subrogado con el estado.

1.5. Hipótesis de la investigación

1.5.1. Hipótesis general

- La forma en que se vulnera la dignidad y el derecho a la nacionalidad del nacido vía maternidad subrogada practicada en el extranjero por su no inscripción en el registro de estado civil a solicitud del padre; es no

admitiendo la posibilidad de que el padre asuma legalmente la filiación y la monoparentalidad.

1.5.2. Hipótesis específicas

- La ausencia de un marco legal que afecta el arraigo para la formación de una nacionalidad del nacido vía maternidad subrogada practicada en el extranjero, que no permite su inscripción en el registro de estado civil a solicitud del padre vulnerando la dignidad y el derecho a tener a un arraigo nacional del nacido.
- El criterio de aplicación más adecuado para la inscripción de un recién nacido por vientre subrogado es el material biológico proporcionado por el padre hacia el recién nacido.

CAPÍTULO II METODOLOGÍA

2.1. Tipo de Investigación

– **Por la finalidad:**

- El presente trabajo académico es una investigación aplicada, porque tuvo el propósito de concretar una propuesta legislativa viable y práctica para dar solución al problema como consecuencia de la investigación, en lo que respecta a la vulneración al derecho constitucional vía maternidad subrogada del recién nacido, en la medida que se planteó una propuesta normativa que permitirá una regularización del ordenamiento jurídico y del Código Civil cuando se presenten casos de inscripción de los padres a sus hijos solo con sus apellidos paternos otorgándole el derecho de filiación a su menor hijo garantizando su derecho constitucional a la nacionalidad.

– **Por el origen de la fuente:**

Se trata de una investigación documental - bibliográfica, puesto que se realizó la presente mediante el estudio de distintos materiales bibliográficos, artículos, documentos y/o electrónicos, sentencias y manuales que permitirá sustentar esta investigación.

– **Por el ámbito:**

La investigación es dogmática, porque se formuló una crítica, análisis y comparación de la ley, acerca de la maternidad subrogada desde el punto de vista Civil y Constitucional, así como el pronunciamiento de las altas cortes como el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema.

2.2. Nivel de la investigación

La investigación se enmarcó dentro del nivel descriptivo, el cual busca mostrar las vulneraciones y afectaciones a los derechos constitucionales de un menor de edad, al momento de ser inscrito solo por el padre, en los registros de estado civil, así como exponer los rasgos característicos y propiedades del fenómeno jurídico.

2.3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

- Técnicas:

Considerando la esencia de la investigación, se empleó la técnica del fichaje bibliográfico, porque se recolectó información dogmática obtenida de bibliotecas, hemerotecas, sentencias e internet en relación a la materia, como también se procedió con la extracción de partes principales siendo sintetizadas y parafraseadas; para posteriormente ser plasmadas en la bibliografía siendo registradas detallada y directamente en la investigación.

- Instrumentos:

El instrumento que se utilizó para la presente investigación descriptiva y, según la técnica que se empleó, fue la ficha bibliográfica, que fue utilizado en el desarrollo de la investigación a través de la elaboración del fichado de fuentes documentales incluidas en la bibliografía.

- Método de análisis

Se trata de un método dogmático, puesto que se realizó una crítica a las normas, legislación comparada y a la estructuración de la norma; así como realizar una crítica a los pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional en relación al tema investigado.

CAPÍTULO III

MARCO TEÓRICO

3.1. Antecedentes de la investigación

3.1.1. Antecedentes Nacionales

Al buscar antecedentes de investigación relacionado al tema, se ha encontrado una primera tesis titulada *Vulneración del Derecho de igualdad ante la Ley y la No discriminación en la inscripción del recién nacido solo con los apellidos del padre en el año 2020*, la cual fue sustentada ante la Universidad Particular de Chiclayo, a fin de obtener el título profesional en Derecho, sustentada por Crelia Eva Mansilla Sánchez (2020).

La tesis presentada se realizó con la finalidad de elaborar un análisis de estudio acerca de la inscripción y otorgamiento de apellidos paterno aun recién nacido, basado en el caso de un personaje público, quien enfrenta dificultades en el registro de sus menores hijos producto de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, que, al no estar contemplado en la legislación nacional se vulneran los derechos constitucionales de los menores. Siendo su objetivo determinar si hay una vulneración al derecho de igualdad al no permitir una inscripción del menor solo con los apellidos paterno. En dicha investigación, se realizó entrevistas a jueces, abogados especialistas y docentes universitarios.

Las conclusiones son las siguientes: i) En la normatividad nacional existe vacíos cuando un menor trata de ser inscrito solo con los apellidos del padre, transgrediendo sus derechos constitucionales; ii) El problema también radica en la carencia de normatividad al tema de las técnicas de reproducción y la genética que está pendiente de resolver; iii) La necesidad de analizar la norma al presentarse una vulneración a la igualdad del padre respecto a la madre en la inscripción de un menor de edad solo con sus apellidos, con la intención de dar una solución a la filiación.

Con relación a la presente investigación, podemos concordar con el razonamiento del tesista en el sentido que es fundamental proteger la identidad y a una igualdad filiatoria, ya que, en la actualidad, existe una exclusión hacia al padre al pretender inscribir al recién nacido como lo explicado en el presente trabajo de investigación, por ende, la necesidad de proteger los intereses del niño y a su principio de igualdad de derecho.

En segundo término, tenemos la tesis denominada La observación que imposibilita al padre, inscribir a su menor hijo (concebido por fecundación in vitro) ante el Reniec. caso Ricardo Morán, misma que fue sustentada en la Universidad peruana de los Andes, a fin de obtener el título profesional en derecho, presentado por los egresados Mirian Villegas Vargas y Víctor Manuel Figueroa Moreno (2022).

La tesis tiene como objetivo analizar los argumentos del RENIEC para observar e impedir al padre, inscribir a su menor concebido por fecundación in vitro, asimismo el tratamiento en la inscripción bajo estas técnicas realizadas en el extranjero, analizar los derechos lesionados ante la institución y las medidas a adoptar para la filiación de los menores en los casos de maternidad subrogada. Para dichos efectos, los investigadores consideraron el empleo de encuestas.

De acuerdo con la investigación citada, se llegaron a las siguientes conclusiones: i) Los entrevistados coinciden que el derecho debe ajustarse

a la nueva realidad e incorporarse las TERAS a la legislación para regulación; ii) Según el análisis a resoluciones registrales se detalla el aspecto formal administrativo de la inscripción de los menores, pero no desarrolla el fondo en relación a la improcedencia de un registro legal lo que expone una clara vulneración a los derechos básicos; iii) El vacío legal que da pie a una serie de problemas sociales, ético y en especial en materia jurídica.

Al respecto, es necesario precisar que las razones señaladas por los tesisistas son loables al indicar que existe una necesidad de cubrir un vacío legal en la normatividad a raíz del empleo de reproducción asistida en especial de los varones que anhelan ser padres solteros y se ven impedidos de ejercer su paternidad solitaria, existiendo una vulneración a los derechos; por consiguiente, es correcto señalar una precisa regularización para este tipo de casos.

En tercer término, tenemos la tesis cuyo título es la Regulación de la Inscripción Filial del Padre monoparental por las TERAS frente al menor afectando su Derecho de Identidad, la cual fue sustentada ante la Universidad César Vallejo, a fin de obtener el título profesional en Derecho, defendida por Nathali Doris Rivera López y Rony Cantoral Contreras (2021).

La tesis sustentada se realizó en aras de establecer si la falta de regulación de la inscripción del Padre por las técnicas de reproducción asistida afecta al derecho de identidad del menor. Siendo su objetivo conocer si existe una falta de regulación en la inscripción del menor a raíz de las TERAS por el padre y si afecta al derecho de identidad del menor, siendo su finalidad identificar cuáles son las faltas normativas que se requieren para su regulación y que permitirán garantizar el procedimiento para la inscripción filial del progenitor.

En la presente investigación, se llegaron a las siguientes conclusiones: i) Conocer cuáles son las normas que limitan e impiden la inscripción del padre por las TERAS y a su derecho reproductivo; ii) Que, al existir vacíos e inconvenientes en la inscripción del padre, se está generando una vulneración a la identidad del menor; iii) La falta de regulación en el sistema legal, se evidencia en la normatividad jurídica a través de la RENIEC, la ley de salud y el Código Civil que afectan al menor.

A propósito de la investigación precedente, se puede afirmar que existe una transgresión constitucional al derecho a la identidad del menor, ya que, al no ser registrado con los apellidos del padre, prácticamente el menor queda expuesto a no ser reconocido y a no contar con un sentido de pertenencia ante la sociedad, que podría afectar el desarrollo emocional y personal del menor.

3.1.2. Antecedentes Internacionales

Ahora en lo que respecta al ámbito internacional, podemos citar la tesis denominada, *La maternidad subrogada desde la perspectiva del interés superior y los Derechos filiativos involucrados*, sustentada ante la Pontificia Universidad Católica de Ecuador, con el propósito de obtener el título profesional de derecho, la cual fue expuesta por Michelle Verónica Mancero Valencia (2019).

La tesis materia de revisión tuvo como objetivo demostrar la vulneración al interés superior del niño en la legislación jurídica ecuatoriana, por tanto es necesario una regulación normativa en relación a la reproducción asistida y las reformas que permitan una protección adecuada a los derechos de los niños que nazcan de esta práctica. Para dicho propósito, se analizó las normas ecuatorianas, normas internacionales y el principio de no filiación.

Las conclusiones a las que se llegó fueron las siguientes: i) En el Ecuador, se han realizado intentos por aprobar una normatividad sobre

maternidad subrogada, evidenciando que el país no está listo para afrontar este tema; ii) En el caso de los niños nacidos por maternidad subrogada, el derecho de filiación no solo incumbe a los padres, sino también a los donantes y a la madre sustituta en ese sentido los menores tienen el derecho a conocer sus orígenes genéticos; iii) El Ecuador carece de una normatividad adecuada sobre la maternidad subrogada, vulnerando los intereses del niño, debido a que el código le da prioridad al parto y no al lazo afectivo.

En este caso, está la investigación ecuatoriana, la cual señala que, al igual que otros países como Colombia, Argentina y Perú presenta el mismo vacío legal en relación a las TERAS, lo que genera un problema de filiación a los niños concebidos bajo esa modalidad, motivo por el cual la tesista plantea pautas para realizar reformas, a través de la instauración de normas en materia de reproducción asistida que protegerá su identidad.

El siguiente trabajo de investigación es *Análisis de la subrogación maternal en Colombia.*, sustentada ante la Universidad Católica de Colombia, para obtener título de derecho expuesto por Yenny Katalina Bautista Rodríguez (2020).

La tesis presentada se realizó con la finalidad de mostrar la importancia de un control a este tipo de prácticas para generar garantías tanto a la madre, al padre y al ser antes de nacer, debido a que por la falta de reglamentación en Colombia existe una laguna jurídica que impide la toma de decisiones judiciales sometiendo al juez a una interpretación. En esta investigación, se consideró una compilación documental que permitirá ahondar el tema, examinando los derechos y principios constitucionales del recién nacido.

Siendo las conclusiones las siguientes: i) La necesidad de analizar el rol que desempeña el uso de la subrogación maternal, en el caso de las mujeres que no pueden concebir y toman la decisión de recurrir a la ciencia, contemplando que impondrá modificaciones en la realidad social; ii) En

Colombia, se ha buscado una regulación a todas las modalidades de esta práctica, sin embargo se presenta una limitación ultraísta; iii) Existe una modificación en los criterios de filiación, en los hijos naturales, adoptivos y por asistencia científica; iv) Se confirma, una marcada desigualdad en el tema de maternidad subrogada tanto en parejas del mismo sexo como parejas heterosexuales.

De acuerdo a la presente investigación, se puede concordar con el análisis de la tesista, en el sentido que, en Colombia también presenta un vacío legal respecto a la maternidad subrogada al no existir una reglamentación actualizada en el caso de familias tradicionales como no tradicionales, lo que ocasiona un dilema respecto a la filiación de los menores afectando al principio de identidad.

Finalmente, tenemos la investigación, cuyo título es *“Del Derecho de Familia al Derecho de Familias: la incidencia de los nuevos paradigmas familiares en la regulación de la Gestación por Sustitución en América Latina”*, sustentada ante la Universidad de San Andrés, de Argentina para obtener el título de abogacía, expuesta por María Laura Revuelta Fares (2016).

La investigación precedente ha tenido como propósito, abordar la concepción de familia que fue transformándose a lo largo de la historia, donde esta figura a dado variaciones en sus paradigmas familiares manifestándose en otros ámbitos del derecho de familia, debido a los avances tecnológicos que están teniendo lugar en la sociedad, alterando las distintas formas familiares reconocidas, trayendo a colación interrogantes de carácter moral y normativo.

En la presente investigación, se llegaron a las siguientes conclusiones: i) En Latinoamérica se está manifestando una estructura familiar más democrática, a consecuencia de los factores sociales, que han impactado en los países y por ende las variaciones a las instituciones del

derecho de familia; ii) El impacto de las nuevas realidades familiares, no se materializó en la legislación de cada país previo a ello, se realizaron reformas constitucionales acordes a la realidad; iii) Los países de Brasil y Argentina, se han ido materializando en sus respectivas constituciones y legislaciones, en el caso especial de Argentina se ha regulado el matrimonio homosexual, pero no hay normativa acerca de las TERAS limitando la posibilidad de ser padres; iv) Por otro lado, Colombia y Chile demostraron un avance hacia nuevas estructuras familiares, en comparación con Brasil y Argentina, que no hubo repercusión y esto se ve reflejado en su ordenamiento jurídico.

Al respecto podemos señalar que los países de Latinoamérica como Argentina, Brasil, Chile y Colombia, tratados en esta investigación, han sufrido una evolución en plano familiar manifestándose nuevas paradigmas en la sociedad; por lo que algunos países lograron adaptarse mejor frente a otros, que aún se encuentran en proceso de regularización normativa en relación al uso de las TRHA donde las parejas aun presentan inconvenientes para lograr la filiación de sus hijos al ser familias heterosexuales como homoparentales.

3.2. Bases teóricas

3.2.1. La dignidad humana

La palabra dignidad proviene de la raíz indoeuropea “*dek*” que significa “saludar, recibir o honrar; de esta manera, se desglosa a su vez palabras como corresponder hacer a alguien, enseñar entre otros términos”². En el caso del latín refiere de “*dignus*” que deriva de otras palabras como “*dignitas o condignus*”, mientras que en el castellano alude a decente. De esta manera, podemos definir que el término dignidad denota a una

² RUIZ Miguel Carlos. Constitucionalismo Clásico y moderno: Desarrollo y desviaciones de los fundamentos de la teoría constitucional (2013). Perú Lima. 57. Primera Edición

afirmación ontológica de superioridad en el sentido de honras o de merecimiento.

La dignidad en el derecho romano es considerada como una noción multívoca por un lado presenta una connotación moral, social y por otra política que refiere a la idea de excelencia o mérito; de esta manera, el término dignidad presenta un aspecto objetivo al tratar el reconocimiento de méritos a distintos ámbitos de la vida, así como el aspecto subjetivo al pretender sobredimensionar la dignidad del individuo.

Por otro lado, en el plano religioso “el Antiguo testamento de acuerdo al génesis expresaba que dios hizo al hombre a su imagen y semejanza, mientras que en el Nuevo testamento convierte al hombre en hijo de dios, es decir, el cristianismo considera al hombre como si fuese descendiente del señor”³. En ese sentido, el hombre no puede ser más exaltado en relación a su dignidad humana desde ese tiempo.

En los inicios del cristianismo, se encuentra el origen del concepto de persona tal como se reconoce en la actualidad, haciendo alusión a Mario Alzamora Valdez quien afirma que “la dignidad del hombre es salvada por el cristianismo a raíz que Dios concibe al hombre en base a sus características físicas, en ese sentido todos los hombres son iguales”⁴.

Referente a la filosofía griega, reconoce la primacía del hombre por encima del resto de seres vivos, excepto a los dioses. De tal forma que, el hombre se distingue por su razón, que le permite conocer las verdades de la vida y esto le confiere su propia dignidad y lo hace superior a los demás seres de la tierra. En otro orden de ideas, los filósofos como Platón y

³ ELEJALDE ESTENSSORO Cesar. (1990) Derechos y Deberes fundamentales de la persona en la Constitución de 1979. Lima. Editores Luis Combe

⁴ Ibidem,p 26 Elejalde cesar

Aristóteles, reconocen “la esclavitud y defendieron el trato desigual hacia las mujeres y los niños⁵”.

No obstante, en oposición a los mencionados filósofos griegos, los cristianos resaltaban la importancia de reconocer la dignidad de todo ser humano, ya que rechazaban la esclavitud practicada en la edad media que fue desapareciendo con el tiempo, lo que lo hace mucho más humano a la servidumbre y aunque no constituía una solución ideal era mejor que la esclavitud en que vivían las clases sociales y pueblos de ese tiempo.

De esta manera, muy aparte al pensamiento cristiano en relación a la libertad de igualdad produjo un impacto social en que tales principios golpeaban contra el régimen político y el sistema económico. Es importante recordar que el cristianismo surge en el auge del imperio romano a la voluntad de un emperador y a sus legiones, esto demuestra además el avance del derecho en otras etapas de la historia.

Algunos autores concluyen que, al haber una pérdida de la libertad ocurre también con su dignidad, puesto que, al dañarse con el pecado, el hombre debía acatar las normas de la iglesia si quería comportarse correctamente, lo que significaría perder su autonomía⁶: Por otro lado, San Agustín agregaba que la iglesia podía ayudar al hombre con información, pero en ningún caso afectar su libertad era libre de realizar acciones según lo establecido por dios o como hereje, incluso comportarse como un animal motivado por sus instintos. Al margen de sus motivaciones mantenía la dignidad por el hecho de ser humano, sin embargo, lo convertía en un indecoroso por su mal proceder. Según el jurista guatemalteco Luis Recaséns Siches plantea que “la constante dignidad consiste en reconocer al hombre

⁵ Ibidem,p Elejalde cesar

⁶ MEJIAS QUIRÓS, JOSÉ JUSTO (2018). Dignidad y Derecho: de la Antigüedad a la Edad Media, Universidad de Cádiz, p 324. Disponible en <
https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2018-10030300331

como un ser con fines personales que debe cumplir por sí mismo, de tal forma que el hombre no debe ser el centro para fines ajenos sino para los propios”⁷.

No discutiremos la posición de estos autores, pero podemos rescatar las semejanzas de sus ideas donde la dignidad abordada en todos sus enfoques, coinciden en que distingue al ser humano del resto de seres vivos y debe ser respetada, ya que constituye el soporte donde yace una edificación vanguardista para la vida, siendo esta idea clave para el desarrollo de los derechos humanos modernos.

Al respecto, la Corte Internacional de Derechos Humanos señala en una sentencia que la identidad es un conjunto de características y atributos que distinguen a una persona dentro de la sociedad, y que incluye diversos derechos dependiendo del titular y del contexto del caso”⁸. A su vez, dicha sentencia subraya lo expresado por la Asamblea General de la OEA: el reconocimiento de la identidad permite ejercer derechos como el nombre, la nacionalidad, la inscripción en el registro civil y los vínculos familiares. Por ello, se considera un derecho humano esencial vinculado a la dignidad, y como tal, constituye un derecho fundamental exigible universalmente, reflejando el interés de la comunidad internacional.

De esta manera, la identidad de todo ser humano “supone la idea que la persona sea reconocida por su grupo social, familiar, racial e incluso étnico, así como sujeto de una variedad de relaciones públicas que implican derechos y deberes”⁹.

Cabe mencionar que este importante derecho personal debe ser protegido en dos puntos: el estático que refiere a información básica tales como nombre, apellido, fecha de nacimiento y estado civil; mientras que, el

⁷ Ibidem,p 21 Elejalde cesar

⁸ CSJR N°15880 – 2017> [Consulta: 08 Agosto 2024]

⁹ CSJR EXP. N°18851 – 2017

dinámico es más específico e importante; debido que la persona conozca su verdad personal, ya que el ser humano al ser propenso a una afectación psicomática es complejo y presenta aspectos de índole psicológico, somático y espiritual que lo definen, al igual que aspectos ideológicos, políticos, culturales y religiosos que aportan en los parámetros de identidad del sujeto. Todo ello, en su conjunto, perfila al sujeto y lo diferencia de los demás.

Ahora, en relación con la Constitución Política, en su artículo 2 “resalta la importancia de la identidad, a la vida y libre desarrollo”¹⁰, por lo que se refiere al artículo 1 del Código Civil, establece que toda persona adquiere derechos desde su nacimiento; de igual forma, el artículo 1 de la Convención sobre Derechos del Niño y aprobada por el congreso nacional en 1990 ha previsto que, para los efectos de la Convención, se entiende por niño a toda persona menor de 18 años y según los artículos 7 y 8 el niño debe ser inscrito después de nacer y el derecho a tener nombre, adquirir nacionalidad como también conocer a su familia; de esta forma, los países se comprometen a respetar el derechos del niño lo propio lo realizan el Pacto San José que recalca el derecho de todo individuo a llevar los nombres de sus padres.

En ese contexto, el Tribunal Constitucional ha merecido en varias ocasiones la protección constitucional con que cuenta el derecho a la identidad, al determinar que este debe ser reconocido, por lo que es y por el modo como es, estando integrado por el carácter subjetivo y objetivo. Bajo esa idea el derecho a la identidad requiera permitir la posibilidad de conocer sus orígenes familiares con la finalidad de formar una consistente identidad. A su vez, agregar que la Ley General de Salud hace mención al empleo de tratamientos de fertilidad como procrear a través del uso de Técnicas de reproducción asistida; pero, este refiere a la mujer, es decir, el varón queda

¹⁰ Corte Suprema de Justicia de la República N° 22345 – 2018

de lado y no es considerado para que pueda usar al igual que la mujer la opción de emplear estas técnicas de procreación.

En una sentencia emitida el 2012, el TC señala a la dignidad de la persona humana como “valor y principio constitucional acarreador de valores fundamentales que impide sea vista como objeto por el estado. Por consiguiente, la dignidad también es generador de los derechos fundamentales; que impone parámetros al Estado y a la sociedad, como también una fuente de derechos fundamentales. Esto permite que los ciudadanos ejerzan con libertad sus derechos ante autoridades y particulares gracias a que este principio de actuaciones positivas blinda a los ciudadanos al libre desarrollo de sus derechos”¹¹

En ese sentido, la dignidad como se afirmó es un derecho que supone la consideración de la persona como fin en sí mismo y no como un medio, es decir, la prohibición de tratar al ser humano como instrumento para la consecución de fines ajenos a su propio desarrollo y bienestar, motivo por el cual, el estado prohíbe esas acciones que atentan contra la persona, más bien debe ser tratada como sujeto autónomo y libre pleno de derechos y deberes, y no como objeto.

3.2.1.1. Dignidad de niñas y niños concepto clave de los derechos humanos

La dignidad “es un concepto abstracto pero necesario para que todos los niños y adolescentes gocen del ejercicio de esos derechos”¹². Por lo tanto, no pueden tener derechos sino se viven y ejercen con dignidad. Los adultos pueden emplear el concepto de dignidad en los tratados, normas, acuerdos nacionales e internacionales. Sin embargo, no es usual realizar una

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N.º 02101-2011-PA/TC, 5 de diciembre de 2012

¹² Sistema Nacional de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes (2023). La dignidad de los niños en los derechos humanos. Disponible en <<https://www.gob.mx/sipinna/articulos/dignidad-deninas-y-ninos-concepto-clave-de-los-derechoshumanos?idiom=es#:~:text=La%20dignidad%20es%20un%20concepto,viven%20y%20ejercen%20con%20dignidad.>>[Consulta: 09 Julio 2023]

reflexión sobre el término y sus implicancias que tiene para los menores de edad el entender la importancia que significa en su vida cotidiana. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, señala en pocas palabras que “todo individuo lo adquiere de una manera inherente por el hecho de existir, por ende, deben ser tratados con dignidad. En ese sentido, la dignidad implica el respeto y valor de su condición como persona, lo que evita que su integridad sea sustituida por otro valor social, de tal forma que la dignidad es el cimiento de la igualdad y a la vez la base que permita alcanzar una vida digna de vivir.

3.2.1.2. Paternidad y filiación en el derecho de familia

El término familia ha venido sufriendo grandes cambios, siendo por naturaleza, la más antigua institución que se ha visto influenciada bajo varias concepciones ideológicas según cada etapa en el tiempo. Donde la sociedad está integrada por familias relacionadas entre sí; desde las clásicas a las no tradicionales. La filiación legal entre padres e hijos siempre ha sido reconocida, sin embargo, en la actualidad, se presentan varios inconvenientes para la realización de este derecho a raíz del empleo de las técnicas de reproducción asistida.

3.2.1.3. La Filiación

El jurista peruano Manuel Miranda Canales señala el origen de la filiación “a partir de la concepción latina *filii* que significa hijo. Esto refiere al lazo íntimo que une a dos personas, en donde uno es el padre y el otro el hijo”¹³.

Para el autor la filiación, es “el vínculo jurídico entre un hijo y sus padres es la relación de parentesco que la ley reconoce, conectando a los ascendientes con sus descendientes”; expresa que la maternidad y

¹³ MIRANDA CANALES. Manuel Jesús. (2007). ADN como prueba de la filiación en el Código Civil. Ediciones Jurídicas. Lima. Perú.p.36.

paternidad, constituyen una doble fuente de filiación: “la primera, que la mujer haya tenido un hijo producto del alumbramiento y la segunda, que el hijo sea procreado por el hombre”¹⁴.

Enrique Varsi Rospigliosi manifiesta que, en ese sentido, “es un instituto jurídico que surge con la familia a través de las relaciones intersexuales entre varón y mujer siendo certera la posibilidad de determinar la paternidad de los hijos”¹⁵, este concepto refiere al derecho de familia que procura regular las relaciones entre parejas, de esta forma permite establecer responsabilidades legales y proteger al hijo dentro de la estructura familiar.

La procedencia de los hijos, es un hecho natural tan importante que no puede ser desconocido. “Mas aún se manifiesta también en la sociedad, motivo por el cual la preocupación de los operadores en regular el derecho de familia al establecer mecanismos que protejan los derechos a través de la imposición de sanciones penales para quien incumpla sus deberes”¹⁶. La filiación aparte de generar la patria potestad de los padres está estrechamente vinculada con la nacionalidad. Entonces, dicha relación “es una acción legal que desglosa derechos y obligaciones, que parten de un nuevo ser que está relacionado con sus padres, la comunidad y el estado”¹⁷

Por consiguiente, observando este punto, la jurisprudencia señala “el bienestar del niño al igual que el ejercicio efectivo de sus derechos en calidad de ser humano; es así que el derecho a la identidad de un recién nacido, es una institución jurídica otorgada solo a favor de los intereses de los menores”¹⁸. Bajo esa idea, tiene el fin de cuidar al menor y ayudarlo a

¹⁴ Idem

¹⁵ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. (2013). Tratado de Derecho de Familia. Gaceta Jurídica S.A.Lima.Perú.p.7.

¹⁶ Ibidem, p.38.

¹⁷ Ibidem, p.63

¹⁸ Casación 950-2016, Arequipa del 29 de noviembre del 2016

crecer bien, asegurando que se respeten sus derechos, especialmente el de tener una familia y no ser separado de ella.

3.2.1.4. La Filiación y Procreación Asistida

Varsi Rospigliosi señala que, “existe como resultado de la reproducción una filiación, esta se presenta de dos maneras natural o asistida”¹⁹. En la primera, no hay mayor inconveniente salvo los casos de filiación extramatrimonial que son solucionados con una prueba de ADN y, en la segunda, el empleo de reproducción asistida que genera problemas al no haber un tratamiento legal, así como el biologismo dominante.

Con el aporte de la ciencia genética, en la actualidad, se permite realizar identificación biológica de la paternidad con el ADN. Esta prueba médica debe aplicarse específicamente a la filiación por naturaleza tanto matrimonial y extramatrimonial, en cuanto al afecto y las emociones debe ser la base para la filiación derivado de las técnicas de reproducción.

Además, hay que mencionar que la relación jurídica paterno filial puede constituirse sin un hecho biológico, es decir, filiación sin procreación (adopción); la situación de un hecho biológico sin filiación en síntesis procreación sin filiación (abandono); y la no existencia de una procreación ni filiación (reproducción asistida y filiación indeterminada). La raíz del problema nace cuando se pretende realizar una correspondencia entre el lazo biológico con el jurídico debido que el biológico es natural e ilimitado en su determinación, mientras que el jurídico es creado y limitado, como podemos ver ambos puntos se oponen.

En ese sentido, el sistema de filiación tradicional, se basa en la autenticidad de los genes tanto del padre como de la madre. En el hombre su aporte surge del material genético, así como la mujer del hecho de

¹⁹ VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique (2010). Filiación y reproducción asistida. Disponible en <https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/3258/Varsi_Rospigliosi_Enrique.pdf?sequence=1&isAllowed=y>[Consulta: 23 Enero 2023]

alumbrar una vida. Las técnicas de reproducción como sabemos, permiten asegurar la descendencia a aquellas parejas con ciertos problemas de salud; por lo cual, requieren el acompañamiento de un acorde sistema de filiación, que permita establecer la inscripción de los nacidos por estas técnicas.

Asimismo, el esquema mencionado de filiación no se adecua a las carencias de reproducción al no haber una concordancia entre lo biológico y lo legal. El derecho comparado considera como predominante a la voluntad por encima de los genes, debido a que trata de diferenciar la filiación de los niños concebidos con el empleo de TERAS, para inmunizarla frente a problemas legales y biológicos. De la misma manera, para la doctrina la voluntad es lo más importante porque fortalece la filiación entre padres e hijos.

Cuando se mencione la filiación civil, se fundamenta en la manifestación de voluntad de los interesados. la voluntad de concebir, pero no de asumir un vínculo paterno filial; la paternidad común “pater” sustituido por el amor, el cariño y la comprensión dejando de lado el aspecto biológico y considerar el aspecto cultural y sociológico.

En ese sentido, la paternidad trasciende lo biológico, donde los hijos corresponden a aquellos progenitores que lo anhelan. En tanto, la doctrina señala que la filiación, así como las técnicas de reproducción asistida, coinciden con la adopción, debido a que ambas se basan en la voluntad y no en la información biológico.

Por su parte, en contraste con el sistema tradicional, la filiación se fundamenta del matrimonio o del material biológico paterno y materno ignorando el “anhelo” que es requerido para la práctica de las técnicas de reproducción asistida. En concreto, en la reproducción natural, la falta de voluntad del hombre para procrear es innecesario; mientras que, en las técnicas de reproducción, es tomado en cuenta y debe ser primordial frente al elemento biológico que podría variar uno del otro; en pocas palabras, la

voluntad del esposo debe primar sobre la presunción “*pater es*” en los casos de una técnica homóloga.

3.2.1.5. Teorías de la filiación

Recorriendo a la doctrina peruana, Enrique Varsi R. expresa que la filiación “es una institución ligada al matrimonio, sin embargo, este último es insuficiente para determinar una filiación motivo por el cual el autor plantea teorías para determinar quiénes son o no hijos matrimoniales”²⁰.

a) Teoría de la concepción

Refiere a los hijos nacidos de padres casados dentro de un matrimonio o después de disuelto el vínculo. No obstante, los hijos concebidos fuera del matrimonio siguen siendo extramatrimoniales a pesar que el nacimiento ocurriera después del matrimonio. Esta teoría es considerada por los Códigos Civiles de Nicaragua, Francia e Italia respectivamente.

b) Teoría del nacimiento

Refiere a los “hijos nacidos en un matrimonio, sin importar el momento en que fueran concebidos”²¹. De acuerdo con esta teoría, los engendrados antes de las nupcias serán considerados hijos matrimoniales, contrario es el caso de los nacidos después de la disolución del vínculo matrimonial, a pesar de haber sido concebido durante el matrimonio.

c) Teoría mixta

Esta teoría señala que la vida inicia con la concepción donde “se presume que el esposo de la mujer es el padre del niño”, además sostiene el impedimento de matrimonio de la viuda en tanto no transcurra los 300 días al fallecimiento del esposo, con la excepción que diera a luz”²².

²⁰ Ibidem, p.41

²¹ Ibidem, p.42

²² Ibidem, p.42

De esta forma, el esposo afectado podría recurrir a impugnar la paternidad del hijo de la esposa, asimismo esta teoría mixta es aceptada por la legislación nacional tal como establece en los artículos 1º, 243º inciso 3), 361º y 363º incisos 1) y 2), y en el artículo 386º de nuestro vigente código civil.

En ese sentido, no hay duda que la maternidad e identidad del hijo son hechos concretos; por el contrario, la procreación y la paternidad presentan inconvenientes, como señala Diego Espín Cánovas: “Primero existe una dificultad en determinar la fecha precisa de la concepción con relación al parto, al no haber un plazo fijo de gestación, y el segundo había incertidumbre para establecer la paternidad mediante una prueba certera”. Sin embargo, hoy en día, con el uso de la tecnología, permite un detallado conteo de plazos desde la concepción hasta el parto.

3.2.1.6. Clases de la filiación

Para Manuel Miranda Canales²³, presenta las clases de filiación siendo las siguientes:

- a) Filiación matrimonial: Se refiere a la procreación del hijo dentro del matrimonio, hecho jurídico que da origen al parentesco legítimo.
- b) Filiación extramatrimonial: Se refiere a la procreación del hijo fuera del matrimonio, esto da lugar al parentesco ilegítimo.
- c) Filiación adoptiva: A diferencia de las filiaciones anteriores, se refiere aún acto jurídico celebrado entre el adoptante y el adoptado realizado por el legislador.

3.2.1.7. Paternidad

Según Claudia Morán de Vicenzi la paternidad “es cuando se considera padre al hombre que acepta tal responsabilidad con todas las

²³ Citado por MIRANDA CANALES, Manuel. Ob.Cit.p.50-51

consecuencias jurídicas que ello comporta, aunque no sea el progenitor biológico”²⁴, así pues, indica la autora que la paternidad no siempre depende de un vínculo biológico, sino de la voluntad de asumir el rol de padre. Es decir, se reconoce a quien acepta la obligación y cumple con los deberes legales que implica, aunque no sea el padre de sangre.

Para nuestra doctrina civil, en muchas ocasiones ha tratado de responder los diversos grados de paternidad, que no pueden contar con un mismo reconocimiento legal. Por ello, se llevó a cabo la realización de teorías basadas en normas que regulan la paternidad; esto permite establecer el vínculo jurídico del padre al momento de designar el rol aun individuo. Así mismo, brinda soluciones a los supuestos planteados por la maternidad subrogada.

De este modo, señala Morán, “existen otras formas de multipaternidad en las que podrían intervenir hasta cuatro sujetos, siendo la siguiente clasificación de paternidad que podrían presentarse en los supuestos de fecundación artificial heteróloga”²⁵. La plena, es el padre quien ha quedado definido la paternidad, ejerciendo los derechos y deberes; referencial es el hijo que no cuenta con un padre presencial, en las técnicas de reproducción asistida refiere a las formas de fecundación post mortem; social, el que no ha generado el hijo; pero, convive y actúa como verdadero padre; y el excluido es el donante de semen, donde las normas impiden que se revele la determinación e identidad del donante.

La directora de la Corporación de Profesionales en Colombia María Contreras Antolínez señala que la paternidad cumple tres funciones: “la nutrición, que proporciona alimentos para proteger su crecimiento y vida del niño; la socialización muestra de referencia a los padres como modelo para

²⁴ MORÁN DE VICENZI, Claudia (2007). El concepto de filiación en la fecundación. ARA. Editores. Perú. p.73

²⁵ Citado por MORÁN DE VICENZI, Claudia. Ob. Cit. p.73

sus hijos; y la educadora en el cual los niños deben contar con las herramientas para convivir con la sociedad”²⁶.

Siendo así, la paternidad es una relación vincular, constituido por el hijo y el padre, donde este último no es solo el que provee recursos económicos, sino también cumple con otras funciones, como proyectar una imagen fundamental en el desenvolvimiento de los niños en la familia, logrando una influencia en el carácter y la seguridad del menor, a través del amor del padre que ayuda a reforzar el plano emocional de los niños.

3.2.1.8. Clases o grados de paternidad

De acuerdo con Enrique Varsi Rospigliosi afirma que la paternidad jurídica y biológica están íntimamente ligadas, pero desde un punto de vista social presentan varias razones que consienta su establecimiento”²⁷.

El vínculo biológico no necesariamente determina el lazo entre un padre y un hijo, debido a que se basa en una serie de acciones que así se sustenten sea la protección y afecto al menor. Por otro lado, la palabra progenitor constituye la conexión biológica entre dos personas donde uno es el genitor y otro el generado.

La jurista y filósofa española María Dolores Vila – Coro propone las clases o grados de paternidad en el siguiente orden:

- La paternidad plena, es el padre que engendra al hijo y a la vez tiene una relación con la madre tanto matrimonio o concubinato que le otorga la

²⁶CONTRERAS ANTOLÍNEZ, María; ACOSTA TRIVIÑO, Nancy; RAMÍREZ BOLÍVAR, Diana. Revista educación y humanismo (2018). Significados de la paternidad y maternidad en niños y niñas de hogares con jefatura femenina. Colombia. Editor Simón Bolívar.p.41. Disponible en <https://www.researchgate.net/publication/327213321_Significados_de_la_paternidad_en_ninos_y_ninas_de_hogares_con_jefatura_femenina> [Consulta: 14 Octubre 2022]

²⁷ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (1999). Filiación, derecho y genética: Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica, Universidad de Lima. Lima. Perú Fondo de Desarrollo Editorial .p.37

facultad de progenitor legal. El padre tiene presencia física en la vida del menor, ejerciendo derechos y obligaciones paternas.

- En el caso de una paternidad absoluta, no existe separación entre lo biológico y lo legal.
- En la paternidad referencial, el hijo no disfruta de la presencia del padre, pero tiene una idea que permite desenvolverse dentro de un hogar con su ascendencia, historia y creencia de la familia. Esto facilita al hijo conocer la vida de su progenitor sea trabajo, profesión, rasgos físicos, cualidades y defectos. La doctora Vila – Coro a su vez señala dos posibilidades en el nacimiento del niño²⁸:
 - En el caso donde el hijo de una pareja, el padre está ausente o fallecido.
 - En el caso por fecundación post mortem, el hijo tendrá conocimiento del padre, pero no disponible de derechos legales.
- Paternidad social, el padre engendra al hijo se establece una relación emocional que permite tener a un hombre como imagen de padre.
- Paternidad excluida, es el padre que donó de manera anónima sus gametos para ser usadas en las técnicas de reproducción, sin el interés de asumir una paternidad ni revelar su identidad al menor. El hijo no cuenta con la presencia física y referencial por lo tanto no se establece su identidad.

Ahora que hemos podido explorar dicha clasificación, entendemos que la paternidad representa un sin fin de lazos y vínculos que guían la función del padre en el hogar optimizando las relaciones entre padre e hijo.

²⁸ Ibidem, p38

En concreto, ser padre implica un carácter social, biológico y legal que resume el rol parental absoluto.

3.2.2. Las técnicas de reproducción asistida en la salud reproductiva

3.2.2.1. Derecho a la Salud

El derecho de salud forma parte de un conjunto de derechos sociales, económicos y culturales aquellos que son garantizados de manera efectiva por los gobiernos. Dicho derecho es considerado por diversos instrumentos internacionales a su vez está estipulada en el artículo 7 de la carta magna que menciona el derecho a la protección de la salud en la comunidad peruana, ya que garantiza que todas las personas puedan acceder a servicios médicos y vivir en condiciones que favorezcan su bienestar integral, el cual constituye asegurar una vida digna para el desarrollo de una sociedad justa.

La organización Mundial de la Salud declara a la salud “como un estado de bienestar físico, mental y social, y no solo refiere la falta de padecimientos. El goce a plenitud de una buena salud es un derecho humano sin distinción de raza, ideología, religión, condición social o económica”²⁹, bajo este enfoque, nos refiere que no es solo el hecho de no estar enfermo, sino en sentirse bien en todos los aspectos. Además, resalta que la salud es un derecho para todas las personas, sin importar sus diferencias, lo cual es básico para la humanidad.

Hay que mencionar, además que el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales a través del artículo 12 estipula la obligación de los estados de priorizar al más alto nivel el goce de una salud física y mental. En esa misma línea, la Observación General N°14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirma que la obligación a garantizar una buena salud no compromete asegurar un derecho a estar sano, debido que se compone de una gama de derechos y libertades,

²⁹ GONZÁLES LUNA, María Alejandra (2024) El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional. Informe practico constitucional.p.163,168

que deben ser atendido. De esta forma, el Comité de Derechos indica que este derecho conlleva la facultad de controlar la salud y el cuerpo al igual que la libertad sexual y los derechos reproductivos.

Cabe señalar, que también implica el derecho a no ser utilizado en experimentos médicos ni ser sometidos a torturas, en ese sentido, es importante asegurar un sistema de salud que sea accesible en igualdad de oportunidades para que las personas disfruten del servicio médico.

En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente en relación al derecho a la salud “El derecho a la salud comprende la facultad de todo individuo de conservar el aspecto mental, físico y de tratarse en situaciones de malestar orgánico y funcional, el cual en un acto de conservación como de restablecimiento. Dichas acciones que el estado debe aplicar para asegurar el día a día, y mejorar la calidad de vida mediante una infraestructura que permita fortalecer las instituciones comprometidas en brindar el servicio médico de acuerdo a los lineamientos políticos y planes en ese sentido.

El mismo que implica no solo la salud personal, sino también las condiciones mínimas de salubridad, siendo además una atención oportuna y apropiada. Asimismo, los factores como la nutrición, el agua, la vivienda, entre otros son elementos importantes que influyen en la vida de toda persona.

Agregado a ello, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recalca el aspecto del mejoramiento de la higiene ambiental e industrial es importante contar con agua potable limpia, la creación de un sistema sanitario adecuado, así como evitar la exposición de la población a sustancias tóxicas entre ellas sustancias químicas, radiaciones u otros factores que afecten de alguna manera la salud pública. Es así, la importancia de asegurar las condiciones de higiene ambiental; por esta

razón, el Tribunal Constitucional resaltó el artículo 12 del Pacto donde además menciona el papel de los elementos de la salud en el ser humano.

En esa misma línea, la norma fundamental reconoce el derecho a la salud en los artículos 7 y 9, donde su carácter se advierte cuando su vulneración compromete otros derechos fundamentales, entre ellos la integridad física y el desarrollo de la personalidad.

Al margen de lo tratado en este capítulo, la salud no solo se refiere al cuerpo, sino también a la mente y al entorno social de la persona. Aunque esto a veces se relaciona más con las causas que afectan la salud que con el bienestar en sí, es importante entender que todo está conectado”³⁰. Por ejemplo, un dolor físico puede afectar la mente, y los problemas mentales también pueden causar enfermedades físicas. Por eso, ver la salud de forma integral es fundamental para asegurar el derecho a una buena atención médica.

De igual forma, las condiciones sociales, económicos y culturales, dicho de otra manera, la discriminación de distinto índole, la pobreza, la desigualdad, la discapacidad entre otros factores externos; al igual que las diferentes formas de violencia expresadas entre las personas también influye en la salud de la persona.

3.2.2.2. Derecho a la salud reproductiva

De acuerdo con la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 217, por intermedio de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 2 señala: “son derechos esenciales al ser humano, sin discriminación de nacionalidad, origen, raza, sexo, idioma, religión o cualquier otra índole. Estos organismos han ampliado los derechos humanos para incluir normas específicas relacionadas con las mujeres, los niños, y otros grupos vulnerables”, así pues, los derechos humanos sean impartidos

³⁰ LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan (2013). El derecho a la salud en el Perú.p.510, 511

para todos sin discriminación, en especial a aquellos grupos que están en situación de indefensión como las mujeres y los niños que requieren de una particular atención.

Con relación a la salud reproductiva, Enrique Guevara Ríos afirma que los derechos reproductivos “son derechos básicos donde las parejas o personas solas, deciden concebir hijos; considerando la información y empleo de métodos adecuados de fertilización, los cuales se encuentran incluidos también la calidad del servicio para las madres al emplear insumos que garanticen la maternidad”³¹.

De igual forma, los autores Hernán López Hernández y Alejandra Pérez Ceballos, resaltan la importancia de la “autodeterminación en relación a la libre interferencia en la toma de decisiones reproductivas, que está vinculado con principios a la autonomía corporal que suele ser aludido con el derecho a la integridad física”³². Esta autodeterminación presenta su origen en el derecho a la dignidad humana, tales como el derecho de libertad, la seguridad de la persona, y el derecho a la intimidad.

