



ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO

**LA LEGALIZACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y SUS IMPLICANCIAS
EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN EL PERÚ**

Línea de investigación:

Procesos jurídicos y resolución de conflictos

Tesis para optar el grado académico de Maestro en Derecho Civil y Comercial

Autora:

Zea Marquina, Karim

Asesor:

Chávez Sánchez, Elider Jaime

(ORCID: 0000-0003-2343-9457)

Jurado:

Ramos Suyo, Juan Abraham

Mejía Velásquez, Gustavo Moisés.

Jiménez Herrera, Juan Carlos.

Lima - Perú

2023

Dedicatoria

Dedico este trabajo de investigación a la memoria de mis padres quienes siempre me enseñaron a perseverar en mis objetivos a pesar de todos los obstáculos que se me presentarán en la vida.

Agradecimiento

A Dios, por darme la sabiduría y fuerza para culminar esta etapa académica de mi vida. Y a todos los docentes de Posgrado de la Universidad Nacional Federico Villarreal.

Índice

Resumen.....	x
Abstract	xi
I. Introducción	12
1.1. Planteamiento del Problema	13
1.2. Descripción del problema.....	24
1.3. Formulación del problema.....	24
Problema general.....	25
Problemas específicos	25
1.4. Antecedentes.....	25
1.5. Justificación de la investigación.....	29
1.6. Limitaciones de la investigación	32
1.7. Objetivos.....	32
Objetivo general	32
Objetivos específicos	32
1.8. Hipótesis	33
Hipótesis General	33
Hipótesis específicas	33
II. Marco Teórico.....	34
2.1. Marco conceptual	34
III. Método	182
3.1. Tipo de investigación.....	182
3.2. Población y muestra.....	182
3.3. Operacionalización de variables.....	184
3.4. Instrumentos	186

3.5. Procedimientos	186
3.6. Análisis de datos.....	189
3.7. Consideraciones éticas.....	190
IV. Resultados	191
V. Discusión de resultados.....	222
VI. Conclusiones	227
VII. Recomendaciones.....	229
VIII. Referencias	230
IX. Anexos.....	239

Lista de tablas

Tabla 1. Matriz de operacionalización de la variable maternidad subrogada.....	184
Tabla 2. Matriz de operacionalización de la variable patria potestad.....	185
Tabla 3. Juicio de expertos.....	188
Tabla 4. Interpretación del coeficiente de confiabilidad.....	188
Tabla 4. Confiabilidad del instrumento de medición de la variable maternidad subrogada..	189
Tabla 6. Confiabilidad del instrumento de medición de la variable patria potestad.....	189
Tabla 7. Contrastación de hipótesis	191
Tabla 8. ¿Fecundación in vitro o inseminación artificial?	192
Tabla 9. Medios de comunicación que se tuvo conocimiento de procedimiento.	193
Tabla 10. Regularización jurídica de la maternidad subrogada o vientres de alquiler.	194
Tabla 11. ¿Cuáles son las causas por lo que estaría de acuerdo que se realizaran el alquiler de vientre?.....	195
Tabla 12. ¿Considera usted que la sociedad es tolerante con que se realizaran el alquiler de vientre?.....	196
Tabla 13. ¿Quiénes deben ser los sujetos beneficiarios que opten por este procedimiento?.	197
Tabla 14. Si usted acepta ser usted madre subrogante, ¿cuáles serían los motivos?	198
Tabla 15. ¿Conoce si en el Perú existen leyes que regulen esta práctica?	199
Tabla 16. Los contratos que legalicen esta práctica evitarían controversias durante y después del embarazo.	200
Tabla 17. La legalización de maternidad subrogada evitaría controversias durante y después del embarazo.	201
Tabla 18. ¿Cómo se define la patria potestad?	202
Tabla 19. Patria potestad y el avance de la ciencia y la tecnología respecto de tratamientos de fertilidad.....	203

Tabla 20. Medidas en materia de patria potestad para normar la patria potestad en el Perú.	204
Tabla 21. Definición del interés superior del menor.....	205
Tabla 22. Aplicación del principio de interés superior del menor sobre asuntos de patria potestad.	206
Tabla 23. Definición del derecho a la identidad.	207
Tabla 24. La prueba de ADN tiene supremacía de carácter probatorio en la filiación.....	208
Tabla 25. Filiación legal de un menor nacido por maternidad subrogada y el hecho del parto	209
Tabla 26. Definición de obligación alimentaria.....	210
Tabla 27. La obligación de prestación de alimentos en menores nacidos por maternidad subrogada.	211
Tabla 28. Técnicas de reproducción asistida	212
Tabla 29. Estadísticas de infertilidad o esterilidad en el país	213
Tabla 30. Cantidad aproximada de pacientes con dificultades para concebir, sometidas a técnicas de reproducción asistida al año, según su estado civil.....	213
Tabla 31. Principales causas para aplicar la técnica de maternidad subrogada.....	215
Tabla 32. Principales características y perfiles para someterse a la técnica de maternidad subrogada.	216
Tabla 33. Prueba de hipótesis general.....	218
Tabla 34. Prueba de hipótesis específica 1	219
Tabla 35. Prueba de hipótesis específica 2	220
Tabla 36. Prueba de hipótesis específica 3	221

Lista de figuras

Figura 1. Fecundación in vitro o inseminación.....	192
Figura 2. Medios de comunicación que usted tuvo conocimiento de procedimiento	193
Figura 3. Regularización de la maternidad subrogada o vientre de alquiler.....	194
Figura 4. Causas por lo que estaría de acuerdo al realizar el alquiler de vientre.....	195
Figura 5. Considera usted que la sociedad es tolerante con este tipo de prácticas	196
Figura 6. Sujetos beneficiarios que opten por esta modalidad de procreación.....	197
Figura 7. Motivos por lo que una persona aceptaría ser una madre subrogante	198
Figura 8. Conoce si en el Perú existen leyes que regulen esta práctica.	199
Figura 9. Los contratos que legalicen esta práctica evitarían controversias durante y después del embarazo.....	200
Figura 10. La legalización de maternidad subrogada evitaría controversias durante y después del embarazo.	201
Figura 11. Distribución porcentual de la patria potestad como derecho de familia	202
Figura 12. Distribución porcentual en materia de patria potestad con respecto a la tecnología	203
Figura 13. Distribución porcentual de medidas para normar la patria potestad en el Perú. ..	204
Figura 14. Distribución porcentual de definición del interés superior del menor.	205
Figura 15. Distribución porcentual de aplicación de interés superior del sobre asuntos de patria potestad.	206
Figura 16. Distribución porcentual por conocimiento al derecho a la identidad.	207
Figura 17. Distribución porcentual de la prueba de ADN tiene supremacía de carácter probatorio para filiación.....	208
Figura 18. Distribución porcentual de la filiación legal de un menor nacido por maternidad subrogada y el hecho del parto.....	209

Figura 19. Distribución porcentual por niveles del conocimiento de la obligación alimentaria.	
.....	210

Figura 20. Distribución porcentual de obligación de prestación de alimentos en menores nacidos por maternidad subrogada.....	211
--	-----

Resumen

El objetivo principal de esta investigación es establecer cómo la legalización de la maternidad subrogada influye en el ejercicio de la patria potestad en el Perú. Este estudio se desarrolló durante el año 2017. Perteneció a un diseño no experimental, de tipo correlacional y corte transversal. La muestra fue no probabilística intencionada, conformada por 50 mujeres con deseos de ser madres escogidas aleatoriamente de la Clínica Miraflores, Fertilab, Grupo PRANOR y Nacer.

Los instrumentos empleados fueron el cuestionario de opción múltiple para ambas variables. Del mismo modo, para reforzar la investigación, se ha utilizado un instrumento cualitativo, como la entrevista no estructurada. La principal conclusión que se arribó con respecto al objetivo general, se puede comprobar que existe una relación significativa entre la legalización de la maternidad subrogada y el ejercicio de la patria potestad en el Perú. ($Rho=0.788$ y $Sig=0.00$).

Palabras claves: maternidad subrogada, patria potestad, inseminación, genética, filiación, gestación.

Abstract

The main objective of this research is to establish how the legalization of surrogacy influences the exercise of parental authority in Peru. This study was conducted in the year 2017. The study belongs to a non-experimental design, correlational and cross-sectional study. The sample was intentional and non- probabilistic sample was composed of 50 mothers learned from the Latin American Network of Reproduction, Fertility Center, Miraflores Clinic, Fertilab, Pranor Group and Nacer Clinic.

The instruments used were the multiple-choice questionnaire for both variables. Likewise, in order to strengthen the research, it has been used a qualitative instrument, such as the non-structured interviews. The main conclusion reached with respect to the overall goal, you can verify that there is a significant relationship between the legalization of surrogacy and the exercise of parental authority in Perú. ($Rho=0,788$ and $Sig=0.00$).

Keywords: surrogate motherhood, parental authority, insemination, genetics, filiation, gestation.

I. Introducción

En Perú, la maternidad subrogada es un tema de actualidad del que se habla esencialmente en el ámbito jurídico y social. No se puede desconocer los avances vertiginosos que existen en la ciencia y en la tecnología con relación a la reproducción humana asistida y el impacto que genera a su consecuencia, principalmente en la concepción humana, en la familia y en la sociedad. En ese contexto, se puede evidenciar que en el ámbito peruano existe un vacío legal sobre la reproducción humana asistida, concretamente sobre la maternidad subrogada, generando inseguridad jurídica, así como la posibilidad que científicos sin escrúpulos realicen diversos experimentos genéticos sin ningún tipo de control jurídico.

Es la normativa legal la que debe establecer la libertad de procrear de toda persona y, en caso de esterilidad o infertilidad, el individuo puede contar con la posibilidad de recurrir a técnicas de reproducción humana asistida; teniendo en cuenta que dicha libertad debe sujetarse a ciertos criterios que permitan conciliar aquella libertad con el interés del hijo como consecuencia de la decisión tomada por los progenitores.

En ese sentido, es de vital importancia considerar el interés supremo del niño, teniendo como premisa que la familia es la célula de la sociedad, la cual influirá en el desarrollo de la personalidad en plenitud y armonía del nuevo sujeto. Por tal motivo, la siguiente investigación ha sido originada por el interés de conocer y examinar los aspectos más relevantes en materia de maternidad subrogada y los vacíos legales que podrían generar inseguridad jurídica; para ello, ha sido necesario revisar la normatividad legal nacional e internacional sobre conflictos legales de filiación, paternidad, derechos sucesorios entre otros.

Asimismo, el siguiente trabajo investigativo se divide de la siguiente manera: Capítulo I: Planteamiento del problema, encontrándose la declaración concisa que describe los síntomas del problema, manifestada en la determinación y la formulación, objetivos, alcances y limitaciones. Capítulo II: Marco teórico, el cual constituye la base que sustenta el análisis,

experimento o propuesta de desarrollo de los trabajos predecesores, aquellos antecedentes nacionales e internacionales. Capítulo III: Método, conformado por el proceso de investigación o método científico, que permite sistematizar los métodos y las técnicas necesarias para llevar a cabo el estudio. Capítulo IV: Presentación de Resultado, en el cual se describen los aspectos abordados durante el desarrollo de la investigación, así como los resultados obtenidos y su respectivo análisis.

De los cuatro capítulos, se desarrolla toda la tesis que a su vez está conformada por partes convencionales que incluyen aspectos protocolares tales como la dedicatoria, índice, introducción, referencias y apéndices.

Por lo tanto, se espera cumplir con los objetivos propuestos, en la medida de lo posible, con el propósito de que el presente trabajo tenga la elevada valoración de los lectores y de la comunidad científica.

1.1. Planteamiento del Problema

Hasta hace poco tiempo, una persona para poder ser madre o padre, debía concebir un hijo mediante métodos naturales o bien gracias a la adopción, en caso de no poder gestarlos. Hoy, gracias a los grandes avances de la ciencia, de las nuevas tecnologías y de la medicina, hay otras posibilidades para concebir un hijo biológico, dando la posibilidad a esas personas que no pueden engendrarlo, de poder ser padres.

Las técnicas de reproducción humana y asistida hacen posible y dan la oportunidad a las personas, de obtener este objetivo a través de un moderno y revolucionario procedimiento, conocido como gestación por sustitución, el cual se desarrolla a continuación.

La maternidad subrogada es una técnica reproductiva con un polémico reconocimiento dentro del marco ético-jurídico de nuestra sociedad. Se podría definir de forma general como un “supuesto en el que una pareja comitente o contratante, que por cualquier motivo no puede o desea tener un hijo por sí misma, realiza un contrato con una madre sustituta o portadora, con

el fin de que previa inseminación de esta o transferencia de un embrión fecundado in vitro, dé a luz al niño deseado entregándoselo a aquellos para ser considerado hijo de tal pareja” (Jiménez, 2012, p. 105).

Es de la maternidad subrogada y de su regulación sobre la que se desarrolla el presente trabajo. Ello se debe a que es un tema novedoso, atractivo y que cada vez va teniendo más acogida entre la sociedad. En algunos países, los procesos de maternidad subrogada son calificados como una práctica lícita que debe ser admitida jurídicamente frente a la posición de otros países occidentales, que apoyan la prohibición de esta práctica al considerar que las personas no pueden ser objeto de comercio, ya que con ello se permitiría la mercantilización de la filiación y la instrumentalización de la madre gestante. El desarrollo de la ciencia y la tecnología ha impactado de manera clara y profunda en todos los aspectos de la vida en sociedad.

Sin duda alguna, los nuevos descubrimientos e inventos han traído como consecuencia que los seres humanos vivan hoy en una forma muy distinta a la que lo hacíamos hace algunas décadas. En el campo médico, los avances científicos han sido particularmente importantes y significativos. Así, año tras año, la sociedad ha sido testigo de la aparición de nuevas vacunas, procedimientos o instrumentos científicos encaminados a la cura o tratamiento de enfermedades físicas o psicológicas. La búsqueda de soluciones médicas al problema de la infertilidad de hombres y mujeres representa uno de los campos en donde se han presentado grandes avances, siendo uno de ellos los tratamientos de reproducción asistida.

El primer acuerdo de maternidad subrogada documentado con empleo de inseminación artificial se llevó a cabo en 1976. En un primer momento, la maternidad subrogada fue admitida como un medio solidario por el que parejas con dificultades para concebir cumplían su deseo de ser padres biológicos a través de las madres sustitutas o subrogadas. Hoy en día, ese altruismo es cuestionado por muchos, al entender que no se puede hablar de un acto solidario

o altruista, cuando en las cláusulas del contrato se determina una cantidad dineraria a cambio de la gestación y alumbramiento del menor (Aparissi y López, 2012, p. 255).

Por ello, se discute la existencia de un claro conflicto de intereses entre el deseo de parejas de ser padres biológicos frente a todo el desarrollo económico que trae consigo este tipo de práctica reproductiva (agencias especializadas, despachos de abogados etc.), que instrumentaliza a la mujer gestante, al considerarla como una incubadora humana con ánimo de lucrarse económicamente de forma indirecta.

En este sentido, los partidarios de esta práctica entienden que no existe ningún tipo de explotación a la mujer, puesto que esta ostenta plena libertad a la hora de concertar el contrato de gestación y asumir el conjunto de obligaciones que conlleva todo el proceso de maternidad subrogada. Sin embargo, podría cuestionarse si esa libertad de decisión no queda condicionada a las circunstancias económico-sociales que rodean a la madre gestante. Una mala situación económica o una frustrante situación familiar como consecuencia de la imposibilidad de concebir, pueden dar pie, sin lugar a dudas, a que una mujer de forma gratuita (familiar o amiga) o no, sea partícipe en este tipo de práctica reproductiva (Lamm, 2012, p. 6).

Desde este contexto, emergió la figura de la subrogación, la cual puede dividirse en tradicional y gestacional. La primera se presenta cuando una mujer acepta quedar embarazada con la esperma de un hombre casado, y luego, una vez que se produzca el nacimiento del bebé fruto de ese procedimiento, se entiende que los padres del recién nacido son el hombre casado y su esposa. Por su parte, la subrogación gestacional existe cuando el esperma de un hombre casado se integra con el ovocito o huevo de su esposa, y el embrión que resulta de dicho procedimiento se implanta posteriormente en el útero de otra mujer, estas modalidades también se conocen con el nombre de subrogación parcial y subrogación total.

La subrogación permitió la aparición de la figura de la maternidad subrogada. Esta ha sido considerada por muchos como un procedimiento controversial debido a los efectos

negativos que produciría para las madres subrogadas; es decir, aquellas que aceptan quedar embarazadas y gestar un bebé en su cuerpo. Por ejemplo, se ha dicho que la renuncia de la madre subrogada al recién nacido constituye un acto muy doloroso para ella, el cual puede dar lugar a la aparición de problemas psicológicos.

Igualmente, se ha señalado que la maternidad subrogada puede poner en riesgo la salud de la madre gestante y el bebé, pues aquella puede distanciarse de este al considerar que no es suyo o no le pertenece. Finalmente, se ha afirmado que luego de producida la separación de la madre subrogada del recién nacido, esta puede desarrollar sentimientos de depresión postparto, rabia o culpa.

A pesar de los efectos negativos de los cuales ha sido acusada la práctica de la maternidad subrogada, existen varias razones por las cuales las mujeres deciden ser parte de este procedimiento. En el año 2003 en Estados Unidos, se realizó una encuesta a 39 mujeres que habían sido madres subrogadas. Allí se pidió a estas que identificaran las razones que las motivaron a participar, obteniéndose los siguientes resultados: El 91% (31 personas) de ellas manifestó que había decidido participar en la subrogación porque quería ayudar a la pareja que no tenía hijos, el 15% (5 personas) porque disfrutaba del embarazo, el 6% (2 personas) por autorrealización (self-fulfillment), y finalmente, 3% (1 persona) por el pago de una remuneración.

La filiación constituye una de las instituciones pilares del Derecho de Familia, es por ello que ha sido desarrollada por numerosos y prestigiosos juristas. Sin embargo, por lo general se ha dedicado una atención especial a los múltiples problemas relacionados a la paternidad, tanto así que sorprende cuan descuidada ha estado la cuestión de la maternidad, no obstante presentar estos más problemas de lo que prima facie pudiera parecer, tanto de tipo conceptual como funcional dentro de nuestro ordenamiento, amén de ser presupuesto y tener relación estrecha con la paternidad y su determinación. En cuanto a la maternidad, su clásica y repetida

certeza resulta en algunos casos menos seguros de lo que parece, además de tener una inteligencia y alcance distintos de los que suele dársele. Y es que el paso del tiempo aunado a los avances científicos ha ido desvirtuando y planteando retos al Derecho, como herramienta normativa.

Ante dichas dificultades, tanto la doctrina como la jurisprudencia brindan soluciones aplicables a hechos concretos, sirviendo de este modo de inspiración y marcando los lineamientos necesarios para futuras regulaciones e invitando al mismo tiempo, a realizar determinadas modificaciones.

Otro tema ha pasado a ser muy controvertido, el llamado contrato de alquiler de útero. Según muchos juristas, apoyados por diversos fallos internacionales, estipulan que sería nulo todo acuerdo de ese tipo ya que no se puede contratar con partes del cuerpo humano por ser este indisponible ni tampoco con el status de familia, llegando a ser ilícito para contravenir el orden público y las buenas costumbres.

Por otro lado, más allá de que sea nulo o no, hay otro factor más importante y que es el de determinar la filiación de ese niño nacido por este tipo de fecundación asistida.

Reconocidos juristas entre ellos: Espinoza, Bossert, Zannoni y otros, establecen que la maternidad subrogada a título gratuito sería lícito y se podría aceptar en el ordenamiento jurídico peruano, ya que sí se estaría cumpliendo con una finalidad: dar una familia a aquella mujer que por circunstancias de la naturaleza no puede, ante la solidaridad de una mujer que presta su vientre para gestar a ése bebe, no convirtiendo así esta situación en algo aberrante al ver un fin económico en medio de ello, lo cual trastoca valoraciones éticas que maltratan al niño y degradan a la mujer y al niño porque se le conceptualiza como mercancía, como un simple producto de consumo que debe cubrir todas las exigencias del gusto de los potenciales padres; o la mercantilización de la fecundación uterina que conlleva a la degradación de la mujer concebida como una incubadora o como una fábrica de hacer niños.

Pero esta discusión acerca de la licitud de la maternidad subrogada es una mera evasión del problema, ya que “no se puede tildar jurídicamente de imposible lo que es posible en la realidad y consecuentemente el hijo que nazca de tal contrato de alquiler de vientre no es nulo, sino que tiene una personalidad y debe tener una filiación que debe ser definida jurídicamente” (Trazegnies, 2012, p. 89), puesto que el niño no tiene responsabilidad alguna en la forma en que fue procreado

Al embrión, y luego al niño que nazca, nadie deberá perjudicarlo, ni siquiera por errores o mala aplicación de los convenios, pues está protegido por el Derecho. Además, la maternidad subrogada ya está planteando problemas jurídicos en la realidad, casos presentados en otros países lo demuestran y el nuestro no es ajeno a ello (Rubio, 2015, p. 115).

Es por eso que, las mujeres que han decidido tener un hijo mediante la figura de la maternidad subrogada han tenido como motivaciones principales la infertilidad de la pareja, el tiempo y los costos inherentes a un proceso de adopción, la existencia de una anomalía genética en la esposa que puede ser transmitida al bebé, y la decisión de la mujer, por razones de conveniencia y sin que exista una razón médica, de no tener un hijo por ella misma.

El fenómeno de la maternidad subrogada ha tenido un gran desarrollo en países como Estados Unidos, en donde, por medio de normas y decisiones judiciales, se ha ido regulando su ejercicio, aunque no de manera uniforme. Bajo ese contexto, los rasgos distintivos que han sido identificados como característicos de la postura estadounidense son los siguientes: a. Existe una regulación del contrato a partir de la ley y la jurisprudencia; b. No hay una posición uniforme entre los estados frente a la validez jurídica del contrato; c. Se acude a la noción de orden público y a las normas del derecho de familia para aceptar o rechazar su validez, y d. La regulación del contrato está encaminada a contrarrestar los efectos negativos que se derivan del fenómeno de maternidad subrogada.

La identificación de la aproximación estadounidense a los contratos de maternidad

subrogada es de gran importancia y relevancia, toda vez que puede servir a países que no tienen una regulación sobre esta materia, y por lo tanto pueden encontrar en esta experiencia herramientas útiles que le permitan reglarlo de una mejor manera.

De acuerdo con la información contenida en las Guías Nacionales de Atención Integral de la Salud Sexual y Reproductiva, más del 10% de la población tiene algún tipo de problema de infertilidad. Por tal motivo, el uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida se constituye como un medio necesario para procrear hijos.

En el Perú, acorde con estadísticas no oficiales, el número de fertilizaciones in vitro es de los más elevados de la región, con tres mil procedimientos al año (Revista Somos N° 1249 p. 61); información que puede ser complementada con la publicada por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida en el Primer Registro Multinacional caso a caso a mayo de 2015, en la cual se indica que en el Perú 4,927 niños nacidos mediante TERAS, según la información reportada por las clínicas adscritas a dicha Red. En ese contexto, la referida técnica de maternidad subrogada viene siendo practicada de forma ilegal y clandestina desde hace algunos años, según datos que revelan la existencia de clínicas que ofrecen este tipo de técnica de reproducción asistida sin que el Ordenamiento Jurídico peruano, específicamente en el Código Civil de 1984, la regule. No obstante, en el Perú es cada más utilizada por las mujeres con problemas de infertilidad que desean tener hijos propios.

De esta manera la falta de regulación en el Perú de la maternidad subrogada viene generando una serie de conflictos e interrogantes en la determinación de la filiación de los niños que nacen por esta técnica, puesto que el Código Civil Peruano vigente y la Ley General de Salud, sustentados bajo el Principio Mater Semper certa es, consideran como madre a la mujer que gesta y alumbró a la criatura, dejando desprotegidos a los padres genéticos y a los niños. Por consiguiente, surgen otras interrogantes, principalmente: ¿Tiene el producto dos madres biológicas? ¿Cuál de las madres tiene la patria potestad? ¿Quién asume los derechos y deberes

inherentes a esta institución, previstas en el artículo 423 del Código Civil, considerando que para gozar de la Patria Potestad de los padres el hijo debe contar con una filiación establecida?

Así, también se puede observar que, en la Jurisprudencia peruana sobre el tema, según la Casación N° 563-2011, se da preferencia al interés superior del niño antes que, al derecho de los padres de ejercer la Patria Potestad, motivo por el cual, resulta interesante establecer que es lo que debe primar al encontrarnos frente a esta disyuntiva.

Se puede apreciar en la realidad peruana existe una diversidad de vacíos legales siendo uno de ellos referidos al contrato de maternidad subrogada que no se encuentra normado en el Código Civil. En la actualidad, existen diferentes clínicas privadas que vienen efectuando la reproducción humana asistida a diversas personas que tienen el deseo de ser padres y que no pueden efectuarlo por la vía natural debido a problemas de esterilidad o infertilidad. Al respecto, se ha observado que en el país no está regulada la maternidad subrogada, apreciándose que algunas personas por lucro alquilan su vientre para entregar al niño cuando este nazca a personas extrañas.

Al respecto, la Ley General de Salud indica que debido al empleo de las técnicas de reproducción asistida se puede hablar de un conflicto en el que se ven inmersos los derechos naturales, teniendo como principales contendientes al derecho a la procreación, el derecho a la salud y el derecho a la vida.

Debe entenderse que el derecho a la procreación es una facultad inherente al ser humano, un derecho derivado del derecho a la vida, de la integridad y de la libertad de la persona. Con estos derechos se ejerce de manera real y efectiva la función biológica y a la vez responsable del hombre, como es la procreación. Ante esta situación es necesario cubrir el vacío legal que existe sobre el contrato de maternidad subrogada en el Perú con el propósito de sancionar a través del Código Penal a personas inescrupulosas que buscan enriquecerse alquilando sus vientres por dinero. En consecuencia, es de vital importancia plantear un artículo

dentro del Código Penal referido al contrato de maternidad subrogada que se realice con fines de lucro, debiendo imponerse una sanción severa para los que cometan dicho delito.

Conforme con la Ley General de Salud, las atenciones de salud brindadas a los pacientes deben colocarse obligatoriamente en una historia clínica, que se constituye en el documento médico legal en el que se registran los datos de identificación y de los procesos relacionados con la atención del paciente en forma ordenada, integrada, secuencial e inmediata de la atención que el médico u otros profesionales de salud brindan al paciente que se conserva en el Centro de Salud donde se atendió el paciente.

Con motivo de consolidar dicha información, mediante Ley N° 30024 se ha creado el Registro Nacional de Historias Clínicas Electrónicas como la infraestructura tecnológica especializada en salud que permita al paciente o a su representante legal y a los profesionales de la salud que son previamente autorizados por aquellos, el acceso a la información clínica contenida en las historias clínicas dentro de los términos estrictamente necesarios para garantizar la calidad de la atención en los establecimientos de salud y en los servicios médicos de apoyo públicos, privados o mixtos. En el caso de la atención materna, existe el Formato de la Historia Clínica Perinatal Básica que contiene, entre otros datos, los de identificación de la paciente, antecedentes personales, obstétricos y familiares, datos y exámenes del embarazo, parto o aborto, que se conserva en el Centro de Salud en donde se atendió el paciente; y que por su naturaleza es de carácter reservado sólo al personal médico que brinda la atención y al paciente. Tratándose del nacido en sí, el profesional de la salud extiende, además, el Certificado de Nacido Vivo, que es el único documento a nivel nacional que contiene información estadística de los nacidos, que sirve de base al Ministerio de Salud para elaborar sus indicadores por grupos etarios y por regiones; así como la cantidad de atenciones y de morbilidad que a nivel informativo obra en la página web de dicha institución. La información estadística allí contenida es pública, y no tiene carácter reservado, de ahí que no se requiera al administrado

para dar su conformidad con la divulgación de la misma como sí sucede en las historias clínicas.

Sin embargo, conforme se puede apreciar, en la parte desglosable del Informe Estadístico del nacido vivo, no existe ningún rubro destinado a la procreación del nacido, sea de forma natural o mediante el uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida; situación que no solo no permite conocer la cantidad de intervenciones de este tipo que se realizan y la cantidad de niños nacidos como consecuencia de ello, sino tampoco el tipo de establecimiento en el cual se realizan.

Pero el problema mayor se da, no solo en la falta de lineamientos y procedimientos por parte del Estado para el desarrollo de las Técnicas de Reproducción Asistida, con el riesgo que ello pueda generar en la salud de las personas, sino también en la falta de control y supervisión estatal a los centros que brindan estos servicios, que incluye a los Bancos de espermatozoides y óvulos y de criopreservados, los que al no tener parámetros legales para el desarrollo de esta actividad, han elaborado sus propias guías, documentos y protocolos de atención sin aprobación alguna de autoridad competente.

De esta manera, se tiene que el Ministerio de Salud, si bien ha establecido lineamientos de atención para la salud reproductiva, no ha abordado la administración y buena práctica de los procedimientos de TERAS como parte de su política pública, pese a posibilitar el tratamiento y el uso de estas técnicas conforme al artículo 7° de la Ley General del Salud, que señala:

Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

Toda esta situación vulnera el derecho a la identidad por la falta de Registro Público de Donantes. Visto así, el Derecho a la Identidad se entiende como uno de los atributos esenciales de la persona, consagrado en el inciso 1 del artículo 2º de la Constitución Política que señala estipula el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es. Es decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombre, seudónimo, registro, herencia genética, características corporales, etcétera) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.). Por tanto, cuando una persona invoca su identidad, lo hace para que sea distinguida frente a otras.

Sin embargo, ¿qué sucede con el derecho a la identidad de los niños nacidos mediante el uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida Heteróloga? ¿Está garantizado, protegido y reconocido constitucionalmente su derecho en todos los casos?

