



FACULTAD DE
DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS

Carrera de Derecho y Ciencias Políticas

“LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN LOS CASOS DE ÚTERO SUBROGADO Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD E INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”

Tesis para optar el título profesional de:

Abogada

Autora:

Cecilia Rodriguez Camara

Asesor:

Abg. Homero Absalón Salazar Chávez

Trujillo-Perú

2021

DEDICATORIA

A mis padres, por ser las personas más importantes en mi vida, porque gracias a su apoyo constante es que cumplo con todo lo que me propongo; por su amor incondicional que profesan todo el tiempo para seguir adelante siempre. A mi abuelo, que en vida fue la persona más importante para mí y dada las circunstancias vividas en estos últimos tiempos, celebra desde el cielo.

AGRADECIMIENTO

Agradezco inmensamente a mi casa de estudio por las facilidades dadas en cuanto al curso y a mi asesor por su tiempo y paciencia brindada para la elaboración de la presente tesis.

TABLA DE CONTENIDOS

DEDICATORIA.....	2
AGRADECIMIENTO	3
ÍNDICE DE TABLAS	5
ÍNDICE DE FIGURAS	6
RESUMEN	7
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO II. MÉTODO.....	27
CAPÍTULO III. RESULTADOS	36
CAPÍTULO IV. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES	46
REFERENCIAS	62
ANEXOS	64

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla N° 01: Especialistas consultados a través del instrumento guía de entrevista.....	36
Tabla N° 02: Aplicación del útero subrogado como técnica de reproducción humana asistida en nuestra realidad nacional.....	37
Tabla N° 03: La normatividad civil vigente otorga certeza en la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado.....	38
Tabla N° 04: Jurisprudencia N° 1.....	39
Tabla N° 05: Jurisprudencia N° 2.....	40
Tabla N° 06: Jurisprudencia N° 3.....	41
Tabla N° 07: Principios que vulnera la falta de certeza en la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado.....	42
Tabla N° 08: Filiación en los casos de útero subrogado en el derecho comparado.....	43
Tabla N° 09: Conocimiento de cómo se ha regulado la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado en el derecho comparado.....	44
Tabla N° 10: Necesidad de regulación de la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado.....	45

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura N° 1: Aplicación del útero subrogado como técnica de reproducción humana asistida en nuestra realidad nacional.....	37
Figura N° 2: La normatividad civil vigente otorga certeza en la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado.....	38
Figura N° 3: Principios que vulnera la falta de certeza en la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado.....	42
Figura N° 4: Conocimiento de cómo se ha regulado la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado en el derecho comparado.....	44
Figura N° 5: Necesidad de regulación de la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado.....	45

RESUMEN

El objetivo general de la investigación es el determinar de qué manera la falta de certeza en la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado repercute en el derecho a la identidad y el principio del interés superior del niño.

En la etapa de recopilación de información de la investigación se utilizaron libros, revistas jurídicas, jurisprudencia y legislación nacional y comparada, empleando la técnica del análisis documental para el derecho comparado y la jurisprudencia, y para el trabajo de campo se realizaron entrevistas a especialistas para que proporcionen sus conocimientos y criterios en torno a la temática de investigación.

Entre sus resultados más importantes se tiene que el 100% de los especialistas señalan que no existe una norma especial que lo regule y solo existe una norma general que es el artículo 7 de la ley general de salud, el 50% señala que se vulnera el derecho a la identidad filiatoria en su fase dinámica ya que no se considera la voluntad procreacional, el 33% refiere que el juzgador aplica el principio del interés superior del niño para llenar ese vacío legal y el 100% señalan que la identidad filiatoria dinámica o basada en la voluntad procreacional es la determinate en los casos de útero subrogado en el derecho comparado.

La conclusión general es que la falta de certeza en la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado repercute de manera negativa en el derecho a la identidad y el principio del interés superior del niño, al generar incertidumbre en la relación filial de los padres con el menor, por lo que se recomienda la dación de una ley que regule las técnicas de reproducción asistida en donde la filiación se determine por voluntad procreacional

Palabras claves: Filiación materna, útero subrogado, derecho a la identidad y el principio del interés superior del niño.

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

En el contexto internacional, según informe emitido por la Life Bridge Agency en marzo del 2021, existen países como Australia, Canadá, Estados Unidos, Rusia, Ucrania, Grecia, Reino Unido, Tailandia, Kenia India y en América Latina se le ubica a México y Argentina, que han regulado con diferentes matices, la figura del vientre de alquiler o útero subrogado, como técnica de reproducción humana asistida, quedando claro en estos casos la determinación de la filiación de los hijos, así tenemos que en los países como Tailandia o Reino Unido, la gestante sustituta es reconocida como la madre legal; en cambio en la India y en México, la paternidad se le otorga a los padres biológicos.

El proceso en términos generales consiste en que una mujer es contratada acorde a las condiciones o requisitos que establece la ley que permite la realización de este tipo de contratos, al nacer el niño, se entrega al matrimonio que la contrató, cediendo la custodia del menor en favor del padre y renunciando a sus derechos materno-filiales para que sea adoptado por la esposa del padre; en lo que respecta al material genético utilizada para la fecundación puede ser solamente del esposo aunado al material genético de la mujer contratada (madre sustituta) o puede recibir el implante del embrión concebido in vitro por los padres (madre portadora).

En el contexto nacional, se observa que la infertilidad de uno o ambos padres, hacen que la pareja de esposos recurra a la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, en especial, el útero subrogado en sus diferentes modalidades, en donde la inexistencia de regulación normativa ha dado origen a la existencia de una industria ilegal en donde se

ofertan servicios de reproducción asistida a través de los medios informáticos, como el internet, Facebook y el wasap.

Una muestra de ello, es la difusión de una investigación periodística realizada por una cadena de noticias de Valencia (España) realizada en el 2006, en donde explican que en el país existe la agencia “Ángeles y Bendiciones”, que publicita en internet la oferta de vientres de alquiler, que trabajan en complicidad con clínicas especializadas, y establecían como condición que los contratos no podían ser asistidos por ningún abogado y que la transacción tampoco sería legalizada por un notario; asimismo, se encargaban de toda la tramitación y documentación para otorgar la paternidad del bebé; estos acuerdos eran lógicos de preveer al no estar regulado los contratos de vientre de alquiler.

Sin embargo, existen casos que han sido judicializados, debido a que una de las partes incumplió el acuerdo realizado, en este escenario, se presenta dificultades muy serias para determinar la filiación del niño al no existir una ley que lo regule y que garantice su determinación filial; en ese sentido se puede citar la jurisprudencia peruana en la Casación N° 5003-2007-Lima que determinó la filiación en favor de los padres biológicos acorde al derecho a la identidad y el interés superior del niño; en el expediente N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05 tramitado ante el quinto juzgado de Lima especializado en lo constitucional, el A quo determinó la filiación en favor de la pareja de esposos que acordó con una mujer el realizar un acuerdo privado de útero subrogado en base al derecho a fundar una familia y el interés superior del niño.

De lo esbozado ut supra se plantea la siguiente pregunta: ¿De qué manera la falta de certeza en la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado repercute en el derecho a la identidad y el principio del interés superior del niño?

Como hipótesis de trabajo se planteó: Que la falta de certeza en la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado repercute de manera negativa en el derecho a la identidad y el principio del interés superior del niño, al generar incertidumbre en la relación filial de los padres con el menor.

Como objetivos de la investigación se tiene como objetivo general: Determinar de qué manera la falta de certeza en la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado repercute en el derecho a la identidad y el principio del interés superior del niño; y como objetivos específicos se tiene:

- ✓ Determinar la filiación en el derecho nacional en los casos de útero subrogado.
- ✓ Analizar el derecho a la identidad y el principio del interés superior en los casos de útero subrogado a la luz de la legislación y jurisprudencia nacional.
- ✓ Explicar la filiación en el derecho comparado en los casos de útero subrogado.

En lo que respecta a los antecedentes de investigación sobre el tema de investigación se tiene los siguientes:

A nivel internacional se tiene como antecedentes a Viteri Sánchez, M. (2019) que en su tesis titulada “Problemas jurídicos derivados de la maternidad subrogada en el Ecuador” sostiene que la maternidad subrogada permite a la familia tener descendencia a través de un vientre de alquiler, pero al no estar regulado en la praxis genera una preocupación jurídica porque trastoca conceptos derivados de la filiación, como es la definición de madre, la voluntariedad como fuente de filiación y su determinación.

Beetar Bechara, B. (2018) en su artículo científico titulado “La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente” precisa que partiendo del aporte jurisprudencial es necesario una legislación que aspire a ser incluyente, justa y equitativa respecto al tema de la maternidad subrogada en Colombia, teniendo en cuenta la intención procreacional como fuente para determinar la filiación entre padres e hijos nacidos como consecuencia de la aplicación de una técnica de reproducción humana asistida, teniendo como ejemplo la regulación hecha en Argentina.

Salazar Carrera, G. (2018) en su tesis titulada “La filiación y la maternidad subrogada”, expresa que las parejas acceden a maternidad subrogada por padecer infertilidad y esterilidad irreversible, pero se presenta un escenario de incertidumbre dado que la filiación que se determina entre un hijo y su padre y que generan una serie de derechos y obligaciones, se ven desnaturalizadas al no estar regulado en el código civil ecuatoriano, la filiación de los hijos que nacen por técnica reproductiva de maternidad subrogada.

A nivel nacional se tiene como antecedentes a Aco Murgia, C. (2020) que en su tesis titulada “Regulación de la Maternidad Subrogada y protección al proyecto de vida en mujeres infértiles, Arequipa, 2019.”, refiere, que existe una laguna o vacío legal en la legislación peruana respecto a la maternidad subrogada y que en el derecho comparado está regulada de distintas formas, ya sea de manera onerosa o altruista; de ello se infiere, que en estos países donde se regula, se establece acorde con el principio de certeza a quien corresponde la filiación del menor en casos de útero subrogado.

Rojas Guillen, R. (2020) en su tesis titulada “Incorporación legal de la maternidad subrogada, para garantizar la consolidación de la institución familiar en el Perú”, pone

énfasis en que no existe regulación expresa de la maternidad subrogada que establezca los presupuestos para su aplicación y las reglas para determinar el mejor derecho de filiación con respecto al menor producto de la técnica de reproducción humana asistida, generando incertidumbre sobre a quién corresponde la paternidad y maternidad biológica y/o legal sobre el menor.

Ramírez Jara, E. (2019) en su tesis de maestría titulada “La maternidad subrogada como un nuevo escenario en la elección de un plan de vida desde la perspectiva de los derechos fundamentales, Huancavelica – 2018”, refiere que existe regulación deficiente de la maternidad subrogada con el artículo 7 de la Ley General de Salud, siendo imperante la dación de una ley que regule la maternidad subrogada, con ello se pondría coto a polémicas jurídicas que generan incertidumbre jurídica respecto a la identidad y la filiación del menor.

En lo que atañe a las bases teóricas están se han desarrollado en base a las categorías de las variables de estudio:

Respecto a la variable filiación, identidad e interés superior del niño

Tradicionalmente la maternidad y paternidad son, pues, los dos elementos en que se basa la relación de filiación cuando es consecuencia de un proceso natural y físico, y que como consecuencia de este hecho, todo ser humano tiene un padre y una madre debidamente identificada; sin embargo, jurídicamente no es así, pues hay que distinguir la filiación como hecho natural y como hecho jurídico, se trata, pues, no de una relación filial conforme a la naturaleza, sino jurídica, en ese sentido acorde con Plácido Vilcachagua, A. (2018) por filiación se hace referencia al estatuto o condición jurídica basada en ciertos presupuestos biológicos, éticos y sociales que han sido normados para establecer la relación de parentesco entre las personas (padres e hijos), y en base a ello, establecer derechos y obligaciones.

Para Cieza Mora, J. (2017) se puede entender por filiación como el vínculo jurídico que nace entre padre e hijo, que el estado protege y regula mediante ley, en este caso está determinado en el código civil, éste vínculo jurídico podría tener su sustento en un vínculo biológico que nace entre los integrantes de una familia, aunque, en algunos casos, puede no existir esta coincidencia entre vinculo biológico y vinculo jurídico. Es decir, la regla es el reconocimiento jurídico de una realidad biológica, aunque existan casos en los que esta relación no es suficiente, pero se resalta que la filiación es parte importante en la configuración de la identidad del niño y, además, sirve para determinar responsabilidades de los padres en temas relacionados con la salud, la educación, la crianza, entre otras.