Respecto a eventos trascendentales a la salud reproductiva, Guevara menciona que, en la década de los sesenta, se realizó la Conferencia sobre los Derechos Humanos, “donde se incluyó el derecho de las parejas para decidir libre y responsablemente el número de hijos que deseen tener”³³. Por otro lado, la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrado en Egipto, también tuvo como tema principal el

³¹GUEVARA RÍOS, Enrique (2020). Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos. Revista peruana de investigación materno perinatal. Volumen 9 Número 1. Lima. Perú.p.7. Disponible en <<https://investigacionmaternoperinatal.inmp.gob.pe/index.php/rpinmp/article/view/183?articlesBySameAuthorPage=3>>[Consulta: 15 Octubre 2022]

³² LÓPEZ HERNÁNDEZ, Hernán, PÉREZ CEBALLOS Alejandra (2020). Derechos sexuales y reproductivos. Academia Judicial de Chile. Santiago, Chile. p.28. Disponible en <[https://intranet.academiajudicial.cl/Imagenes/Temp/01_Derechos%20sexuales_SIN%20ISBN_Pub3%20\(1\).pdf](https://intranet.academiajudicial.cl/Imagenes/Temp/01_Derechos%20sexuales_SIN%20ISBN_Pub3%20(1).pdf)>[Consulta: 10 Diciembre 2022]

³³ Citado por GUEVARA RÍOS, Enrique. Ob.Cit.p.7

tratamiento de los derechos reproductivos entre ellas la planificación familiar, el embarazo y parto seguro, así como evitar enfermedades sexuales que permitan garantizar el éxito del programa social.

En ese sentido, el profesor Enrique Varsi Rospigliosi manifiesta que “cualquier derecho, no es absoluto pues tiene límites; los hombres o mujeres que quieran recurrir a las Técnicas de Reproducción Asistida, deben saber que además de ser un derecho, su ejercicio es mancomunado y heterosexual”³⁴. El autor manifiesta que el derecho a procrear es un derecho subjetivo derivado de la vida y la integridad que coincide con derechos como la intimidad, el honor y la imagen, en especial suele relacionarse con el derecho a la salud.

A día de hoy en el Perú, “se encuentra también protegida la salud reproductiva como la Ley de Igualdad entre hombres y mujeres, la Ley de Salud y la Resolución Ministerial del Minsa, así también está reconocido en la Carta Magna”³⁵. Por su parte, la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia, concientiza a la población de proteger los derechos sexuales, a través de la promoción de la anticoncepción y la prevención del aborto adolescente, la violencia entre otros problemas que atentan a los derechos reproductivos.

El Colegiado Constitucional se ha preocupado “en proteger el derecho a la salud física como mental en especial para aquellos ciudadanos de bajos recursos”³⁶. No obstante, cuando se analiza el derecho a la salud reproductiva se observa una afectación de este derecho en las mujeres más humildes del país. En el año 2009, la sentencia exp.Nº02005-2009/TC en relación a las píldoras del día siguiente compradas por el Ministerio de salud, refiere el Tribunal Constitucional ordenar a la cartera de salud no

³⁴ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (1997). Derecho y manipulación genética: Calificación jurídica de la clonación. Perú. Fondo de desarrollo editorial.p.139.

³⁵ Citado por GUEVARA RÍOS, Enrique. Ob.Cit.p.7

³⁶ Ibidem p.168

distribuir las píldoras, al haber dudas en cuanto a la forma y entidad del medicamento afecta al endometrio y en consecuencia el proceso de implantación. La presente sentencia no considera la postura de la organización mundial de la salud al afirmar que no existe un efecto negativo en el endometrio o en niveles de progesterona asimismo dicho medicamento no provocarán un aborto y por ende no afectaría la vida de un nuevo ser.

Sobre este último, la sentencia no es congruente solo generaría desigualdades en las mujeres de bajos recursos. Esta decisión afecta a estos grupos de mujeres, lo que conlleva a lidiar un embarazo no deseado, a pesar que pudiera interrumpirla con un aborto que crea a su vez afectación en su salud mental, tal como el caso de violaciones o cuando sufre una enfermedad que pondrían en peligro su vida o del bebé.

De esta forma, las manifestaciones más importantes relacionados a la salud se enlazan al aspecto sexual y reproductivo, “es decir aquellos que permitan al hombre y a la mujer el ejercicio de su actividad, protección psíquica y física, como también la elección de acceder a atención médica prenatal y postnatal, como también al acceso al derecho a ser informado y a la educación, el acceso eficaz a la información y educación sexual”³⁷. Como se puede ver de dicha manifestación es importante que tanto varones como mujeres tengan acceso a atenciones sociales completas, sobre todo en temas como la salud sexual. Esto permite a tomar decisiones responsables y cuidar el bienestar físico y emocional del ser humano.

Con lo expuesto, se puede afirmar que la salud reproductiva es vital tanto para el hombre como para la mujer, porque permite garantizar una vida sexual libre, con la capacidad de decidir cuantos hijos concebir. Esto asegura

³⁷ LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan (2014) El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruanop.404,405 Disponible en <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/12534/13094>>[Consulta: 26 Abril 2024]

la dignidad de las personas, al tener una sexualidad saludable y responsable, sin riesgo a complicaciones de salud, recordemos que estos derechos son aceptados por organismos internacionales que consagran los derechos reproductivos en la vida de las personas.

3.2.2.3.Las técnicas de reproducción asistida

Para Miguel Sánchez González indica que las Técnicas de Reproducción Asistida, “son técnicas usadas en los procesos, materiales de concepción y gestación, por medio de la inseminación artificial, fecundación in vitro, maternidad de alquiler entre otros procedimientos de reproducción”³⁸. Este concepto en resumen, nos habla de instrumentos médicos que ayudan a las personas que no pueden tener hijos de manera natural a concebir y posibilitar a formar una familia gracias al empleo de la tecnología médica.

De similar posición es Enrique Varsi Rospigliosi que define a las técnicas de reproducción asistida como “aquellos tratamientos técnicos que otorgan la oportunidad de tener descendencia aun individuo”³⁹. Por su parte el investigador colombiano Juan Pablo Monroy recalca las diversas razones por las cuales las parejas recurren a las técnicas de maternidad subrogada estas “nacieron de la postergación de la maternidad, al tener una percepción distinta de la vida, al formar una familia en otra etapa donde la pareja esté preparada para encargar un hijo”⁴⁰.

Se suma a esta opinión el autor Enrique Guevara Ríos al afirmar que “existen diversas complicaciones hereditarias y biológicas que impiden la concepción, entre ellas la esterilidad, enfermedades crónicas o propias de

³⁸ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL. (2013) Bioética en Ciencias de la Salud. Editorial: Foletra S.A. España. p.249.

³⁹ Ibidem.p.69.

⁴⁰ MONROY, Juan Pablo (2013). Técnicas de reproducción asistida y su incidencia en Colombia. p.138. de la Universidad Militar de Bogotá. Disponible en <<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/2162/1641>>[Consulta: 17 Octubre 2022]

los sistemas reproductores que limitan la capacidad de concebir, allí surge la necesidad de una implementación de las Técnicas de Reproducción Asistida”⁴¹. En este punto, el autor nos refiere a la infertilidad, de la cual van a facilitar la procreación humana a través de la intervención de la reproducción asistida. Es de añadir que, cuyo tratamiento puede ser de baja o alta complejidad, es decir, será lo primero cuando se inserten los gametos y contribuya al desarrollo natural de la fecundación y será la segunda cuando se realice la fecundación fuera del cuerpo, en otras palabras en un laboratorio.

La disposición legislativa a este tipo de prácticas y afines, merecen una determinada seguridad general y legal, debido a que los problemas que se presentan a raíz de la tecnología son complejos. Los aspectos éticos son evidentemente afectados y ponen en peligro la vida humana. De esa forma, “esto simboliza un desafío para nuestra normatividad que deberá considerar el fin de la ciencia, que es estar al servicio del hombre y no el hombre al servicio del desarrollo científico”⁴².

De acuerdo, con la casación emitida por la Corte Suprema de Justicia de Lima ha confirmado lo antes mencionado al señalar dos tipos de TERAS: “la inseminación artificial y la fecundación in vitro”⁴³. La primera, cuando se realiza la inseminación homóloga, es decir el gameto pertenece al esposo de la mujer y heteróloga cuando participa un donante. La segunda, realiza la fecundación de los gametos masculino y femenino en un laboratorio para luego ser implantado en el vientre de la madre para su gestación. Es necesario recalcar que estas prácticas permiten la maternidad subrogada; sin embargo, no se encuentra reconocida legalmente en el país.

Esta última línea que traemos a colación no es novedad, debido que sin ir más lejos los casos de ovodonación donde la cual la mujer puede

⁴¹ Citado por GUEVARA RÍOS, Enrique. Ob.Cit.p.138

⁴² Ibidem,p.72

⁴³ Casación. N° 4323-2010 - Lima del 11 de agosto del 2011

gestar, pero es incapaz de ovular, siendo necesario una donante de óvulo, cabe señalar que este procedimiento no está regulado, pero en virtud al principio jurídico de que “todo lo que no está prohibido está permitido”, reconocido por el Tribunal Constitucional, en el ámbito legal funciona el aforismo jurídico que señala que aquello que no está prohibido está permitido; en pocas palabras nos da a entender que el procedimiento de “ovodonación” no es una práctica ilegal ni menos un delito; por consiguiente se trata de un vacío normativo y jurisprudencial.

3.2.2.4. Teorías a favor y en contra de la regulación de la maternidad subrogada

3.2.2.4.1. Teorías que respaldan la maternidad subrogada

Los países que respaldan esta teoría permiten la realización de gestación subrogada de manera altruista sin involucrar transacciones legales o comerciales. Para Lamm indica que, “para poder llevar a cabo la gestación subrogada de manera solidaria, se requiere de la autorización de un juez o tribunal específicamente designado para dicho fin”⁴⁴. Asimismo, en países como Israel y Grecia, existen requisitos y condiciones adicionales que deben cumplirse para que se considere aceptable las prácticas de gestación subrogada.

Por ejemplo, en Israel, es necesario acreditar la infertilidad de manera fehaciente, mientras que en Grecia se puede realizar mediante autorización judicial. Lam indica también, respecto a los acuerdos de maternidad subrogada después del parto, realizar el traspaso de la filiación para acelerar la situación legal del recién nacido a favor de los comitentes que contrataron los servicios como resultado de un contrato.

Asimismo, estas teorías están respaldadas por los siguientes:

⁴⁴ ACO MURGUIA, Carmen Luisa (2019). Regulación de la Maternidad Subrogada y protección al proyecto de vida en mujeres infértiles. Universidad Tecnológica del Perú. p.28-29. Disponible en <https://repositorio.utp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12867/3587/Carmen%20Aco_Tesis_Titulo%20Profesional_2020.pdf?sequence=1> [Consulta: 22 de Marzo 2023]

- a) La autonomía de la voluntad: Es la facultad del individuo de prohibir la maternidad subrogada que puede restringir la independencia de la mujer para decidir sobre su capacidad para gestar una vida, disminuyendo su derecho para tomar sus propias decisiones.
- b) La disposición del propio cuerpo: Este principio señala que cuando la mujer se compromete a llevar a cabo la implantación del embrión en su útero por encargo de un tercero se entiende que no puede negociarse en un contrato al encontrarse el cuerpo humano fuera de acuerdo. Para evitar que esta práctica ilegal no caiga en un marco ilegal los doctrinarios señalan que la dación del útero debe encajar dentro de lo permitido en la disposición del cuerpo y no atentar contra la ley y la moral. El hecho de comercializar la anatomía humana es lo que califica como un acto inmoral, así mismo los doctrinarios afirman que su práctica deshumaniza la maternidad siendo contraria a la ley. Por su parte, Espinoza afirma que la maternidad está permitida y lo asemeja aun acto de disposición constituyendo a un estado de necesidad por lo que debería estar permitido.
- c) Principio de solidaridad: Señala que existiría una degradación hacia la mujer como al niño, si es que hay un pago de por medio. Sin embargo, de no haber una compensación económica debería ser aceptado mediante este principio la subrogación, que ayudaría a muchas mujeres. Asimismo, Marcial Rubio alega que este tipo de prácticas dentro de un contrato no son bien vistas por la iglesia y la Teoría General del Derecho al desnaturalizar la maternidad y las relaciones humanas.

Estas teorías muestran distintos puntos de vista sobre la maternidad subrogada. Algunas defienden el derecho de la mujer a decidir sobre su cuerpo y ayudar a otros sin recibir dinero. Otras advierten que, si hay pagos, puede volverse algo comercial y deshumanizante. Como también señalar

que la iglesia rechaza esta práctica porque cambia la forma natural de ver la maternidad.

3.2.2.4.2. Teorías que prohíben la maternidad subrogada

Los países europeos como Italia, España o Francia, prohíben su práctica y en consecuencia se declaran nulos los acuerdos realizados por las partes. Los que plantean esta postura se fundamentan en los marcos normativos que invalidan la praxis de la gestación subrogada. “Entre las teorías que se plantean son las siguientes”⁴⁵:

- a) Identidad de los niños y niñas: Los organismos internacionales protegen los derechos del niño para garantizar una vida de calidad. A través del principio interés superior del niño, se han tratado de prohibir la gestación por subrogación, al considerar que el menor es tratado como objeto de contrato y atenta contra su dignidad humana.

Este tipo de servicios era improbable hace algún tiempo atrás, sin embargo, hoy en día es una realidad más frecuente. Los tratadistas rechazan el comercio del cuerpo humano al ir en contra de la moral e ir más allá de lo ético. No obstante, el ser humano al nacer adquiere derechos inherentes siendo una persona debe ser protegido y tener las mismas consideraciones que un niño concebido de forma natural. Por su parte, el interés superior del niño sugiere la regulación de esta práctica mediante normas legales que velen por la seguridad jurídica permitiendo de esta manera que las mujeres con problemas de fertilidad puedan recurrir a las técnicas de reproducción para convertirse en madres.

En caso de nacimiento del extranjero, sean reconocidos con la misma nacionalidad de los padres como también volver a su país y se respete su espacio familiar, privado y su identidad, respecto a sus orígenes deberá darlo a conocer cuando adquiera la mayoría de edad. Este

⁴⁵ Citado por ACO, Carmen.p.31

principio considera a la persona como sujeto de derechos reconocidos y respetados por el estado.

- b) Incumplimiento de contratos: Los contratos que ofrecen este tipo de servicio tiene como función principal “la reproducción, mediante subrogación o gestación voluntaria ambas condiciones lo realizan la misma persona”⁴⁶. De lo contrario, estaría fuera del comercio al referirse al ámbito de la persona y no al de las cosas al considerar válidos los contratos de maternidad subrogada se aceptaría como objeto a la persona, debido a que son las cosas lo que está en comercialización de un contrato y no la vida humana.
- c) Comercialización ilegal: Los precursores de esta teoría sostienen que el fin reproductivo de la mujer es “*extra commercium*”, por ende, no es considerada en la celebración de un contrato; no obstante, no se considera la disposición del cuerpo ni tampoco la autonomía de la voluntad del individuo.

La gestación subrogada genera varias opiniones. Algunos la critican porque puede tratar al niño como parte de un contrato, lo cual afecta su dignidad. También se teme que se comercialice el cuerpo humano. Pero, otros consideran que, si se regula bien, puede ayudar a mujeres que no pueden tener hijos. Lo importante es proteger los derechos del niño y asegurarse de que todo se haga con respeto y cuidado.

3.2.2.5.Modalidades de la maternidad subrogada

De acuerdo con la aportación de gametos de la maternidad subrogada puede presentar las siguientes modalidades⁴⁷:

⁴⁶ Citado por ACO, Carmen.p.33

⁴⁷ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Verónica Lidia (2015) Maternidad Subrogada. una mirada a su regulación en México. Disponible en

- Subrogación total, pleno o tradicional: En esta modalidad la mujer encargada de llevar el embarazo, es primero inseminada y dona sus óvulos para su fertilización luego de la gestación y el parto del niño recién nacido. Lo usual es que el gameto masculino sea del padre interesado, sin embargo, puede ser el gameto de un donante.
- Subrogación parcial o gestacional: En este caso, se realiza implantación de los gametos en la madre contratada a través de la fertilización in vitro. Aquí, el óvulo puede pertenecer tanto de la madre interesada o de una donante, pero no de la gestante. No obstante, en el caso del padre el espermatozoides puede ser donado o del padre comitente.

Según las finalidades de la gestación subrogada, son las siguientes⁴⁸:

- Subrogación altruista: Se produce cuando la mujer contratada acepta llevar a cabo la maternidad de manera generosa, con la intención de ayudar a una pareja con problemas de concebir un niño.
- Subrogación onerosa: En esta finalidad, la madre gestadora recibe de la pareja comitente un pago económico para llevar el embarazo y entregar al niño tras su nacimiento.

3.2.2.6. Clasificación de las Técnicas de reproducción asistida

En palabras de Hernán Corral Talciani⁴⁹, las Técnicas de Reproducción Asistida pueden englobarse en una serie de prácticas médicas, a pesar de que, el principal problema ha sido el bajo rendimiento de embarazos exitosos. Por ello, se han diseñado procedimientos

<http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-89422015000200007>

[Consulta: 30 de Marzo 2023]

⁴⁸ Citado por MARTÍNEZ, Verónica

⁴⁹ CORRAL TALCIANI, Hernán. (2005). Derecho y Derechos de la familia. Editorial Jurídica Grijley E.I.R.L. Perú. pp.216 – 217.

complementarios con el fin de lograr una mayor eficacia, las que pasamos a mencionar y son:

- a) Procreación artificial homóloga y heteróloga: La diferencia proviene del origen del gameto, que puede presentarse de dos maneras: la primera proporcionada por la pareja interesada en procrear y la segunda, otorgada por un tercero, quien asume el papel de donante.
- b) Maternidad de sustitución o por subrogación: Consiste en la gestación del bebé por cuenta de otra mujer que espera responder la maternidad. La gestante puede ser biológica o donante.
- c) Procreación artificial de mujer sola: Esta técnica es practicada a mujeres solas que no tienen vínculo alguno con un varón determinado. En este caso los gametos masculinos son donados.
- d) Procreación artificial *post mortem*: Consiste en los gametos congelados de un varón fallecido, que son insertados en la pareja, con la finalidad de atribuir la paternidad al difunto. Estos niños son considerados hijos postumísimos concebidos después de la muerte.

Asimismo, en el plano internacional no hay normatividad ni consenso que regule la maternidad subrogada, lo que podría producir inseguridad jurídica para los niños, las gestantes y los padres interesados. No obstante, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, se encuentra desarrollando una estructura para un futuro acuerdo internacional de esta práctica y conceder eficacia a los convenios transfronterizos de maternidad subrogada.

Es posible que, para el presente año 2025, pueda “publicarse y pase a ser ratificado por los países, de esta manera se consideraría todos los aspectos necesarios para que el niño nacido por esta modalidad en un país pueda ser registrado sin complicaciones en el país de residencia de los padres

intencionales⁵⁰”. Más aun, los especialistas en Derecho de Familia, señalan que este acuerdo tiene fines parecidos al de adopción internacional de 1993, que sigue activo y que ha brindado seguridad a las adopciones internacionales en los países que confirmaron el presente acuerdo.

3.2.3. La bioética

El Boletín de la Organización Panamericana de la Salud, refiere que la bioética es “el estudio del comportamiento humano en el área de la biología y al servicio de la salud, de tal forma que la conducta sea valorada en base a los valores y principios morales”⁵¹. En esta definición, el boletín, indica una manera innovadora de ética, donde se enlaza el aspecto biológico y las obligaciones profesionales, dado el tratamiento de la vida, los derechos y los valores, se le ha nombrado como bioderecho.

En tanto, la definición de Potter indica que “es un puente entre la biología y la ética donde su interés se centraba en la relación de la cultura humanística y científica para impulsar el bienestar de la humanidad⁵²”. Para Roberto Llanos Zuluaga, la bioética es el “conjunto de saberes científicos que estudian la transformación de la medicina tecnológica, con el objetivo indispensable de producir beneficios en las intervenciones biomédicas”⁵³. El concepto destaca como la bioética ayuda a analizar los avances médicos desde una perspectiva ética, buscando el beneficio al ser humano. Es decir, no basta con que la tecnología médica avance; también debe usarse de forma responsable y justa para mejorar la vida de las personas.

⁵⁰ ROSAS, Paula (2024). En qué países es legal la gestación subrogada y cuál es la situación en América Latina. Disponible en <<https://www.bbc.com/mundo/noticias-65196202>> [Consulta:17 Octubre 2024]

⁵¹ Citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI. Ob.Cit.p.40.

⁵² SÁDABA, Javier (2004). Principios de Bioética laica. Editorial Gedisa S.A. Barcelona. España.p.34

⁵³ Citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI. Ob.Cit.p.40.

Está sustentada bajo la influencia de la medicina y la biología, buscando interpretar, conservar y dirigir el vínculo entre el hombre, la naturaleza y las técnicas biomédicas”⁵⁴. Esta rama se enfoca en las consecuencias de las prácticas de los bioprofesionales, promoviendo el respeto por la vida, la integridad de las especies y la protección de la humanidad.

Según Fernando Arana y José Ignacio Madero señalan que la ética “abarca en sentido más amplio a los valores y su observación en un mundo actual. El éxito puede depender según el esfuerzo sostenible que se realice para hacer una ética global, esta nueva ética es la bioética, que no debe considerarse como la ética de las profesiones de la salud, sino más bien una ética civil presente en las sociedades, siendo este innovador término una gran manifestación de lo que ofrece”⁵⁵. Ante lo expuesto por los autores, se pudo analizar que la ética no solo trata pautas estándar, sino de valores aplicados a la sociedad. La propuesta es que la bioética es una ética global, y no solo al ámbito médico, que permite enfrentar retos en el tiempo, siendo necesaria para un mundo en constante cambio.

Nelson Molina Ramírez nos dice que, “al ser una práctica multidisciplinaria, la ética tiene como objetivo esclarecer los problemas bioéticos en sociedades individualistas, pluralistas, multiculturales y afines”⁵⁶. Ahora bien, se encarga de investigar y reflexionar problemas éticos causados por la ciencia y procura perfeccionar principios, procedimientos y métodos que ayudan a traducir, descifrar problemas, advertir en la toma de decisiones; formular consensos, la diversidad de

⁵⁴ *Ibíd*em, p.41.

⁵⁵ ARANA, Fernando & MADERO, José Ignacio (2001). ¿Qué es la Bioética? Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología. Bogotá Colombia.p.3. Disponible en <<https://www.redalyc.org/pdf/1952/195218277004.pdf>> [Consulta: 19 Octubre 2022]

⁵⁶ MOLINA RAMÍREZ, Nelson (2013). La bioética: sus principios y propósitos, para un mundo tecnocientífico, multicultural y diverso. Revista Colombiana de Bioética. Bogotá Colombia. Disponible en <<https://www.redalyc.org/pdf/1892/189230852003.pdf>> [Consulta: 19 Octubre 2022]

opiniones y lo más importante, se preocupa por el ser humano y sus derechos fundamentales como la dignidad, la libertad, la independencia y en especial la vida.

Pongamos, por ejemplo, el aborto que fue tratado en el Comité Polaco de ministros, quienes se pronunciaron sobre varios puntos alusivos al tema entre ellos el derecho a la libertad, a la información y en especial el derecho a la vida que se encuentra reconocida en el artículo 2 válido también para el feto en el vientre de la mujer. Más aun, es aceptado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como las condiciones del acceso al aborto deben ser legalmente permitido. Por otro lado, el caso Glass de Reino Unido, un joven desahuciado que sobrevivía con la ayuda de una respiradora artificial, a tal grado que los médicos recomiendan una orden de no reanimación y suministrar morfina”. En este caso, los demandantes del paciente denuncian que ese comportamiento médico fue practicado a sus espaldas, lo que supone la violación del artículo 8 de la Convención Europea otorgándoles la razón a la familia. Asimismo, la Corte consideró que, si la conducta de los médicos proseguía un fin legítimo, y que en ningún caso los médicos habían precipitado el deceso del joven, la decisión de pasar por alto y no considerar una autorización de un tribunal, fue una de las objeciones de la madre al ampararse al artículo afirmando una violación a la norma.

Finalmente, en el caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica, la Corte considera se trata de “una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada en especial el formar una familia con la práctica de las TERAS”⁵⁷. De esa manera, se está ante la voluntad de las parejas de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer el derecho de autonomía reproductiva que está reconocida en el artículo 16 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que menciona la vulneración de este derecho cuando existe

⁵⁷ C RAMOS CURRI, Manuel (2016). Caso Artavia Murillo vs Costa Rica. Disponible en < <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36839.pdf> > [Consulta: 24 Setiembre 2023]

un impedimento al ejercicio de la reproducción humana. Por lo tanto, el derecho a la salud reproductiva implica el uso y acceso de tecnologías médicas para potenciar la fecundidad.

3.2.3.1. Niveles de la bioética

Los diversos principios y orientaciones éticas pueden ser aplicadas a la variada gama de niveles, posiciones que pueden o no ser defendidas con ética. Muchos profesionales de la salud que consideran adoptar un comportamiento ético son sorprendidos al afrontar observaciones negativas por los críticos que evalúan a partir de un aspecto analítico diferente al que ellos conocían. Por ejemplo, la actuación idónea y responsable de un médico al tratar convenientemente a su paciente, como el caso de practicar una esterilización a una mujer que da a luz a un bebé no planificado sin haber solicitado una autorización puede ser condenado drásticamente por proceder de forma paternalista. En ese sentido, un médico con creencias religiosas que comunique a los padres de una adolescente al señalar que su hija tiene una vida inmoral porque requirió información de asistencia anticonceptiva, puede ser sancionado por violar la confidencialidad de la paciente. De esta manera, los profesionales deben elegir un nivel ético que fundamente su conducta con el desempeño de la profesión explicar el por qué no consideran los otros niveles de análisis ético y en reconocer que la conducta que sancionan aun nivel puede explicarse éticamente. A continuación, “los autores Cook, Dickens y Fathalla nos presentan cuatro niveles de análisis ético”⁵⁸.

a) Nivel microético

Aplica criterios éticos a la forma como un individuo trata a otra se relaciona según sus deberes éticos. Un caso, son los profesionales de salud que están obligados a respetar las decisiones informadas de sus pacientes si desean o no recibir tratamiento recomendado. De la misma

⁵⁸ Citado por COOK, Rebecca; M.DICKENS, Bernard y FATHALLA, Mahmoud p.108

forma, los pacientes deben respetar el derecho del personal médico, en caso de querer realizarse un tratamiento contraproducente o tenga una gestión de conciencia, siendo así los profesionales de la salud deberían respetar la decisión y enviarlo a otro médico, a pedido del paciente.

El personal médico actúa de manera contraria a la ética cuando omite revelar información sobre otro tipo de tratamiento accesible pero costoso o escaso que ayudaría a los intereses de salud del paciente sobre la base que beneficiaría aún más a otro paciente, es opuesta a la ética. Por otro lado, si el profesional que brinde el servicio de salud decide dar preferencia a un segundo paciente subordinando los intereses del primero, estaría en falta a la responsabilidad microética, por ende, los sistemas de salud exigen a los médicos laboren en base a principios y valores como vigilantes o sean los que asignen los recursos públicos, así como otro tipo de tratamientos médicos a los pacientes.

b) Nivel macroético

Es aplicado el trato colectivo, que se otorga a un grupo de personas, como las comunidades sus integrantes o no integrantes y a los individuos. La bioética ha tenido un desarrollo lento quizás porque en Estados Unidos no se ha elaborado un derecho homogéneo para todos los estados al recibir atención médica requerida. No obstante, hay varios países que presentan modificaciones en su Sistema de Salud con el fin de lograr que todos sus ciudadanos logren un acceso a los servicios médicos tanto para lograr que las comunidades de recursos bajos y los de recursos altos, los pobladores de zonas urbanas, rurales y subrurales gocen de este servicio.

Asimismo, varios servicios de salud como la prevención y el tratamiento de enfermedades contagiosas como las enfermedades sexuales, infecciones por VIH y la tuberculosis, evidencian una

responsabilidad macroética para conseguir y conservar un país saludable.

Los servicios de ingeniería de salud pública tales como el alcantarillado, servicio de agua, saneamiento y demás, son una contestación a los intereses macroéticos sobre el grado de calidad en el servicio médico que disfruta la población. A su vez, el proporcionar información sobre planificación familiar permite en especial a las comunidades rurales no tengan más hijos de los que desean. En ese sentido, la aplicación del principio de justicia de forma ética es ejecutado a nivel macroético o social, por ejemplo, cuando las partes llegan a un acuerdo para solucionar un problema consideran que los términos son adecuados, sin embargo, esto se podría confirmar si son comparados con términos de otros conflictos similares.

Motivo por el cual, es necesario que la justicia tenga acceso a sentencias parecidas que permitan explicar las razones por las cuales se consideran que otros casos son diferentes o similares, y en varios sistemas legales la importancia de considerar los precedentes que garanticen que los hechos homogéneos sean explicados con las mismas leyes.

c) Nivel mesoético

Este nivel se encuentra ubicado entre el nivel microético y el macroético. La mesoética lo podemos ver en los administradores y gerentes de instituciones gubernamentales, institucionales y de sectores privados en el manejo de sus recursos debido a que orientan estas asignaciones estableciendo prioridades en las necesidades que compiten entre sí.

Los principios tales como beneficencia y justicia son tomados en consideración por este análisis ético, para ilustrar mencionamos el

presupuesto de salud, aunque limitado es requerido por los servicios geriátricos, pediátricos y otras especialidades. Las autoridades encargadas de asignar recursos a las instituciones de menor a mayor rango, tienen como deber también asumir las decisiones adoptadas desde una perspectiva mesoética.

Las asignaciones de recursos van desde los servicios básicos preventivos hasta los terapéuticos, siendo el caso de las campañas de vacunación contra enfermedades infantiles y de sales de rehidratación oral (terapia económica y efectiva para niños deshidratados y que se encuentran en riesgo de muerte prevenible), o el trasplante de órganos, tratamientos de fertilización reproductiva y demás intervenciones que demanden capacidad científica esto permite que los pacientes puedan mejorar y prolongar sus vidas a través de servicios baratos o hasta costosos.

Los académicos de la bioética se centran en problemas mesoéticos, en especial cuando se trata de asignación de recursos. Para graficar esta idea, cuando se realiza comparaciones como los recursos escasos destinados para la atención de niños o adolescentes, en países económicamente estables, a diferencia de los elevados recursos destinados a los pacientes mayores que padecen distintos males de salud propio de la edad.

Considerando esos aspectos los estudiosos han trabajado en una ética de equidad intergeneracional. La idea es lograr una mejor asignación de recursos que consiga enmendar o mitigar los malestares de los jóvenes para que cuando alcancen la tercera edad se encuentren en una condición aceptable. De esta manera, favorece la atención masiva de los jóvenes frente a tratamientos costosos de los ancianos, proyectando una disposición ética utilitarista que permite mayor beneficio al mayor número de pacientes.

d) Nivel megaético

El análisis realizado en el nivel megaético trasciende los problemas nacionales de salud, por ejemplo, los efectos que deterioran el medio ambiente y la contaminación en la salud humana, particularmente un caso médico bioético más vinculado a la salud mundial es la pandemia del VIH/sida. Además del impacto ecológico que, con el crecimiento desmesurado de la población, la misma que agrava la contaminación, crea pobreza y promueve la multiplicación de ciudades insalubres con un exceso de población característicos de países pobres.

En ese aspecto, existen preocupaciones éticas que trascienden las consideraciones de la biología humana. A menudo, las políticas pueden justificarse a más de un nivel de análisis, como proveer servicios de planificación familiar, que se excusa a nivel microético como macroético. Más aún, las inconsistencias o contradicciones presentes en las políticas pueden ser resueltas al recurrir a los niveles de análisis. Un caso son las feministas que se oponen a las leyes abortivas restrictivas, normas que sancionan la revelación del sexo del feto para evitar abortos basados en el sexo.

El miedo principal es que las gestantes por decisión u obligación concluyan el embarazo de fetos femeninos, fortaleciendo la marginación de género y fomentando el desprecio hacia las mujeres. Los analistas observan la paradoja de respetar los derechos de las mujeres en un embarazo a término por razones menores, y al mismo tiempo restringir el derecho de querer gestar porque consideran importante para sus vidas y la de sus familias.

En ese sentido, vale la pena mencionar el caso de la mujer que ha concebido hijas y anhela tener otro embarazo, pero en otro momento de su vida, para tener esta vez un niño. Muchos Defensores de estas

políticas alegan que la elección de abortar es una decisión eminentemente microética, es decir entre la mujer y el médico. En contraposición, la decisión de prohibir abortos basados en el sexo del bebé es considerada una decisión macroética que debe ser tomada a nivel de país, porque atenta el estatus social de la mujer.

Aparte, tiene un significado megaético, puesto que refuerza a la mujer en todas las sociedades del mundo, y se condena el aborto basado en el sexo del feto reflejado en los documentos internacionales de Derechos Humanos.

Conforme al desarrollo de los niveles de la bioética, cada uno de ellos analiza la ética desde un enfoque distinto, desde las decisiones individuales (micro), pasando por las instituciones (meso), las políticas sociales (macro), hasta los problemas globales que afectan a todos (mega). La bioética busca que en todos estos niveles se actúe con responsabilidad; por lo cual es importante que cada decisión, ya sea personal o colectiva, tenga en cuenta el bienestar de los demás logrando una sociedad más solidaria y consciente de sus actos.

3.2.3.2. Funciones y utilidad en la bioética

Miguel Sánchez González señala que, la bioética “permite aportar al desarrollo de la ética cívica que necesita todas las sociedades, integrados por ciudadanos capaces de razonar y reflexionar de manera independiente en la toma de decisiones”⁵⁹.

Por su parte, la bioética tiene en consideración la participación pública, al realizar la invitación a todas las instituciones y grupos sociales, a través, del empleo de la deliberación. En ese marco, se permite sobrellevar el paternalismo y la imposición de un comportamiento dañino; sin embargo, la bioética no puede deliberar parcialmente lo que es correcto o no. De esa

⁵⁹ Ibidem, p.157 - 158

forma, los bioeticistas son los encargados de dialogar con los afectados, con el fin de obtener una alternativa de solución al problema.

El autor español indica las funciones de los bioeticistas, siendo las siguientes:

- Unir los puntos de vista de los implicados.
- Fomentar el respeto y la comprensión para facilitar el diálogo.
- Cumplir el rol de referente para esclarecer situaciones confusas.
- Brindar métodos de análisis basados en la argumentación y el diálogo.

La bioética es, hoy en día, una ética razonable que concilia los valores y los intereses de los individuos. A pesar de, no ser un remedio a los problemas médicos, permite aliviar los malestares dentro de lo posible. Por ello es importante lograr una ética inteligente que facilite resolver problemas de manera eficaz y realista, así como una ética dialogada con responsabilidad que valore y aplique los principios en cada caso, asimismo evalúe las consecuencias y promueve el trabajo en equipo mediante los comités y comisiones. De igual forma, la bioética participa procurando proteger a los pacientes y en lograr una sostenibilidad global.

3.2.3.3. Principios de la bioética

Según Manuel Atienza⁶⁰, nos propone los siguientes principios éticos:

- Principio de Autonomía: Capacidad de decidir sobre aquello que atente la vida y la salud.
- Principio de Dignidad: Refiere a ser tratado con dignidad.
- Principio de Universalidad: Refiere a la igualdad de ser tratado.
- Principio de Información: Refiere al derecho de saber el estado de salud y la vida.

⁶⁰ ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel (2010). Bioética, Derecho y Argumentación. Editorial Temis S.A. p.86- 88

Atienza a su vez adiciona una serie de principios secundarios, que complementan de ser el caso en situaciones excepcionales, siendo las subsiguientes:

- Principio de Paternalismo: Es lícito tomar una decisión que afecte a la salud, en caso si el paciente se encontrara en estado de incompetencia, o puede presumirse consentiría la ejecución del consentimiento.
- Principio de Utilitarismo: Es lícito tomar una acción que no necesariamente beneficia a una persona, se aplica en casos cuando se produce un beneficio para otros, o se cuenta con la aprobación del afectado.
- Principio de Diferencia: Es lícito tratar a una persona de manera distinta si es una circunstancia universable y beneficia a otros, o si es consentido o se promueve.
- Principio de Secreto: Es lícito ocultar información que afecta la salud y vida del paciente, en casos que respete su personalidad o realizar una investigación consentida.

El autor manifiesta que la esencia principal de los principios, es que permita elaborar reglas que establezcan parámetros para determinadas situaciones donde un principio prime sobre el otro, o que ciertos casos concuerden con un principio en específico.

3.2.3.4. La relación entre la ética, bioética respecto al derecho

Con relación a la ética y el derecho, son sistemas distintos de ejecutar normas que interactúan entre sí permanentemente. En el caso del derecho, expone lo que se debe o no hacer, pero podría hacerse. De igual manera, “la ética señala que se debe o no hacer y lo que se permite a pesar de no ser

obligatorio”⁶¹. Todavía más la ley realiza una moderación legítima, que lo hace opcional; entonces, el realizar o no un acto son elecciones legales, puesto que la ley no orienta la decisión, de esta forma se debe contar como base las consideraciones éticas para hacer una elección.

Por lo tanto, si una adolescente psicológicamente madura y sexualmente activa busca a espaldas de sus padres anticonceptivos, el médico puede aceptarla como paciente y reservar su identidad, basándose en la doctrina legal del menor maduro, el profesional puede rechazarla como también atenderla siempre y cuando los padres estén informados donde el hecho de aceptar o rechazar es un tema inminentemente ético.

Otro aspecto es el juicio ético, donde puede haber evidencia o encierro a una adolescente por su familia, por el hecho de tener actividad sexual por elección, o que sea víctima de explotación sexual por mafias del cual no pueda defenderse, pero de quiénes sus familiares pueden protegerla. Por el contrario, de no haber abuso hacia la adolescente sería contrario a la ética e ilegal que el médico aproveche la información recibida por la paciente y lo transmita a sus padres o a otras personas ajenas al adolescente.

Es importante resaltar los deberes legales y éticos concurrentes de respetar la reserva de los médicos contratados por instituciones educativas al ejercer su trabajo. En ocasiones, la ética y el derecho pueden coincidir o entrecruzarse, y en otras se contradicen o entran en conflicto entre sí. Realizar una elección legal no siempre será ético; es decir ejercer o no una facultad legal es un tema ético. Por ejemplo, un Centro de Salud con los recursos que presenta ofrece servicios gratuitos a los ciudadanos del lugar puede tener la potestad de negarse a prestarle servicios a un inmigrante; sin embargo, desde un punto de vista ético se debería atender a ese migrante como un ciudadano nacional. En ese sentido, puede que una decisión de conducta ética no es aceptada por la ley, porque la ley impide ejercer una

⁶¹ Citado por COOK, Rebecca; M.DICKENS, Bernard y FATHALLA, Mahmoud p.43

acción ética, así como a veces, los profesionales de la salud se arriesgan a enfrentar responsabilidad legal por facilitar anticonceptivos cuando hay leyes opuestas a la ética.

De otra manera, la ley aplica el principio de que las personas sean tratadas según le dicte la conciencia entre las opciones legales y no debe restringirse por las decisiones de los médicos quienes brindan atención. Los profesionales no pueden ser presionados por la ley en adelantar procedimientos si tienen objeciones, no obstante, el médico no puede prohibir las decisiones éticas de los pacientes a los que él aprueba desde una perspectiva ética. Aparentemente, la ley pudiera tener una influencia más poderosa sobre la ética porque su mandato es expresado por mayor autoridad y son asequibles para los jueces y el cuerpo legislativo, estando contenidas en los diferentes informes de la prensa las disposiciones judiciales y leyes aprobadas, siendo llevadas a cabo por tribunales, abogados y efectivos policiales y es más fácil aplicarlos a través de procedimientos judiciales y políticos.

En oposición a esas líneas, la ley carece de capacidad ética e ignora la opción ética y en consecuencia genera acciones antiéticas desacreditadas. Por lo que, son leyes de menor capacidad que permitirá distinguir las conductas incorrectas de las correctas. De esa forma, los magistrados cuando interpretan las normas toman en consideración los valores éticos y rechazan conductas opuestas a la ética. Si una decisión fue una mala elección ética hasta el punto de ser inadmisibles, pongamos el caso del médico que decide dejar morir a una mujer a quien se le realizó una mala práctica abortiva en un consultor ilegal ocasionándole una infección generalizada o lesión grave, el error ético puede ser prohibido por ley.

La norma puede pedirles a los profesionales de la salud terminen la práctica abortiva, sean involuntaria o inducida. Asimismo, un paciente enfermo y en peligro de muerte tiene derecho a recibir atención médica, por

parte de un médico y este de atenderlo, de lo contrario podría enfrentar casos legales y una acusación penal por homicidio o por conducta indolente que causa lesión grave o hasta la muerte.

La posibilidad de enfrentar procedimientos disciplinarios por falta a la ética profesional impuesto por colegios y asociaciones profesionales, pueden ser menos impositiva que el derecho y más formadora para los profesionales sanitarios de la salud. Entre las sanciones disciplinarias se encuentran la suspensión o retención de la licencia para ejercer la profesión como también que el sancionado acuda a un curso sobre ética profesional. No obstante, los encargados de juzgar la conducta ética de un profesional, no son juristas sino otros profesionales a través de esta herramienta, la ley puede autorregular a los profesionales e implantar estándares éticos, los cuales están subyugados a las leyes, en caso no se cumplan o sean impropias.

El profesor mexicano José Morales González, manifiesta que “el ejercicio de los profesionales de la salud en el campo médico gira en función de un régimen jurídico, debido a que, el organismo de cada ser humano es diferente de otro, por ende, la medicina resulta ser una ciencia inexacta”⁶². Este concepto nos recuerda que la medicina es inexacta, porque cada cuerpo humano es distinto. Por eso, el personal médico debe actuar con criterio y bajo normas legales, para proteger a los pacientes y a ellos mismos donde la ética y el derecho ayudan a manejar esta incertidumbre de forma responsable.

Por ello, la normas morales, bioéticas y deontológicas están estrechamente relacionadas con el derecho, porque permiten regular la conducta del profesional de la salud, así como sus obligaciones por

⁶² MORALES GONZÁLEZ, José Antonio; NAVA CHAPA, Graciela; ESQUIVEL SOTO Jaime y otros (2011). Revista de la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo. Principios de ética, bioética y conocimiento del hombre. Hidalgo. México. Primera edición, 2011. pp. 93-94

intermedio de un tercero que ejerce un derecho subjetivo, basándose en reglas que rescatan los principios científicos y éticos.

En la actualidad, existen teorías que presentan una base jurídica, filosófica y de los principios de la teoría general del derecho, donde se resalta a la necesidad de crear los criterios éticos de valoración en el comportamiento para que sean aceptados y considerados al derecho con la finalidad de regular la conducta médica como por ejemplo la ley general de salud que regula, protege la salud y brinda asistencia médica para la recuperación de la salud de las personas.

3.2.4. Estado y territorio

Antiguamente, los germanos señalaron que cuando la tierra era plana, se ejercía el estado como estructura nación y social, que constituía en ese espacio el estado que puede acrecentar el poder como expresión de su voluntad. En ese sentido, es la tierra a quien cataloga territorio, espacio donde se producirán las relaciones interpersonales entre los habitantes de un estado con el fin de llevar a cabo fines públicos.

La importancia del territorio cuando se refiere al estado, es una idea tratada en la modernidad, así lo afirma Jellinek quien alega que “la doctrina antigua del estado concebía a un grupo determinado de personas cuya pertenencia no correspondía a su residencia”⁶³. Desde entonces y en tiempos remotos, ya se mencionaba las definiciones de estado que hablaban de territorio, y que con el pasar del tiempo fue reemplazada por definiciones más inclusivas, que consideran el vínculo territorial y la voluntad de pertenecer a una comunidad política.

Para Ferreri, el estado es fruto de la sociedad y el poder, esto indica que el poder se organiza de forma institucional para que la sociedad pueda

⁶³ EL REGISTRO DE ESTADO CIVIL (2007). La institución jurídica del registro de nacimiento. Editorial Avandit. p.195

funcionar según la voluntad de sus miembros. El territorio del Estado tiene ciertas características: por un lado, forma parte del Estado, ya que las personas que viven de manera continua en ese lugar son miembros del mismo. Como resultado, el Estado se vuelve sedentario, es decir, está ligado a un lugar fijo, lo cual se debe a las relaciones sociales que realmente existen entre las personas.