Al respecto, la Ley N° 26497, Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, establecen:

Los actos concernientes al estado civil de las personas en este caso, el nacimiento, se consignarán en el registro civil; y se extenderán en mérito al Certificado de Nacido Vivo del nacido, si se trata de una inscripción ordinaria o de un expediente administrativo, en el caso de una extemporánea.

En el caso del cónyuge por aplicación de la presunción *pater is*, el registro del nacido por TERA heteróloga con donante anónimo se realiza atribuyéndole la paternidad, lo que no le debe representar ningún problema para el cónyuge en la medida en que haya dado su consentimiento para el procedimiento de TERA. Pero, ¿qué pasa en aquellos casos en que el marido no ha dado su consentimiento para la inseminación a su cónyuge? En aplicación de la presunción *pater is*, igualmente se le atribuye la paternidad del nacido, debiendo recurrir al

Poder Judicial mediante la acción de negación de paternidad contenida en el art 363° del Código Civil para acreditar que el nacido no es su hijo, afectándose no sólo de esta manera al cónyuge sino también al nacido en su derecho a la identidad (Cárdenas, 2014).

1.2. Descripción del problema

En el Perú la maternidad subrogada es un asunto que marca la pauta actual tanto en el plano social y jurídico. En ese sentido, existe una necesidad de revisar el marco normativo peruano a fin de abordar los diversos vacíos legales asociados a las TERAS, concretamente respecto a la maternidad subrogada.

Por lo expuesto, este estudio pretenderá determinar la importancia de que se legisle sobre la técnica de reproducción asistida denominada maternidad subrogada, por cuanto su falta de regulación en el Perú (vacíos legales) viene generando inseguridad jurídica, así como eventualidades debido a la falta de ética y escrupulosidad de científicos, quienes podrían llevar a cabo experimentos genéticos al margen de controles jurídicos. Situación que además genera una serie de conflictos en la determinación de la filiación de los niños que nacen por esta técnica, puesto que el Código Civil Peruano vigente y la Ley General de Salud, sustentados bajo el Principio Mater Semper certa es, consideran como madre a la mujer que gesta y alumbra a la criatura, dejando desprotegidos a los padres genéticos y a los niños.

1.3. Formulación del problema

Todo problema investigativo es un problema concerniente al conocimiento y como tal, requiere de la formulación de una serie de interrogantes relacionadas con algún aspecto que se desconocen; por lo tanto, para establecer un problema de investigación se exige la reflexión respecto del desarrollo del ámbito donde se realizará el estudio y determinar la trascendencia de la investigación (Silvina, 2011, p. 1).

En ese sentido, para efectos de este trabajo, se plantean las siguientes interrogantes:

Problema general

¿De qué manera la legalización de la maternidad subrogada se relaciona con en el ejercicio de la patria potestad en el Perú?

Problemas específicos

- ¿De qué manera las clases de maternidad subrogada se relaciona con en el ejercicio de la patria potestad en el Perú?
- ¿De qué manera las modalidades de maternidad por sustitución se relacionan con en el ejercicio de la patria potestad en el Perú?
- ¿De qué manera la disociación de la maternidad se relaciona con en el ejercicio de la patria potestad en el Perú?

1.4. Antecedentes

Orbea (2012) en su tesis titulada “Derechos contenidos en la Maternidad Subrogada Gestacional” de la Pontifica Universidad Católica de Ecuador, realizó una investigación de la maternidad subrogada gestacional en la Legislación Ecuatoriana, analizando desde el punto de vista histórico, biológico, científico y legal. Asimismo, analizó cómo se conceptualiza y define la subrogación, planteando su relevancia, modalidades y el proceso de gestación subrogado. Una herramienta práctica para el desarrollo de este trabajo fue el análisis económico del derecho por medio del cual se reconoció los costos y beneficios a considerarse, para la regulación legislativa del tema. A través del análisis deductivo, se describe el actual acuerdo de subrogación gestacional como un contrato de arrendamiento de prestación de servicios, enfatizando sus características y efectos, realiza una comparación del aspecto legislativo y casuístico con los sistemas de EE.UU. y Latinoamérica. Además, realizó un estudio de la filiación y un análisis comparativo con la Adopción y sus diferencias con la maternidad subrogada gestacional. Además, expone los derechos que intervienen en la maternidad subrogada gestacional como en el derecho a la libre elección, derecho a la procreación, a la

libre elección, derecho a la intimidad, entre otros. El autor trata los elementos esenciales del contrato de subrogación, realiza un análisis doctrinario analógico y comparativo identificando situaciones conflictivas que nacen de los convenios de maternidad subrogada gestacional. El autor plantea conclusiones y recomendaciones que motivan la creación de un proyecto legal al respecto, proponiendo normativamente una definición, principios, control de acceso, derechos, condiciones contractuales, prohibiciones como requisitos mínimos e indispensables para la consideración legislativa de la subrogación gestacional, siendo fundamental la información resultante de la investigación de campo, las cuales son evidencias de la experiencia ecuatoriana respecto al tema, recolectando dicha información a través de la entrevista personal a profesionales.

Laguna (2011) en su tesis titulada: “Regulación y perfeccionamiento Procedimental del Código Civil del Estado de México acerca de la Maternidad Subrogada” del Centro Universitario Oriente de México, realizó un estudio deductivo de la Maternidad Subrogada, analizando todos los aspectos jurídicos y sociales relevantes de este tema, dando una visión amplia sobre este, en base al Decreto de reforma del Código Civil del Distrito Federal y su regulación actual en el Código. Asimismo, plantea la regulación y perfeccionamiento de la figura legal de la maternidad subrogada a la legislación Civil del Estado de México. La tesista señala que el Estado de México no contempla en ningún ordenamiento legal la figura jurídica de la maternidad subrogada; por lo tanto, da lugar a una sociedad de incertidumbre y rechazo a esta figura. Además, precisa que en el Estado de México existen gran cantidad de parejas en edad reproductiva que presentan problemas de infertilidad o esterilidad, por cuanto si bien existe la Adopción, esta presenta trámites muy engorrosos y complicados. Por otro lado, la tesista en su trabajo de investigación toma en cuenta diversas corrientes en relación al precepto básico del parentesco y a las consecuencias que derivarían al respecto de la maternidad subrogada. Además, muestra algunos lineamientos que se encuentran en la legislación de

España, Italia, Inglaterra y Francia. Asimismo, realiza una evaluación de los problemas legales y éticos que conlleva la maternidad subrogada, reflexionando acerca del parentesco que existiría entre las personas, por cuanto en la maternidad subrogada interviene un tercero. Además, plantea la problemática actual de las parejas que se someten a este procedimiento ¿Tiene el producto realmente dos madres biológicas? ¿Cuál tiene la patria potestad? Finalmente, concluye que es necesario incluir la figura de la maternidad subrogada en la legislación mexicana, siendo de vital importancia, por cuanto en la actualidad no existe seguridad jurídica para ninguno de los intervinientes en este procedimiento.

Pérez (2015) en su tesis “Presupuestos éticos y jurídicos mínimos que se deben tener en cuenta ante una inminente regulación de técnicas de reproducción asistida en el Perú”, para optar el título de Magíster en derecho de familia y de la persona en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, señaló que el avance inminente de la ciencia en reproducción humana, está presente en nuestro país desde hace varios años y no podemos hacernos ajenos a la realidad de que cada vez son más parejas y personas solteras que recurren a la ciencia para ver satisfecho su deseo de tener un hijo, como si este fuera un derecho. Ante ello, precisa que nuestro ordenamiento jurídico posee una protección plena para el concebido reconociéndole derechos en todo cuanto le sea favorable y ello incluye el derecho a la vida regulado en la Constitución Política del Perú, artículo 2 inciso 1, en el Código Civil artículo 1 y el Código del Niño y Adolescentes I y II del Título preliminar, por lo que con el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida humana (TRA), se pondría en riesgo la integridad, salud y vida de la persona; además de la manipulación, selección de embriones para lograr el resultado deseado. Añade que si bien lo ideal sería prohibir esta práctica atentatoria de derechos humanos (no sólo al niño sino también a la madre por los procedimientos médicos a la cual se ve obligada recurrir) por no ser de acorde a nuestro ordenamiento jurídico, somos conscientes que el avance y uso de las TRA posee ya bases en nuestro territorio, por lo que a pesar de no estar de acuerdo con

su uso y práctica es necesaria contar con unos mínimos legales a tener en cuenta en el caso que la legalización de la misma se hiciera inminente, a fin de que la vulneración de la vida, salud e integridad sea afectada en menor grado; aunque concluye que el uso de las TRA nunca serán la solución.

Hananel y Manayalle (2013) en su tesis “La necesidad de regulación del ovo donación en la legislación peruana” para optar el título de Abogado en la Universidad de Sipán, indicó que en la actualidad muchas parejas se encuentran biológicamente imposibilitadas de procrear, debido a problemas de infertilidad. Las cuestiones en torno a la infertilidad son variadas y complejas, se estima que afecta entre el 16% y 20% de las parejas; es decir, alrededor de noventa y cuatro millones de personas en el mundo. Asimismo, precisa que el avance de la ciencia facilita la reproducción humana con las técnicas de reproducción asistida, con estas, la fecundación es enteramente realizada por el médico en un laboratorio, donde el ser humano parece disponer de un poder casi supremo al crear una nueva vida. Además, menciona que existe una cierta cantidad de mujeres en edad fértil que por determinados problemas no producen óvulos o estos no son de buena calidad, para ellas la única opción de lograr un embarazo es considerar la ovodonación, que es una técnica relativamente nueva, aparecida a mediados de la década de los 80 como una variante de fertilización in Vitro, definida como la aportación de gametos femeninos por una mujer distinta de la que los recibe, utilizando óvulos de una mujer donante y transfiriendo los embriones obtenidos al útero de la mujer receptora. Su trabajo centra su atención en tratar de establecer y dilucidar la problemática jurídica que se plantea en nuestra legislación derivada del uso de la Reproducción Humana Asistida en particular del caso de la ovodonación, estableciendo al mismo tiempo las alternativas, propuestas o posibles cambios que se deben realizar en nuestra normativa vigente porque a los más de veinte años de vigencia de nuestra norma sustantiva vigente han quedado algunos artículos en desuso, encontrándose vacíos legales frente a las controversias sociales surgidas

del avance de la ciencia en la vida cotidiana y específicamente de las del tema propuesto.

Claudia Gamboa Montezano (2010) de la ciudad del México DF, en su Tesis titulada “Maternidad Subrogada: Estudio Teórico Conceptual y de Derecho Comparado”, realizó un estudio de investigación respecto a la Maternidad Subrogada donde se detalla una serie de opiniones y argumentaciones especializadas sobre el tema, las cuales permiten tener una visión más completa de esta problemática social, médica y jurídica, con el propósito de evaluar que es mejor, prohibirla totalmente o regularla y ayudar así a las partes interesadas a tener mayor certeza jurídica o por el contrario dejarla al libre arbitrio de las personas interesadas en decidir respecto a dicho proceso de gestación sui generis, independientemente de las implicancias que pueda tener. La tesista concluye, señalando que la maternidad subrogada otorga la posibilidad de tener hijos a las parejas que no pueden tenerlos por métodos naturales o no les es viable, dándoseles la posibilidad de tener un hijo genético a aquellas parejas que de otra manera no podrían tenerlo. Además, menciona que el Estado debe de desempeñar un papel activo en la regulación de los límites de la aplicación de nuevas técnicas de reproducción asistida, siempre con la finalidad de proteger el orden público, las buenas costumbres y por ende a la sociedad. Finalmente, menciona que se produce una disociación entre la madre gestante y la biológica, requiriendo determinar si se daría mayor importancia al parto o al material genético. Asimismo, realiza un análisis de la legislación comparada que la permite en los países de Brasil, Canadá, Escocia e India, así como a los que la prohíben como Australia o Alemania y a quienes no la regulan como Argentina, EEUU y Colombia

1.5. Justificación de la investigación

Para muchos, la maternidad subrogada es un ejemplo más de la autonomía que ostenta la persona que se fundamenta en un dualismo en donde el ser humano como tal, es libre de disponer de su cuerpo, convirtiéndolo en susceptible de cualquier transacción, ya que ello no afecta al propio concepto de persona. Se estaría pues, ante un liberalismo extremo que no pone

límites a la libertad contractual y que apoya sin lugar a dudas la eficacia de los contratos de gestación por subrogación.

Según Aparisi (2012), esta consideración es el resultado de la concurrencia de determinados factores:

Por la existencia de una sociedad cada vez más tecnológica, la ética queda subordinada a la producción técnica; por la progresiva aparición de la medicina del deseo o del cliente; por la aparición de los llamados derechos reproductivos y por la profunda modificación de las relaciones interpersonales (p. 255).

En ese sentido, la maternidad subrogada refleja la necesidad que siempre ha tenido el ser humano de salvaguardar su herencia genética en el tiempo. Un ejemplo de ello se encuentra en las familias hebreas, en donde existía el deber de engendrar hijos y si ello no era posible se recurría a la adopción, ya que la mayor desgracia para una mujer lo constituía el divorcio causado por esterilidad. Existen muchos otros ejemplos en la literatura antropológica donde no solo se manifiesta esa importancia de la reproducción, sino también, cómo la esterilidad se ha imputado siempre a las mujeres. Por ejemplo, en Mali, África occidental, se aceptaba la poligamia o poliginia como alternativa social para que el hombre tenga la posibilidad real de engendrar descendencia por sus propios medios (Mir, 2010).

Concretamente, la mujer del siglo pasado tenía que asumir la maternidad en un mundo donde la clase social marcaba la diferencia a la hora de asumir la responsabilidad que acarreaba ser madre, donde la mujer era la que tenía que sobrellevar todos los conflictos económicos, emocionales y psicológicos, que traía consigo no solo tener un hijo, sino asumir las consecuencias derivadas del mismo.

El concepto de madre era idealizado y valorado de forma positiva por la sociedad, en contraposición al concepto de mujer de la época, una mujer supeditada a la decisión y acción del hombre tanto para lo bueno como para lo malo. Ser madre era escapar de los estigmas que

significaba nacer mujer en una sociedad liderada por hombres.

Una sociedad en la que la libertad de decisión femenina respecto a la maternidad pasaba por el filtro de la aceptación moral de la época, sin tener en cuenta que cada madre es la única que puede definir lo que es la maternidad, porque solo ella es la que vive la experiencia del embarazo, parto y posterior crianza, dentro de un contexto económico y emocional que puede llegar a ser más o menos favorable (De Beauvoir, 2005, p. 263).

El tema de legalización de la maternidad subrogada y sus implicancias en el ejercicio de la patria potestad es un tema que actualmente se encuentra en pleno desarrollo, pero en nuestro país aún no se encuentra legalmente instituido, pero se tiene referencias doctrinarias y casuísticas del extranjero lo que nos servirá para la realización del presente trabajo.

En el presente trabajo, se pretende ayudar a resolver el problema que actualmente existe en el país, ya que hay muchas mujeres quienes desean que se legalice la maternidad subrogada para poder cumplir sus deseos de ser padres.

El objetivo es realizar un estudio explicativo, descriptivo y observacional con la finalidad saber cómo se encarga de determinar y si es necesaria la legalización de la maternidad subrogada y los efectos que produce su regulación en el pleno ejercicio de los derechos y obligaciones inherentes a la Patria Potestad.

El presente trabajo tiene un papel importante en la sociedad peruana, su aporte será significativo pues aún no existe legislación de este tema, y en vista de la necesidad de muchas mujeres de que se legalice la maternidad subrogada, el Estado debería regularla en forma rápida para que puedan cumplir sus deseos de ser madres y su práctica se realice de manera legal, evitándose problemas sociales.

La investigación planteada es importante porque actualmente en el Ordenamiento Jurídico peruano tanto Sustantivo como Adjetivo no se ha regulado la maternidad subrogada. Sin embargo, tanto en las revistas como en los periódicos, existen innumerables anuncios de

clínicas que se dedican a realizar la técnica de procreación asistida, siendo practicada en forma clandestina desde hace mucho tiempo. Es en ese contexto que en el siguiente trabajo se analizan las legislaciones existentes en diferentes países, así como las doctrinas existentes, a fin de que sean tomadas en cuenta y se logre que las partes intervinientes en dicho procedimiento puedan ser protegidas en sus derechos y obligaciones, en especial las referidas al ejercicio de la patria potestad.

1.6. Limitaciones de la investigación

El presente trabajo está limitado exclusivamente a las mujeres que por problemas de infertilidad no pueden tener hijos propios y recurren a la técnica de reproducción asistida denominada maternidad subrogada.

En el Perú, la maternidad subrogada no se encuentra legislada, razón por la cual, se acudirá a la legislación existente, a la escasa Jurisprudencia existente en el país y en el extranjero, así como al material bibliográfico existente.

1.7. Objetivos

Objetivo general

Determinar cómo la legalización de la maternidad subrogada se relaciona con el ejercicio de la Patria Potestad en el Perú.

Objetivos específicos

- Analizar cómo las clases de maternidad subrogada se relacionan con el ejercicio de la Patria Potestad en el Perú.
- Determinar cómo las modalidades de maternidad por sustitución se relacionan con el ejercicio de la Patria Potestad en el Perú.
- Analizar cómo la disociación de la maternidad se relaciona con el ejercicio de la Patria Potestad en el Perú.

1.8. Hipótesis

Hipótesis General

Existe relación entre la legalización de la maternidad subrogada y el ejercicio de la Patria Potestad en el Perú.

Hipótesis específicas

- Existe relación entre las clases de maternidad subrogada y el ejercicio de la Patria Potestad.
- Existe relación entre las modalidades de maternidad por sustitución y el ejercicio de la Patria Potestad.
- Existe relación entre la disociación de la maternidad y el ejercicio de la Patria Potestad.

II. Marco Teórico

2.1. Marco conceptual

2.1.1. *Técnicas de reproducción asistida*

Las técnicas de reproducción humana asistida “son aquellos métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia. En ningún caso podemos decir que representan una terapia, puesto que nada curan, solamente palian los efectos de la esterilidad” (Varsi, 2012, p. 192).

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia reconoce que “son métodos supletorios para la procreación, más no alternativos, pues buscan superar una deficiencia biosíquica que impide a la pareja tener descendencia cuando otros métodos han fracasado”.

De acuerdo con Varsi (2012), existen dos tipos de TERAS: a. Inseminación artificial y b. Fecundación in vitro. En el primer caso, el semen es introducido en la vagina de la mujer, siendo homóloga cuando el donante del material es el cónyuge o concubino y heteróloga cuando el donante es un tercero cuyas células reproductivas han sido obtenidas de un banco, mientras que en la fecundación in vitro, el espermatozoide y óvulo son unidos en un laboratorio y luego implantado en la madre para dar lugar a la gestación (p.192).

Fue un sabio alemán, de nombre Ludwig Jacobi, quien practicó las primeras experiencias de inseminación artificial en el mundo animal, en concreto sobre peces, en el año 1765, obteniendo alevines de salmón al bañar con la lechaza de un macho los huevos evacuados por presión del abdomen de una hembra. Pocos años más tarde el abate Spallanzani (1968) realizó, sin demasiada intención, una inseminación artificial sobre una rana, para a finales del S. XIX realizar la primera inseminación artificial sobre un mamífero, en concreto sobre una hembra de perro, de la que nacieron tres crías (Barcat, 2008, p. 483).

En seres humanos se dice que ya en la Edad Media Arnaud de Ville-neuve, médico de reyes y Papas, realizó la primera inseminación artificial con el espermatozoide de Enrique IV de

Castilla. Parecen, no obstante, más exactas aquellas informaciones que remontan la primera inseminación artificial humana al año 1799, realizada en Gran Bretaña por Hunter sobre una pareja estéril por anomalía congénita del pene del marido, practicándose pocos años después la primera inseminación con donante.

Se puede apreciar, pues, que las primeras inseminaciones en el hombre se remontan a dos siglos, siendo los primeros beneficiarios aquellos que tenían una imposibilidad o una dificultad de aproximación sexual. Pero en esa época el período de fecundidad era mal conocido y ello conducía a numerosos fracasos.

La técnica se desarrolló en el campo animal, aplicándose el procedimiento, ya en la primera mitad del S. XIX, a yeguas, vacas y ovejas, aunque fue a finales de ese mismo siglo cuando la técnica se desarrolló completamente, gracias a la labor del gran patologista ruso Elie Ivanoff, sirviéndose del método todavía en uso en nuestros días.

El verdadero impulso de los avances en este campo tuvo lugar cuando entre 1949-1950 la ciencia pudo congelar semen bovino y posteriormente practicar con éxito una inseminación artificial. La posibilidad de congelación del semen fue, de entre todos, el dato determinante del avance de las nuevas técnicas de procreación hasta llegar a la humana, pues hasta entonces sólo era posible la práctica de la inseminación artificial en el consultorio, con el donante convocado un poco antes y el esperma inseminado acto seguido, lo que hacía relativamente fácil que el secreto de la donación quedara desvelado.

En 1953, en los Estados Unidos, Sherman obtuvo los primeros embarazos humanos con semen congelado. Desde ese momento el avance de la ciencia puede considerarse realmente vertiginoso. El 25 de julio de 1978 nació Louise Brown en el hospital de Manchester, fruto del éxito de la fecundación in vitro, que se intentaba desde varios años antes, y cuyo proceso fue seguido bajo la dirección de los doctores Steptoe y Edwards. El 13 de febrero de 1982 nació Amandina, en el hospital Antoine Béchère de Claman, primer éxito de la fecundación in vitro

en Francia, bajo la vigilancia de los doctores Frydman y Testard. En julio de 1984 nació Victoria Ana, en España, siendo los directores del proceso los Dres. Dexeus y Barrí y la bióloga Ana Veiga. Fecha de enorme importancia fue la del 13 de abril de 1984, día del nacimiento en Queen Victoria (Australia) de Zoé, a partir de un embrión congelado, con la supervisión de todo el proceso por el Dr. Woode.

2.2. Teorías que fundamentan la investigación

La fecundación humana asistida extrauterina es un fenómeno reciente, que data desde 1978, con el nacimiento de Louise Brown, primer bebé probeta (Varsi, 2015, p. 194).

Antes de esa fecha, se puede encontrar intentos aislados con animales y algún intento exitoso de inseminación artificial en seres humanos, tal como posteriormente expondremos. Hay también, antes del nacimiento de Louise Brown, legislación aislada que intenta regular de alguna manera este fenómeno, como es el caso de la primera regulación relacionada con la fecundación in vitro en Estados Unidos, que tuvo lugar en 1975 con la publicación del informe Regulaciones finales para la procreación de los seres humanos sometidos a experimentación, por el Departamento de Salud y Servicios Humanos de este país.

Sería imposible afirmar que esta materia fue conocida en el derecho antiguo, ciertamente, no había manera de que prevean una regulación de la fecundación humana asistida. Sin embargo, considerando que desde mi punto de vista el ser humano producto de la fecundación humana asistida extrauterina es un concebido, sí es posible realizar un estudio de la naturaleza jurídica que tenía el concebido en el derecho antiguo, sobre todo en el derecho romano.

Es importante realizar una aportación en este sentido ya que uno de los grandes aportes de Roma a la época moderna es el derecho. En las universidades se estudia el derecho romano porque es el fundamento de las leyes actuales y en Roma surgieron las instituciones jurídicas más importantes de hoy en día. El derecho romano fue y es muy importante porque ha sido la

primera fuente de nacimiento de sistemas jurídicos tan importantes como el alemán o francés debido a la coherencia y solidez de las normas que estructura sus ordenamientos y su matiz de universalidad.

No sólo se desarrollará la protección que se le deba en el derecho romano al concebido, sino que también se realizará una breve referencia a la protección recibida en la corriente ibérica y en el derecho peruano antiguo.

2.3. Orígenes de la fecundación humana asistida intra y extrauterina

Los primeros trabajos en fecundación asistida datan desde el S. XVI, tiempo en que Marcello Malpighi (1628-1694) llegó a fecundar artificialmente los huevos del gusano de seda (Silva, 2008, p. 55). Varios años después, concretamente en 1784, el naturalista italiano Lazzaro Spallanzani (1729- 1799), incentivado por el éxito obtenido por Marcello Malpighi, decidió realizar el mismo experimento en mamíferos, con la finalidad de demostrar que la corriente científica de la época estaba equivocada, pues afirmaban que para que se produjera la fecundación era suficiente que un gas o vapor proveniente del semen hiciera contacto con el óvulo. Basaban esta idea en el hecho cierto que el semen es depositado a distancia del óvulo, y aun así la fecundación se produce. Para ello, colocó el líquido espermático y el huevo en una vasija de porcelana cerrada evitando el contacto entre ellos. Está demás decir que la fecundación no se produjo.

Hacia el año 1874 decidió experimentar con una perra que se encontraba en su período de ovulación: le introdujo en la matriz con una fina aguja aproximadamente 0.85 gramos de esperma de un perro de la misma raza. A los 60 días, le perra alumbró exitosamente a tres cachorros.

Posteriormente, en 1770, el ginecólogo John Hunter aconseja a un hombre con hipospadia inyectar su líquido seminal con una jeringa dentro de una vagina de su cónyuge. Ese mismo año nació el primer bebé producto de la inseminación artificial. (Celis, 2012, p.108).

2.3.1. Procedimiento de fecundación humana in vitro

2.3.1.1. Exámenes de rutina. En la mujer, se verifica la normalidad de los ciclos menstruales y se examina la cavidad uterina para saber si será propicia para la recepción e implante de los embriones. En el hombre se controla la calidad del espermatozoides y se realizan exámenes a los pacientes para poder detectar todo posible foco infeccioso y la presencia de Sida.

2.3.1.2. Estimulación ovárica. Este tratamiento consiste en la inducción provocada a los ovarios para la producción y obtención de más de un ovocito por cada ciclo femenino. Este procedimiento ofrece una serie de ventajas: se permite una más cómoda extracción de folículos para la paciente, ya que permite conocer más precisamente el momento de la ovulación; el equipo médico puede programar la extracción de ovocitos y es más cómodo para la mujer frente a la obtención de óvulos obtenidos naturalmente.

2.3.1.3. Inductores de la ovulación. Se usan para ello hormonas que naturalmente estimulan el desarrollo folicular, la denominada F.S.H (follicle stimulating hormone u hormona estimuladora de crecimiento folicular), que es secretada por la hipófisis y que también tiene otras funciones que coadyuvan a desencadenar la ovulación. La inducción puede ser llevada a cabo por dos vías distintas: a. Directa: se inyectan hormonas hipofisarias denominadas también gonadotropinas; y b. Indirecta: se utiliza una molécula sintética de citrato de clomifeno, que actúa en el cerebro desencadenando la secreción de cantidades importantes de la F.S.H. y de la hormona luteinizante, que también colabora en el desencadenamiento de la ovulación y en preparar las paredes del útero para la implantación del embrión. La eficacia del tratamiento se confirma mediante la ecografía abdominal. De haber resultados óptimos, se induce la ovulación mediante una inyección de gonadotropina coriónica humana.

Los ovocitos son recogidos mediante punción y aspiración de los folículos, bajo control ecográfico. Los folículos se aspiran mediante una jeringa y se trasladan y se trasladan al

laboratorio. El momento para llevar a cabo esta aspiración debe ser calculado con absoluta precisión: debe realizarse en el momento que aumenta la secreción de la hormona luteinizante y el óvulo ha alcanzado cierta madurez, pero antes de que entre en la trompa de Falopio, donde no se podría localizar y recoger. Recogidos los ovocitos del líquido folicular, los ovocitos se colocan en un tubo que contiene un medio de cultivo que proporciona al ovocito y luego al embrión los nutrientes necesarios.

2.3.1.4. Obtención del esperma. Una vez obtenido el esperma, mediante masturbación o la utilización de profilácticos especiales, se lo deja licuar a una temperatura ambiente. Se efectúa un espermograma a efectos de observar la cantidad, movilidad, el aspecto morfológico de los espermatozoides y el contenido de germen del semen.

2.3.1.5. Fecundación. Se lava y centrifuga el esperma con la finalidad de prepararlo para la fecundación y de esta manera se logran extraer los espermatozoides con mayor movilidad. Cada ovocito se deposita en un tubo de inseminación junto a los espermatozoides y se los mantiene así en una incubadora a 37°C. A las 17/18 horas aproximadamente desde el acercamiento de los gametos, se localiza al ovocito para intentar observar signos de fertilización. La fecundación, si llegara a producirse, se constatará al observarse dos pronúcleos en el centro del huevo, el del óvulo y el del espermatozoide. En ese caso, se transfiere el huevo a un nuevo tubo con medio de cultivo desprovisto de espermatozoides, ambiente en el que permanece hasta 48 horas desde la punción folicular, y se realiza entonces la transferencia embrionaria.

2.3.1.6. Etapas posteriores. Clasificación de embriones. Cuarenta y ocho horas después, los embriones se han dividido y presentan 2, 3 o 4 células (blastómeras). Entre los embriones que se obtienen existen algunas diferencias morfológicas: en principio, todos son implantables, salvo aquellos que ya inicialmente están en vía de degeneración. La determinación de la calidad de los embriones se efectúa en base a estudios metabólicos y

morfológicos que debieran ser en su totalidad no invasivos (puesto que ya estamos ante la presencia de un ser humano). Esa calidad embrionaria se clasifica teniendo en cuenta el número, forma y tamaño de las células blastómeras que la componen y en la presencia o ausencia de fragmentos citoplasmáticos anucleados.

Con estos parámetros se clasifican los embriones en cuatro categorías, siendo los de la clase IV (embrión de 2, 4, 6 o más células de igual tamaño y forma sin fragmentos o con muy poca fragmentación celular) los considerados óptimos y que transferidos al vientre materno muestran mayor porcentaje de implantación y embarazo clínico.