Oliveira, G. y Fernández, F. (2019) a manera de conclusión señala que la coyuntura actual nos lleva a plantear un concepto único de filiación que comprende no solo a la que tenga su origen en la naturaleza, sino también a todos los supuestos en que el emplazamiento filial es el resultado de técnicas de procreación asistida, incluida la fecundación artificial con gametos proporcionados por terceros, y, desde luego, los casos donde el soporte biológico está ausente por completo, como acontece con la adopción.

La determinación de la paternidad y maternidad resulta de la atribución que hace la ley de las relaciones jurídicas respecto de los progenitores y del hijo. De acuerdo con nuestro código civil, en el caso de la paternidad puede quedar determinada, o por las presunciones legales si la filiación es matrimonial (artículo 361), o por el reconocimiento del padre o por la sentencia que lo declare como tal si la filiación es extramatrimonial (artículo 387) y la maternidad se determina siempre por el parto (artículo 409) o “mater semper certa est”, esto conlleva a concluir como refiere Plácido Vilcachagua, A. (2018) que el parto constituye el

hecho que, probado, atribuye ipso iure la maternidad por aquello que el parto sigue al vientre o, si se prefiere, de que la maternidad, en sentido biológico, siempre es cierta. Vale decir y en términos generales, la maternidad tanto matrimonial como extramatrimonial, queda determinada por la prueba del parto y la identidad del nacido con la madre.

Famá, M. (2012) refiere que el sistema único de determinación legal de la maternidad tiene como presupuesto biológico el hecho del parto debidamente acreditado, como consecuencia de ello, la mujer que da a luz un niño, da pie a la inmediata inscripción de su nacimiento en el registro civil de su jurisdicción. Dentro de este sistema, Herrera, M. Et al. (2019) refiere que el certificado de nacimiento vivo, que se le entrega al registrador civil, será medio de prueba suficiente para inscribirlo y atribuir la maternidad sin que sea necesario su reconocimiento, dado que la determinación de la filiación materna opera incluso en contra de su voluntad, ya que se funda en la comprobación objetiva del elemento biológico (parto del niño). La determinación de la filiación materna con el niño jurídicamente hablando, queda establecida con el parto y que en este supuesto coincide con la maternidad biológica, por lo que no se requiere de mayores requisitos.

Con el avance de la ciencia médica y la genética, queda evidenciado que respecto a la filiación materna sustentada en el principio “mater semper certa est” y que conlleva el concepto biológico de la filiación (parto) resulta notoriamente insuficiente para establecer la filiación materna, en una realidad que, a decir de Gómez de la torre, M. (2017) existe en esta última década una creciente demanda de personas (parejas de esposos) que en aras de satisfacer sus necesidades procreacionales para consolidar o fortalecer su familia, recurren a las técnicas de reproducción humana asistida, poniendo en realce la voluntad procreacional,

que viene impulsada por valores de solidaridad, tal es el caso de la gestación por útero subrogado, y la filiación que se deriva de tales prácticas.

En estos casos en los que el menor ha sido concebido mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida, la voluntad procreacional es el factor que determina la filiación, Cieza Mora, J. (2017) acota que como tal, los solicitantes que autorizaran la aplicación de un procedimiento de reproducción humana asistida no podrán negar la relación filial con el concebido ya que ellos lo han requerido y solicitado; sin dejar de mencionar que otro criterio que será determinante para establecer la relación filial cuando resulta oscura tal determinación, será el interés superior del niño; así, tendremos que la voluntad procreacional es lo que, en la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, constituye de forma determinante el vínculo filial, pero sin desconocer o dejar de lado en cualquier acto que necesite ser judicializado, de que los encargados de administrar justicia aplicarán el principio del interés superior del niño, estipulado en la Constitución y los instrumentos internacionales.

Esta perspectiva voluntarista, a decir de Plácido Vilcachagua, A. (2018) se podría replicar que la adopción del mencionado sistema de determinación legal de la maternidad sin mediar reconocimiento de la madre violenta el carácter personalísimo de la voluntad creadora del vínculo jurídico-filial y, por ende, de su inherencia personal. Sin embargo, por sobre la mentada voluntad creadora del vínculo filial se alza el interés eminente e indiscutible del hijo a obtener su emplazamiento evitándose, si es posible, que su filiación permanezca en la incertidumbre o sea desconocida en razón de un exagerado privilegio de la voluntad (que, en puridad, no crea, sino que declara); para este autor se privilegia el principio del interés superior del niño por encima del elemento volitivo o voluntad procreacional.

Guzmán, A. (2016) se inclina también por esta tendencia de tomar en consideración la voluntad procreacional o elemento volitivo para poder determinar la filiación materna, resaltando que frente a los últimos casos de útero subrogado que se han venido presentando en la justicia, es dable que en congruencia con la igualdad del hombre y la mujer y el derecho de libertad de procreación, se determine la filiación materna en favor de la madre comitente, cuando así se haya expresado la voluntad en documento indubitable entre las participantes del acto procreativo, quizá manejando límites como que los gametos sean cuando menos de uno de los comitentes o se opte por administrar justicia aplicando el mayor interés del hijo a nacer, como en el caso de las resoluciones de los casos famosos en esta materia.

Queda claro, que la actual regulación en el código civil de 1984, conserva un régimen legal de filiación por naturaleza formulado antes de la ratificación por el Perú de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990 y de la Constitución de 1993; régimen legal que se sustenta todavía en las limitaciones que el derecho tradicional establece para llegar a la realidad biológica en materia de filiación materna, restricciones que, aunque sustancialmente atenuadas, todavía se mantienen vigentes.

En palabras de Plácido Vilcachagua, A. (2018) su vigencia obedece a la necesidad de preservar la paz de las familias, dado que había un interés del Estado en protegerlas evitando desordenes en su organización, y poco se compadecen con el criterio de unificar en un mismo sujeto al padre jurídico y al progenitor. En este esquema la unión conyugal desprendida de toda consideración biológica con relación a los hijos, se constituye en el instrumento de atribución de la paternidad, en el marco de una organización familiar autoritaria y dogmática, vigente en nuestro Código Civil.

El nuevo escenario de la organización de la familia, que incluye la procreación a través de técnicas de reproducción asistida aunado al reconocimiento del derecho a la identidad determinan que el régimen legal de filiación por naturaleza (biológico) del Código Civil debe ser interpretado conforme a los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y al artículo 2.1 de la Constitución de 1993; que hacen alusión al sistema constitucional de filiación, por la cual toda persona, en cuanto hijo, tiene derecho a investigar libremente y con la mayor amplitud de pruebas quienes son o fueron sus padres biológicos; a su vez, una vez determinada la paternidad o la maternidad, toda persona tiene derecho a preservar la identidad de sus relaciones familiares, siendo expreso el reconocimiento al derecho a la identidad filiatoria.

Estos derechos del niño a conocer a los padres y a preservar la identidad de sus relaciones familiares constituyen las dos facetas de la identidad filiatoria, Gete-alonso, M y Solé, J. (2014) explican en la fase estática, la identidad filiatoria está constituida por el dato biológico: la procreación del hijo (artículo 7 de la Convención sobre los derechos del niño); mientras que, en su fase dinámica, la identidad filiatoria se constituye por la determinación de vínculos paterno-filiales establecidos por la ley en determinados supuestos de las relaciones familiares (artículo 8 de la Convención); y, en su caso, presentado un caso judicializado, ser objeto de un control de convencionalidad y de constitucionalidad, cuando por vía de interpretación no sea posible su aplicación o determinación, solo de esta manera se logra aplicar los nuevos postulados para la solución de casos concretos sub litis, tal como ya se han resueltos algunos casos por los altos tribunales de justicia de familia y Constitucional.

A manera de conclusión, el derecho a la identidad, debe determinarse de forma integral dado que en su faceta estática dado por el parto, solo es viable para los casos tradicionales de filiación en donde el elemento biológico coincide con el vínculo jurídico que lo regula; pero cuando se trata de hijos nacidos como consecuencia de técnicas de reproducción humana asistida (útero subrogado) se requiere de su fase dinámica, que es la identidad filiatoria acorde con los nuevos escenarios que ha regulado la ley, esta fase recoge las nuevas formas de procreación y sobre ellas edifica las relaciones familiares.

Pero como precisa Pizarro, E. (2020), también existe otro principio que es importante para determinar la filiación materna en los casos de útero subrogado, este es el interés superior del niño, que será al fin al cabo el criterio que debe primar al momento de resolver un caso sub judice, ya que este principio puede decidir si se opta por aceptar el elemento biológico o identidad estática en un caso específico o por el contrario se da preponderancia al elemento de la voluntad procreacional que se relaciona con la identidad dinámica, para garantizar su desarrollo integral y lo mejor para el menor.

El interés superior del niño, está reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución N^o 1386 del 20 de noviembre de 1959, que establece que todo niño debe gozar de una protección integral garantizada por cada Estado a través de sus leyes, en donde se tendrá como consideración fundamental la apreciación de los hechos para asumir lo mejor para el interés superior del niño.

Posteriormente se emite la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución N^o 44/25 del 20 de noviembre

de 1989, ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 25278, del 3 de agosto de 1990, que en su artículo 3 numeral 1 prescribe una redacción similar a la Declaración de los Derechos del Niño al señalar que el Estado a través de las instituciones, sus órganos jurisdiccionales y leyes debe tener como consideración primordial el atender en todos los actos lo mejor para el interés superior del niño. Este principio también ha sido regulado en el artículo 16 del Protocolo de San Salvador, el cual establece que el Estado y la sociedad deben garantizar a los niños sin importar su filiación que tuviere, las medidas de protección que su status de menor lo exija para su protección integral.

En ella como explica Pizarro, E. (2020), se asume la doctrina de la protección integral que introduce el reconocimiento a los niños y adolescentes como sujetos de derecho, esto es, como centros de imputación normativa, generando una ola de cambios significativos en diversas legislaciones de Europa y América latina; en el caso peruano, esta convención y los acuerdos realizados en la misma han sido consideradas como parte del bloque de constitucionalidad conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

En ese contexto el artículo 4 de la Constitución vigente precisa acorde al control de convencionalidad, que el principio del interés superior del niño se encuentra regulado y por ende es de observancia obligatoria por todas las instituciones y operadores que administran justicia al momento de su aplicación; el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, reconoce explícitamente que es obligación primordial del Estado, sus instituciones y la sociedad considerar en cualquier decisión o medida el principio del interés superior del niño y del adolescente y el respeto a sus derechos.

El Estado entonces, como precisan Gutiérrez, W. y Sosa, J. (2013), a través de sus diferentes órganos, asume el deber positivo de adoptar todas las acciones y medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas necesarias y eficaces orientadas a proteger a los niños contra problemas en la determinación de la filiación cuando es concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida y de cualquier clase de violencia (abuso físico o mental, descuido, trato negligente, malos tratos o explotación) de que sean víctimas, ya sea este proveniente de autoridades públicas, de sus familiares o de terceros, tales como el maltrato de uno de los padres o el descuido de los padres para satisfacer sus necesidades sociales básicas; en estos casos, el Estado tiene el deber de intervenir para protegerlos.

El Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 03247-2008-PHC/TC deja establecido que el principio del interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos, los cuales son el contenido del principio, existiendo, por tanto, una idea entre el interés y los derechos, así en una interpretación garantista se establece que frente a esta situación la doctrina de protección integral se asienta en el interés superior del niño, cuyo fin y forma de interpretación es la plena satisfacción de sus derechos.

En lo que atañe a la variable útero subrogado

Se tiene que Gómez de la torre, M. (2017) refiere que las técnicas de reproducción humana asistida son aquellas técnicas que permiten la procreación de un ser humano saludable por medios totalmente distintos a la relación sexual o tradicional, es decir ya no se requiere la copulación sexual de un hombre y de una mujer: sólo se amerita la unión del material genético tanto óvulo y espermatozoide en una placa de laboratorio; de esta manera se produce la ruptura impensada hasta el siglo anterior entre la sexualidad y la reproducción.

A lo expresado ut supra, hay que agregar que estas técnicas nacieron primigeniamente para darle la posibilidad de tener un hijo a parejas heterosexuales, hoy en día los beneficiarios de las mismas se han ampliado en el derecho comparado en donde se incluye también a las parejas del mismo sexo (unión civil), así como también a las mujeres solteras; en ese sentido Urbina, P. (2018) acota que la imposibilidad genética y estructural de llevar una gestación en óptimas condiciones para procrear un hijo dentro de la unidad familiar es una contingencia en la vida de todas las personas porque afecta su constitución como grupo familiar, y si las técnicas científicas coadyuvan a subsanar esas deficiencias, deben ser tomadas en cuenta, para aliviar sus penas y mejorar su calidad de vida humana.