Entonces, cuando hablamos de una persona como miembro de un Estado, se debe entender que tiene un vínculo con un territorio específico donde vive. La Corte Constitucional Colombiana describe a la nacionalidad “como el vínculo legal, o político, que conecta al individuo con el estado”⁶⁴. Asimismo, es descrita como un mecanismo jurídico que permite el ejercicio de derechos; de forma similar la Corte de Derechos Humanos ha señalado que “la nacionalidad es la forma legal de mostrar la relación entre una persona y un Estado”. Bajo esas afirmaciones, la nacionalidad es un lazo que une a la persona con su país, le da derechos y la hace parte de una comunidad.

Del mismo modo, la Constitución Política Colombiana lo considera como un nexo con el estado, donde la nacionalidad es un derecho humano y fundamental, que está consagrado en diversos organismos internacionales en específico reconoce a los menores de edad por organismos nacionales e internacionales. Así mismo, el estado también tiene la obligación de tomar medidas para prevenir posibles amenazas contra los derechos protegidos a nivel internacional. Esto significa que, si hay una situación de riesgo, el estado debe actuar de forma justa y proporcional al daño que pueda sufrir la persona además, esas medidas deben adaptarse a la situación específica de quien necesita protección.

⁶⁴ SENTENCIA emitida por la Corte Constitucional República de Colombia, recaída en el Exp. N° 155/21

3.2.4.1. El derecho a la nacionalidad

Luego de tratar el primer aspecto de este punto, ahora podemos pasar a desarrollar el concepto de nacionalidad para ello, es vital iniciar con el significado del término nacionalidad. El diccionario de la Lengua española lo deriva del latín *natioonis*, que es la cualidad jurídica que señala a “la persona como integrante de una población correspondiente al estado”⁶⁵.

Así pues, constituye el nexo legal que relaciona a un individuo con el estado, es un carácter y estado único de los pueblos y ciudadanos de una nación. Desde las primeras etapas de una organización y convivencia social, el ser humano tuvo el apego de fortalecer su vínculo con el territorio que le viera nacer. Se dice que “tuvo un evidente tono religioso; así cuando las tribus, comunidades y familias coincidieron en adoptar una costumbre en común, de esta manera fundan la urbe para crear templos donde realizan ofrendas religiosas”⁶⁶, de esa manera, se afirma que la fundación de la urbe era una especie de rituales religiosos, ya que las comunidades se unían por creencias para construir santuarios, lo que convertía la creación de la urbe en un factor clave en la organización social.

En relación a este aspecto, urbe y ciudad no eran sinónimos en el mundo antiguo: el primer término referido al lugar del templo de una ciudad, mientras que el segundo término era el área donde se formaba la agrupación religiosa de familias. A raíz de esa asociación, nace el “nacional”, quien participaba en los cultos de la ciudad y se otorgaba a su vez derechos existentes, de modo que si abandonaba el culto perdía ipso facto el disfrute de dichos derechos.

Isabel Kluger, en su investigación sobre “nacionalidad en la Ley suprema de 1979” define la palabra nacional desde una óptica histórica,

⁶⁵ ETO CRUZ, Gerardo (2018). El amparo: Los derechos fundamentales y otros conceptos claves en el progreso de amparo. Lima-Perú. Editorial Búho E.I.R.L.p.54

⁶⁶ Citado por GARCÍA TOMA, Víctor.Ob.Cit.p.83

como el individuo que persigue la religión de la ciudad; al adorar a las mismas deidades. No empero, para los extranjeros que no tenían acceso al culto, en efecto, no contaban con la protección de los dioses. Entonces, en lenguaje legal, la nacionalidad expone la condición de nacional asignada a un individuo debido a su asociación con la nación legalmente estructurada a la que corresponde.

Henri Batiffol lo define como la “pertenencia jurídica del individuo a una masa de personas integrantes de un estado.” El jurista francés Lerebours Pigeoniére, lo refiere como “la condición en razón del vínculo legal y político que relaciona al pueblo interno constitutivo con los habitantes”⁶⁷. Como alega Eduardo Jiménez de Arechaga, se trata de “una relación jurídica entre el estado y la persona, el cual se caracteriza al haber deberes y derechos mutuos”. Asimismo, Klisberg López Martínez la define como “vínculo entre nación legalmente organizada y el ciudadano”.

Sin embargo, otros juristas señalan que la nacionalidad tiene “una definición aún más compleja referida no solo a personas físicas o jurídicas, sino también a las cosas tales como vehículos, productos, naves, medios de transporte, etc., con la intención de sujeción a un estado”⁶⁸. En esa misma esencia, para el Registro de Estado Civil la nacionalidad “es un vínculo jurídico y político que liga una persona con un estado, refiriéndose a la relación de la persona natural con el espacio donde se organiza la sociedad”⁶⁹. De igual forma, Elena Rodríguez Pineau define a la nacionalidad como los “elementos jurídicos que configuran de manera

⁶⁷ CENTRO DE INFORMACIÓN JURÍDICA EN LÍNEA – Convenio Colegio de Abogados Universidad de Costa Rica (2008). La nacionalidad en el derecho internacional privado. Disponible en <<https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php?q=MTU4MQ==>> [Consulta: 04 de Mayo 2023] p.3

⁶⁸ ALBERTO FRANZETTI, Carlos (2016). La Nacionalidad de las Sociedades. Disponible en <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/lecciones-ensayos/article/view/12780/11450>> [Consulta: 04 de Mayo 2023] p.119

⁶⁹ El Registro de Estado Civil (2007). La institución jurídica del registro de nacimiento gerencia de asesoría jurídica. Perú. Editora AVANFIT.p.30

directa a la identidad de las personas, al establecer la relación de pertenencia del individuo a un estado y también la situación de la persona frente a los demás estados”⁷⁰.

La autora también alega que la nacionalidad es una condición que permite acceder a los derechos constitucionales, “se dice que no sólo es una concesión que otorga el estado a sus ciudadanos, sino que es un derecho fundamental, que acarrea una serie de beneficios a favor de los residentes”⁷¹

Para comprender la importancia de este derecho, nos remontamos aun hecho suscitado en Perú hace más de veinte años, “el presidente de una casa televisa Baruch Ivcher un ciudadano israelí que adquirió la nacionalidad por naturalización en la década de los ochenta”⁷², fue amenazado e intimidado por la policía en el gobierno de Alberto Fujimori. Esto a raíz de una serie de notas periodísticas que denunciaban corrupción, tortura y abusos realizados por Servicio de Inteligencia, como consecuencia el gobierno dictó una resolución directorial que le retiraba la nacionalidad peruana al señor Ivcher, debido que, para ser dueño de la empresa televisiva debe ser peruano y al retirarle la nacionalidad también pierde sus derechos como propietario.

Para ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que la privación de la nacionalidad fue el medio para limitar varios derechos entre ellos la libertad de expresión e inclusive el derecho a ser informados. De esta forma, la corte ordenó al gobierno facilitarle los trámites para gozar

⁷⁰ RODRÍGUEZ PINEAU, Elena (2013). Identidad y nacionalidad. Madrid. España.p.208. Disponible en <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32974.pdf>> [Consulta: 23 Octubre 2022]

⁷¹ Ibidem, p.209.

⁷² COLUMBIA UNIVERSITY (2024). Caso: Ivcher vs Perú. Disponible en <<https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/ivcher-bronstein-v-peru/?lang=es>> [Consulta: 08 Mayo 2024]

nuevamente de sus derechos y un pago de miles de dólares de indemnización.

En ese sentido, la nacionalidad “es un derecho no sólo reconocido por las constituciones de 1979 y 1993, sino también es distinguido por organismos internacionales que protegen también a menores como la Convención sobre los Derechos del Niño y el Código del Niño y el Adolescente”⁷³, que concuerdan con la importancia del derecho a la identidad de los menores, y eso incluye también el derecho a un nombre y a una nacionalidad.

Según la ONG internacional Humanium, “el niño tiene derecho a sus prenombrados y apellidos, para ellos los padres tienen la obligación de proporcionar sus datos personales para que la criatura sea legalmente reconocido por el estado”⁷⁴. Al ser inscrito en el Registro Civil, el menor adquiere la capacidad jurídica y por ende la nacionalidad, esto permite que sea reconocido por la comunidad y con ello una serie de deberes y derechos. Posterior al registro, el menor podrá disfrutar de todos los servicios necesarios para realizar y forjar una vida como cualquier ciudadano perteneciente a un país.

Por consiguiente, la inscripción le brinda una protección legal, al ser favorecido por sus padres y por el estado, de acuerdo al régimen de protección de menores se encargará de protegerlos antes situaciones de violencia o maltrato físico o psicológico. Una de las características principales, en caso no se realizará la inscripción del niño, se encuentra en carecer de nacionalidad lo que lo hace un apátrida, es decir, no tendría una identidad y una nacionalidad, haciéndolo imperceptible ante la sociedad.

⁷³ Citado por RODRÍGUEZ PINEAU, Elena Ob. Cit.p.31

⁷⁴ONG internacional Humanium (2022). Derecho a una identidad. Disponible en <<https://www.humanium.org/es/derecho-identidad/>> [Consulta: 25 Octubre 2022]

3.2.4.2. Teoría de la nacionalidad

Los autores “María Delgado Menéndez y César Delgado Barreto se planteaban dos ideas de nacionalidad”⁷⁵ . La primera, citando a Maurice Hauriou explicaba ser el producto de una población que ha habitado constantemente sobre un territorio generando una mentalidad; y un derecho; y la segunda indica la pertenencia de una persona aun determinado estado, que presenta efectos tanto en el derecho internacional público como en el privado. Un aspecto a recalcar es la igualdad de derechos civiles de los nacionales al igual que los extranjeros, aunque con ciertas restricciones; en tanto, en el ámbito penal no hay distinción alguna.

Ahora, con relación a la nacionalidad de hecho y de derecho, desde el siglo XIX se enfatizó la noción de una nación para cada territorio que no siempre es viable, como muestra el Perú que fue reconocido como un país plurinacional por la norma suprema en su artículo 2, inciso 19 de la ley.

Por otro lado, el nexo jurídico de nacionalidad de todo ser humano debe ser el contar con una procedencia que sea admitida en la constitución; a diferencia de lo planteado por otros autores quienes señalan que las cosas no tienen nacionalidad, ya que pueden traspasar fronteras sin requerir documentación a diferencia de un individuo.

3.2.4.3. La nacionalidad en el derecho interno y el derecho internacional

En este punto, podemos decir que la nacionalidad es en esencia “una institución propia del derecho interno, sin embargo, la pérdida o adquisición produce una forma de efectos en el derecho internacional”⁷⁶. Por ello, es importante señalar una precisión en la reglamentación jurídica a la que

⁷⁵ DELGADO BARRETO, César & DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta (2017). El Derecho Internacional Privado. Fondo editorial Universidad Católica del Perú. Lima. p.33

⁷⁶ ABUGATTÁS Gattás (2020). La modificación constitucional del derecho a la nacionalidad peruana. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú - Derecho no.84 Lima. Disponible en <modificación constitucional del derecho a la nacionalidad peruana (scielo.org.pe) >[Consulta: 04 de Mayo 2023]

pertenece, ya que evita confusiones, protegen los derechos de los ciudadanos y aseguran que todos conozcan cuáles son sus deberes y responsabilidades de manera clara y bien definida.

Asimismo, la jurisprudencia y la doctrina concuerdan en alegar que cada estado tiene la facultad de crear su propio ordenamiento jurídico para reglamentar y otorgar la nacionalidad a una persona. En ese sentido, la Corte de Justicia Internacional a través de un dictamen alegó que en el estado del Derecho internacional de nacionalidad implica en inicio la esfera de la competencia particular del estado. Bajo esa idea, la Corte Internacional de Justicia en el caso *Nottebohm* se dictaminó que “cada nación tiene la capacidad de determinar normatividad jurídica interno, así también la adquisición u otorgamiento de la nacionalidad, esto se encuentra sobrentendido en la idea de nacionalidad que pertenece la competencia interna del estado”.

No empero, si bien es cierto que un estado puede crear su propia reglamentación para adquirir o el otorgar nacionalidad no es definitiva, puesto que tiene límites establecidos por el derecho internacional. Dichos límites se deben a las relaciones y posibles problemas entre las normas internas y las normas internacionales que son vinculados en temas de nacionalidad; así también, los vínculos y conflictos entre normas de nacionalidad de dos o más países que desean aplicar sobre un mismo individuo, y finalmente el reconocer la nacionalidad como un derecho físico que a su vez está sujeto a otros derechos.

De esa manera, los límites creados por el derecho internacional, respecto a la libre capacidad del estado al querer establecer reglas sobre nacionalidad en sus normas jurídicas internas. Como muestra de estos límites; encontramos la prohibición de intervenir en asuntos particulares de otro país, prohibir el despojo de nacionalidad; el derecho de existir, proteger y presentar de un estado, así como evitar la discriminación de nacionalidad.

Por añadidura, la Convención de la Haya de 1930 sobre los conflictos entre las normas de leyes de nacionalidad reconoce a cada estado la capacidad de establecer normas sobre adquisición o el otorgamiento de nacionalidad. Por su parte, la Corte de Justicia señala la facultad del estado para realizar la determinación de nacionalidad, pero con restricciones que parten de los deberes que tengan frente a otros estados.

Tras el segundo conflicto mundial armado que marcó la historia de la humanidad, motivó que la nacionalidad fuera reconocida y plasmada en una gama de instrumentos jurídicos internacionales como un derecho humano y establecer además límites en los estados. De esa forma, se reconoce el derecho a la nacionalidad como también a conservarlo, además existe tratados que procuran reducir situaciones de personas apátridas y así proteger a aquellos que no tienen una nacionalidad. El derecho de la nacionalidad requiere entender que es un derecho relacionado a la aplicación de una serie de derechos, de acuerdo con el dictamen de la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien aceptó que la nacionalidad son los cimientos de la capacidad civil y política del ser humano.

De tal manera, además de la regulación que realiza cada estado en materia de nacionalidad, el derecho internacional impone límites a los gobiernos y con ello exigencias de protección a los Derechos Humanos. No obstante, más allá de los límites la regla general es considerar la normatividad jurídica de cada nación que establece de manera autónoma las maneras de adquirir una nacionalidad.

Es de añadirse que se aplicará a la nacionalidad de acuerdo a criterios, tal es el caso de la filiación (*ius sanguinis*) o el lugar de nacimiento (*ius soli*) o, más aun la combinación de ambos. Por consiguiente, todos los estados tienen libertad para establecer sus propias reglas de nacionalidad donde las forman más conocidas para adquirir son el parentesco (vía sanguíneo) o por adopción; por el lugar de nacimiento y por naturalización

en especial al arraigo dicha clasificación puede variar en cada país según su reglamento.

En definitiva, las diversas modalidades de adquirir la nacionalidad constituyen el nexo jurídico entre el estado y la persona, a su vez la nacionalidad se encuentra conectado a otros derechos. Por ello, los derechos y obligaciones que el estado otorga a sus ciudadanos son relativo en base a la forma de adquisición de cierta nacionalidad; por ejemplo en el Perú es indispensable ser peruano de nacimiento para asumir algún cargo público, tal es el caso, de congresista o presidente mientras que los peruanos por opción o naturalización no tienen oportunidad de ocupar esos cargos.

Por último, el marco interno de los estados permite hacer una distinción entre ciudadanos nacionales y extranjeros, esto genera lograr una diferenciación en el tratamiento jurídico dentro del territorio de un estado. En el derecho internacional, la nacionalidad relaciona una persona con un determinado estado específico, sin importar el aspecto geográfico esto permite al estado aplicar sus facultades sobre el individuo, inclusive las facultades del estado pueden recaer sobre sus ciudadanos que están en el extranjero. En resumen, la nacionalidad es una institución del derecho interno, pero a la vez presenta efectos en el derecho interno internacional que repercute en todos sus ciudadanos.

3.2.4.4. La nacionalidad y la doctrina

De acuerdo “con la doctrina define a la nacionalidad en base a cuatro principios”⁷⁷:

Toda persona tiene el derecho a una nacionalidad: Este principio busca evitar la condición de apátrida, que señala a aquella persona que no presenta una nacionalidad o fue despojada de ella. En ese sentido, está

⁷⁷ GARCÍA TOMA, Víctor (2018). Teoría del estado y derecho constitucional. Lima- Perú. Editorial Adrus S.R.L. pp.85-86

comprobado mediante casos que esta situación surge porque el individuo no tiene una nacionalidad de procedencia o perdiera sin la oportunidad de adquirirla por otra vía de naturalización.

Nadie puede ser despojada de su nacionalidad: El principio busca evitar que por motivos injustos se le restrinja a adquirir la nacionalidad aun individuo. No obstante, recordar que en el gobierno del expresidente Juan Velasco Alvarado se presentó el caso arbitrario donde a dos periodistas se les privó arbitrariamente de su nacionalidad. En la Carta Magna, conforme al artículo 53 estipula que no hay posibilidad alguna de legalizar la pérdida no voluntaria de nacionalidad.

La posibilidad de ejercer en paralelo dos o más nacionalidades: La finalidad de este principio es evitar que una persona apele a los beneficios y derechos de dos nacionalidades en un mismo territorio. Como muestra, el caso de la cantautora Angela Carrasco que trató de ingresar a Lima como ciudadana española mediante el uso de un pasaporte dominicano.

Derecho a cambiar de nacionalidad: Este principio admite que todo individuo tenga la libertad de cambiar de nacionalidad, así también la verificación del fundamento de nacionalidad, es decir la intención de querer ser parte y hacer una vida en común con un país específico. Dicho esto, Tula Sánchez Domínguez señaló que “una regulación internacional otorga un nivel de discrecionalidad y autonomía a cada estado, sumado al derecho interno se regulariza de manera detallada en todos los aspectos sobre la nacionalidad. Además, el ejercicio del derecho de imperium y soberanía que existe del estado sobre sus nacionales”. Cabe recalcar, que los hechos que permiten la elaboración del concepto de nacionalidad están estrechamente vinculados con el país.

Desde tiempos remotos, no se contaba con una noción precisa y coherente de la idea de estado y en efecto se producía la misma situación en torno a la nacionalidad. En ese sentido, las normas del antiguo derecho

romano se diferenciaban la *natio* y el *populus*, el primero considerado como grupo sociológico constituido, y el segundo referido a una agrupación de personas integradas por el derecho. Bajo ese contexto, los romanos recurrían al *ius civile* para controlar el comportamiento de la sociedad, entre tanto los extranjeros eran regulados con el *ius gentium*. Asimismo, los romanos se asignaban al *ius sanguini* quienes se regían en tres criterios:

- El hijo de un matrimonio adquiriría la nacionalidad del padre.
- El hijo nacido fuera del matrimonio adquiriría nacionalidad de la madre.
- El hijo de padre foráneo y madre romana quedaba a la espera de ser evaluado durante un tiempo considerable.

Por otro lado, en materia de nacimiento, el ciudadano era el hijo de romanos unidos en *justas nupcias*, no obstante, fuera de esta práctica se podía demostrar solo por manumisión dicha condición. Como se puede apreciar en la doctrina, desde la antigüedad, ya existían ideas sobre pertenencia a una comunidad, aunque no tan precisas como en la actualidad. La nacionalidad se definía según el origen de los padres y las condiciones del nacimiento, lo que demuestra que este concepto ha evolucionado hasta ser clave en las leyes actuales y volverse una pieza importante en cada país.

3.2.4.5. La nacionalidad y sus formas de adquisición

Según la abogada peruana Linda Del Carpio señala que, en la doctrina, “la nacionalidad internacional es comprendida como un vínculo entre el Estado y el individuo que implica derechos y obligaciones recíprocas”⁷⁸. Asimismo, otros autores en la doctrina nacional afirman que la nacionalidad es la identidad jurídica que tiene una persona frente a un Estado, quien le otorga privilegios que un ciudadano extranjero no

⁷⁸ Gaceta Registral, Revista de Jurisprudencia Institucional del Reniec (2021). El registro de nacimiento del hijo de peruano nacido en el extranjero al amparo de las constituciones de 1979 y 1993. Lima Perú Gráfica Industrial Alarcón SRLtda.p.17

obtendría. A su vez, la nacionalidad crea el lazo de pertenencia a un Estado y a cuya autoridad está sometido. Respecto a la regulación y determinación de la nacionalidad es competencia de acuerdo a las leyes de cada gobierno lo que reglamenta las formas de adquisición, pérdida o recuperación de la nacionalidad. No obstante, García Calderón realiza una salvedad al detallar la diferencia de su adquisición: La primera la nacionalidad obtenida por nacimiento o denominada originaria, está basada en la voluntad del Estado debido que establece los requisitos para su adquisición, descartando lo que puede elegir el individuo y la segunda la nacionalidad adquirida o llamada también derivada, refiriéndose a la elección de la persona. En esa misma línea, la Carta Manga lo reafirma al reconocer ambas formas de adquirir la nacionalidad, siendo reconocido en la doctrina como sistema mixto. Según Klieberg López señala que “este tipo de nacionalidad puede adquirirse por naturalización, nacimiento, por opción o acogerse a una doble nacionalidad”⁷⁹.

Los autores señalan la adquisición de nacionalidad al “acto jurídico, donde se atribuye la nacionalidad a una persona determinada, a diferencia de otras características tales como la filiación, género, nombres, etc. que son propios de todo ser humano”⁸⁰. En este caso, la nacionalidad es una cualidad de estado civil que se debe a las normas jurídicas, si bien cuando un individuo nace adquiere automáticamente una nacionalidad, dicha adquisición deriva de las normas, mas no, deriva de manera natural que establece el status de nacionalidad.

Entonces, bajo esa idea, el adquirir una nacionalidad es un derecho que se obtiene a raíz de hechos inherentes que son relacionados por la ley y genera efectos, tal es el caso del nacimiento que son actos jurídicos con el fin de provocar un resultado sea una situación natural o quizás actos que aún

⁷⁹ Idem

⁸⁰ Citado por Centro de Información Jurídica en Línea p.13

no están conducidos a generar la nacionalidad y en ocasiones de modo mediato una consecuencia como el caso del matrimonio.

De esa forma, la nacionalidad puede adquirirse derivada u originariamente según el acto jurídico, de esa forma los modos originarios son aquellos que por el hecho de nacer conceden la nacionalidad; mientras que los modos derivados necesitan de un hecho posterior al nacimiento, para conseguir la nacionalidad que corresponde.

El derecho internacional respecto a la modalidad de adquisición de nacionalidad por nacimiento subraya lo señalado por los romanos en dos importantes principios de origen: primero la filiación (*Ius Sanguinis*) que establece la nacionalidad considerando solamente la nacionalidad de los padres obviando el lugar de nacimiento y el segundo la territorialidad (*Ius Solis*) donde se considera el lugar donde ocurre el nacimiento del menor, constituyendo el factor determinante de la nacionalidad. Ambos sistemas para adquirir la nacionalidad son preceptuados por la Constitución Política del Perú desde su versión de 1823 en su artículo 10 hasta la actualidad siendo fundamental para determinar la nacionalidad en el país.

3.2.4.6. Reglas para adquirir la nacionalidad por nacimiento en la constitución política de 1979 y 1993

De acuerdo con la Carta Magna de 1979, “esta acogía el principio del *Ius Soli*, al alegar que son peruanos todos los nacidos en el territorio nacional”⁸¹, pero existe un condicionamiento en el principio “*Ius Sanguinis*”, al señalar que son considerados peruanos de nacimiento los hijos de padres peruanos nacidos en el exterior, siempre que sean inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad o manifiesten su deseo de serlo hasta después de un año de alcanzada la mayoría, de esta forma el principio no ocasionaba problema alguno para su aplicación. Por

⁸¹ Ibidem, p.18-19

otro lado, para adquirir la nacionalidad bajo el principio “*Ius Sanguinis*”, se debía estar sujeto a determinados plazos según lo establece la constitución peruana, en ese sentido los hijos menores de padres peruanos nacidos en el extranjero, o el año siguiente de alcanzar la mayoría de edad, presentaban limitaciones en sus derechos especialmente si no cumplían con los requisitos dentro del tiempo establecido.

De este modo, nuestra Carta Magna ordenó un derecho potestativo considerando en un primer momento “el nacimiento hasta alcanzada la mayoría de edad, siendo decisión de los padres realizar la inscripción para materializar este derecho en un segundo momento los hijos de peruanos nacidos en el extranjero puedan manifestar su interés de ser nacionales ante las autoridades pertinentes”⁸². Esta situación se presenta porque la Constitución Política del Perú de 1979 no especifica el derecho de opción de los hijos peruanos nacidos en el extranjero, en contraste con la Constitución de 1993 que realizó su realización debida. En pocas palabras, al asegurar la nacionalidad a los hijos nacidos fuera del país, es la prueba definitiva que confirma su ciudadanía es la inscripción en el registro ante la autoridad correspondiente.

En la Constitución de 1993 en su artículo 52, estipula que “son peruanos por nacimiento los nacidos en el territorio nacional al igual que los nacidos en el exterior de padre o madre peruano inscritos en su minoría de edad como también los que obtuvieron la nacionalidad por naturalización o por opción”⁸³. En ese entonces, se conservaba la parte inicial del artículo 52 de la actual Constitución; pero, con el transcurrir de los años se publicó la ley de Nacionalidad N° 26574 el 11 de enero de 1996 que derogó una disposición que regulaba al Registro de Peruanos nacidos en el extranjero. Luego, se aprobó el reglamento de la ley que dispuso la inscripción de los hijos de padres peruanos de nacimiento nacidos en el extranjero debiendo

⁸² Ibidem.p.19

⁸³ Ibidem, p.23

ser inscrito durante la minoría de edad en las oficinas consulares del Perú en el extranjero y en la Dirección de Migraciones cuando se realice en Territorio Nacional.

Entonces, a partir de la aplicación del Reglamento de la ley de Nacionalidad todos los hijos de peruanos nacidos en el extranjero inscritos en el consulado donde ocurrió el nacimiento, no tenían la necesidad de tramitar el título de peruano nacido en el exterior como se realizaba antes. Sin embargo, tanto la ley como su reglamento presentaban sus respectivos procedimientos que generaba dos registros uno a cargo de RENIEC y otro de Migraciones, esto generó problemas legislativos en un registro diferente del civil. Para ello, se publica una ley en el 2009, con el que pone fin el problema, al acto de nacimiento y la expedición del certificado de nacido vivo. A través de esta norma se permite un único registro de menores nacidos en el extranjero que constituye un procedimiento uniforme en el Registro del Estado Civil para este hecho tanto en oficinas consulares como en territorio de la República.

Ahora, en relación a la restricción para la adquisición de nacionalidad peruana por nacimiento, si los hijos nacidos en el extranjero no fueron inscritos oportunamente en RENIEC de los consulados en Perú, solo podían nacionalizarse por opción, es decir cuando adquiere la mayoría de edad podría ejercer este derecho; por lo tanto, no se extingue el derecho adquirido por el nacido en virtud al principio *Ius Sanguinis*.

En la doctrina, hace una salvedad en que esta “única alternativa para los mayores no le permitía gozar de manera plena sus derechos como ejercer cargos públicos y a la participación política como pueden realizarlo los que tienen nacionalidad de origen”⁸⁴, debido que la Constitución Política y otras normas exige ser peruano de nacimiento para ocupar cargos. Por lo que se hace una modificación del artículo 52 de la Carta Magna con esa reforma se

⁸⁴ Idbidem, p.25

suprime los límites para adquirir la nacionalidad y, con ello, tanto los hijos mayores nacido en el exterior al igual que los menores de edad de padre como de madre peruano podrán inscribirse en las oficinas consulares del Perú según su jurisdicción o en las oficinas consulares de RENIEC en el Perú.

3.2.4.7.El arraigo

Se define por arraigo a “la acción y efecto de arraigar, deriva del latín *ad* y *radicare* que significa echar raíces. Es vista, como medida emitida por el juez en casos hubiere temor de que se oculte o ausente ante una demanda”⁸⁵. Margarita Quezada Ortega lo define como “el proceso y efecto mediante el cual se determina un vínculo especial con el estado, en donde también se establecen raíces en el lugar por diferentes razones, generando lazos que funcionan como atadura con el territorio”⁸⁶. En una casación emitida en el 2015, menciona que el “arraigo debe ser entendido como el establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con otras personas o cosas”⁸⁷.

Los arraigos pueden presentarse por diversos motivos, entre ellas encontramos los siguientes, por elección personal y por circunstancias de la vida que se aceptan, aunque no siempre se hayan elegido, es decir, puede suceder que el arraigo se produzca por presiones externas, sin que sea realmente su voluntad. En todos los casos, el arraigo refleja cómo las personas se adaptan o se conectan con su entorno, ya sea por convicción, necesidad o influencia.

⁸⁵ DIRECCIÓN GENERAL DE ANÁLISIS LEGISLATIVO. Instituto Belisario Domínguez Mirada Legislativa (2014). La figura del arraigo en México. Disponible en <<http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/1979/ML37.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> [Consulta: 01Julio 2023]

⁸⁶ QUEZADA ORTEGA, Margarita de J. (2012). Migración, arraigo y apropiación del espacio en la recomposición de identidades socioterritoriales. Disponible en <<https://www.scielo.org.mx/pdf/crs/v2n3/v2n3a3.pdf>> [Consulta: 01Julio 2023]

⁸⁷ Casación. N.º 631 – 2015 – Arequipa del 21 de diciembre del 2015

3.2.4.7.1. Clases de arraigo

El fiscal Roberto Carlos Reynaldo “nos propone otros diferentes criterios de arraigo además del familiar, laboral y domicilio que suele ser los más practicados en litigio. Un error común al momento de aplicar parámetros a la calidad del arraigo, siendo los siguientes”⁸⁸:

- a) Arraigo domicilio. Según el artículo 33 del Código civil, el domicilio alude a la residencia habitual de un lugar, mientras que a la persona que no tiene una residencia estable, se le considera el lugar donde se encuentra actualmente. De acuerdo, al artículo 41 del citado código; sin embargo, no puede determinarse la existencia de domicilio, que permite generar arraigo. Pongamos el caso de un grupo de pasajeros que están de paso por una ciudad y no tienen lazo alguno con el lugar, entonces pueda referirse que el domicilio conyugal, es el que produce más vínculos de sujeción, debido que surge a raíz de la constitución de una familia.
- b) Arraigo familiar. La familia es por hoy la que más sujeción garantiza en el imputado, pues la formación de una familia no es fácil de desintegrar en base al delito que se atribuye al imputado, se debe identificar un mayor o menor arraigo. Tal es el caso, de un parricidio o violencia en contra de un miembro de una familia, no hallamos una sujeción sólida, puesto que se encuentra menguada por la voluntad del agresor. De igual forma, la Segunda Sala en su sentencia emitida señala que “respecto a su arraigo familiar advertimos que, si tiene arraigo familiar, tiene hijos y una esposa, existiría una vinculación, entonces sí tendría arraigo familiar de calidad”⁸⁹.

⁸⁸ PASIÓN POR EL DERECHO (2019). Fiscal ensaya 18 tipos de arraigo de sujeción en la prisión preventiva Disponible en < <https://lpderecho.pe/fiscal-ensaya-18-tipos-de-arraigo-de-sujecion-en-la-prision-preventiva/> > [Consulta: 01Julio 2023]

⁸⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL recaído en el EXP. N° 02588 – 2022 - PHC/TC Cusco 3

- c) Arraigo Laboral. En este tipo de arraigo, es necesario verificar la ocupación, labor u oficio de difícil renuncia desempeñado por el acusado, de esta forma la gravedad de la pena, no incluya en el imputado la decisión de posible distanciamiento.
- d) Arraigo religioso. Existe una libertad religiosa y de conciencia, que permite en estos supuestos alegar arraigo, a partir de creencias religiosas contienen una especial fortaleza. De esta manera, cuando se trata de un líder de una iglesia determinada sea párroco, padre, rabino, etc. Siempre tendrán relación con la gravedad del hecho de persecución.
- e) Arraigo político. Los líderes, procuran evadir una determinada investigación, así también, la sujeción de no distanciamiento, en relación o intereses y dirección para guiar una comunidad. El arraigo se analiza según las circunstancias de persecución. En tal caso, no es igual el director político perseguido, que el acusado de haber instrumentalizado precisamente una organización política para fines particulares.
- f) Arraigo estudiantil. Una buena razón en este arraigo, es la continuidad académica, ya que hay miedo general de perder o retrasarse en la reanudación en los estudios superiores. No obstante, se permite una continuidad con interrupciones, pero puede darse situaciones particulares que requieren urgente actuación como la obtención de una beca, graduación, etc. La determinación del arraigo de sujeción se basará en el grado de gravedad de la teoría jurídica de persecución, de esta forma el juez decidirá si el acusado sacrificará o no una actividad académica de manera permanente, en base el hecho de persecución.
- g) Arraigo comunitario. El domicilio facilita la vinculación de una persona con una determinada vivienda, sin embargo, en ocasiones permite verificar lazos de consideración en la comunidad por parte del acusado, que facilita prever una sujeción, tal es el caso, de un presidente de una junta vecinal puede manifestar protección hacia sus vecinos, siempre

que la magnitud del delito, que contiene declaraciones de un grupo de personas quienes afirman honestidad en la conducta del acuerdo. Esta práctica no constituye una situación de arraigo, si no se relaciona con acciones comunitarias de importancia.

- h) Arraigo ideológico. Los delitos que cuentan con un tinte político, pueden proyectar sujeción por las ideas de difícil entendimiento. Sin embargo, la sujeción debe evaluarse según al posible escudo que pueda emplear el investigado, como expresión de desacuerdo y, con ello, un escape legal. caso contrario pondrá en riesgo sus bienes patrimoniales.
- i) Arraigo territorial. Es definida como una sujeción temporal, en el que el imputado reside o conserva sus bienes patrimoniales con cierto arraigo ancestral en tal sentido, no pueda ocurrir un distanciamiento determinado a través de un previo pronóstico.
- j) Arraigo migratorio. El abandono del país se encuentra estipulado en el artículo 269.1 del código procesal penal, como un criterio para determinar el arraigo. A su vez considerará los antecedentes migratorios del investigado, que pueda expresar un conocimiento común en relación al movimiento migratorio.
- k) Arraigo patrimonial. El patrimonio también representa un elemento de arraigo, entonces dependerá del objeto de prueba del delito cometido. No obstante, no es lo mismo una persecución por lavado de activos frente a una agresión contra la integridad física. El arraigo tiene que considerar su uso en un probable apartamiento.

En síntesis, el empleo de la presente figura se prevé no solamente por las normas del estado, sino por las disposiciones de política pública, que refiere a derechos básicos; y prueba de ello es el de no haber queja en instancia de protección de derechos humanos”⁹⁰. En ese sentido, se hacen

⁹⁰ REVISTA DE DERECHOS HUMANOS-Dfensor (2014). Arraigo: insostenible herramienta de justicia penal Disponible

valer las opciones de defensa del individuo hallado bajo medida cautelar, entonces es una medida política conducida por normas constitucionales que constituye la cima de ordenes legales, emitida por el constituyente permanente, y solicitada por la fiscalía y parte del Poder Ejecutivo.

3.2.4.8. La inscripción en los registros de nacimiento en el Perú

De acuerdo con Máximo Paredes Gutiérrez señala que la inscripción de nacimiento “es el registro de un suceso vital del nacimiento de una persona nacida viva, dentro del periodo establecido legalmente, ante la institución encargada de registrar y almacenar información sobre el acaecimiento de sucesos vitales y sus características”⁹¹. Esta definición resume que, la inscripción es clave porque garantiza el reconocimiento oficial de la existencia de una persona, otorgándole identidad legal y derechos básicos, además la institución se encargará de llevar el control de hechos para que figure en los registros del estado.

Por otro lado, el autor afirma que la inscripción de nacimiento de un recién nacido debe ser público, siendo regulada por normas que tienen como propósito la aceptación legal, así como dotarlo de deberes y derechos a un individuo.

En ese sentido, al contar con un Certificado de nacido vivo representa “un sustento para la inscripción en el Registro del Estado Civil, donde la certificación es medio de prueba de la ocurrencia del suceso vital, correspondiendo su expedición única y exclusivamente a las personas a que se refiere la norma”⁹². Entonces este documento constituye una fuente para la inscripción en el Registro del Estado Civil.

en<https://cdhem.org.mx/wpcontent/uploads/2014/05/dfensor_02_2012.pdf> [Consulta: 20 Octubre 2024

⁹¹ PAREDES GUTIÉRREZ, Máximo (2006). Registros de Estado Civil: Manual teórico práctico. Perú. Editorial Cuzco S.A.C.p.107.

⁹² Ibidem, p.109.

Es merecido mencionar que, de acuerdo a la jurisprudencia recaída en la casación del 2015, respecto a la partida de nacimiento el Tribunal Constitucional ha señalado que "es el documento a través de cual se acredita el hecho del nacimiento, es decir, la existencia de una persona". Con la constatación escrita y sus certificaciones en los registros civiles se deja testimonio del hecho concluyente de la existencia de un ser humano y permite la probanza legal: i) Del hecho de la vida, ii) De la generación materna y paterna, salvo las omisiones por legitimidad, iii) Del apellido familiar y del nombre propio, iv) De la edad, v) Del sexo, vi) De la localidad en que surge a la existencia, que lleva consigo la nacionalidad, vii) De la soltería, mientras no se ponga nota marginal del matrimonio. De esa manera, se ha sostenido que, de todas las relaciones, la más importante es, sin duda, la que llama filiación.

Posteriormente, al obtener el documento oficial de nacimiento que "contiene los datos personales como la identidad y nacionalidad del menor, este constituye una prueba indispensable para el registro único de identificación de las personas naturales y la oportuna emisión del documento nacional de identidad"⁹³.

Un problema particular de filiación es el caso Panelli y Campanelli vs. Italia, "una pareja italiana que viaja a Rusia para optar por la maternidad subrogada y convertirse en padres en febrero del 2011"⁹⁴. Se contó con los servicios de una madre de alquiler para realizarse la fertilización in vitro. Posteriormente, al llegar a Italia los padres no lograron registrar al niño, al señalar que los padres no son padres biológicos y la información dada es falsa. Por ende, el Tribunal critica la decisión de las autoridades italianas al negarle la inscripción, así como separar al menor de los padres, puesto que

⁹³ Ibidem, p.82.

⁹⁴ REVISTA DE BIOÉTICA Y DERECHO (2020). Caso Paradiso and Campanelli vs. Italia. Disponible en <https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872017000200017> [Consulta: 16 Mayo 2023]

el menor estuvo sin existencia por dos años por lo tanto no ha valorado los intereses del menor existiendo una violación del artículo 8 del CEDH. En este veredicto, el tribunal deja en claro que, aunque se obligara a las autoridades devolver el menor a los demandantes se causaría un daño al haber desarrollado el niño lazos emocionales con la familia que lo acogió temporalmente desde el año 2013.

Asimismo, la sentencia en relación a los apellidos señala la “designación común de una estirpe que cada uno porta debido a su pertenencia al grupo y a la que se diferencia por este apelativo. El apellido es el nombre de la familia que sirve para distinguir a las personas, y es irrenunciable e inmodificable”⁹⁵.

Por otro lado, en el plano administrativo peruano, Kori Paulett Silva realiza una salvedad en cuanto la existencia de casos “donde hay inconvenientes en el desempeño laboral de los servidores y funcionarios públicos, en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, al encontrarse sometidos bajo el principio de Legalidad de la Ley Administrativa”⁹⁶. Esto refiere que podrán realizar solo lo permitido, incluyendo acatar lo estipulado en el Código Civil.

Paulett expone, por ejemplo, el caso de Ricardo Morán que al solicitar la inscripción de sus menores hijos fue observada al no cumplir con los requerimientos exigidos. Por otro lado, se ha debido considerar a la norma fundamental que estipula y reconoce la identidad como una ley suprema. Donde el problema radica, en que el padre desea el registro de sus niños sin revelar la identidad de la madre, faltando a lo estipulado en el artículo 21 del Código Civil, esta intimación no es realizable, debido a que

⁹⁵ Expediente 2273-2005-PHC/TC

⁹⁶ PAULET SILVA, Kori (2021). Legalidad versus derecho a la identidad. El caso de los hijos de la familia Morán Vargas. Universidad Andina del Cusco. Disponible en <<https://www.el-terno.com/colaboradores/kori-paulett-silva/pdf/legalidad-versus-derecho-a-la-identidad-el-caso-de-los-hijos-de-la-familia-moran-vargas.pdf>> [Consulta: 06 Noviembre 2022]

el padre desconoce la identidad de la donante y sólo distingue a la mujer que ofreció el vientre de alquiler bajo un acto jurídico; dejando en claro que ninguna tuvo la intención y el afecto de convertirse en madre legal de los menores, desempeñar ese papel o figurar en los Registros de Estado Civil, bajo ese contexto el padre recurrió a la maternidad subrogada para formar una familia monoparental en vez de una tradicional.

De esta forma, ante la inadecuada aplicación de la norma, debido “a la no realización de una interpretación constitucional a los preceptos del Código Civil, de haberse realizado acertadamente los niños no hubieron sido negados en sus derechos, en su inscripción y menos negarle a su derecho a la identidad”⁹⁷, a raíz de un vacío en la norma, no había oportunidad de aplicar la ley. Este problema pudo haber sido superado a través de la interpretación y aplicación abarcando hasta la parte final del artículo 21 del Código peruano, dado que trata de la inscripción de un niño, es decir, su identidad así como el empleo de la interpretación ratio legis y prohomine, considerando que si la madre pueda solicitar el registro de su niño sin revelar los datos del padre y lograr que el menor lleve los apellidos de la mujer; debería ocurrir similar situación con el padre quien solicitó el registro de su niño ante Registro de Estado Civil, sin incluir los apellidos de la madre, de esta manera el menor llevaría solo los apellidos paternos primando la ratio legis del artículo y como consecuencia no estaría privando de sus derechos básicos. En el caso se desconozca la identidad de los padres, el único resultado a tomar en cuenta es la negación u observación de la inscripción del menor.

También pudo haberse realizado el control de convencionalidad del mencionado artículo del Código Civil, considerando a los artículos 18,19 y 24 de la Convención de Derechos Humanos que recalcan el derecho al nombre y apellidos que los niños deben llevar de sus padres, así como las

⁹⁷ Idem.

medidas de protección e igualdad. Bajo ese precepto aplicando el artículo 21 del Código, se debe tomar en cuenta que cualquier autoridad puede desempeñar este deber, sin embargo, esta posibilidad no ha sido considerada en su momento por la RENIEC, motivo por el cual el señor Morán optó por la vía judicial para lograr el restablecimiento de los derechos de los menores. Para el 2023, el Tribunal Constitucional ordenó al RENIEC la inscripción inmediata de los niños entre ellas la adquisición de su nacionalidad teniendo como base el interés superior del niño y garantizar sus derechos constitucionales.

3.2.4.9. Naturaleza jurídica del acto registral en el sistema registral peruano

Mencionar la naturaleza jurídica del acto registral en el sistema registral peruano, es un suceso trascendental porque implica la intervención del administrativo en remitir la información indispensable correspondiente al interesado del derecho o bien sea registros de personas como también su tráfico de ser el caso, como lo establece el reglamento de inscripción del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) mediante el artículo 2 define al acto registral como un acto administrativo que ejercen los registradores en relación de la inscripción de un hecho referido a la identidad y estado civil de las personas.

Para la doctrina, al igual que lo establecido en la ley RENIEC, concuerdan en señalar la definición del acto registral como un acto administrativo que tiene por finalidad el acopio de datos personales del individuo. Al respecto, Castro Marroquín señala al acto de registro como un público administrativo; el mismo que se trata de una relación jurídica de Derecho Público requerida donde el estado interviene como un órgano de autoridad con el objetivo de cumplir la demanda pública de un acto jurídico registrado, que está interesada en sus consecuencias jurídicas, como también la necesidad de conocer con certeza la situación legítima y concreta de las

personas, así como sus bienes patrimoniales. En ese sentido, todo acto de registro no puede afectar los derechos de terceros.

Además, la doctrina señala que, se ha trabajado diferentes posturas concernientes a la naturaleza de las funciones registrales, manteniendo una relación con la voluntad administrativa. Esta realiza una discusión sobre la naturaleza jurídica de la función del registrador; al considerar que el acto registral se determinó por voluntad del registrador. Es así que el jurista español Antonio Manzano Solano indica las siguientes posturas doctrinarias:

- a) Proceso actuado por órgano jurisdiccional: Gallardo Rueda refiere que, a la función registral se le concibe como un proceso realizado por un órgano jurídico. En este caso, el registrador decide inscribir o no basado en su criterio o juicio; sin embargo, esta postura es criticada por faltarle cosa juzgada.
- b) Procedimiento de Naturaleza Administrativa: Gonzalo Pérez refiere a la función registral como un procedimiento de naturaleza administrativa derivada del servicio público. Por otro lado, Chico Ortiz señala que la función registral se resuelve con la prestación de un servicio público, pero también refiere que sea un servicio estrictamente administrativo.
- c) Participación de la naturaleza de los actos de jurisdicción voluntaria desarrollados ante un órgano administrativo: Roca Sastre refiere a una mezcla entre lo judicial y lo administrativo, en donde el registrador ejerce una justicia administrativa. Para la autora Mesa Martín en lo judicial lo considera auténtica y constituyen derechos, mientras en lo administrativo la sentencia no goza de cosa juzgada.
- d) Función independiente tanto de la administración como de la jurisdicción: Según Lacruz Berdejo afirma que la función registral solo puede ser realizada por un jurista que se encarga de realizar funciones públicas de apreciación jurídica.