Los embriones a implantar son aspirados en un catéter muy fino, se los introduce en forma indolora en el cuello del útero y luego se los deposita a 1 centímetro de la cavidad uterina. Para la elección del momento óptimo en el cual se ubicarán los embriones en la cavidad uterina se busca equilibrar dos principios en pugna. Por un lado, al observar la concepción natural se conoce que el embrión llega al útero el quinto día luego de haber sido fecundado. En contraposición, en la fecundación in vitro se realiza la transferencia al útero al segundo día de la fusión de los pronúcleos. La transferencia más tardía, entre el día tercero a quinto, prolonga las condiciones artificiales del cultivo y esta circunstancia se ha comprobado, compromete las posibilidades de implantación.

2.4. Mercado peruano para las técnicas de reproducción asistida

Según la investigación de Bosteen (2013) amparada en la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, se solicitó información al Ministerio de Salud una serie de aspectos relativos a la aplicación de las técnicas de fecundación in vitro en el país. En respuesta, mediante Oficio N° 4237-2012-DGSP/MINSA del 19 de setiembre de 2002, el Ministerio de Salud señaló que “el Ministerio de Salud no ha desarrollado o implementado políticas de promoción o restricción de las referidas técnicas, razón por la cual, no es posible atender la solicitud realizada”. Sin embargo, señalan que, a través de la Estrategia

Sanitaria Nacional de Salud Sexual y Reproductiva, se viene realizando una investigación tendiente a identificar a los Centros de Fertilidad Asistida a nivel nacional, la misma que concluiría el año 2013 (Burstein, 2013, p. 75)

La Revista Brasileira de Reproducción Asistida (Jornal Brasileiro de Reprodução, 2012, p. 321), señaló que hacia el año 2010, Perú contaba con 4 clínicas que practicaban estas técnicas, las mismas que realizaron un total de 2, 058 procedimientos de reproducción humana asistida extrauterina, de las cuales sólo la tercera parte culminaría en un embarazo exitoso (Citado en Revista Somos, 2010, p. 32). Siendo que el costo del procedimiento de fertilización in vitro cuesta en promedio 12,000 soles, supone un total de S/. 25 056 000,00 nuevos soles anuales, distribuidos entre 4 centros de reproducción humana asistida.

Por otro lado, según del Instituto Nacional de Estadística e Informática (2012), obtenida del Censo Nacional 2007, XI de Población y VI de Vivienda. Perfil Sociodemográfico del Perú:

Se contaba con aproximadamente 28 millones de personas, repartidos en proporciones prácticamente iguales, ello quiere decir que el Perú contaba con 14 millones de mujeres, de las cuales 7,

356. 048 se encontraba en edad fértil. De las mujeres en edad fértil, el 32.1% vivían en condiciones de pobreza o extrema pobreza. Aunque no existen cifras oficiales respecto al número de mujeres en edad fértil que en ese año estaban incapacitadas para concebir, tomando como ciertas las cifras expuestas por Procrear, el 20% de las mujeres entre 15 y 49 años eran infértiles en el año 2007.

Esto quiere decir que 5 millones 885 mil mujeres en edad fértil estaban en capacidad biológica de concebir, por lo que no necesitaban de las técnicas de reproducción humana asistida para procrear en el año 2007. Del millón 471 mil mujeres infértiles, el 32.1% no contaban con los medios económicos suficientes para hacer frente a un tratamiento de reproducción asistida, lo cual nos deja con un mercado de 472 mil mujeres peruanas que en ese

año podían acceder a las técnicas de reproducción asistida. Asimismo, debe tenerse en cuenta que en dicho estudio se precisa que la mayor demanda de fecundación asistida para los centros peruanos que se dedican a aplicarlas, proviene del exterior, con lo cual la cifra antes citada evidentemente se ve incrementada.

2.5. Ventajas y desventajas de las técnicas de reproducción asistida

La procreación artificial permite superar la esterilidad de la pareja, pero no es una terapia puesto que no la cura, solamente palía sus efectos, solo se le puede considerar una terapia a la esterilidad desde el punto de vista psicológico, pero no físico. El hijo así nacido será descendiente sanguíneo de al menos uno de los cónyuges, salvo que se trate de donación del embrión. La esterilidad de los cónyuges permanece en secreto.

La adopción exige una serie de trámites burocráticos. Se evitan reclamaciones del hijo adoptivo por parte de la madre real.

Por otro lado, los primeros inconvenientes son de índole psicológico, además de carácter ético, moral y religioso, puesto que se tiende a negar la verdad y presentar al niño como producto de una relación normal.

2.6. El concebido como centro de imputaciones de derechos y obligaciones

Conocida también como teoría de la subjetividad, ha sido desarrollada por Gandolfi, quien señaló que es un equívoco considerar que existen contradicciones en el Digesto en torno a la condición jurídica del nasciturus. Manifiesta que el Digesto no señala que el concebido exista in rerum natura, como una persona ya nacida, sino que es tutelado en cuanto entidad futura, y en el sentido que –en subordinación a la verificación del nacimiento- son salvaguardados algunos derechos que corresponderían a quien ha sido concebido, si ya hubiese nacido. Ciertas palabras reforzarían esta interpretación, como es el caso, entre otros, de quodammodo, empleada por Celso, debe entenderse como equivalente a cierto modo. De ninguna de ellas puede deducirse que el concebido sea in rerum natura, sino que debe

entenderse que se reservan ciertos derechos que sólo le corresponden definitivamente cuando se produzca el nacimiento (Sessaergo, 2014, p. 201).

La teoría de la subjetividad ha sido recogida tanto por la Constitución como por el Código Civil peruano. Así, la Constitución Política del Perú de 1993, en el Capítulo I del Título I, referido a los derechos fundamentales de la persona, diferencia los conceptos de persona humana y concebido (con lo cual no considera al concebido como una persona humana) y reconoce en este último su calidad de sujeto de derechos en todo cuanto le favorece.

También ha sido recogida por el Código Civil peruano, el mismo que en su artículo 1º señala: “La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”. Así, la legislación civil nacional no considera que el nasciturus sea una persona natural, ya que no se ha producido aún el hecho determinante del nacimiento, sin que por esta razón deje de considerarse vida humana.

Para el Código Civil peruano, el concebido no es persona, sino un centro privilegiado (puesto que solo lo es para todo lo que le favorezca), distinto y autónomo, un centro de referencia de derechos desde el instante de la concepción y hasta el nacimiento.

De lo antes señalado, se puede sostener que el concebido en el derecho romano no sólo era considerado como una esperanza de vida futura, sino también como un ser humano existente en el momento actual. Para llegar a esta conclusión es necesario analizar una serie de situaciones. Lo primero que es necesario preguntarse es si en el derecho romano se reconocía no sólo la existencia del concebido, sino también su reconocimiento como un ser distinto a la madre. Con respecto a la primera pregunta, es importante aclarar la significancia que el concebido tenía en la toma de decisiones, al menos en materia sucesoria, en el derecho romano, lo cual no hace sino acreditar la existencia real del nasciturus. Por otro lado, queda claro para

todos los estudiosos del derecho romano que el concebido sí es sujeto de derechos. Lo señala el Digesto en numerosas citas y todas las teorías referidas de una u otra manera lo confirman.

Al realizar este análisis, se sostiene que el concebido sí era persona, pues en el derecho romano sólo los hombres, en tanto actuaran como personas, podían ser sujetos de derechos patrimoniales y tenían derecho a ejercer las acciones pertinentes para defender su derecho; sin embargo, los concebidos en el derecho romano en realidad no eran personas, básicamente por la necesidad de que nazcan con forma humana para poder ser considerados hijos; pero sí eran sujetos de derechos patrimoniales, con la consiguiente posibilidad de ejercitar las acciones necesarias para salvaguardar sus derechos. Es en este momento en que cobra especial importancia la figura del curador del vientre; por ende, si se habla de una realidad existente y reconocida como tal, que cuenta con derechos y con la posibilidad de protegerlos, pero que no podía ser persona; entonces ¿de qué se trata? Todo ello conlleva a concluir que el derecho romano reconoció la existencia de entes o realidades, diferentes a la persona romana, que estando en una posición privilegiada frente a estas podían obtener para sí derechos. Evidentemente, se refiere al concebido, equiparable al nacido sólo para adquirir –entendido en un sentido amplio- todo aquello cuanto le favorece, bajo la condición suspensiva del nacimiento con vida y forma humana.

2.7. El inicio de la vida humana en el ordenamiento jurídico peruano

Ramos (2006) basaba sus argumentos en el artículo 1° del Código Civil peruano de 1852, en el cual se declara que “el hombre, según su estado natural, es nacido o por nacer” (p. 449).

Ese texto sigue la tradición jurídica romanista que ve en el concebido un ser humano existente en el momento actual que se distingue del resto sólo por su nacimiento. Esta posición romanista se sigue manifestando en diversos artículos del Código Civil referidos al concebido. De esta manera, el artículo 3° consagraba que “al que está por nacer se le reputa nacido para

todo lo que le favorece”, es decir, se refiere al concebido como si ya fuese hombre. Finalmente, establecía en su artículo 4º que “el nacido y el que está por nacer necesitan para conservar y transmitir estos derechos que su nacimiento se verifique pasados seis meses de su concepción, que vivan cuando menos veinticuatro horas y que tenga figura humana”, es decir, adopta la teoría de la viabilidad y de la forma humana para reconocer personalidad jurídica al concebido, manteniendo aún la posición romanista de mantener una forma humana para ser considerado persona. El hecho de que el Código de 1852 señala que “el hombre, según su estado natural, es nacido o por nacer” es directa influencia del Esboco del código civil brasileiro de Augusto Texeira de Freitas, que nunca llegó a concretarse en una ley.

Se utilizó el concepto de persona para el concebido, pues este era una persona por nacer, concepción que rompió con la tradición vigente según la cual los que aún no habían nacido no eran personas.

2.8. El inicio de la vida humana en el Código Civil vigente

El artículo 1º del código civil peruano establece: “La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”. Entonces, la vida humana comienza con la concepción. Sin embargo, la pregunta relativa al momento de la concepción aún no ha sido respondida

Entonces, ¿cuándo se puede hablar de ser humano concebido? Al derecho, como ciencia social, le es muy interesante conocer con la mayor certeza posible la respuesta a esta pregunta. Sin embargo, no hay un criterio biomédico definido acerca de este fenómeno, siendo para algunos un misterio, mientras que para otros no es problema sostener que la vida no se inicia, sino simplemente se transmite, es decir, la vida es una prolongación del proceso de generación, de modo tal que el embrión es una prolongación de la vida presente en el óvulo y en el espermatozoide.

Ya que no existe norma alguna que responda esta pregunta, se recurrirá a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en cuya sentencia resuelve el expediente N° 7435-2006- PC/TC, de fecha 13 de noviembre de 2006, en el cual se ordena al MINSA distribuir gratuitamente los anticonceptivos orales de emergencia en los centros de salud del país. Para tomar tal decisión, el Tribunal dispuso:

Si el estado actual de la medicina ha determinado que los únicos efectos de la anticoncepción oral de emergencia (AOE) hormonal son anticonceptivos y si existen estudios suficientes y actuales que demuestren que la AOE, ingerida en la dosis recomendada, no ocasiona cambios en el endometrio que impidan la anidación o la implantación, puede concluirse que se trata de un método no abortivo y que su inclusión en las Normas del Programa Nacional de Planificación Familiar es constitucional.

En ese contexto, la AOE hormonal no violaría norma constitucional alguna toda vez que, según indica el Ministerio de Salud y ratifica el Tribunal, “los mecanismos de acción de la AOE hormonal son anteriores a la fecundación”. Al señalar el Tribunal Constitucional que las AOE no son abortivas porque no impiden la anidación, parecería adoptar la teoría de la anidación como la teoría válida para explicar el inicio de la vida humana. Sin embargo, posteriormente reconoce que los mecanismos de acción de la AOE hormonal son anteriores a la fecundación y por lo tanto no son abortivos, es decir, según el máximo intérprete de la constitucionalidad de las normas, la fecundación marcaría el inicio de la vida.

A distinta conclusión llega mediante sentencia del 16 de octubre de 2009, recaída en el expediente N° 02005-2009-PA/TC, por el cual se ordena al MINSA el cese de la distribución de los anticonceptivos orales de emergencia, debido a que no existiría consenso en la comunidad científica respecto a los posibles efectos abortivos del mismo.

En este expediente, el Tribunal Constitucional hace referencia a las teorías antes mencionadas respecto al inicio de la vida humana: (i) Teoría de la fecundación: La concepción

se inicia con la fecundación; sin embargo, esta dura algunas horas y comienza con la penetración del espermatozoide con el óvulo, y concluye con la formación del cigoto. (ii) Teoría de la Anidación: La vida humana se inicia a partir de la anidación del ovulo fecundado (cigoto) en la parte interior del útero materno. Este proceso comienza a partir del sétimo día de la fecundación y dura cerca de siete días. Es desde ese momento que puede hablarse de un nuevo ser.

La vida humana surge desde que hay actividad cerebral, pues es lógico pensar que, si la muerte supone el estado irreversible de las funciones cerebrales, la misma actividad daría inicio a la vida (aproximadamente a la sexta semana de iniciada la fecundación)

2.9. Estatus jurídico del embrión in vitro

La naturaleza jurídica atribuida al embrión obtenido con técnicas de reproducción asistida extracorpóreas está íntimamente ligada con los descubrimientos de la genética y la biología. Actualmente, los conocimientos en biogenética han permitido determinar tres estadios en el desarrollo prenatal del ser humano: preembrión o cigoto, embrión y feto.

Se le conoce como preembrión al producto obtenido del proceso de fusión entre los gametos masculino y femenino hasta aproximadamente el décimo cuarto día, cuando se produce la aparición de la cresta neural y se procede a su implantación en la cavidad uterina. Este término alude al cigoto o masa celular en proceso de división, proceso que culminará justamente el décimo cuarto día. El embrión se forma en la matriz materna y se mantiene como tal hasta aproximadamente dos meses y medio después, en cuyo período se desarrollan órganos como el cerebro o el corazón. Se conoce como feto para la última fase del desarrollo embriológico, cuando ya se empieza a tener forma humana.

Lo cierto es que el término preembrión es un término acuñado por los genetistas que experimentan con embriones humanos con menos de 14 días de desarrollo; y que usan para fundamentar la existencia de diferencias esenciales entre este y el ser humano con más de 14

días de desarrollo, y de esta manera justificar la experimentación con embriones humanos, pues según ellos, aquellos embriones que no tienen 14 días de desarrollo no son seres humanos. El fundamento utilizado es simple: en tanto la vida humana termina con el cese de la actividad cerebral, por lógica consecuencia, empezaría con el inicio de la misma, que se produce con la aparición de la cresta neural, a los 14 días de desarrollo del embrión.

Esta conveniencia es demostrada por Vivanco, et al (2011), quienes determinaron que el término preembrión es un término generalmente aceptado por la literatura científica internacional, tomando todas las publicaciones realizadas entre 1999 y 2008 ingresadas al sistema del Science-Citation-Index-Expanded del Web-of- Knowledge, obteniendo como resultado que, de un total de 93.019 registros, 90.888 incluyeron embrión; 8.366 blastocisto, 2.397 embrión preimplantacional y únicamente 172 preembrión. Por tanto, el término preembrión no es generalmente aceptado por la comunidad científica, probablemente porque es confuso o inadecuado.

Por otro lado, hay cierto sector de la doctrina que sostiene que mientras se encuentre fuera del vientre materno, no es precisamente un embrión humano, sino un grupo de células que pueden ser consideradas objeto de derecho. Con relación al embrión in vitro, que no se puede hablar de embrión como un ser humano individualizado, pues “la individualización está dada por dos propiedades: ser único e irrepetible; y ser uno sólo, por lo tanto, el embrión in vitro se mantiene en un estado de división celular, la individualidad no la obtendrá hasta el 14° día” (Alverde, 2011, p. 74).

En el mismo sentido el embrión creado in vitro no es un sujeto de derecho. La fecundación de células sexuales en un laboratorio es un acto biológico, el cual, en el estado de la legislación, no genera ningún efecto jurídico. Dicho de otro modo, no hay concepción antes de la transferencia del embrión in útero. Y si, de acuerdo al artículo primero la vida humana comienza con la concepción es posible afirmar que jurídicamente el embrión obtenido in vitro

no es tratado como vida humana.

Al respecto, la persona humana es una realidad unitaria y coherente, cuya plena realización rechaza cualquier tipo de contradicción interna. En ese sentido, se entiende que la naturaleza humana desde el primer instante de desarrollo de la persona humana, que como ya se ha señalado corresponde a la etapa del embrión. En ese sentido, ya que ontológicamente el cigoto, el embrión y el feto son iguales, la naturaleza jurídica de todos ellos debe ser igual, correspondiéndoles la protección más perfecta que el ordenamiento jurídico les puede otorgar, que en este caso es la protección que le corresponde al nasciturus. Así, el embrión gozará de todos sus derechos personales, y de los patrimoniales siempre y cuando nazca vivo (Castillo (2013, p. 112).

Es de señalar, también que quien defiende la naturaleza humana del embrión desde el primer instante de su desarrollo ontológicamente, por el hecho de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide nos hallamos frente a un ser de naturaleza humana. Esta es la realidad biológica que interesa tener en cuenta para el efecto de considerar normativamente como sujeto de derechos a este nuevo ser y brindarle, en consecuencia, la protección jurídica debida (Fernández, 2010, p. 68).

2.10. Justificación legal: El derecho a la reproducción

Conforme con Rubio (2011):

Las técnicas de reproducción humana asistida son usadas por las personas que deciden acceder a ellas debido a la imposibilidad que tienen de poder procrear. En dicho sentido, la primera justificación que se busca de estas técnicas es precisamente el derecho a la reproducción.

Sin embargo, el texto constitucional peruano no reconoce expresamente el derecho a tener hijos, lo cual hubiera contribuido, y mucho, a la solución de muchos de los problemas derivados de la fecundación asistida, tales como la maternidad de la mujer sola o la fecundación

post mortem.

En el artículo cuarto de la Constitución se reconoce el derecho a la paternidad, sin embargo, ello no es cierto. Cuando dicho precepto fundamental establece que:

El Estado protege a la familia y promueve el matrimonio, reconociéndolos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad, con ello simplemente se ha limitado a garantizar constitucionalmente ambos institutos [la familia y el matrimonio] con una protección especial, la derivada de su consagración en el propio texto constitucional.

En ese sentido, no se trataría, según el Tribunal Constitucional, de la protección directa de dos derechos fundamentales, sino que se les protege en tanto la Constitución garantiza dos institutos jurídicos. Así, la protección constitucional que sobre el derecho a tener una familia se traduce en la invalidación de una eventual supresión o afectación de su contenido esencial.

A falta de regulación constitucional, es preciso encontrar su justificación en otros valores, principios y derechos constitucionales que permitan hallar la justificación del derecho a tener hijos. Por ello, es preciso encontrar la justificación del derecho a la reproducción en la libertad, dignidad, en el derecho al matrimonio y en el derecho a fundar una familia. También se debe hablar sobre la verdad biológica, ya que la puesta en práctica del derecho a conocer la verdad de origen ha resultado muchas veces problemática.

De tal forma, los magistrados en muchas oportunidades han sido llamados a resolver conflictos entre el mencionado derecho y los derechos a la integridad física, a no autoincriminarse, a la intimidad, e incluso el derecho de los deudos a velar por los restos de una persona.

De igual forma, se ha puesto en dudas la constitucionalidad de diversas normas del Código Civil como las que establecen caducidades para el ejercicio de las acciones de estado o ponen coto a la posibilidad de hacer coincidir el estado de familia con la realidad biológica.

El conflicto se genera en aquellos casos donde el núcleo familiar básico se ha

desintegrado y el niño ha conformado su identidad a través de los vínculos con la familia que ejerce la guarda legal, planteándose la disputa entre estos y la familia de origen. La tendencia de la jurisprudencia argentina ha priorizado el interés superior del niño en conservar ese marco familiar real y afectivo que ha permitido su crecimiento.

Indudablemente uno de los desafíos más grandes que tendrá el derecho civil en el orden comparado y, por supuesto, en el Perú, es el tema de los derechos personalísimos en relación a la reproducción asistida. Básicamente el problema surge con la fecundación asistida denominada heteróloga, la que se caracteriza por la preservación del anonimato del dador del material genético como forma de fomentar su donación. En principio, tanto la donación de gametos como su recepción, integrarían el ámbito de la intimidad y, en consecuencia, deberá preservarse toda intrusión que vulnere el derecho de secreto o reserva de los sujetos involucrados. Pero frente a ese anonimato se encuentra el derecho del hijo concebido con el empleo de esas técnicas a conocer su realidad genética.

A continuación, se revisarán algunas de las posibilidades en las que puede existir un claro conflicto en la determinación de la filiación:

- a. Persona concebida por inseminación artificial o fecundación in vitro en mujer casada, con semen de dador anónimo.
- b. Persona concebida por inseminación artificial o fecundación in vitro y gestada en el vientre en mujer casada, con óvulo de dadora anónima y semen del marido, en vida de ambos.
- c. Persona concebida por inseminación artificial o fecundación in vitro en mujer unida bajo una convivencia de pareja, con semen de su conviviente.
- d. Persona concebida por inseminación artificial o fecundación in vitro en mujer (casada o no) que aporta su óvulo, con semen de hombre casado, con el compromiso de entregar el hijo al matrimonio conformado por el dador del semen y su mujer.
- e. Persona concebida por inseminación artificial o fecundación in vitro en mujer

casada con material genético del matrimonio y gestada en el vientre de otra mujer.

f. Persona concebida por inseminación artificial o fecundación in vitro en mujer casada en mujer soltera, viuda, separada de hecho, separada personalmente, divorciada vincularmente o cuyo matrimonio ha sido declarado nulo, con semen de dador anónimo y óvulo propio de la mujer.

g. Persona concebida por inseminación artificial o fecundación in vitro en mujer casada, en mujer soltera, viuda, separada de hecho, separada personalmente, divorciada vincularmente o cuyo matrimonio ha sido declarado nulo, con óvulo y semen de dadores anónimos.

h. Persona concebida por fecundación in vitro con material genético del matrimonio o convivientes, disuelto por la muerte de ambos antes del implante. Estos ejemplos resultan algunas de las posibilidades imaginables, exponen la complejidad de la temática, y el gran desafío en el que se encuentra el derecho para dar un marco legal armonioso.

También se debe tener en cuenta que la voluntad procreacional, debido a que actualmente se no es imprescindible la relación sexual para lograr la concepción del ser humano, toda vez que con los avances científicos se puede tener descendencia sin necesidad de unión sexual entre un hombre y una mujer. Sin querer hacer una descripción de las técnicas de procreación medicamente asistida, ya que no es el objetivo de este trabajo, a grandes rasgos se puede señalar que se generan a través de inseminación artificial, cuyo procedimiento consiste en colocar en el útero de la mujer semen de un hombre sin contacto sexual. Puede ser homologa, si se utiliza esperma del propio marido y heteróloga si se ocupa esperma de un donador. En cambio, en caso de la fecundación in vitro, el procedimiento es distinto, ya que ocurre en probeta y al igual que la inseminación también puede ser homóloga y heteróloga, según se trate del óvulo del cónyuge o de una mujer extraña, de semen del marido o de un donante.

A esta duplicidad se suma la subrogación de la maternidad que, en términos generales,

consiste en contar con los servicios de una mujer para que lleve el embarazo con la intención de entregar el niño o la niña al nacer a las personas que los han encargado. Con la utilización de los modos de procreación asistida, se puede tener descendencia en forma asexual, los usuarios exteriorizan su voluntad a este acto substitutivo de la cópula y a veces, aunque no aportan gametos, deciden el nacimiento porque desean un hijo o hija y es a quien se le atribuye la paternidad y/o la maternidad.

De este modo en muchos lugares del mundo y en varias entidades federativas en México, se ha regulado la procreación con asistencia médica, protegiendo la decisión de voluntad de quien quiere ser padre y/o madre con todas las obligaciones y facultades que implica la filiación.

2.11. Maternidad subrogada

El origen de la maternidad subrogada data del año 1979, fecha en que Richard Levine, en Luisville, Kentucky, creó la primera sociedad de prestamo de úteros, que se denominó Surrogate parenting associates. A través de esta agencia se formalizaban contratos en los que se elegía a una madre portadora que se comprometía a ser inseminada y gestar, para luego abandonar al niño. Cuando la mujer daba a luz abandonaba al niño, que era recogido por el padre y adoptado por la esposa de este (Carcaba, 2012, p. 79).

A la maternidad subrogada se le comenzó a conocer como tal desde 1975, desde esa fecha han surgido diversas denominaciones: Alquiler de vientre, Alquiler de útero, Arriendo de útero, Gestación subrogada. Para efecto de este trabajo de investigación, se utilizarán los términos de maternidad subrogada o vientre de alquiler.

Según Bernal (2012):

La maternidad subrogada denomina habitualmente la práctica en la cual una mujer previo acuerdo de las partes, se compromete a llevar adelante un embarazo y entregar al niño en el momento de nacimiento a una pareja o persona, renunciando a sus propios

derechos como madre, frecuentemente es realizada a cambio de dinero (p. 33).

El contrato de madre subrogada ha sido definido como un acuerdo por medio del cual una mujer acepta quedar embarazada mediante un procedimiento de inseminación artificial, para que luego, una vez producido el nacimiento del bebé, se entregue al donante de esperma y a su esposa, renunciando a los derechos que la ley le confiere sobre el recién nacido, y en contraprestación, por regla general, al pago de una compensación, generalmente consistente en una suma de dinero (Rodríguez, et al, 2012).

Por otra parte, el contrato de la maternidad subrogada en el estado de Michigan se definió como un contrato de ascendencia subrogada significa un contrato, acuerdo o arreglo en el cual una mujer acuerda concebir un niño mediante inseminación natural o artificial, o en el cual una mujer acuerda sustituir en la gestación, y voluntariamente renunciar a sus derechos parentales o de custodia sobre el niño. Se presume que en un contrato, acuerdo o arreglo en el cual la mujer acuerda concebir un niño por medio de inseminación natural o artificial por una persona diferente a su esposo, o en el cual la mujer acuerda sustituir en la gestación, incluye una provisión, expresa o no, de que la mujer renunciará a sus derechos parentales o de custodia sobre el niño. El contrato de maternidad subrogada puede clasificarse en altruista y comercial.

El primero se presenta cuando la madre no recibe pago alguno por el alquiler de su vientre, o si recibe alguna contraprestación, esta se limita al pago de los gastos derivados del embarazo. Por el contrario, el contrato de maternidad subrogada de carácter comercial existe cuando la madre sí recibe un pago como contraprestación de las obligaciones derivadas del contrato, pago que puede consistir, no solamente en una suma de dinero, sino también en la entrega de objetos, servicios o cualquier otra cosa de valor pecuniario.

A partir de las anteriores consideraciones, es posible identificar un conjunto de obligaciones particulares que surgen para las partes del contrato. Para el caso de la madre subrogada, estas consistirán en: (1) Permitir ser inseminada artificialmente con la esperma del

padre biológico, (2) Llevar el feto en su vientre hasta el nacimiento del bebé, y (3) Renunciar a los derechos de custodia sobre el recién nacido en favor del padre biológico y su esposa.

Por otra parte, en contraprestación a las obligaciones asumidas por la madre subrogada, el padre biológico y su esposa se obligan a: (1) Pagar todos los gastos médicos y legales generados como consecuencia del embarazo, (2) Asumir la responsabilidad de custodia sobre el recién nacido, y (3) Como regla general, pagar a la madre subrogada una compensación.

2.11.1. Aspectos teóricos de la figura de maternidad subrogada

Conforme con Cornejo (2008):

Los aspectos teóricos de la maternidad subrogada fueron revisados en diversos libros, revistas y artículos tanto nacionales como extranjeros, así como trabajos de investigación sobre dicho tema realizados a nivel doctrinario tanto a nivel nacional como extranjero, dichos aspectos servirán de sustento teórico al problema general planteado y posteriormente facilitarán la conclusión del trabajo de investigación (p. 89).

2.11.2. Conceptos doctrinarios de la figura de maternidad subrogada

En la presente investigación se desarrollan diversas concepciones de la figura de maternidad subrogada esbozados por juristas y doctrinarios del Derecho Civil:

Peralta (2004) definió a la maternidad subrogada como:

El convenio por el cual una mujer se compromete frente a otra u otras a gestar en su vientre un embrión fecundado extracorpóreamente ya en forma homóloga o heteróloga, para luego entregar la criatura después del parto. Ello implica una serie de deberes y derechos que debieran reglamentarse (p. 37).

Por su parte, Espinoza (2004) definió a la madre sustituta como “aquella mujer que ofrece su útero para que se desarrolle en este el embrión concebido extracorpóreamente, para después entregar al niño a sus verdaderos padres” (p. 121).

Asimismo, Sesta (2002) afirmó que se trata de:

La situación por la cual una mujer adquiere la obligación de llevar al término el embarazo por cuenta de una pareja estéril a la que se compromete a entregar al niño. En estos casos la mujer que se presta a ello puede ser fecundada por el semen del marido o puede recibir el implante del embrión concebido in vitro (p. 118).