Teniendo en cuenta su valía se debe considerar a las técnicas de reproducción humana asistida como un medio alternativo de reproducción, en esa línea Herrera, M. Et al. (2019) precisa que las llamadas técnicas de reproducción humana asistida deben ser consideradas y valoradas en consonancia con los derechos sexuales y reproductivos, e invocar a la comunidad jurídica su materialización en el derecho positivo aceptando su utilización como alternativa a la procreación clásica. En definitiva, las técnicas de reproducción humana asistida son hoy por hoy un medio alternativo en la fecundación de la mujer, y que bien orientada coadyuva al fortalecimiento de la familia.

En su utilización práctica como explica Cieza mora, J. (2017) estas técnicas importan procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para la obtención de un embarazo, los cuales pueden ser de baja o alta complejidad, las primeras implican procedimientos en función de los cuales la unión de óvulo y espermatozoide se realiza en la cavidad uterina; mientras que los de alta complejidad

consisten en la recuperación y selección de óvulos y espermatozoides de buena calidad, por medio de la cual se lleva a cabo la fecundación, el cultivo y la selección de embriones.

Estos procedimientos son efectuados en un laboratorio de alta tecnología para su oportuna transferencia en la cavidad uterina, la cual puede recaer en la misma persona titular de los óvulos o material genético o en su defecto puede valerse de una tercera persona que le facilita la gestación a través de su útero, lo cual da lugar a la técnica asistida del útero o maternidad subrogada.

La técnica del útero o maternidad subrogada a decir de Herrera, M. Et al. (2019) es un procedimiento médico y quirúrgico autorizado por la entidad competente siempre que se cumpla con los presupuestos preestablecidos en la norma que lo regula, a fin de que, en un establecimiento de salud público o privado, se efectuó la transferencia embrionaria en una mujer distinta a la solicitante. Para tal efecto, será necesaria la aplicación de técnicas de reproducción humana medicamente asistida de alta complejidad, como la inseminación artificial cuando los gametos utilizados son de la madre sustituta o por fecundación in vitro implantándose el embrión en su cavidad uterina cuando los gametos son de los padres biológicos, en estos supuestos la mujer que lleva adelante el embarazo, ya ha acordado de manera previa que entregara al niño recién nacido a los padres que lo contrataron.

Ramírez, E. (2019) explica referente a las modalidades de maternidad que pueden presentarse en una técnica asistida de útero subrogado, señala la madre comitente, es aquella mujer que presenta problemas de infertilidad y al desear tener un hijo demuestra que tiene voluntad procreacional para criar un hijo y por esa carencia se ve obligada a recurrir a una mujer para que lleve a término la gestación, a través de un acuerdo que puede ser con fines

altruistas o económicos; una segunda modalidad es la madre genética o biológica, que es aquella que aporta el material genético ósea los óvulos, puede recaer en la madre comitente si es que ella misma aporta sus óvulos siempre que su problema sea solo gestacional como es el caso de sufrir amenazas de aborto que le impide llevar a término su embarazo, caso contrario será otra mujer la que aporte los óvulos y que será fecundado in vitro con el material genético del esposo de la comitente; finalmente se tiene la maternidad gestacional o sustituta que es aquella mujer que lleva a término el proceso gestacional antes el momento del parto.

En la realidad fáctica puede ser que se esté hablando de tres mujeres como máximo y dos como mínimos, una mujer siempre será la madre comitente, y sobre la otra mujer puede recaer tanto la maternidad genética y gestacional o una en cada mujer; ello dependerá también de cada país, es decir, esos escenarios se presentan de acuerdo a como este regulado esta técnica de reproducción asistida, que al final establece la maternidad legal o jurídica, que es la maternidad relevante que dirime cualquier conflicto que se suscite, siendo distinto el panorama cuando no existe leyes que lo determinen, como es el caso de nuestro país.

En lo que atañe a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida y en especial en lo referente al útero subrogado se debe tener en consideración determinados principios como el de dignidad humana, que a decir de Cieza mora, J. (2017), la dignidad humana es un principio constitucional que cimienta la estructura de nuestro ordenamiento jurídico, es la base sustantiva de los derechos fundamentales. Por eso se afirma que la dignidad humana fundamenta el contenido de cada derecho fundamental, impone al Estado diversas obligaciones, tanto de protección como de promoción, sobre su conceptualización se suele afirmar que la dignidad humana es una cláusula normativa insertada en la

Constitución Política que sirve, para nuestros fines, como una cláusula de interpretación de los derechos fundamentales pro homine.

Otro principio es el de autonomía y de información, el principio de autonomía se refiere a la libre elección que realizarán los posibles usuarios para acceder o no a los procedimientos de la reproducción asistida, el cual se encuentra relacionado al principio de información. La relación según Oliveira, G. y Fernández, F. (2009) es la siguiente: si el posible usuario conoce toda la información necesaria referente a las técnicas de reproducción humana asistida, podría elegir de manera adecuada acceder o no al uso de ellas, es decir, el consentimiento informado. Los posibles usuarios deben de conocer toda la información sobre el procedimiento, ya que solo gracias a ello podrán tener una verdadera libertad de elegir de acceder o no.

El principio de información, entonces, se encuentra dentro del principio de autonomía, en ese sentido, se afirma el llamado principio de autonomía coincide con la capacidad de autogobernarse y de autodeterminación del paciente. Por tanto, el principio de autonomía tendría su expresión en el llamado consentimiento informado, siendo este el que protegería y promovería. Para nuestro caso, el principio de información o consentimiento informado ayudara a tener una adecuada comprensión de los aspectos del procedimiento y de las consecuencias del acceso de las técnicas de reproducción humana asistida.

Respecto a la igualdad constitucional, Gutiérrez, W. y Sosa, J. (2013), refieren que puede abordarse desde dos perspectivas: como principio constitucional, siendo la igualdad una regla básica que el Estado debe garantizar y preservar; y como un derecho fundamental de la persona, es decir, exigible en forma individual por medio del cual se confiere a todo

sujeto el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación alguna.

Para finalidad de nuestro análisis, la atención realizada por el personal médico deberá ser brindada sin distinciones, es decir, sin privilegios ni preferencias, y en caso se otorgue un trato diferenciado, este deberá fundamentarse en una justificación razonable y objetiva más no arbitraria.

Finalmente se tiene el principio de confidencialidad y solidaridad, Cieza mora, J. (2017) acota que la confidencialidad consiste en mantener en reserva toda aquella información resultante de las técnicas de reproducción humana asistida, pues es necesario mantener en el anonimato la identidad de donantes, solicitantes y aquellas personas cuyo origen se debe a una donación de gametos o de embriones; mientras que por solidaridad se refiere a la característica que los intervinientes del procedimiento que deberá regir durante el desarrollo de la actuación de la técnica de reproducción humana medicamente asistida, en ese contexto, se realza que debe primar un espíritu humanista, filántropo, altruista de los intervinientes, es decir, ellos acceden sin la intención de recibir algo a cambio.

La justificación y propósito que persigue la investigación se sustenta en los criterios:

En cuanto al criterio de pertinencia, queda corroborado con la casuística judicial, en donde se evidencia que en nuestra sociedad existen personas con problemas de infertilidad que realizan acuerdos privados para realizar una técnica de reproducción asistida-útero subrogado, que generan problemas para determinar la filiación del menor.

En cuanto a su relevancia, la investigación está dirigido a llenar un vacío normativo en la legislación nacional, para evitar la cosificación del bebé que está por nacer, por cuanto al no estar normado, no permite que se determine con certeza la filiación del menor afectando el derecho a la identidad y el principio del interés superior del niño.

En lo referente al criterio de acotación, la tesis se realizará bajo un enfoque cualitativo en base a la doctrina, legislación y jurisprudencia; por motivos de fuerza mayor como es la pandemia, la entrevista se llevará a cabo por medios informáticos dentro del plazo establecido por la universidad.

Respecto al criterio de viabilidad, la propuesta normativa de regular el útero subrogado permite solucionar los problemas de filiación, ya que otorgara certeza de quien es el padre y la madre en las diferentes modalidades de útero subrogado (madre sustituta y madre portadora), y es factible de regularse porque en la doctrina tiene aceptación y existen proyectos de ley encarpados en el congreso, que esperan luz verde para su aprobación.

CAPÍTULO II. MÉTODO

En cuanto al enfoque de investigación es mixto, al respecto Olvera, J. (2015) señala que el enfoque mixto es aquel comprende aspectos cualitativos que consiste en conocer de cerca el objeto de estudio (un evento, una norma, la aplicación de un sistema jurídico, un fenómeno, una situación jurídica o una persona), para poder hablar de cualidades, calidad particular de un objeto de estudio; y aspectos cuantitativos cuando el objeto de estudio se gráfica o esquematiza en figuras estadísticas para una mejor comprensión de las variables de estudio.

La presente investigación se realizó bajo un enfoque mixto, pero preponderantemente cualitativo, se observó un evento específico como es la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado y cómo influye en el derecho a la identidad filiatoria y el principio del interés superior del niño, y las fuentes de recolección de datos cualitativas o teóricas son la doctrina, legislación, jurisprudencia y los datos cuantitativos son respecto a la entrevista de los expertos.

El tipo de investigación según Olvera, J. (2015) explica que, en las investigaciones bajo un enfoque cualitativo, se realizan descripciones detalladas de una situación específica, de una persona determinada o un comportamiento definido en las diferentes fuentes de datos.

En la presente investigación el tipo de investigación, es *básica* porque, su finalidad fue incrementar el conocimiento teórico sobre las características más resaltantes de las variables del problema como es la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado y el derecho a la identidad filiatoria y el principio del interés superior del niño; es

retrospectivo, porque el acopio de datos como la legislación comparada y la jurisprudencia fue sobre hechos que ya sucedieron en el pasado; y es *transversal*, porque el análisis de las variables se realizará en un periodo de tiempo determinado, y es *observacional*, porque se observó el criterio que asumen los expertos sobre la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado y cómo repercute en el derecho a la identidad filiatoria y el principio del interés superior del niño.

El diseño de investigación según Olvera, J. (2015) se refiere a que la investigación no experimental es aquella que realiza el investigador sin manipular deliberadamente la variable independiente, esto es porque la investigación se basa en objetos de estudio que ya han sucedido en el pasado y lo que hace el investigador es solamente acopiar información a través de sus instrumentos de recolección de datos.

En la presente investigación, el diseño es no experimental, por cuanto los datos recopilados sobre la determinación de la filiación en casos de útero subrogado y su repercusión en el derecho a la identidad filiatoria y el principio del interés superior del niño, ya han sucedido y por ende constituye un estudio retrospectivo.

Respecto a la población y muestra (materiales instrumentos y métodos), es dable resaltar que las unidades de estudio fueron:

- Jurisprudencia sobre útero subrogado
- Especialistas en derecho genético y/o derecho de familia

En lo que respecta a la población, Olvera, J. (2015) expresa que la población es de donde se obtiene información de todas y cada una de las personas u objetos que lo componen,

llamados también unidades de análisis, pero cuando se trata de un grupo numeroso, esto no siempre es posible; por su parte Solís, A. (2012) refiere que el termino población hace alusión al conjunto de sujetos u objetos que son materia de estudio, siendo relevante que al inicio de toda la investigación se delimite con precisión las características de la población que será materia de investigación.

La población del presente trabajo de investigación estuvo conformada por el total de jurisprudencias que sean emitido sobre útero subrogado en el Perú donde se haya impugnado la maternidad; y por el total de especialistas en derecho genético y/o derecho de familia que conozcan sobre la determinación de filiación en casos de útero subrogado y que laboren en el Distrito Judicial de la Libertad en el periodo enero-diciembre del 2021.

En palabras de Olvera, J. (2015) la muestra es un reducido grupo representativo de toda una población; a esa muestra se le aplicarán las entrevistas, encuestas, cuestionarios, pruebas, etcétera, a fin de obtener los datos buscados en la investigación, por su parte Solís, A. (2012) refiere que la muestra es una parte de la población que cumple para ser útil y relevante con las características de ser representativa, es decir debe reunir todas las características de la población, y debe ser adecuada ello se deduce del tamaño de la muestra.

En lo que atañe a la muestra de estudio del presente trabajo de investigación estuvo conformada por las jurisprudencias que sean emitido sobre útero subrogado en el Perú donde se haya impugnado la maternidad desde el 2005 al 2020; y por 12 especialistas en derecho genético y/o derecho de familia que tienen conocimiento sobre la determinación de filiación en casos de útero subrogado y que laboren en el Distrito Judicial de la Libertad en el periodo enero-diciembre del 2021.