Así pues, distintas posturas reflejan la complejidad y el carácter mixto que puede tener la función registral según el enfoque desde el cual se analice. Además, se evidencia la dificultad para encasillar esta función en una sola categoría jurídica., por ello se requiere un análisis integral que considere tanto su naturaleza técnica como su impacto en los derechos de las personas.

3.2.5. La inscripción como materialización del derecho de la nacionalidad por nacimiento

Entre los derechos que se adquiere al realizar la inscripción en los Registros de Estado Civil de un país, es el vínculo con el estado que regula sus lazos y obligaciones, estando sujetos a su mandato y formación de su voluntad política. También le permite acceder derechos políticos como asumir cargos públicos. En efecto, toda persona nacida en el Perú puede ejercer responsabilidades en el manejo del estado.

De esta manera, la diferencia entre ser peruano por nacimiento y por naturalización es aceptada cuando la Constitución lo exige para ciertos cargos públicos. Por ejemplo, la Constitución anterior pedía que, para ser congresista, presidente, vicepresidente, ministro, juez supremo, miembro del Consejo de la Magistratura o fiscal supremo, se debía ser peruano de nacimiento. Por ello, este requisito sigue siendo importante hoy en día para poder acceder y ejercer algunos cargos del estado, así como las responsabilidades que conlleva. Actualmente, dicho requisito sigue siendo vital para asumir un cargo.

La Constitución peruana menciona la nacionalidad en los siguientes artículos:

Artículo 2º: Derechos fundamentales de la persona

21. A su nacionalidad. Nadie puede ser despojado de ella. Tampoco puede ser privado del derecho de obtener o de renovar su pasaporte dentro o fuera del territorio de la República.

Artículo 52°: Nacionalidad

“Son peruanos de nacimiento los nacidos en el territorio de la República. También lo son los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente, conforme a ley”.

Artículo 53°: Adquisición y renuncia de la nacionalidad

La ley regula las formas en que se adquiere o recupera la nacionalidad.

La nacionalidad peruana no se pierde, salvo por renuncia expresa ante autoridad peruana.

Asimismo, la ley N° 26574 Ley de Nacionalidad señala lo siguiente:

Artículo 2: Son peruanos por nacimiento

- 1. Las personas nacidas en el territorio de la República.*
- 2. Los menores de edad en estado de abandono, que residen en el territorio de la República, hijos de padres desconocidos.*
- 3. Las personas nacidas en territorio extranjero, hijos de padre o madre peruanos de nacimiento, que sean inscritos durante su minoría de edad en el respectivo Registro del Estado Civil, Sección Nacimientos, de la Oficina Consular del Perú.*

El derecho otorgado en el numeral 3 es reconocido sólo a los descendientes hasta la tercera generación.

Por consiguiente, está claro que la única prueba de nacionalidad es la partida de nacimiento del titular, el cual no solo acredita su vínculo con el estado, sino además la recuperación de la nacionalidad. No obstante, es importante recalcar que el registro de la nacionalidad tiene un carácter declarativo, es decir, no crea la nacionalidad, solo la reconoce. Antes de ese

registro, ya existe un documento que prueba la nacionalidad, como el certificado de nacido vivo.

En pocas palabras, en el sistema registral peruano ha encontrado en la nacionalidad el carácter constitutivo para quienes nacen fuera del país de padres peruanos. La inscripción puede hacerse en consulados peruanos, basándose en un documento que prueba el nacimiento, aunque esto no crea un vínculo directo del menor con el territorio peruano.

3.2.5.1.El Derecho a la nacionalidad en los instrumentos internacionales

Por las razones antes expuestas, “se considera que el derecho a la Nacionalidad es un derecho humano básico, y esta noción ha sido receptada en gran número de instrumentos internacionales”⁹⁸:

- Artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del niño:
 1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derechos desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.
 2. Los Estados partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”.
- Artículo 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948:
 - 1- Toda persona tiene derecho a una nacionalidad”.
 - 2- A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad”.

⁹⁸LEPOUTRE Stephanie & RIVA Ariel. ROL DEL ACNUR (Oficina Regional para el Sur de América Latina) NACIONALIDAD Y APATRIDIA. Disponible en <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/archivo/0173.pdf?view=1>> [Consulta: 02 de Mayo 2023]

- Artículo 19 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948):

“Toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda y el de cambiarla, si así lo desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela.” ·

- Artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) de 1969:

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.
3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla”

- Artículo 24 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos de 1966:

“Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.

Las manifestaciones realizadas por los diversos organismos internacionales, nos expresan el gradual crecimiento en el plano internacional normativo en cuestión de la nacionalidad y de la apatridia.

A través de la elaboración de instrumentos que permiten el avance legal mediante la complementación de las normas en el ordenamiento jurídico como también en el plano nacional. De esa manera, el tratamiento más efectivo para evitar posibles casos de apátridas es conceder el derecho a la nacionalidad desde el momento del nacimiento del ser humano, aplicando lo estipulado en el art.24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966, el art.1 de la Convención de 1961 para Reducir los Casos de Apatridia y el art.7 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

Asimismo, existe otra manera de prevenir situaciones de apatridia y garantizar una nacionalidad como lo son las garantías procesales. Por otro lado, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) en su art.15 menciona que la base de este principio, se establece en el derecho de “toda persona a una nacionalidad y la garantía que a nadie se le privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad”. Cabe señalar que las sentencias emitidas por la Corte internacional tienen carácter vinculante para el Perú, incluso en aquellas sentencias donde el estado no haya sido parte del proceso como lo señala el fundamento 12 del expediente Caso “Arturo Castillo Chirinos” y además el artículo 62.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos que le otorga competencia a la Corte, en pocas palabras existe la obligación de respetar y acatar lo estipulado en las sentencias dictadas en los procesos como también el sometimiento de los organismos públicos a las consecuencias jurídicas del pronunciamiento.

De entre todos los referentes internacionales mencionados, es la convención sobre los derechos del niño la que aborda con más profundidad el tema, su finalidad refiere que el bienestar del niño se separa del interés del niño, en el sentido que constituye un estado ideal a alcanzar, mientras que el interés superior del niño es el instrumento jurídico que tiende a alcanzar el estado idealizado.

Asimismo, tiene en consideración a grupos especiales de protección o vulnerabilidad, siendo representados por aquellos menores con problemas físicos, enfermedades, discapacitados y niños abandonados o pertenezcan a grupos minoritarios, además estas características pueden ser consideradas al plan nacional de derechos humanos y consignar a este grupo por ser de especial vulneración.

3.2.5.2. Vacío legal en el Código Civil

Mario Papi Bayer señala que “para tratar el vacío legal primero es necesario mencionar a la laguna del derecho o laguna legal. Este término proviene de la raíz latina que significa cavidad, falta o vacío”⁹⁹. En ese caso, refiere a la omisión o carencia, entonces cuando no existe ley para un caso específico se trata de una laguna legal. Asimismo, el juez no tendrá que interpretar una norma, puesto que esto no existe, pero tendrá la obligación de realizar una integración legal, es decir llenar un vacío en la norma.

Por otro lado, tenemos la posición del tratadista Karl English quien alega se trata de “una actual norma defectuosa al haber una falta de regulación jurídica en determinadas situaciones que pudiere presentarse y que requeriría una decisión judicial que complete el derecho”¹⁰⁰. En ese sentido dichas lagunas son el producto de defectos e incorrección en la legislación que deben ser resueltos judicialmente para completar la norma y garantizar una adecuada administración de justicia.

El jurista francés Ferdinand Mélin – Soucramanien plantea una segunda definición de laguna que es más empleada “refiere que las lagunas muestran una deficiencia cualquiera, lo cual dificulta al problema al darle una solución jurídica, puesto que la palabra laguna supone un significado negativo”¹⁰¹. Además, de exhibir una insuficiente solución jurídica, las lagunas usualmente son mostradas como irregularidades en la norma, por ende, la necesidad de reclamar acciones pertinentes para corregir lagunas. En ese sentido, decir llenar los espacios vacíos en la normativa positiva.

Mientras que los autores argentinos Achourrón y Bulygin alegan que “la laguna en un determinado ordenamiento jurídico no tiene una

⁹⁹ PAPI BEYER, Mario (2013). Manual de Introducción al Derecho. Gráfica Funny S.A. Chile.p.41

¹⁰⁰ GARCÍA TOMA, Víctor (2019). Introducción al derecho. Edit. Lex&Iuris S.A.C. Perú, p.70-71

¹⁰¹ MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Feridnand (2009). Las Lagunas en el Derecho y la interpretación constitucional. Revista IUSTA. Bogotá. Colombia. p.143-144

correlación entre el caso concreto y la calificación normativa de una conducta específica”¹⁰². En pocas palabras, los juristas lo resumen en tres elementos: los casos, las soluciones y un sistema normativo que imputa soluciones de los casos”¹⁰³. Además, esas soluciones pertenecientes al sistema jurídico no logran la resolución de situaciones, estaremos hablando que el sistema jurídico tiene lagunas.

A su vez, José María Díaz señala que el problema de las lagunas se presenta al “no existir en el ordenamiento jurídico una norma que prevea cierto tipo de casos, como también la aplicación de una norma que genere resultados opuestos que impiden alcanzar los fines planteados por el sistema”¹⁰⁴. No empero, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de encontrar la norma idónea a pesar de no haber sido planteado con anterioridad con el propósito de otorgar una solución objetiva.

Luego de tratar la laguna legal, ahora pasemos a desarrollar brevemente el vacío legal. Para ello, no podemos dejar de lado a Marcial Rubio Correa quien afirma el vacío es “un suceso donde no existe norma jurídica y se considera no debe estar regulado por el derecho rigiéndose por los principios aplicables”¹⁰⁵.

A continuación, los supuestos donde se ha considerado no aplicar ninguna norma, dejando los siguientes principios:

1. El que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni prohibido de hacer lo que esta no prohíbe.

¹⁰² NIRO, Carlos Santiago (2003). Introducción al análisis del derecho. Editorial Astrea. Buenos aires. Argentina.p.281

¹⁰³ RAMOS PASCUA, José Antonio (2018). Lagunas del derecho y positivismo jurídico. Miguel de Cervantes.p.57. Disponible en <<https://www.cervantesvirtual.com/obra/lagunas-del-derecho-y-positivismo-juridico-un-examen-de-la-concepcion-de-las-lagunas-de-c-alchourron-y-e-bulygin-877615/>>[Consulta: 19 Febrero 2023]

¹⁰⁴ DÍAZ COUSELO, José María (1971). Los principios generales el derecho. Editorial Plus Ultra. Buenos aires Argentina.p.14

¹⁰⁵ RUBIO CORREA, M. (2009). El sistema jurídico. 10ª ed. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.p.269.

2. El que solo se puede hacer lo que se ha atribuido expresamente, ejerciendo la discrecionalidad únicamente cuando es aplicable.

Frente a esta premisa y para solucionar este inconveniente, tenemos un ordenamiento jurídico capaz de resolver esta disyuntiva jurídica y es a través de este ordenamiento como un todo, abarca, leyes, principios, normas, visos de costumbres y norma moral social. Para el juzgamiento, no existen grietas que eviten la resolución de los conflictos, ya que se aplican los instrumentos de la integración jurídica, quedando el problema resuelto y siguiendo el criterio de Ennecerus, al existir lagunas deben ser sustituidas con la incorporación o mediante la vía arbitral.

Por otro lado, una de las soluciones propuestas ante las lagunas jurídicas según la doctora Crisel Galiano es la integración, puesto que “el operador jurídico recurre al uso de una serie de elementos que puedan hallarse dentro o fuera del sistema legislativo para alcanzar una respuesta siempre y cuando se presente la ausencia de una norma que regule el hecho”¹⁰⁶. Sin embargo, en muchas ocasiones se trata de un proceso complejo al darse asuntos legislativos, políticos e incluso el tratamiento que le otorgue el órgano a cargo de esta función. Aunque los funcionarios no van a eliminar las lagunas mediante la creación de normas, pueden buscar una solución. En palabras de Yaunner Ferrari la integración “significa examinar como un todo al Derecho para encontrar una solución frente una insuficiencia o carencia de regulación en un suceso”¹⁰⁷.

Asimismo, Ledesma Narváez alega que al presentarse vacíos en la norma se considera que estamos frente a una laguna jurídica la que será sobrellevada mediante una actividad jurisdiccional realizada por el operador

¹⁰⁶ GALIANO MARITAN, Grisel & GONZÁLEZ MILIÁN Deyli (2012). La integración del derecho ante las lagunas de la ley, necesidad ineludible en pos de lograr una adecuada aplicación del derecho. Disponible en <<http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v21n2/v21n2a06.pdf>> [Consulta: 19 Febrero 2023]

¹⁰⁷ Idem

jurídico, recurriendo a la ejecución de los principios generales y al derecho consuetudinario”¹⁰⁸. En ese sentido, cuando el derecho no regula una norma para ciertos casos, se entiende se refiere a una laguna o vacío; en el primero es laguna cuando se considere necesario llenar dicha omisión y será la segunda cuando tal omisión pase desapercibida para el derecho.

3.2.5.3.El Código Civil y los tipos de familia

Carlos Ramos Núñez señala que en “el Código Civil peruano las normas que regulan la vida familiar de los hogares, han sido creados y enfocados desde un punto de vista occidental - moderna ignorando o proscribiendo las costumbres de los pueblos”¹⁰⁹.

El jurista peruano indica que el actual cuerpo normativo presenta más de una premisa familiar, al igual que los demás códigos que contiene esta institución jurídica. De esta manera, mientras la familia va mutando, el código civil queda desfasado. Para Benjamín Aguilar Llanos alega la finalidad del Código civil “es fortalecer a la familia y cada miembro como figura fundamental a través de normas que protejan a su desarrollo integral, basándose en principios que son objeto de un tratamiento legal”¹¹⁰.

Por otro lado, la legislación, la jurisprudencia y la doctrina ha considerado a la familia clásica y posteriormente a la familia ampliada, para que conformen un matrimonio. Asimismo, la Constitución Política ha integrado la idea de familia derivada de relaciones concubinarias entre parejas.

¹⁰⁸ Ledesma Narváez, Marianella (2020). Comentario al artículo X del Título preliminar del Código Civil comentado más de 200 especialistas en las diversas materias del derecho civil. Tomo I Título preliminar derecho de las personas. Acto jurídico. Lima. Perú. Gaceta Jurídica.p.63-65.

¹⁰⁹ RAMOS NUÑEZ, Carlos Augusto (2015). La idea de familia en el Código Civil peruano. Pontificia Universidad Católica del Perú. Revista de Derecho. Lima. Perú. Editorial Jurídica Themis.p.97.

¹¹⁰ AGUILAR LLANOS, Benjamín (2016). Tratado de Derecho de Familia. Lima. Perú. Editorial Lex&Iuris.p.39

En contraste, con otros tipos y estructuras de familias presente en las zonas rurales no están protegidas legalmente, aunque existen disciplinas como la antropología que se preocupan de indagar y conocer estas formas de familia milenaria. El presente articulado normativo, dando continuación con sus antecedentes ha optado por evitar definir el término familia, por lo cual se limita su mención donde acaba jurídicamente el parentesco. Sin embargo, estos parámetros no son aplicados uniformemente, dependiendo de la adquisición de derechos y la atribución de deberes de acuerdo el tipo de familia.

En ese contexto, hoy en día, en el Perú no es un estado articulado y uniforme, porque no entiende la palabra “familia” que adquiere una gama variada de significados, por tanto que se presenta no solo en los códigos civiles sino también en otros aspectos, esta plurisignificación del término desglosa de modelos con base cultural diferente y espacial.

Las formas de Constitución familiar en el país como el matrimonio civil, el matrimonio religioso y las formas autóctonas constituyen modalidades de familia legalmente reconocidas, en especial el primero que tiene eficacia jurídica. Las otras dos junto a la unión de hecho no convertidos en matrimonio a menos que tenga estabilidad por lo menos dos años, la carencia de impedimentos legales y presente los mismos fines del matrimonio civil.

3.2.5.4. Tipos de familia

De acuerdo con Manuel Bermúdez Tapia¹¹¹, señala los distintos tipos de familia:

- a) Familia Nuclear: Es aquella que está conformada por el padre, madre y los hijos de la pareja. Este tipo de familia se caracteriza al no haber

¹¹¹ BERMUDEZ TAPIA, Manuel (2012). Derecho Procesal de Familia. Lima. Perú. Editorial San Marcos E.I.R.L.p.46.

un vínculo matrimonial entre los progenitores realizando prácticas convivenciales y la procreación de descendencia, sin cohabitación de por medio.

- b) Familia monoparental: Es aquella que está conformada por un solo padre (varón o mujer) con su hijo conviviendo en un único domicilio, a la falta de uno de los padres se queda a cargo del sobreviviente. Una de las consecuencias de las familias monoparentales, son los problemas patológicos típicos de los individuos causado por los hogares disfuncionales que constituyen diferentes síndromes como el medea, estocolmo y la alineación, también puede causar fragilidad de los lazos afectivos. Todas ellas provenientes de un contexto de matricofalidad.
- c) Familia amplia: Es la “constituida por parientes consanguíneos integrados por diferentes generaciones del árbol familiar que conviven en un domicilio”¹¹².
- d) Familia extensa: Es aquella integrada por diferentes miembros de la familia que concierne a sobrinos, abuelos, nietos que suelen frecuentar en ocasiones y en fechas especiales.
- e) Familia ensamblada: Es la conformada por dos o más relaciones familiares que existían con anterioridad previa a la relación familiar, integrada por padres cada uno con sus propios hijos y adicionalmente se incorporan la descendencia en común. A este tipo de familia, se le denomina familia reconstituida.

3.2.5.5. Las familias peruanas en el siglo XXI

Como hemos revisado con anterioridad, “en el Perú existen diversos tipos de familia que se presentan desde familias nucleares hasta la

¹¹² Ibidem,p.47.

homoparentalidad”¹¹³. Sin embargo, de este último grupo familiar no se cuenta con datos estadísticos a diferencia de otros. En el 2019, la Agencia Consultora Ipsos elaboró un estudio de la constitución de 8.9 millones de hogares en el país y se detectó que de la totalidad el 38% eran parejas con hijos, 24% parejas con hijos como también abuelos, tíos etc., 12% hogares monoparentales, 12% integrada por una persona, 9% solo parejas y el 5% sin núcleo conyugal homoparental. Estas cifras explican y aclaran que las conocidas familias tradicionales conforman menos de la mitad de la gama de familias peruanas.

Para el término familia se debe conocer que las particularidades principales que son reconocidos necesarias a impartir en un ambiente familiar son: el respeto a los individuos, el afecto, valorar el trabajo, el buen comportamiento, la importancia del estudio y otros.

En esa misma línea, los encuestados concuerdan que la familia es fundamental en el desarrollo integral de un ser humano. De este modo, se identifica a la familia como un elemento relevante que otorga la enseñanza del afecto y los valores entre sus integrantes.

3.2.5.6. Las familias homoparentales en Perú y Sudamérica

Según las estadísticas en el país, “existen más de 1.7 millones de ciudadanos que se identifican con una orientación diferente a la heterosexual”¹¹⁴. Del universo de personas miembros de la comunidad LGBT, el INEI (Instituto Nacional de Estadística e Informática) en su base de información registra el 4.6% conformada por parejas con hijos, es decir la cifra de 78 mil personas de la comunidad LGBT que hacen vida de pareja y que tienen hijos. Así pues, una familia está compuesta por una pareja,

¹¹³ NAVARRO, Raúl & HENRIQUEZ, Fiorella (2021). Informe Sociodemográfico de familias homoparentales en Perú Disponible en <
<https://familiashomoparentalesperu.files.wordpress.com/2021/10/fhp-informe-socio-demografico-de-familias-homoparentales-en-peru.pdf> > [Consulta: 17 de Mayo 2023]

¹¹⁴ Citado por NAVARRO, Raúl & HENRIQUEZ, Fiorella Ob.Cit.p.02

siendo así se traza la suma de 39 mil familias homoparentales con hijos que representa alrededor de un 0.43% del total de familias en el Perú y como señaló en su momento IPSOS en una cifra de 8.9 millones al 2019.

En el plano del continente latinoamericano, como se mencionó con anterioridad, IPSOS realizó un estudio dirigido a diversos países latinos para conocer el grado de aprobación entre los ciudadanos respecto a las familias homoparentales, donde el Perú quedó en el puesto 22 de un total de 27 países, en pocas palabras la población todavía no acepta que las parejas homosexuales puedan educar adecuadamente a sus hijos. En contraste, en países como Brasil y Chile que muestran otra realidad al proyectar resultados más favorables para la comunidad LGBT en relación a la crianza de hijos por parejas gays.

Es necesario subrayar que los países que se encuentran en los primeros lugares, presentan a su vez normas que ofrecen posibilidades a la comunidad al poder contar con los mismos derechos que los ciudadanos heterosexuales; y con ello inclusive más oportunidad a diferencia que en Perú.

3.2.5.6.1. Chile

En primer lugar, en Chile, de acuerdo a una encuesta aplicada al interior del territorio chileno en el 2017, se detectó que el 2% de los pobladores mayores de edad se declaran directamente integrante a la comunidad LBGT, y ese porcentaje creció cerca de 50% desde la realización del último censo en el 2015.

Para el 2020, el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH), llevó a cabo una encuesta dirigida a 219 madres y padres de la comunidad, la cual reflejó que hay más madres (86,1%) que padres (13,3%) mientras que el resto (57%) tuvieron hijos mediante relación heterosexual, no obstante, señalaron que, si tuvieran la oportunidad de ser

nuevamente madre o padre, optarían por la reproducción asistida o la adopción.

De esta manera, el 14,6% se han convertido en padres al asumir solo la crianza, sin sexo, fertilización de por medio o adopción. Con relación a los hijos la mayoría son criados, educados y viven con una pareja homosexual (61,5%) y es consciente de tener dos madres o dos padres (77,3%). Por el contrario, la custodia en la mayoría de los casos (87,7%) solo tiene una madre o un padre biológico o la comparte con otras personas, que no es su pareja, ni menos los niños reconocen como sus padres.

Asimismo, la Fundación Igualdad también aplicó una encuesta en el país chileno, para conocer el estado de filiación de niños, niñas y adolescentes (NNA) que provienen de parejas LGBT. Las personas encuestadas constaban de 151 familias donde el porcentaje de las edades no varían considerablemente con los datos de los participantes del informe.

Respecto a la instauración de la unión civil, en resumen, a la conclusión que se llegó en base a los estudios fue que la unión civil sirvió para darle un segundo tipo de familia a la unión legal, puesto que los hijos no podrían inscribirse con el apellido de la pareja del mismo sexo que la madre o el padre.

3.2.5.6.2. México

En segundo lugar, se encuentra México, donde los casi 26 millones de familias que había durante el 2010 aumentaron. Se realizó un Censo de Población y Vivienda en que cerca del 1% estaban compuestas por parejas homosexuales. Según las cifras del INEGI (Instituto Nacional de Estadística y Geografía), se había registrado 229 mil 473 hogares conformados por parejas del mismo sexo de los cuales 172 mil fueron parejas de lesbianas y gays con hijos, ocurrido en el contexto el cual el matrimonio homosexual era una realidad solo en la capital de ese país.

Por ello, las familias homosexuales no esperan normas reguladoras para existir como hogares, sino que esperan las normas para obtener sus derechos. Por otro lado, la Encuesta Intercensal, muestra que en el país existe 198, 502 parejas gays donde el 53% de ese grupo tienen descendencia que serían 105, 116 familias, además se indica que el 6,2% de familias está conformado por hogares del mismo, y el 3.3% de familias se encuentra compuesta por parejas del mismo sexo con hijos. La encuesta además muestra los estados en las cuales se presentan mayor número de familias de este tipo; algunos de esos son Estado de México, ciudad de México, Quintana Roo y Baja California.

Al conocer el amplio número de familias, México requiere resolver eficazmente frente a los actos de discriminación y violencia, donde incluso podrían ser los psicólogos, debido a un estudio a estos profesionales que demostraron muestras de prejuicios heteronormativos que menosprecia a la comunidad, que a su vez afecta el servicio del profesional. Entre los actos realizados por los psicólogos es la obstaculización en el proceso de adopción de niños por las parejas de la comunidad; una de las razones expuestas era la incompetencia de estas personas para criar a un niño.

En contraposición, a dicha situación existen psicólogos como el de una institución educativa que, al contar con una niña de madres lesbianas, la profesional planteó a las madres y a la menor que dieran una conferencia para lograr incluir a las familias diversas dentro del lenguaje cotidiano de los niños.

3.2.5.6.3. Brasil

De acuerdo con el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE) señaló la existencia de 60 mil hogares del mismo sexo y a su vez la misma institución en el 2018 indicó que este tipo de hogares ha venido en incremento hasta un 61,7% en el 2018 y llegando a representar el 0,9% de la totalidad de matrimonios registrados en ese año, debido a que el

matrimonio entre mujeres creció a 64,2% algunos puntos más arriba que los hombres gays con un 58,3%.

Por el contrario, en el censo del 2021 lastimosamente no se consideró encuestar a la comunidad LGBT, a pesar del pedido realizado por las organizaciones al IBDGE, motivo por el cual, no se cuenta con cifras actualizadas en específico de las familias homoparentales en Brasil, puesto que impide realizar un plan de acción a gran escala en beneficio de las familias diversas.

Dichas familias se regían del principio de “Lo que no está prohibido está permitido constitucionalmente”; ya que, en varias de las resoluciones, la adopción homoparental ha sido aprobada debido que en su código civil no se especifica el sexo de los adoptantes.

A su vez, se señalaba que varios homosexuales para adoptar debían realizar el trámite de adopción como personas solteras con la finalidad de que sea registrado como una solicitud de monoparentalidad. Dicho esto, algunos estados en la actualidad aceptan la convivencia de las familias diversas y con pocos indicios de discriminación

3.2.5.6.4. Argentina

Es uno de los países que más progreso ha tenido sobre igualdad, debido a que fue el primer país de Latinoamérica en reconocer los derechos de matrimonio igualitario, siendo aprobado hace 13 años; y constituyendo el primer precedente legislativo en Buenos Aires. Con la aceptación del matrimonio igualitario se logró alcanzar a otros derechos como la herencia, la posibilidad de adoptar por parte de la comunidad LGBT y la familia.

En Argentina, las familias diversas tuvieron una lucha desde 1948 donde es regulada por primera vez la adopción de niños de manera parcial, ya que persistía el prejuicio que una pareja del mismo sexo pudiera criar un menor. Con el pasar de los años el concepto de familia fue evolucionando,

debido a que anteriormente era indispensable la procreación; sin embargo, dicha idea atentaba contra los Derechos Humanos, puesto que era discriminatorio y no reconocía la igualdad. Asimismo, en el documental titulado “Familias Diversas” se puede visualizar la lucha de familias homoparentales que en síntesis, explica el panorama que vivieron luego de la aprobación de una serie de leyes a favor de estos ciudadanos, que tomaron como elemento base la estigmatización.

Actualmente, la información más reciente sobre el número de familias diversas se encuentra en el artículo del 2017 elaborado por “El universal” señalando que el Instituto Nacional de estadística y censos de la República Argentina (INDEC) ejecutó un censo donde encontramos que el 0,33% de parejas eran del mismo sexo (24 mil 288) donde el 21% de ellos tienen hijos a cargo, es decir un 0,07% del total de parejas. De esta manera, los analistas indican que, si se calcula una proporción de la totalidad de esas parejas sobre el total de parejas por jurisdicción, la proporción más alta se encuentra en la capital de Argentina con 0,72% de parejas del mismo sexo.

De esta manera, estimando que el total de parejas, hay una mayor proporción de parejas lesbianas, quienes representan un 58,3%, mientras que el de varones es de 41,7%. Estas cifras se invierten en la capital donde hay 52,3% de parejas gays y un 4,7% de mujeres. Para finalizar la Agencia Presentes 2019, indicó que se tenía previsto ejecutar un censo en el 2020 que incluiría a las familias LGBT, no obstante, fue postergado por el inicio de la pandemia y está a la espera de fijar nueva fecha para su realización.

3.2.5.6.5. Colombia

En cuanto a la realidad de la comunidad LGBT colombiana no es diferente a la peruana, puesto que los pobladores manifestaron su rechazo con la crianza que podrían desempeñar las parejas del mismo sexo. Un hecho que merece ser mencionado es el matrimonio igualitario que empezó a partir del 2013. Donde las parejas podían formalizar sus matrimonios a

través de un notario o un juez; en todo caso, previo a ello dichas familias recurren por la vía judicial para exigir el reconocimiento de sus derechos. Debido a que el operador jurídico es el oficio el cual se dirige en primera instancia, no garantizaba los derechos de los padres del mismo sexo y sobre todo el bien del menor.

Por otro lado, se expusieron casos donde los demandantes eran juzgados por tener una orientación diferente a la heterosexual y no por la competencia parental que podría presentarse, razones como la salud mental, económica entre otros motivos en alusión al demandante gay. En sí, esta serie de razones son pretextos que maquillan la razón real para negarles la demanda de la pareja o individuo LGBT.

Motivo por el cual, la Corte Constitucional decidió permitir que las parejas homosexuales puedan adoptar niños o niñas, gracias a una sentencia emitida en el 2015; el cual se fundamenta en la vulneración del principio de igualdad por falta de protección al interés del menor, omisión legislativa referida a la interpretación e igualdad que desconoce los derechos de familia en especial el interés superior del niño. En ese sentido, la Corte declaró a favor de las familias diversas al considerar como argumento que la crianza a los niños adoptivos no ocasiona prejuicios o daños; asimismo el hecho de tener una orientación sexual diferente a la heterosexual no refiere carecer de moralidad ni principios.

De esta manera, la sentencia facilitó el fortalecimiento de las familias homoparentales en Colombia, tal es el caso que, en enero de 2017 a septiembre del 2018, hubo 11 casos donde la adopción igualitaria fue eficaz.

En resumen, el artículo colombiano publicado en el 2020, ENCSPA realizó una encuesta que señala que el 1,2% de los ciudadanos entre 18 a 65 años que habitan en zonas urbanas se identifican como gays, bisexuales o lesbianas y un 0,05% como transgénero. Para la coordinadora del área de

género de justicia Nina Chaparro alega que, no debería tomarse como definitorio y, de hecho, puesto que los resultados son bajos en contraste a otros estudios realizados a nivel global. “En sí no refleja la realidad más bien representa la realidad de un contexto donde las personas deciden no hablar de su identidad u orientación sexual por temor a ser discriminado” indicó.

A pesar, de haberse evaluado los censos y estudios para elaborar el mapeo de familias diversas o hogares integrados por parejas del mismo sexo no se hallaron datos oficiales en relación al tema.

3.2.5.6.6. Situación en Perú: consecuencias ante la falta de reconocimientos de derechos

Un tema a fin que trata otras materias relacionadas es la carencia de una aceptación nacional entre ellas la ausencia del reconocimiento del matrimonio y paternidad que deriva de una serie de vulneraciones tales como el derecho a la dignidad, la legalidad y la familia.

De acuerdo a un informe publicado en marzo del 2023 presenta las manifestaciones más comunes de esta ausencia de reconocimiento legal siendo las siguientes:

- Imposibilidad de acceder al matrimonio en Perú: Los entrevistados no pueden acceder a la unión civil como familia. De esa forma, nacen dificultades para acceder a prestaciones sociales y la aprobación social de su pareja actual.
- Imposibilidad de validar el matrimonio realizado en el extranjero: Señalan que carecen de asistencia legal, dinero y tiempo para certificar sus matrimonios. También manifiestan un sentimiento de desánimo para iniciar un proceso legal y validar sus uniones.

- Imposibilidad de recibir o brindar beneficios a la pareja y/o hijos: Existe una angustia por el impedimento de acceder al patrimonio común, licencia de paternidad, subsidios familiares y otras prestaciones que permitan vivir holgadamente.
- Falta de reconocimiento de los padres a los hijos en la documentación emitida por RENIEC: Otro motivo de angustia por los entrevistados es “la preocupante situación que atraviesan todas las parejas del mismo sexo”¹¹⁵. En el cual los hijos son reconocidos solamente por uno de los padres/madres. Ello implica una restricción de derechos para los niños, por ejemplo, podría tener dificultades en la atención en salud o no recibir una pensión de alimentos ante una separación, así como para la madre no inscribir quien por ejemplo podría reclamar un régimen de visitas ante una separación o la custodia de sus hijos en caso fallezca la madre que si fue reconocida.
- Necesidad constante de reclamos para no pasar por situaciones de discriminación o violencia: Los entrevistados se mantienen en alerta para garantizar sus derechos, sea individual o como pareja. Señala conocer sus derechos como primer paso para exigir sus derechos ante las autoridades y ser así el punto de partida para poder exigir a las autoridades correspondientes.
- Ausencia de leyes referidas a la protección de familias LGBTIQA: Al realizar el cómputo general de resultados a todos los entrevistados, se evidencia una carencia generalizada de interés por proteger a las familias LGBTIQA. Todos los entrevistados calificaron el reconocimiento de derechos como “nulo” o “inexistente”.

¹¹⁵ ASOCIACION FAMILIAS HOMOPARENTALES PERÚ (2023). El informe del estudio “evidenciando el contexto de las familias homoparentales y diversas en el Perú”. Disponible en < <https://familiashomoparentalesperu.files.wordpress.com/2023/05/estudio-final-completo-corregido.pdf>> [Consulta: 20 de Mayo 2023]

3.2.5.7. Paternidad sin maternidad

La doctora española Eleonora Lamm alega que, “en la actualidad existe una nueva estructura familiar referido a los matrimonios entre personas del mismo sexo es una tendencia en auge”¹¹⁶. Son varios los países que reconocen legalmente el matrimonio homosexual o igualitario, entre ellos Argentina y España. Por ejemplo, en el 2005, el gobierno español, mediante la ley 13/2005, modificó el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, aceptando la unión de parejas del mismo sexo y quedar equiparados a los matrimonios heterosexuales.

En el caso de Argentina, se sancionó la ley 26618 que modificaba el código civil al permitir los matrimonios homosexuales y conceder los mismos deberes y derechos al igual que una pareja heterosexual incluyendo además la posibilidad de adopción. La autora señala que, “anteriormente era usual aplicar la filiación por naturaleza como la filiación adoptiva en las familias constituidas por parejas heterosexuales porque así lo permite la ley”¹¹⁷. Sin embargo, para las parejas integradas por personas del mismo sexo no es posible establecer una relación de filiación entre padres e hijos, siendo permitible si es producido con cada miembro de la pareja por separado que puede darse mediante dos modalidades: la adopción y el empleo de las técnicas de reproducción asistida por una sola mujer (vientre y gameto)

A raíz de la reestructuración del término matrimonio, ha influenciado en la determinación de filiación respecto a las parejas homosexuales, que debe igualarse a la que se realiza en relación con las parejas heterosexuales, con su propia singularidad para cada caso según la propia biología.

¹¹⁶ LAMM, Eleonora (2012). Gestación por sustitución: Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Colección de bioética, Ediciones Universidad de Barcelona.p.58

¹¹⁷ Citado por LAMM, Eleonora.p.59

En ese sentido, nace la interrogante: ¿Se pisotea el interés superior del niño al ser criado por dos personas del mismo sexo? Esta pregunta es respondida a través de la Corte Internacional de Derechos Humanos en el caso *Atala riffo versus Chile* del 24 de febrero del 2012, donde se cita una sentencia de la Corte Suprema de México del 2010. En dicha resolución se debatía la constitucionalidad de la Reforma del Código Procesal Civil y Código Civil mexicano en diciembre del 2009 donde se reconoce al matrimonio homosexual en ese país.

Asimismo, el procurador general afectó la posibilidad de que estas parejas pudieran adoptar un niño. Con relación a esa situación la Corte alegó que “no hay pruebas que sustenten que los hogares homoparentales posean un elemento irregular que repercuta directamente en una mala educación. De esta manera, ni el Procurador General de la República, ni nadie que no tenga pruebas serias y metodológicas puede refutar dicha afirmación.

Para ello, es necesario contar con una carga de prueba que permita señalar minuciosamente que una pareja homosexual no es igual o es peor para el bienestar y salud de un niño que en una pareja heterosexual. De vez en cuando, se tiene la creencia a partir de una experiencia, anécdota o dato particular que lo generalizan inconsistentemente denominando “estereotipos”, esta noción equívoca a su vez da lugar a la intolerancia y los prejuicios sociales. En esas mismas palabras, no hay motivos reales que sustenten el impedimento en que una pareja homosexual pueda acceder a la maternidad o paternidad, porque no es válido basarse en la orientación sexual de la persona como fundamento, sería tachado al considerarse inconstitucional al infringir el principio básico de la igualdad.

Según estudios realizados en España, concuerda en los siguientes resultados¹¹⁸:

¹¹⁸ Citado por LAMM, Eleonora, p.60-61

- a) Las capacidades de padres homosexuales son iguales al de padres heterosexuales.
- b) Es irrelevante la orientación sexual de los padres para crear lazos afectivos entre los niños y sus padres.
- c) La orientación sexual de los padres no afecta el desarrollo en el rol de género y comportamiento de los niños.
- d) Los niños de parejas homosexuales no son afectados por el estigma social, en especial su relación con otros niños.

Es preciso poner énfasis que, las técnicas de reproducción asistida están brindando desde hace unos años la oportunidad de ser padres a las parejas homosexuales. Antiguamente, los niños de parejas homosexuales eran procreados por vínculos heterosexuales; hoy en día varios de los matrimonios gays deciden tener hijos con la ayuda de las TRA no solo para tener descendientes, sino la posibilidad de que el menor tenga una relación biológica con la pareja. Asimismo, al margen de esa opción existe la adopción que tiende a ser el último recurso para tener un hijo.

Al referirse a un matrimonio o pareja del mismo sexo integrado por hombres, estos deberán acudir al vientre de alquiler si es que desean ser padres biológicos de un niño. Esta técnica se muestra como única alternativa para parejas conformadas por hombres. Para este supuesto, debe primar la voluntad procreacional como factor determinante. De esta manera se enaltece los derechos del padre comitente en asumir la responsabilidad parental en favor de una familia homosexual que le es imposible reproducirse naturalmente.

Por lo tanto, para hacer la filiación, se debe considerar sobre la base de la voluntad procreacional que está manifestada por el matrimonio o la relación sentimental formada por dos varones, habrá paternidad sin maternidad. La mujer subrogante solo se encarga de gestar y parir al niño, pero no es la madre, ya que de tenerla en cuenta sería en menoscabo del interés superior del niño.

Otro aspecto es la falsa dualidad natural o artificial que surge al emplearse las técnicas de reproducción, referido a que el proceso de gestación es un desarrollo natural correspondiente a la mujer y los resultados de un producto aceptable no son garantizable. Es decir, no hay manera de asegurar un nacimiento exitoso, desde el inicio de la gestación porque existe la posibilidad de aparecer riesgos y dudas al igual que en las parejas heterosexuales. Donde lo único que cambia es la manera de manifestar la voluntad procreacional que en el caso de parejas gays nace por un anhelo profundo de llevarlo a cabo sin presiones o situaciones accidentales que pudieran obligar a tomar una decisión.

3.2.5.8. Los hombres también tienen necesidades de salud reproductiva

Para los expertos, en derecho médico y bioético Rebecca Cook, Bernad Dickens y Mahmoud Fathalla alegan que “los hombres además de tener intereses particulares de salud reproductiva tienen en consideración su condición física de salud y la conducta que afectan la salud sexual de la mujer”¹¹⁹. Dichas necesidades en los hombres incluyen la sexualidad, la protección para evitar infecciones venéreas, la prevención de la infertilidad y el manejo de la fecundidad.

Aparte de las enfermedades propias del género como el cáncer y la hipertrofia prostática. El rol que cumple los hombres puede ser un aporte óptimo en la salud reproductiva de las mujeres compartiendo la responsabilidad frente a la planificación familiar usando métodos anticonceptivos masculinos y apoyando a su pareja en el número de hijos que desean tener a través de una adecuada conducta sexual que incluye el uso de métodos para proteger su vida y la de su pareja. Es importante inculcar a los hombres el respeto hacia las mujeres tratarlas con igualdad y

¹¹⁹ J.COOK, Rebecca; M.DICKENS, Bernard y FATHALLA, Mahmoud (2003). Salud reproductiva y derechos humanos: Integración de la medicina, la ética y el derecho. Colombia. Editorial Printex impresores Ltda.p.42

de esta manera reforzar la condición de la mujer para prevenir la violencia de género.

Por otro lado, “los determinantes de la salud reproductiva se resumen en cuatro factores conocidos como las cuatro “Ps” que permite determinar la salud reproductiva general y particular”¹²⁰. La providencia, que determina la estructura genética incluso a la predisposición de contraer enfermedades; las personas, referido a su conducta y estilo de vida que puede ser óptima o no a su salud como también dañar la salud de otras personas; los políticos, que asumen un papel importante en las sociedades por intermedio de leyes y políticas que ayudan a progresar los derechos de salud; no obstante puede obstruir la independencia y capacidad de la toma de decisiones en relación a la salud reproductiva, así como el control de los recursos que asignan a la salud; los proveedores, que brindan el servicio de salud gracias al avance de la ciencia otorgan los medios para cuidar, conservar y recuperar la salud, hasta un cierto nivel óptimo para la vida.

Los profesionales de la salud no deben laborar con restricciones en una relación médico-paciente al ofrecer un servicio clínico, porque deben cumplir las obligaciones del sistema de salud, así como derribar las barreras para mejorar la salud en especial de las mujeres que con frecuencia están enraizadas en condiciones culturales, sociales, legales, económicas y otros factores externos.

Se debe entender que el derecho a la salud no significa estar saludable, ya que contiene libertades y derechos. Donde las libertades consideran al derecho de controlar la salud y el cuerpo, como también la reproductiva y sexual; y el derecho a no sufrir torturas ni al sometimiento de tratamientos médicos y experimentaciones no acordadas.

¹²⁰ Citado por COOK, Rebecca; M.DICKENS, Bernard y FATHALLA, Mahmoud pp.43-44

Por el contrario, los derechos consideran al sistema de protección de la salud que otorgue las mismas oportunidades de gozar una buena salud. Este sistema de salud tiene deberes respecto a la salud de los ciudadanos como el de respetar, proteger y cumplir estos derechos básicos, al igual que respetar las libertades y los derechos ya mencionados líneas atrás. Dichas obligaciones le exigen al sistema abstenerse a realizar omisiones u actos que afecten directa o indirectamente en el derecho del disfrute a la salud de una persona. Por ello, la importancia de garantizar el acceso a la salud, así como la igualdad de oportunidad para todos los ciudadanos.

3.2.5.9. Padres solteros por elección

Como es natural en la vida “llega un momento donde varias personas sienten la aspiración de formar una familia al estar preparados para tener un hijo, sin embargo, aún no han encontrado a la persona con quien realizarlo”¹²¹. En ese sentido, existen alternativas hacia la paternidad y uno de ellos es convertirse en padre soltero por elección. Cuando se piensa en familias monoparentales, lo usual es pensar en personas que tuvieron una vida difícil, sea divorcio, abandono o la muerte de la pareja.

No obstante, cuando es una elección personal convertirse en padre soltero el panorama cambia al no haber sentimiento de pérdida, no hay ninguna batalla frustrante por la custodia y mucho menos sentimientos de resentimiento.

El padre soltero por elección es aquel que elige tener un hijo quién será el único proveedor del niño, incluso algunas personas que eligen dicha opción no quieren casarse, porque se sienten suficientemente seguros financiera y emocionalmente para criarlo por su cuenta o quizás tener el hijo antes de casarse.

¹²¹ Progyny (2023). Padres solteros por elección. Disponible en <
<https://progyny.com/education/emotional-support-and-awareness/single-parents-by-choice/>>
[Consulta: 29 de Mayo 2023]

Por otro lado, un estudio publicado en el 2016, detectó que la maternidad en solitario no genera problemas psicológicos en los niños, aunque el estudio no evidencia la diferencia entre las familias monoparentales de las biparentales sí se observa menos problemas en la familia monoparentales. La catedrática Susan Golombok investigadora de la Universidad de Cambridge afirma que “a los niños les va igual de bien en las nuevas estructuras familiares que la familia tradicional”.