2.11.3. Clases de maternidad subrogada

De las definiciones planteadas anteriormente, pueden deducirse dos clases de maternidad subrogada:

2.11.3.1. Madre por subrogación propiamente. Se presenta cuando una mujer acepta ser inseminada artificialmente con el espermatozoides del marido de una mujer estéril y entrega al niño al nacer este, por tanto, es madre biológica, gestadora y generadora (Mosquera, 2012, p. 48)

2.11.3.2. Madre portadora. Aquí la mujer, lleva un embrión genéticamente ajeno implantado en su útero. El embrión puede ser de la pareja contratante como de los donantes. En este marco pueden presentarse las siguientes variantes: (i) Cuando tanto el semen como el óvulo provienen de la pareja contratante. (ii) Cuando el ovulo proviene de la esposa contratante y el semen de un cedente. (iii) Cuando el óvulo pertenece a una cedente y el semen al esposo contratante. (iv) Cuando tanto el ovulo como el semen provienen de cedentes. (v) Cuando tanto el ovulo proviene de la madre de alquiler y el semen del esposo contratante. (vi) Cuando el ovulo proviene de la madre de alquiler y el semen de un cedente.

Por otra parte, Alarcón (2012, p. 130), desarrolla dos modalidades de la maternidad por sustitución:

2.11.3.3. La maternidad por simple sustitución. Que consiste en que la mujer que gesta y da a luz, aporta al proceso el material genético puesto que es la productora del óvulo fecundado.

2.11.3.4. La maternidad por sustitución de la gestación. Que consiste en que

la mujer que gesta y da a luz no aporta al proceso su material genético puesto que no es la productora del ovulo fecundado.

2.11.4. Disociación de la maternidad

Para Delgado (2004, p. 45) el fenómeno de la maternidad subrogada, ha dado lugar a la aparición de formas de maternidad compartida que la doctrina ha clasificado según los grados de intervención de cada una de las mujeres en la procreación. Así se han llegado a identificar las siguientes modalidades con relación a la maternidad:

2.11.4.1. Maternidad plena. Es la que une la relación biológica con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que implican la maternidad.

2.11.4.2. Maternidad genética. Comprende aquella mujer que aporta el material genético que tiene lazos de identidad y correspondencia genética por el hecho de brindar el ovulo y así proporcionar el 50% de la información genética del concebido.

2.11.4.3. Maternidad gestativa. Comprende aquella mujer que porta el embrión durante todo el tiempo que dura la gestación, generando en ella sentimientos y emociones hacia el ser que crece en su vientre.

2.11.4.4. Maternidad legal. Comprende aquella mujer que asume frente al hijo derechos y obligaciones inherentes a la maternidad sin que exista entre ellos vínculos biológicos.

2.11.5. Ventajas y desventajas de la aplicación de la técnica de maternidad subrogada

El mayor beneficio que puede aportar la maternidad subrogada es que una persona que por sí misma no pueda gestar a un bebé, puede cumplir su deseo de convertirse en padre o madre al recurrir a este proceso. En muchos casos, y si la madre gestante así lo permite, puede existir una estrecha relación entre los futuros padres y la mujer que presta su vientre en alquiler. Tanto es así, que los padres pueden seguir en ocasiones de cerca su embarazo, incluso estar presentes en el momento del parto. En caso de que la gestación subrogada sea total, el principal

beneficio de la maternidad subrogada es que muchas parejas que no pueden tener hijos por sí mismos, pueden tener sus propios hijos biológicos dado que el esperma y los óvulos son propios.

Asimismo, algunas mujeres que se han acogido a la maternidad subrogada señalan también que una de las ventajas de la gestación subrogada de este proceso, es que no han tenido que sufrir directamente en su cuerpo los cambios y las molestias propias del embarazo.

Por otro lado, si no se trata de una gestación subrogada altruista, este proceso reproductivo puede tener un elevado coste al que no pueden hacer frente muchas parejas o personas que desean convertirse en padres y madres solteros. Por lo tanto, el primer inconveniente de la maternidad subrogada, y también el más evidente, es su elevado precio. En segundo lugar, la maternidad subrogada no está legalizada en la mayoría de países del mundo. Tan sólo son unos pocos países los que actualmente han legalizado este proceso. Esto implica que las personas que desean convertirse en padres tendrán necesariamente que viajar a algunos de estos países para poder conseguir su sueño.

Sin embargo, la principal desventaja de la gestación subrogada tiene que ver con los sentimientos de los padres implicados en todo el proceso de la gestación subrogada. Y es que, en ocasiones, las personas que desean convertirse en padres y madres pueden ver truncados sus deseos, si la madre de alquiler se echa atrás durante este proceso, lo cual suele ocurrir en los casos en los que los óvulos pertenecen a la madre de alquiler, ya que ella también es madre biológica del niño, y puede decidir revocar el proceso en cualquier momento, y seguir adelante con su embarazo.

La maternidad subrogada puede convertirse en un proceso que comporte mucha ansiedad y momentos de altibajos e incertidumbres, debido a que los futuros padres no viven el día a día junto a la madre gestante, y no pueden compartir con ella los momentos más importantes del embarazo.

2.12. La maternidad subrogada en el derecho comparado

En otros países existe la legalidad de la maternidad subrogada como, por ejemplo:

2.12.1. Francia

El Comité Consultivo Nacional de Ética francés en sus opiniones sobre la materia, se ha manifestado en contra de esta práctica. Defiende, sobre el argumentario de que puede servir a intereses comerciales, llevando a la explotación de las mujeres involucradas, que la gestación por sustitución es contraria a la dignidad humana y que puede causar graves secuelas emocionales en los hijos.

El Código Civil francés establece en su artículo 16.7 que: “todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo”, nulo por razones de orden público. Mientras su Código Penal castiga con prisión y multa a los que actúen como intermediarios entre gestante y comitente, estableciendo que, si existe finalidad de lucro, las penas han de doblarse (artículo 227.12). El Código Penal francés castiga, además, la sustitución voluntaria, la simulación o el engaño que hayan causado un atentado al estado civil de un niño, así como la tentativa, según el artículo 227.13. Por último, conforme con artículo 511.24, se sanciona “el hecho de proceder a actividades de reproducción médicamente asistida con fines distintos a los definidos por el artículo L. 152.2 del Código de Salud Pública”.

2.12.2. Argentina

En la actualidad, ser madre o padre tiene tres vías factibles o fuentes. El Código Civil argentino vigente funda dos de ellas en el art. 240, en el cual se señala: “la filiación por naturaleza y la filiación por adopción”. La tercera forma, contemplada en la Ley N° 26.862, sancionada en el 2013, garantiza el acceso gratuito a procedimientos médicos para que los ciudadanos puedan procrear. La primera alternativa es la forma natural de concebir, que un hombre y una mujer se unan con el fin de procrear y que, al mismo tiempo, tengan la posibilidad biológica de llevar a cabo un embarazo. Es decir, que no sean infértiles o que el embarazo

llegue a término (Scotti, 2013, p. 91).

Es la forma de reproducción más común y con menos problemas jurídicos. En Argentina, el Código Civil establece en su artículo 242 que “la maternidad quedará establecida, aún sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstetra que haya atendido el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo”. Esto significa que, en su ordenamiento, madre es quien puja y tiene al bebé por el canal de parto.

La mayoría de las veces en una pareja infértil hay un solo integrante que lo es, el otro puede poseer capacidad para reproducir, recurriendo a una madre subrogada como solución para el integrante que puede aportar su material genético. Hay muchas personas que no pueden establecer un lazo con quien no tiene su biología, no sienten que puedan amar a un niño que no se le parezca, eso hay que respetarlo. La ley de adopción debería ser más flexible, no puede ser que haya una obsesión en establecer un vínculo biológico (revincular) (Berger, 2012).

En Argentina, se conserva una postura institucionalista respecto a la adopción, es decir, no contractual. Lo dicho se observa en el art. 311 del Código Civil que establece lo siguiente: “La adopción de menores no emancipados se otorgará por sentencia judicial a instancia del adoptante”. En paralelo, el artículo 318 del mismo Código establece que “se prohíbe expresamente la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo”. Sin embargo, respecto a la ley. Esta parece ir por la postura más contractualista. La Ley N° 26.862 establece en el artículo 7, bajo el título “beneficiarios”, lo siguiente: “Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la Ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer”. Siguiendo lo dicho, la Ley

Nº 26.529 en su artículo 5 entiende por consentimiento informado “la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: Su estado de salud; El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; Los beneficios esperados del procedimiento; Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto.

En resumen, la donación de gametos debe realizarse formalmente con consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes. Recogiendo lo más importante, se puede afirmar que, si consideramos a la maternidad subrogada, el contrato entre voluntades que desean una inseminación artificial con el objetivo de ser padres a través de una mujer inseminada con material genético de un tercero, no parece ir por un camino antagónico por el cual se conduce la Ley de Fertilización Asistida. Es decir, la inseminación de la mujer que presta su vientre, hasta acá no parece presentar complicaciones en la ley argentina dado que se compatibiliza bien con la formalización que se utiliza. Contrariamente, lo que sí provoca dificultades, es lo dicho anteriormente, la moralidad de contratar sobre el vientre de una mujer, quien gestará y dará a luz, renunciará a sus derechos como madre y entregará al nacido. Pero, ante esta situación vale decir que la moralidad es una costumbre inserta en la sociedad por la cual se considera (juzga) bien o mal cierta acción, conducta o acto. Y, en el mismo orden de ideas, ser madre no lo determina el canal de parto, madre es una relación que se construye y desarrolla, es cuidar y dar amor, o ¿no existen madres biológicas que abandonan a sus hijos? y ¿no existen madres no biológicas que adoptan a un hijo que no nació de sus entrañas?; razón por la cual, se debe ir más allá de lo que Vélez Sarsfield quiso plantear en el artículo 242 y movernos en otra dirección.

Para Berger (2012):

La filiación biológica puede perfectamente no coincidir con la filiación jurídica, y es necesario reconocer que hoy existen nuevas realidades jurídicas y familiares para las cuales es necesario crear categorías nuevas. Por otra parte, en la historia siempre se han creado categorías nuevas para adaptarse al correr de los tiempos, y no siempre ha sido fácil así reconocemos que el tema de la fertilización in vitro, la gestación por sustitución y la copaternidad, entre otros, presentan desafíos difíciles de asumir para ciertos sectores del pensamiento, y será necesario un lento y exhaustivo análisis de todas las variables para llegar a una solución satisfactoria, que a mi entender ya está próxima (p. 4).

El Anteproyecto de Código Civil argentino lo reconoció cuando incluyó dentro de su cuerpo a la Maternidad subrogada y consideró persona al embrión implantado en el vientre materno. Ello nos muestra que se requiere que el consentimiento de la receptora sea determinante para la filiación y no que la derivación biológica constituya el vínculo legal. Los avances en las TRHA exigen una transformación y un reconocimiento a las nuevas formas. Lo conveniente en el caso de la Madre Subrogada sería que la pareja receptora reconozca a su futuro hijo desde la etapa embrionaria, antes de que se le transfiera. De esta manera, reconocida la Maternidad subrogada, con consentimiento de las partes para realizar la práctica y, además, con el reconocimiento de los embriones se podría llegar a realizar el procedimiento dejado de lado por el Anteproyecto.

Portalís (2004):

Las necesidades de la sociedad son tan variadas, la comunicación de los hombres es tan activa, sus intereses están tan multiplicados y sus relaciones tan extendidas, que es imposible para el legislador atender a todo. Las leyes, una vez que han sido redactadas, permanecen como fueron escritas; los hombres, por el contrario, no descansan jamás; siempre están actuando, y este movimiento, que no se detiene y cuyos efectos son

modificados en forma diversa por las circunstancias, produce a cada instante una nueva combinación, un hecho nuevo, un nuevo resultado (p. 5).

2.12.3. Alemania

En Alemania, la Ley de adopción prohíbe y castiga la gestación por sustitución, en general, pero es la Ley de protección del embrión, número 745/90, de 13 de diciembre de 1990, en su artículo 1º, titulado: Utilización abusiva de las técnicas de reproducción, la que detalla las conductas merecedoras de sanción: (aquel que) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra. Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo. Extrajera de una mujer un embrión antes de su implantación en el útero con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizarlo con un fin distinto al de su protección. Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros tras su nacimiento. Introdujera artificialmente un espermatozoide humano en un óvulo humano, con un fin distinto que el iniciar un embarazo en la mujer de donde proviene el óvulo. Y estableciendo expresamente que no se castigará ni a la mujer gestante ni a la comitente.

2.12.4. Suiza

Queda prohibida la maternidad subrogada por su Constitución Federal, que de forma tajante establece (artículo 119.2 letra d.): “La donación de embriones y todas las formas de gestación por sustitución están prohibidas”. Castigando la Ley Federal sobre procreación medicamente asistida (artículos 4 y 31), con prisión o multa, a quien solicite la realización de aquella técnica, así como a los intermediarios.

2.12.5. Italia

Conforme a la Ley número 40 de 19 de febrero de 2004, sobre normas en materia de procreación médica asistida, queda prohibido recurrir a cualquier técnica de procreación médicamente asistida de tipo heteróloga, lo cual supone la prohibición de la gestación por

sustitución. Pero es el artículo 12.6 el que establece expresamente la nulidad del convenio en cualquiera de sus modalidades, castigando con pena de prisión y multa, a quien, de cualquier modo, realice, organice o publicite la maternidad subrogada. Bien es cierto que, una sentencia del tribunal civil de la ciudad de Roma, del 17 de febrero de 2000, autorizó a una pareja a utilizar los servicios de una madre sustituta. Ello se debió a que se trataba de una mujer que, debido a una malformación genital, no podía llevar adelante un embarazo, aunque sí producir ovocitos, por lo que se le permitió, en tanto se llevaba a cabo «por amor y no por dinero». Aunque después la gestante debía renunciar a la maternidad y los padres proceder a adoptar al nacido.

2.12.6. Austria

Ni la donación de ovocitos ni de embriones, es posible en Austria, ello según la ley de medicina reproductiva de 1992. Esta sólo permite el uso de los gametos de la pareja que se somete a la técnica de reproducción asistida (artículo 3.1), salvo que el hombre sea estéril (artículo 3.2), en cuyo caso se autoriza la donación de semen, pero que sólo podrá ser utilizado mediante Inseminación Artificial. Conviene hacer notar que la legislación austríaca, por únicamente tolerar técnicas heterólogas en determinadas situaciones, fue cuestionada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Finalmente quedó en nada, pues la Gran Sala concluyó que los legisladores hilaron fino al tratar un tema polémico con grandes interrogantes éticos, pero subrayando la importancia de que la Ley avance al paso de la ciencia.

2.12.7. Reino Unido

En Reino Unido, la gestación por sustitución se halla muy intervenida. Se encuentra ordenada en la Surrogacy Arrangements Acts de 1985, la Adoption and Children Act de 2002, la Human Fertilisation and Embryology Act de 2008 (en adelante, HEFA) y otros instrumentos como la Fertilisation and Embryology (Parental order) Regulations de 2010. Muy influenciada

por el informe Warnock, que recomendó declarar ilegal todo acuerdo de gestación por sustitución, y sancionar criminalmente la creación de establecimientos comerciales que recluten gestantes, la Surrogacy Arrangements Act, aprobada en 1985 para el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, sanciona penalmente la publicidad y la gestión comercial para la realización de acuerdos de maternidad subrogada.

Ahora bien, se admite la gestación por sustitución justificada por motivos médicos, que no implique ejecutar un contrato. El servicio debe ser a título gratuito, sin intermediarios, admitiéndose el pago a la gestante de gastos razonables que se deriven de la gestación, lo cual no privaría del elemento de gratuidad. En su sistema, la filiación se determina por el parto, independientemente de que la que lo lleva a cabo sea o no la mujer que aporta el material genético. Si está casada, su marido será considerado padre legal del niño, a menos que se demuestre que no dio su consentimiento para la gestación por sustitución.

En este caso, la filiación se transfiere a los comitentes, si estos lo solicitan ante los tribunales, pasado un período de reflexión de seis semanas que es derecho de la gestante. Así, el Juez procederá a establecer la filiación del nacido respecto de los comitentes, transfiriendo la inicialmente establecida en favor de la gestante, por medio de una parental order, provocando así, la concurrencia de dos actas de nacimiento.

En caso de que la gestante no se halle casada, ni en una unión civil, el comitente aportante de semen, será declarado padre legal de la criatura, automáticamente, sin depender de ningún consentimiento por parte de la gestante. Tras ello, el comitente que no aportó el semen (caso de donante de semen o de pareja homosexual de varones), o la mujer comitente, serán designados padres legales, si tanto la gestante como esta parte consienten. Para ello, la parte comitente habrá de rellenar el formulario SSP. Su consentimiento para ser el padre legal en caso de surrogacy y la gestante el SWP su consentimiento para nombrar a un comitente para ser padre legal».

Es importante observar que, en cualquier caso, la gestante siempre es la madre, y que para transferir la filiación se requiere la tramitación de la parental order y, por ende, su consentimiento. Ello supone que, a diferencia de regulaciones que consideraremos a continuación, el Reino Unido permite a la gestante cambiar de opinión antes y durante un período después de dar a luz, examinando el consentimiento de las partes y evaluando el interés superior del niño tras su nacimiento. Pero para el otorgamiento de la parental order, la HEFA exige que se cumplan una serie de cuestiones: Al menos uno de los comitentes debe aportar su material genético, evidencia que ha de demostrarse ante el tribunal.

Los comitentes deben ser esposos, constituir una unión civil o ser dos personas que vivan como pareja en una relación familiar duradera, y no se encuentren en grados prohibidos de parentesco. Además, ha de tratarse de personas mayores de 18 años, al momento de solicitar la orden, y tanto cuando se solicita como cuando se otorga, el hogar del niño debe ser el de los comitentes. La parental order debe solicitarse dentro de los seis meses al nacimiento del niño, sin que quepa prórroga, lo cual puede ser un problema cuando cuestiones de inmigración supongan un retraso. También, tanto en el momento de solicitud, como en el de concesión, al menos uno de los comitentes ha de estar domiciliado en el Reino Unido.

Por otro lado, el tribunal debe asegurarse de que tanto la gestante, como su esposo, si lo hubiera, han consentido libre, incondicionalmente, y con plena comprensión. Consentimiento que sólo se reputará válido si se ha producido transcurridas seis semanas del nacimiento. Por último, la Ley autoriza el pago de gastos razonables, no cabiendo ninguna otra remuneración, salvo autorización judicial, que tiene la facultad de autorizar pagos que excedan de aquéllos en forma retroactiva.

2.12.8. España

España contaba con la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre técnicas de reproducción asistida, siendo considerado como el primer país europeo en emitir una Ley que regula, de

manera sistemática, la inseminación artificial y la fecundación in vitro. Aunque hay que hacer mención que anteriormente (22 de diciembre de 1985) Suecia había dictado una Ley que regulaba de forma exclusiva la inseminación artificial. España es uno de los pocos países donde se tiene regulada la maternidad subrogada. El Informe de la Comisión Especial de estudio de la fecundación in vitro y la inseminación artificial humana contiene estas tres recomendaciones, que a continuación se transcriben.

Recomendación 115: Deberá prohibirse la gestación de sustitución de cualquier circunstancia. Recomendación 116: Deberán ser objeto de sanción penal del tipo que procediera, las personas que participen en un contrato de gestación, aunque no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que lo propicien y los equipos médicos que la realicen. Recomendación 117: Deberán ser objeto de sanción los centros sanitarios o servicios en los que se realizarán las técnicas para la gestación de sustitución. Así, admitiendo el avance científico y sus posibilidades, constata su aplicación positiva al problema de la esterilidad humana, caso de que otros métodos sean inapropiados para su consecución.

No obstante, además de expresar esta visión ciertamente alentadora del progreso científico, se pone en conocimiento y se presenta la inquietud e incertidumbre que este género de prácticas representa para la sociedad y humanidad, toda vez que no sólo se van a poder aplicar como remedio a la esterilidad humana, sino que también, y aquí reside la alarma generada, pueden utilizarse para la multiplicación genética, con las consecuencias que ello conlleva y los abismos que se pueden abrir.

La actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida dice en su: capítulo II. Artículo 10 señala: Gestación por sustitución. 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la

posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

2.12.9. *Canadá*

La Ley canadiense de reproducción humana asistida, la Assisted Human Reproduction Act de 2004, prohíbe pagar u ofrecer pagar a una mujer para que actúe como gestante, pagar u ofrecer pagar a una persona para que organice esos servicios, o asistir a una mujer para que actúe como gestante cuando se sabe o se tiene razones para creer que es menor de 21 años. Por ello, se entiende que no se prohíbe la maternidad subrogada altruista, aunque el contrato que la prevé no es ejecutable como tal.

La Ley no se refiere a la validez o invalidez de dichos acuerdos, pero la jurisprudencia, en general, decide en favor del mejor interés del niño. Canadá establece la responsabilidad de las provincias para entender acerca de la validez de estos contratos y sus consecuencias en la filiación. S, bien es cierto que la gran mayoría de provincias carece de solución legal expresa que defina la filiación tras un acuerdo de gestación por sustitución, Quebec, por ejemplo, determina la nulidad de este tipo de contratos, pero recurre a la adopción por consentimiento especial para establecer la filiación en favor de los comitentes.

2.12.10. *Grecia*

La legislación griega somete la maternidad subrogada al cumplimiento de una serie de requisitos. El artículo 1458 de la Ley 3089/2002 además de la Ley 3305/2005 que modifica el CC griego establece que la transferencia de un óvulo fertilizado a otra mujer y su embarazo deberá ser permitida por autorización judicial expedida antes de la transferencia, la cual será dada previo acuerdo escrito y sin beneficios económicos entre las partes implicadas. La autorización judicial será expedida seguida de un escrito presentado por la mujer que quiere tener un hijo en el que conste evidencia que demuestre no sólo que ella es medicamente incapaz de concebir un hijo, sino también que la gestante goza de buena salud y es capaz de concebir.

Los requisitos para que se conceda la autorización, establecen que la comitente debe probar que no es capaz de llevar a término un embarazo; y no sobrepasar los 50 años; la gestante, por su parte, ha de probar su sanidad; no pudiendo aportar el óvulo; y si está casada, se requiere el consentimiento escrito de su marido. Tanto gestante como comitentes han de ser ciudadanos griegos o residentes permanentes en Grecia, para evitar el turismo reproductivo.

El proceso para la obtención de dicha autorización ha de ser iniciado por la comitente, pues como se desprende del artículo redactado, hablamos de dos mujeres, gestante y comitente. El hombre no tiene derecho alguno para iniciar el proceso de solicitar aquélla, de forma que su paternidad se determinará indirectamente, sobre la base de la maternidad legal de su pareja. Es por ello por lo que, según la legislación griega, un hombre solo no podría iniciar el proceso para obtener la autorización requerida.

Sin embargo, dos casos legales catalogaron de inconstitucional y discriminatoria esta disposición, pero, aun así, no sería posible el acceso a las parejas homosexuales, ni de hombres ni de mujeres. Autorizado el acuerdo y una vez realizada la implantación, tanto la gestante como la comitente pierden su derecho a cambiar de opinión, debiendo cumplir con los términos del acuerdo.

Los comitentes son padres legales desde el preciso instante en que el niño nazca. Si bien se capacita, antes del transcurso de los seis primeros meses desde el nacimiento, a la gestante y comitente para impugnar la maternidad legal, sobre la base de que se trate de un caso de maternidad subrogada tradicional. En ese caso, la gestante será considerada madre legal con efecto retroactivo al momento del nacimiento. Por último, remarcar que la Ley griega prohíbe la remuneración, pero salva la posibilidad de que se produzca una indemnización razonable por la pérdida de salarios y por los gastos que produce el objeto del acuerdo.

Así se señala que la maternidad subrogada es una necesidad medida en caso de infertilidad o cuando existe riesgo de transmitir una enfermedad sexual o genética del niño

(Busardo, 2014, p. 5)

Para la regulación griega, las mujeres deben prestar consentimiento escrito para someterse a alguno de los tratamientos permitidos. En caso de pareja conviviente o mujer soltera, se necesita un consentimiento notarial.

En cuanto a las prohibiciones, el ordenamiento jurídico griego proscribe la clonación de seres humanos, así como la elección de sexo. Como excepción a este último supuesto, se permite escoger el sexo solo en caso de enfermedades de transmisión sexual o genética ligadas al sexo del niño.

La maternidad subrogada está permitida cuando la mujer no pueda gestar. Es necesario un contrato escrito entre la pareja y la mujer sola que quieren al niño. Grecia, tal como se aprecia la maternidad subrogada tiene una regulación en la que se beneficia más la libertad personal de los intervinientes (regulación menos conservadora), por eso se resalta que la investigación en óvulos fertilizados o crio preservados, siempre que exista el consentimiento expresado de los donantes, de acuerdo con la Ley 3089/2002 (Cieza, 2013, p. 89).

2.12.11. Brasil

En Brasil, la gratuidad supone un presupuesto de legalidad, pues se prohíbe expresamente el carácter lucrativo. Pese a no existir una ley específica, el Consejo Federal de Medicina ha regulado la materia en base a resoluciones. Aquí sí se declara que puede ser comitente cualquier persona, con independencia de su estado civil u orientación sexual.

La Resolución N° 013- 2013 del 16 de abril de 2013 del Consejo Federal de Medicina, capacita a los centros de reproducción humana asistida a “crear situaciones de gestación de sustitución”, siempre que exista algún problema médico que impida o contraindique a la comitente la gestación, o en caso de “unión homoafectiva”. La gestante debe pertenecer a la familia de uno de los comitentes, en relación de parentesco hasta el cuarto grado, y nunca podrá superar el límite de los 50 años de edad. Se prohíbe el carácter comercial de la técnica, así

como se exige al centro una serie de documentos y observaciones, como por ejemplo, informe psicológico, formulario de consentimiento informado firmado, contrato entre los pacientes estableciendo la filiación del niño, la imposibilidad de interrupción del embarazo después de iniciado el proceso, salvo en los casos previstos por la ley o autorizados por el juez, la garantía del registro civil de los niños por los comitentes, debiendo esta documentación ser proporcionada durante el embarazo, etc. Además, si la gestante está casada o tiene pareja, se requerirá su autorización escrita.

Al tratarse de una simple resolución, no tiene fuerza de Ley, por lo que su incumplimiento sólo generaría sanciones administrativas. Así, no cabe decir que fuera de estos casos, se trate de una actividad prohibida. Además, aunque así fuera, la fuerza del Código de Ética Médica, se limita sólo a los médicos, sin perjuicio de la falta de supervisión en cuanto a clínicas especializadas en esta área.

2.12.12. *Israel*

En Israel, la maternidad subrogada se regula en la Ley 5756 sobre acuerdos de gestación por sustitución de 1996, que prevé un sistema de preaprobación del acuerdo por un comité formado por dos ginecólogos y obstetras, un especialista en medicina interna, un psicólogo clínico, un trabajador social, un representante de la religión de las partes y un jurista. Mínimo tres mujeres y tres hombres. Comité que sólo aceptará pagos mensuales a la gestante cuando se trate de cubrir gastos derivados de la realización del acuerdo.

Los comitentes deben ser pareja, casada o no, de hombre y mujer, debiendo acreditar esta su infertilidad o incapacidad de gestar. La ley exige que el material genético utilizado sea de la madre comitente o de otra mujer, que no puede ser la gestante, y espermatozoides del comitente, de lo contrario el hijo se considerará ilegítimo.

En cuanto a la gestante, esta no puede estar relacionada, salvo adopción, con la comitente. Debe tener entre 22 y 38 años, y ser soltera o divorciada, aunque el comité puede

aprobar el acuerdo tratándose de una mujer casada, siempre que los comitentes acrediten que hicieron todo lo posible por celebrarlo con una soltera.

Además, debe tener un hijo propio, pero no más de tres, y no debe haber actuado más de dos veces como gestante. En caso de que alguna de las partes fuese judía, la ley exige que la otra parte también lo sea. El embarazo tiene que provocarse en un hospital público autorizado, debiendo informarse a las autoridades sociales, del embarazo, del día estimado de parto, al quinto mes, y del parto dentro de las veinticuatro horas posteriores al mismo, pues son los que guardarán al niño hasta que se pronuncie el juez. Así la filiación del nacido requiere autorización por orden judicial. Los comitentes deben iniciar el procedimiento para obtener una orden parental, dentro de la primera semana al nacimiento, la cual será concedida salvo que el interés superior del niño determine lo contrario.

La gestante no puede resolver el contrato, salvo que el tribunal considere que ha habido un cambio en las circunstancias que lo requiera, y sólo se hará si redunde en el mejor interés del niño. Pero nunca podrá resolverse una vez concedida la orden parental. La Ley 5756 sólo ha sido aplicada a los acuerdos llevados a cabo dentro de Israel. No obstante, el Ministerio de Justicia determinó que la ley no prohíbe la maternidad subrogada extraterritorial, por lo que ha sido utilizada por parejas del mismo sexo que no pueden realizar estos acuerdos bajo la Ley 5756.

En aquellos supuestos, para que el nacido pueda ser registrado, Israel exige que se pruebe vínculo genético con alguno de los comitentes, que será considerado padre natural, mientras, el otro deberá acudir a la institución de la adopción. Situación un tanto absurda si se tiene en cuenta que uno de los motivos por los que se sancionó la ley israelí fue para evitar que las personas acudiesen a la maternidad subrogada en el extranjero.

2.12.13. India

Según Ruiz (2013) la regulación de la maternidad subrogada en la India tiene un

impacto social desde el año 2010 donde el Ministerio de Salud, creo un documento titulado “Guía para la reglamentación de la reproducción asistida”, mencionando ahí a la maternidad subrogada, y sin embargo el Consejo Indio de Investigación médica público en el año 2006 el documento llamado “Guía ética para la investigación biomédica y la participación de seres humanos”, permitiendo estos escritos mejorar la columna de la policía y la ética en los procedimientos biotecnológicos.

Es así que la India es uno de los países que permiten la maternidad subrogada, y que debe ser tratado como un contrato de maternidad y donde la clínica, la pareja o la madre con su esposo, solo entran en la transacción después de recibir el consentimiento de él, poniendo de manifiesto que su autonomía no es ilimitada y que depende de las instancias del varón (Cieza, 2013, p. 91).