Para la obtención de los elementos de la muestra de las jurisprudencias solo se limitó a recopilar las existentes sin discriminación ya que solo se recopilaron 03 jurisprudencias en donde existió impugnación de la maternidad y por ende afectación del derecho a la identidad filiatoria y el principio del interés superior del niño; y con respecto a los especialistas en derecho genético y/o derecho de familia se realizó de manera no probabilística la selección de los integrantes de la muestra a juicio de la investigadora, entre los criterios que se tomaron en cuenta para ser seleccionado fueron: que tengan como mínimo 10 años de experiencia profesional, que tengan el grado académico de magister o doctor, que ejerzan la docencia universitaria o sean magistrados, y que hayan realizado alguna publicación de un artículo científico o brindado conferencias en la especialidad.

Respecto a los métodos de investigación se emplearon:

El método de análisis-síntesis, Courtis, C. (2006) acota que es un método genérico que consiste en descomponer el todo en unidades de análisis para describir sus características específicas y luego poder elaborar una explicación global a través de la síntesis. Este método permitió describir la realidad problemática referente a determinar como la falta de certeza en la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado repercute en el derecho a la identidad y el principio del interés superior del niño; para lo cual se realizó la descomposición de la temática en objetivos específicos materia de análisis, y luego se procedió a través de la síntesis a dotarles de un sentido común y unitario que se plasmó en las conclusiones del trabajo de investigación.

El método exegético, Courtis, C. (2006) refiere que consiste en el estudio de las normas jurídicas para indagar el origen etimológico de la norma, su objeto de estudio,

entendiendo el sentido que le dio el legislador; en la investigación se avocará al estudio de las normas jurídicas sobre filiación, maternidad subrogada, derecho a la identidad y el interés superior del niño.

El método dogmático *lege ferenda*, Courtis, C. (2006) señala que propone estudiar el ordenamiento jurídico para conocerlo y optimizarlo y mejorarlo a través de propuestas de reformas, modificaciones o creación de bases jurídicas, fundamentos normativos y normas jurídicas realizadas por el investigador. La investigación se avocará al estudio de todas las instituciones jurídicas que son parte del objeto de estudio (filiación, maternidad subrogada, derecho a la identidad y el interés superior del niño) con la finalidad de identificar los vacíos legales para plantear las reformas normativas que sean necesarias y viables.

El método dialéctico, Courtis, C. (2006) explica que consiste en la confrontación permanente entre la norma jurídica positiva (vigente) con la realidad fáctica (eficacia) para lograr un derecho más justo y adecuado a la realidad (propuesta normativa). La investigación realizará un paralelo entre el ordenamiento jurídico vigente sobre filiación por maternidad subrogada y la realidad fáctica documentada en los casos judicializados, para explicar las deficiencias legales y recomendar una propuesta normativa.

Sobre las técnicas se utilizaron las siguientes:

El fichaje, Solís, A. (2012) señala que el fichaje es una técnica de escritorio o gabinete que permite al investigador registrar los datos tipográficos de las fuentes de información, para luego acceder a su contenido a través de las fichas de investigación o contenido. Esta técnica se aplicó en el acopio de datos de libros y revistas de doctrina nacional y comparada, artículos científicos, tesis y legislación extranjera referente al tema de estudio.

La entrevista cualitativa, Olvera, J. (2015) refiere que este tipo de entrevistas se dirigen al aprendizaje sobre acontecimientos y actividades que no pueden ser observados de manera directa por el investigador, en donde los interlocutores son informantes que actúan como observadores del investigador, son sus ojos y oídos en el campo. Esta técnica se aplicó a los especialistas en derecho genético y/o derecho de familia para que expongas sus conocimientos sobre la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado y como ello afecta el derecho a la identidad e interés superior del niño.

El análisis documental, Olvera, J. (2015) acota que es una revisión exhaustiva de la literatura acopiada de libros, revistas, folletos, compendios normativos, anuarios judiciales, etc, que son fuentes de consulta de material como apoyo para la investigación. En la investigación se analizó la jurisprudencia nacional tanto del Tribunal Constitucional como de La Corte Suprema en donde se haya judicializado la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado y como ello afecta el derecho a la identidad e interés superior del niño.

Sobre los instrumentos se utilizaron los siguientes:

Las fichas de investigación, en la etapa de ejecución del trabajo de investigación se emplearon fichas de investigación o contenido (textuales y de resumen) para la elaboración de los antecedentes y las bases teóricas referente a la filiación en el derecho nacional, el derecho a la identidad y el principio del interés superior del niño, y el útero subrogado como técnica de reproducción humana asistida citando autores nacionales como extranjeros.

La guía de entrevista cualitativa, este instrumento permitió recopilar información de los 12 especialistas en derecho genético y/o derecho de familia que conocen sobre la determinación de filiación en casos de útero subrogado y que laboraron en el Distrito Judicial de la Libertad en el periodo enero-diciembre del 2021, para lo cual se redactó y aplicó el pliego de preguntas en base a los objetivos específicos de la investigación.

La guía de análisis documental, este instrumento de recolección de datos se aplicó para el copio de información de la jurisprudencia nacional del Tribunal Constitucional y de La Corte Suprema en donde se haya judicializado la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado y como ello afecta el derecho a la identidad e interés superior del niño, tomando como datos centrales, el número de expediente, la cuestión fáctica de los hechos, la relevancia jurídica sobre los hechos y el aporte jurídico de los magistrados.

Los materiales que se utilizaron como fuentes de consulta en la ejecución del presente trabajo de investigación son: libros de doctrina nacional y comparada, revistas especializadas en derecho de familia y derecho genético, tesis de grado sobre filiación por útero subrogado, Constitución política del Perú, Código civil, Ley general de salud, legislación comparada sobre filiación por útero subrogado y jurisprudencia nacional.

En cuanto a la validez y confiabilidad de los instrumentos, la guía de entrevista de expertos y la guía de análisis de documentos (derecho comparado y jurisprudencia) son instrumentos que fueron sometidos a la validación por juicio de expertos especializados en la materia a través de la ficha de validación de instrumento, y que se encuentran anexadas al presente trabajo de investigación.

El procedimiento de recolección acorde con Solís (2012) constituye la etapa de ejecución de la tesis en donde se ponen en aplicación los instrumentos diseñados para la investigación y que permiten contrastar la hipótesis planteada. El procedimiento, en su sentido presenta dos fases: en su fase diagnóstica, se recopiló información teórica: doctrina, artículos científicos, jurisprudencia y legislación de bibliotecas y estudios jurídicos, de donde se obtuvo información para la elaboración de las teorías relacionadas con las variables de estudio; asimismo se elaboró el instrumento de la guía de análisis documental para extraer información de las jurisprudencias y el derecho comparado sobre la filiación en los casos de útero o maternidad subrogada, también se elaboró la guía de entrevista de expertos aplicado a los especialistas en derecho de familia y/o derecho genético.

En su segunda fase del procedimiento, se tiene la fase propositiva, esta fase teniendo toda la información recopilada en el gabinete, se procedió con respecto a la parte doctrinaria a describir las teorías que respaldan a la investigación; y respecto a los datos del derecho comparado y jurisprudencia se presentaron en tablas y los datos de la entrevista de expertos se presentaron en tablas y figuras estadísticas.

En cuanto al análisis estadístico de los datos, Solís (2012) explica que el propósito principal del análisis de datos es convertir los fenómenos observados en datos científicos a través de la sistematización y cuantificación de los resultados obtenidos con los instrumentos de acopio de datos, aplicando la estadística descriptiva como cálculos de porcentajes, frecuencias, media aritmética, etc; por su parte Olvera, J. (2015) señala que los datos recopilados deben ser procesados y presentados en gráficos o figuras estadísticas para facilitar la interpretación y explicación de los resultados. En la presente investigación descriptiva, el análisis de los datos tendrá primero su correspondiente descripción de

resultado, para luego proceder al análisis de los datos recopilados en la etapa de ejecución a través de un análisis estadístico mediante el empleo de frecuencias absolutas (número de veces que se repite una respuesta) y relativas (es el porcentaje que representa del total de los datos obtenidos), resaltando la moda estadística de cada tabla.

Con respecto a los aspectos éticos empleados en la realización del presente trabajo de investigación, Olvera, J. (2015) explica que la investigación científica debe regirse por principios éticos que están establecidos en la normatividad internacional como es la plena observancia de los principios de confidencialidad y difusión científica.

En ese sentido, la investigación tuvo en consideración la confidencialidad de los datos obtenidos con los instrumentos empíricos, ya que su utilización es solo con fines académicos, igualmente se guardó reserva de la identidad de los sujetos entrevistados para garantizar la objetividad del mismo. Finalmente se aplicó el principio de difusión científica que comprende en su primera fase el garantizar la originalidad del trabajo de investigación y veracidad de los datos obtenidos, para que en su segunda fase puedan ser pasible de publicación en el repositorio de la universidad y revistas científicas en aras de compartir experiencias académicas en la comunidad científica.

CAPÍTULO III. RESULTADOS

En el presente capítulo, se describieron los resultados obtenidos con la aplicación de los instrumentos de recolección de datos en la etapa de ejecución de la tesis, vinculado con los objetivos específicos planteados, que se disgregan del objetivo general y del problema de investigación.

Resultado N° 01 (En relación al objetivo específico N° 01):

Este resultado se avoca a determinar la filiación en el derecho nacional en los casos de útero subrogado, en la descripción de resultados, se utilizó el instrumento de la guía de entrevista obteniendo los siguientes datos.

Tabla 1

Especialistas consultados a través del instrumento guía de entrevista

ESPECIALISTAS CONSULTADOS POR EL INSTRUMENTO GUÍA DE ENTREVISTA	CARGO QUE DESEMPEÑAN LOS ESPECIALISTAS
<ul style="list-style-type: none"> - FLOR DE MARIA AZNARÁN BASILIO - MARCO ANTONIO CELIS VÁSQUEZ - FREDDY RIVERA CÁRDENAS - COLETTE MARÍA UCEDA VÉLEZ - CARMEN CHARCAPE VIVES - MERCEDES VAZQUEZ ZAMBRANO - JAIRO CIEZA MORA - YVONNE DEL PILAR LUCAR VARGAS - HILDA ROSA CHÁVEZ GARCÍA - DORA VELA RENGIFO - ENRIQUE VARSİ ROSPIGLIOSI - HUBERT EDINSON ASENCIO DIAZ 	<ul style="list-style-type: none"> - Fiscal de familia. - Juez civil. - Docente universitario - Juez de familia - Juez de paz letrado. - Juez de familia. - Docente universitario - Juez de familia - Juez civil - Fiscal de familia - docente universitario - Juez de familia

Fuente: La autora.

Identificado plenamente a los especialistas que fueron entrevistados, en razón de las preguntas planteadas en relación con este objetivo, se obtuvieron los siguientes resultados que se grafican a continuación con su respectiva interpretación:

Tabla 2

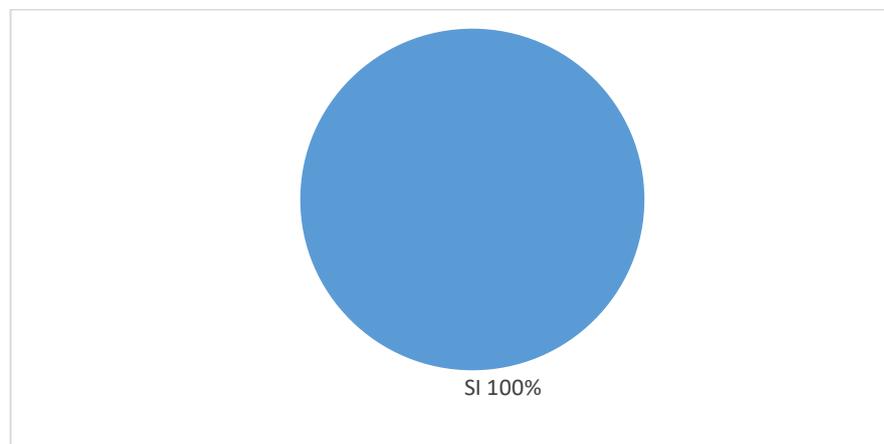
Aplicación del útero subrogado como técnica de reproducción humana asistida en nuestra realidad nacional (entrevista de expertos)

Características	Especialistas	Nº	%
A.- Si		12	100%
B.- No		---	---
	Total	12	100%

Fuente: la autora.

Figura 1

Aplicación del útero subrogado como técnica de reproducción humana asistida en nuestra realidad nacional (entrevista de expertos)



Fuente: la autora.

Interpretación

En la tabla N° 2, se observa que, el 100% de los especialistas considera que el útero subrogado como técnica de reproducción humana asistida si se viene aplicando en nuestra realidad nacional.