Según una encuesta del 2021, realizada por Modern Fertility Andzola, “el 27% de los entrevistados estuvo de acuerdo en convertirse en padre y no necesita de una pareja”¹²².

De esta manera, hay cada vez una mayor aceptación de la paternidad soltera en especial para las madres solteras por elección que eligen casarse más tarde en la vida, al acceder a los bancos de gametos como una persona soltera. Asimismo, las entrevistas con quienes han optado por ser padres sin pareja y los investigadores de este espacio “no solo respaldan esa afirmación, sino que revelan cómo una mayor visibilidad de este colectivo está ayudando a romper los estigmas en torno a la elección y ofreciendo una ventana a través de la cual otros pueden ver lo que es dar este paso, puede verse como en acción”¹²³. Para muchas personas que han sido condicionadas para ver tener un hijo antes de casarse, o incluso estar en una relación comprometida, como un tabú, esto puede ser especialmente revelador y, potencialmente, un cambio de vida.

Al presente, hay 2,6 millones de padres solteros en los Estados Unidos, “tanto por elección como por casualidad; y que a pesar de haber poca investigación sobre el tema se especula que esta población va en

¹²² Carrot (2023). Recursos para padres solteros por elección. Disponible en <<https://www.get-carrot.com/blog/resources-for-single-parents-by-choice>> [Consulta: 30 de Mayo 2023]

¹²³ wellandgood (2021). La creciente visibilidad de aquellos que son padres solteros por elección está allanando el camino para otros que quieren tener hijos antes de encontrar pareja. Disponible en < <https://www.wellandgood.com/single-parents-by-choice/> > [Consulta: 30 de Mayo 2023]

crecimiento”¹²⁴. Los padres solteros por elección tienen las mismas opciones de formar una familia que las familias con dos padres. Entre los caminos a optar se encuentran:

- La adopción: Suele ser la opción más práctica para personas solteras que representa cerca del 30% de las adopciones en USA a su vez los padres enfrentan discriminación, puesto que las agencias prefieren hogares con dos padres.
- Reproducción asistida por donantes: En esta modalidad, se emplea óvulos, embriones o esperma donados para dar a los padres solteros la opción de tener hijos biológicos de forma independiente. Entre las opciones que puede emplear un padre soltero, se encuentra la fertilización in vitro (FIV), cuando el óvulo fertilizado en un laboratorio y se transfiere un embrión al útero. La inseminación intrauterina (IIU), aquí los espermatozoides son preparados para ser colocados directamente en el útero, ambas opciones pueden costar entre los 4000 a \$25,000 dólares.
- Servicios de portadora gestacional: Los arreglos de portadora gestacional, conocido como subrogación es una alternativa para aquella persona sin útero, o aquel que no puede tener un hijo por su cuenta. En este procedimiento, una mujer lleva el embarazo con el que no está relacionado genéticamente, de esta forma el aspirante a padre soltero podría usar su propio gameto y un óvulo donado para crear un embrión que luego será transferido al útero.

Estos casos, visibilizan que la paternidad en solitario puede ser un reto, motivo por el cual varios optan por recurrir a las redes sociales plataformas como youtube y facebook entre otras herramientas de internet que brindan a personas de todas las nacionalidades compartir sus historias

¹²⁴ Citado por Carrot

personales y apoyar a otros con sus experiencias, a través de amigos, familia y entorno cercano hacia el camino a la paternidad soltera.

3.2.5.10. El estigma de la monoparentalidad

Hoy en día, la paternidad soltera es considerada un estigma, de acuerdo, con una encuesta realizada por Pew Research Center del 2015, “los dos tercios de los entrevistados indicaron que las mujeres solteras eran malas para la sociedad convirtiéndose en un punto de vista que muchos tienen todavía sobre aquel grupo de personas con un pensamiento diferente de familia y que deben enfrentar regularmente”¹²⁵.

En palabras de Moore un cristiano estadounidense señaló en su testimonio que “no tenía de malo fomentar ser una persona soltera, creyendo que todos me apoyarían, puesto que, es una forma de expresar apoyo a los demás. Sin embargo, varias personas me han dicho que lo que hago es pecado y que Dios desea que los niños sean criados por un esposo y una esposa” afirmó el entrevistado.

Como es de considerar, la idea de convertirse en padre por elección era una idea poco común, la única opción era adoptar, aunque estaba limitada, ya que las agencias preferían que los adoptantes fueran parejas heterosexuales casadas.

Para el 2022, se presentan variadas alternativas para los padres solteros. “El avance tecnológico en la reproducción asistida a permitido a las parejas y personas de cualquier origen tengan la posibilidad de construir sus propias familias”¹²⁶. Ahora en relación al tratamiento de fertilidad, es necesario tener consideraciones por que permitirá comprender mejor el proceso de fertilidad y a establecer expectativas.

¹²⁵ Citado por wellandgood

¹²⁶ Nova (2023). El viaje para convertirse en padre soltero por elección. Disponible en <<https://www.novaivf.com/blog/the-journey-to-becoming-a-single-parent-by-choice>> [Consulta: 31 de Mayo 2023]

Decidir por la paternidad soltera por elección es una opción viable para aquellos que no hallaron una pareja o estén listos para iniciar una nueva etapa como padre. En ese sentido, este tipo de familia de padres solteros con un hijo o más, es nueva y no siempre es reconocida en algunos países debido que no todos están abiertos a aceptar por padres o madres solteros por elección, si bien no debería influenciar en su decisión, aún persisten personas que realizan comentarios o consejos no deseados, varias de ellos no tienen mala intención y quizá no estén informadas sobre la diversidad en las familias. Por otro lado, buscar un tratamiento de fertilidad puede ser cansado a nivel psicológico y físico; por ende, es necesario contar con apoyo de sus seres queridos, así como de un terapeuta para ayudarlo a facilitar cada paso del proceso.

Entonces, estas consideraciones son importantes al momento de empezar una travesía hacia la paternidad monoparental por elección, pero siempre recordar que existen una responsabilidad en la crianza de un niño. Luego de exponer las consideraciones más importantes, pasamos a las opciones de tratamiento de fertilidad para alcanzar la paternidad en solitario.

3.2.5.10.1. Opciones de tratamiento de fertilidad para madres solteras por elección

Las mujeres que deseen ser madres por elección deberán considerar la donación de un gameto masculino que podría ser de algún conocido o de un donante anónimo a través de una agencia de donantes que ayudará a elegir al mejor donante de espermatozoides según la preferencia de la interesada.

Agregado a ello, la mujer debe someterse a un procedimiento, como se ha mencionado en capítulos anteriores. La primera, la inseminación intrauterina en el cual se introduce el espermatozoides donado al cuello uterino a través de un pequeño catéter. El segundo, denominado fertilización in vitro, donde la mujer es sometida a un tratamiento de recuperación de óvulos que luego pasará a ser fertilizado con el espermatozoides del donante.

Estas alternativas deben ser analizadas por el médico especialista en función a los objetivos de salud, desarrollo familiar y fertilidad. Por ello, “para las parejas de mujeres y las mujeres que deciden llevar la maternidad en solitario, la ausencia de figura masculina no supone un problema, estas mujeres pueden quedar embarazadas con el uso de la TERAS”¹²⁷.

3.2.5.10.2. Opciones de tratamiento de fertilidad para padres solteros por elección

En el caso de los hombres solos o una pareja gay que optan por la paternidad solitaria, es indispensable un vientre subrogado, ya que carecen de un útero para el desarrollo eficiente del bebé. Para lo cual, una mujer llevará el embarazo y luego dará a luz un bebé para el individuo. En gran medida, la gestante no está vinculada biológicamente con el embrión que porta en su vientre; por lo tanto, el empleo del óvulo donado también forma parte del proceso.

Los hombres pueden recurrir a dos opciones: usar óvulos donados de una donante conocida (amiga) o solicitar la ayuda de una agencia que puede asesorar en la elección de una donante (características físicas, rasgos de personalidad, fotos del donante, logros educativos y pasatiempos) que cubran sus necesidades, así como el proceso de recibir los gametos frescos. Además de una previa consulta endocrinológica reproductiva que permitirá obtener información sobre sus posibilidades y salud de fertilidad mediante pruebas de diagnóstico, así también, evaluar sus alternativas para guiarlo en la toma de decisiones que satisfaga sus necesidades en el desarrollo familiar e ir en la dirección correcta.

Por ejemplo, hasta la fecha en Estados Unidos se detectó un 8% de hogares que tienen a un padre soltero de hijos menores de edad que son

¹²⁷ Reproducción asistida ORG (2021). Opciones que tiene un hombre soltero para ser padre. Disponible en < <https://www.reproduccionasistida.org/quiero-ser-papa/> > [Consulta: 01 de Mayo 2023]

cabeza de familia, subrayando de nuevo la última encuesta elaborada por Pew Research Center “cerca de 2,6 millones de hogares con menores de edad tienen a un papá soltero en el 2015, respecto a los 300,000 en 1960”¹²⁸. A su vez, afirma que, de cuatro hogares uno presenta un progenitor varón adulto, no obstante, los datos no especifican si son padres por elección, viudos, etc.

Cabe Resaltar, que la página de contactos y EDarling consultó a más de 3,500 hombres solteros y llegaron a la siguiente conclusión: Los padres solteros están más satisfechos que sus congéneres sin hijos, a pesar que las diversas responsabilidades como padres les hace llevar una vida más estresante inclusive hacerlo menos optimistas y exigirse más de lo habitual. “Es más, los hombres con niños se sienten realizados en especial más satisfechos, por el hecho de ser padres y disfrutar de la compañía de sus hijos” señalaron algunos encuestados.

En resumen, “los padres por elección tanto hombres heterosexuales como los homosexuales expresan en gran medida el deseo al proyecto familiar con el fin de tener descendencia y asumir una paternidad con responsabilidad como prueba de autenticidad del mismo”¹²⁹. En ese sentido, para los hombres gays en especial merecen un tratamiento aparte, ya que sus motivos son más complejos que ahondan más allá del deseo de paternidad e interroga aspectos elementales de su individualidad, dando lugar a la elaboración de una autorepresentación sobre sus competencias y capacidades para la formación, educación, afecto y crianza de un niño y

¹²⁸ MAESTRO, Alva (2019). Padres solteros por elección. Disponible en <
<https://masola.org/padres-solteros-por-eleccion/> > [Consulta: 01 de Mayo 2023]

¹²⁹ LORES MASIP, Fernando & AYALA RUBIO, Ariadna (2014). Trabajarse la paternidad: Sobre las estrategias de los padres solteros por elección (PSPE) frente a la valoración de la idoneidad. Disponible en <
https://www.researchgate.net/publication/336319717_TRABAJARSE_LA_PATERNIDAD SOBRE_LAS ESTRATEGIAS_DE_LOS_PADRES_SOLTEROS_POR_ELECCION_PSPE_FRENTE_A_LA_VALORACION_DE_LA_IDONEIDAD> [Consulta: 01 de Mayo 2023]

considerar como referente tradicional a las mujeres - madres para ser un buen padre.

De esta forma, la perspectiva de estos varones al deseo de ser padres alude a un campo intrapersonal que apela a su propio mundo interior, emocional y afectivo que consolida un conjunto de significaciones sobre el anhelo de trascender mediante la educación y el cuidado del niño como expresión de autorealización personal.

Entonces, ante el deseo en mayor o menor grado por los padres por elección, en palabras de esta población de varones la relación de filiación cobra sentido como ámbito de autorealización, en esa línea analiza esa necesidad paterna como paternidad individual incluyendo como parte de la sucesión lógica en su etapa de vida. Asimismo, al igual que varias mujeres, los hombres también prefieren posponer su paternidad por priorizar su carrera profesional hasta llegar a una edad límite que opera como el inicio en el proyecto de acceso a la paternidad.

Tal cual, los padres por elección crean sus proyectos de paternidad como parte de una redefinición de su identidad de género a través la cual realizan prácticas que ellos mismos perciben como más propias del género femenino, reconsiderando el valor propio de los cuidados y la crianza en su arreglo personal como ser humano.

Siendo así, los candidatos a padres, que pueden pertenecer a una distinta generación u orientación sexual se ven obligados a dar una fiabilidad a sus proyectos de familia monoparental que constituye la aspiración de hombres solteros, quienes deben enfrentar diferentes manifestaciones de discriminación en su camino por alcanzar la paternidad.

SUBCAPÍTULO II: Casos de filiación por maternidad subrogada

1) Caso Ricardo Morán

A propósito de la problemática generada a partir del empleo de las técnicas de reproducción asistida, esta se ha manifestado no solo en países de distintas partes del mundo, sino también en Perú un caso nacional sin ir más lejos, es la situación vivida por Ricardo Morán quien es un productor y jurado de conocidos programas de televisión de un medio de comunicación, además de empresario y guionista, quien optó por recurrir a la maternidad subrogada para convertirse en padre.

Debemos considerar que el productor de televisión es miembro de la comunidad de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales (LGTB). Por lo tanto, no se unirá en pareja o en un matrimonio con una mujer como es usual, puesto que al tener una orientación sexual diferente no es posible la procreación humana mediante una relación sexual homosexual.

Su caso inicia en el 2019, cuando ante el anhelo de ser padre y tener 45 años de edad le preocupaba no poder disfrutar de sus hijos conforme crecieran. Al ser una decisión tomada hace 14 años decidió concretar el sueño de convertirse en padre a través del uso de las TERAS.

Por ende, el productor viajó a Estados Unidos para llevar a cabo el proceso en una reconocida agencia con más de 20 años de funcionamiento, debido que en dicho país tiene un marco legal adecuado, abogados familia, abogados especializados en reproducción de donación de óvulos y gestación subrogada, clínica de fertilidad, implementación de embriones, banco de datos de mujeres, mujeres gestantes subrogadas y donante de óvulos.

Asimismo, no hay ningún tipo de discriminación del porque son dos hombres o mujeres juntos, hombre soltero o mujer soltera. El tratamiento requirió de una donante de óvulos que no la conoce y cuyo nombre está registrado en la Corte de Los Ángeles. De la misma manera, la mujer que prestó

su útero para que sean insertados los óvulos fecundados in vitro cinco días después del proceso es otra, de esa forma no existe una relación biológica con los niños por lo que no hay responsabilidad maternal. La mujer subrogante, ya ha sido madre de dos de sus hijos con anterioridad.

Tras el nacimiento de los niños, el empresario decide inscribirlos en Estados Unidos como en el Perú a través del Consulado peruano en Houston. Para esto, se presentan dos escenarios: en el primer país, logró realizar la inscripción de los menores gracias a la resolución emitida por un juez que lo declara como único padre de los niños por consiguiente se le entregó las partidas de nacimiento y automáticamente los pasaportes. Al contrario, en el segundo país, recibió una respuesta negativa por parte del Consulado peruano al comunicarle que no podría inscribirlos al no contar con una presencia física de la madre.

De acuerdo con el análisis de varios juristas entre ellos la doctora y catedrática de derecho de la Universidad Católica del Perú Patricia Beltrán Pacheco afirma la importancia que “las técnicas de reproducción humana deben ser incluidas en el ordenamiento jurídico nacional vigente, puesto que solo contamos con el artículo 7 de la Ley General de Salud el cual reconoce que todo individuo tiene el derecho a realizarse un tratamiento de fertilidad, así como traer una vida al mundo a través del uso de las tecnologías”¹³⁰.

Según la jurista al interpretar la norma se debe considerar que se está relacionado con el ejercicio de derechos sexuales y reproductivos, como también los derechos básicos universales que la persona ejerce con libertad y autonomía. Es importante resaltar que todo individuo, tiene el derecho a realizar una planificación familiar de su vida de forma responsable y libre la paternidad y maternidad, para así determinar el número de hijos que desea

¹³⁰ EnfoqueDerecho.com (2020). Caso Ricardo Morán. Entrevista a Patricia Beltrán. Disponible en < <https://www.enfoquederecho.com/2020/12/18/caso-ricardo-moran-entrevista-a-patricia-beltran/> > [Consulta: 22 de Abril 2023]

tener, el espaciamiento entre ellos, además del acceso a la información objetiva de los métodos anticonceptivos.

Motivo por el cual, se ha elaborado un anteproyecto de reforma del Código Civil, que está por ser analizado por las instancias adecuadas, la idea de los juristas es incluir un capítulo especial que toque y desarrolle la filiación en la reproducción asistida, esto permitirá agregar una respuesta legal que facilitará equidad entre el derecho y la nueva realidad.

En lo que respecta a la situación del conocido productor, “los representantes del Registro Nacional de Identidad y Estado Civil, señalan que no hay regulación con los casos donde solo el padre solicita la inscripción del niño”. La postura de la institución es legal; sin embargo eso representa desconocer los derechos de los padres al igual que los hijos transgrediendo sus derechos e intereses como a tener aun nombre y en consecuencia a una identidad y a una nacionalidad, muy por el contrario que son derechos fundamentales reconocidos por organismos nacionales e internacionales aceptados por el ordenamiento jurídico nacional, es más fueron materia de pronunciamiento por la Corte Internacional de Derechos Humanos y órganos peruanos quienes coinciden a través de las jurisprudencias ordenar inscripción administrativa.

En la actualidad, la filiación de un menor producto del empleo de la reproducción asistida constituye una nueva realidad a causa de las tecnologías científicas creando escenarios inéditos en el derecho de familia. En concreto, la actitud de RENIEC es legalista frente a las peticiones de inscripción relacionadas al caso, razón por el cual los padres deben recurrir a los órganos de la Administración de Justicia con el propósito que se le reconozcan los derechos de los ciudadanos a través de la sentencia, solicitando a la institución se conceda el mandato jurisdiccional.

Al existir varias peticiones en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, dichas autoridades han elaborado un proyecto de ley que permita

crear una normatividad reguladora de las inscripciones solicitadas por los ciudadanos, no obstante, los niños y adolescentes se mantendrán en incertidumbre jurídica, y entre tanto los padres optarán por judicializar el caso.

No es necesario realizar una interpretación amplia como tampoco inaplicar la norma, puesto que se trata de un hecho no regulado. De esta manera, al haber un vacío legal, las autoridades correspondientes se ven impedidas de actuar o resolver una filiación que permita vincular un padre con su hijo. La doctora, además expone que en el Código Civil en su artículo 21 se estipula que la madre puede inscribir a sus hijos con sus apellidos cuando no desea revelar el nombre del padre. En ese sentido, la interrogante es ¿por qué el padre no podría realizar el mismo acto? es más la norma no lo prohíbe de manera expresa, hay un tema de inequidad en ese aspecto señaló.

Para resumir, Beltrán alega la necesidad de establecer criterios legales que ayuden a solucionar el problema en razón de los niños y adolescentes que fueron concebidos mediante procedimientos de reproducción asistida. En efecto, es el derecho a tener un nombre, una nacionalidad y una identidad en especial el derecho a vivir en una familia estable que garantice su crecimiento, su interés superior y en particular a tener una vida feliz.

Respecto a los argumentos que podrían sustentar y sea doble la inscripción y reconocimiento solo por el padre, en palabras de Alma Arámbula, “la norma solo considera a las madres para inscribir al menor desplazando la identidad del padre, no obstante, no se ha analizado los casos donde sea el padre quien registre a sus hijos y obvie la identidad de la madre”¹³¹. En ese sentido, la norma no se apega a la evolución social de la nueva realidad y a los avances tecnológicos, puesto que en el caso de Morán no se conoce la identidad de la

¹³¹ EnfoqueDerecho.com (2022). La falta de regulación de las TERAS y su impacto en el resguardo a la identidad de los niños, niñas y adolescentes. Disponible en <<https://www.enfoquederecho.com/2022/06/13/la-falta-de-regulacion-de-las-teras-y-su-impacto-en-el-resguardo-a-la-identidad-de-los-ninos-ninas-y-adolescentes/>> [Consulta: 23 de Abril 2023]

madre que donó los óvulos y la gestante subrogada renunció a los derechos de los menores. De modo que, la norma limita el inicio del uso de las TERAS hasta la inscripción del menor. Asimismo, el productor recurrió a una acción de amparo para lograr obtener la partida de nacimiento de sus hijos y figurar como padre debido que hasta ahora no son reconocidos por el estado. Por otro lado, hay una oposición a la Convención de Derechos Humanos en su artículo 3 que reconoce la personalidad jurídica de todo individuo y eso incluye a los menores de edad. Los hijos de Morán no gozan de esos derechos fundamentales, es más no hay protección al interés superior del niño de acuerdo a ley. En igual forma el estado no ha logrado amparar la inscripción e identidad de los niños como lo señala el Código del Niño y el Adolescente.

El actor y también escritor, declaró haber solicitado la inscripción de sus mellizos en el 2020, sin embargo, el RENIEC “rechazó la posibilidad de lograr inscribir a sus hijos. De esta manera, los niños viven en el país como ilegales al no tener un documento de identificación, ya que el RENIEC y la ley se lo han denegado”¹³².

Para el 2021, el mismo organismo de identificación de ciudadanos volvió a desestimar el posible registro de los hijos de Ricardo Morán. En julio del 2022, el Noveno Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, a cargo del juez Juan Torres Tasso, declaró “infundada la demanda de amparo formulada por el productor contra el RENIEC, donde pedía inscribir a sus mellizos como ciudadanos peruanos que nacieron por vientre de alquiler”¹³³.

¹³² 24 HORAS EDICIÓN CENTRAL (2022). Ricardo Morán apelará al fallo de la corte suprema que impide inscribir a sus hijos en Reniec. Disponible en <<https://panamericana.pe/24horas/locales/355008-ricardo-moran-apelara-fallo-corte-suprema-impide-inscribir-hijos-reniec>> [Consulta: 23 de Abril 2023]

¹³³ RPP Noticias (2022). Ricardo Morán apelará al fallo en contra del amparo que pretendía inscribir a sus hijos en el RENIEC. Disponible en <<https://rpp.pe/famosos/farandula/ricardo-moran-desestiman-demanda-de-amparo-que-pretendia-inscribir-a-sus-hijos-en-reniec-noticia-1419680>> [Consulta: 22 de Abril 2023]

El empresario expresó su malestar ante la decisión del magistrado Torres Tasso que continúa obstruyendo la inscripción de sus niños al señalar que “es inconstitucional, ya que vulnera el principio de jerarquía constitucional del artículo 51 de la Carta Magna, que permitiría el registro de los hijos de cualquier peruano, donde el juez prioriza el Código Civil por arriba de la Constitución lo que desampara y arrebató los derechos de los bebés”.

Algunos de los motivos que llevaron al magistrado a tomar tal decisión es que “se concede la inscripción a ambos progenitores, a madres solteras o abandonadas, para que lleven los apellidos correspondientes”¹³⁴. Por el contrario, no hay consideración hacia parejas del mismo sexo o padres solteros. Además, los mellizos del productor, nacieron por vientre subrogado método donde una mujer gesta y da a luz a un niño con la finalidad que otra persona o pareja asuma la responsabilidad.

La exministra de la mujer Gloria Montenegro manifiesta que “en el Perú la falta de legislación sobre todo lo que tiene que ver con técnicas de reproducción asistida es deficitario y tiene que modernizarse”¹³⁵. En ese aspecto, el estar rogando por un documento de identificación o hacer una serie de trámites y no tengan acceso a sus derechos, les está afectando al derecho a la identidad. Deben ser reconocidos por el Código Civil que tiene que actualizarse, tenemos que estar vigentes en el siglo XXI como lo están todos los países del mundo y el Perú tiene que entrar allí y dejar el tema sumamente conservador que significa un retraso en nuestro país” indicó.

Meses después el 13 de octubre del 2023 el Tribunal Constitucional emitió fallo que resuelve conceder los apellidos paternos a los menores de iniciales C.M.V. E.M.V. y puedan ser reconocidos como peruanos. Por el

¹³⁴ Agenda país (2022).Ricardo Morán: Justicia rechaza amparo de conductor que pretendía el registro de sus mellizos nacidos por gestación subrogada. Disponible en <<https://agendapais.com/actualidad/ricardo-moran-justicia-rechaza-amparo-de-conductor-que-pretendia-el-registro-de-sus-mellizos-nacidos-por-gestacion-subrogada/>> [Consulta: 24 de Abril 2023]

¹³⁵ Citado por 24 HORAS EDICIÓN CENTRAL

cual, el TC “ordenó al Reniec la inscripción inmediata tras cuatro años de intensa lucha contra los aparatos de justicia para lograr su registro en la mencionada entidad”¹³⁶. Cabe mencionar que los criterios adoptados por el TC fue el no tomar en consideración las circunstancias en que fueron concebidos, sino en la discriminación existente hacia los hombres en perjuicio de registrado solo con sus apellidos.

Como sabemos el Código Civil peruano solo admite “a las mujeres inscribir a sus hijos con sus apellidos sin mencionar el nombre del padre; sin embargo, no se aplica el mismo derecho al padre y está obligado inscribir al hijo con el apellido de la mujer y el suyo; lo que hace, restrictivo e impide ejercer su derecho de forma individual”¹³⁷.

De esta manera, el productor de tv consiguió “la inscripción de sus niños en el Registro Nacional de Identificación quienes obtuvieron su respectiva partida de nacimiento y posteriormente el DNI”¹³⁸. En ese sentido, se establece un precedente histórico al reconocer como familia en el Perú este tipo de casos de maternidad subrogada. Así pues, se podrá otorgar la oportunidad a diversas familias en concretar el anhelo del proyecto de vida.

2) Caso Sofía Mulanovich

La excampeona mundial de surf Sofía Mulanovich, se convirtió en madre fruto de la relación con su pareja de más de tres años la venezolana y

¹³⁶ Tribunal Constitucional ordenó al Reniec inscribir a los hijos de Ricardo Morán y reconocerlos como peruanos <https://elcomercio.pe/tvmas/famosos/tribunal-constitucional-ordeno-al-reniec-inscribir-a-los-hijos-de-ricardo-moran-y-reconocerlos-como-peruanos-tribunal-constitucional-ricardo-moran-emiliano-moran-catalina-moran-reniec-nacionalidad-famosos-ultimas-noticia/>

¹³⁷ Caso Ricardo Morán: ¿qué dice la ley peruana sobre nacionalizar niños que nacieron de embarazos subrogados? <https://larepublica.pe/sociedad/2023/08/24/caso-ricardo-moran-que-dice-la-ley-peruana-sobre-nacionalizar-ninos-que-nacieron-de-embarazos-subrogados-reniec-tribunal-constitucional-vientres-de-alquiler-1915808>

¹³⁸ TC ORDENÓ AL RENIEC LA INSCRIPCIÓN INMEDIATA DE LOS HIJOS DE RICARDO MORÁN Y RECONOCER SU NACIONALIDAD PERUANA <https://www.tc.gob.pe/institucional/notas-de-prensa/tc-ordeno-al-reniec-la-inscripcion-inmediata-de-los-hijos-de-ricardo-moran-y-reconocer-su-nacionalidad-peruana/>

también surfista Camila Toro, quien concibió al niño a través de inseminación artificial.

La joven venezolana, llevó el embarazo y trajo al mundo al bebé en medio de la pandemia por Covid 19 el 2020. “A pesar de mostrarse feliz en su nueva faceta de madre al lado de su pareja su experiencia maternal no es completa, debido que en el Perú al igual que en Venezuela, son uno de los pocos países que se encuentran relegados sobre los derechos de las personas miembros de la comunidad LGTB”¹³⁹.

En ese sentido, las parejas gays o lesbianas no son aceptadas por el Perú lo mismo sucede con las personas trans, al no haber un marco legal que proteja este tipo de parejas como el caso de una pareja de dos madres. Aunque la deportista haya obtenido logros para el país. “No se le ha concedido la maternidad compartida con su pareja, ya que quien vivió el embarazo y dio a luz al niño fue Camila, por lo tanto, los nombres y apellidos de Sofía no estarán en la partida del bebé”¹⁴⁰. No podrá proteger a su familia, puesto que, para el estado las familias homoparentales no son reconocidas a diferencia de las familias heterosexuales que presentan una regulación administrativa para inscribir a sus hijos, en pocas palabras Sofía no puede ser reconocida como madre legalmente mientras que Camila será considerada como madre soltera. Así que, el hijo de Sofía y Camila no tendrán los mismos derechos y oportunidades que los hijos de familias tradicionales.

De esta manera, solo Camila podrá realizar diversos trámites legales y administrativos a nombre de su hijo tal como matricularlo en el colegio, llevarlo al hospital, obtener un seguro de salud, etc. El caso de Sofía es uno de

¹³⁹ Mano alzada (2020). Sofía le dio triunfos al Perú, el Perú no le dará derechos a sus hijos. Disponible en <<https://manoalzada.pe/lgtbiq/sofia-le-dio-triunfos-al-peru-el-peru-no-le-dara-derechos-a-su-hijo#:~:text=La%20dos%20veces%20campeona%20mundial,prevenir%20la%20propagaci%C3%B3n%20del%20coronavirus>> [Consulta: 24 de Abril 2023]

¹⁴⁰ Citado por Mano alzada

los diversos sucesos que acontecen en el país, siendo necesario una regulación legislativa sobre esta realidad familiar y proteger con equidad a sus ciudadanos.

3) Caso Darling y Jenny

La historia de Darling Delfín y Jenny Trujillo una pareja de lesbianas que al tener el deseo de unir sus vidas y formar una familia, deciden viajar a México para casarse legalmente en febrero del 2012. Puesto que, en Perú, el matrimonio homosexual no es reconocido, dos años después nació el niño de ambas en ese país, ya que en México se acepta y reconoce como madres a Darling y a Jenny por estar casadas, y así registrar en la partida de nacimiento a su hijo¹⁴¹.

Tras retornar al Perú y denegarse la inscripción en varias ocasiones, en el 2016, la pareja inicia su batalla legal a fin de conseguir el reconocimiento de comaternidad de su niño por el Reniec y en consecuencia figure los apellidos de las madres en el DNI del menor, donde el Juzgado Constitucional de Lima, a cargo del magistrado Jonathan Valencia, declaró fundada en parte la demanda interpuesta por las dos madres, y ordena a Reniec la inscripción de los apellidos de las madres en el DNI del niño, además de pedirle considerar el interés superior del niño al emitir actos administrativos que pudieran afectar o perjudicar a niños, niñas y adolescentes. Asimismo, exhorta a la institución al respeto a las normas supranacionales y nacionales en relación a los Derechos Humanos que son aceptados por el Perú.

Por otro lado, entre los derechos denegados en el caso de las esposas, la sentencia declaró improcedente tales derechos como el derecho a no ser discriminado por su opción sexual, el derecho a ser madres, al libre desarrollo de la personalidad y privacidad. En relación al niño se atenta a su identidad, a

¹⁴¹ Agencia presentes (2021). Poder Judicial peruano reconoce la comaternidad, tras 5 años de lucha de Jenny y Darling. Disponible en <<https://agenciapresentes.org/2021/10/18/poder-judicial-peruano-reconoce-la-comaternidad-de-una-pareja-de-lesbianas-tras-5-anos-de-lucha/>> [Consulta: 25 de Abril 2023]

no ser separado de sus madres, a una personalidad jurídica, a la protección de su familia y a no ser discriminado por la opción sexual de sus progenitoras.

De esta manera, entre las consideraciones legales que adoptó el juez fue, “la Constitución Política del Perú en sus artículo 2 y 4 que señalan el derecho de igualdad ante la ley y el deber de proteger en especial al niño, la familia y el matrimonio”¹⁴², la sentencia del TC 02132-2008-PA-TC que señala el deber de proteger al niño, el principio de interés superior del niño, la Convención de Derechos Humanos en su artículo 11 y 17, y la Convención de los Derechos del Niño que garantiza al niño a tener una vida familiar.

Además, la Carta Magna alega a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, aunque no está claro el concepto de familia, así como su limitación, y el caso de *Atala Riffo y niños vs Chile*, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que no hay un concepto determinado de familia, aún menos un modelo específico del término.

No obstante, pese a que la partida de nacimiento del niño figura los apellidos de ambas mujeres como madres y la Superintendencia Nacional de Migraciones aceptó el registro del bebé como hijo de peruano nacido en el extranjero y reconocer a la pareja como las madres en el 2016. El Reniec decidió registrar solo a Darling como madre en el DNI del niño. Por ello, en el año 2017, la pareja interpone una demanda de amparo para lograr que el Reniec cumpla con expedir el DNI del niño figurando tanto Darling como Jenny madres del menor.

De acuerdo, con Gabriela Zavaleta, presidenta de la asociación Más igualdad “lamenta estar obligadas a recurrir a organismos internacionales porque en el Perú se niega a darse la oportunidad de hacer historia y reconocer los derechos a las parejas LGTB”¹⁴³, apuntó.

¹⁴² Citado por Agencia presentes

¹⁴³ Saludconlupa (2023). Pareja lesbiana acudirá a la CIDH para que el Estado peruano reconozca a ambas como madres de su hijo. Disponible en <<https://saludconlupa.com/noticias/pareja-lesbiana->

Las esposas Jenny y Darling son la primera pareja de lesbianas que acuden a la Comisión Internacional de Derechos Humanos para solicitar se les reconozca la comaternidad constituyendo un hecho sin precedentes. Asimismo, es considerado un avance para las familias LGTB en un país donde ese tipo de matrimonios no son válidos, en la actualidad al no haber suficiente interés por las autoridades nacionales.

El caso de las parejas homoparentales en el país según Luisa Zanabria, activista de LIFS Perú, afirma que “hasta ahora se ha detectado alrededor de 150 familias en la capital que están en la misma situación sin un documento de identificación que reconozca el vínculo con sus niños y están a la espera de una solución”¹⁴⁴.

acudira-a-la-cidh-para-que-el-estado-peruano-reconozca-a-ambas-como-madres-de-su-hijo/>
[Consulta: 25 de Abril 2023]

¹⁴⁴ Citado por Salud con lupa

3.2.6. El principio del interés superior del niño

Según Walter Rojas señala que “la Convención sobre los Derechos del Niño consagra el principio del interés superior del niño mediante su artículo N°3, estableciendo que en todas las decisiones que afecten a un niño, su interés superior debe ser la prioridad principal”¹⁴⁵, con lo expresado podemos afirmar que el principio, permite dar solución a los conflictos que afecten el interés del niño y a los ciudadanos. Así, por ejemplo, en el caso de un divorcio prima los intereses del menor sobre otros individuos o instituciones del estado, prevaleciendo la protección de los derechos del niño, más aún este tema es considerado como un punto importante en las convenciones internacionales.

Es preciso detenernos para aclarar que, algunos escritores civilistas y constitucionalistas señalaron que no era necesario “el término “niño” puesto que, se encuentra considerado en la Constitución Política siendo cubierta la protección hacia los niños (N) y adolescentes (A)¹⁴⁶”. De esta manera, no era necesario su desagregación, de lo cual refuto, ya que las convenciones internacionales se encontraba el término niño; sin embargo, es necesario también evidenciar niñas y adolescentes porque enfrentan formas específicas de vulneración y requieren una protección diferenciada. esto garantiza su desarrollo y el respeto pleno de sus derechos.

Por otro lado, es importante definir las edades, debido que niño o niña es hasta los 12 años, mientras que los adolescentes comprenden desde los 12 hasta los 17 años de edad, que tienen el derecho de ser escuchados según el grado de madurez que presente. Esto lo determinará la psicóloga

¹⁴⁵ ROJAS SARAPURA, Walter (2004). Código de los niños y adolescentes y derecho de familia. Lima. Perú. Editora Fecat.pp.16 - 17

¹⁴⁶ CHÁVEZ GRANDA Julissa (2025,7 de marzo). El interés superior del niño en el sistema jurídico peruano: retos y perspectivas [Conferencia]. Lima, Perú: <https://www.youtube.com/watch?v=8amLLWW3W_Y>

especialista quien analizará las opiniones, gestos y lenguaje corporal del menor determinando si presenta manipulación alguna por los adultos.

Asimismo, considero añadir que es relevante atender las circunstancias particulares de niño, niña y adolescente, no solo en la edad, sexo, entorno familiar, social, etc va más allá de ser un derecho, es un principio donde el juzgador de Familia o Paz letrado tiene que atender su interés superior ponerlo como prioridad en el proceso, ya que es la piedra angular y no los operadores de derecho, ni mucho menos los padres. Caso contrario, se notará que el actuar del operador jurídico será perjudicial, por eso es importante ceder en mérito al principio del interés superior, es decir interiorizarlo para dar un cumplimiento cabal a las garantías constitucionales de los menores.

En ese marco, la Convención prioriza los derechos de los menores de edad, con el objeto de consolidar la defensa de los niños al presentar una condición de vulnerabilidad e inmadurez, esta disposición está expresada de forma tácita como determinada en su normatividad”¹⁴⁷.

En la práctica judicial, además dicho principio, “es considerado y puesto en práctica por los operadores de justicia cuando tienen que resolver un conflicto y esté comprometido un niño o adolescente”¹⁴⁸. Sin embargo, para Miguel Cillero Bruñol expresa que “el interés superior del niño es una norma imprecisa y expuesta a diversas interpretaciones, constituyendo una excusa para la toma de decisiones, dejando al margen los derechos reconocidos del menor”¹⁴⁹. Por ende, varios autores han señalado que “al no existir una precisión en la norma obstaculiza una homogénea interpretación y en consecuencia las resoluciones no responden a las

¹⁴⁷ Citado por ROJAS WALTER, Ob.Cit.p.17

¹⁴⁸ SOKOLICH ALVA, María Isabel (2013). La aplicación del principio del interés superior del niño por el Sistema Judicial Peruano.p.83. Disponible en <<https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/1083/5.pdf?sequence=1&isAllowed=y> > [Consulta: 11 Noviembre 2022]

¹⁴⁹ Idem.

exigencias de seguridad jurídica”¹⁵⁰. En ese sentido, otros juristas alegan que no debería ser considerado por la Convención, porque al acogerse a este principio se permitiría un margen de prudencia de la autoridad debilitando la tutela de los derechos que la Convención protege”.

A mi apreciación considero que, varios juristas procuran aplicar en la mejor medida el principio para proteger los derechos fundamentales del niño, sin embargo se debe tener en claro el objeto de la premisa, ya que existe duda para su interpretación, para ello se presenta los siguientes ítems. En primer lugar, “se debe asegurar que los niños disfruten plenamente de todos sus derechos según la Convención. Para ello, es necesario un enfoque de derechos humanos, con la participación del estado y las instituciones responsables de proteger esos derechos.”¹⁵¹. En segundo lugar, aclarar que entre los derechos a proteger se encuentra la integridad física, psicológica, moral y espiritual que es parte de la integridad del niño, y de esa manera se promueve su dignidad. En tercer lugar, y no menos importante el trato que por naturaleza de ser menor de edad se debería atenderlo con la ley, a que su abogado, el juez, el fiscal y la policía tenga el cuidado de hablarle; criterios que se adoptan para que respondan a las exigencias de los Convenios y brindar la sensación de respeto a todos los participantes.

Cabe señalar que, si bien es cierto el interés superior es el principio fundamental que el estado puede recoger dentro de todos los organismos internacionales, no olvidar también las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño que subrayan la disposición de elegir una interpretación según se ajuste de manera eficaz a la situación del menor. Por consiguiente, “este principio en las últimas décadas se ha afianzado como uno de los pilares de la doctrina de protección integral desde la protección especial que

¹⁵⁰ Idem, p.83.

¹⁵¹ ANAYA ESCOBAR, Laura (2024,28 de octubre). Marco normativo y político de los derechos de los niñas, niños y adolescentes [Conferencia]. Lima, Perú:<<https://www.youtube.com/watch?v=L1OaZLABTD8>>

se le reconoce”¹⁵²,es que se desarrolla armoniosamente la personalidad del niño, niña y adolescente que disfruten sus derechos, pero también tienen deberes específicos que garanticen su protección necesaria a cargo de la familia, sociedad y el estado para reducir los factores de vulnerabilidad de este grupo especial de acompañamiento.

Esta observación refiere que, “al invocar el principio del interés superior del niño, logra la resolución del problema, pero al mismo tiempo transgrede la seguridad jurídica y la tutela procesal efectiva”¹⁵³. Por lo tanto, este principio debe ser orientador de las decisiones públicas o privadas, en cambio con su afirmación no es suficiente, debiendo ser la consecuencia lógica de la apreciación de los medios probatorios, apartados al proceso, donde el operador jurídico utilizaría su criterio para beneficiar al niño, así también asegurarán el cumplimiento del proceso obteniendo una sentencia debidamente motivada.

3.2.6.1.Derechos vulnerados frente al impedimento en la inscripción de nacimiento de un niño por vientre subrogado

3.2.6.1.1. Derecho a la igualdad

Es el derecho que denota libertad, “es la oposición a la discriminación se centra en prohibir ciertas acciones que transgredan los derechos fundamentales de la persona”¹⁵⁴. Centrándonos al aspecto paternal en relación al derecho de igualdad al haber una equidad entre los hijos, se presenta una limitación cuando se trata de establecer un vínculo parental. Muy distinto a los hijos matrimoniales que gozan de una presunción legal en contraste a los extramatrimoniales que no tienen un lazo predeterminado, por lo que tratar de lograr una vinculación filial ante la negativa de realizar una prueba. Por otro lado, la Constitución Política reconoce el “principio de

¹⁵² Idem <<https://www.youtube.com/watch?v=L1OaZLABTD8>>

¹⁵³ Idem, p.84.

¹⁵⁴ Ibidem.p.194

igualdad prohibiendo toda manifestación de discriminación. Asimismo, la Carta Magna en su artículo 6 estipula que todos los hijos tienen iguales derechos y deberes”¹⁵⁵.

Además de la prohibición de mencionar el estado civil de los padres como la filiación en la Reniec. De modo similar, el artículo 24 de la Convención de los Derechos Humanos señala que todas las personas son iguales y merecen protección ante la ley. Es conveniente mencionar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 26 nos dice que “todos los seres humanos son iguales ante la ley y a no ser sujetos de discriminación. En ese sentido, se prohibirá la discriminación para garantizar la protección de manera efectiva contra la discriminación de cualquier índole, raza, religión, idioma, origen, posición económica, etc”¹⁵⁶.

3.2.6.1.2. Derecho a la identidad

El jurista Enrique Bernalles refiere a la identidad “un fenómeno integrado por elementos de reconocimiento que contiene datos personales de la persona: la identidad familiar (ser parte de una familia), la identidad individual (se distingue de los demás) y la identidad psicológica (creencia, costumbres, religión, etc)”¹⁵⁷.

Entonces, todo individuo es un ser único e irreplicable, conformada por su alma y cuerpo, este último contiene una estructura biogenética que los distingue de los semejantes con quienes comparte la misma naturaleza humana. Carlos Fernández Sessarego dice que “la identidad es un conjunto de cualidades y rasgos característicos que individualiza a la persona permitiendo que cada individuo sea uno mismo en una sociedad por lo tanto

¹⁵⁵ Defensoría del Pueblo (2003). La afectación de los derechos a la identidad y a la igualdad de los/as hijos/as extramatrimoniales en la inscripción de nacimiento. Lima, Perú. Tecnigraf p.15.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p.16.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p.237-239

todo ser humano tiene derecho sin distorsiones, alteraciones y desnaturalización de sus atribuciones”.

Por otro lado, De Cupis alega que la identidad “es el individuo con sus propios caracteres y acciones constituyendo propiamente a la persona, en especial en la identidad filiatoria de los padres que contribuye a su identificación y posición en la sociedad”. De esa manera, la identidad filiatoria nace del emplazamiento de un individuo en un estado de familia, pues se muestra jurídicamente como los padres.

En esa misma línea, Eduardo Zannoni señala a la filiación “un atributo del individuo de orden público, derivado de vínculo genético y sanguíneo”. Asimismo, es un presupuesto de capacidad a la titularidad de derechos, que al investigarse la paternidad tanto en la sangre como en los genes con la finalidad de concretar la posición del individuo en la familia a la que pertenece.

A su vez, el Código Civil peruano no considera a la identidad como una facultad exclusiva del individuo, a pesar que el término identidad es utilizado para otros casos relacionados a la individualidad e identidad de la persona. No obstante, la Comisión encargada de elaborar el anteproyecto Ley del Código Civil de 1984 ha considerado este derecho clasificando de la siguiente manera:

- El derecho a la identidad personal

En alusión a los rasgos característicos de la persona que lo diferencian a una de otra: edad, nombre, profesión, domicilio, nacionalidad, estado civil, capacidad, religión y patrimonio que determina la individualidad de cada persona en el derecho y en la comunidad”¹⁵⁸. Por otro lado, no es adecuado dividirlo en categorías jurídicas es recomendable entenderlo

¹⁵⁸ Ibidem, p.239

de una forma diferente y extensa a consecuencia de las experiencias del hombre y de su naturaleza humana.