Por eso si se necesita de óvulos diferentes a los de los contratantes, se tendrá un tercer donante para evitar los aspectos emocionales tras el nacimiento. Las partes en el contrato son: Los padres contratantes; La mujer gestante; La mujer que cederá sus óvulos. No puede haber, como se ha dicho, identidad entre la gestante y la que cede los óvulos. El contrato de maternidad subrogada no es gratuito y la compensación económica será equivalente a lo que puede ganar la gestante o su marido en 9 años.

2.12.14. Uruguay

La maternidad subrogada tiene dos leyes para su ayuda: La Ley N° 19.167 reproducción asistida en el año 2014 y el Decreto N° 84/015, Reglamentación de la Ley N° 19.167 del 2015. Donde se regula los distintos aspectos de las técnicas de reproducción asistida es en Uruguay. Incorpora las TRHA al Sistema Nacional Integrado de Salud, establece requisitos para su realización y regula la maternidad subrogada (Cieza, 2013, p. 102).

Los artículos 25 a 28 de la ley 19.167 regulan expresamente algunos aspectos de la maternidad subrogada en Uruguay, denominada Ley Gestación subrogada. Es así que,

analizando las características de la misma, tiene limitaciones que se muestran a continuación:

La maternidad subrogada está permitida en Uruguay, aunque en ciertos casos. Se exige que la futura madre tenga un impedimento médico para gestar un embrión propio. Se exige que el proceso sea gratuito, es decir que la mujer gestante no reciba ningún tipo de compensación ni retribución. Se exige que la mujer gestante tenga vínculo familiar directo (hasta el 2º grado de consanguinidad) con la futura madre o su pareja. Debe ser autorizada por la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida, organismo administrativo creado por la ley expresada.

En concreto, la legislación de aquel país permite la gestación subrogada, pero con fuertes restricciones. Así, la mujer gestante deberá ser hermana o cuñada de la madre intencional, los gametos deberán estar vinculados genéticamente al menos con uno de los padres intencionales, y debe existir un déficit de fertilidad previo. Además, está prohibida cualquier transacción económica a favor de la gestante.

Esta regulación sin duda es un paso adelante en la normalización de esta técnica de reproducción asistida, pero es considerada insuficiente por los profesionales, que lo comparan con Canadá o Reino Unido, donde esta legalización con limitaciones facilita la inscripción de hijos traídos al mundo por gestación subrogada en terceros países sin limitaciones, pero impide que las familias de clase media puedan acceder en el país, pues estas fuertes restricciones hacen que pocas mujeres quieran colaborar como gestantes.

2.13. La patria potestad

La Patria Potestad en Roma era el poder ejercido por el pater familias sobre todas las personas libres que constituían su familia. Él era señor de todos (autoritas patria, rezago del actual principio de masculinidad) y tenía una fuente de poder absoluto dentro de la estructura familiar. Según Petit (2010) “la potestad paternal significó un derecho riguroso y absoluto del jefe de familia, análogo a los del amo sobre el esclavo, que tenían sobre la persona y bienes de

sus hijos” (p. 87).

Para Fernández (2017) la Patria Potestad más que un privilegio era una facultad, un poder, una atribución en favor del padre y revestía un carácter despótico, entrañando un arbitrio de vida o muerte sobre las personas sujetas a ella (p. 101).

El Derecho consuetudinario francés varió el carácter absoluto de la Patria Potestad y fue con la Revolución Francesa que se reestructuró la esencia romana de esta institución procediéndose a suprimir muchos de los poderes del padre, incluso la institución del usufructo legal.

Esta situación se va aligerando con la humanización del derecho positivo, con la consagración de la teoría de la defensa de la persona, con la liberalización de las relaciones familiares y con el ejercicio del poder tuitivo del Estado en protección de la familia.

La legislación comparada, a decir de Fernández, ha evolucionado enormemente en materia de Patria Potestad sea 1. Concentrando y atribuyendo poderes sólo al padre, 2. Otorgando poderes subordinados a la madre y 3. Estableciendo la igualdad entre el padre y la madre. Todo ello ha generado la creación de relaciones jurídicas equilibradas en el Derecho de Familia, en la que surgen las facultades recíprocas entre las partes intervinientes.

Actualmente, la Patria Potestad no implica una relación de familia vertical (padre e hijo) sino una de relación de familia horizontal (padre e hijo) en la que tanto uno como otro tienen derechos de los que gozan y deberes que han de cumplir. Se toma en cuenta los intereses del hijo por sobre las atribuciones del padre. Su finalidad es permitir que los padres busquen y logren el desarrollo integral de sus hijos.

Para Fernández (2017) “la Patria Potestad implica una función tuitiva de carácter social y casi público sobre los hijos menores” (p. 65). Es tanto un derecho como un deber que tienen los padres de proteger y cautelar la persona y patrimonio de sus hijos, así se configura como un típico caso de derecho subjetivo familiar en el que la facultad (derecho) está estrechamente

relacionada con la obligación entre las partes.

Esta relación tutelar se inicia con la concepción y termina con la adquisición de la capacidad de los hijos. Como es lógico desde el momento de la concepción surge un sujeto de derecho que merece la más amplia protección en su aspecto sicosomático como el de su peculio. Esta protección y defensa tutelar, que corresponde a los padres, se acabará cuando el sujeto de derecho consiga la capacidad para poder defenderse por sí mismo y administrar su patrimonio.

La patria potestad es la *conditio sine qua non* de la relación paterno filial. Se deriva de ella. De manera tal que el término filiación implica, de por sí patria potestad, ya que esta se refiere a las relaciones jurídicas de autoridad de los padres sobre sus hijos, de allí que más que un derecho sea una consecuencia de la filiación. sin embargo, debemos tener en claro que puede haber filiación sin patria potestad (en los casos extinción, suspensión de la misma) pero no puede haber patria potestad sin filiación.

Por eso el artículo 418° del Código civil vigente señala que, por la patria potestad, los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos.

Según el diccionario de la lengua española (2015), etimológicamente el término patria potestad, proviene de raíces romanas, donde patria alude al pater familia y el término potestad, denota dominio, poder, o facultad que se tiene sobre una cosa, a partir de lo cual, debemos colegir, que se trata de una denominación que incorpora parcialmente su verdadero concepto, por cuanto la patria potestad, no sólo implica derechos o poderes del padre, sino es un conjunto de derechos y deberes que ejercen de manera paritaria el padre y la madre desde el momento en que se configura la filiación de la prole.

La definición de patria potestad, acorde con Aguilar (2012) es:

La patria potestad es una institución del derecho de familia que comprende un cúmulo de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, tendientes a lograr el desarrollo integral de estos y la realización de aquéllos. Este concepto pretende abarcar no sólo

los derechos-deberes de los padres e hijos, sino también el fin que persigue la institución, el mismo que debe verse en sus dos dimensiones, la de los padres que encuentran su realización a través del desarrollo de sus hijos, y por cierto también la de los hijos que, al recibir apoyo, amparo, sustento, educación, protección y ejemplos de vida, posibilita un desarrollo integral y su incorporación al seno de la sociedad en condiciones óptimas (p. 98).

Según Belluscio (2017), se define a la patria potestad como “un conjunto de deberes y derechos de los padres y de los hijos” (p. 87). Mientras que para Tomás y Pons (2016) señalaron que es “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y los bienes de sus hijos para su protección y formación integral desde la concepción de estos y mientras sean menores de edad” (p. 88).

Doctrinariamente se han elaborado diversos conceptos al respecto, en tal virtud, la patria potestad es una institución ética y altruista fundada en el derecho natural biológico, propia y absoluta del derecho de familia como integrante del derecho privado, y es un derecho moral, aunque desencadene derechos y obligaciones patrimoniales, pero su existencia y sustento están fundadas en principios más elevados, más puros, sin descender a la condición contractual propia del egoísmo y no del altruismo.

Gallego y Jara (2012) definieron la patria potestad como “conjunto de poderes y derechos que la ley acuerda a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos menores para que puedan cumplir con sus deberes paternos” (p. 111).

Acorde con Plácido (2012) con relación a la patria potestad y su función tuitiva, anotó: La patria potestad es una función reflejo del deber de los padres de educar y mantener a sus hijos y de protegerlos en sus intereses pecuniarios mientras son menores de edad, reconociéndosela como institución establecida en beneficio de estos. En ella, está estrechamente conexos el interés del Estado y el de la familia, por lo que la misión

encomendada al padre asume un carácter de importancia social, del que deriva la peculiar naturaleza de orden público que revisten las normas sobre patria potestad, cuyo contenido no puede ser objeto de pactos privados, dirigidos a modificar las relaciones, las atribuciones y los efectos y la imposibilidad por parte de los padres de renunciar al poder a ellos conferido por la ley (p. 68).

Por otra parte, la *conditio sine qua non* de la relación paterno filial, se deriva de ella, a tal punto que el término filiación implica, de por sí, patria potestad, ya que esta se refiere a las relaciones jurídicas de autoridad de los padres sobre sus hijos y de allí que más que un derecho sea una consecuencia de la filiación. Sin embargo, debemos tener en claro que puede haber filiación sin patria potestad (en los casos de extinción y suspensión de la misma), pero no puede haber patria potestad sin filiación. La patria potestad es un típico derecho subjetivo familiar mediante el cual la ley reconoce a los padres un conjunto de derechos y deberes para la defensa y cuidado de la persona y patrimonio de sus hijos y que permanece hasta que estos adquieran plena capacidad (Varsi, 2014, p. 87).

Es innegable, sin embargo, que las raíces de los deberes y derechos que entraña la institución de la patria potestad radican en la naturaleza de la procreación humana, y su correlato inmediato, que es el de la protección de la especie y el instinto de conservación que nos asiste, vale decir, nuestra sola condición humana nos conmina a naturalmente hacernos cargo de nuestros hijos, que estos dependan absolutamente de nosotros desde su nacimiento, hasta que puedan valerse por sí mismos, y es la ley la que se encarga de regular estas condiciones, la edad en la que el ser procreado, es capaz de ejercer sus derechos por sí solo, con prescindencia de sus progenitores.

La conformación terminológica de esta institución viene del latín *Patria potestas* o *Potestad del pater familia*. En ese contexto, Zannoni (2008) estableció que:

En la actualidad se emplean de manera indistinta los términos patria potestad, autoridad

paterna, autoridad paternal o relación parental. Sin embargo, la denominación más acorde es la de autoridad de los padres o responsabilidad parental que, traduce con más precisión las transformaciones que ha experimentado la familia en estos últimos tiempos (p. 69).

2.13.1. Características de la patria potestad

Es un derecho subjetivo familiar, que importa relaciones jurídicas recíprocas de padres a hijos y viceversa. Impone deberes y derechos entre unos y otros. De hecho, por su naturaleza la patria potestad no alcanza a los ascendientes, ni parientes colaterales. Cualquier otra persona que cuide de un menor de edad, lo hará a título de tutor. Se regula por normas de orden público, ya que de por medio está el interés social. Es una relación de autoridad de los padres, debido al vínculo de subordinación de los hijos con respecto a aquellos. Tiene finalidad tuitiva, en tanto está dirigido a la protección y defensa de los hijos, y del patrimonio de estos. Es intransmisible, no es posible, por tanto, que los padres deleguen los deberes que les impone la patria potestad sobre sus hijos. Es imprescriptible, irrenunciable e indisponible. Es temporal, ya que puede restringirse, suspenderse o extinguirse. Es una facultad que está regulada por la ley, por lo que su carácter no es absoluto, sino que se rige por aquella. En tanto sus normas son de orden público y rango constitucional, no es posible pactar contra ellas, cualquier pacto que contravenga su naturaleza sería nulo y no produciría efecto alguno.

Además, la patria potestad se caracteriza por lo siguiente:

Su reconocimiento constitucional. El segundo párrafo del artículo 6 de la Constitución de 1993 consagra que los padres tienen el deber y derecho de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos.

Es un derecho personalísimo, porque las facultades propias de la patria potestad únicamente pueden ser ejercitadas por los progenitores. Por tal razón los acreedores de estos no pueden subrogarse en sus derechos personales o patrimoniales inherentes a la patria

potestad; así como tampoco los padres pueden disponer a favor de terceros de dichos derechos vinculados a la patria potestad.

Es de orden público: Por cuanto los convenios que celebren los progenitores dirigidos a disminuir o alterar de algún modo la normatividad atinente a la patria potestad son nulos de pleno derecho.

Es intransmisible: Porque al originarse la patria potestad del hecho biológico de la paternidad o de la maternidad, ninguna de estas es susceptible de transmisión.

Es irrenunciable: Ya que las normas que regulan a la patria potestad son de orden público. Esta categoría legal hace que no se pueda renunciar a la patria potestad. Por tanto, se considera nulo, cualquier renuncia a la patria potestad contenida en convenciones de los padres o del menor con un tercero.

Es unipersonal e indivisible: Cada uno de los padres ejerce la patria potestad de manera individual, por tanto, el ejercicio de uno de los padres no excluye el del otro. La patria potestad necesariamente no es ejercida conjuntamente, así que las decisiones y actos de uno de los padres son válidos, no necesitándose el acuerdo de ambos para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones que constituyen la patria potestad.

Es temporal: Culmina al cumplir el hijo la mayoría de edad o sino antes de cumplirla, siempre que contraiga matrimonio u obtenga título oficial que lo autorice para ejercer una profesión u oficio.

Es imprescriptible: Porque toda pretensión que se derive de una relación jurídico-familiar propia de la patria potestad no termina por prescripción. El artículo 1994°, inciso 4 del C.C. señala precisamente que se suspende la prescripción entre los menores y sus padres durante la patria potestad

2.13.2. Objetivo de la patria potestad

La patria potestad tiene un objetivo elemental que es cuidar de manera integral a los

hijos que no pueden atender de manera personal sus necesidades. Para Cornejo (2015) se presenta como “una institución de amparo y defensa del menor que no se halla en aptitud de defender su propia subsistencia, ni de cautelar sus intereses, ni de defender sus derechos, ni de formar su propia personalidad” (p. 55).

Mediante ese concepto general se puede apreciar que el cuidado es referido a la integralidad de la vida de los hijos, sea aquella psicosomática (salud, educación), social (recreo, diversión) y patrimonial (pecuniaria).

Zannoni, (2008) estableció que:

La patria potestad satisface el proceso biológico de la procreación, el que no se agota en el hecho biológico de procrear, sino que se desarrolla en el tiempo hasta que, por presunción de ley, los hijos adquieren la plena capacidad de obrar (p. 95).

Por lo tanto, la patria potestad complementa legalmente las consecuencias de la procreación a través de la protección y educación de la descendencia. es decir que, de acuerdo a la nueva estructura del derecho familiar moderno la patria potestad se ejerce en interés de la familia en general y de la sociedad, ya no sólo en beneficio directo del hijo (como lo fue hasta hace poco) o exclusivo del padre (como fue en Roma).

Hoy ha de tenerse en cuenta el interés del grupo familiar ya que es en la familia y por ella que se busca el desarrollo integral de la persona. Este sistema debe ser acogido por nuestra legislación, así como lo establece el Código de familia de Panamá la autoridad de los padres se establece tomando en consideración el interés superior del menor y de la familia (artículo 318).

2.13.3. Naturaleza jurídica de la patria potestad

Es una típica institución de Derecho de Familia que configura una relación jurídica subjetiva en la que las partes intervinientes gozan y deben de cumplir con intereses jurídicos reconocidos expresamente por la ley a efectos de proteger a los hijos menores de edad en armonía a los intereses de la familia y de la sociedad.

Las relaciones jurídicas contenidas en la Patria Potestad implican derechos- deberes, es decir una reciprocidad en las facultades y atributos legales de las partes, lo que configura como un típico derecho subjetivo de familia.

Más que un poder o autoridad es un deber y facultad de los padres para con sus hijos, de allí que estos deban realizar todo lo conducente para lograr el desenvolvimiento físico e intelectual del sujeto a Patria Potestad y en caso de abandono o descuido el Estado podrá hacer cesar la Potestad conferida.

Lleva implícitas las atenciones legales necesarias para el desarrollo de la descendencia y concluyen cuando esta adquiere capacidad y autosuficiencia, alterándose el vínculo jurídico de manera tal que son los hijos, ahora, los que deberán protección a los padres. Es de considerar que más que un derecho natural, la Patria Potestad es una función social de la familia cuyo fin es la formación y protección del menor. Es en este sentido que el Código de Familia Boliviano (artículo 244 y siguientes) estructura la base de esta institución indicando que su fin es la protección familiar a los incapaces y se realiza a través de la autoridad de los padres.

2.13.4. Elementos constitutivos

2.13.4.1. El Elemento personal. El elemento personal de la patria potestad está integrado por la presencia de padres e hijos menores de edad (Zavaleta, 2012, p. 109).

2.13.4.2. Titularidad. La Patria Potestad sólo puede ser ejercida en las relaciones familiares directas y de primer orden, como son de padres e hijos.

Fernández (2017) explicó que

Existe una condición fija y afirmativa: que se trate de menores de edad; y otra negativa y contingente, que estos menores no se hallen emancipados. Asimismo, existe una condición afirmativa, aunque contingente: que aquellos menores tengan ascendientes llamados por ley al ejercicio de la Patria Potestad, y una circunstancia negativa: que no estén incapacitados ni impedidos para tal ejercicio (p. 115).

Los sujetos intervinientes son: Los padres: sujetos activos de la patria potestad y como tal se les denomina padres de familia. Se encargan de cautelar la integralidad de la persona, administración del patrimonio y bienes de sus hijos. Es así que los padres tienen dicha calidad (art. 418 del Código Civil) y la ejercen en conjunto (cotitularidad de la patria potestad) durante el matrimonio (art. 419 del Código Civil).

En caso de separación de cuerpo, divorcio o invalidez del matrimonio la Patria Potestad la ejerce el cónyuge a quien se le confían los hijos (artículo 420 del Código Civil). La Patria Potestad debe ser ejercida responsablemente, como un buen padre de familia Código Civil de Puerto Rico, (artículo 166) caso contrario puede ser limitado el ejercicio de la misma. Los padres para gozar de la Patria Potestad deben ser capaces (artículo 42 y 46 del Código Civil).

De acuerdo a la modificación al Código Civil los mayores de catorce años adquieren una capacidad limitada a partir del nacimiento de su hijo, pero sólo para el reconocimiento, reclamar o demandar por gastos de embarazo o parto y para demandar o ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos.

La norma es diminuta, pues no ha considerado los casos de poder exigir judicialmente la declaración judicial de filiación extramatrimonial (a pesar que el artículo 407 del Código Civil se lo permite a la madre más no al padre) o el régimen de visitas.

Los abuelos: no gozan de la Patria Potestad (en México si procede, Código Civil artículo 414, incisos II y III), sin embargo, los nietos le deben honor y respeto. Es por eso que la Patria Potestad no rebasa el círculo de la familia en sentido restringido.

Los hijos: Son los sujetos pasivos de la Patria Potestad y como tal se les denomina hijos de familia (Mazeaud, 2009, p. 125).

Ha de tenerse en cuenta que para gozar de la Patria Potestad de los padres no se toma en cuenta la calidad que pudiera tener el hijo, en su caso matrimonial, extramatrimonial o adoptivo.

Los hijos deben cumplir con los siguientes requisitos: Existir. Es decir, ser concebido o en su caso menor de edad o incapaz. No ser emancipado de manera especial (art.46, Código Civil.) Contar con una filiación establecida, es decir tener padres.

Los huérfanos, aquellos cuya filiación biológica es ignorada y consecuentemente su filiación jurídica es inexistente, están sometidos de la protección del Estado a través de la tutela (niños en estado de abandono).

Es su valor entendido, que dentro del término hijo está el de concebido, que algunos Códigos Civiles hacen referencia textual, de allí que la protección a los hijos sea desde la concepción hasta que cese su incapacidad. Para Rossel (2011) “si nacido el hijo ha de quedar bajo la Patria Potestad de su padre o madre, no se ve el inconveniente para que esta Potestad se ejercite mientras esté en el vientre materno” (p. 47).

Indiscutiblemente, aquí la función de la Patria Potestad no será exclusivamente la de cautelar la seguridad de su patrimonio sino también de la defensa del ser humano como tal, en su totalidad.

Los sujetos de la patria potestad son: (i) Hijos matrimoniales: Cuando hay vínculo matrimonial y convivencia normal la Patria Potestad la ejercen conjunta y simultáneamente los padres (principio de ejercicio conjunto), es decir el marido y la mujer. Las excepciones a esta regla son: Separación de hecho o divorcio por causal o invalidez de matrimonio, la Patria Potestad la ejerce el cónyuge a quien se le confía. Por mutuo acuerdo. En caso de existir discrepancia resuelve el Juez. (ii) Hijos extramatrimoniales: La no existencia de relación jurídica matrimonial entre los padres y la falta de convivencia impiden el ejercicio conjunto de la Patria Potestad. La determinación de la filiación extramatrimonial se da por declaración judicial o por reconocimiento (Castañeda, 2012, p. 62).

En el primer caso, sería ilógico otorgar la patria potestad a quien debió ser demandado para tener la calidad de padre. Aunque el criterio no es muy sólido existe posición que inspiró,

como tradición jurídica los fallos judiciales en el sentido que la patria potestad de la hija reconocida tardíamente por el padre, corresponde a la madre.

En el segundo caso, al ser una situación voluntaria, la patria potestad la ejerce el padre que ha reconocido. Si es reconocido por ambos el juez determinará a quien le corresponde la patria potestad, tomando en consideración la edad, sexo y el interés del menor (artículo 421 del Código Civil).

La ley (artículo 421 del Código Civil) en base al criterio de igualdad de la filiación ya no diferencia la atribución de la Patria Potestad en cuanto al tiempo y momento en el que se realiza el reconocimiento.

La patria potestad se otorga tomando en consideración el interés del menor, ya no al que reconoce primero (si se trata de reconocimientos sucesivos) o a ambos padres (si se trata de reconocimientos simultáneos).

Es de señalar que los hijos por su conducta no pueden ser limitados de la patria potestad.

2.13.5. Ejercicio de la patria potestad

El régimen tradicional de la patria potestad implicaba un beneficio directo del pater. Era un derecho y facultad exclusiva de él, lo que afectaba las relaciones familiares pues la mujer se encontraba relegada en sus funciones como madre y el padre, en la mayoría de los casos, no cumplía a cabalidad sus funciones.

Este sistema patriarcal, también llamado unicato paterno, fue reemplazado por un régimen de ejercicio compartido en el que tanto el padre como la madre intervenían en el cuidado, atención y representación de la persona y patrimonio de los hijos. En este sistema de ejercicio compartido (Zannoni, 2008).

2.13.5.1. Sistema de ejercicio conjunto. El común acuerdo de ambos progenitores determina la validez de los actos realizados en beneficio del menor. Su fundamento está en que los padres deben decidir en conjunto el bienestar de sus hijos,

descartando así los actos unilaterales que pueda realizar un progenitor (artículo 419, Código Civil).

2.13.5.2. Sistema de ejercicio indistinto. Cualquiera de los progenitores de manera personal puede realizar actos válidos en beneficio del menor. Se fundamenta en que, a pesar del actuar individualmente, los padres siempre buscarán el beneficio para su hijo y, sobre todo, toma en cuenta que la rapidez de las operaciones que se realizan hoy en día requiere, igualmente, celeridad en las decisiones.

En el derecho comparado y en nuestra legislación predomina el sistema de ejercicio conjunto, a pesar que existen fórmulas complementarias que facilitan el funcionamiento del sistema de ejercicio indistinto de la Patria Potestad. Este es el caso de la legislación civil de Puerto Rico, que establece que la Patria Potestad se puede ejercer de manera individual en casos de emergencia por aquel padre en cuyo instante tenga bajo su custodia al menor, señalado en el artículo 152 del Código Civil de Puerto Rico.

Asimismo, en el artículo 251 del Código de Familia Boliviano se indica que los actos de uno sólo de los padres que se justifiquen por el interés del hijo, se presume cuentan con el asentimiento del otro. De manera especial, en el artículo 459 del Código Civil, no es obligatoria y, siempre que sea posible, se consultará al hijo mayor de 16 años los actos importantes de la administración.

2.14. Relaciones jurídicas

La concepción tradicional de la Patria Potestad entiende que la misma otorga derechos a los padres; sin embargo, dicho criterio ha sido descartado y hoy la Patria Potestad implica un conjunto de derechos y deberes de los padres y de los hijos.

Belluscio (2011) señaló:

Dentro de la estructura familiar, entonces, tanto los padres como los hijos tienen de manera individual derechos y deberes entre sí, esto configura la denominada relación

jurídica de la Patria Potestad y, a la vez, determina la característica esencial de los derechos subjetivos del Derecho de Familia, que en algunos casos, implican derechos y deberes correlativos o derechos y deberes independientes, lo que ha hecho que se los califique de derechos- deberes, derechos-funciones o poderes-funciones (p. 75).

En ese sentido, es de aclarar que la titularidad y ejercicio directo de la patria potestad corresponde a los padres, pues son estos los que gozan de la autoridad y les corresponde la tutela de la prole.

La patria potestad está conformada por un complejo de obligaciones de tracto sucesivo, de manera tal que las relaciones entre padres e hijos son numerosas y de diversa índole, pudiéndolas clasificar de la siguiente manera:

2.15. La guarda

El contenido de orden personal de la patria potestad es la guarda de la cual se derivan la corrección, la educación, la asistencia y la prestación de servicios.

La guarda, se traduce en el hecho de vivir en familia prestando la atención al desarrollo de los hijos. En este sentido el ejercicio de la patria potestad requiere de manera fundamental la convivencia de padres e hijos en el mismo hogar y es un derecho-deber de los padres de tener a sus hijos consigo. En Perú, se consagra en el artículo 423, inciso 5, del Código Civil y en el artículo 74, inciso e del Código de los Niños y Adolescentes, que permite el derecho de los padres de vivir con sus hijos. La guarda implica el deber de otorgar al menor el desarrollo en un ambiente adecuado, privándolo de los malos ejemplos.

Las derivaciones de este derecho son: El domicilio de los hijos es el de sus padres (artículo 37, Código Civil). La responsabilidad de los padres por los actos de sus hijos (culpa in vigilando). Prohibir determinadas juntas y respetar su derecho de ser visitados por sus parientes. Respetar la intimidad de los hijos. No se puede interceptar ni violar su correspondencia (artículo 16 del Código del Niño y Adolescente).

La falta de guarda, o como se le llama su desmembramiento, permite al cónyuge solicitar la restitución de la Patria Potestad (artículo 78, Código del Niño y Adolescente) o, en su caso, el régimen de visitas correspondiente (artículo 88, Código del Niño y Adolescente). En este sentido, es de importancia referirnos a dos instituciones fundamentales:

2.15.1. Tenencia

Es la facultad que tienen los padres separados de hecho de determinar con cuál de los dos se ha de quedar el hijo. A falta de acuerdo entre ellos, la tenencia será determinada por el Juez tomando en cuenta lo más beneficioso para el hijo, así como su parecer (artículo 81 y siguientes., Código del Niño y Adolescentes).

Como es de verse el hijo convivirá con uno de los padres, en tanto que el otro tendrá derecho a un régimen de visitas que podrá ser decretado de oficio por el Juez si se acredita el cumplimiento de la obligación alimentaria tomando en cuenta el interés superior del niño, si así lo justifica.

2.15.2. Régimen de visitas

En el artículo 422 del Código Civil peruano se establece que sea el padre o la madre quien de manera individual goce del ejercicio de la Patria Potestad, el otro tiene el derecho de mantener las relaciones personales con el hijo que le permitan participar, cautelar y vigilar su desarrollo integral.

El régimen de visitas es el derecho que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, determinado el desarrollo afectivo, emocional y físico, así como la consolidación de la relación paterna filial. Visitar, implica jurídicamente, estar, supervisar, compartirse, en fin, responsabilizarse plenamente por lo que es más conveniente referirnos, de manera integral, al régimen de comunicación y de visita.

Especial mención merece el incidir que se trata de un derecho familiar subjetivo, pues reconoce el derecho del progenitor que no vive con su hijo a estar con él, así como,

recíprocamente, del hijo de relacionarse con su padre a quien no ve cotidianamente. En otras palabras, no es una facultad exclusiva del progenitor sino es una facultad indispensable del hijo para su desarrollo integral. Incluso el derecho de visitas se hace extensivo, cuando el interés del menor lo justifique, a todos los familiares que conforman el entorno del menor (hermanos, abuelos, tíos, primos, etc.) e incluso a no familiares. Como tal, este derecho lo ejerce el padre que no goza la tenencia de su hijo de manera que se le faculta tenerlo en días y horas establecidas, siempre que no interfiera en sus horas de estudio, recreación o de relación con el progenitor con quien vive.

La denominación utilizada, régimen de visitas, no es del todo feliz y no va con el objetivo de la institución que es el estar en contacto y plena comunicación con el menor de allí que sea más conveniente denominarlo derecho a mantener las relaciones personales. Se debe superar el inconveniente conceptual con una denominación más real como es el derecho a la adecuada comunicación. Los casos especiales, subsumidos dentro de este mal denominado derecho de visitas, son:

La comunicación que puede ser física o escrita, telefónica o epistolar. El padre debe velar por el desarrollo de su hijo por lo que tiene la facultad de vigilar y enterarse de su educación, formación y desarrollo integral. El régimen de visitas no indica una exclusividad de permitir al padre entrar y estar en el domicilio del menor, sino que también faculta al progenitor a externar al niño de dicho lugar, es decir estar con el niño fuera del lugar donde vive, permitiendo una relación paterno filial fluida y plena, espontánea e intensa, así como la correspondiente intimidad entre padres e hijos que no viven juntos. Incluso el externamiento puede ser ampliado con la posibilidad que el menor pernocte en casa del padre con quien no vive, si las circunstancias así lo permiten.