Tabla 3

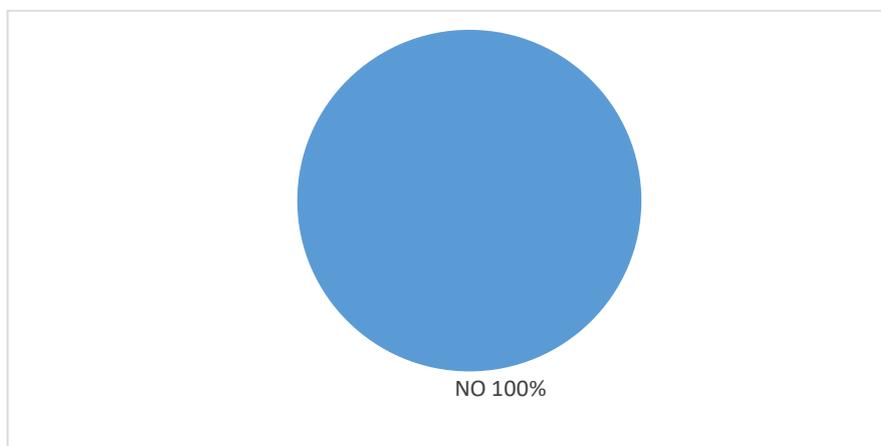
La normatividad civil vigente otorga certeza en la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado (entrevista de expertos)

Características	Especialistas	N°	%
A.- Si		---	---
B.- No		12	100%
	Total	12	100%

Fuente: la autora.

Figura 2

La normatividad civil vigente otorga certeza en la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado (entrevista de expertos)



Fuente: la autora.

Interpretación

En la tabla N° 3, se observa que, el 100% de los especialistas considera que la normatividad civil vigente no otorga certeza en la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado.

Resultado N° 02 (En relación al objetivo específico N° 02):

Este resultado se avoca a analizar el derecho a la identidad y el principio del interés superior del niño en los casos de útero subrogado a la luz de la legislación y jurisprudencia nacional, en la descripción de resultados, se utilizó el instrumento de la ficha de análisis documental y la guía de entrevista obteniendo los siguientes datos.

Tabla 4

Jurisprudencia N° 1

DATOS DE LA JURISPRUDENCIA N° 1
<p>1. N° de expediente: Exp. N° 183515-2006-00113 2. Fecha de emisión: 06/01/2009 3. Materia: Demanda de impugnación de maternidad 4. Demandante: Carla Monic See Aurish 5. Demandado: Lucero Aurish de la Oliva y otro 6. Juzgado: Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia</p>

Situación fáctica del caso	Normas jurídicas relevantes	Fallo y comentarios
<p>En este caso se solicita la impugnación de maternidad de la abuela, ya que tal como estaba la situación jurídica antes de la sentencia el niño, nacido mediante TERAS, era hermano de su madre. Los hechos en este proceso obedecen a un proceso de gestación subrogada en el que una mujer no podía gestar, pero si ovular y su madre se ofrece a gestar en su vientre al producto de la concepción de su hija con su cónyuge. El bebe nace sin ningún inconveniente y la abuela que había gestado al niño lo entrega a su hija. Pero el problema se da cuando el registrador inscribe al bebé como hijo de la gestante subrogada, lo que origina proceso de impugnación de maternidad</p>	<p>Artículo III del título preliminar del código civil. Artículo 371 del CC. Artículo 395 del CC. Artículo 409 del CC. Artículo 139 inciso 8 de la Constitución Derecho a la identidad Principio del interés superior del niño</p>	<p>En el proceso, si bien el juez considera que las normas no permiten la impugnación de maternidad por las causales alegadas por la madre donante de los óvulos, sin embargo, no se cierra frente nuevas tecnologías y nuevas maneras de procreación y DECLARA FUNDADA LA DEMANDA de impugnación de maternidad, haciendo una clara interpretación de los artículos de impugnación de maternidad y creando derecho en una sentencia digna de tenerse en consideración. Sin embargo, estas sentencias no son siempre tan flexibles ni contamos con todos los jueces con una amplitud de criterio como en este caso y no sería extraño encontrar graves dificultades para que, en casos similares al narrado, no se pueda encontrar justicia en nuestros Tribunales, lo que genera incertidumbre que debería ser abolida con esta norma.</p>

Fuente: La autora.

Tabla 5

Jurisprudencia N° 2

DATOS DE LA JURISPRUDENCIA N° 2
<p>1. N° de expediente: Casación N° 5003-2007-LIMA 2. Fecha de emisión: 06/05/2008 3. Materia: Demanda de impugnación de maternidad 4. Demandante: Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma 5. Demandado: Maria Alicia Alfaro Dávila 6. Juzgado: Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica</p>

Situación fáctica del caso	Normas jurídicas relevantes	Fallo y comentarios
<p>La demandante Mónica Cedelina Oblitas Chicoma, en representación legal de su menor hijo Olsen Fabricio Quispe Oblitas presenta una demanda de impugnación de reconocimiento de maternidad contra Maria Alicia Alfaro Dávila por el reconocimiento efectuado por esta última respecto de la menor Beatriz Alicia Alfaro Dávila, cuya acto de concepción se centra en que la demandada no es la madre biológica de la menor pues ella fue inseminada artificialmente con el óvulo de una mujer distinta y a su vez, se utilizaron los espermatozoides del cónyuge de la demandante, el Sr. Custodio Olsen Quispe Condori, quien refiere que fue hecho sin su consentimiento.</p>	<p>Artículo 7 de la Ley General de Salud. Artículo VI y VII del Título Preliminar del CC. Artículo 45 del CC Artículo 399 del CC Derecho a la identidad</p>	<p>La Corte Suprema señala en su considerando séptimo que el menor hijo de la demandante y en cuyo nombre se actúa, el menor Olsen Fabricio Quispe Oblitas es hermano paterno de la menor que la demandada ha reconocido como hija, conforme al resultado de ADN, de lo que se colige que el padre de ambos menores es don Custodio Quispe Condori impugna la maternidad porque el reconocimiento hecho no coincide con la realidad biológica. En su considerando noveno, la Sala Suprema considera que, si hay un interés legítimo del menor representado para iniciar una acción judicial dada su situación única, propia, personal que le otorga su calidad de hermano. Por último, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República resuelve declarar FUNDADO el Recurso de Casación interpuesto por Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabricio Quispe Oblitas, en consecuencia, declararon NULA la resolución de vista de fecha 03 de agosto del 2007 e INSUBSISTENTE la apelada de fecha 23 de octubre del 2006, ORDENARON que el juez de la causa expida nueva resolución estando a los considerandos emitidos por la Sala Suprema.</p>

Fuente: La autora.

Tabla 6

Jurisprudencia N° 3

DATOS DE LA JURISPRUDENCIA N° 3
<p>1. N° de expediente: Expediente N° 06374-2016-LIMA 2. Fecha de emisión: 28/06/2017 3. Materia: Proceso de amparo 4. Demandante: Francisco David Nieves Reyes y otros 5. Demandado: Reniec. 6. Juzgado: Quinto juzgado especializado en lo constitucional de lima</p>

Situación fáctica del caso	Normas jurídicas relevantes	Fallo y comentarios
<p>El 21 de enero de 2005, los Señores Nieves-Ballesteros se casaron y, ante la imposibilidad de poder procrear deciden recurrir a la técnica del útero subrogado contando con el consentimiento de los Sres. Lázaro-Rojas previo a un acuerdo privado, se transfieren los 2 embriones fecundados al útero de la señora Rojas, sin embargo, después que nacen los niños y se realiza la inscripción en la Reniec, los menores fueron consignados como hijos de la Sra. Rojas (por ser esta quién dio a luz por el parto) y del Sr. Nieves, dado que declaró que el padre de los niños era él.</p>	<p>Artículo 7 de la Ley General de Salud. Artículo 2, inciso 24, literal a) de la Constitución Artículo 2 inciso 1 de la Constitución Derecho a la identidad Principio del interés superior del niño</p>	<p>En la parte considerativa se ha señalado que mientras no exista una clara y expresa prohibición de celebrar contratos sobre la maternidad o útero subrogado o de aplicar TERAS a supuestos distintos a los previstos en el artículo 7 de la Ley general de Salud, se entiende que se trata del ejercicio legítimo de los derechos a la salud reproductiva y otros vinculados. Saludamos la solvencia de esta sentencia que permite establecer la tutela de los derechos a la identidad filiatoria de los menores, el respeto del principio del interés superior del niño, la privacidad o intimidad de las parejas, y de una visión amplia y flexible del concepto de familia, para que puedan acceder a tener sus hijos a través de las TERAS.</p> <p>Decide declarar FUNDADA la demanda de amparo, interpuesta por la sociedad conyugal de Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau y declara nulas las resoluciones registrales emitidas por la Reniec y anulan las actas de nacimiento de los menores y se ordena que la Reniec emita nuevas partidas de nacimiento de los menores y se consigne en ellos los nombres de los demandantes como sus verdaderos padres.</p>

Fuente: La autora.

Tabla 7

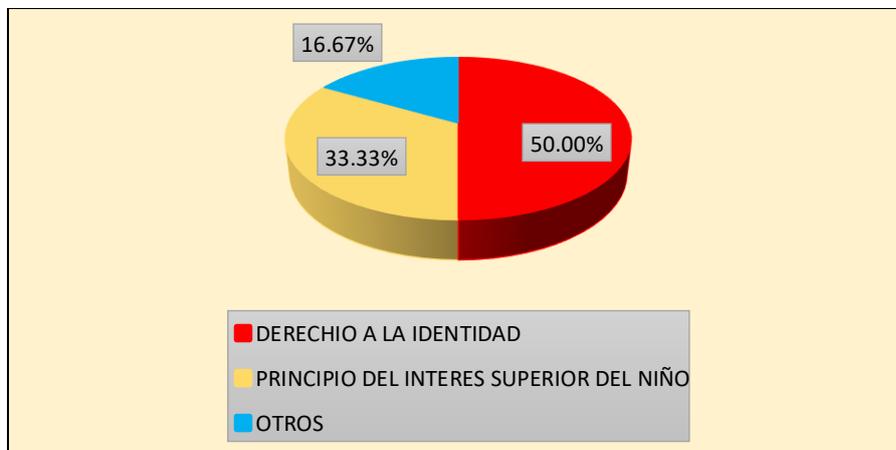
Principios que vulnera la falta de certeza en la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado (entrevista de expertos)

Especialistas	Nº	%
Características		
A.- Derecho a la identidad	06	50.00%
B.- Principio del interés superior del niño	04	33.33%
C.- Otros	02	16.67%
Total	12	100.00%

Fuente: La autora.

Figura 3

Principios que vulnera la falta de certeza en la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado (entrevista de expertos)



Fuente: La autora.

Interpretación

En la tabla N° 7, sobre la falta de certeza en la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado, en un 50% señalan que se vulnera el derecho a la identidad filiatoria, para el 33.33% se vulnera el principio del interés superior del niño y el 16.67% otros.

Resultado N° 03 (En relación al objetivo específico N° 03):

Este resultado se avoca a explicar la filiación en el derecho comparado en los casos de útero subrogado, en la descripción de resultados, se utilizó el instrumento de la ficha de análisis documental y la guía de entrevista obteniendo los siguientes datos.

Tabla 8

Filiación en los casos de útero subrogado en el derecho comparado

País	Datos de la ley	Artículos relevantes	Contenido
Uruguay	Ley N° 19.167 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida del 2013	Artículo 27	Procede de manera excepcional entre familiares y de manera gratuita, en donde la filiación del nacido corresponde a los padres comitentes.
Grecia	Ley 3089/2002 que modifica el código civil	Artículo 1458	Mediante acuerdo se realiza la implantación, y no tiene efecto retroactivo por lo que deben cumplir con lo pactado. Los comitentes son padres legales del menor desde el preciso instante en que nace.
Rusia	-El vigente Código de Familia -Código civil del 2009	Artículo 62 Artículo 51.4	Los padres comitentes para inscribir al niño como si fuera suyo necesitan el consentimiento de la gestante, y si fuera casada del esposo también.
Ucrania	Código de Familia Ley N° 407-IV (407-15) del 2002	Artículo 132.2	La filiación del menor es para los padres comitentes, siempre y cuando el material genético corresponda al menos a uno de ellos.
Estado de Sinaloa-México	El Código Familiar del Estado de Sinaloa del 2013	Artículo 293 y 294	El niño es hijo de los comitentes desde la fecundación, es decir, incluso antes de nacer, y en el certificado de nacimiento consta que fue través de maternidad subrogada.