En palabras de la Dra. Vila – Coro nos dice que la libertad personal “es el resultado del esfuerzo de ampliar el contenido del código”. Alex Plácido V. por su parte dice que “la identidad personal tiene un aspecto inamovible y otro activo; y es más amplio que lo reconocido a la filiación (datos personales). El conocer su verdad personal es un requisito para la autodeterminación, y está conectada a la libertad”¹⁵⁹.

El aspecto dinámico de una identidad nace en que el ser humano es un individuo difícil al contener diversos aspectos que están relacionados entre sí, de índole psicológico, espiritual o somático que lo definen al igual que el aspecto ideológico, cultural, político o religioso, que aportan en formar y demarcar la personalidad del individuo. “Todos estos elementos en su conjunto permiten ser uno mismo, distinto a los demás”¹⁶⁰.

– El derecho a la identidad sexual

Todo ser humano tiene “el raciocinio de conocer, querer e identificar sobre su sexo. Sin embargo, el sexo no es solo el plano físico, más bien es el conjunto variable de componentes y estados que se encuentran conectados y distinguen el género uno del otro”¹⁶¹. Esto refiere que trasciende a lo físico, es decir, es solo una parte, no el todo.

En ese orden de ideas, nos lleva a presentar una estructura que representa los tipos de sexos siendo las siguientes:

Cromosómico, gonádico, anatómico, psíquico y registral en la situación que alguno de estos tipos de sexo no coincidiera, se produce la alteración

¹⁵⁹ PLÁCIDO V. Alex (2003). Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia. Lima. Perú. Gaceta Jurídica S.A.p.23.

¹⁶⁰ Idem

¹⁶¹ Ibidem, p.240

en lo sexual y en lo conductual, generando casos de travestismo, hermafroditismo, homosexualidad, transexualismo, etc.

En consecuencia, el derecho a la identidad sexual protege la integridad psicosomática del ser humano relacionado con su género, de manera que realice la identificación de este con el aspecto psíquico.

– El derecho a la identidad genética

Como sabemos el ser humano está “compuesto de genes y calcular, el cual contiene los atributos de los padres”¹⁶². El individuo desde el momento que es concebido posee una huella genética a raíz del intercambio de información entre los gametos masculino y femenino, dicho huella es el resumen de la información proporcionada por los padres del concebido, es ahí la certeza de determinar el origen biológico de la filiación.

En ese marco, desde el momento de la concepción el individuo presenta una identidad, este derecho puede ser probado a través de exámenes biogenéticos para indagar y tener certeza de la paternidad o maternidad. Dichos métodos facilitan el origen de la huella genética de una persona y descubrir su vínculo filial.

Tanto la huella genética y el genoma están vinculados con el derecho de identidad genética y vinculado al derecho de integridad, la libertad, la dignidad y a la intimidad a su vez la identidad muestra doble acepción: la identidad genotípica (genes) y la identidad hábitat (ambiente). Por otro lado, la Dra. Española Vila-Coro ha propuesto que el derecho de identidad personal presenta dos atribuciones: el derecho a la herencia genética, que es vulnerada por la manipulación de información del individuo; y el derecho al hábitat al referirse que el concebido se vea afectado al apartarlo o aislarlo

¹⁶² Ibidem, p.241

de su medio natural a otro espacio diferente durante la etapa prenatal o postnatal como maternidad subrogada, embriones, fecundación post mortem o la cesión de material genética.

En igual forma, la legislación reconoce la identidad genética mediante la Ley de Propiedad Industrial en su artículo 28 inciso c, que todas aquellas materias que conforman el cuerpo humano, no serán registradas al igual que la identidad genética. Esta norma legal permitirá proteger los genes humanos como un bien jurídico y como un patrimonio de la humanidad.

En síntesis, La Defensoría del Pueblo en su informe sobre la afectación de derechos a la identidad e igualdad de los niños resalta el artículo 2 inciso 1 de la Carta Magna al señalar que “toda persona tiene derecho a la identidad que comprende el derecho al nombre y al derecho a conocer a sus progenitores y llevar sus apellidos”¹⁶³.

Así pues, el Código del Niño y Adolescente alega que el derecho a la identidad implica a tener un nombre, nacionalidad y la necesidad de conocer a los padres y llevar los apellidos. En la legislación nacional además se encuentra aceptado y regulado en los artículos 19 al 23 del Código Civil peruano que estipula supuestos para acceder al nombre cuando se trate de hijos extramatrimoniales, matrimoniales, adoptados o padres desconocidos.

Por su parte, la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 8 inciso 1 estipula que los estados deben respetar la identidad del niño, incluyendo su nombre, nacionalidad y relaciones familiares. También señala que todo niño debe ser registrado al nacer, tener un nombre, una nacionalidad y ser cuidado por sus padres, este derecho también está reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁶³ Ibidem,

3.2.6.2. Principio de igualdad ante la ley

Jacqueline Chauppis dice que el principio de igualdad en relación al derecho “ha ido evolucionando en distintos momentos de la sociedad. En un inicio, fue asociado al concepto de justicia para luego lograr su independencia y progreso doctrinario e interactuar con los demás derechos fundamentales”¹⁶⁴. Asimismo, añadir que, los diversos pensamientos filosóficos y perspectiva jurídica se aplica a todos los campos del derecho incluyendo a cada uno de los derechos fundamentales con el propósito de regular las actividades del hombre, en especial a los derechos básicos humanos como también al acceso a otros derechos y de esta manera, materializar la igualdad de los sujetos y sus derechos.

El principio en la Convención sobre los Derechos del niño, reconoce a la familia como espacio para garantizar el desarrollo integral, el cual tiene como pilares la igualdad y no discriminación, el derecho a ser oído y a la vida, supervivencia y al desarrollo, en su artículo N°3 menciona que todas las instituciones y órganos legislativos deben priorizar la atención del interés superior del niño. Además, la carta magna en el artículo 4 estipula que el estado y la comunidad protegen al niño, el adolescente y demás integrantes en situación de abandono como también la familia y al matrimonio siendo estos últimos institutos naturales de la sociedad, de esta manera todos los miembros de una comunidad se encuentran protegidos sin importar sus circunstancias de vida.

Ahora, en relación a los intervinientes en los procesos, están llamados a aplicar el interés superior del niño dándole un sentido al principio, de esta manera se realizará el cambio en cuanto a la protección de la infancia, que hace que el niño no sea parte procesal, sino que sea visibilizado dentro del proceso.

¹⁶⁴ CHAPPUIS CARDICH, Jacqueline (1994). Revista Themis La igualdad ante la ley. Editores Cultural Cuzco S.A. p.15.

La Carta Magna del Estado estipula en el artículo 2 del inciso 2 “igualdad ante la ley”, en efecto nadie debe ser discriminado por ningún tipo de índole. En ese sentido, se trata de un principio aceptado por la Constitución peruana por lo cual tanto hombres como mujeres que forman parte de una comunidad poseen los mismos derechos y deberes, por lo tanto, no puede haber trato desigual.

En contra de lo dicho, esas líneas constituyen una verdad a medias, puesto que los individuos que participan en la sociedad no son tratados con igualdad debido a que la legislación los trata de forma distinta. La explicación se encuentra en la legislación que distingue al ciudadano de acuerdo a sus características raza, edad, nacionalidad, sexo, condición económica y capacidad civil. Con respecto a los menores de edad requiere de la autorización de los padres o tutores para poder casarse, distinto al caso de los mayores de 18 años que pueden realizarlo voluntariamente, esto porque el matrimonio infantil vulnera sus derechos, interrumpe su desarrollo físico, emocional y educativo, y los expone a situaciones de violencia y desigualdad.

Asimismo, Alda Facio M. señala que “la Declaración de Derechos Humanos estipula en su artículo 2 la igualdad entre los seres humanos sin importar su condición; pero, se considera como referente al hombre, prueba de ello es que no se plasmaron en derechos las necesidades de las mujeres”¹⁶⁵. Cabe señalar que, aunque no se menciona de manera explícita a la mujer se establece la protección inclusive hacia los menores de edad, el cual no es una señal de inferioridad, es decir, el hombre y la mujer son consideradas seres iguales, sin embargo, sus funciones naturales varían razón por el cual la ley ha optado por dictar normas adicionales que permitan cumplir estas funciones sociales y naturales de la mujer. Los tratadistas

¹⁶⁵ FACIO MONTEJO, Alda. El principio de igualdad ante la ley. Perú. p,8 Disponible en <<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a8106d0043f7e38a8281a7009dcdef12/3.+El+principio+de+igualdad+ante+la+ley.pdf?MOD=AJPERES>>[Consulta: 16 Febrero 2023]

señalan que “se ha creado dos patrones donde se ha construido la igualdad: el de la equivalencia y la diferencia, pero ambos refieren al hombre porque se define a la mujer según la relación o no relación con el hombre”¹⁶⁶, es decir la mujer es tratada siempre y cuando sea semejante al hombre y será tratada diferencialmente en lo que las distinga de los hombres.

En la doctrina jurídica, el principio de igualdad tiene como esencia “el trato desigual a los individuos, al haber claridad en lo que significa el trato desigual, se podía ejercer el derecho con justicia, para una elaboración de normas jurídicas como la aplicación de las mismas en casos específicos”¹⁶⁷, este concepto nos indica que, dicho principio implica que se debe tratar de forma desigual a quienes están en situaciones distintas, para garantizar justicia al aplicar y crear normas conforme a cada caso particular.

Miguel Carbonell un doctrinario contemporáneo que trata de explicar “la igualdad al citar varios escritores entre ellos a Jhon Rawls creador de la “teoría de justicia” quien propone que “para la construcción de una sociedad justa debe de considerarse dos principios”¹⁶⁸: el primer principio, refiere a todas las libertades básicas como el derecho de reunión, expresión, derecho a voto, de pensamiento, de reunión, de pensamiento entre otros mientras que el segundo principio, se aplica a la desigualdades sociales y económicas, como la distribución ventajosa de la riqueza y a la vinculación de empleos accesibles para todos.

Otro tratadista que trata de explicar la igualdad, es Paolo Comanducci al indicar que “puede ser canalizado desde tres puntos de vista”¹⁶⁹: a) Desde un sentido lógico-lingüístico, el cual la norma es

¹⁶⁶ Ibidem, p.9. Alda

¹⁶⁷ GONZÁLEZ ALÁRCÓN (2011). Hugo Manuel. Análisis del Principio de Igualdad ante la doctrina y La Jurisprudencia Comparada, Ecuador. p,111. Disponible en <https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2011/12/87_a_122_analisis.pdf>[Consulta: Febrero 2023]

¹⁶⁸ Idem, p.111. Hugo

¹⁶⁹ Idem,p.111.

definida lingüísticamente tratará a todos los individuos por igual al ser una situación idéntica. b) Perspectiva Filosófica-Política, se desglosa en diversos tipos de igualdad, la económica y la de bienestar, la primera referida a los recursos que posee las personas y la segunda la cantidad de recursos que dispone para sus fines, en relación a la igualdad política alude en la participación y capacidad de las personas en creación de normas así también el acceder a cargos de sufragio. c) Perspectiva Jurídica, determina las condiciones para aplicar la igualdad, pero reconoce las diferencias de los ciudadanos”¹⁷⁰, por ello es importante reconocer las características de cada uno para tener un trato diferente. Si esas diferencias son irrelevantes debe optarse aun tratamiento igual, caso contrario se realizará un trato distinto.

3.2.6.3. La igualdad en la aplicación de la ley

Según Víctor García Toma “refiere a la efectividad de las normas, en consecuencia, funciona como una limitación al desenvolvimiento del operador de la ley, el cual no puede aplicar decisiones en esencia arbitrarias en los casos tratados”¹⁷¹. Es así que, conlleva el deber de aplicar la ley de forma uniforme a “todas las personas que se hallan bajo la misma circunstancia. La igualdad ejercida en los órganos y en especial a los tribunales de justicia, exige se trate con igualdad a aquellos que coinciden en sus propiedades relevantes”¹⁷². La igualdad en la aplicación de la ley, “es un derecho primordial en el ordenamiento jurídico por el cual su infracción genera una vulneración a la norma”¹⁷³.

¹⁷⁰ Ibidem, p.112. Hugo g.

¹⁷¹ GARCÍA TOMA, Víctor (2008). El Derecho a la Igualdad. Disponible en <<http://repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/260/el-derecho-a-la-igualdad.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>[Consulta: 16 Febrero 2023] p.113

¹⁷² Ibidem, p.113.

¹⁷³ DÍAZ GARCÍA, Iván (2012). Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, Iusfundamentalidad y Consecuencias. Chile. p.34. Disponible en <<https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v18n2/art03.pdf> > [Consulta:16 Febrero 2023]

En ese sentido, debido al avance a nivel de la “realidad política y sociedad actual, se ven reflejados en convenios internacionales y reestructuración constitucional, la forma evidente de afectación al principio de igualdad y a no ser discriminado serian superadas en el campo de la ley”¹⁷⁴, en pocas palabras, ambas premisas influyen tanto en convenios como en reformas constitucionales que buscan superar la discriminación y garantizar el principio de igualdad, promoviendo leyes más equitativas e inclusivas.

Es notable recalcar que, respecto a su aplicación del interés superior del niño y adolescente en su artículo 7 señalan dos puntos: La evaluación, es decir valorar los elementos para tomar una decisión en una situación para un niño o grupo de niños en concreto y el proceso donde aquí refiere la determinación del interés superior del niño tomando como base la evaluación del interés superior.

Ahora, para poder materializar el principio en los procesos de familia “se considera la opinión de niños, niñas o adolescente que permite conocer la capacidad de juicio en cada caso según su proceso de desarrollo y madurez, la opinión debe tener más peso en la calificación de su interés superior”¹⁷⁵. A su vez, también se toma en cuenta la identidad de los menores que considera características tales como el nombre, la nacionalidad, el sexo, la familia biológica, el origen, las costumbres, la etnia entre otros atributos protegidos. Por otro lado, la preservación de la unión familiar para proteger al niño, niña y adolescente; y finalmente la protección del menor frente a diversas situaciones de riesgo para su vida, el cual

¹⁷⁴ HUERTA GUERRERO, Luis Alberto (2005). El derecho a la igualdad. Lima. Perú.p,312. Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7686/7932>>[Consulta:16 Febrero 2023]

¹⁷⁵ Ibidem <<https://www.youtube.com/watch?v=L1OaZLABTD8>>

garantiza su bienestar física y moral; para contrarrestar el maltrato infantil que se presenta en los procesos judiciales.

3.2.7. Legislación comparada

3.2.7.1. El empleo de las Técnicas de reproducción asistida en el extranjero

La gestación subrogada en el extranjero está ligada a riesgos. Su realización es exigente y requiere una buena preparación. En el extranjero, se han establecido varias agencias de maternidad subrogada que, además de encargarse de la madre de alquiler y de organizar los asuntos médicos, también ayudan a los futuros padres a obtener los documentos de estado civil necesarios para el niño. Sin embargo, las agencias no están familiarizadas con las situaciones legales de otros países lo que genera una serie de problemas jurídicos para los menores al igual que los progenitores.

1) México

La maternidad subrogada en México muestra una regulación en los estados de Tabasco y Sinaloa en el Código Civil. “El primero regulado en 1997 donde se aceptaba la inscripción del recién nacido, sin embargo, no habría protección a las partes interesadas para ello el gobierno mexicano aprobó una reforma legislativa en enero de 2016”¹⁷⁶. Además, se reformó el Código Civil de ese estado en el uso de las técnicas en las parejas heterosexuales mexicanas.

El segundo estado fue establecido en 2013 imponiendo parámetros a celebrar acuerdos de tal forma que impide que se convierta en un destino de gestación mediático. De tal forma, los códigos civiles del estado de Tabasco y Sinaloa determinan que las candidatas a vientre subrogado deben tener entre 25 a 35 años de edad tener un hijo biológico con buena salud física y

¹⁷⁶ ANAYA, Samantha (2021) Maternidad subrogada en México ¿qué aprobó la Suprema Corte? Disponible en <<https://www.zonadocs.mx/2021/06/13/maternidad-subrogada-en-mexico-que-aprobo-la-suprema-corte/>>[Consulta: 01 Marzo 2023]

mental y que consientan alquiler de vientre teniendo conocimiento previo para el proceso de gestación.

Por otro lado, los estados de Querétaro y Coahuila han incorporado nuevos artículos a sus respectivos códigos civiles que prohíben cualquier tipo de contrato de alquiler de vientre. Asimismo, el resto de estados continua sin ser regularizada. Un caso emblemático es el de José y su esposa “una pareja de españoles que viajaban a México para realizar un procedimiento de vientre de alquiler”¹⁷⁷. Según el testimonio de la pareja el recién nacido quedó inscrito como hijo de José siguiendo la recomendación de la clínica quien aseguró que al llevar los formatos de nacimiento no admiten el registro de tener dos padres.

Al saber que la oficina de pasaportes del estado de Villahermosa se encontraba cerrada por vacaciones la pareja optó por dirigirse a la capital de México portando documentos como la carta del hospital, acta de nacimiento y copia del contrato de subrogación. En la oficina municipal el personal le informó que no podría expedir el pasaporte al no existir el nombre de la madre en el acta de nacimiento y les aconsejó improvisar un nombre para subsanar el vacío. Posteriormente, la pareja viajó a tabasco a solicitar el pasaporte, pero la encargada se negó a realizar este tipo de trámite al no estar de acuerdo por lo tanto no los ayudaría y les sugirió dejar al recién nacido en México y retornar a su país.

Mas aun las autoridades no hallaban una solución, por lo que los padres no sabían que decisión optar. En ese sentido con el bebé de casi 7 meses consiguieron el pasaporte y regresar a España. En síntesis, el presente caso documentado expone los problemas jurídicos que sufren a raíz de una falta de regulación que no protege la gestación subrogada, las partes involucradas y en especial el menor reluciendo una inseguridad jurídica para

¹⁷⁷ Gestación subrogada en México: Resultados de una mala regulación (2017). Disponible en <<https://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>>[Consulta: 01 Marzo 2023]

este tipo de acuerdos. Así como la negación de actas de nacimiento por la institución de registro civil constituyendo un requisito para solicitar el pasaporte, probar la filiación y garantizar los derechos básicos.

El conocido medio televisivo Dw español en su nota denominada alquiler de vientres en México señala a la pobreza como “uno de los factores para que México junto a las candidatas de maternidad sea uno de los destinos más escogidos por parte de parejas europeas para la gestación subrogada”¹⁷⁸.

El otro factor es la nula regulación de la materia como reconoce Ana María Moreno abogada y directora Jurídica México Surrogacy Law al afirmar que “en México no hay un código o una ley específico que diga ley de maternidad subrogada, existe un vacío legal, pero eso no significa que no se pueda hacer”¹⁷⁹. En la actualidad, sólo dos estados tienen leyes específicas indicó. Pese a que en junio del 2021 la Suprema Corte emitió una resolución que llamaba a legislar a nivel estatal la falta de normas abriendo el espacio para que algunas agencias intermediarias cometan abusos como los gastos médicos no incluidos en el contrato. A diferencia de agencias europeas que ofrecen mayor cobertura médica a las gestantes europeas que a las mexicanas, varias de esas agencias aseguran que la gestante no tiene opción de ejercer su derecho de interrumpir el embarazo por que se enfrentaría a sanciones económicas o bajo amenaza de terminar en la cárcel. Los costos que demandan el procedimiento oscilan entre los 60 a 90 mil dólares, pero solo alrededor de 15 mil dólares se paga a la gestante, sin embargo, por redes se reclutan a varias mujeres latinas de manera informal que por desesperación se exponen a todo tipo de engaños como la explotación del cuerpo de la mujer.

¹⁷⁸DW Español (2023). Alquiler de vientres en México. Disponible en <<https://www.youtube.com/watch?v=FMHOh-IcHEA>> [Consulta: 02 Marzo 2023]

¹⁷⁹ Citado por Alquiler de vientres en México

Por otro lado, la abogada de la organización Surrogacy Law Verónica Esponza advierte que “la prohibición llevará a una mayor clandestinidad a este tipo de acuerdos, simplemente no habría las vías legales para las gestantes ante una laguna eventual o algún riesgo o situación que ponga en peligro y menos pueda exigir algún tipo de reparación”.

Antes de la pandemia la industria de la maternidad subrogada generaba en todo el mundo ganancias por 60 mil millones de dólares y se calcula que en tres años aumentará a 17 millones de dólares convirtiéndose en un lucrativo negocio donde las madres gestantes son el eslabón más desprotegido en la praxis de la reproducción asistida.

2) Alemania

El país germano pertenece al grupo de países europeos donde el vientre de alquiler y donación de óvulos están prohibidos. Sin embargo, existe un movimiento que intenta revocar la ley al ser considerado obsoleta, ya que las mujeres alemanas deberían tener el derecho de gestar por sustitución y donar óvulos. “Asimismo, “no sólo existe la prohibición, sino también la sanción al recurrir a estos tipos de prácticas estableciendo una pena privativa de libertad de hasta tres años como también sanciones al profesional médico”¹⁸⁰.

De acuerdo, con el informe emitido por la Academia Leopoldina, La ley de Protección de Embriones de 1990 establece que esta modalidad de maternidad es opuesta a las buenas costumbres y viola el orden público. En ese sentido, las leyes alemanas consideran la prisión y multa para aquellos ciudadanos que desobedezcan estas disposiciones siendo los médicos que realizan los procedimientos de fecundación y extracción de óvulos, al contrario, no se sanciona a la mujer subrogada ni al comitente.

¹⁸⁰ GÓNZALES MARTÍN, Nuria (2020). Estados cuya legislación prohíbe la gestación por sustitución p.179 Disponible en <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6030/12a.pdf>>[Consulta: 04 Marzo 2023]

Alemania, además ha sufrido otros problemas a raíz de celebrarse contratos de maternidad subrogada en otros países que generan incertidumbre al ser realizadas. Un caso conocido de reconocimiento de un menor en ese país fue en el 2014 sobre la doble filiación paterna en una pareja de hombres que firma un contrato en Estados Unidos, donde utiliza los gametos de uno de ellos. El niño fue registrado sin mayor problema por la Corte de California reconociendo a la pareja como padres legales. Pero al ingresar a Alemania las autoridades se negaron a registrar al recién nacido y a reconocer a la pareja como los padres razón por el cual se llevó al Tribunal Supremo Alemán, que resolvió declarar procedente el reconocimiento de paternidad en favor a la pareja de hombres, esto al basarse a la decisión expuesta en California al no producir efectos contrario al orden público internacional alemán; de esta manera se ordenó al Registro Civil la inscripción del menor con los apellidos de los padres determinando a su vez la prevalencia al interés superior del niño.

Posteriormente en marzo de 2019 una situación similar se expuso ante el mismo Tribunal Alemán que decidió negar el reconocimiento materno a una mujer alemana al tener la intención de registrar aun niño nacido en Ucrania mediante un acuerdo de gestación transfronteriza realizado entre una mujer alemana y su esposo con una mujer ucraniana residente en Ucrania. Para ello, la pareja alemana al ser los progenitores biológicos del niño lo registran como padres obteniendo el acta de nacimiento en ese país.

Sin embargo, ante el Tribunal Supremo, se asumió que la residencia del niño estaba en Alemania y de acuerdo con el artículo 19.1 del Código Civil alemán se debería aplicar la ley alemana. Entonces para el tribunal alemán la madre es la mujer ucraniana y la maternidad es de la alemana. De esta manera, la sugerencia que se plantea es realizar el proceso de adopción,

salida que llama la atención porque la mujer alemana fue quien cedió los óvulos para la existencia del niño. A su vez, es de considerar que la filiación realizada en Ucrania constaba de un certificado de nacimiento y no es una sentencia a diferencia del caso de Estados Unidos que si emitió una resolución.

El documental emitido por DW documental en Alemania señala que “sólo está permitido la inseminación artificial normal así lo señala Heribert Kentenich especialista en medicina reproductiva y director de los 131 centros de reproducción asistida”¹⁸¹. La inseminación artificial en Alemania es el procedimiento estándar al año se hacen 110 mil tratamientos y está permitido la donación de esperma, pero está prohibida la donación de óvulos y la gestación subrogada. Estas restricciones han generado debate, especialmente después de que en 2019 el gobierno reafirmó la prohibición de donar óvulos. La Academia Nacional de Ciencias ha criticado esta normativa, que se basa en la ley de protección del embrión de 1991.

El especialista en medicina reproductiva el Dr. Heribert Kentenich expone un caso hipotético en que “si una paciente me dice que no le quedan óvulos tendría que hablarle sobre aspectos médicos y psicosociales que en su caso la inseminación artificial probablemente no funcionaría y que la donación de óvulos sería una alternativa, pero no podría asesorarla porque entonces vendría el fiscal y ganaría un problema legal motivo por el cual muchas mujeres deciden irse al extranjero creándose un negocio multimillonario, indicó”

En Alemania se realizan ferias sobre las técnicas de reproducción la última realizada fue en primavera del 2020 donde las clínicas extranjeras ofrecen los servicios debido a una laguna en la legislación. Muchas parejas acuden a Estados Unidos donde el precio asciende hasta 130 mil euros. En

¹⁸¹ DW Documental (2022) Ser padres: El Lucrativo negocio de la fertilidad en Alemania. Disponible en <<https://www.youtube.com/watch?v=KdJzCGuV2JA>> [Consulta: 04 Marzo 2023]

Ucrania, por ejemplo, la opción es más barata ofreciendo paquetes a partir de 64 mil euros incluso con garantía de éxito.

Por otro lado, Kenterich quien es miembro también de la Academia de la Ciencias plantea que la solución es legalizar la donación de óvulos, ya que en base a más de 30 años de experiencia con la donación de óvulos las prohibiciones no se sostienen ni jurídica ni éticamente tampoco desde el punto de vista médico. Esto podría regularse adecuadamente asesorando a las parejas, a las donantes y pagando solo una cantidad determinada a las donantes.

En contraste a esta postura, Kathrin Brown, quien pertenece a una red de científicos, señala su oposición a la legalización de la donación de óvulos y la gestación subrogada al afirmar que no hay suficientes mujeres que lo hagan por amor el prójimo y que bajo el argumento del altruismo no es realista, creando un sector comercial basado en que las mujeres asumen riesgos para ellas y su salud en beneficios de otros. Finalmente, el Ministerio de Justicia en relación a esta problemática no lo ha considerado en su agenda, ni menos el impulso necesario para someterlo a debate en aspectos legales, éticos y sociales respecto a estas prácticas de reproducción.

3) India

La legislación en la India a diferencia de otros países “tiene una distinción característica el no otorgar nacionalidad a los niños de extranjeros que nacen en ese territorio”¹⁸². En el caso del recién nacido producto del uso del vientre de alquiler se le emite un certificado de nacimiento en el que se aprecia los datos personales del padre quien otorgó su material biológico y como madre figura la leyenda de “madre sin estado” o madre subrogante”.

¹⁸² B. SCOTTI, Luciana. El reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada. Una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas. p.282. Disponible en <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>> [Consulta: 02 Marzo 2023]

Entonces, tras el nacimiento del niño en el país, no se le otorga la nacionalidad que esta omitida en el certificado por lo que adquiere la condición de “apátrida”. A pesar de esta desventaja, varias parejas prefieren acudir a la India porque los gastos son más económicos a diferencia de otros países.

Países como Australia y Ucrania presentan normas que aceptan estas técnicas, pero existen problemas al no haber disposiciones en el Derecho Internacional Privado como consecuencia surgen obstáculos de índole legal y administrativo como el reconocimiento de documentos otorgados por autoridades de otros países y las trabas para realizar la inscripción de las normas en el país de sus padres.

En el 2012, el país asiático era considerado “la capital de la gestación subrogada inclusive la Confederación de la Industria India (CII) señalaba el comercio de la maternidad subrogada generando cerca de 2,3 millones de dólares”¹⁸³. Los motivos que animaban a los extranjeros a viajar a la India eran los costos cinco veces menor que en los Estados Unidos la disponibilidad de las mujeres, médicos capacitados y las facilidades del proceso, debido que la ley aún reconocía los derechos de los padres biológicos.

La Dra. Nayana Patel, especialista en medicina reproductiva, señala que “los últimos 10 años se ha traído al mundo 700 bebés de vientre de alquiler donde más del 88% son de parejas extranjeras”¹⁸⁴. Las mujeres gestantes recibían como pago \$8000 dólares por dar a luz a los bebés de otras parejas. Muchos críticos lo calificaban como la fábrica de hacer niños.

¹⁸³ÁLVAREZ, Natalia (2019). Gestación subrogada en la India ¿Qué dice la nueva ley? Disponible en <https://babygest.com/es/india/#:~:text=Desde%202002%2C%20la%20gestaci%C3%B3n%20subrogada,estuviera%20permitido%20este%20m%C3%A9todo%20reproductivo> [Consulta: 02 Marzo 2023]

¹⁸⁴ México Viral (2013). Las madres sustitutas, un negocio en la India. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=WLM7eX74Pwc> 2013> [Consulta: 08 Marzo 2023]

Por su parte, la Dra. Rajana Kumari del Centro de Investigación Social opina que “si una paciente, amiga o conocida quiere ofrecer su vientre porque tiene que ser una mujer, para mí es como venta de órganos”, indicó.

Una de las madres sustitutas Kiran Mackwan, en dos ocasiones ha señalado que el dinero ganado le ha permitido construir una casa y mejorar la calidad de vida de toda su familia. Asimismo, los esposos estadounidenses Koss optaron por la India por los bajos costos a diferencia de su país, pero subrayan sólo lo ven como una transacción comercial.

Para el 2016, el parlamento indio aprobó “el proyecto de ley denominado Surrogacy Regulación Bill que apoya la prohibición de la maternidad subrogada, que impide a los extranjeros el acceso a esta práctica de subrogación uterina”¹⁸⁵. El cual, permite sólo a los matrimonios indios con problemas de fertilidad.

Entre las nuevas disposiciones legales además del impedimento de ingreso a los extranjeros como turista para estos fines, ser de nacionalidad indio extranjero residente en el país; o casado con un ciudadano indio, ser un matrimonio heterosexual con problemas de fertilidad y estar casado por lo menos 5 años. En el caso de los hombres solos o gays no podrán ser padres bajo esta técnica. Además, se prohíbe la gestación comercial y solo se podrá realizar de manera altruista la gestante deberá ser un familiar del matrimonio que requiere el tratamiento para ser padres. Tampoco podrá haber una relación emocional con los futuros padres y el bebé así también no puede actuar como donante de óvulos ni someterse a una inseminación artificial.

El objetivo de esta nueva ley es acabar con la polémica en la India en relación a la maternidad subrogada, que es vista como un negocio o también llamado la “granja de mujeres”, norma que permitirá eliminar la explotación de las mismas por parte de familiares o representantes de

¹⁸⁵ DW Español (2016). Polémica en torno al alquiler de vientres en la India. Disponible en <<https://www.youtube.com/watch?v=Pmcdlnzs7Y>> [Consulta: 08 Marzo 2023]

agencias de maternidad. Sin embargo, en el país existen hasta 3000 clínicas especializadas en maternidad, por lo que será complicado aplicar la ley además de garantizar que el niño gestado sin importar su sexo o estado de salud no sea abandonado por sus padres biológicos esto tras registrarse varios casos de bebés rechazados por clientes extranjeros.

4) Austria

La ley reproductiva de Austria prohíbe la gestación subrogada “desde julio de 1992, la norma no autoriza que los óvulos ni embriones sean donación, sólo serán usadas para la mujer de cuyo cuerpo se extrajeron, salvo el esposo sea estéril”¹⁸⁶. En ese caso, “se permite la donación del gameto masculino para ser usado exclusivamente en la inseminación artificial de tipo heterólogo. Por lo cual, la donación de ovocitos, así como la gestación por sustitución no son aceptadas por Austria”¹⁸⁷.

Así como el artículo 4 prohíbe la fecundación postmortem. En el 2011, debido a problemas de estatus de los niños nacidos en el extranjero por vientre de alquiler generó “un debate entre las embajadas, las autoridades y los tribunales entendiéndose que, si los ciudadanos austriacos son reconocidos como padres legales en Austria, en consecuencia, los menores tienen derecho a la ciudadanía austriaca”¹⁸⁸.

Para el 2015, la ley fue reformada que incluyó “la autorización para practicar procedimientos de reproducción asistida que estuvieron prohibidos con anterioridad. Además, se consideró aquellos grupos que no podían

¹⁸⁶ LAM, ELeonora (2013). Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Edicions de la Universitat de Barcelona. España.p.128

¹⁸⁷ BORRAJO, María Eugenia (2015). La maternidad subrogada una técnica de reproducción asistida. Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones. Argentina. p.31. Disponible en <www.derecho.uba.ar/revistagioja/>[Consulta: 10 Marzo 2023]

¹⁸⁸Ukrainian surrogates (2023). The Austrian “Law on Reproductive Medicine” <<https://www.ukrainiansurrogates.com/en/constitutional-court-of-austria-confirms-austrian-citizenship-for-children-born-through-surrogacy/>>[Consulta: 10 Marzo 2023]

acceder a ellas”¹⁸⁹. No obstante, a pesar de algunos avances, la ley de Medicina Reproductiva de 1992 en Alemania mantiene restricciones: las personas solteras y las parejas homosexuales no pueden acceder a tratamientos de reproducción asistida, y siguen prohibidas la donación de óvulos y la gestación subrogada.

A pesar, de las restricciones legales austriacas sobre la gestación y determinación filial de la madre. El tribunal constitucional de Austria se ha pronunciado respecto a dos casos transfronterizos:

El primero, suscitado en Georgia, Estados Unidos donde el tribunal se centró en la competencia de aplicación de las normas, al carácter internacional de las leyes de locales y el principio interés del niño y el segundo, que tuvo lugar en Ucrania donde se reconoció el certificado de nacimiento local y se rechazó aplicar leyes austriacas por ir contra el interés del menor. En ambos casos, se determinó que la madre gestante no es la madre legal, sino que el hijo pertenece legalmente a los padres intencionales.

Existe una propuesta presentada por la comisión europea en diciembre del 2022 que pretende reconocer la paternidad mediante maternidad subrogada, la norma de ser aprobada por el consejo “facilitaría a los niños en situación fronteriza puedan acogerse a derechos derivados de la afiliación en virtud de la legislación nacional en asuntos como alimentos, representación legal del hijo entre otros derechos”¹⁹⁰. Debido a que los estados miembros presentan diferentes legislaciones nacionales sobre la ley la jurisdicción y el reconocimiento en el ámbito de la filiación, lo que generaría trabas jurídicas para las familias en situación transfronteriza. Esta

¹⁸⁹ GONZÁLES MARTÍN, Nuria (2020). Estados cuya legislación prohíbe la gestación por subrogación. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p.181-182. Disponible en

<<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6030/12a.pdf>> [Consulta: 10 Marzo 2023]

¹⁹⁰ Comisión Europea (2013). Paquete sobre igualdad: la Comisión propone nuevas normas sobre el reconocimiento de la filiación entre Estados miembros. Disponible en <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_7509> [Consulta: 10 Marzo 2023]

propuesta complementará otras normas de derecho internacional Privado de la Unión Europea en cuestiones como la sucesión.

5) Suiza

En Suiza, la gestación por sustitución está prohibida según la Ley Federal sobre procreación médicamente asistida de 1998 que estipula “la prohibición de la técnica en todas sus modalidades como la fecundación post mortem señalado en el artículo 3, maternidad subrogada y donación de embriones al igual que óvulos en el artículo 4 de la ley”¹⁹¹.

Por otro lado, el país alpino aprobó en el 2001, la Ley de Tecnología de Reproducción Asistida, considerada una de las más rígidas del mundo, esta norma “prohíbe todo tipo de intervenciones médicas, al considerarse que se realiza un abuso de las tecnologías en el ámbito de la medicina y constituir una vulneración a la dignidad humana”¹⁹². En ese sentido, sólo se permite algunos tratamientos para la infertilidad y la fecundación in vitro, mientras que la donación de óvulos y embriones, subrogación, congelación y el uso de embriones para fines científicos están prohibidos.

A su vez, la Constitución Federal confirma también la prohibición a través del artículo 119 con respecto a la medicina reproductiva e ingeniería genética humana de esa forma Suiza decreta el derecho al patrimonio genético humano para anticipar una tutela en la familia, la dignidad y la persona.

De igual manera, el Código Civil Suizo en sus artículos 260 y 261 alega “se presume la paternidad del padre adquirido en un matrimonio; sin embargo, en caso de duda está sujeta a la prueba de acto sexual con la

¹⁹¹ Citado por LAM, Eleonora p.127

¹⁹² Vittoriavita (2020). Maternidad subrogada en Suiza. Disponible en <<https://vittoriavita.com/spa/maternidad-subrogada-en-suiza/#:~:text=Maternidad%20subrogada%20en%20Suiza%20est%C3%A1,las%20m%C3%A1s%20duras%20del%20mundo>> [Consulta: 11 Marzo 2023]

madre”¹⁹³. En situación de reclamar la paternidad por vía jurisdiccional, se le otorgarán los derechos sólo a la madre y al hijo de igual manera a parientes en línea recta del padre.

Para el 2014, una importante sentencia emitida por el Tribunal Administrativo Cantonal de St. Gallen reconoció la inscripción legal de un niño como hijo de una pareja de hombres a raíz de un acuerdo de subrogación realizado en California. No obstante, en el 2015 la Corte Suprema revocó la resolución a solicitud del Departamento de Justicia Federal, resolviendo que sólo el padre que aportó su gameto puede ser reconocido como progenitor. De la misma manera, el nombre de la madre sustituta debe ser registrado por el cantón de St. Gallen en su registro civil.

Según una encuesta realizada por el diario NZZ am Sonntag, se aplicó a las autoridades del estado civil suizo donde se informó que “en el 2019 fueron registrados 48 hijos producto del vientre subrogado, lo que representa el doble respecto al 2016”¹⁹⁴. Desde ese año hasta la actualidad, la cantidad de niños asciende a 144 en todo el país, un buen porcentaje fueron concebidos en Ucrania, Estados Unidos y Canadá.

Los expertos llegan a la conclusión que la maternidad subrogada está haciendo mucho más practicada de lo que se pensaba, donde se estima por lo menos 1000 niños son traídos al mundo a través de esta práctica.

En esas mismas líneas, aunque la gestación no esté permitida en Suiza, no es un delito llevarlo a cabo en el extranjero. Sin embargo, Suiza

¹⁹³Citado por, Nuria GONZÁLEZ MARTÍN
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6030/12a.pdf>

¹⁹⁴ Swissinfo vida & tercera edad (2020). Aumenta el recurso a vientres alquilados. Disponible en <https://www.swissinfo.ch/spa/economia/maternidad-subrogada_aumenta-el-recurso-a--vientres-alquilados-/45867422>[Consulta: 12 Marzo 2023]

no siempre reconoce la relación legal paterno filial de un niño nacido en el extranjero por gestación subrogada”¹⁹⁵.

Para ello, el tribunal Federal distingue entre progenitores genéticos y no genéticos al momento de determinar la relación paterno filial establecido en el extranjero como resultado de la maternidad subrogada. En la situación de los padres no genéticos, quienes son denegados del reconocimiento legal como progenitores, se debe establecer la paternidad mediante la adopción. De acuerdo con el artículo 264 del Código Civil suizo los padres no tienen que estar necesariamente casados; basta con llevar una relación de hecho. Asimismo, está sujeto a condiciones estrictas y su aprobación depende de la discreción de las autoridades.

Existe un reciente caso acontecido en el 2022. “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió una demanda contra Suiza por no reconocer la afiliación de un niño nacido en el extranjero de un matrimonio homosexual producto de la maternidad subrogada”¹⁹⁶.

La pareja viajó a Estados Unidos para realizar el tratamiento usando el óvulo de una donante anónima y el gameto de uno de los esposos, para ser implantado en el vientre de una madre sustituta. Posteriormente el Tribunal californiano declaró la paternidad de los demandantes. Pero tras volver a Suiza, las autoridades no reconocieron el fallo estadounidense. Por ende, acudieron a la sede administrativa sin lograr la pretensión, por ello recurrieron al Tribunal Federal, el mismo que reconoció al veredicto californiano en cuanto a la relación entre padre genético y el niño, mas no

¹⁹⁵ SCHAUB-HRISTIC, Marianne & HOCHL, Karin (2019). Gestación subrogada - Hoja informativa. Disponible en <<https://schaubhochl.ch/wp-content/uploads/2019/09/FactsheetLeihmutterschaftENDinah-30.09.2019.pdf>>[Consulta: 12 de Marzo 2023]

¹⁹⁶ Diario Constitucional (2022). Suiza vulneró el interés superior de un menor nacido a través de un vientre subrogado, por negarse a reconocer su relación paterno-filial con un matrimonio del mismo sexo. Disponible en <<https://www.diarioconstitucional.cl/2022/12/06/suiza-vulnero-el-interes-superior-de-un-menor-nacido-a-traves-de-un-vientre-subrogado-por-negarse-a-reconocer-su-relacion-paterno-filial-con-un-matrimonio-del-mismo-sexo/>> [Consulta: 13 de Marzo 2023]

el reconocimiento emitido por el tribunal de Estados Unidos entre el padre de intención y el niño. A pesar de no haber reconocimiento entre los actores el menor está protegido por el gobierno suizo al igual que el principio superior del niño.

Motivo por el cual, los esposos demandan al gobierno suizo ante el Tribunal Europeo alegando la vulneración al derecho de una vida privada y familiar, amparándose al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La misma que concluyó que, aunque las autoridades suizas no reconocieron el certificado de nacimiento del menor este no afectaría el disfrute de una vida familiar. Por ende, las dificultades que podrían presentarse para los padres frente a una ausencia de reconocimiento están dentro de los límites de cumplimiento del artículo 8 del Convenio.

En consecuencia, hubo una resolución parcial al no haber violación del derecho de los demandantes al derecho a la vida familiar, pero si se condenó a Suiza al pago de 15,000 € como indemnización y 20,000 por gastos procesales.

Con respecto a estos casos, existen posturas diferentes. Caroline Schurr, catedrática de Geografía Social y Cultura de la Universidad de Berna, afirma que “a pesar que la práctica está prohibida en Suiza, la demanda continúa creciendo al haber mujeres que deciden postergar su etapa materna para priorizar su vida profesional”¹⁹⁷. Por tanto, se ven perjudicadas con el tiempo, al presentar una tasa baja de fertilidad sumado al crecimiento exponencial de parejas homosexuales que anhelan tener hijos. En efecto la maternidad subrogada es una buena opción para este grupo de personas que desean formar familia.

¹⁹⁷ Iamexpat- PROCTOR, Emily (2023). Aumenta la demanda de madres de alquiler en Suiza. Disponible en < <https://www.iamexpat.ch/expat-info/swiss-expat-news/demand-surrogate-mothers-increasing-switzerland>>[Consulta: 13 de Marzo 2023]

Por otro lado, la jurista suiza Andrea Buchler subraya que “en términos de igualdad se debería permitir también la donación de óvulos y no solo la donación de esperma, debido a que esta prohibición de donación limita la autonomía reproductiva”¹⁹⁸. Sin embargo, añade la importancia de proteger a los donantes, porque a diferencia de la donación de esperma que es rápida e indolora, las mujeres que desean donar óvulos deben someterse a una estimulación hormonal y luego proceder con la extracción de los óvulos mediante una operación bajo anestesia general. Por ello es importante que las donantes estén informadas para que otorguen su consentimiento con pleno conocimiento de los riesgos, afirma la jurista.

Finalmente, el teólogo Michael Koors señala dos puntos de vista: la primera, que al estar en contra de la legalización de la maternidad subrogada se debería estar prohibida y duda de la voluntad altruista en la práctica. Si se permitiera la maternidad subrogada, se debería determinar la actuación de los legisladores en relación a las condiciones y los requisitos; y el segundo argumento, el abuso de la medicina reproductiva que podría causar daños en la sociedad. Un ejemplo son los exámenes prenatales usados para determinar el sexo del bebé o si tiene alguna enfermedad hereditaria, pero los mismos métodos también pueden usarse para establecer otras características que podrían tener consecuencias negativas para la colectividad, por ejemplo, cuando los padres prefieren tener un bebé varón por razones sociales y los exámenes prenatales y abortos que hacen que se desequilibre la proporción de hombres y mujeres en el país.