La privación de las visitas sólo debe tener lugar por causas graves (maltratos, malos ejemplos, vicios, creencias, etc.), no por situaciones intrascendentes o que no impliquen

mayor peligro para el menor, incluso debe tenerse siempre en cuenta que el régimen de visitas debe buscar la revitalización de los lazos paterno-filiales sean compartido plenamente por hijo-padre o madre de manera que si no se logra este objetivo sería innecesaria la medida. Sin embargo, debe tomarse en consideración que tanto como un derecho de los padres es un derecho del hijo el estar con ellos, lo cual debe protegerse y, sobre todo, promocionarse e incentivarse. Esto se da, pues en muchos casos el contacto del menor con su padre resulta ser más perjudicial que la ausencia de la relación paterno-filial.

Asimismo, se ha decidido por el mantenimiento de las visitas en presencia de una trabajadora social atendidos los antecedentes médicos del progenitor y la relevante circunstancia de que no se presentará a la prueba psicológica acordada para determinar su situación psicológica actual. Por eso, se tiene como referencia la jurisprudencia comparada, en especial de la ciudad de Valencia, en el cual se indica que la línea de favor filii, debe procurarse con carácter general que los hijos tengan el mayor contacto con ambos progenitores, salvo que ese contacto sea perjudicial para el menor, por lo que para decidir sobre el régimen de custodia, visitas y comunicación, como para decidir sobre todos los demás aspectos, ha de atenderse a las especiales circunstancias concurrentes en cada caso.

Para el cumplimiento de este régimen se exige la demostración de una obligación esencial como son los alimentos o, en su defecto, acreditar su imposibilidad, conforme con el artículo 88 del nuevo Código del Niño y Adolescente; pues, no puede pretenderse ejercer los derechos correlativos ni alegar un cariño cuya inexistencia se demuestra.

En el Perú falta robustecer esta institución pues si bien el Código de los Niños y Adolescentes. Según el artículo 91, se indica que:

El incumplimiento del régimen de visitas establecido judicialmente dará lugar a los apremios de ley y en caso de resistencia podrá originar la variación de la tenencia, es muy común que decretado un régimen de visitas muchas veces no es respetado por la

parte que tiene la tenencia del menor, de manera tal que, como sucede en otras legislaciones, el no permitir el cumplimiento del régimen debería determinar un delito que podría denominarse no presentación del hijo.

Un caso especial que está subsumido dentro del régimen de visitas es que el progenitor que tenga a su cargo al menor puede solicitar que el otro asuma una responsabilidad comunicacional con su hijo, es decir cabe la posibilidad que quien no cumple con estar y compartir el desarrollo del niño puede ser exigido a que lo haga.

2.15.3. Obligaciones de los padres que se derivan de la guarda

2.15.3.1. Educación. Indiscutiblemente está dentro del sinnúmero de obligaciones que tienen los padres, la más importante pues, en cierta manera, subsume a todas las demás, o en su defecto las complementa con sus características.

La educación, es la formación física, espiritual y moral que permitirá al menor integrarse de manera satisfactoria y plena en la sociedad. Educar es cultivar las virtualidades positivas y desalentar las negativas. La educación comprende la escolar y la superior incluyéndole universitaria o tecnológica. Sobre este punto, el artículo 258, inciso 3 del Código Civil Boliviano establece que “es derecho deber de los padres “mantener y educar al hijo dotándolo de una profesión u oficio socialmente útil, según su vocación y aptitudes”. Asimismo, en el artículo 261 se legisla: “al hijo que adolezca de alguna enfermedad o deficiencia física o mental debe dársele una educación adecuada a su estado”.

En cuanto a la educación religiosa, analizando la legislación suiza, que debe velarse por la autonomía de conciencia del hijo y que son nulas las convenciones que limiten la libertad del hijo y en todo caso a los 16 años este tendrá el derecho por sí mismo a elegir su religión. De este modo, la prerrogativa de los padres queda desplazada si los hijos, alcanzando su discernimiento, optan por participar o profesar otra religión o culto (Fernández, 2017).

Acorde con el artículo 454 del Código Civil Es deber de los hijos respetar, obedecer y

honrar a sus padres, este es un deber de orden ético y moral (cuarto mandamiento) y también legal y su incumplimiento puede acarrear medidas disciplinarias legítimas como la corrección o aplicarse las causales de desheredación.

2.15.3.2. Corrección. La corrección implica garantizar y establecer la autoridad de los padres sobre los hijos. Debe ser realizada de manera moderada, formando así parte de la educación. No es un derecho absoluto, por el contrario, está limitado de allí que el artículo 423, inciso 3 del Código Civil y artículo 74, inciso d del nuevo el Código de los Niños y Adolescentes establezcan corregirlos moderadamente.

Esta última norma indica que de no bastar dicha medida podrán recurrir a la autoridad competente. Por su exceso se puede incurrir en una causal de restricción o destitución de la Patria Potestad, conforme con el artículo 75, inciso e del Código del Niño y Adolescentes, en concordancia con el artículo 463, inc.2 del Código Civil, los cuales señalan que “todo abuso es sancionado por la ley”; de allí que el poder de corrección, debe ejercerse moderadamente, excluyéndose los actos que lesionen la integridad psico- física del hijo. El abuso se encuadra dentro de la política de violencia familiar, estipulado en el artículo 2, inciso d., DS. No. 006-97-JUS, TUO: Ley de Protección frente a la Violencia Familiar.

Es así que, obediencia y corrección son derechos-deberes correlativos. La desobediencia del hijo conlleva a que el padre pueda corregirlo (forma directa) y si es incorregible puede, incluso, solicitar su internamiento (forma indirecta). Según Mazeaud (2009):

No hay que confundir el derecho de infligir a los hijos ligeros castigos corporales y el derecho calificado de derecho de corrección, ya que este es un medio dado a los padres para obligar a sus hijos a la obediencia. Existen infinidad de formas de corregir a los hijos, siendo la más extrema los castigos físicos. De esta manera, el diálogo, las reprimendas, la reflexión en común, las advertencias y amonestaciones suelen ser las

formas más adecuadas de corregir a los hijos.

De esta manera, el artículo 597 del Código de Quebec, como es común en otros muchos códigos, indica que “cada niño, sin tener en cuenta la edad, debe el respeto a su padre y madre”. Es así, que comparando se ha llegado a determinar ciertos límites al derecho de corrección. Por ejemplo, la viuda para solicitar el internamiento de su hijo requiere el consentimiento de los dos parientes más próximos y se basa del acuerdo unánime del consejo de familia. Si el hijo ejerce profesión u oficio, se requerirá opinión del Juez.

Al respecto, el Código Civil peruano señala que los padres tienen el deber- derecho de corregir moderadamente a los hijos, lo cual es correlativo a los deberes de respeto y obediencia de los hijos. Sin embargo, no es un deber- derecho ilimitado, pues el mismo Código restringe la corrección utilizando el término "moderadamente", ya que de lo contrario se estaría incurriendo en un caso de violencia familiar contemplados en el artículo 2 de la Ley N° 26260, modificado por la Ley N° 26763, la cual define como

Violencia familiar cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción grave que se produzca entre ascendientes y descendientes, entre otros, además de incurrir en una causal de restricción de la patria potestad.

2.15.3.3. Asistencia. También es conocida como sostenimiento y como tal es recíproca siendo debida de padres a hijos y de hijos a padres. En su sentido genérico, esta implica el cuidado, resguardo y atención en la persona y bienes del asistido. En su sentido especial, la asistencia se ha vinculado con la institución de los alimentos.

Es importante señalar que el deber de asistencia o sostenimiento no cesa por la adquisición natural o especial de la capacidad, sino que se prolonga a la consecución exitosa de estudios profesionales o técnicos. Es así que, los alimentos comprenden la satisfacción de las necesidades fundamentales que permiten el desarrollo integral de la persona y se deben, no

obstante, al mal comportamiento del hijo o de conducta inmoral que lo haya llevado a carecer de aptitud de atender a su subsistencia.

2.15.3.4. Prestación de servicios. Es un derecho-deber derivado de la guarda, consiste en recibir ayuda y aprovechar los servicios de los hijos, con la limitación correspondiente a su edad y condición; sin perjudicar su educación y atención. Como el valerse de la prestación de servicios de los hijos implica inculcarles hábitos en el trabajo esta situación se vincula con el deber-derecho de los hijos a la educación, ya que se les prepara para el futuro de una manera directa.

Se trata de una relación netamente familiar, sin contenido laboral, de allí que se tome en cuenta de manera esencial que la labor sea beneficiosa y que no perjudique el desarrollo del menor.

2.16. Deberes y derechos de los padres

El ejercicio de la patria potestad supone el ejercicio de deberes y derechos correlativos, es decir, de los padres a sus hijos y viceversa (Jara y Gallegos, 2014, p. 79)

Alimentación. Es el primer deber y el más urgente de todos los padres a favor de sus hijos. El artículo 472 del Código Civil y el artículo 92 del Código del Niño y Adolescentes (Ley N°27337) consideran como alimentos al: sustento, la habitación, el vestido, la educación, la asistencia médica y recreación del niño y adolescente. También se considera alimentos los gastos de embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto. Los alimentos se regulan de acuerdo a las necesidades de los alimentistas y posibilidades del obligado.

Educación. Enseñar, dirigir, instruir, corregir, alfabetizar, adiestrar, formar, aleccionar, afinar, perfeccionar, disciplinar, categorizar, guiar, ilustrar, civilizar, aplicar y preparar.” La educación es un proceso integral que inicia en el hogar, continua en la escuela y termina en la vida de relación social. El hogar es donde se moldea el carácter de los hijos, donde se procura su desarrollo psicofísico, forma su personalidad y le suministra la cultura a la medida de sus

posibilidades, labor que complementa y perfecciona la escuela. La educación no sólo se reduce a la transmisión de conocimientos, sino a la formación de la persona dentro de los principios morales, familiares, sociales, cívicos, etc. Los padres deben predicar con el ejemplo, pues los niños aprenden por imitación, de allí que de hogares donde se fomenta la inmoralidad, la delincuencia o las malas costumbres los hijos siguen el mismo camino.

Protección o Tenencia de los hijos. Amparo, Defensa, Refugio, Resguardo, Escudo, Salvaguarda, Favor, Ayuda, Socorro, Apoyo. Tenerlos en su compañía, recogerlos del lugar donde estuvieron sin su permiso y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos. Entonces la figura de la tenencia es la facultad que tienen los padres en caso estén separados de hecho de determinar con cuál de los dos se ha de quedar el hijo. A falta de acuerdo entre ellos, la tenencia será determinada por el juez, quién tomará en cuenta lo más beneficioso para el hijo, así como su parecer, de conformidad con el artículo 81 y siguientes del Código del Niño y Adolescentes. Así el hijo convivirá con uno de los padres, en tanto que el otro tendrá derecho a un régimen de visitas que podrá ser decretado de oficio por el juez si se acredita el cumplimiento de la obligación alimentaria tomando en cuenta el interés superior del niño.

En cuanto la representación, se puede indicar que la minoría de edad implica de por sí la falta de capacidad para realizar actos jurídicos válidos de allí que estos deban ser realizados por los padres en nombre de sus hijos. La patria potestad tiene como atributo principal, que los padres en su calidad de titulares, reemplacen al hijo en los actos que no puedan realizar. Sin embargo, en casos de que la ley señala expresamente, los hijos menores de edad, están facultados a ejercer actos jurídicos de forma personal y directa sin la intervención de sus padres. Esto no significa que los hijos menores de edad adquieran una capacidad plena, sino que existen actos específicamente delimitados en la ley. La representación de los hijos es una de tipo legal, en el sentido que es la ley la que faculta y posibilita a los padres a ejercer los actos propios de la actividad jurídica y social de sus hijos (Varsi, 2011).

2.16.1. Obligación alimentaria

Entre los deberes inherentes a la Patria Potestad, la obligación alimentaria constituye no sólo un deber esencial de los padres respecto a sus hijos, sino un importante derecho de los hijos exigible a sus padres. El diccionario de la Real Academia Española, establece que constituye alimento cualquier sustancia que puede ser asimilada por el organismo y usada para mantener sus funciones vitales, caso especial de los seres humanos. Además, toda persona requiere, para su normal desarrollo, otros factores distintos a los alimentos así entendidos, como: salud, educación, vivienda, recreo, entre otros. Es por esta razón que en el campo del Derecho se ha elaborado un concepto jurídico con un sentido más amplio, que es recogido por las legislaciones de cada país: Los alimentos.

En el Perú, el artículo 472 de Código Civil señala:

Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, según la situación y posibilidades de la familia. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto.

Siguiendo la misma línea, el artículo 92 del Código del Niño y Adolescente considera alimentos a “lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o adolescente”. Este es un derecho humano fundamental reconocido, respetado, protegido y garantizado por el Estado peruano.

Los alimentos apuntan a la satisfacción de las necesidades básicas materiales y espirituales del ser humano, buscando la preservación de la dignidad humana, siendo por ello definidos como “El deber impuesto jurídicamente a una persona de asegurar la subsistencia de otra” (Aguilar, 2010, p. 395).

Este deber u obligación debería nacer de la libre determinación de una persona de dar

a otra lo que corresponde, sin que nadie se lo haya impuesto, esto es, en forma voluntaria reconociendo que existe un deber de justicia frente al titular del derecho de alimentos.

En cuanto a su contenido, “el derecho de alimentos tiene un aspecto material, el cual comprende comida, vestido, alimentos propiamente dichos, como un aspecto espiritual o existencial, tal como la educación, esparcimiento, recreación que resultan imprescindibles para el desarrollo ético, moral e intelectual de la persona”.

La discusión sobre la naturaleza del derecho está básicamente fundada en la identificación que a nivel doctrinario se hace entre derecho y obligación, lo que hace pensar que esa es la razón por la que se sostiene que el derecho de alimentos tiene carácter patrimonial.

Una parte de la doctrina sustenta este carácter patrimonial en el hecho que este derecho de alimentos está constituido por dinero o bienes con lo que el alimentista provee sustento, vestido, vivienda, asistencia de su salud y educación al alimentante y “el deber de pasarlos es un deber jurídico patrimonial que configura una obligación legal exigible” (Varsi, 2011, p. 419). Frente a esto, cabría entender que si este derecho fuera patrimonial podría transferirse o, incluso, podría renunciarse a él, características que no se presentan en los alimentos, sino todo lo contrario.

Para parte de la doctrina, el derecho de alimentos es de contenido extrapatrimonial, ya que el fin de este derecho es la satisfacción de necesidades personales para la conservación de la vida; los alimentos pueden ser atendidos de la manera que la autonomía privada lo establezca, con prescindencia de la continuación o no de la convivencia, salvo que se haya dejado su fijación al organismo jurisdiccional. Se le otorga este carácter extrapatrimonial en virtud del fundamento ético-social y del hecho que el alimentista no tiene ningún interés económico ya que la prestación recibida no aumenta su patrimonio ni sirve de garantía a sus acreedores, presentándose como una de las manifestaciones del derecho a la vida, a la integridad, a la salud, al bienestar, todos de orden personal (Varsi, 2011).

Esto se comprende, más aún, recordando las características del derecho de alimentos, cuales son: ser intransmisible, irrenunciable, intransigible, incompensable y se extingue por la muerte del alimentante o del alimentista.

En ese contexto, Sántillan (2012) indicó:

El derecho de alimentos se encuentra entre los derechos fundamentales de la persona, por cuanto la tutela de este derecho se funda en la necesidad de suministrar al alimentista de todo aquello que mínimamente puede asegurar su subsistencia, siendo por esta razón que el derecho de alimentos no tiene naturaleza patrimonial (p. 1).

Por su parte González (2013) señaló:

Aun cuando la prestación que nace de la obligación alimentaria pueda ser valorizable patrimonialmente esto no hace patrimonial a tal derecho, ya que es un derecho netamente personal que se encuentra adherido a la persona y persiste a lo largo de su vida, extinguiéndose solo con la muerte del titular (p. 15).

2.16.2.1. Naturaleza. La Constitución Política del Estado peruano concibe derechos y obligaciones, en cuanto al tema se tiene que el artículo 2º en su inciso 1) prescribe que: “Toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”.

Luego, en el artículo 6º del mismo cuerpo de leyes, se establece que “Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres”.

Dicho esto, la doctrina discute en tratar de ubicar al derecho/obligación alimentaria en una naturaleza patrimonial o personal.

Los que indican que los alimentos son de carácter patrimonial, manifiestan que los alimentos se concretizan en una suma de dinero, o sea en algo material, sin embargo, se cuestiona ya que de ser material o patrimonial podría ser objeto de transferencia o de

renunciabilidad.

Por su parte, quienes defienden que los alimentos tienen carácter personal o personalísimo, manifiestan que este derecho nace y se extingue con la persona, es por ello que no puede ser objeto de transferencia mucho menos se puede renunciar a ella.

Existe una tercera postura, que indica que los alimentos tienen carácter de ambas teorías antes descritas, pues tiene carácter patrimonial obligacional porque los alimentos tienen contenido económico, y carácter personal en tanto que nace y se extingue con la persona.

Se debe considerar que la génesis de los alimentos parte desde la existencia de la persona, incluso podríamos decir desde la concepción. Pues si bien, los alimentos es un derecho y a la vez una obligación, debe tenerse en cuenta que, este derecho sólo se activa con el nacimiento de la persona, y de ser el caso que la persona obligada a prestar alimentos no cumple con dicha obligación, quien los necesita -por ser titular de ese derecho- puede pedirlos, y sólo se extinguirá con la muerte del titular de este derecho; de allí su carácter netamente personal o personalísimo. No compartimos el carácter patrimonial o mixto, ya que el carácter patrimonial que se le pretende otorgar, resulta ser la forma de cómo concretizar los alimentos, pues es la consecuencia de requerir y prestar los alimentos (Cortés y Quiroz, 2014, p. 172).

2.16.2.2. Características. Como se ha indicado ut supra, los alimentos tienen una doble connotación, tanto como derecho y obligación, por consiguiente, las características que proporcionaremos atenderán al derecho alimentario y a la obligación alimentaria.

En el derecho alimentario, Mesinas (2010), considera las siguientes características:

- Personal, pues, nace y se extingue con la persona, es inherente a ella.
- Intransferible, ya que no puede de ser objeto de transferencia, mucho menos se puede transmitir.
- Irrenunciable, pues teniendo en cuenta que el Estado protege la vida humana, y siendo que los alimentos contribuyen a la supervivencia, no puede renunciarse a este derecho,

salvo que la persona titular de este derecho no se encuentre en estado de necesidad.

- Imprescriptible, teniendo en cuenta que los alimentos sirven para supervivencia cuando hay un estado de necesidad, mientras subsista este estado de necesidad, estará activado o vigente el derecho para accionar por ello.

- Intransigible, porque el derecho a los alimentos no puede ser objeto de transacciones, esto no quiere decir el monto de los alimentos pueda ser objeto de transacción.

- Inembargable, ya que el derecho como tal resulta inembargable, sin embargo, esta característica esta direccionada a indicar que la pensión por alimentos es inembargable, pues así se encuentra establecido por mandato expreso en la ley (Código Procesal Civil, artículo 648º, inciso c).

- Recíproco, porque teniendo en cuenta que los alimentos se prestan entre parientes y/o cónyuges, en determinadas oportunidades una persona puede resultar siendo acreedor alimentario, y luego deudor alimentario.

- Revisable, ya que la pensión por alimentos que se pueda fijar en un determinado año, con el transcurrir del tiempo, puede ser objeto de aumento o reducción.

- En la obligación alimentaria, tenemos las siguientes características:

- Intransferible, porque la obligación que tiene una determinada persona a prestar alimentos no puede otorgársela a otra, es personal, y sólo se extingue con él.

- Divisible, ya que de haber dos o más obligados alimentarios, y con el fin de cubrir las necesidades básicas del alimentario, el pago de la pensión por alimentos puede ser dividido para que entre todos los deudores alimentarios cubran el pago de dicha pensión.

2.16.2.3. Acreedores alimentarios. En principio debemos indicar que son los cónyuges los que recíprocamente se deben alimentos, pues no puede perderse de vista que el artículo 288º del Código Civil establece que los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia, pero que debemos entender por debe de asistencia. Entonces, el deber de asistencia

es un auxilio o ayuda recíproca, que entre los cónyuges debe haber. Por lo tanto, uno de los acreedores alimentarios es cualquiera de los cónyuges.

El nacimiento de una persona dentro del matrimonio, les otorga la denominación de hijos matrimoniales, y pues, estando a que los cónyuges están obligados mutuamente por el hecho de matrimonio a alimentar y educar a sus hijos y además, es una obligación de los padres proveer al sostenimiento de sus hijos, quienes forman parte de grupo de acreedores alimentarios son los hijos matrimoniales.

De otro lado, se tiene que la concepción y nacimiento de una persona fuera del matrimonio, denomina a estos hijos extramatrimoniales, y al ser debidamente reconocidos por el padre y la madre conjuntamente, o por uno sólo de ellos, o habiendo una declaración judicial de filiación extramatrimonial, los coloca, a estos, dentro de la nómina de acreedores alimentarios.

Además, el artículo 415° del Código Civil establece que “el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años”.

En este artículo que se hace mención, se encuentran como acreedores alimentarios los denominados hijos alimentistas, a quienes se les reconoce titularidad para accionar por una pensión de alimentos, sin embargo, nuestra recomendación es que resulta mucho más favorable iniciar una acción legal por filiación de paternidad extramatrimonial y dentro de ella solicitar una pensión por alimentos.

Es necesario agregar, que “la nómina de acreedores no sólo queda ahí, pues, también integran los padres, ya que estos pueden accionar frente a sus hijos, los hermanos pueden prestarse alimento, los ex concubinos” (Aguilar, 2013, p. 87).

2.17. Elemento patrimonial de la patria potestad

La patria potestad atribuye a los padres no sólo el deber de cuidar la persona sino

también los bienes de sus hijos, en caso de que los menores cuenten con patrimonio propio; ya que estos por la misma razón de su incapacidad requieren de otras personas que cuiden ese patrimonio.

Los atributos que confieren la patria potestad en el orden patrimonial los cuales están referidos a la administración, el usufructo y la disposición que se detallan a continuación (Peralta, 2012):

2.17.1. Administración

Administrar significa el gobierno de intereses ajenos, cuidar un patrimonio. En el Derecho de familia significa proteger, cuidar, velar por el patrimonio del menor, hacerlo producir sin desprenderse del mismo.

Cabe señalar que, dentro del concepto de administración, no se encuentra el gravamen ni la disposición de los bienes. Es el padre administrador de los bienes de sus hijos quien debe cuidar de esos bienes, cumplir con las obligaciones propias que entrañen el mantenimiento del bien. Realizar actividades como: hacer declaraciones juradas cuando sean necesarias, pagar los tributos, cobrar los arriendos, iniciar los juicios de desalojo, si fuere el caso, los juicios de cobro de arriendo; y obligaciones como la de inventariar los bienes y deudas que constituyen el patrimonio del menor; así mismo, constituir garantías por las resultas de su gestión, y rendir periódicamente cuentas de su administración.

Sin embargo, el legislador no ha impuesto al padre la obligación de hacer inventario, por tratarse de una relación tan próxima y directa como es la de los padres e hijos, salvo el caso donde el padre o la madre que ejerzan con exclusividad la patria potestad y desea contraer matrimonio, figura que está contemplada en el artículo 441 del Código Civil, norma previsor a fin de evitar que casándose el padre o madre, su nueva familia tenga o adquiera bienes que puedan fácilmente confundirse con los bienes de su hijo que está bajo su patria potestad.

2.17.2. Usufructo

La patria potestad concede a los padres el derecho de usufructo legal respecto de los frutos que generan los bienes de los menores sujetos a la autoridad paterna.

Este derecho por el cual los padres hacen suyos los frutos, rentas, que producen los bienes propios de sus hijos es conocido en la legislación francesa como goce legal. Explica que se ha querido ver al usufructo legal como una compensación por la labor de administración de los padres respecto de los bienes de sus hijos, ya que el deber de custodia y protección de los bienes le demanda al padre tiempo y dedicación, y por esta labor no hay remuneración alguna.

La ley peruana, a través del Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 64, incisos h, refiere, como atributo de la patria potestad, administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran, y, tratándose de productos, se estará a lo dispuesto en el artículo 1004 del Código Civil.

Este artículo refiere que cuando el usufructo legal recae sobre productos (provechos no renovables que se extraen de un bien, ejemplo, los minerales, el petróleo), entonces los padres deberán restituir la mitad de los ingresos netos obtenidos, lo que significa que el usufructo legal recae sobre el 50 por ciento del producto.

El usufructo ordinario difiere del legal; el primero es un derecho real que recae sobre cuerpo cierto, al tiempo que el último es una facultad asignada a los padres, cuando ejercen la patria potestad, sobre una universalidad de bienes.

2.17.3. Disposición

Además de las facultades de administración y usufructo, “los padres tienen potestades dispositivas, los que indudablemente están rodeados de ciertas garantías.” Sobre estas facultades dispositivas de los padres la doctrina contempla las siguientes orientaciones.

- Positiva: Sustenta que los padres pueden realizar actos dispositivos sin restricción alguna sobre los bienes de sus hijos.

- Negativa: Expresa, que los padres no pueden realizar actos de disposición de los bienes de sus hijos bajo ninguna circunstancia.

- Mixta: Estima la posibilidad dispositiva de los padres sólo por razones justificadas y bajo ciertas garantías, establecidas por la propia ley.

El actual Código se encuadra dentro de esta última cuando prescribe que los padres no pueden enajenar ni gravar los bienes de sus hijos, ni contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan de los límites de la administración, salvo por causas justificadas de necesidad o utilidad y previa autorización judicial.

2.18. Derechos y obligaciones del menor sujeto a la patria potestad

Se ha realizado un listado que explica acerca de los derechos de los hijos sujetos a la patria potestad (Hinostroza, 2017, p. 107):

- En principio, tienen el derecho de que sus padres cuiden de su persona y de sus bienes. Ello se desprende de lo señalado en el artículo 418 del Código Civil referido a la definición de la patria potestad. Cabe señalar que los hijos tienen el derecho de conservar las relaciones personales con el padre o madre que no ejerza la patria potestad.

- Tienen derecho los hijos a los intereses legales del saldo que resulta en contra de los padres que administraron bienes de los primeros, computables 30 días después de terminada la patria potestad (artículo 430 del Código Civil)

- Pueden disfrutar de los bienes exceptuados del usufructo legal tales como: los bienes que hayan sido donados o dejados en testamento con la condición de que el usufructo no corresponda a los padres; los referidos bienes sujetos a la condición de que frutos sean invertidos en un fin cierto y determinado; los bienes que adquieran por su trabajo, profesión o industria (siempre que cuenten con el consentimiento de los padres); las sumas de dinero depositadas por terceros en cuentas de ahorros; etc.

- Les corresponde los beneficios que generen las empresas sujetas al usufructo

legal por parte de los padres, en caso de tener ellas pérdidas. Gozarán de tales beneficios hasta que sean compensadas las pérdidas (artículo 438 del Código Civil)

- El menor de 16 años tiene derecho a ser oído por el juez en los casos en que los padres necesiten autorización judicial para disponer de los bienes del menor o para celebrar ciertos actos como arrendar sus bienes, hacer partición judicial, transigir, etc (artículos 447 y 448 del Código Civil).

- Tienen derecho a que el dinero producto de sus bienes sujetos a la administración de los padres sea depositado a su nombre en instituciones de crédito.

- Están facultados para aceptar donaciones, legados, herencias voluntarias, a condición de que tengan discernimiento el menor y que los actos descritos no estén sujetos a carga alguna, es decir, que sean puros y simples (artículo 455 del Código Civil).

- Pueden ejercer derechos estrictamente personales.

- Pueden celebrar contratos en relación a las necesidades ordinarias de su vida diaria, siempre que no estén privados de discernimiento (artículo 1358 del Código Civil).

- Puede el menor de 16 años de edad cumplidos contraer obligaciones o renunciar derechos, si los padres que ejercen la patria potestad dan su autorización o lo ratifican una vez contraída la obligación o renunciado el derecho (artículo 456 del Código Civil).

- Tiene derecho el menor a dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio, siempre que sea capaz de discernimiento y cuente con la autorización de sus padres.

- Tienen derecho los menores de más de 16 años de edad a que se les consulte los actos importantes de la administración en la medida de lo posible (artículo 459 del Código Civil)

- Pueden solicitar autorización judicial a efecto de vivir separados del padre o de la madre que hubiese contraído matrimonio, siempre que obedezca el pedido a causas graves. En este caso, se les pondrá bajo el cuidado de otra persona.

Por otro lado, según el artículo 454 del Código Civil, los hijos están obligados a respetar, obedecer y honrar a sus padres.

La generalidad de esta fórmula se debe, como es fácilmente comprensible, a la imposibilidad de enumerar, siquiera enunciativamente, las múltiples obligaciones, más o menos importantes o minúsculas, que los hijos menores deben de cumplir respecto a sus padres en la vida cotidiana que tiene su justificación no sólo desde el punto de vista natural y respetuosa subordinación en que los hijos menores han de hallarse respecto a sus padres, sino para que pueda cumplir su objeto la función formadora o educativa que incumbe a los padres y que no podría ser cabalmente cumplida si los hijos no obedecieran, respetaran y honraran a sus padres (Cornejo, 2016), p. 69).

2.19. Principios sobre los que descansa el ejercicio de la patria potestad

- En las relaciones entre ascendientes y descendientes siempre deberá regir el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea la edad, estado o condición de los que la ejercen o de los sujetos a ella.
- Se debe de evitar que, en el ejercicio de la patria potestad, se generen por parte de los ascendientes actos de manipulación o alienación parental, encaminados a producir rechazo, desvaloración o violencia contra el otro progenitor.
- El ejercicio de la patria potestad tendrá como base y fundamento el principio del interés superior de la infancia. Se entiende como interés superior de la infancia o del menor: La prioridad que ha de darse a los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes, respecto a los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos:
 - El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal.
 - El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de

cualquier tipo de violencia familiar.