Fuente: La autora.

Tabla 9

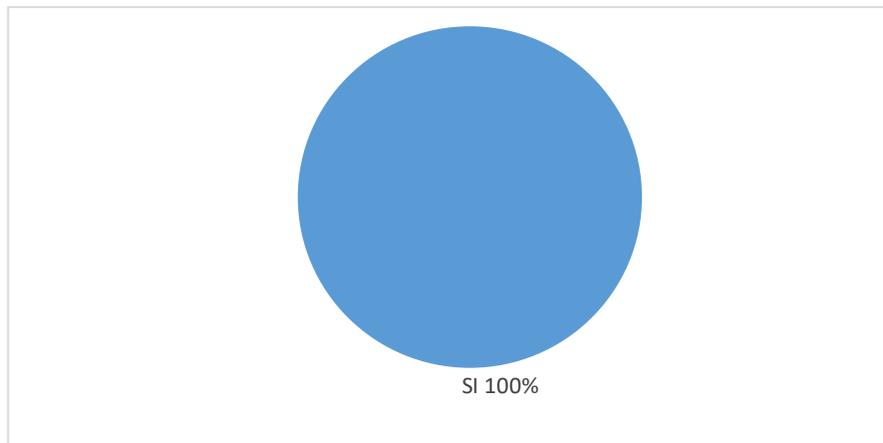
Conocimiento de cómo se ha regulado la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado en el derecho comparado (entrevista de expertos)

Especialistas	Nº	%
Características		
A.- Si	12	100%
B.- No	---	---
Total	12	100%

Fuente: La autora.

Figura 4

Conocimiento de cómo se ha regulado la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado en el derecho comparado (entrevista de expertos)



Fuente: La autora.

Interpretación

En la tabla N° 9, se observa que, el 100% de los especialistas considera que si tiene conocimiento de cómo se ha regulado la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado en el derecho comparado.

Tabla 10

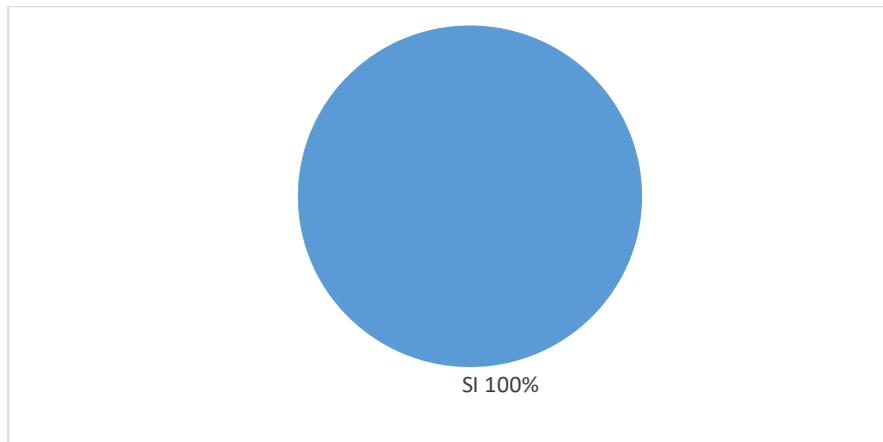
Necesidad de regulación de la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado (entrevista de expertos)

Especialistas	Nº	%
Características		
A.- Si	12	100%
B.- No	---	---
Total	12	100%

Fuente: La autora.

Figura 5

Necesidad de regulación de la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado (entrevista de expertos)



Fuente: La autora.

Interpretación

En la tabla N° 10, se observa que, el 100% de los especialistas considera que, si es necesario a la luz de la jurisprudencia nacional, la regulación de la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado.

CAPÍTULO IV. DISCUSION Y CONCLUSIONES

En este capítulo de discusiones se explica cada uno de los resultados obtenidos con los instrumentos de recolección de datos, contrastando con los antecedentes de investigación y las bases teóricas desarrolladas en la presente tesis, lo cual se realiza de manera expositiva, y argumentativa, tomando una postura frente a los datos obtenidos.

En cuanto a las limitaciones que se presentaron en la ejecución de la tesis, se debe señalar que, dado la coyuntura actual de emergencia sanitaria, el confinamiento y la amenaza de una tercera ola por el COVID19 las limitaciones han sido evidentes, la primera limitación fue el acceso a la información documental, por la que las fuentes de consulta primigenias fueron las obtenidas en buscadores electrónicos como Google académico, Scielo, Dialnet, pero ante la exigencia de contar con bibliografía actualizada se tuvo que comprar algunos libros y en otros casos los especialistas que participaron de la entrevista fueron amables y nos facilitaron bibliografía sobre el tema de investigación, que ha permitido desarrollar las antecedentes y las bases teóricas.

Otra limitación que se ha padecido en esta fase de ejecución de tesis, es respecto a la aplicación de las entrevistas a los especialistas en derecho genético y/o familia, que laboran en el Distrito Judicial y Fiscal de La Libertad, por cuanto iniciado los contactos vía celular, wasap o correo electrónico, muchos de ellos nos programaban para una fecha que luego se reprogramaba, otros ya no contestaban las llamadas, lo que dificultó el poder obtener la información requerida; sin embargo, después de tanta insistencia y perseverancia se pudo completar los 12 especialistas, por la coyuntura de la pandemia, algunos contestaron las preguntas vía telefónica, en otros casos se pudo conversar por zoom, y en otros casos se les envió el formato de guía de entrevista por wasap y luego de responderlo lo escanearon y nos

remitieron la guía de entrevista desarrollada, la información recopilada ha sido fructífera en el sentido de que ha permitido cumplir con la finalidad de los objetivos 1, 2, y 3 de la investigación.

La discusión de resultados parte de la premisa que persigue el objetivo general como es la de determinar de qué manera la falta de certeza en la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado repercute en el derecho a la identidad y el principio del interés superior del niño; en esa línea de expresión y en aras de cumplir con esa finalidad, se ha disgregado la investigación en 3 objetivos específicos que han sido contrastado con las bases teóricas y antecedentes de investigación.

Discusión N° 01: A tenor de la información procesada y tabulada, la presente discusión gira en torno al resultado N° 01 el cual se relaciona directamente con el objetivo específico N° 01, que se orienta a determinar la filiación en el derecho nacional en los casos de útero subrogado, para lograr cumplir este objetivo se consultó a los especialistas.

La primera interrogante planteada se relaciona con la aplicación del útero subrogado como técnica de reproducción humana asistida en nuestra realidad nacional, a lo cual el 100% de los especialistas considera que el útero subrogado como técnica de reproducción humana asistida si se viene aplicando en la sociedad peruana, sus argumentos parten de que en la sociedad existen muchas parejas que no pueden tener hijos de manera tradicional dado que alguno de ellos por lo general tiene problemas de salud como es la infertilidad, y ante su deseo de tener (en el supuesto de no tener hijos) o consolidar (desean tener otro hijo) una familia y si tienen las posibilidades económicas (clínicas privadas), optan por recurrir a las técnicas de reproducción humana asistida. Otro argumento de los especialistas es que

conocer las estadísticas exactas sobre su incidencia es imposible, dado que solo llegan a conocimiento de los juzgados especializados en lo Civil o de familia, cuando una de las partes no cumple con el acuerdo, caso contrario su aplicación no es de conocimiento público, lo cual no permite señalar con exactitud cuál es la magnitud de su aplicación, pero se tiene conocimiento de la existencia de ciertas clínicas privadas que realizan estas técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad en Lima como en Trujillo, estos datos son corroborados con lo expresado por Cieza Mora, J. (2017) quien precisa que en la actualidad no hay una estadística que permita apreciar a ciencia cierta el número de personas que busquen estos métodos de alta complejidad, pero se sabe que son una gran cantidad de potenciales progenitores que los requieren.

En la doctrina existen autores que comentan de casos de impugnación de maternidad como consecuencia del nacimiento de un menor a través de técnicas de alta complejidad como es el caso del útero subrogado, tal es el caso de Siverino Bavio, P. (2010) quien narra algunos casos emblemáticos a nivel nacional como es el que se tramitó en el expediente N° 183515-2006 ante el Décimo Quinto Juzgado Civil de Lima; otro autor como Cieza Mora, J. (2017) comenta el primer caso de impugnación de maternidad por la aplicación de una ovodonación en madre sustituta que llegó a Casación N° 5003-2007; y Plácido Vilcachagua, A. (2018) que comenta un caso de identidad filiatoria a raíz de un Proceso de Amparo que se tramitó ante el Quinto juzgado especializado en lo constitucional con el Expediente N° 06374-2016, Lima.

Habiéndose evidenciado que la técnica del útero subrogado se aplica en nuestra realidad nacional, se plantea la segunda interrogante referido a si la normatividad civil vigente otorga certeza en la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado, a

lo cual el 100% de los especialistas respondieron que la regulación que existe sobre estas técnicas de alta complejidad es deficiente por cuanto solo existe una regulación general en el artículo 7 de la ley general de salud, que ha generado diferentes interpretaciones en la jurisprudencia sobre si es aceptado o no los acuerdos sobre la aplicación de técnicas de reproducción asistida; y sobre la filiación en los casos de útero subrogado su normatividad es nula; es decir, existe un vacío legal en la norma civil que establezca diferentes supuestos para determinar la filiación en los casos de útero subrogado, esto queda evidenciado según los especialistas en los casos que se han judicializado a nivel nacional en donde la temática ha sido la impugnación de maternidad interpuesto por los padres comitentes en contra de la madre gestante o sustituta que se negó a entregarles al menor o porque lo inscribió en los registros civiles como hijo suyo, y que ha originado en los magistrados graves problemas para establecer criterios que sirvan de precedentes jurisprudenciales por la carencia de un referente legislativo que les permita tener una base referencial para resolver los problemas presentados y que no han sido satisfechos.

En la doctrina Cieza Mora, J. (2017) acota que, en el caso peruano, no existe una norma que regule las técnicas de alta complejidad, lo que trae graves problemas de interpretación del artículo 7 de la ley general de salud, que es la única norma que permitía la reproducción asistida, pero que la supeditaba a la identidad entre madre biológica y madre gestante, lo que implicaba la aparente proscripción de la ovodonación (óvulos de una donante), la embriodonación (implantación de un embrión en el útero de la mujer) y también la gestación subrogada; y que según datos estadísticos, para el caso de ovodonación, su proscripción carecía de sustento pues mediante esta técnica es factible la procreación en el 70 % de los casos, en cambio mediante el uso de los óvulos de la propia mujer con problemas

de fertilidad solamente es probable el 20% de éxito en el tratamiento, con lo cual su prohibición era limitativa de la voluntad procreacional.

Plácido Vilcachagua, A. (2018) refiere que la actual regulación en el código civil de 1984, conserva un régimen legal de filiación por naturaleza formulado antes de la ratificación por el Perú de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990 y de la Constitución de 1993; el cual se sustenta en que para determinar la filiación debe primar la realidad biológica, aunque en la jurisprudencia se vienen dando nuevas perspectivas en materia de filiación, en el sentido de tener en consideración la voluntad procreacional o elemento volitivo de la pareja comitente en donde la identidad filiatoria guarde coherencia con el interés superior del niño.

La investigadora considera que el útero subrogado como técnica de alta complejidad, a la luz de los comentarios y las estadísticas, es una alternativa que la ciencia les proporciona a las parejas que desean ser padres en aras de tener o consolidar una familia, pero lamentablemente carece de una norma especial que establezca los requisitos, presupuestos y las formas de determinar la filiación ante cualquier escenario; por lo que debe ser enfocada como problema de salud pública en donde el Estado asuma un rol protagónico, regulando y proporcionando la infraestructura y tecnología adecuada para garantizar el acceso a toda la población que sufre de infertilidad, dado que en la realidad fáctica actual es discriminativa, al estar al acceso de aquellas personas que tiene las posibilidades económicas de costear su aplicación en clínicas privadas.

Discusión N° 02: A tenor de la información procesada y tabulada, la presente discusión gira en torno al resultado N° 02 el cual se relaciona directamente con el objetivo

específico N° 02, que se orienta a analizar el derecho a la identidad y el principio del interés superior en los casos de útero subrogado a la luz de la legislación y jurisprudencia nacional, para lograr cumplir este objetivo se analizó la jurisprudencia y se consultó a los especialistas.