6) Estados Unidos

Estados Unidos es el país cuyos clientes son extranjeros y representan el 20% del mercado para llevar a cabo la maternidad subrogada;

¹⁹⁸ University of Zurich- GULL, Thomas (2021). Niños no permitidos - Donantes de esperma y madres de alquiler. Disponible en <https://www.news.uzh.ch/en/articles/2021/samenspender.html> > [Consulta: 13 de Marzo 2023]

es decir, en los últimos años se ha registrado un aumento de este tipo de práctica, que las clínicas han adaptado mediante la creación de plataformas o la contratación de corredores que aprovechen la demanda requerida del mercado. Muchas de estas clínicas incluso compiten por atraer clientes que tienen un alto poder adquisitivo.

Sin embargo, hay varios estados de ese país que prohíben el vientre de alquiler al considerarlo un delito e imponen multas y penas de cárcel como sanción para aquellos que lo practiquen, mientras otros estados declaran nulo el acuerdo de gestación subrogada.

a) Michigan

La ley de filiación subrogada en ese estado, señala que el contrato de filiación subrogada es nulo inejecutable por ir contra del orden público. Según el artículo 722.855 de la ley se aplica para dos aspectos: el primero, referido a la gestación altruista por sustitución y el segundo, para quien paga como retribución a la gestante”¹⁹⁹. Respecto al contrato oneroso de filiación subrogada es prohibida y regulada en el artículo 722.859, que también estipula sanciones tanto multa o de prisión aplicado a los actores partícipes del contrato como los facilitadores o intermediarios cuando hay un pago económico de por medio.

De acuerdo con la ley, alega que quien celebre un contrato costoso subrogada será multado con la suma de hasta \$10,000 dólares o con prisión de hasta 1 año puede aplicarse con ambas sanciones a la vez. No obstante, la norma excluye a menores no emancipados o a las mujeres diagnosticadas con alguna discapacidad intelectual o en proceso. En ese sentido, el artículo señala que todo aquel que arregle, persuada, intente o de cualquier forma favorezca la celebración de un contrato oneroso de legislación subrogada

¹⁹⁹ Ibidem,p.183

será sancionado con la multa de \$50,000 dólares o prisión de hasta 5 años o ambas penas.

En el artículo 722.857 también menciona la prohibición del contrato de filiación subrogada respecto a las mujeres menores de edad o con problemas intelectuales, mentales o discapacidad de desarrollo en la madre subrogada. Dicha Norma prevé sanciones a quienes celebren estos contratos, lo arreglen, lo asistan o lo induzca en su realización. La multa puede ascender hasta los \$50,000 dólares o hasta 5 años de cárcel como también puede ser ambas sanciones.

En resumen, la legislación de Michigan, concluye que la gestación altruista en la mujer menor de edad, con problemas mentales o discapacidad, no es una figura a sancionar. Sin embargo, es considerado contrario al orden público, constituyendo un contrato nulo y, en consecuencia, tampoco se puede reclamar su cumplimiento.

b) Nueva York

Conforme uno de los estados donde la paternidad subrogada está prohibida. Según la ley de Relaciones Domésticas del Estado de Nueva York en su Artículo 8-22 estipula que “la práctica de esta técnica es contraria al orden público y por lo tanto son nulos y no exigibles”²⁰⁰.

La ley se remonta desde 1992, que retoma la problemática a partir del emblemático caso “baby M”, “El primer suceso de custodia de un niño nacido por gestación por sustitución en Estados Unidos resuelto en 1988 por el Tribunal Supremo de Nueva Jersey”²⁰¹. Después de más de tres décadas transcurridas desde su emisión de sentencia, se ha redefinido el significado

²⁰⁰ Ibidem,p.184

²⁰¹ T. YOUNGER, Judith (1988). What the Baby M Case Is Really All About- University of Minnesota. Disponible en <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1347&context=lawineq> [Consulta: 16 de Marzo 2023]

de matrimonio y familia. Sin embargo, los tribunales y las legislaturas estatales siguen divididos en su visión de la maternidad subrogada y quienes quieren tener hijos por gestación subrogada siguen actuando en un clima de gran incertidumbre. Por tanto, es un duro recordatorio de lo poco que se ha avanzado en la elaboración de normas coherentes y uniformes para regular la gestación subrogada en los estados de ese país.

Asimismo, en la actualidad, se imponen sanciones a quienes ayuden a participar en celebrar un contrato oneroso de gestación por sustitución, puede llegar hasta los \$500 dólares aplicados a los comitentes, la madre sustituta y a sus cónyuges en que el pago sobrepase los gastos médicos permitidos de acuerdo con el artículo 123-1 y 123-2 de la Ley de Relaciones Domésticas. A su vez, el artículo 123 de la misma ley señala que “las entidades o personas que faciliten esta práctica a cambio de una remuneración serán sancionadas con una multa de hasta \$10,000 dólares, y el reembolso del pago recibido”²⁰². No obstante, si la entidad o persona vuelve a actuar a pesar de haber sido sancionado civilmente, estará cometiendo un delito penal.

Mientras los contratos altruistas donde no hay una compensación económica para la madre sustituta, quedan prohibidas y declaradas nulas por ir en contra del orden público y, en consecuencia, su cumplimiento no es exigible judicialmente. Empero este impedimento legal no minimiza que sigan presentándose casos de maternidad subrogada. Los comitentes no podrán reclamar el cumplimiento de las prestaciones ante los tribunales. De cualquier forma, elaborar documentos de entendimiento que de alguna forma ayuden a comprender la posición de las partes sobre el tema.

²⁰² Citado por GÓNZALES ,Nuria.p.184-185

c) Arizona

A diferencia de otros estados, la práctica de gestación subrogada en Arizona, puede realizarse, pero con los obstáculos legales. Existe una prohibición por ley, sin embargo, no hay una sanción penal para aquellos que participen en menor o mayor grado en el contrato. De acuerdo con el artículo 25-218 del Estatuto de Arizona estipula “la prohibición de contratar, manipular, arreglar y facilitar la realización de un contrato de filiación subrogada”²⁰³. La norma además alega que la mujer gestante es la madre legal del niño y por ende le corresponde la custodia.

Asimismo, de estar casada la gestante, se presume que su cónyuge es el padre del menor; y admitiéndose prueba en contrario. Dispuesto así, en referencia al caso *Soo vs Corte Superior del Condado de Maricopa*, se presumía que el esposo de la gestante era el padre del bebé, salvo prueba en contra. Sin embargo, esta norma fue declarada inconstitucional porque afectaba los derechos de la madre biológica intencional y de los trillizos nacidos, al no permitir impugnar que la gestante fuera la madre legal.

Aunque este tipo de contratos no sean exigibles, continúan realizándose en el estado de Arizona, es más los tribunales emiten órdenes parentales antes del nacimiento del niño y reconociendo a los padres intencionales como los padres legales.

7) Reino Unido

Si bien el Reino Unido “ha recorrido un largo camino desde que se fundó la Autoridad de Embriología y Fertilización Humana (HFEA) en 1991, cuando se trata de acuerdos de subrogación nacionales e internacionales, todavía queda un largo camino por recorrer”²⁰⁴.

²⁰³ Ibidem, p.185-186

²⁰⁴ Mishcon de Reya (2015). Modernizar la ley de subrogación del Reino Unido: el camino a seguir. Disponible en <<https://www.mishcon.com/news/modernising-uk-surrogacy-law>>[Consulta: 16 de Marzo 2023]

No existen datos fiables sobre la maternidad subrogada en el Reino Unido. El General Registry Office (GRO) es la agencia gubernamental responsable del registro de nacimientos en Inglaterra y Gales. “La valiosa investigación realizada por Crawshawet sobre los datos del GRO, informó que las órdenes parentales se cuadruplicaron en el periodo 1995-2013”²⁰⁵.

Las fuentes oficiales muestran que en 2014 se concedieron 272 órdenes parentales; el 39% de ellas fueron para niños nacidos a través de vientres de alquiler en el extranjero. Esto representa un fuerte aumento desde 2008, cuando sólo el 2% de los niños nacieron a través de vientres de alquiler en el extranjero. Por lo tanto, a partir de los pocos datos oficiales que existen sobre la maternidad subrogada, se sabe que esta práctica va en aumento, pero la falta de información más significativa crea motivo real de preocupación.

A pesar de un aumento en la demanda según una investigación de la Universidad de Kent, “las solicitudes de orden parental se han triplicado con creces entre 2011 al 2020 y una conciencia mucho mayor de la subrogación”²⁰⁶. La ley que regula la subrogación en el Reino Unido está desactualizada, ya no sirve para el propósito, pero es ampliamente considerada. Esto ha llevado a que el Tribunal de Familia adopte con frecuencia un enfoque creativo al interpretar la legislación para lograr resultados que se centren en el interés superior del niño nacido mediante subrogación.

Un hecho suscitado hace años en el país fue el caso “Re G”, donde “se analiza la residencia de un hijo de una pareja del mismo sexo, siendo un

²⁰⁵ALGHRANI, Amel & GRIFFITHS, Danielle (2017). The regulation of surrogacy in the United Kingdom: the case for reform. Disponible en <[http://sro.sussex.ac.uk/id/eprint/68402/1/Alghrani%20and%20Griffiths%20final%20\(1\).pdf](http://sro.sussex.ac.uk/id/eprint/68402/1/Alghrani%20and%20Griffiths%20final%20(1).pdf)>[Consulta: 20 de Marzo 2023]

²⁰⁶Mishcon de Reya (2022). Modernización de la ley de subrogación del Reino Unido: el camino a seguir. Disponible en <<https://www.mishcon.com/news/modernising-uk-surrogacy-law>>[Consulta: 20 de Marzo 2023]

ejemplo de cómo la ley responde a la maternidad en la práctica”²⁰⁷. Este caso, se refiere al conflicto entre dos mujeres que deseaban ser reconocidas legalmente como madres en un contexto social. Ambas deseaban adquirir la responsabilidad parental que les otorgaría derechos y responsabilidades en relación con la crianza de sus hijos.

En específico, se refería a una pareja de lesbianas, que recurrieron a la inseminación artificial para formar una familia, CG dio a luz a dos hijos, ambos criados por CG y CW. conjuntamente. Tras la separación, los niños residieron con CG (la madre), mientras que CW (la pareja) solicitó una orden de residencia conjunta, que fue rechazada en un primer momento y, posteriormente, denegada por el Tribunal de Apelación. De esta manera, CG se trasladó de la ciudad de Leicester sin previo aviso y CW temía que, aunque el contacto con los niños siguiera en la actualidad, esto podría disminuir gradualmente. Motivo por el cual el Tribunal le concedió a su favor al desestimar por unanimidad por la Cámara de los Lores, y se retiró la orden de cuidado exclusivo a CG.

La cuestión principal en el caso Re G era que, aunque ambas mujeres estaban reconocidas como madres de diversas formas en un contexto social, ambas partes deseaban que les permitiera desempeñar el papel de madre como resultado de la relación entre madre e hijo. Este caso pretendía explícitamente abordar las definiciones de progenitor "natural" y "legal". La jueza británica la Baronesa Hale de Richmond esbozó las tres formas posibles a través de las cuales la paternidad, distingue explícitamente de las formas de progenitor natural (gestación, genética y social) de la paternidad legal.

²⁰⁷ BURROWS, CHANTELL, Louise (2011). Deconstructing Motherhood: A critique of the legal regulation of surrogacy- Durham University.p.26-29. Disponible en <http://etheses.dur.ac.uk/3192/1/MJur_-_Chantell_Burrows.pdf?DDD19+>[Consulta: 21 de Marzo 2023]

Además, la baronesa Hale subrayó el hecho de que CG “es la madre natural de los niños en todo el sentido de ese término, si bien no plantea ninguna presunción a su favor, es sin duda un factor significativo a la hora de determinar qué será lo mejor para ellos ahora y en el futuro”²⁰⁸. Hay dos puntos clave que señalar aquí. En primer lugar, la distinción entre paternidad "natural" y paternidad "legal", por su parte el académico Robert Stevens señala que la decisión de la Baronesa Hale enfatiza que la naturaleza relacional del derecho de familia, reconoce las relaciones psicológicas, así como la gestación.

Se reconoce la naturaleza relacional de las familias en un contexto social más amplio en el derecho es para reflejar la realidad social de la maternidad con vistas a mejorar el reconocimiento de las mujeres como madres. Además, la sexualidad en los casos de derecho de familia ha sido anteriormente un factor importante (a menudo discriminatorio).

El caso Re G puede significar "un nuevo amanecer para las madres lesbianas", ya que la paternidad homoparental y heterosexual de este tipo deben recibir el mismo trato. La Baronesa Hale afirma que "las cuestiones que se plantean son las mismas que las que pueden surgir entre padres del mismo sexo y padres heterosexuales". Además, los principios jurídicos también son los mismos, la realidad social de las progenitoras lesbianas que se identifican como madres pero que no tienen una relación gestacional o genética con el niño.

Anteriormente, la jurisprudencia en relación con la paternidad homoparental ha hecho hincapié en los vínculos biológicos entre progenitor e hijo. Esta situación no se define específicamente por la biología en forma de paternidad genética o gestacional. En su lugar, la definición de progenitor natural es mucho más amplia. Esto nos lleva a considerar el segundo punto clave en relación con este caso. La ampliación del marco de Hale para

²⁰⁸ Citado por BURROWS, Louise.p.27

identificar la paternidad natural no está exenta de problemas. La investigadora y catedrática británica Sarah Beresford argumenta que “el lenguaje jurídico utilizado aquí, que define lo natural como algo que va más allá de lo biológico aún conserva el poder de inclusión y exclusión. Así, lo que es natural se incluye y lo que no lo es se excluye. Sólo el juez puede tomar esta determinación ”.

En ese sentido Beresford sostiene que la Baronesa Hale ha creado una jerarquía de lo "natural" en la que la paternidad biológica ocupa la cúspide" porque en ninguna parte de la opinión de Hale subraya la importancia de que un niño sea criado por sus padres psicológicos o sociales "que un niño sea criado por su progenitor psicológico o gestacional" del mismo modo que la paternidad biológica. Por su parte, el familista londinense Daniel Coombes argumenta que “la relación gestacional entre madre e hijo es probablemente el aspecto más importante en la decisión”²⁰⁹ y, por tanto, la fusión de "natural" y "gestación" ha socavado el enfoque aparentemente amplio de la Baronesa Hale sobre la paternidad.

Sin embargo, aunque en este caso CG era la madre gestacional y la madre legal por defecto, la baronesa Hale explicó que no existe presunción alguna a su favor. El razonamiento de la baronesa Hale para devolver la custodia a CG se basa en lo siguiente: sobre la separación de los roles maternos "naturales", haciendo hincapié en la distinción entre las funciones maternas naturales frente a las distinciones legales. CG no experimentó una relación gestacional "diferente de cualquier otra " con su hijo y esto desempeñó un papel importante a la hora de evaluar el caso.

El más reciente caso sobre esta problemática, fue en junio del 2022. “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (ECHR) desestimó el caso de una niña de seis años nacida de un acuerdo de subrogación que solicitó que

²⁰⁹ Citado por BURROWS, Louise.p.28-29

su padre biológico fuera nombrado en su certificado de nacimiento”²¹⁰. El acuerdo de subrogación involucró a los futuros padres, una pareja de hombres del mismo sexo, uno de los cuales es el donante de esperma en el acuerdo, un sustituto y su esposo y un donante anónimo de óvulos. De acuerdo con las leyes actuales de subrogación del Reino Unido, la madre subrogada y su esposo figuraban en el certificado de nacimiento del niño como madre y padre. Debido a una ruptura en las relaciones entre las parejas antes del nacimiento del niño, la madre sustituta y su esposo no informaron a los futuros padres sobre el nacimiento hasta después de que se registró y luego se negaron a dar su consentimiento para que se hiciera una orden de paternidad. como resultado los futuros padres, incluido el padre biológico del niño.

A raíz de estos hechos, los futuros padres iniciaron un proceso en el Juzgado de Familia, que dictó una Orden de responsabilidad parental a favor de los futuros padres, dando voz a ambas parejas en asuntos importantes relacionados con el niño. También se dictó una Orden de Arreglos del Niño, declarando que el niño debe vivir con los futuros padres, quienes deben tomar las decisiones del día a día por ella, y su nombre debe incorporar sus apellidos. También se ordenó que tuviera contacto regular con la madre sustituta y su esposo.

A pesar de estos cambios, el certificado de nacimiento de la niña siguió siendo el mismo. Se presentó el caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por el hecho de que las reglas en relación con quién figuraba en su certificado de nacimiento estaban desactualizadas y le negaban los beneficios sociales y emocionales de tener el reconocimiento legal de su padre biológico y su realidad cotidiana. El TEDH rechazó este argumento y confirmó que ella no estaba totalmente privada de una relación

²¹⁰ Citado por MISHCON de Reya

legal con su padre biológico como resultado de no haberlo mencionado en su certificado de nacimiento.

Este caso destaca lo tumultuosos que pueden llegar a ser los acuerdos de subrogación. Demuestra por qué las próximas recomendaciones anticipadas de la Comisión Jurídica a finales de este año son clave para el desarrollo exitoso de la subrogación en el Reino Unido. De particular importancia es el nuevo plan de vías para establecer mayores protecciones y procedimientos para evitar tal ruptura entre las partes.

8) Canadá

El fundador de “Sensible Surrogacy” y defensor de las familias LGTB desde el 2012 William Houghton, menciona que “la práctica de subrogación asistida en Canadá es legal, pero restringida se considera ilegal contratar servicios de una madre sustituta o adquirir gametos sea masculino o femenino”²¹¹. La ley federal solo admite la subrogación altruista, lo que significa que las agencias dedicadas a la salud reproductiva facilitan la relación entre los sustitutos y los padres, pero con restricciones, mientras que los servicios comerciales que apoyan tanto el sustituto como a los padres están prohibidos, es decir, a las gestantes subrogadas no se les puede pagar más que los gastos necesarios.

Asimismo, las agencias tampoco están legalmente autorizadas a cobrar dinero por administrar el ciclo o el embarazo de una madre sustituta. En teoría, la ley en Canadá hace que cada viaje de subrogación sea un viaje independiente. Ahora bien, existen varias consultorías que tratan de burlar la ley para brindar servicios de tipo agencia. Los mismos que se encargarán de presentar a los padres sustitutos calificados y plasmarán el acuerdo a

²¹¹ SENSIBLE FOR LOVING FAMILIES (2022). Subrogación en Canadá. Disponible en <<https://www.sensiblesurrogacy.com/surrogacy-in-canada/>>[Consulta: 15 Abril 2023]

través de un contrato de subrogación de manera privada con un abogado especializado en derecho reproductivo. Dichas consultorías administran los servicios de la clínica y ayudan a avanzar hasta lograr el propósito. Es una práctica conocida, no obstante, en varias ocasiones se han cerrado consultorías por las autoridades canadienses por transgredir las normas e ir más allá de lo permitido.

Respecto a los acuerdos de subrogación, deben respetar de acuerdo a la ley AHR y a las leyes provinciales y territoriales, por lo que dependiendo de donde viva la madre subrogada y los futuros padres, el acuerdo de subrogación puede ser significativamente diferente o imposible. Por ejemplo, en Columbia británica y en Ontario, los futuros Padres pueden simplemente registrarse como padres legales, parecida a las leyes del estado de Illinois en Estados Unidos, mientras que en otras provincias los derechos de paternidad se transfieren a la madre mediante una orden judicial usualmente dentro de una a dos semanas después del parto. Por el contrario, durante ese tiempo, la madre subrogada puede tener la oportunidad de cambiar de opinión y ejercer sus derechos de paternidad, según la provincia.

En caso de cambiar de opinión, tendría derechos sobre el niño al nacer, puesto que Canadá no tiene órdenes prenatales como en algunos estados de EE.UU. De esa forma, los futuros padres tendrían que presentar una solicitud de paternidad legal y a lo mejor, los tribunales reconocerían la intención del contrato y las pruebas de ADN que demostrarían la paternidad biológica, según las provincias mencionadas. Hasta el día de hoy, no hay un caso preexistente sobre cómo actuarían los tribunales tal reclamo por parte de la madre sustituta. Las provincias mencionadas, líneas atrás como Ontario y BC, regulan por ley que el acuerdo pactado es prueba de la intención de la madre subrogada de no querer ser la madre del niño, y a las provincias donde es necesaria evidencia genética, una prueba de ADN probaría el vínculo biológico del bebé. La suposición es que la solicitud de

los padres sería resuelto favorablemente debido que la posibilidad de que la madre sustituta solicite la patria potestad es un riesgo mínimo de producirse.

Por otra parte, es posible los riesgos por el lado de los padres, que podrían cambiar de opinión y no llevarse al niño. Motivo por el cual, se han presentado casos en que los padres extranjeros abandonaron a los bebés durante o después del embarazo donde en situaciones como esta, los bebés son puestos en adopción.

En relación a los costos, es considerado el más cómodo que puede ser significativamente menor que los programas administrados por agencias en los Estados Unidos. Los mismos que fluctúan entre los \$90,000 a \$120,000 dólares, mientras que la gestación subrogada en Canadá es menor que los \$85,000 dólares canadienses. Los ahorros pueden verse en las tarifas de agencias más bajas y subrogación altruista obligatoria, así como el valor del dólar nacional. Tras el nacimiento del niño nacido por subrogación en Canadá es elegible para la ciudadanía canadiense, los padres pueden retornar a su país de origen con el pasaporte canadiense de su bebé.

Ahora bien, recordemos que en el año 2019 el gobierno canadiense realizó cambios a la ley AHRA, que regula la subrogación en ese país. Los cambios explicaban a detalle que el reembolso a las madres sustitutas es ilegal siempre y cuando no hubiera un recibo físico. En efecto, no permite ningún incentivo financiero para convertirse en madre subrogada, aunque parecieran encontrar en estas técnicas una emoción satisfactoria. Estas modificaciones hacen que el marco legal canadiense sea parecido a las leyes de subrogación altruista en el Reino Unido.

Es necesario recalcar que existen dos tipos de subrogación: La solución tradicional, el cual existe una relación genética entre la madre subrogada con el niño que está gestando en nombre del padre o de los padres previstos y la subrogación gestacional, en la que la portadora gestacional no tiene vínculo genético con el niño que está gestando. En pocas palabras, se

usan los óvulos de la futura madre o los de una donante. De las opciones la subrogación tradicional puede ser la más atractiva porque si en el costo de la fertilización in vitro, el procedimiento puede ser menos costoso.

Con referencia a la construcción de familias por la comunidad LGBTQ a través de las ART, los problemas que enfrentan respecto al empleo de las tecnologías de producción asistida son únicos. Para los padres gays que “eligen utilizar la subrogación gestacional y formar familia, deberán contar con donantes de óvulos y un vientre de alquiler, es decir una sustituta que no tenga vínculo genético con el embrión que está gestando”²¹². Para ello, se debe preparar un acuerdo de donación de óvulos como un acuerdo de subrogación. Posteriormente, luego de nacimiento del niño, los padres deberán presentar una solicitud de declaración de filiación para que los padres sean proclamados como los progenitores legales del niño y a su vez declarar que la madre sustituta no es la madre del niño.

Dicho esto, en el caso de las madres lesbianas o las familias con dos madres que deciden emplear las ART para conformar una familia, “deben considerar si usarán gametos masculinos de un banco de espermatozoides o de un donante conocido”²¹³. Si se opta por un donante conocido, es necesario que las partes celebren un acuerdo de donación de espermatozoides conocido y que el donante reciba asesoramiento legal independiente. En otras ocasiones, algunas madres optan por la inseminación artificial, mientras que otras usan IVF o IUI. Una vez que nazca el bebé, si se utiliza un donante conocido, será necesario tomar medidas adicionales para garantizar la afiliación legal de los niños. Más aun, independientemente de si se utiliza espermatozoides donado de forma conocida o anónima, la madre gestante tiene una ventaja legal sobre la madre no gestante, ya que la madre gestante es automáticamente la

²¹² FERTILITY LAW CANADA™ en D2Law LLP - Sara R. Cohen, LLB (2023). Fertility Law Canada: Acuerdos de subrogación, acuerdos de donación de óvulos, acuerdos de donación de espermatozoides, paternidad legal. Disponible en <<http://www.fertilitylawcanada.com/surrogacy-law-in-canada.html>> [Consulta: 16 Abril 2023]

²¹³ Citado por FERTILITY LAW CANADA™ en D2Law LLP - Sara R. Cohen, LLB

progenitora legal del niño, mientras que su pareja o esposa no lo es. La filiación para las madres independientes de la fuente del semen se puede lograr mediante un proceso de adopción por un segundo padre o un proceso de declaración de filiación.

De acuerdo, con la experiencia de la abogada especializada en fertilidad y fundadora de “Fertility Law Canada” Sara Cohen señala haber trabajado con varios futuros padres solteros cada año “hay un aumento de padres solteros en la práctica, creo que son los hombres que quieren ser padres los que simplemente no han encontrado a su compañero de vida y no están dispuestos a esperar más tiempo para ser padres”²¹⁴. Cada vez más, son los hombres en Canadá, y en el mundo, que deciden elegir la paternidad soltera a través de la subrogación.

Por su parte, Sally Rhoads Heinrich propietaria de “Surrogacy en Canadá Online” afirma que “muchos hombres solteros la contactan por la subrogación. Una buena parte de ellos son homosexuales y, de los heterosexuales, sus motivos para elegir la subrogación son porque no hallaron a la pareja adecuada”²¹⁵. Es un grupo que va en crecimiento, de acuerdo con los datos de Statistics Canada realizados en 2011 arrojan de resultado que los padres solteros crecen a un ritmo 2.5 veces mayor que el de las madres solteras. De hecho, en la actualidad hay pocos estudios académicos sobre padres solteros y los servicios de subrogación.

Asimismo, culturalmente el matrimonio y la crianza de los hijos se consideraba como esfuerzos particulares que no se ajustaban con la realidad. Con el desplazamiento de la familia tradicional se ha dado oportunidad para que los hombres solteros puedan optar por la paternidad en solitario.

²¹⁴ CRIBB, Robert (2016) La creciente evidencia muestra que los hombres eligen la paternidad soltera a través de la subrogación. Disponible en <<https://www.thestar.com/news/canada/2016/12/18/single-males-seeking-canadian-surrogates.html>>[Consulta: 17 Abril 2023]

²¹⁵ Citado por CRIBB, Robert

Pongamos el caso de “Steve y Paul una pareja gay de Florida en EE.UU., que deciden recurrir a las ART a través de Trudy Lalone una madre canadiense de la provincia de Ontario quien decide prestar su vientre de alquiler de forma altruista”²¹⁶. Tanto la pareja de comitentes como la madre sustituta tuvieron una relación llevadera al punto de convertirse en amigos. Han viajado a las casas de los demás y han conocido a las familias de los demás. La pareja permaneció en Ontario lugar donde reside la madre sustituta para acompañarla durante todo el embarazo y nacimiento del bebé. Según la enfermera de 32 años y madre de cuatro hijos afirma que “una vez más ha realizado otro increíble acto de bondad al saber que los muchachos, sus familias y amigos disfrutarán de las nuevas maravillas de tener un bebé”. En la actualidad, los tres continúan en comunicación regularmente, inclusive intercambiando fotos y videos.

En resumen, de acuerdo a lo expuesto, se puede concluir que la maternidad subrogada presenta una regulación diversa en el ámbito internacional, reflejando tanto factores culturales como jurídicos. En México, por ejemplo, permite esta práctica en algunos estados como Tabasco y Sinaloa, aunque ha sido criticada por casos de explotación de mujeres en situación vulnerable. En contraste, Alemania, Austria y Suiza la prohíben totalmente, considerando que atenta contra la dignidad humana y el principio de indisponibilidad del cuerpo.

Por su parte, India ha pasado de ser un destino popular para el turismo reproductivo a imponer fuertes restricciones, limitando la subrogación solo a parejas heterosexuales nacionales casadas, en un intento de proteger los derechos de las madres gestantes. Estados Unidos presenta un panorama fragmentado, algunos estados como California la permiten ampliamente, mientras que otros la restringen o incluso la prohíben.

²¹⁶ Citado por CRIBB, Robert

En el caso de Reino Unido, la subrogación es legal pero solo si es altruista, prohibiéndose el lucro por este acto, lo que busca mantener un equilibrio entre libertad reproductiva y prevención de abusos y finalmente Canadá sigue una línea similar, permite la subrogación altruista y prohíbe el pago más allá de los gastos razonables, lo que ha generado debates sobre el acceso y la equidad en estos procesos

En ese sentido, desde el derecho internacional, especialmente bajo el principio del interés superior del niño consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño, se cuestionan los riesgos de comercialización y anonimato en estos procesos. Así, aunque algunos países permiten la subrogación, insisten en proteger los derechos del niño a conocer su origen, tener una identidad y crecer en un entorno que garantice su bienestar integral.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES

PRIMERA. Se corrobora la presencia de una vulneración a la dignidad y el derecho a la a nacionalidad del nacido vía maternidad subrogada practicada en el extranjero, la cual es el impedimento de la inscripción del nacido solo por el padre en el registro civil peruano. Asimismo, no solo se vulnera el derecho del nacido sino también se vulnera el derecho del padre de concretar la filiación hacia su menor hijo sin la presencia física de la madre. Entre los motivos detectados, se encuentran el Código Civil en relación a la filiación, ya que esta norma se encuentra escrita en el año 1984; por lo tanto, se encuentra alejada de la realidad familiar actual y finalmente la Ley General de Salud que presenta una dirección muy genérica para graduar el tema. Por lo que podría convertirse en un paraíso turístico de la reproducción humana al captar personas con el anhelo de ser padres.

SEGUNDA. La presente investigación ha expuesto que la ausencia de un marco legal afecta el arraigo para la formación de una nacionalidad del nacido vía maternidad subrogada practicada en el extranjero, ya que al no haber una normatividad sobre el tema se deja desprotegido al menor en su dignidad al negarle el derecho de filiación al padre cuando se apersona al registro civil con la intención de inscribirlo con solo sus apellidos. De esta manera, al no haber una identidad del menor, se priva también de adquirir un arraigo nacional, debido a que, existe una consecuencia directa entre ambas figuras, en ese sentido, afecta además otra serie de derechos constitucionales. En consecuencia, no existe un vínculo jurídico que enlace entre el recién nacido con el estado y eso impide pueda ejercer sus derechos como cualquier ciudadano.

TERCERA. Se establece que el criterio más adecuado para constituir el vínculo jurídico entre un recién nacido por vientre subrogado y el estado, es indispensable el material biológico del padre, es decir, el gameto masculino ofrecido por el interesado, puesto que contiene una serie de información genética que será transmitida al producto de las técnicas de reproducción asistida de tal manera que presentará características hereditarias del padre. Además, de ser un ciudadano de origen peruano le provee de forma directa la nacionalidad a su hijo, el cual le facilita la inscripción del menor al registro civil.

CAPITULO V

RECOMENDACIONES

PRIMERA. Se recomienda a los legisladores modificar la normatividad nacional peruana tanto en el Código Civil tipificado en el artículo 21 y la Ley General de Salud en su artículo 7, a fin que los progenitores varones puedan asignar solo sus apellidos sin considerar al de la madre de forma legal en casos de vientre de alquiler practicados en el extranjero. A su vez, la necesidad de regular la norma al constituir un nuevo tipo de familia, por lo cual debe estar acorde a la realidad y equiparar los derechos entre varones y mujeres.

SEGUNDA. Se invita a los operadores del derecho en especial a los jueces del Tribunal constitucional a elevar el perfil profesional y ser más exigentes en relación al tratamiento de las normas para evitar dilataciones; así también, evitar generar incongruencias y trivialización en la resolución de casos. Además, el de considerar la elaboración y aprobación de un Código exclusivo de familia que pueda facilitar el manejo de estos casos con el fin de conseguir darle un final justo sin transgredir los derechos. De esta forma, garantizar los derechos a los menores y evitar futuros problemas del mismo tipo independientemente de sus raíces biológicas. Así pues, frente a dichos vacíos legales realizar una interpretación jurídica de la norma sin dejarse condicionar bajo influencias de corte político, ideológico, realidad social o religioso, es favorable opinar en base a lo que es justo, tomando en consideración que lo justo es lo subjetivo y lo objetivo es lo que está normado.

TERCERA. Se sugiere al poder legislativo elaborar y presentar un proyecto de ley, que proponga regular de manera más detallada el uso de las técnicas de reproducción asistida y los procedimientos para realizar una filiación de los padres varones hacia sus hijos nacidos vía maternidad subrogada, con la finalidad que permita brindar un servicio efectivo a los padres cuando se apersonen a inscribirlos solo con sus apellidos y lograr garantizar la dignidad como la nacionalidad sin considerar el contexto de su concepción.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA: EXP.
00882-2023-PA/TC LIMA**

Llegados a este punto, resulta pertinente mencionar el caso que dio origen a la presente investigación, con el fin de evidenciar cómo los argumentos desarrollados pueden aplicarse a situaciones concretas que se presentan y son debatidas en los juzgados.

ANÁLISIS GENERAL DEL CASO RICARDO MORÁN

El caso de Ricardo Vargas Morán Vargas, un productor de tv nacional quien planifica tener hijos, pero por su orientación sexual decide realizarlo por las técnicas de reproducción asistida; sin embargo, tenía la posibilidad de optar en el Perú a través de la adopción. En nuestro país, es posible adoptar estando soltero; no obstante, su evaluación es tan exigente que en muchas ocasiones los interesados desisten de su pretensión y formar este tipo de familias llamadas familias monoparentales.

Para el caso de una pareja de homosexuales que desee adoptar, lo más probable es que la respuesta sea denegada; por el contrario, si acuden de manera separada solo uno de ellos, pueden darle la adopción. Esta es una opción que el productor pudo llevar a cabo, pero prefirió tener hijos de su propia sangre. Así que, decide viajar a Estados Unidos y acceder a las TERAS que es una práctica legal, posteriormente continua con el procedimiento administrativo y de laboratorio, al fecundar in vitro un óvulo donado (anónimo) que viene de un banco de gametos para luego ser implantado en un vientre subrogado.

En este caso genéticamente la madre es quien donó el óvulo, ya que si se somete a una prueba de ADN el resultado sería positivo, sin embargo, al ser anónimo, no se puede conocer el nombre de la donante, mientras que, la gestante no sería la madre biológica previo estudio genético.

La persona que llevó los nueve meses de embarazo, ejecutó un trabajo y se le pagó, así también, por dar a luz; y no para que cumpla roles de madre entre ellos no pasar pensión y demás deberes de maternidad. De esta forma, se exime de toda responsabilidad legal de madre, derecho que es aceptado y protegido por las leyes de Estados Unidos.

Tras el nacimiento de los bebés del demandante viajan de retorno al Perú como ciudadanos estadounidenses en calidad de extranjeros, se apersona a la institución competente para proceder con el registro de los menores; sin embargo, no puede inscribirlos porque el RENIEC le pide el nombre de la madre. Según el artículo 21 del Código Civil no menciona nada acerca del apersonamiento del hombre si va solo o con hijos, si puede o no puede escribir a sus hijos. Si la norma de manera explícita mencionara su prohibición la ley estaría en contra de Ricardo Morán, pero como no dice nada hay un vacío, es decir una ambigüedad legal.

En el Perú, cuenta con una ley que regula las Técnicas de reproducción asistida a través de la Ley general de salud, pero no es específico a pesar de haber derivados de estas prácticas biomédicas.

Tras lo expuesto por la defensa del productor, uno de los magistrados del Tribunal Constitucional preguntó porque realizar el procedimiento en el extranjero a lo que la defensa de Morán respondió que no está regulado, a su vez, el juez alega al afirmar que está prohibido la maternidad subrogada en el Perú y todas sus prácticas relacionadas a ese fin. Lo que está prohibido en realidad es la clonación, pero el alquiler de un vientre no hay ninguna ley en el Código Penal que penalice el alquiler de vientre, lo que si se especifica se encuentra en el artículo 7 de la Ley N°26842 la cual regula de cierta manera, pero es limitada siempre que se lleve a cabo por la misma mujer (gestante y genética).

Esto quiere decir que no está regulado la donación de óvulos en el país, en ese sentido, si un individuo desea tener un hijo es viable; pero, de todas formas, se tiene

que dar el nombre de la madre, si es un padre soltero tiene que dar el nombre de la madre, esto en USA no es así. La madre gestante no figura y tiene derecho a desligarse totalmente de esta responsabilidad porque solamente rento su vientre no se le pagó para asumir deberes maternos legales porque una madre tiene la obligaciones como los la manutención caso contrario se le puede denunciar por abandono del menor o por pensión de alimentos en cambio en USA no ocurre esta situación cuando se trata de vientre subrogado porque si no se disbuja en los objetivos del vientre subrogado que es prestar o alquilar el vientre.

Entonces, el productor pudo emplear las TERAS; pero, de todas formas debe registrar a la madre, el problema es que si un ciudadano uso esta técnicas de reproducción en el Perú; entonces, se registra a la madre y automáticamente esta madre que gestó adquiere para el estado responsabilidades; en ese sentido, ya no es una mujer libre los hijos o el padre la pueden denunciar por omisión de deberes en el hogar así exista un acuerdo, pongamos por ejemplo, si alquilas un vientre pagas para que preste su vientre y dé a luz aunque el interesado se comprometa en no pedir nada aunque sea la madre legal. Existe la posibilidad de denunciarla por cualquier motivo y el estado le otorgaría la razón, en cambio en algunos países la mujer subrogante es protegida quedando libre de responsabilidades legales.

El estado siempre debe fijarse en el interés superior de los menores y no del padre, en especial porque en el Código Civil no menciona el caso de un hombre soltero que no puede dar el nombre de la madre es poco común porque antes no había las TERAS cuando se creó el Código Civil que es bastante antiguo, ya que fue redactada en el año 1984. Retomando el caso del productor este conoce a la gestante, pero no es la madre biológica aun así podría poner el nombre de la madre gestante y se terminaría el problema. Sin embargo, Morán no acepta esa posibilidad:

- Primero, porque si da el nombre de la gestante se forma legalmente una familia biparental y eso no es su pretensión más bien el de una familia monoparental lo cual está permitido a través de la adopción en el Perú.

- Segundo, se rompería el contrato con la gestante con quien alquiló el vientre subrogado, ya que ella no se sometió a las TERAS con el ánimo de ser legalmente la madre.
- Tercero, la mujer subrogada no es la madre biológica y aunque tenga la intención de dar el nombre de la donante la RENIEC tampoco le recibiría porque en la audiencia dijeron un detalle en el Perú no existe la donación de óvulos, y que la madre gestante debe ser al mismo tiempo la madre genética, en este caso en específico son dos mujeres diferentes; por lo tanto, tampoco se le puede aceptar a Morán que dé el cualquier nombre porque ninguna sería válida en este caso se le pide algo imposible. Ese es el impase jurídico burocrático al estar frente a un vacío legal.

Por otro lado, los niños como señala el magistrado no están siendo vulnerados, debido que, cuentan con nacionalidad estadounidense, además no están desamparados ni muchos menos están en calidad de apátridas. Este caso crea un precedente para que los ciudadanos alquilen un vientre en el Perú y puede generar en una parte de la sociedad una mala percepción de estas técnicas no porque va en contra de las ideas tradicionales y conservadoras, considerando que nuestro país vive estancado por los prejuicios, en pocas palabras, subjetividades personales.

Al concederle la nacionalidad a los menores lo que puede generar es que todo varón va a tener la posibilidad de registrar a su hijo o hija sin nombrar a la madre. Esto no significa que se vaya a proliferar las familias monoparentales por que ya existen como lo son las madres solteras, en tal situación porque no podría haber un padre soltero con hijos. Ahora cual es la solución para este tipo de escenarios de ámbito familiar, una de ellas es la planteada por el jurista Cori Paulette quien alega como solución la interpretación de la ley este además especifica que no hay necesidad de recurrir a la Convención americana de derechos humanos, debido que, en la constitución el vacío legal se supera por un método de interpretación llamado “*ratio legis*” que refiere en crear una analogía a la ley que ya está establecida para el presente caso en el artículo 21 del Código Civil se dice que la madre puede registrar

a su hijo sin nombrar a su padre ,entonces entendiendo que si para el supuesto hecho de que la madre solicite la inscripción sin revelar el nombre del padre, la consecuencia es que el menor lleve los apellidos de esta por consiguiente similar consecuencia debe aplicarse al supuesto de hecho de que sea el padre el que solicita la inscripción sin revelar la identidad de la madre, es decir, que el menor lleve los apellidos del padre eso es lo que plantea el abogado Paulette.

Por otro lado, la Convención Americana Derechos Humanos, es una norma controlante del Código Civil en su artículo 18 menciona el derecho a llevar apellidos de los dos o en su defecto de uno eso podría ser aplicable al presente caso, al final lo que dispuso el Tribunal Constitucional son dos puntos: el primero, que prima el derecho a la identidad por ser constitucional y el segundo el otorgamiento de DNI da un amplia gama de derechos al negar el derecho al DNI se ve vulnerado de todo facultad que le otorga el poseer este indispensable documento de identificación personal. Finalmente, a modo de conclusión, podemos afirmar que en el Perú aún no hay una regulación que permita aplicar las TERAS, por otro lado, si se está permitido la inseminación artificial y el alquiler de vientre mas no la donación de óvulos, no lo menciona explícitamente sino implícitamente hay una falta de regulación específica para evitar estos vacíos legales, razón por el cual, dichos vacíos se deben de interpretar recurriendo a la interpretación jurídica que por obligación debe primar el interés superior del niño, sin dejarse llevar por subjetividades.

PRONUNCIAMIENTO DE LA SENTENCIA

En primera instancia:

Según el expediente N° 6232 – 2021, la sentencia en primera instancia, el Juzgado civil de USA emitió una resolución, el cual, se le otorga la patria potestad al productor de sus menores hijos fruto de las técnicas de reproducción asistida. Por otro, lado, la sentencia que se desprende del proceso de amparo, los demandados sea la donante y la que presta el vientre subrogado renuncian a los derechos en

cuanto a la relación parental con los menores; de esta manera, se reconoce la filiación al productor como único progenitor de los menores tras el contrato de maternidad realizado en el 2018.

En Perú, el Juzgado constitucional declaró infundada la pretensión al afirmar que no hay regulación normativa en el país; en ese sentido, al haber una ausencia legal que respalde dicho acto, es que la inscripción extemporánea de nacimiento no es viable de proceder.

En segunda instancia:

La sala superior, declaró improcedente al considerar que la sentencia dada por el juzgado de USA que le brindaba la absoluta patria potestad sobre sus hijos no tiene fuerza ejecutoria en el Perú a través del procedimiento judicial *exequator*, esto produce ambigüedad en relación al supuesto daño a los derechos que señalen en la demanda, por lo tanto, en el proceso de amparo no puede ser esclarecida; motivo por el cual es declarado infundado.

En el Tribunal Constitucional

En primer lugar, el Registro nacional de identidad realiza una apreciación y se ampara en el artículo 21 del Código Civil para su interpretación que señala acerca de “la inscripción del nacimiento ()... cuando la madre no revele la identidad del padre, podrá inscribir a su hijo con sus apellidos”.

Ahí viene el error de ese artículo la madre puede: registrar al hijo con los datos correctos de ella, puede registrar el hijo dejando sin mencionar el progenitor, la madre puede indicar al progenitor que no quiere reconocer de forma autónoma a su hijo, la madre puede imputar una paternidad a través de un proceso de filiación y la madre puede inclusive dar un dato falso, incompleto o eventualmente puede incluir sus datos en el registro del hijo como si fuera un hermano. En cambio, para el varón es discriminatorio por razón de sexo en perjuicio de los varones y viene de un criterio de oblicuidad de cómo se garantiza ese derecho, si desde los años 1979 se garantiza que todos los peruanos son iguales ante la ley, como decir que la madre

tiene esos derechos y el padre no. En esta sentencia del caso Ricardo Morán no es precedente que reformule el derecho de familia como señalan otros juristas, el precedente es mucho más sencillo, ya que se centraron en el derecho al nombre, la nacionalidad y el registro de filiación conforme cualquier criterio del derecho civil y derecho de familia que pudiese ser registrado sin contravenciones, en ese sentido el tribunal decide inaplicar la regla que se desprende del artículo 20 y 21 del código para facilitar el registro de los menores solo con los apellidos de padre.

El análisis del TC respecto a la igualdad de los padres, en el caso de un registro de filiación el cómo pierde relevancia porque no se trató sobre las familias LGTB de filiación y porque no refirió a actos de mala fe de Ricardo Morán de forzar las normas jurídicas para supuestamente atender un capricho porque los bebés están reconocidos en Estados Unidos además es un elemento cuestionable para cualquier juez o magistrado.

El hecho que un niño nazca en el extranjero y producto de la condición denominada *jus soli* le da derechos en ese país y no se le limita; en este caso al ser hijos de un peruano deberían de gozar una condición de tutela inmediata porque todos son iguales ante la ley. Recordemos que la nacionalidad, además de ser un vínculo político con un país permite que la persona adquiera y ejerza derechos y responsabilidades pertenecientes a la población, como se mencionó en capítulos anteriores la nacionalidad es un prerequisite para la ejecución otros derechos fundamentales.