- El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos.
- Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo con la edad y madurez psicológica y emocional.
- Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.

2.20. Regulación de la patria potestad en la legislación peruana

En el ordenamiento jurídico peruano, la patria potestad, está regulada en el Código de Niños y Adolescentes y de manera supletoria en el Código Civil y también se encuentra reconocida en nuestra Constitución Política, conforme paso a detallar:

2.20.1. La patria potestad en el Código de los niños y adolescentes

El Código de Niños y Adolescentes establece un listado de deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad y a partir del cual se puede advertir una reciprocidad entre padres e hijos, así encontramos en el artículo 74, que son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad:

a. Velar por su desarrollo integral. b. Proveer su sostenimiento y educación. c. Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes. d. Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuera necesario para recuperarlos. e. Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil. f. Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención. g. Administrar y usufructuar sus bienes cuando los tuvieran y h. Tratándose de productos se estará a lo dispuesto en el Código Civil.

Se está ante un rol de cuidado que, como institución regulada según el concepto de patria potestad, sólo corresponde a los padres por su condición de progenitores. Si fuera el caso

de que estás no pudieran ejercerla, serán otros los llamados a cuidar de los hijos; pero de título distinto, en suma, estamos ante la tutela y curatela como figuras supletorias de la patria potestad (Fernández, 2013).

Por otro lado, el Código del Niño y Adolescente, prescribe las causales de suspensión y de extinción o pérdida de la patria potestad, en sus siguientes artículos:

2.20.2. Causales de suspensión de la patria potestad

Artículo 75: La patria potestad se suspende en los siguientes casos:

- a. Por la interdicción del padre o de la madre originada en causas de naturaleza civil.
- b. Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre.
- c. Por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan.
- d. Por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad.
- e. Por maltratarlos física o mentalmente.
- f. Por negarse a prestarles alimentos.
- g. Por separación o divorcio de los padres, o por invalidez del matrimonio de conformidad con los artículos 283 y 340 del Código Civil.
- h. Por haberse abierto proceso penal al padre o madre por delito en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos o por cualquiera de los delitos previstos en los artículos del Código Penal o por cualquiera de los delitos establecidos en el Decreto Ley 25475, que establece la penalidad por los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio.

Además mediante Ley N°30323 se precisó como causal de suspensión de la patria potestad los casos de feminicidio, infanticidio, exposición o abandono de personas en peligro instigación o participación en pandillaje pernicioso, trata de personas, trata agravada de personas, violación de personas en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir,

violación de persona en incapacidad de resistencia y violación sexual de menor de edad, en todos estos casos donde se haya comprendido al padre o madre del menor como procesado deberá suspenderse el ejercicio de la patria potestad.

i. Asimismo, por Ley 30819 se ha adicionado además como supuesto de suspensión de la patria potestad cuando se haya abierto proceso penal al padre o madre por Lesiones Graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar, profesional.

Lesiones Leves y agresiones contra mujeres e integrantes del grupo familiar. En el caso de separación convencional o divorcio ulterior, ninguno de los padres queda suspendido en el ejercicio de la patria potestad.

j. Por declaración de desprotección familiar provisional del niño o adolescente.

Artículo 77: Extinción o Pérdida de la patria potestad: La patria potestad se extingue o pierde:

- Por muerte de los padres o del hijo.
- Porque el adolescente adquiere la mayoría de edad.
- Por declaración Judicial de desprotección familiar.
- Por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o

en perjuicio de los mismos por la comisión de los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, instrucción y juicio.

Asimismo, por Ley 30819 se ha adicionado además como supuesto de suspensión de la patria potestad cuando se haya abierto proceso penal al padre o madre por Lesiones Graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar, Lesiones Leves y agresiones contra mujeres e integrantes del grupo familiar.

a. Por reincidir en las siguientes causales: Por dar órdenes, consejos o ejemplos que lo corrompan. Por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad. Por negarse a prestarles alimentos.

- b. Por cesar la incapacidad del hijo, por tener un título

En el caso de los padres a quienes se les ha suspendido en el ejercicio de la patria potestad podrán pedir su restitución cuando cesa la causal que la motiva. El Juez especializado debe evaluar la conveniencia de la restitución de la patria potestad en aplicación del Principio del interés superior del niño y del adolescente. Tanto los padres, ascendientes, hermanos, responsables o cualquier otra persona que tenga legítimo interés pueden pedir la suspensión o pérdida de la patria potestad.

Asimismo, se precisa que, en el caso de tratarse de los delitos antes mencionados, el Juez Penal deberá aplicar la suspensión extinción de la patria potestad conforme a los artículos 75 y 77 del Código del Niño y Adolescente, según corresponda al momento procesal. En tal sentido, está prohibido bajo responsabilidad que dicha materia sea resuelta por la justicia especializada de Familia o su equivalente.

2.21. La patria potestad en la Constitución Política

La doctrina define a la patria potestad como aquel “conjunto de deberes y derechos que incumben a los padres con relación a las personas y los bienes de sus hijos menores de edad” (Belluscio, 2014, p. 99). Es decir, son aquellos derechos y obligaciones que tienen los padres para con sus hijos, y donde su principal función va a estar enmarcada por la protección de su persona y la buena administración de sus bienes, para que de este modo se satisfagan de modo integral las necesidades de los menores o de los mayores incapaces, según sea el caso.

Como es lógico, por esa relación paterno filial que se da entre los padres e hijos de origen natural, y debido a la falta de capacidad de ejercicio de estos últimos para la realización de actos jurídicos, recae en sus padres esa obligación primaria de representarlos, de tal manera que estos actúan en su nombre respecto al cuidado de su persona y la buena administración de los bienes que les corresponden.

Al igual que la familia, la patria potestad también cuenta con reconocimiento

constitucional, tal como puede advertirse del artículo 6 de la Constitución peruana vigente, en específico en cuanto refiere que: “Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres”.

La mención de esta figura en la norma constitucional es fundamental, porque ese derecho-deber de los padres de tutelar a sus hijos en su esfera personal y patrimonial se encuentra, así, debidamente amparado como un poder, pero, a la vez, como una obligación que debe ser prestada de modo responsable por los padres para con sus hijos, recayendo de igual modo en estos últimos el deber de respetarlos y asistirlos.

En el artículo 6 de la Constitución no se limita a referir que los padres tienen un derecho-deber, sino que además puntualiza cuáles son, con carácter primario, esos deberes: la alimentación, la educación y la seguridad, de los cuales son beneficiarios sus propios hijos, sea que tengan la condición de matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos; algo que se desprende de una interpretación conjunta del citado artículo (Chirinos, 2012, p. 106).

Por su parte, Castro (2014) señaló:

Lo que se pretende con la regulación constitucional de la patria potestad es, por un lado, otorgar un reconocimiento al derecho que tienen los padres con relación al cuidado de sus hijos, y, por otro, amparar el cumplimiento de sus obligaciones para con ellos. Pese a que la Constitución, mediante su artículo 6, no mencione de modo *ex professo* que está refiriéndose a la patria potestad, queda claro que se trata de ella, pues esa es la descripción más exacta de la relación paterno-filial (p. 88).

Siendo así, no queda duda que la patria potestad “es un deber, porque ambos esposos deben cumplir determinados preceptos legales, sociales y humanos que benefician a los hijos y, porque, están obligados a respetar los derechos de estos” (Chanamé, 2009, p. 91).

Así como la familia es una institución natural que tiene su existencia en la naturaleza del hombre, los derechos y las obligaciones que van a surgir de ella también serán naturales, y

el Estado es quien otorga el reconocimiento constitucional para brindarles una protección irrestricta, y poder velar por la satisfacción y cumplimiento de sus respectivos derechos y obligaciones. El Estado interviene, de este modo, para mantener la convivencia pacífica entre los miembros de la familia, y a partir de ello lograr una buena convivencia de toda la sociedad.

Todo lo antes mencionado permite, por tanto, precisar las características de la patria potestad, según Garay (2012, p. 96):

- Es reconocida como una institución del Derecho de Familia.
- A través de la regulación de la patria potestad no solo se reconocen deberes a los padres, sino también derechos que han de ejercer frente a sus hijos y los bienes de estos
- Como sucede con los padres, los hijos no solo tienen derechos frente a ellos, sino que además tienen deberes como, por ejemplo, socorrerlos ante una enfermedad o atenderlos durante su ancianidad.
- Al igual que la familia, la patria potestad no tiene su origen en la ley, sino que encuentra su razón de ser en la propia naturaleza.
- La patria potestad tiene como finalidad proteger en todo momento los intereses de sus hijos.

Cabe señalar que cada una de las características antes mencionadas, la primera característica establece que la patria potestad es una institución del Derecho de Familia, y a nadie le quedará duda que la facultad que ejercen los padres para con sus hijos se encuentra referido a aquella relación paterno filial que existe entre ellos y que hace posible que podamos hablar de la familia como una institución. En la segunda característica, se habla de los derechos y deberes de los padres, puesto que, en su rol de representantes de sus hijos, estos son responsables de su cuidado tanto de su persona como de sus bienes.

En la tercera característica se aprecia que la patria potestad también puede estar referida de los hijos hacia sus padres, en el caso de alguna enfermedad, discapacidad, ancianidad, etc.,

de los padres, pues como la patria potestad es una institución del Derecho de familia, debe de estar enmarcada precisamente en la protección de todos los integrantes de la familia sin importar que este dirigida de padres a hijos, o de estos a sus padres.

En la cuarta característica se habla de su origen, es decir, la propia naturaleza de la persona, es por ello que el orden peruano lo único que hace es reconocerla a través de su norma máxima: la Constitución.

Y en la quinta característica, se habla de la finalidad de la patria potestad, que es proteger los intereses de los hijos, ante su falta de capacidad de ejercicio.

El ordenamiento jurídico peruano busca que la patria potestad a nivel constitucional en conjunto con la familia deba ir de la mano, es decir no se podría hablar de uno dejando de lado al otro.

Por consiguiente, cuando el Estado quiere lograr el bien común en la sociedad, necesita de la convivencia pacífica de las familias que conforman dicha sociedad, y para lograr esta convivencia se necesita que se ejercite adecuadamente la patria potestad, y es en este sentido, que tanto la familia, como la patria potestad, son necesarias para el logro del bien común en la sociedad colectiva, y por ende se hace necesario el reconocimiento constitucional de ambas figuras jurídicas

2.22. La patria potestad en el Código civil

Bautista y Herrero (2013) recogen lo señalado en el artículo 418 del Código Civil que indica: “Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores” (p. 79).

Como puede verse, en la legislación Civil la figura jurídica de la patria potestad se encuentra suficientemente definida como un derecho y deber, manteniendo, de ese modo, una plena concordancia con lo expresado al respecto por el artículo 6 de la Constitución.

En ese sentido, la patria potestad comporta ese deber que se le impone a los padres con

el único propósito de conseguir beneficios para sus hijos y, al mismo tiempo, implica también un derecho. Una interpretación del mencionado artículo, permite advertir que entre los principales deberes de los padres aparecen: el velar por sus hijos, alimentarlos, educarlos, brindarles una protección integral, representarlos, corregirlos, siempre de una manera moderada, y encargarse de la administración de sus bienes.

De igual manera, de la dicción literal del artículo 418 del Código Civil, antes citado, Plácido (2014) dio su respectiva interpretación:

Cabe entender que la patria potestad no solo implica ese conjunto de derechos y deberes de los padres, pues correlativamente de allí también aparecen derechos y deberes para los hijos, entre los que aparecen, por ejemplo, el derecho a los alimentos y el deber de obedecer a sus padres, e inclusive cuidarlos en el caso de ancianidad o de alguna enfermedad (p. 122).

Claro está, que esa esfera de protección que otorga el Estado a la patria potestad no solo comprende asegurar el cumplimiento de las obligaciones de los padres para con sus hijos, sino también de estos últimos para con los primeros; lo propio ha de suceder con la garantía de la satisfacción de los derechos de ambos.

Siguiendo con el desarrollo del tema, la patria potestad ha de ser ejercida por ambos padres cuando la relación paterno-filial se derive de un vínculo matrimonial; sin embargo, no será así, cuando aquélla surja de una relación extramatrimonial, ya que la patria potestad solo recaerá en quien realice el reconocimiento voluntario de la filiación (salvo que el hijo luego accione contra quien no reconoció voluntariamente para conseguir la determinación de la filiación extramatrimonial). Respecto de los hijos adoptivos, ejercerá la patria potestad del mismo quien haya efectuado la adopción.

Entre los derechos y deberes que comprende la patria potestad, el Código Civil peruano vigente trata los siguientes (Varsi, 2013, p. 72):

- Proveer el sostenimiento y educación de los hijos. Respecto al sostenimiento, se hace referencia a la asistencia que debe existir por parte de los padres hacia los hijos, en el sentido de estar pendientes de estos, sobre todo en su alimentación y educación. De igual manera esta función la deben de cumplir los hijos, en el sentido de no abandonarlos en su ancianidad o ante el padecimiento de alguna enfermedad. En cuanto a la educación, esta implica una adecuada formación tanto en el aspecto cognitivo, espiritual y moral.

- Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación. En cumplimiento de este deber los padres deben asegurar la formación académica de sus hijos, de tal manera que luego les permita obtener un trabajo digno para su sostenibilidad.

- Aprovechar de los servicios de sus hijos cuando ella fuera necesario, atendiendo a su edad, condición y sin perjudicar su educación. Aquí se hace referencia al deber que tienen los hijos de ayudar a sus padres en las labores del hogar o trabajo familiar, siempre que sea acorde con su edad y teniendo como límite el que con ello no se perjudique su educación.

- Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde se encuentren.
- Representar a los hijos en los actos de la vida civil hasta que estos adquieran la capacidad para actuar por ellos mismos; hasta que ello suceda, serán representados legalmente por sus padres.

- Los padres se encargarán de la administración de los bienes de sus hijos.
- Usufructuar los bienes, ya que los padres tienen el derecho de usar y disfrutar de los bienes de los hijos. Tratándose de los productos los padres restituirán la mitad de los ingresos netos obtenidos.

Para Figueroa (2014) que respecto de la regulación civil de la patria potestad:

Existe otra norma de mucha importancia es la contenida en el artículo 435 del Código Civil. Este artículo se refiere a la curatela de los bienes de los hijos mayores incapaces,

misma que podrá ser ejercida por un curador cuando el padre que tuviese la patria potestad renunciare a la administración de los bienes de los hijos y decidiera ser sustituido por un curador, quien tendrá las obligaciones de acudir a las reuniones del consejo de familia. Otro caso se presentará cuando el curador hubiese sido nombrado mediante testamento por el padre (p. 55).

También es necesario precisar que el Código Civil prescribe diversos supuestos en los que podría verse afectada la patria potestad. Así, se tienen los casos de suspensión, extinción, privación y pérdida de la patria potestad, los mismos que se encuentran expresamente regulados en dicho texto legal. Con relación a la suspensión de la patria potestad, cabe precisar que “esta no implica la pérdida absoluta de la titularidad de tal derecho-deber” (Benítez, 2012, p. 128); es decir, en esa situación la patria potestad no se pierde ni extingue, sino que quien la tiene tan solo no podrá ejercerla por un determinado tiempo.

De ahí se entiende que la suspensión es solo temporal y no definitiva, lo que sí sucede con la pérdida de la patria potestad. Es el artículo 466 del Código Civil el que prescribe las situaciones en que se presenta el supuesto de suspensión de la patria potestad:

- Cuando el padre o la madre tengan capacidad de ejercicio restringida, se encuentre en estado de coma.
- Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre.
- Cuando se compruebe que el padre o la madre se hallan impedidos de hecho para ejercerla. Es decir, cualquiera de los padres tiene un impedimento que los inhabilita de seguir ejerciendo la patria potestad.
- En el caso del artículo 340 del Código Civil, se refiere que el padre que obtenga a su favor una sentencia fundada de divorcio, como motivo de una de las causales de esta misma norma, es quien ejercerá la patria potestad, a excepción que el juez señale lo contrario.

Jurisprudencialmente se conceptualiza la suspensión de la patria potestad como una

“restricción a favor del interés superior del niño”, porque cuando se restringe la patria potestad es únicamente para garantizar el interés superior del niño.

Ahora, sobre la extinción de la patria potestad se produce en los supuestos estipulados en el Exp. N° 727-2011, Corte Superior de Justicia de Lima-Primera Sala Especializada de Familia, de fecha 23.11.2011:

- Por la muerte de los padres o del hijo. Pues ante la ausencia ya sea de cualquiera de los padres, o del hijo, por causas de la muerte de cualquiera de estos, el ejercicio de la patria potestad, no se podrá ejercer de manera completa.
- Por cesar la incapacidad del hijo conforme al artículo 46 del Código Civil.
- En los casos de tratarse de mayores de dieciséis años, estos pueden representarse por sí solos, en los casos de matrimonio, o un justo título de profesión. Y para los mayores de catorce años, pueden representarse y representar a su hijo ante el nacimiento de este, pero solo en los casos de alimentos.
- Por cumplir el hijo dieciocho años de edad. Es decir, por cumplir con la mayoría absoluta que exige nuestro sistema jurídico peruano. En los casos de pérdida de la patria potestad tenemos que remitirnos a lo estipulado en el artículo 462, el cual hace referencia a los supuestos de la pérdida de la patria potestad por haber ocasionado un delito, que conlleva a la pérdida de la libertad, y además por abandonar a su hijo por un periodo de seis meses durante un periodo continuo, o por plazos que sumados todos resulta dicho periodo.

En lo referente a la privación de la patria potestad, debemos señalar el artículo 463 del Código Civil, señala que se les puede privar a los padres del ejercicio de la patria potestad cuando dan un mal ejemplo a sus hijos, por tratarlos de una manera totalmente intolerable a su edad, es decir, maltratarlos, y sobre todo por no cumplir con su función u obligación principal de brindarles los alimentos correspondientes.

De igual manera, el Código de los Niños y Adolescentes, a través de sus artículos 75 y

77 contemplan otras causales de suspensión, extinción o pérdida de la patria potestad a las ya previstas en el Código Civil. Por ejemplo, en la suspensión además de las causales establecidas en el Código Civil, el Código de los Niños y Adolescentes reconoce la suspensión por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan; por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad; por maltratarlos física o mentalmente; por negarse a prestarles alimentos; por separación o divorcio de los padres, o por invalidez del matrimonio.

En el caso de la extinción, y pérdida de este derecho-deber, encontramos que mientras para el Código Civil, las causas se dan por separado, en el Código de los Niños y Adolescente ambas causales se encuentran en un artículo, e incluso con dos causales más que son: por declaración judicial de abandono, y por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos, del mismo modo en que puede suscitarse la pérdida o suspensión de la patria potestad, por aplicación del principio constitucional de protección de la familia también se puede restituir a los padres el ejercicio de su patria potestad, tal como puede verse del artículo 471 del Código Civil, en donde se otorga al juez la facultad de restituir la patria potestad cuando se hubieran puesto fin a las causas que la originaron. En igual sentido, el Código de los Niños y Adolescentes hace mención a dicha posibilidad en su artículo 78, teniendo como fundamento principal para ello el interés superior del niño.

2.23. Regulación del interés superior del menor en el ordenamiento jurídico nacional e internacional

El Interés Superior del Menor en la Convención Sobre los Derechos del Niño y en la Declaración sobre los derechos del niño el interés superior del niño, se encuentra expresamente previsto en el inciso 1 del artículo 3 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, el cual señala:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales las autoridades administrativas o los Órganos

Legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Asimismo, el mencionado Principio, fue mencionado expresamente en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que prescribe:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la Ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en las condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar Leyes con este fin, la consideración fundamental a que tenderá será al interés superior del niño.

2.23.1. El interés superior del menor en el código del niño y adolescente

En 1990 el Estado Peruano, ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual reconoció la teoría del interés superior del niño y la protección integral de la infancia. En 1978, el Perú ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos, la misma que en su artículo 19, prescribe:

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que en su condición de menor requiere por parte de su familia de la sociedad y del Estado, siendo a partir de la Convención que el niño es considerado como un sujeto activo titular de derechos (Torres, 2012, p. 152).

En esa línea, en 1992 se promulgó el Código del Niño y Adolescentes, incorporándose a través de él nuevas directrices y conceptos sustentados en la nueva doctrina de la protección integral.

El 21 de Julio del 2000, el Congreso de la República, mediante Ley 27337, aprobó el nuevo Código de los Niños y Adolescentes en el cual se consagra una vez más el Principio del Interés Superior del Niño, regulándose en el artículo IX del Título Preliminar:

En toda medida concerniente al niño y adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Locales

y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad se considerará el Principio del Interés Superior del niño y del adolescente y del respeto a sus derechos.

2.23.2. El principio del interés superior del menor y su relación con la patria potestad

El interés superior del menor tiene como finalidad garantizar el desarrollo integral del menor, es decir, se constituye en un principio directriz de la aplicación normativa a favor del menor, por lo cual la decisión judicial también debe verse guiada.

La patria potestad dejó de ser la primitiva figura de la época del Derecho Romano y pasó a ser una institución concebida para el beneficio del menor. En ese sentido, nos encontramos con el principio jurídico del interés superior del menor, el cual es un concepto jurídico indeterminado que le permite al legislador, concretar una situación y obliga a los padres a efectuar su decisión garantizándole la perfección del menor, es decir, tomando las decisiones que posibiliten su desarrollo.

Por lo que al momento de determinar el interés superior del menor se debe tener en cuenta que muchas veces será colocarlo en las situaciones menos malas, dado que debido a las circunstancias no existe la posibilidad de colocarlo donde teóricamente se perfeccionaría de modo pleno. Por lo que debe siempre escucharse la postura del menor, respecto a lo que él cree que es el interés superior para sí mismo, sin embargo, no existe una coincidencia necesaria entre lo que él estima como lo mejor, y el verdadero interés que será determinado por la persona a cargo o en todo caso, por la vía judicial.

En ese sentido, cuando los padres hayan visto suspendida la patria potestad, podrían ver reactivado este derecho-deber cuando cese la causal que motiva esa suspensión, dado que el juez decidirá sobre lo visto, teniendo en cuenta el interés superior del menor, es decir, el perfeccionamiento o desarrollo que el padre -que ha visto suspendida esta función tuitiva sobre su hijo- le permitiría a su hijo si ve restituida la función-facultad protectora de la patria potestad.

En el mismo sentido, se entiende la necesidad del juez de considerar el principio del

Interés superior del menor al momento de determinar la tenencia, dado que el padre que los tenga en su cuidado debe ser aquel que le garantice al menor el lograr su desarrollo personal. Y, por consiguiente, determinar el régimen de visitas que garantice su bienestar. En caso de no estar vivo ninguno de sus padres, se creará un consejo de familia, que también se regirá por este principio, al igual que en el caso de la adopción.

Por lo que es justificado concluir que en cada una de las funciones derivadas de la Patria potestad debe prevalecer el interés superior del menor, al igual que en toda actuación que involucre un menor de edad, así se ha reconocido en diversas Jurisprudencias, como en la Sentencia Del Tribunal Constitucional N°03247-2008-Phc/Tc, 14 de agosto del 2008, en cuyo párrafo 08, señala: “Que la doctrina de la protección integral se asienta en el interés superior del niño, cuyo fin e interpretación es la plena satisfacción de sus derechos, por lo que el contenido del citado principio son los propios derechos”.

El principio del interés superior del niño, tiene en sí mismo una finalidad tuitiva sobre el menor, que irradia al derecho-deber de la patria potestad. Por lo que es previsible que, en los temas relacionados a los derechos fundamentales del menor, también se encuentren direccionados por este principio.

2.23.3. El derecho de filiación

La Filiación es la procedencia de los hijos respecto de los padres. Calidad que el hijo tiene con respecto de su padre o madre. La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial, surtiendo los mismos efectos, conocer nuestros orígenes, saber quién es nuestro progenitor, es un deseo natural y un derecho que se remonta a los inicios de la humanidad. Y desde sus orígenes también fue, en muchos casos, motivo de juicios de filiación, en cuyo tratamiento tuvo importante participación la ciencia médica. Es la relación que vincula a una persona con todos sus antepasados y sus descendientes (filiación en sentido genérico) y, más restringidamente, la

que vincula a los padres con sus hijos (filiación en sentido estricto).

Desde último punto de vista que es el que particularmente nos interesa la relación parental se denomina más propiamente paterno – filial, pues si desde el ángulo del hijo se llama filiación, desde el punto de vista de los progenitores se denomina paternidad o maternidad. Por otro lado, la filiación por adopción, es el acto jurídico mediante el cual se crea un vínculo de parentesco entre una o dos personas, de tal forma que establece entre ellas una relación de paternidad o de maternidad.

Existen dos variedades básicas de filiación: la Matrimonial (llamada legítima), es decir, la que corresponde al hijo tenido por padres casados entre sí; y la Extramatrimonial (llamada ilegítima) origina en relaciones de un varón y una mujer no casados entre sí.

La filiación es un estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, como consecuencia de la relación natural de procreación que la liga contra otra. Es un estado social en cuanto se tiene con respecto a otra u otras personas; es un estado civil, por cuanto implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad, lo cual determina su capacidad para el ejercicio de ciertos derechos y el cumplimiento de determinadas obligaciones.

La filiación es el vínculo jurídico, determinado por la procreación, entre los progenitores y sus hijos. El Código Civil estableció originariamente las categorías de hijos legítimos e ilegítimos y entre estos últimos distinguía los hijos sacrílegos, incestuosos, adulterinos y naturales (nacidos de quienes habrían podido contraer matrimonio al tiempo de la concepción del hijo).

La Ley 14367 eliminó la calificación entre los hijos extramatrimoniales y elevó su porción hereditaria de la cuarta parte a la mitad de lo que correspondería a un hijo matrimonial. Con la Ley 23264 la filiación matrimonial y extramatrimonial producen los mismos efectos. La diferencia entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales sólo se mantiene en cuanto a las formas para establecer la paternidad.

2.24. La inseminación artificial homóloga y la filiación del nuevo ser

La inseminación artificial o fecundación in vitro homóloga como técnica de reproducción asistida humana realizada dentro de la unión interconyugal, es decir, realizada dentro del matrimonio, con componentes genéticos (gameto masculino y femenino de los cónyuges), dará lugar a un hijo matrimonial a tenor de lo dispuesto en el artículo 301 del Código Civil vigente que dice: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”.

Se entiende que en este caso ambos han dado su consentimiento para la aplicación de la técnica de reproducción asistida, el supuesto en el que uno de ellos no lo ha dado será abordado posteriormente. Consecuentemente la filiación del hijo será matrimonial coincidiendo el fundamento de la filiación, esto es el vínculo consanguíneo llamado también vínculo genético con el carácter jurídico formal de la norma acotada.

Al utilizarse los componentes genéticos del marido y la mujer dentro del matrimonio no se contradice la naturaleza. Al respecto Zannoni sostiene: “en nuestro sentir, la técnica conducente a la inseminación homóloga no afrenta la naturaleza ni los fines del matrimonio y merece aprobación como un medio para superar siendo posible, la infertilidad de los cónyuges (p. 50).

En ese mismo sentido Cárdenas (2013) indicó que:

Sin desconocer la autoridad de la opinión contraria de la Iglesia sobre el particular, no encuentro objeción ética alguna para la fecundación extracorpórea homóloga, siempre y cuando el procedimiento empleado para que se produzca no lleve la destrucción de algunos embriones, pues en caso contrario la fecundación importaría una violación flagrante del derecho a la vida de seres humanos (p. 197).

Mientras que Taboada (2011) explicó: “Nuestra opinión es que las TERAS homólogas son conductas perfectamente ajustadas a derecho y que como tal deben ser reguladas” (p. 186).

Esta forma utilizada dentro del matrimonio no crea mayor problema, pues, el vínculo matrimonial existente brinda seguridad jurídica a la práctica de dicha técnica como a sus consecuencias. En este caso la determinación de la filiación matrimonial se caracteriza por presunciones prácticamente irrefutables fundada en la vieja regla romana *Pater is est quem nuptiae demostrant*, regla que por su utilidad permite la determinación de la paternidad legal (matrimonial) y la filiación matrimonial del nuevo ser mientras no se impugne en razón de ser una presunción *iuris tantum* (que admite prueba en contrario).

Consecuentemente la doctrina es unánime en considerar a los nacidos de una inseminación artificial o fecundación *in vitro* homóloga como hijos matrimoniales determinada por la inscripción del nacimiento, por lo que el artículo 361 del Código Civil como modelo de *lege data* para este caso, resulta útil complementado en el artículo 363 del Código acotado.

2.24.1. La inseminación artificial homóloga con el consentimiento del marido

Cuando el hijo nazca después de cumplidos los 180 días siguientes al de la celebración del matrimonio y dentro de los 300 días siguientes a su disolución. En este supuesto la presunción de paternidad contenida en el artículo 361 del Código Civil, opera con plenitud de tal manera que la filiación matrimonial del nuevo ser quedará determinando por la inscripción del nacimiento independiente de quien sean la persona que declare el nacimiento.

Esta filiación resulta siendo más firme que la filiación matrimonial normal, pues, ha mediado fundamentalmente el consentimiento de los cónyuges y se cuenta con el historial clínico o médicos de dicha práctica como prueba de la generación.

Cuando el hijo nazca antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio. En este supuesto se entiende que la concepción del nuevo ser se ha dado dentro de matrimonio, por lo que opera la presunción contenida en el artículo 361 del Código Civil, pero, ya no hay plenitud sino debilitada por lo dispuesto en el artículo 363 del Código acotado que faculta al marido negar la presunción de paternidad ejercitando la acción

contestatoria de la paternidad basada en las causales contenidas en el artículo 363 Inciso 1 del Código Civil, dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar o desde el día de su regreso, si estuvo ausente.