Analizando las 3 jurisprudencias: el expediente N° 183515-2006-00113 tramitado ante el Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia por impugnación de maternidad, la Casación N° 5003-2007-LIMA tramitado ante Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica por impugnación de maternidad y el expediente N° 06374-2016-LIMA tramitado ante el Quinto juzgado especializado en lo constitucional de lima por el proceso de amparo sustentado en el cambio de partidas de nacimiento ante la Reniec, se observa que todas parten de la premisa de que el útero subrogado como técnica de alta complejidad no está regulado y que solo se tiene como marco general el artículo 7 de la ley general de salud y que las reglas de la filiación establecidas en los artículos 371, 395 y 409 del Código Civil solo regulan la procreación tradicional que se sustenta en que prima la realidad biológica o elemento genético para determinar la maternidad legal o jurídica; y que ante este vacío legislativo no pueden dejar de administrar justicia acorde con el artículo 139 inciso 8 de la Constitución Política; por lo que ante este escenario se ven obligados a realizar una interpretación flexible de los artículos de impugnación de maternidad y creando derecho acorde a los principios generales del derecho y el control de convencionalidad con los instrumentos internacionales ratificados por el Perú, optan por establecer que en los casos de los niños nacidos por la técnica del útero subrogado debe primar no tanto el elemento biológico sino la voluntad procreacional o elemento volitivo de la pareja comitente, que en muchos casos puede coincidir 100% con el derecho de identidad filiatoria, cuando la madre gestante solo lleva a término el embarazo pero el material genético es de los esposos; pero cuando el material genético es de una donante de óvulos o de la misma madre gestante, en

este caso se encuentra un conflicto en el derecho a la identidad, ya que la madre gestante si puede reclamar por ser su material genético frente a la madre comitente; en este último supuesto es donde entra a tallar el principio del interés superior del niño, ya que el juez tendrá en cuenta la voluntad procreacional para determinar la filiación, es decir la madre gestante podrá ser la madre genética pero nunca quiso tener al niño solo accedió a tenerlo por llegar a un acuerdo económico con la pareja que lo contrato, entonces es dable que aspirando a lo mejor para él bebe se le otorgue la filiación a los padres comitentes ya que siempre quisieron desde un principio tener al niño y fundar una familia. Este último argumento es lo que se utilizó para anular las partidas de nacimiento de los menores de La Reniec y solicitar que se expidan otras en donde se consignen como padres del menor a los padres comitentes.

Respecto a los especialistas se planteó la interrogante que principios se vulneran con la falta de certeza en la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado, al respecto el 50% señala que se vulnera el derecho a la identidad filiatoria, este argumento se basa en que consideran que por lo general se utilizan gametos u óvulos de una donante que no necesariamente puede ser una desconocida sino que existen casos en que la donante es un familiar cercano de la madre comitente como su hermana o tía, en estos casos claramente con una prueba de ADN se establece la identidad filiatoria; en cambio cuando se trata de los mismos óvulos de la madre comitente si bien genéticamente será su hijo la confusión pasaría por el parto ya que será otra mujer la que da a luz al niño; para el 33.33% se vulnera el principio del interés superior del niño por cuanto genera una incertidumbre jurídica al no saber a quién corresponde el niño, quedando al criterio del magistrado el otorgar la filiación en favor de la madre gestante o comitente, es decir pondrá en una balanza el elemento biológico vs el elemento volitivo; y el 16.67% considera otros derechos vulnerados como el derecho a la salud sexual y reproductiva, el derecho a la igualdad y trato discriminatorio.

En la doctrina se tiene que Cieza Mora, J. (2017) señala que la filiación biológica no es suficiente para determinar el derecho a la identidad, los datos biológicos caen frente a lo que el ser humano ha vivido y la fuerte relación que ha generado con su entorno y consigo mismo, los datos genéticos o biológicos como uno de los elementos de la identidad, se debilita frente al elemento volitivo o voluntad procreacional, por cuanto es mucho más real la identidad que nace y se crea de la relación paterno-filial entre padres e hijos mediante el deseo, el amor y el contacto (concepto dinámico), que con la simple relación biológica (concepto estático), ya que la identidad es un sentimiento de unión, de pertenencia a un grupo familiar; por su parte Famá, M. (2012) refiere que existe un trato discriminatorio en la realidad fáctica porque las técnicas de reproducción asistida solamente están al alcance de un grupo privilegiado de personas, es decir la salud reproductiva y sexual es un monopolio o privilegio de un sector de la población.

La investigadora considera que el útero subrogado como técnica de alta complejidad, a la luz de la jurisprudencia y los especialistas vulnera el derecho a la identidad filiatoria, pero debe precisarse que ello se enmarca en que no debe ser fundamento para determinar la filiación solamente o exclusivamente el elemento genético (estático) tal como se regula actualmente en el código civil, por el contrario, debe aceptarse la identidad filiatoria en base a la voluntad procreacional (dinámica) que para ejemplarizarlo citare el adagio popular “padre no es quien lo hace sino el que lo cría” con lo cual claramente se da prioridad a la identidad filiatoria dinámica que es la que se va consolidando con el querer ser padre y con el amor que se profesa, y en ese contexto debe regularse la filiación en los casos de útero subrogado, lo cual es aceptado y aplicado por la jurisprudencia en los casos analizados ut supra bajo el principio del interés superior del niño.

Discusión N° 03: A tenor de la información procesada y tabulada, la presente discusión gira en torno al resultado N° 03 el cual se relaciona directamente con el objetivo específico N° 03, que se avoca a explicar la filiación en el derecho comparado en los casos de útero subrogado, para lograr cumplir este objetivo se analizó el derecho comparado y se consultó a los especialistas.

Recopilando información en el derecho comparado se analizó la regulación de la filiación en casos de útero subrogado en 5 Estados, en el caso de Uruguay, el 9 de octubre de 2012 la Cámara de Diputados aprobó un proyecto de Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, la cual después de un año fue aprobado por la Cámara de Senadores el 3 de setiembre del 2013 y se publicó la “Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, este marco normativo para las técnicas de reproducción humana asistida, facilita la ayuda económica a través de mecanismos que hagan accesibles estos tratamientos a quienes los necesiten, para ello el Estado señaló que El Sistema Nacional Integrado de Salud (SNIS) es el que cubrirá los costos de los tratamientos de fertilidad de baja complejidad, mientras que para los de alta complejidad, como lo es la fecundación in vitro, la financiación se realizará a través de subsidios del Fondo Nacional de Recursos para medicina altamente especializada, los cuales podrán ser parciales o totales, en base a criterios como la capacidad de pago del usuario y las perspectivas de éxito del tratamiento asumido. En su capítulo IV “De la gestación subrogada”, artículo 25 prescribe que serán absolutamente nulos los contratos a título oneroso o gratuito entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean éstos propios o de terceros para la gestación en el útero de otra mujer, obligando a ésta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero. Se considera como excepción, únicamente la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo por enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad,

la implantación y gestación del embrión propio. Asimismo, el artículo 27 resalta que el acuerdo de las partes debe ser gratuito y la filiación corresponderá a quienes hayan solicitado la subrogación de la gestación.

En el caso de Rusia, el artículo 35 de la Ley Básica N° 5487 “Sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia”, del 22 de junio de 1993, dispone que toda mujer que se encuentra en edad reproductiva, mayor de 18 años, tiene derecho a la fecundación in vitro y la implantación del embrión, la cual sólo se efectuarán en los centros médicos autorizados, siempre que medie el consentimiento escrito de los cónyuges o la mujer sin pareja. Los datos sobre la fecundación in vitro y la implantación embrionaria realizadas, así como sobre la identidad del donante tendrán la consideración de secreto médico. La mujer tendrá derecho a la información sobre las técnicas de fecundación in vitro e implantación del embrión, los aspectos médicos y legales de sus consecuencias, los datos del examen médico-genético, el aspecto y la nacionalidad del donante, la que le ha de suministrar el responsable de la intervención médica. El vigente Código de Familia en su artículo 62 en concordancia con el artículo 51.4 del código civil del 2009, refiere que los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la implantación del embrión en el útero de otra mujer con el fin de que lo gaste, sólo serán inscritos como los padres del niño con el consentimiento de la mujer que lo haya parido (madre subrogada). En este caso puede suceder que en la práctica la gestante tras el nacimiento se arrepienta del contrato celebrado y no de su consentimiento para inscribirlo, por lo que es imperante que el acuerdo contemple todas las posibilidades para evitar problemas futuros que afectan al interés superior del niño.

En Ucrania, el Código de Familia emitido por Ley N° 407-IV del 2002, señala que la maternidad subrogada con fines altruistas o comerciales, es plenamente legal y en su

artículo 123.2 dispone que, en caso de que el embrión generado por los cónyuges sea transferido a otra mujer, los cónyuges serán los padres del niño, incluso en los programas de gestación por sustitución (cuando el material genético no corresponde a los cónyuges); en caso de no precisarse el origen del embrión se considerará que procede de los cónyuges. De tal modo, habiendo dado su consentimiento a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, los cónyuges ejercerán sin limitación alguna la patria potestad sobre los niños nacidos a consecuencia de dichas técnicas. En lo que atañe a las cuestiones médicas se regula por la Orden del Ministerio de Salud de Ucrania N° 771 del 23 de diciembre del 2008. Asimismo, los párrafos 2.2 de la cláusula segunda del Decreto de Ministerio de Justicia de Ucrania N° 140 del 18 de mayo del 2003 determina el orden de legalizar los derechos paternales de los cónyuges en la base del acuerdo certificado por notario público para efectuar tales acciones por la mujer que dio luz al niño. En consecuencia, los cónyuges que contratan a la madre gestante, están amparados por las leyes para ser reconocidos como padres del bebé.

El Estado de Sinaloa-México en su Código Familiar del Estado de Sinaloa del 2013, reconoce la técnica de alta complejidad como es la maternidad subrogada en su artículo 283 y exige que la madre gestante goce de buena salud y de un entorno social y familiar acorde a las buenas costumbres y valores, firmando para ello un acuerdo en donde se especifique todo el procedimiento realizado ante el notario público y con participación del médico tratante y del centro hospitalario acorde con el artículo 290 y el artículo 293; mientras que en el artículo 294 establece que el niño es hijo de los padres comitentes desde la fecundación, es decir, incluso antes de nacer, por lo que se encuentran aptos para realizar cualquier gestión que garantice la salud del futuro bebé y se resalta que en el certificado de nacimiento que se otorga por el Registro Civil debe constar que fue a través de maternidad subrogada.

En Grecia con la ley 3089/2002, 3305/2005 y 4272/2014 que modifica el código civil en su artículo 1458 y siguientes estableciendo una serie de disposiciones para regular su procedimiento y los términos de los acuerdos celebrados entre las partes, en este sentido se señala que mediante acuerdo con fines altruistas entre la pareja de padres comitentes y la madre sustituta o subrogada se realiza la implantación de la mórula o embrión para que mediante un control médico se llegue a buen término el embarazo, se destaca que el acuerdo una vez celebrado ante la autoridad competente no tiene efecto retroactivo por lo que deben cumplir con lo pactado, y asumir las responsabilidades en caso de incumplimiento. Respecto a la filiación del menor, la ley establece que los padres comitentes son padres legales del menor desde el preciso instante en que nace y se les entrega para su custodia.

Respecto a los especialistas se planteó la interrogante si tienen conocimiento de cómo se ha regulado la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado en el derecho comparado, el 100% de los especialistas mencionan que son varios Países o Estados que vienen regulando las técnicas de reproducción humana asistida y en especial la técnica del útero subrogado ya que la OMS lo considera a la infertilidad como un problema de salud pública; mencionan país como España, México, La India, Australia, Estados Unidos, Reino Unido, Uruguay, Grecia, Rusia, Ucrania entre otros; en donde se resalta que lo regulan con diferentes matices, hay Estados que optan por no aceptar el útero subrogado y por ende no lo regulan, pero la tendencia es a considerarlo para unos aceptan los acuerdos con fines comerciales y otros solamente aceptan con fines altruistas, para algunos Estados la madre gestante puede ser cualquier mujer que reúna las condiciones establecidas en la ley y para otros la madre gestante debe ser un familiar hasta el segundo grado de la madre comitente, para algunos Estados a los padres comitentes se les reconoce su derecho después del

nacimiento del bebé para otros sus derechos comienzan desde la fecundación, para algunos Estados después que nace se inscribe al niño como hijo de los padres comitentes y para otros Estados la inscripción requiere consentimiento escrito por la madre gestante, etc.

Finalmente, respecto a la interrogante a si es necesario regulación de la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado, el 100% de los especialistas son de la opinión que a la luz de la jurisprudencia y los vacíos legales que presenta la actual normatividad civil es imperante la dación de una ley especial y su respectivo reglamento para desarrollar de modo adecuado el tema de las técnicas de reproducción humana asistida y sus distintas modalidades como es el útero subrogado, estableciendo claramente el procedimiento a seguir, la documentación pertinente, las instituciones competentes, los casos o situaciones en las que procedería la maternidad subrogada, los requisitos para la madre gestante, la forma del acuerdo o contrato, la determinación de la filiación, las sanciones, excepciones, con la finalidad de evitar excesos y garantizar la seguridad jurídica.