En este tipo de controversia lo que se evaluó es el acceso a una tutela en función de la igualdad al padre, debido que, se le restringen derechos para ejercer la representación legal de sus hijos, el cual no se limitaba solo a él, sino a la minoridad de sus hijos representable legalmente y la Reniec al exigir el nombre de la madre, el cual no debe ser exigida, ya que por el interés superior del niño se debe primar su registro y tutela inmediata y; no la formalidad de reconocer quien es la madre.

Ante una confrontación entre padres e hijos siempre prevalece los derechos de los hijos por el principio antes mencionado, quien exige que en toda fundamentación de una decisión la motivación este acorde a la situación real de los niños.

A modo de conclusión, un aspecto a mencionar es que los niños tienen derecho a una verdad biológica, sean o no por las TERAS, le asiste a cualquier ciudadano, puesto que la identidad es un derecho natural, convencional, humano y progresivo; por lo tanto, el estado no puede supeditar la inscripción inmediata del nacimiento de un niño tales como la identidad, el nombre, la nacionalidad y el derecho a conocer la identidad de sus padres.

Por otro lado, se debe tomar en cuenta que desde que nacieron los niños en el 2018 hasta el 26 de setiembre del 2023 que se emitió la sentencia pasaron varios años, entonces una sentencia judicial que permite tutelar a los sujetos y para ello se hayan quedado al aire por años es un error del sistema judicial, puesto que no se puede permitir que en 5 años se litigue para confirmar un pedido que es válido.

También un punto a resaltar es la evolución de los elementos judiciales como el fallo que comprende 65 páginas y es observable porque no es necesario detallar tanto una decisión judicial, ya que no todos son abogados y puede ser cansado leer una sentencia por eso es preferible una redacción más sencilla para una fácil comprensión y evitar la incomunicación, en resumen una resolución debe presentar dos características: la primera legitimidad en el análisis y segundo debe contar con una motivación y ser coherente con la realidad de nada sirve una sentencia extensa sino se va a ejecutar.

Para cerrar, el tribunal constitucional sugiere al congreso nacional apelando a sus facultades que establezca una equidad entre los padres varones y mujeres para que puedan apersonarse solos y registrar a sus hijos con sus apellidos sin inconvenientes, por su parte establecer un procedimiento en casos en que el niño con el paso del tiempo desde su inscripción, desee conocer a su progenitor y este pueda acceder mediante un registro reservado.

PROPUESTA: ANTEPROYECTO DE LEY

Anteproyecto de Ley que establece los procedimientos para la filiación de los padres varones en relación a los hijos nacidos por el empleo de las técnicas de reproducción asistida practicada en el extranjero.

Ley que modifica los artículos N°7 de la Ley general de salud N°26842 y el artículo 21 del Código Civil referido a las Técnicas de reproducción de asistida.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. ANTECEDENTES

El presente anteproyecto de ley propuesto tiene por finalidad facilitar el acceso a toda aquella persona que por libre voluntad decide emplear las técnicas de reproducción asistida. No obstante, estos métodos han venido siendo utilizados con frecuencia en los últimos años.

Recordemos que el modelo de familia tradicional ha cambiado y es fundamental admitir que existen otros tipos de familia a la convencional, tales como, la ensambladas, conformadas por tíos, abuelos entre otros integrantes del grupo familiar. Asimismo, la normatividad peruana no permite la adopción por parte de parejas homosexuales como también de varones solteros; mas no ocurre lo mismo con las mujeres solteras evidenciándose una desigualdad de género.

No se puede negar que en el país se práctica la maternidad subrogada; a pesar de existir un vacío legal en la materia. Mas aun, las clínicas o empresas dedicadas a brindar este servicio no valoran los principios éticos o no se consideran los derechos de las partes intervinientes; en especial el interés superior de los menores. Esta situación fomenta una transacción comercial para aquellas personas con poder adquisitivo dando pie a la creación de un turismo reproductivo.

Respecto en América Latina, son muy pocos los estados que regulan estas prácticas atendiendo su diversidad donde muchas parejas, aprovechando los vacíos legales y falta de regulación recurran a esta alternativa todo con el fin de obtener el niño para formar una familia. Así como lograr el reconocimiento del nacido por parte de los progenitores, aunque implique cometer delitos; ya que los niños son inscritos sin aprobación legal.

Mientras que, en otros países como europa estas técnicas son vistas con buenos ojos siempre y cuando sean ejecutadas de manera altruista para proceder la gestación por subrogación.

En síntesis, en aras de evitar la desnaturalización de la figura, es indispensable adaptar la legislación a la realidad actual, por ello es necesario aprobar el presente proyecto de ley que garantizará la protección de los derechos a la dignidad de los menores nacidos bajo esta modalidad sin considerar las circunstancias de su concepción en concordancia con los demás derechos constitucionales.

II. FUNDAMENTO DEL ANTEPROYECTO PROPUESTO

Las técnicas de reproducción asistida son tratamientos que hoy en día brindan la oportunidad de tener descendencia aun padre por intermedio de la inseminación artificial, gracias a los avances científicos, permitiendo de esta forma el libre ejercicio al derecho reproductivo.

En el Perú, la materia de maternidad subrogada está estipulada en el artículo N°7 de la Ley General de Salud, pero de manera estandarizada, siendo necesaria una aclaración explícita en cada tipo de ejecución de estas técnicas, para ello se debe considerar una normatividad que regule cada práctica como lo son la ovodonación, la fecundación humana, la inseminación artificial, la crioconservación y embriones sobrantes.

Por otro lado, el Código Civil también presenta inconvenientes como lo señalado en el artículo 21 de este cuerpo normativo dejando que en materia de filiación se encuentra obsoleto al considerar como base la concepción latina “*Mater Semper Certa est*” el cual señala siempre a la mujer que gesta como madre del nuevo ser, lo que genera problemas de filiación paternal con el menor y en consecuencia una ausencia en su reconocimiento legal vulnerando su dignidad asimismo su derecho a adquirir una nacionalidad vinculadas a una serie de derechos fundamentales que todo ser humano debe tener.

En ese sentido, en el plano administrativo; de igual forma, existen problemas en la realización de los procedimientos en la filiación de bebés recién nacidos por maternidad subrogada cuando los padres varones se apersonan a los Registro de Estado Civil para la respectiva inscripción, puesto que no hay protocolo uniforme de trámites necesarias que determine y viabilice la filiación legítima entre padres e hijos.

III. ANÁLISIS DE COSTO BENEFICIO

La aprobación del presente proyecto, implicará algunos gastos monetarios directo al estado que deberán ser considerados para la implementación de la ley. Frente a lo mencionado, el costo sería la incorporación de nuevas normas en el Código Civil peruano y la Ley de Salud que permitan la optimización filial de padres varones a hijos. Por otro lado, la capacitación del personal para optimizar la aplicación

adecuada de la norma en el sistema de registro que implica una inversión para el estado.

De la misma manera, una gestión más propicia de los documentos emitidos por las clínicas especializadas en reproducción humana con el fin de lograr una inscripción legal de los menores y sea reconocido su identidad como también la ciudadanía peruana.

Asimismo, la elaboración de un Registro Nacional de Historias Electrónicas como también la elaboración actualizada de un Certificado Nacido Vivo, donde se considere el acápite relacionado con la forma de procreación del nacido, dichos formatos permitirán obtener datos estadísticos sobre los procedimientos realizados que será manejados por los hospitales y el Ministerio de Salud, el cual permitirá conocer cuántos niños nacen bajo la Técnicas de Reproducción Asistida, con el fin de tomar medidas desde el estado para prever sus necesidades de atención que requiera esa población y garantizar los derechos tanto a los padres como de los nacidos.

En resumen, con el reconocimiento de los menores nacidos bajo esta modalidad, se fortalece el principio del interés superior del niño, garantizando los derechos constitucionales al determinar un marco legal que permita dar solución a vacíos jurídicos, esto ayudará a que los jueces puedan accionar adecuadamente frente a casos ambiguos de la maternidad subrogada. En tal contexto, la aprobación del presente proyecto coadyuvará al fortalecimiento de las acciones legislativas que el Congreso de la República viene impulsando, con la finalidad de resolver las problemáticas sociales que se presenten en el país.

IV. IMPACTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA PROPUESTA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El impacto que genera la propuesta legislativa es actualizar las normas en Derecho de Familia y establecer una concordancia con los avances científicos en medicina reproductiva. Por lo que impacta de manera positiva en la comunidad, esto demuestra que las normas deben evolucionar para adaptarse a la nueva realidad como regular sus efectos que se producen frente a casos ambiguos, resaltando que existe una vinculación con otras materias tales como derecho constitucional, derecho penal, derecho internacional, derecho procesal, derecho civil patrimonial, derecho registral y derecho reales que debe ser tomados en cuenta, puesto que dichas áreas tienen una afectación y repercusión directa en los intereses del menor.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS

Sobre Ley general de salud N°26842:

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

Propuesta planteada

Artículo 7.- Todo ciudadano mujer o varón tiene derecho a recurrir al tratamiento de su libre elección para procrear hijos mediante el empleo de las técnicas de reproducción asistida; así también, la madre genética y madre subrogante no necesariamente debe ser la misma persona, siempre que las parejas presenten problemas de infertilidad; o el futuro padre o madre soltero tenga el anhelo de formar una familia.

Las agencias de reproducción o clínicas deben contar con la autorización o voluntad por escrito de la parte interesada para iniciar el procedimiento reproductivo. Finalmente, se encuentra prohibido el uso de estas prácticas con fines a la clonación de seres humanos.

Sobre el Código Civil: De la filiación

Artículo 21.- Inscripción del nacimiento

Cuando el padre o la madre efectúe separadamente la inscripción del nacimiento del hijo nacido fuera del vínculo matrimonial, podrá revelar el nombre de la persona con quien lo hubiera tenido. En este supuesto, el hijo llevará el apellido del padre o de la madre que lo inscribió, así como del presunto progenitor, en este último caso no establece vínculo de filiación.

Luego de la inscripción, dentro de los treinta (30) días, el registrador, bajo responsabilidad, pondrá en conocimiento del presunto progenitor tal hecho, de conformidad con el reglamento.

Cuando la madre no revele la identidad del padre, podrá inscribir a su hijo con sus apellidos.

Propuesta planteada: agregar párrafo

Artículo 21 del Código Civil

En el caso de emplear las Técnicas de Reproducción Asistida, los padres varones de intención deben contar con un contrato por escrito con la agencia o clínica especializada que deje expresa la legalidad del tratamiento y poder inscribir con el debido documento al recién nacido al Registro de Estado Civil para su reconocimiento paterno filial como estipula la constitución.

Así también, la información de la donante o gestante subrogada no deben figurar en la partida de nacimiento del menor producto de las TERAS.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERTO FRANZETTI, Carlos (2016). La Nacionalidad de las Sociedades. Disponible en <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/lecciones-ensayos/article/view/12780/11450>>
- ABUGATTÁS Gattás (2020). La modificación constitucional del derecho a la nacionalidad peruana. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú - Derecho no.84 Lima. Disponible en <modificación constitucional del derecho a la nacionalidad peruana (scielo.org.pe) >
- ACO MURGUIA, Carmen Luisa (2019). Regulación de la Maternidad Subrogada y protección al proyecto de vida en mujeres infértiles. Universidad Tecnológica del Perú. p.28-29. Disponible en <[https://repositorio.utp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12867/3587/Carmen n%20Aco_Tesis_Titulo%20Profesional_2020.pdf?sequence=1](https://repositorio.utp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12867/3587/Carmen%20Aco_Tesis_Titulo%20Profesional_2020.pdf?sequence=1)>
- AGUILAR LLANOS, Benjamín (2016). Tratado de Derecho de Familia. Lima. Perú. Editorial Lex&Iuris.p.39
- ANAYA, Samantha (2021) Maternidad subrogada en México ¿qué aprobó la Suprema Corte? Disponible en <<https://www.zonadocs.mx/2021/06/13/maternidad-subrogada-en-mexico-que-aprobo-la-suprema-corte/>>
- ANAYA ESCOBAR, Laura (2024,28 de octubre). Marco normativo y político de los derechos de los niñas, niños y adolescentes [Conferencia]. Lima, Perú: <<https://www.youtube.com/watch?v=L1OaZLABTD8>>
- ÁLVAREZ, Natalia (2019). Gestación subrogada en la India ¿Qué dice la nueva ley? Disponible en <<https://babygest.com/es/india/#:~:text=Desde%202002%2C%20la%20ge>>

staci%C3%B3n%20subrogada,estuviera%20permitido%20este%20m%C3%A9todo%20reproductivo>

ARANA, Fernando & MADERO, José Ignacio (2001). ¿Qué es la Bioética? Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología. Bogotá Colombia.p.3. Disponible en <<https://www.redalyc.org/pdf/1952/195218277004.pdf>>

ASOCIACION FAMILIAS HOMOPARENTALES PERÚ (2023). El informe del estudio “evidenciando el contexto de las familias homoparentales y diversas en el Perú”. Disponible en <<https://familiashomoparentalesperu.files.wordpress.com/2023/05/estudio-final-completo-corregido.pdf>>

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel (2010). Bioética, Derecho y Argumentación. Editorial Temis S.A. p.86- 88

AGENDA PAÍS (2022). Ricardo Morán: Justicia rechaza amparo de conductor que pretendía el registro de sus mellizos nacidos por gestación subrogada. Disponible en <<https://agendapais.com/actualidad/ricardo-moran-justicia-rechaza-amparo-de-conductor-que-pretendia-el-registro-de-sus-mellizos-nacidos-por-gestacion-subrogada/>>

AGENCIA PRESENTES (2021). Poder Judicial peruano reconoce la comaternidad, tras 5 años de lucha de Jenny y Darling. Disponible en <<https://agenciapresentes.org/2021/10/18/poder-judicial-peruano-reconoce-la-comaternidad-de-una-pareja-de-lesbianas-tras-5-anos-de-lucha/>>

ALGHRANI, Amel & GRIFFITHS, Danielle (2017). The regulation of surrogacy in the United Kingdom: the case for reform. Disponible en <[http://sro.sussex.ac.uk/id/eprint/68402/1/Alghrani%20and%20Griffiths%20final%20\(1\).pdf](http://sro.sussex.ac.uk/id/eprint/68402/1/Alghrani%20and%20Griffiths%20final%20(1).pdf)>

BERMUDEZ TAPIA, Manuel (2012). Derecho Procesal de Familia. Lima. Perú. Editorial San Marcos E.I.R.L.p.46.

B. SCOTTI, Luciana. El reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada. Una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas. p.282. Disponible en <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>>

BORRAJO, María Eugenia (2015). La maternidad subrogada una técnica de reproducción asistida. Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones. Argentina. p.31. Disponible en <www.derecho.uba.ar/revistagioja/>

BURROWS, CHANTELL, Louise (2011). Deconstructing Motherhood: A critique of the legal regulation of surrogacy- Durham University.p.26-29. Disponible en <http://etheses.dur.ac.uk/3192/1/MJur_-_Chantell_Burrows.pdf?DDD19+>

CASACIÓN. N° 4323-2010 – Lima. Sala Civil Permanente. De fecha 11 de agosto del 2011. Disponible en<<http://www.articulacionfeminista.org/a2/objetos/adjunto.cfm?codcontenido=4166&codcampo=21&aplicacion=app003&cnl=3&opc>>

CASACIÓN. N° 950-2016 - Arequipa. Corte Suprema de Justicia de la República Sala Civil Permanente. De fecha 29 de noviembre del 2016. Disponible en <<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/06/Casacion-950-2016-Arequipa-LP.pdf>>

CASACIÓN N.° 631 – 2015, Arequipa. Sala Penal Transitoria. De fecha 21 de diciembre del 2015. Disponible en <<https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/CASACI%C3%93N%20N%C2%BA%20631%20-%202015%20AREQUIPA%20LALEY.pdf>>

CONTRERAS ANTOLÍNEZ, María; ACOSTA TRIVIÑO, Nancy; RAMÍREZ BOLÍVAR, Diana. Revista educación y humanismo (2018). Significados de la paternidad y maternidad en niños y niñas de hogares con jefatura femenina. Colombia. Editor Simón Bolívar.p.41. Disponible en <https://www.researchgate.net/publication/327213321_Significados_de_la_paternidad_en_ninos_y_ninas_de_hogares_con_jefatura_femenina>

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA - Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente - Exp N°15880 – Lima Este 24 de agosto del 2017

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA - Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente - Exp. N°18851 – Callao 05 de octubre del 2017

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA - SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE Exp. N° 22345 – 2018 Huaura. De fecha 05 de octubre del 2018. Disponible en <<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6929d98043383225aa25ab1c629fb1f0/022345-2018%28286744%29.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=6929d98043383225aa25ab1c629fb1f0>>

CORRAL TALCIANI, Hernán. (2005). Derecho y Derechos de la familia. Editorial Jurídica Grijley E.I.R.L. Perú. pp.216 – 217.

COMISIÓN EUROPEA (2013). Paquete sobre igualdad: la Comisión propone nuevas normas sobre el reconocimiento de la filiación entre Estados miembros. Disponible en <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_7509>

COLUMBIA UNIVERSITY (2024). Caso: Ivcher vs Perú. Disponible en <<https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/ivcher-bronstein-v-peru/?lang=es>>

CASO Ricardo Morán: ¿Qué dice la ley peruana sobre nacionalizar niños que nacieron de embarazos subrogados?. Disponible en <<https://larepublica.pe/sociedad/2023/08/24/caso-ricardo-moran-que-dice-la-ley-peruana-sobre-nacionalizar-ninos-que-nacieron-de-embarazos-subrogados-reniec-tribunal-constitucional-vientres-de-alquiler-1915808>>

CARROT (2023). Recursos para padres solteros por elección. Disponible en <<https://www.get-carrot.com/blog/resources-for-single-parents-by-choice>>

CRIBB, Robert (2016) La creciente evidencia muestra que los hombres eligen la paternidad soltera a través de la subrogación. Disponible en <<https://www.thestar.com/news/canada/2016/12/18/single-males-seeking-canadian-surrogates.html>>

CENTRO DE INFORMACIÓN JURÍDICA EN LÍNEA – Convenio Colegio de Abogados Universidad de Costa Rica (2008). La nacionalidad en el derecho internacional privado. Disponible en <<https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php?q=MTU4MQ==>>

CHAPPUIS CARDICH, Jacqueline (1994). Revista Themis La igualdad ante la ley. Editores Cultural Cuzco S.A. p.15.

CHÁVEZ GRANDA Julissa (2025,7 de marzo). El interés superior del niño en el sistema jurídico peruano: retos y perspectivas [Conferencia]. Lima, Perú: <https://www.youtube.com/watch?v=8amLLWW3W_Y>

DELGADO BARRETO, César & DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta (2017). El Derecho Internacional Privado. Fondo editorial Universidad Católica del Perú. Lima. p.33

DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2003). La afectación de los derechos a la identidad y a la igualdad de los/as hijos/as extramatrimoniales en la inscripción de nacimiento. Lima, Perú. Tecnigraf p.15.

- DÍAZ COUSELO, José María (1971). Los principios generales del derecho. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires Argentina.p.14
- DÍAZ GARCÍA, Iván (2012). Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, Iusfundamentalidad y Consecuencias. Chile. p,34. Disponible en <<https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v18n2/art03.pdf> >
- DW Español (2023). Alquiler de vientres en México. Disponible en <<https://www.youtube.com/watch?v=FMHOh-IcHEA>>
- DW Documental (2022) Ser padres: El Lucrativo negocio de la fertilidad en Alemania. Disponible en <<https://www.youtube.com/watch?v=KdJzCGuV2JA>>
- DW Español (2016). Polémica en torno al alquiler de vientres en la India. Disponible en <<https://www.youtube.com/watch?v=Pmcdlrnz7Y>>
- DIARIO CONSTITUCIONAL (2022). Suiza vulneró el interés superior de un menor nacido a través de un vientre subrogado, por negarse a reconocer su relación paterno-filial con un matrimonio del mismo sexo. Disponible en <<https://www.diarioconstitucional.cl/2022/12/06/suiza-vulnero-el-interes-superior-de-un-menor-nacido-a-traves-de-un-ventre-subrogado-por-negarse-a-reconocer-su-relacion-paterno-filial-con-un-matrimonio-del-mismo-sexo/>>
- DIRECCIÓN GENERAL DE ANÁLISIS LEGISLATIVO. Instituto Belisario Domínguez Mirada Legislativa (2014). La figura del arraigo en México. Disponible en <[http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/1979/M_L37.pdf?sequence=1 &isAllowed=y](http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/1979/M_L37.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>
- ELEJALDE ESTENSSORO Cesar. (1990) Derechos y Deberes fundamentales de la persona en la Constitución de 1979. Lima. Editores Luis Combe

EL REGISTRO DE ESTADO CIVIL (2007). La institución jurídica del registro de nacimiento. Editorial Avandit. p.195

ETO CRUZ, Gerardo (2018). El amparo: Los derechos fundamentales y otros conceptos claves en el progreso de amparo. Lima-Perú. Editorial Búho E.I.R.L.p.54

EL REGISTRO DE ESTADO CIVIL (2007). La institución jurídica del registro de nacimiento gerencia de asesoría jurídica. Perú. Editora AVANFIT.p.30

Expediente 2273-2005-PHC/TC

ENFOQUEDERECHO.COM (2020). Caso Ricardo Morán. Entrevista a Patricia Beltrán. Disponible en <<https://www.enfoquederecho.com/2020/12/18/caso-ricardo-moran-entrevista-a-patricia-beltran/>>

ENFOQUEDERECHO.COM (2022). La falta de regulación de las TERAS y su impacto en el resguardo a la identidad de los niños, niñas y adolescentes. Disponible en<<https://www.enfoquederecho.com/2022/06/13/la-falta-de-regulacion-de-las-teras-y-su-impacto-en-el-resguardo-a-la-identidad-de-los-ninos-ninas-y-adolescentes/>>

EL COMERCIO (2023). Tribunal Constitucional ordenó al Reniec inscribir a los hijos de Ricardo Morán y reconocerlos como peruanos. Disponible en <<https://elcomercio.pe/tvmas/famosos/tribunal-constitucional-ordeno-al-reniec-inscribir-a-los-hijos-de-ricardo-moran-y-reconocerlos-como-peruanos-tribunal-constitucional-ricardo-moran-emiliano-moran-catalina-moran-reniec-nacionalidad-famosos-ultimas-noticia//>>

FACIO MONTEJO, Alda. El principio de igualdad ante la ley. Perú. p,8 Disponible en <<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a8106d0043f7e38a8281a7009dcdef12/3.+El+principio+de+igualdad+ante+la+ley.pdf?MOD=AJPERES>>

- FERTILITY LAW CANADA™ en D2Law LLP - Sara R. Cohen, LLB (2023). Fertility Law Canada: Acuerdos de subrogación, acuerdos de donación de óvulos, acuerdos de donación de esperma, paternidad legal. Disponible en <<http://www.fertilitylawcanada.com/surrogacy-law-in-canada.html>>
- GARCÍA TOMA, Víctor (2018). Teoría del estado y derecho constitucional. Lima-Perú. Editorial Adrus S.R.L. pp.85-86
- GACETA REGISTRAL, Revista de Jurisprudencia Institucional del Reniec (2021). El registro de nacimiento del hijo de peruano nacido en el extranjero al amparo de las constituciones de 1979 y 1993. Lima Perú Gráfica Industrial Alarcón SRLtda.p.17
- GARCÍA TOMA, Víctor (2019). Introducción al derecho. Edit. Lex&Iuris S.A.C. Perú, p.70-71
- GARCÍA TOMA, Víctor (2008). El Derecho a la Igualdad. Disponible en <<http://repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/260/el-derecho-a-la-igualdad.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>
- GALIANO MARITAN, Grisel& GONZÁLEZ MILIÁN Deyli (2012). La integración del derecho ante las lagunas de la ley, necesidad ineludible en pos de lograr una adecuada aplicación del derecho. Disponible en <<http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v21n2/v21n2a06.pdf>>
- GESTACIÓN SUBROGADA EN MÉXICO: Resultados de una mala regulación (2017). Disponible en <<https://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>>
- GONZÁLEZ ALÁRCÓN (2011). Hugo Manuel. Análisis del Principio de Igualdad ante la doctrina y La Jurisprudencia Comparada, Ecuador. p,111. Disponible en<https://www.revistajuridicaonline.com/wpcontent/uploads/2011/12/87_a_122_analisis.pdf>
- GONZÁLES LUNA, María Alejandra (2024) El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional. Informe practico constitucional.p.163,168

- GÓNZALES MARTÍN, Nuria (2020). Estados cuya legislación prohíbe la gestación por sustitución p.179 Disponible en <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6030/12a.pdf>>
- GONZÁLES MARTÍN, Nuria (2020). Estados cuya legislación prohíbe la gestación por subrogación. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.p.181-182. Disponible en <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6030/12a.pdf>>
- GUEVARA RÍOS, Enrique (2020). Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos. Revista peruana de investigación materno perinatal. Volumen 9 Número 1. Lima. Perú.p.7. Disponible en <<https://investigacionmaternoperinatal.inmp.gob.pe/index.php/rpinmp/article/view/183?articlesBySameAuthorPage=3>>
- HUERTA GUERRERO, Luis Alberto (2005). El derecho a la igualdad. Lima. Perú.p,312. Disponible en <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7686/7932>>
- IAMEXPAT- PROCTOR, Emily (2023). Aumenta la demanda de madres de alquiler en Suiza. Disponible en < <https://www.iamexpat.ch/expat-info/swiss-expat-news/demand-surrogate-mothers-increasing-switzerland>>
- J. COOK, Rebecca; M.DICKENS, Bernard y FATHALLA, Mahmoud (2003). Salud reproductiva y derechos humanos: Integración de la medicina, la ética y el derecho. Colombia. Editorial Printex impresores Ltda.p.42
- LAM, ELeonora (2013). Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Edición de la Universidad de Barcelona. España.p.128
- LEPOUTRE Stephanie & RIVA Ariel. ROL DEL ACNUR (Oficina Regional para el Sur de América Latina) NACIONALIDAD Y APATRIDIA. Disponible en

<<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/archivo/0173.pdf?view=1>>
>

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2020). Comentario al artículo X del Título preliminar del Código Civil comentado más de 200 especialistas en las diversas materias del derecho civil. Tomo I Título preliminar derecho de las personas. Acto jurídico. Lima. Perú. Gaceta Juridica.p.63-65.

LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan (2013). El derecho a la salud en el Perú.p.510, 511

LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan (2014) El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, p.404,405. Disponible en <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/12534/13094>>

LORES MASIP, Fernando & AYALA RUBIO, Ariadna (2014). Trabajarse la paternidad: Sobre las estrategias de los padres solteros por elección (PSPE) frente a la valoración de la idoneidad. Disponible en <https://www.researchgate.net/publication/336319717_TRABAJARSE_LA_PATERNIDAD_SOBRE_LAS ESTRATEGIAS_DE_LOS_PADRES_S_OLTEROS_POR_ELECCION_PSPE_FRENTE_A_LA_VALORACION_DE_LA_IDONEIDAD>

LÓPEZ HERNÁNDEZ, Hernán, PÉREZ CEBALLOS Alejandra (2020). Derechos sexuales y reproductivos. Academia Judicial de Chile. Santiago, Chile. p.28. Disponible en <[https://intranet.academiajudicial.cl/Imagenes/Temp/01_Derechos%20sexuales_SIN%20ISBN_Pub3%20\(1\).pdf](https://intranet.academiajudicial.cl/Imagenes/Temp/01_Derechos%20sexuales_SIN%20ISBN_Pub3%20(1).pdf)>

LAMM, Eleonora (2012). Gestación por sustitución: Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Colección de bioética, Ediciones Universidad de Barcelona.p.58

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Verónica Lidia (2015) Maternidad Subrogada. una mirada a su regulación en México. Disponible en

<http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-89422015000200007>

MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Feridnand (2009). Las Lagunas en el Derecho y la interpretación constitucional. Revista IUSTA. Bogotá. Colombia. p.143-144

MEJIAS QUIRÓS, JOSÉ JUSTO (2018). Dignidad y Derecho: de la Antigüedad a la Edad Media, Universidad de Cádiz, p 324. Disponible en <https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2018-10030300331>

MIRANDA CANALES. Manuel Jesús. (2007). ADN como prueba de la filiación en el Código Civil. Ediciones Jurídicas. Lima. Perú.p.36.

MORÁN DE VICENZI, Claudia (2007). El concepto de filiación en la fecundación. ARA. Editores. Perú.p.73

MONROY, Juan Pablo (2013). Técnicas de reproducción asistida y su incidencia en Colombia. p.138. de la Universidad Militar de Bogotá. Disponible en <<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/2162/1641>>

MOLINA RAMÍREZ, Nelson (2013). La bioética: sus principios y propósitos, para un mundo tecnocientífico, multicultural y diverso. Revista Colombiana de Bioética. Bogotá Colombia. Disponible en <<https://www.redalyc.org/pdf/1892/189230852003.pdf>>

MORALES GONZÁLEZ, José Antonio; NAVA CHAPA, Graciela; ESQUIVEL SOTO Jaime y otros (2011). Revista de la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo. Principios de ética, bioética y conocimiento del hombre. Hidalgo. México. Primera edición, 2011.pp. 93-94

NAVARRO, Raúl & HENRIQUEZ, Fiorella (2021). Informe Sociodemográfico de familias homoparentales en Perú Disponible en <

<https://famiashomoparentalesperu.files.wordpress.com/2021/10/fhp-informe-socio-demografico-de-familias-homoparentales-en-peru.pdf> >

NIRO, Carlos Santiago (2003). Introducción al análisis del derecho. Editorial Astrea. Buenos aires.Argentina.p.281

NOVA (2023). El viaje para convertirse en padre soltero por elección. Disponible en < <https://www.novaivf.com/blog/the-journey-to-becoming-a-single-parent-by-choice>>

MAESTRO, Alva (2019). Padres solteros por elección. Disponible en < <https://masola.org/padres-solteros-por-eleccion/> >

MANO ALZADA (2020). Sofia le dio triunfos al Perú, el Perú no le dará derechos a sus hijos. Disponible en <<https://manoalzada.pe/lgtbiq/sofia-le-dio-triunfos-al-peru-el-peru-no-le-dara-derechos-a-su-hijo#:~:text=La%20dos%20veces%20campeona%20mundial,prevenir%20la%20propagaci%C3%B3n%20del%20coronavirus>>

MÉXICO VIRAL (2013). Las madres sustitutas, un negocio en la India. Disponible en <<https://www.youtube.com/watch?v=WLM7eX74Pwc> 2013>

MISCHON DE REYA (2015). Modernizar la ley de subrogación del Reino Unido: el camino a seguir. Disponible en <<https://www.mishcon.com/news/modernising-uk-surrogacy-law>>

Mishcon de Reya (2022). Modernización de la ley de subrogación del Reino Unido: el camino a seguir. Disponible en <<https://www.mishcon.com/news/modernising-uk-surrogacy-law>>

ONG internacional Humanium (2022). Derecho a una identidad. Disponible en <<https://www.humanium.org/es/derecho-identidad/>>

PAREDES GUTIÉRREZ, Máximo (2006). Registros de Estado Civil: Manual teórico practico. Perú. Editorial Cuzco S.A.C.p.107.

- PAULET SILVA, Kori (2021). Legalidad versus derecho a la identidad. El caso de los hijos de la familia Morán Vargas. Universidad Andina del Cusco. Disponible en <<https://www.el-terno.com/colaboradores/kori-paulett-silva/pdf/legalidad-versus-derecho-a-la-identidad-el-caso-de-los-hijos-de-la-familia-moran-vargas.pdf>>
- PAPI BEYER, Mario (2013). Manual de Introducción al Derecho. Gráfica Funny S.A. Chile.p.41
- PROGYNY (2023). Padres solteros por elección. Disponible en <<https://progyny.com/education/emotional-support-and-awareness/single-parents-by-choice/>>
- PLÁCIDO V. Alex (2003). Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia. Lima. Perú. Gaceta Jurídica S.A.p.23.
- PASIÓN POR EL DERECHO (2019). Fiscal ensaya 18 tipos de arraigo de sujeción en la prisión preventiva Disponible en< <https://lpderecho.pe/fiscal-ensaya-18-tipos-de-arraigo-de-sujecion-enla-prision-preventiva/>>
- QUEZADA ORTEGA, Margarita de J. (2012). Migración, arraigo y apropiación del espacio en la recomposición de identidades socioterritoriales. Disponible en< <https://www.scielo.org.mx/pdf/crs/v2n3/v2n3a3.pdf>>
- RUIZ Miguel Carlos. Constitucionalismo Clásico y moderno: Desarrollo y desviaciones de los fundamentos de la teoría constitucional (2013). Perú Lima. 57. Primera Edición
- RAMOS PASCUA, José Antonio (2018). Lagunas del derecho y positivismo jurídico. Miguel de Cervantes.p.57. Disponible en <<https://www.cervantesvirtual.com/obra/lagunas-del-derecho-y-positivismo-juridico-un-examen-de-la-concepcion-de-las-lagunas-de-c-alchourron-y-e-bulygin-877615/>>

- RAMOS NUÑEZ, Carlos Augusto (2015). La idea de familia en el Código Civil peruano. Pontificia Universidad Católica del Perú. Revista de Derecho. Lima. Perú. Editorial Jurídica Themis.p.97.
- RAMOS CURI, Manuel (2016). Caso Artavia Murillo vs Costa Rica. Disponible en <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36839.pdf>>
- REPRODUCCIÓN ASISTIDA ORG (2021). Opciones que tiene un hombre soltero para ser padre. Disponible en <<https://www.reproduccionasistida.org/quiero-ser-papa/>>
- REVISTA DE DERECHOS HUMANOS-Dfensor (2014). Arraigo: insostenible herramienta de justicia penal Disponible en <https://cdhcm.org.mx/wpcontent/uploads/2014/05/dfensor_02_2012.pdf>
- REVISTA DE BIOÉTICA Y DERECHO (2020). Caso Paradiso and Campanelli vs. Italia. Disponible en <https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872017000200017>
- RODRÍGUEZ PINEAU, Elena (2013). Identidad y nacionalidad. Madrid. España.p.208. Disponible en <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32974.pdf>>
- ROJAS SARAPURA, Walter (2004). Código de los niños y adolescentes y derecho de familia. Lima. Perú. Editora Fecat.pp.16 - 17
- ROSAS, Paula (2024). En qué países es legal la gestación subrogada y cuál es la situación en América Latina. Disponible en <<https://www.bbc.com/mundo/noticias-65196202>>
- RUBIO CORREA, M. (2009). El sistema jurídico. 10ª ed. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.p.269.
- RPP Noticias (2022). Ricardo Morán apelará al fallo en contra del amparo que pretendía inscribir a sus hijos en el RENIEC. Disponible en

<<https://rpp.pe/famosos/farandula/ricardo-moran-desestiman-demanda-de-amparo-que-pretendia-inscribir-a-sus-hijos-en-reniec-noticia-1419680>>

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL. (2013) Bioética en Ciencias de la Salud. Editorial: Foletra S.A. España. p.249.

SALUDCONLUPA (2023). Pareja lesbiana acudirá a la CIDH para que el Estado peruano reconozca a ambas como madres de su hijo. Disponible en <<https://saludconlupa.com/noticias/pareja-lesbiana-acudira-a-la-cidh-para-que-el-estado-peruano-reconozca-a-ambas-como-madres-de-su-hijo/>>

SENTENCIA emitida por el Tribunal Constitucional – Puno, recaída en el Exp. N.º 02101-2011-PA/TC, sobre agravio constitucional, de fecha 5 de diciembre de 2012. Disponible en <<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/02101-2011-AA%20Resolucion.html>>

SENTENCIA emitida por la Corte Constitucional República de Colombia, recaída en el Exp. N.º 155/21, sobre revocar sentencia de improcedencia, de fecha 26 mayo del 202. Disponible <<https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/T-155-21.htm>>

SISTEMA NACIONAL DE PROTECCIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES (2023). La dignidad de los niños en los derechos humanos. Disponible en <<https://www.gob.mx/sipinna/articulos/dignidad-deninas-y-ninos-concepto-clave-de-los-derechoshumanos?idiom=es#:~:text=La%20dignidad%20es%20un%20concepto,viven%20y%20ejercen%20con%20dignidad.>>

SOKOLICH ALVA, María Isabel (2013). La aplicación del principio del interés superior del niño por el Sistema Judicial Peruano.p.83. Disponible en <<https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/1083/5.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>

SWISSINFO VIDA & TERCERA EDAD (2020). Aumenta el recurso a vientres alquilados. Disponible en <https://www.swissinfo.ch/spa/economia/maternidad-subrogada_aumenta-el-recurso-a--vientres-alquilados-/45867422>

SCHAUB-HRISTIC, Marianne & HOCHL, Karin (2019). Gestación subrogada - Hoja informativa. Disponible en <<https://schaubhochl.ch/wp-content/uploads/2019/09/FactsheetLeihmutterschaftENDinah-30.09.2019.pdf>>

SENSIBLE FOR LOVING FAMILIES (2022). Subrogación en Canadá. Disponible en <<https://www.sensible-surrogacy.com/surrogacy-in-canada/>>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXP. N° 02588 – 2022 - PHC/TC- Cusco. De fecha 05 de Julio del 2023. Disponible en <<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/02588-2022-HC.pdf>>

TC ORDENÓ AL RENIEC LA INSCRIPCIÓN INMEDIATA DE LOS HIJOS DE RICARDO MORÁN Y RECONOCER SU NACIONALIDAD PERUANA. Disponible en < <https://www.tc.gob.pe/institucional/notas-de-prensa/tc-ordeno-al-reniec-la-inscripcion-inmediata-de-los-hijos-de-ricardo-moran-y-reconocer-su-nacionalidad-peruana/> >

T. YOUNGER, Judith (1988). What the Baby M Case Is Really All About- University of Minnesota. Disponible en <<https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1347&context=lawineq> >

UKRAINIAN SURROGATES (2023). The Austrian “Law on Reproductive Medicine” Disponible en <<https://www.ukrainiansurrogates.com/en/constitutional-court-of-austria-confirms-austrian-citizenship-for-children-born-through-surrogacy/> >

- UNIVERSITY OF ZURICH- GULL, Thomas (2021). Niños no permitidos - Donantes de esperma y madres de alquiler. Disponible en <<https://www.news.uzh.ch/en/articles/2021/samenspender.html> >
- VITTORIAVITA (2020). Maternidad subrogada en Suiza. Disponible en <<https://vittoriavita.com/spa/maternidad-subrogada-en-suiza/#:~:text=Maternidad%20subrogada%20en%20Suiza%20est%C3%A1,las%20m%C3%A1s%20duras%20del%20mundo>>
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. (2013). Tratado de Derecho de Familia. Gaceta Jurídica S.A.Lima.Perú.p.7.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique (2010). Filiación y reproducción asistida. Disponible en <https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/3258/Var_si_Rospigliosi_Enrique.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique (1999). Filiación, derecho y genética: Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica, Universidad de Lima. Lima. Perú Fondo de Desarrollo Editorial .p.37
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique (1997). Derecho y manipulación genética: Calificación jurídica de la clonación. Perú. Fondo de desarrollo editorial.p.139.
- WELLANDGOOD (2021). La creciente visibilidad de aquellos que son padres solteros por elección está allanando el camino para otros que quieren tener hijos antes de encontrar pareja. Disponible en <<https://www.wellandgood.com/single-parents-by-choice/> >
- 24 HORAS EDICIÓN CENTRAL (2022). Ricardo Morán apelará al fallo de la corte suprema que impide inscribir a sus hijos en Reniec. Disponible en<<https://panamericana.pe/24horas/locales/355008-ricardo-moran-apelara-fallo-corte-suprema-impide-inscribir-hijos-reniec>>

ANEXO N°1: MATRIZ DE CONSISTENCIA

“VULNERACIÓN A LA DIGNIDAD Y DERECHO A LA NACIONALIDAD DEL NACIDO VÍA MATERNIDAD SUBROGADA PRACTICADA EN EL EXTRANJERO POR SU NO INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE ESTADO CIVIL A SOLICITUD DEL PADRE”

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	METODOLOGÍA
<p>PROBLEMA GENERAL. ¿De qué forma se vulnera la dignidad y derecho a la nacionalidad del nacido vía maternidad subrogada practicada en el extranjero por su no inscripción en el registro de estado civil a solicitud del padre?</p>	<p>OBJETIVO GENERAL. Determinar la forma en que se vulnera la dignidad y el derecho a la nacionalidad del nacido vía maternidad subrogada practicada en el extranjero por su no inscripción en el registro de estado civil a solicitud del padre.</p>	<p>HIPÓTESIS GENERAL. La forma en que se vulnera la dignidad y el derecho a la nacionalidad del nacido vía maternidad subrogada practicada en el extranjero por su no inscripción en el registro de estado civil a solicitud del padre, es no admitiendo la posibilidad de que el padre asuma legalmente la filiación y la monoparentalidad.</p>	<p>VARIABLES DE LA HIPÓTESIS GENERAL.</p> <p>Variable Independiente. Nacido vía maternidad subrogada no inscrito en los registros de estado civil del Perú a solicitud del padre de forma monoparental.</p> <p>Variable Dependiente. Vulneración a la dignidad y derecho a la nacionalidad.</p>	<p>Tipo de Investigación</p> <p>Por la finalidad la presente es una investigación aplicada, ya que, si bien posee un enfoque teórico, propone una solución que permite comprender y desarrollar la problemática de la filiación en los casos de maternidad subrogada, con el objetivo de reconocer jurídicamente la titularidad del padre.</p> <p>Por el método de investigación y su fuente de información, se</p>

<p>PROBLEMAS ESPECÍFICOS.</p> <p>¿Cómo la ausencia de un marco legal afecta el arraigo para la formación de una nacionalidad del nacido vía maternidad subrogada practicada en el extranjero que no permite su inscripción en el registro de estado civil a solicitud del padre vulnerando la dignidad y el derecho aun arraigo nacional del nacido?</p> <p>¿Cuál es el criterio más adecuado para establecer el vínculo jurídico que una al recién nacido por vientre subrogado con el estado?</p>	<p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS.</p> <p>Determinar como la ausencia de un marco legal afecta el arraigo para la formación de una nacionalidad del nacido vía maternidad subrogada practicada en el extranjero, que no permite su inscripción en el registro de estado civil a solicitud del padre vulnerando la dignidad y el derecho aun arraigo nacional del nacido.</p> <p>Establecer el criterio más adecuado para constituir el vínculo jurídico que una al recién nacido por vientre subrogado con el estado.</p>	<p>HIPÓTESIS ESPECIFICAS.</p> <p>La ausencia de un marco legal que afecta el arraigo para la formación de una nacionalidad del nacido vía maternidad subrogada practicada en el extranjero, que no permite su inscripción en el registro de estado civil a solicitud del padre vulnerando la dignidad y el derecho a tener aun arraigo nacional del nacido.</p> <p>El criterio de aplicación más adecuado para la inscripción de un recién nacido por vientre subrogado es el material biológico proporcionado por el padre hacia el recién nacido.</p>	<p>VARIABLES DE LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA 1</p> <p>Variable Independiente. Ausencia de un marco legal que garantice al derecho constitucional de nacionalidad del nacido vía maternidad subrogada.</p> <p>Variable Dependiente. Derecho a tener una identidad y arraigo nacional.</p> <p>VARIABLES DE LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA 2.</p> <p>Variable Independiente. El criterio material biológico a considerarse para la inscripción de un recién nacido por vientre subrogado.</p> <p>Variable Dependiente. El establecimiento del vínculo jurídico del padre hacia el recién nacido.</p>	<p>trata de una investigación documental – bibliográfica, ello debido a que la fuente principal de este estudio será el análisis teórico, jurisprudencial y normativo relacionado con la maternidad subrogada y la filiación del padre.</p> <p>Por el ámbito, el problema de investigación es dogmática, orientada a crítica y comparación jurídica sobre la investigación.</p> <p>Nivel de la investigación:</p> <p>La investigación se enmarca dentro del nivel descriptivo, puesto que busca mostrar las vulneraciones y afectaciones a los derechos constitucionales de un menor edad, al momento de ser inscrito solo por el padre, en los registros de estado civil,</p>
--	---	--	---	---

				<p>así como exponer los rasgos característicos y propiedades del fenómeno jurídico.</p> <p>Técnicas de recolección de datos:</p> <p>Análisis de normas, legislación comparada, libros, sentencias, artículos entre otros materiales.</p>
--	--	--	--	---