En la doctrina existen autores que son de la opinión que es necesario su regulación, así se tiene a Cieza Mora, J. (2017) para quien amparado en la casuística judicial y las estadísticas del INEI considera que la identidad filiatoria dinámica basada en la voluntad procreacional debe ser el fundamento para su inclusión en la normatividad civil; Plácido Vilcachagua, A. (2018) refiere que el nuevo escenario de la organización de la familia y el reconocimiento del derecho a la identidad determinan que el régimen legal de filiación por naturaleza del Código Civil debe ser interpretado conforme a los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y al artículo 2.1 de la Constitución de 1993; y, en su caso, ser objeto de un control de convencionalidad y de constitucionalidad, cuando por vía de interpretación no sea posible su compatibilización, solo de esta manera se logra aplicar

los nuevos postulados para la solución de casos concretos, cuestión que ya ha sido advertida por los tribunales de justicia de familia; y Herrera, M. Et al. (2019) precisa que las llamadas técnicas de reproducción humana asistida deben ser consideradas y valoradas en consonancia con los derechos sexuales reproductivos e invocar a la comunidad jurídica su materialización en el derecho positivo aceptando su utilización como alternativa a la procreación clásica.

La investigadora considera que el útero subrogado como técnica de alta complejidad en la reproducción humana, hoy por hoy es un medio alternativo en la fecundación de la mujer, y que bien orientada coadyuva al fortalecimiento de la familia; en ese contexto es viable y razonable acorde con las posturas de los magistrados de incluir la filiación dinámica o voluntad procreacional para determinar la maternidad en los casos de útero subrogado, solo con fines altruistas, en donde la madre gestante sea un pariente cercano de la madre comitente, en donde se le reconozca los gastos médicos y se le otorgue una compensación por el tiempo en que ha dejado de laborar, en aras de garantizar el éxito del procedimiento y el cumplimiento de los términos del acuerdo.

Habiendo culminado con la presentación de las discusiones, es momento de dar a conocer las conclusiones de la presente investigación, siendo estas las siguientes:

- Como primera conclusión: De la investigación realizada y de acuerdo a las bases teóricas, análisis documental de la jurisprudencia y del derecho comparado y de la aplicación de la entrevista a doce (12) especialistas en derecho genético y/o familia, se ha contrastado la hipótesis planteada en la presente tesis, es decir, se ha logrado confirmar que la falta de certeza en la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado repercute de manera negativa en el derecho a la identidad y el principio del interés superior del niño, al generar incertidumbre en la relación filial de los padres con el menor.

- Como segunda conclusión: Se puede afirmar que la determinación de la filiación en el derecho nacional en los casos de útero subrogado es incierta al no existir una norma que lo regule, carece de una norma especial que establezca los requisitos, presupuestos y las formas de determinar la filiación ante cualquier escenario. Lo aquí expresado es confirmado por el 100% de los especialistas entrevistados que señalan que no existe una norma especial que lo regule y solo existe una norma general que es el artículo 7 de la ley general de salud que no establece la filiación por útero subrogado.

- Como tercera conclusión: Se puede afirmar que el derecho a la identidad y el principio del interés superior en los casos de útero subrogado a la luz de la legislación y jurisprudencia nacional son vulnerados por cuanto solamente o exclusivamente el elemento genético (estático) es regulado en el código civil para determinar la identidad filiatoria, por lo que deja a criterio del juzgador determinar lo más favorable al menor a través del principio del interés superior del niño. Lo aquí expresado es confirmado por el 50% de los especialistas entrevistados que señalan que se vulnera el derecho a la identidad filiatoria en su fase dinámica ya que no se considera la voluntad procreacional, y el 33% refiere que el juzgador aplica el principio del interés superior del niño para llenar ese vacío legal.

- Como cuarta conclusión: Se puede afirmar que la filiación en el derecho comparado en los casos de útero subrogado se encuentra regulado por varios Estados con varios matices, pero mayoritariamente es con fines altruistas, la madre gestante es un pariente de la madre comitente, la filiación es por voluntad procreacional, el reconocimiento como padres es después del nacimiento del menor. Lo aquí expresado es confirmado por el 100% de los especialistas entrevistados que señalan que la identidad filiatoria dinámica o basada en la voluntad procreacional es la determinante en los casos de útero subrogado.

Por último, el trabajo formula como recomendación dirigida para que la institución competente puedan implementarla:

- Se recomienda al poder legislativo, representado por el congreso, la dación de una ley especial que regule la técnica del útero subrogado como técnica de reproducción humana asistida, en donde se establezca los lineamientos generales que se debe tener en cuenta para su ámbito de aplicación, las formalidades que debe tener el convenio que suscriban las partes, la entidad médica encargada de dar la autorización en base a la evaluación de los requisitos que deben cumplir cada uno de los intervinientes, los casos o modalidades en los que es procedente su aplicación, la entidad encargada de la custodia y el destino de los gametos, y la determinación de la filiación del menor.

REFERENCIAS

Cieza Mora, J. (2017). *Las técnicas de reproducción humana asistida. El impacto y la necesidad de una regulación en el Perú*. Lima: Instituto pacífico.

Courtis, C. (2006). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta.

Famá, M. (2012) *El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. En lecciones y ensayos N^a 90, buenos Aires: Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho-Universidad de Buenos Aires.

Gete-alonso, M y Solé, J. (2014). *Filiación y potestad parental*. Valencia: Tirant lo blanch

Gómez de la torre, M. (2017). *Sistema filiativo. filiación biológica*. Valencia: Tirant lo blanch.

Gutiérrez, W. y Sosa, J. (2013). *Comentario al inciso 2 artículo 2 de la Constitución*. En *La Constitución comentada: Análisis artículo por artículo*. Lima: Gaceta jurídica.

Guzmán, A. (2016). *La subrogación de la maternidad en México*. En revista del Instituto de ciencias jurídicas. México: Revista Ius.

Herrera, M. Et al. (2019). *Manual de derecho de las familias*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Oliveira, G. y Fernández, F. (2019). *Bio derecho a través del principio del principio de la dignidad de la persona humana y los derechos fundamentales*. En *Revista Direito Justica. Reflexoes Socio jurídicas*. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará.

Olvera, J. (2015). *Metodología de la investigación jurídica. Para la investigación y la elaboración de tesis de licenciatura y posgrado*. México: Porrúa.

Pizarro, E. (2020). *El interés superior del menor. Claves jurisprudenciales*. Madrid: Reus.

Plácido Vilcachagua, A. (2018). *Identidad filiatoria y responsabilidad parental*. Lima: Instituto pacífico.

Ramírez, E. (2019). *La maternidad subrogada como un nuevo escenario en la elección de un plan de vida desde la perspectiva de los derechos fundamentales, Huancavelica – 2018*. Universidad nacional de Huancavelica.

Siverino Bavio, P. (2010). *¿Quién llamó a la cigüeña? Maternidad impugnada e identidad genética, reflexiones a propósito de dos sentencias peruanas*. En revista jurídica. N^o 14, Lima: Universidad de ciencias empresariales y sociales.

Solís Espinoza, A. (2012). *Metodología de la investigación jurídica social*. Lima: San Marcos.

Urbina, P. (2018). *El derecho a la salud Estatal. Una perspectiva constitucional*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

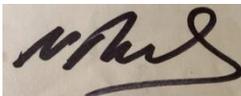
ANEXOS

ANEXO N° 01: VALIDACIÓN DE FICHA DE INVESTIGACIÓN

FICHA DE INVESTIGACIÓN	
1.	AUTOR:
2.	AÑO DE PUBLICACIÓN:
3.	TÍTULO:
4.	CIUDAD DE PUBLICACIÓN:
5.	URL O EDITORIAL:
6.	ÍNDICE:
7.	TEXTO:

A () ACEPTADO B () MODIFICAR

OBSERVACIONES



Validación del instrumento

Dra. Carmen rosa Mei-ling Kcomt Reyna

FICHA DE INVESTIGACIÓN

1. AUTOR:

2. AÑO DE PUBLICACIÓN:

3. TÍTULO:

4. CIUDAD DE PUBLICACIÓN:

5. URL O EDITORIAL:

6. ÍNDICE:

7. TEXTO:

A (X) ACEPTADO B () MODIFICAR

OBSERVACIONES


Mg. Jorge Aníbal Zegarra Escalante

Validación del instrumento

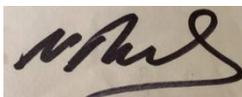
ANEXO N° 02: VALIDACIÓN DE FICHA DE ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

DATOS DE LA JURISPRUDENCIA
1. N° de expediente: 2. Fecha de emisión: 3. Materia: 4. Demandante: 5. Demandado: 6. Juzgado:

Situación fáctica del caso	Normas jurídicas relevantes	Fallo y comentarios

A () ACEPTADO B () MODIFICAR

OBSERVACIONES



Validación del instrumento

Dra. Carmen rosa Mei-ling Kcomt Reyna

DATOS DE LA JURISPRUDENCIA
1. N° de expediente: 2. Fecha de emisión: 3. Materia: 4. Demandante: 5. Demandado: 6. Juzgado:

Situación fáctica del caso	Normas jurídicas relevantes	Fallo y comentarios

A () ACEPTADO B () MODIFICAR

OBSERVACIONES


Mg. Jorge Anibal Zegarra Escalante

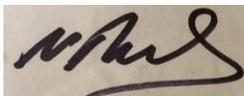
Validación del instrumento

ANEXO N° 03: VALIDACIÓN DE FICHA DE ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO

País	Datos de la ley	Artículos relevantes	Contenido

A () ACEPTADO B () MODIFICAR

OBSERVACIONES



Validación del instrumento

Dra. Carmen rosa Mei-ling Kcomt Reyna

País	Datos de la ley	Artículos relevantes	Contenido

A (X) ACEPTADO B () MODIFICAR

OBSERVACIONES



Mg. Jorge Aníbal Zegarra Escalante

Validación del instrumento

ANEXO N° 04: VALIDACIÓN DE GUÍA DE ENTREVISTA

Nombre y Apellido:

Institución a la cual pertenece:

Cargo que desempeña:

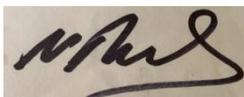
Firma:

Fecha:

PREGUNTAS A FORMULAR	CONSIDERACIONES DEL EXPERTO			
	A	B	C	D
1. ¿Considera que el útero subrogado como técnica de reproducción humana asistida se viene aplicando en nuestra realidad nacional? A.- Si B.-. No Porque:				
2. ¿Considera que la normatividad civil vigente otorga certeza en la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado? A.- Si B.-. No Porque:				
3. ¿En su criterio que principios vulnera la falta de certeza en la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado? A.- Derecho a la identidad B.-. Principio del interés superior del niño C.- Otros Porque:				
4. ¿Tiene conocimiento de cómo se ha regulado la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado en el derecho comparado? A.- Si B.-. No Porque:				
5. ¿Es necesario a la luz de la jurisprudencia nacional, la regulación de la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado? A.- Si B.-. No Porque:				

A (x) ACEPTADO B () MODIFICAR

OBSERVACIONES



Validación del instrumento

Dra. Carmen rosa Mei-ling Kcomt Reyna

Nombre y Apellido:

Institución a la cual pertenece:

Cargo que desempeña:

Firma:

Fecha:

PREGUNTAS A FORMULAR	CONSIDERACIONES DEL EXPERTO			
	A	B	C	D
1. ¿Considera que el útero subrogado como técnica de reproducción humana asistida se viene aplicando en nuestra realidad nacional? A.- Si B.-. No Porque:				
2. ¿Considera que la normatividad civil vigente otorga certeza en la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado? A.- Si B.-. No Porque:				
3. ¿En su criterio que principios vulnera la falta de certeza en la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado? A.- Derecho a la identidad B.-. Principio del interés superior del niño C.- Otros Porque:				
4. ¿Tiene conocimiento de cómo se ha regulado la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado en el derecho comparado? A.- Si B.-. No Porque:				
5. ¿Es necesario a la luz de la jurisprudencia nacional, la regulación de la determinación de la filiación en los casos de útero subrogado? A.- Si B.-. No Porque:				

A (X) ACEPTADO B () MODIFICAR

OBSERVACIONES

Mg. Jorge Aníbal Zegarra Escalante

Validación del instrumento