Sin embargo, dado a que el marido ha prestado su consentimiento para la realización de la inseminación artificial resulta no creíble que no conocía del embarazo de su mujer con la que formaba pareja previa a contraer matrimonio. Además del consentimiento prestado, debo precisar que el artículo 366 del Código Civil dice: “El marido no puede contestar la paternidad del hijo que alumbró su mujer en los casos del artículo 363 1 y 3” y el inciso 1 del artículo acotado, es decir:

- Cuando el hijo nazca antes de cumplidos los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio.
- Cuando está judicialmente separado durante los primeros 121 días de los 300 días anteriores al nacimiento del hijo, salvo que hubiera cohabitado con la mujer durante ese período, en los siguientes casos: (i) Si antes del matrimonio o la reconciliación ha tenido conocimiento del embarazo. (ii) Si ha admitido expresa o tácitamente que el hijo es suyo, por lo que por lo que la presunción de paternidad no podría destruirse, porque el marido no puede alegar desconocimiento del embarazo, además en este caso existe la prueba de la historia clínica en la que consta el consentimiento del cónyuge. (iii) Si el hijo ha muerto, a menos que subsista el interés legítimo de esclarecerla.

2.24.2. La inseminación artificial homóloga sin consentimiento del marido

Es poco probable que se practique una técnica de este tipo por un Hospital, Clínica o Centro Médico autorizado porque en principio el no consentimiento del marido podría conllevar a responsabilidades contra el cuerpo médico que realice esta técnica sin embargo existe la posibilidad de dicha técnica que lleve a cabo por un Centro de Salud o profesional médico particular, y con el semen del marido obtenido de manera anómala; por ejemplo tras

un coito sexual utilizando un preservativo (condón) en que quede depositado el semen y que la cónyuge y que la cónyuge aporte.

En esta hipótesis de IAC opera la presunción de paternidad contenida en el artículo 361 del Código Civil; no obstante, de que no medía el consentimiento del marido. Sin embargo, este es progenitor y padre del nuevo ser tendrá una filiación matrimonial tal cual se tratase de una filiación natural.

2.24.3. Filiación de los nacidos a través de la técnica de inseminación artificial homóloga en pareja estable no casada

De acuerdo a la normativa vigente todo hijo concebido y nacido fuera de matrimonio es hijo extramatrimonial (artículo 386 Código Civil.). En esta técnica de reproducción asistida humana se presentan 2 hipótesis.

La inseminación artificial homóloga practicada con el consentimiento del conviviente. El hijo tendrá una filiación extramatrimonial determinada: (i) Por el reconocimiento del padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos, en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento. Si el varón conviviente reconoce como hijo suyo a través de las formalidades contenidas en el Código Civil, no se plantea ningún problema. (ii) Por sentencia declaratoria de paternidad o la maternidad. En la eventualidad de que el varón conviviente se negase a reconocer como hijo suyo al nuevo ser, no obstante haber prestado su consentimiento para la Inseminación Artificial Homóloga, la filiación extramatrimonial del hijo tendrá que llevarse a cabo a través de un proceso judicial de conocimiento, sobre declaración judicial de filiación extramatrimonial paterna; a través de la investigación judicial de la paternidad podrá actuarse diversas pruebas con toda la amplitud a fin de actuarse diversas pruebas con toda amplitud a fin de acreditar alguno (s) de los presupuestos o propiamente presunciones contenidas en el artículo 402 del Código Civil, fundamentalmente el hecho de que el presunto padre hubiera vivido el concubinato con la madre en la época de la concepción extendiéndose

que para este efecto el concubinato presupone que los convivientes sin estar casado entre sí, hacen vida de tales o de ser el caso acreditado el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otra prueba genética o científica con igual o mayor grado de certeza.

Inseminación Artificial Homologa realizada sin el consentimiento del conviviente varón. Este caso deviene en ilegal, pues, no existe consentimiento del varón. Precisando que en nuestra legislación civil la filiación queda determinada al nacimiento del nuevo ser y no al consentimiento positivo o no para la práctica de la inseminación artificial la filiación extramatrimonial del hijo precisa que el padre de este lo reconozca como tal salvo que se obtenga una sentencia favorable sobre declaración judicial de filiación extramatrimonial paterna en base a las presunciones contenidas en los incisos 1, 2, 3 y 6 del artículo 402 del Código Civil, según como corresponda: (i) Cuando exista escrito indubitable del padre que lo admita. (ii) Cuando el hijo se halle o se hubiera hallado hasta 01 año antes de la demanda en la posesión constante de estado de hijo extramatrimonial comprobado por actos directos del padre o de su familia. (iii) Cuando el presunto padre hubiera convivido con la madre en la época de la concepción. (iv) Cuando se acredite el vínculo parental con prueba de ADN u otra de igual o mayor certeza.

2.24.4. Inseminación artificial o reproducción in vitro heteróloga y la filiación del nuevo ser

La inseminación artificial heteróloga (I.A.D.) presenta problemas más complejos y parcialmente no brinda seguridad la realización de dicha práctica, al establecimiento de una relación jurídica familiar sólido, pues, el carácter heterólogo supone la introducción de material genética de una persona llamada donante en el ámbito del matrimonio o de la pareja estable, radicando en este hecho la diferencia respecto de la inseminación artificial homóloga desde una perspectiva científica.

Este tipo de reproducción asistida es una suerte de solución o remedio a la esterilidad de uno de los miembros de la pareja heterosexual o de ambos. Desde una perspectiva ético-jurídico inclusive es aceptado, a fin de su permisibilidad debe verificarse a. la infecundidad de la pareja (no superable ni siquiera con la FEC), b. la existencia de un grave riesgo de transmisión de tara hereditaria c. que la pareja sea capaz de adoptar y d. que previamente haya realizado de manera infructuosa un procedimiento de adopción.

Las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas no sólo satisfacen la necesidad social relevante de la procreación, sino que además permiten que determinadas parejas puedan llegar a ser padres cuando el material genético de uno de los que las conforman es deficiente.

No parece que el hecho de utilizar material genético de un tercero sea un elemento que sirva para privar de legitimación jurídica dichas técnicas. No se acepta ningún argumento de orden supuestamente moral, religioso o de orden psicológico en contra de su legitimación. Sería absurdo e injusto calificarlas jurídicamente como actos ilícitos y menos aún considerarlas como hechos intrascendentes o irrelevantes (Taboada, 2011).

Por ello, nuestra posición es que las mismas deben ser también consideradas como negocios jurídicos tipificados legalmente, debiendo ser por lo demás rigurosos en lo que se refiere a sus requisitos legales.

Dicho de otro modo, las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas deben ser también contempladas como negocios jurídicos típicos en el sistema jurídico nacional por cumplir una función socialmente relevante y digna, debiendo en todo caso ajustarse a rigurosos requisitos legales en protección del hijo nacido por su aplicación (p. 192).

Aunque en la doctrina nacional también se encuentran opiniones contrarias como las de Cárdenas, quien sostuvo que los hijos deben ser el resultado de la intervención personal de la pareja. De admitirse [la fecundación heteróloga] se daría el caso de un hijo qué, genéticamente,

lo sería de un tercero, distinto al marido o a la mujer, según el caso, o de terceros.

La I.A.D. presenta problemas más complejos y parcialmente no brinda seguridad la realización de dicha práctica, al establecimiento de una relación jurídica familiar sólido, pues, el carácter heterólogo supone la introducción de material genético de una persona llamada donante en el ámbito del matrimonio o de la pareja estable, radicando en este hecho la diferencia respecto de la inseminación artificial homóloga desde una perspectiva científica.

Ahora bien, tratándose de la inseminación artificial heteróloga se debe diferenciar entre si el material genético donado es el del varón o de la mujer para saber si tal posibilidad está permitida en nuestro país esto por cuanto en el ya citado artículo 7 de la Ley General de Salud que indica que toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona.

Entonces a la letra de esta norma si el material genético corresponde al varón si estaría permitida la fecundación heteróloga mientras que, si el material genético donado correspondería a la mujer, la fecundación heteróloga estaría prohibida por cuando no habría coincidencia entre la madre genética y la madre gestante

En el caso de que la cónyuge se someta a esta práctica de inseminación artificial heteróloga sin consentimiento del marido. La doctrina a diferencia del caso anterior es unánime y uniforme en sostener, de que al hijo no puede atribuírsele una filiación matrimonial, pues, no existe la categoría jurídico formal de la voluntad o decisión por parte del marido que ese ser naciera. Además de no darse el presupuesto biológico, pues el marido no ha aportado el componente genético (gametos masculinos) por lo que doctrinariamente no puede atribuirse al marido una paternidad que no le corresponde como consentimiento de una decisión unilateral adoptada por la cónyuge respecto de la descendencia de un matrimonio.

2.25. Principio biológico

El principio biológico se sustenta en la verdad biológica: transferencia de genes entre progenitores y generados, *favor veritatis* (Morán, 2015, pp. 30, 61). Utiliza el presupuesto biológico o genético de la filiación, dejando de lado el aspecto social. El sistema legal tiende a ello, favoreciendo la determinación de la filiación conforme a la realidad biológica. Se sustenta en el vínculo biológico, el ADN.

El principio voluntarista se sustenta en la verdad formal, *favor affectionis*. Es la verdad social representada en la posesión de estado, conocido como la verdad sociológica o el vínculo socioafectivo. El consentimiento, deseo y afecto marcan la obligación y responsabilidad de las personas que autorizaron la técnica de procreación quienes no pueden negar, luego, su compromiso biológico. La base es el principio de buena fe-lealtad y en la doctrina de los actos propios que son aplicadas en el derecho de familia, en razón de las relaciones de confianza que deben prevalecer entre los cónyuges, convivientes y familiares.

Respecto de la voluntad procreacional, a decir de Sambrizzi (2016) “es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando esta se ha producido por técnicas asistidas de procreación” (p. 68).

Según Medina y Roveda (2016) “es la filiación que surge de la intención de ser padres independientes del nexo biológico y es una de las consecuencias de reproducirse sin sexo” (p. 514).

El principio voluntarista se sobrepone a la verdad biológica, considerando que esta no es un valor absoluto, si se toma en cuenta las relaciones fácticas y el deseo de las partes. *Favor affectionis* vs. *favor veritatis*. Prima la voluntad y la responsabilidad, reafirmandose al padre de derecho.

La teoría de la voluntad procreacional, se sostiene en Díaz quien en uno de sus trabajos sostiene que: “en el caso de la inseminación heteróloga, cuando el semen es proporcionado por

un extraño, también se encontró la voluntad procreacional, porque el marido que consiente semejante procedimiento asume las consecuencias jurídicas del mismo y, por eso, la calidad jurídica de padre”.

Esta teoría apunta a la determinación de la filiación con fundamento en la voluntad de querer tener descendencia, independientemente de la existencia o no del nexo biológico, el cual queda sin cuidado. Autorizada la técnica, la filiación se determina no por las pautas de la naturaleza sino por la declaración de voluntad, la cual debe constar en un documento indubitable (consentimiento informado previo, informado y libre).

De acuerdo a la tesis de la voluntad procreacional, el régimen de filiación reconoce, implícitamente, la existencia de un elemento voluntario subyacente en la relación de paternidad, de tal importancia, que se puede llegar a su determinación al margen del dato biológico.

En ese sentido, se dice que para la atribución de la paternidad se precisa la voluntad del hombre de tener un hijo con una mujer, la cual, a su vez, desea ser fecundada con el semen de aquel o de un tercero. No es posible atribuir la paternidad en cabeza de quien, sabiendo y aceptando que su semen sirva a la fecundación, se ha limitado a ponerlo a disposición de terceros, como sucede con los cedentes, quienes no adquieren responsabilidad alguna. Sólo prima su interés altruista y solidario de permitir la paternidad de los otros. Así, la voluntad procreacional es el eje para la determinación de la filiación, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, en efecto, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno a ellos (Kemelmajer y Herrera, 2014, p. 508).

Desde esta perspectiva, la evolución en materia de filiación puede sintetizarse de la siguiente manera: Del inicial favor legitimitatis se pasó al favor veritatis, mientras hoy se asiste al predominio del favor affectionis como criterio prevalente de constitución de la relación paterno filial. La fecundación artificial heteróloga da origen al *statuts filationis ultimore* de

carácter intermedio entre la biológica y la adoptiva, determinada sobre las bases de factores sociales y psicológicos. La verdad formal se aplica en la procreación asistida heteróloga en la cual se prefiere la intención frente a la sangre.

Por tratarse de una forma de procreación asistida, la voluntad de la pareja puede llegar a jugar un papel no sólo de cierta importancia sino preponderante en la determinación de la filiación. La pregunta latente y de siempre es: ¿Cuál debe tenerse en cuenta? La filiación se determina a favor de aquel que, sin aportar sus gametos, asiente que su pareja recurra a la técnica de reproducción. Existe una disociación entre la paternidad y maternidad biológica y la filiación legalmente establecida. Fundado el vínculo filial en la voluntad procreacional compartida entre marido y mujer, deben adoptarse criterios que se ajusten a la misma por el camino de la ejemplaridad, perdiendo importancia la verdad biológica. Para adecuar las normas legales a los requerimientos de los usuarios.

Para el anonimato del cedente vale decir que la fecundación heteróloga que se practica con conocimiento y consentimiento del marido lo inhabilita para demandar ex post por impugnación de la paternidad. Lo contrario sería entorpecer y negar sus propios actos, venire contra factum proprium non valet.

En el establecimiento de la filiación debe primar la buena fe conjugada con la voluntad primigenia de permitir la fecundación con material genético de un tercero en la relación matrimonial. En cambio, en relación al anonimato del cedente, algunos señalan que el hijo tiene derecho a conocer la identidad de sus progenitores. Argumentan que este derecho está ligado con la dignidad y el derecho de conocer el origen biológico, lo cual es natural y lo más deseado por una persona.

Por el contrario, la otra postura señala que el derecho de conocer la identidad del cedente constituiría una fuente de litigios, crearía incertidumbre en las parejas que recurrieran a esta práctica y violaría el derecho a la privacidad. Incluso, entre médicos y personal sanitario,

existe la opinión generalizada de que el anonimato del cedente es una condición sine qua non para que exista donación de gametos. El derecho a conocer la identidad propia es la facultad del ser humano, sustentada en el principio de la verdad biológica, que le permite saber quién es su progenitor quien, por distintas causas, puede ser desconocido, estar en discusión o ser debatible.

Las profesoras Kemelmajer, Herrera y Lamm (2012) formularon la siguiente teoría:

No se debe privar a la persona nacida mediante técnicas de reproducción humana asistida del derecho a conocer su origen genético. La persona debe tener acceso a dicha información mediante un trámite judicial en el cual encuentre protección a los intereses involucrados (los del cedente), todo a la luz del principio de proporcionalidad (p. 1).

Al respecto, la inimpugnabilidad de la filiación se conoce como la presunción de paternidad matrimonial no puede ser absoluta, toda vez que ello implicaría la afectación al derecho a la identidad. En ese sentido es importante recordar que el *pater is est quem nuptiae demonstrant*, es una presunción *juris tantum*, que encuentra su prueba en contrario precisamente en el cuestionamiento de la filiación matrimonial a través de la negación y la impugnación de paternidad (Cornejo, 2009, p. 361).

Estando a ello consideramos que el artículo 376° del Código Civil que establece la inimpugnabilidad de la filiación matrimonial debe ser derogado (señala que cuando se reuna en favor de la filiación matrimonial título que da la Partida de Matrimonio y de Nacimiento no puede ser contestada ni por el hijo ni por el padre), por ser asistemático con un ordenamiento familiar peruano que admite la investigación de paternidad.

En efecto, el referido artículo señala que “Cuando se reúnan en favor de la filiación matrimonial la posesión constante del estado y el título que dan las partidas de matrimonio y nacimiento, no puede ser contestada por ninguno, ni aun por el mismo hijo”. Sobre el particular se debe agregar, que el derecho a la identidad personal tiene reconocimiento constitucional y

no puede ser limitado por normas de inferior jerarquía como la comentada.

En tal sentido, resulta claro que el hijo debe tener pleno derecho de investigar su paternidad, a fin de obtener la verdad biológica. Por otro lado, consideremos que no resulta adecuado impedir la obtención de la verdad biológica bajo el argumento de existir una posesión constante de estado.

En efecto, como indicamos en el anteriormente, corresponde al padre en tales circunstancias el decidir si impugna o no la paternidad desde la toma de conocimiento de la inexistencia del vínculo biológico. En ese sentido, podemos afirmar que un vínculo filiatorio forzado por imperio de ley no puede crear buenas relaciones fraternales, siendo la única consecuencia práctica que el padre no biológico contra su voluntad y por imperio de ley se encuentre obligado a cumplir con una obligación alimentaria a favor del hijo.

Con relación a lo indicado en este punto, se debe reafirmar que el hecho no resulta adecuado que el ordenamiento legal establezca soluciones a problemas que por su índole afectiva sólo pueden ser resueltos por los particulares en cada uno de sus casos concretos.

2.26. La voluntad como elemento de la filiación

La voluntad en la filiación juega un papel diverso, aun cuando el derecho de familia se caracteriza por su conjunto de normas imperativas, en esta materia se pueden apreciar sensiblemente disminuidas, ya que cada vez se observa una mayor intervención de la voluntad de los sujetos en cuya relación intervienen, algunas veces por parte de los padres, otras por parte de los hijos, lo que sea necesario para regular (Rivero, 2012, p. 151).

Así, ese elemento voluntarista adquiere especial trascendencia, por ejemplo, en la filiación fuera de matrimonio, donde el reconocimiento voluntario por parte del padre aparece como medio fundamental para establecer la paternidad en todas las legislaciones de las entidades legales; también en el reconocimiento se requiere la voluntad del hijo o hija por reconocer; en la investigación de la paternidad y maternidad hay libertad para indagarlas.

También, como ejemplo de libertad en estas relaciones familiares, está la posibilidad de impugnar o reclamar la paternidad y la maternidad. Otro ejemplo es la terminación de la adopción simple, pues se establece en las legislaciones que la tienen regulada que puede revocarse cuando las partes convengan en ello, es un caso especial por el cual la relación jurídica paterno filial puede terminar por el consentimiento de los interesados, sin declaración ni participación judicial, etc.

El elemento voluntarista está presente incluso en el concepto actual de filiación que rebasa a los progenitores otorgando esa connotación a personas ajenas, creando el mismo vínculo jurídico, y su función social es tan relevante que dio origen a una categoría de filiación, en la que voluntariamente se prescinde de la relación natural derivada de la reproducción para sustituirla por otra relación no natural o exclusivamente social, ante la incapacidad y/o la negativa de los progenitores naturales para llevarla a cabo.

Es el caso de la filiación adoptiva, cuyo significado ha ido creciendo hasta el punto de quedar equiparada con la filiación consanguínea. Así las cosas, la paternidad y maternidad no son ya un hecho solamente biológico: la adopción creó un tipo diferente de paternidad y de maternidad que puede llamarse afectiva o social, sin pensar que, desde siempre, la paternidad legal puede no corresponder con la paternidad biológica.

Aunado a lo anterior, también se puede enunciar otro nuevo modo de filiación que requiere ineludiblemente del concurso de la voluntad; que no es otro, más que la procreación con el auxilio de los avances científicos, ya que se permite la utilización de las técnicas de reproducción asistida siempre que se cuente con el consentimiento de los interesados; cuya voluntad permite atribuir la paternidad o maternidad. No hay duda que este elemento es fundamental en la constitución del concepto actual del derecho de filiación.

2.26.1. La voluntad procreacional

El consentimiento expreso de los usuarios es un elemento integrador de la filiación que

se origina a través de la procreación médicamente asistida; por ende, es el presupuesto indispensable de cualquier práctica tendiente a este tipo de procreación. Cualquier clase de intervenciones genéticas en el ser humano, dentro de los límites objetivos de la actividad terapéutica o terapéutico-experimental, es lícita si se lleva a cabo con el consentimiento informado y personal de las personas receptoras, teniendo capacidad plena, ausente de cualquiera de los vicios de la voluntad; es decir, otorgado de manera libre, consciente, (no debe haber error, dolo, intimidación o violencia) expresa y por escrito.

La integración de dicho consentimiento debe contener una información explícita y adecuada de la técnica a utilizar, donde se explique a los pacientes, el tratamiento o intervención quirúrgica requerida, indicando las posibilidades reales de éxito así como los riesgos que las técnicas traen consigo; sus bondades y desventajas; no sólo desde el punto de vista médico, sino también jurídicos y psicológicos.

El consentimiento requerido específicamente en esta materia tiene dos ámbitos; el primero, para que una persona capacitada actúe sobre el cuerpo de otra persona, como manifestación de la disposición de su propio cuerpo, y el segundo, es el elemento volitivo que define la aceptación de las consecuencias de la manipulación médica; vale decir el consentimiento para asumir la maternidad y la paternidad, en su caso, como consecuencia de haber utilizado una técnica de procreación asistida. En el caso del primer ámbito, es indispensable porque sin esa voluntad, no se puede realizar ninguna intervención sobre el cuerpo de la persona para lograr la fecundación; inclusive si el profesional realiza actividades de procreación asistida sin esa voluntad de la persona, se puede sancionar penalmente.

En el segundo caso, es crucial toda vez su otorgamiento que conduce a la determinación tanto de la maternidad como de la paternidad y no debe confundirse con una transacción respecto del estado de los hijos y los derechos y obligaciones derivadas de él. Es un consentimiento previo a la concreción de ese vínculo filial; es la expresión de la voluntad que

de manera libre asume las consecuencias de un determinado acto equiparable, en este caso, con la manifestación de la voluntad en la adopción.

Desde luego, se trata de un consentimiento complejo, en donde confluyen varias voluntades: la de la persona que desea hacer uso en si misma de una técnica determinada; la de su compañero (concubinario o esposo) que asumirá la responsabilidad paterna en su caso, la de la persona que dona los gametos necesarios (también, en su caso), la del médico que realizará el procedimiento asistencial necesario. Cada una de estas manifestaciones de voluntad tiene consecuencias diversas (Mantovani, 2014, p. 108).

Es así que se debe tomar en cuenta que el consentimiento del esposo o compañero es indispensable. Para el especialista Monte (2008) con relación a la fecundación homóloga, “la problemática es menos delicada que en la heteróloga, pues se trata de un ser concebido en matrimonio o en concubinato cuyos datos genéticos van a coincidir con los del padre y de la madre” (p. 98).

Otra consecuencia sería el cambio en la inseminación artificial heteróloga, el problema es diverso; el consentimiento es esencial, pues el esposo o el concubinario debe aceptar que su esposa o concubina sea fecundada con espermatozoide de otro hombre, por lo tanto, tendrá que aceptar la responsabilidad de la paternidad de un hijo o hija con los que no va a estar ligado por vínculos genéticos.

Hay quien piensa que “este consentimiento del marido o del concubinario de la madre tiene quizá un valor moral, pero jurídicamente se encuentra desprovisto de eficacia; por ello pueden impugnar la paternidad con la prueba de su esterilidad o un examen de sangre” (Moro, 2008, p. 285).

Desde luego, tal posibilidad existe, en donde ya que se practican este tipo de fecundaciones y no existe un marco legal que reglamente los conflictos que pueden surgir en las diferentes etapas del proceso de fecundación, gestación y alumbramiento.

En este contexto, el varón que consintió expresamente a que su compañera o esposa fuera inseminada artificialmente con semen de otro, tiene la responsabilidad de asumir la paternidad inherente.

De hecho, en un juicio de desconocimiento de la paternidad, el documento en donde conste la expresión de la voluntad del inconforme hará prueba para establecer el vínculo de filiación.

Por eso, Guzmán (2011) afirmó que

La voluntad del marido o compañero de la madre debe constar en escritura pública, ya que se trata de un instrumento que servirá como título de determinación legal de la filiación, que es un reconocimiento previo del hijo o hija y tiene carácter de prueba plena. Sin embargo, un exceso de formalidades puede producir un efecto contrario al deseado, por ello es conveniente el equilibrio entre la posible valoración de un consentimiento expresado de manera tácita y los requisitos de elevarlo a escritura pública (p. 117).

Entre ambos extremos, existen formas indubitables de expresar la voluntad, que deben valorarse en beneficio del interés superior del ser nacido a consecuencia de esa expresión de voluntad. Ahora bien, la voluntad cuando se indica que debe ser expresa, se puede formular de manera verbal o escrita.

En el derecho comparado encontramos que, en Argentina existen tres fuentes de filiación: natural, adoptiva y voluntad procreacional. Según Siverino (2016), más allá del vínculo genético o de gestación, esta última prioriza la voluntad: “El hecho de someterse a la TERA, una vez firmado el consentimiento informado, fijará que este sea tu hijo”.

2.27. Impugnación de la filiación e identidad genética

La filiación viene a ser ese vínculo existente entre padres e hijos, entre generantes y generados; empero esta relación no necesariamente ha de ser biológica ya que lo biológico no

crea ese vínculo sino más bien la asunción de deberes y derechos para con el protegido: el menor, así lo disponen los ordenamientos jurídicos en la actualidad al reconocer la existencia de la adopción. No obstante, muchos caen en la errónea idea de pensar que ser padre significa engendrar, más omiten la idea de pensar que padre es aquel que educa, protege, alimenta y asume todas las cargas de quien recoge como hijo, porque solo educando al niño de hoy se puede exigirle que sea el hombre que debe ser mañana; y con ello a que contribuya a una mejora de nuestra sociedad.

En alusión al tema, surgen muchas cuestiones sobre la filiación ya que la filiación de por si existe en un carácter biológico; por tanto, todo ser humano cuenta con una filiación, sin embargo para que esta filiación tenga relevancia para el derecho ha de ser conocido por este, y cómo, pues a través de lo que determine la ley o la voluntad procreacional del hombre, adquiriéndose de este modo la calidad de padre o madre (con esto se puede apreciar que no necesariamente existirá concordancia entre relación biológica y el vínculo jurídico); sin embargo que sucede en este tipo de casos en específico, donde nace un niño por inseminación artificial heteróloga (es decir, con uso del semen de un donante distinto del marido), al respecto han surgido varias posturas en base a dos supuestos: en el caso que el marido haya dado su consentimiento y en el caso de que no lo haya dado (Varsi, 2015. p. 193)

En el primer supuesto, se entiende que, si el marido expresó su consentimiento para la inseminación heteróloga de su esposa, “la paternidad del niño estaría determinada por la voluntad del marido a asumir el rol paterno” (Valverde, 2011, p. 47).

En este sentido, la doctrina está dividida, pues algunos consideran que si podría impugnar dicha paternidad y otros no, basándose en el principio de buena fe y no contradicción. Ahora bien, respecto de la identidad es de saberse que esta como se ha señalado no solo abarca el ámbito de lo que se ve o se sabe, vale decir, por ejemplo: identidad en su concepto de nombre, edad, dirección, aspecto físico (con el cual se identifica el niño), etc. Sino también esta engloba

aquel aspecto más retrospectivo como puede ser el derecho a la identidad genética, que según Beriain, (2012) “la conciencia de ser uno mismo, diferente a los demás, circunstancia que, a su vez, surge de la posesión de un ADN original (p. 261) que contribuye al bienestar y perfeccionamiento físico o psíquico de la persona y cuyos antecedentes, en este caso en específico, vendrían a ser dos sujetos de los cuales uno se conoce pero al otro no, razón por la cual se vería vulnerada la construcción de la identidad en sus otros aspectos.

De ello que se abra la posibilidad de saber los datos de identidad del donante se semen para la procreación del niño, pero esto sin vulnerar la filiación que exista entre el sujeto que es reconocido como padre legal del menor.

Para Abellán y Sánchez (2009) afirmaron que para este fin:

Habría que descartar claramente la invocación a efectos de justificar la ruptura del anonimato de los donantes, del derecho a la determinación de la filiación, en cuanto que la ley de reproducción asistida no hace variar la que esta previamente establecida por el hecho de que se descubra a los progenitores biológicos. Es decir, en ningún caso la revelación de la identidad de los donantes de gametos puede conducir a un cambio de padres para el hijo”, ya que por último lo que prima es la identidad del niño, derecho que opera en otro nivel pues tiene rango constitucional y por tanto no puede ser amputada y escamoteada (p. 83).

2.28. Maternidad subrogada y principios filiatorios

La maternidad subrogada pone de manifiesto las siguientes dificultades: (i) La confusión del problema de la regulación de la filiación con el de la regulación de la maternidad por subrogación y el hecho de que no se expliquen las razones que han permitido la subrogación por motivos altruistas.

En la actualidad hasta cinco mujeres pueden ser madres participando indistintamente en el proceso biosociojurídico, lo que implica: Genetrix, madre genética la que aporta el óvulo.

Gestatrix, madre biológica o gestacional. La que gesta. Madre biognética: La que enriquece con su material genético. Madre legal: La que adopta. Madre social: Aquella que lo cría (Varsi, 2012, p. 579).

Aunque el acuerdo de maternidad subrogada vulnere para algunos los principios filiatorios de presunción de paternidad como son presunción pater is y de mater Semper certa est, es necesario considerar que la maternidad subrogada admite la fecundación con gametos (espermatozoides u óvulos) de terceros, con lo cual se impide que el donante de los gametos y el esposo de la mujer sometida a dicha técnica, una vez dado su consentimiento, no pueda impugnar su paternidad, alegando no ser el padre biológico. Asimismo, la aplicación de la TERA hace inaplicable la presunción pater is, porque no existe la presunción de paternidad, sino más bien certeza de que el esposo no es el padre biológico del menor y que la madre que alumbra no es la madre genética (Lalupu, 2013, p. 183).

Así, muchos autores, consideran que debe mantenerse la presunción de mater Semper certa est, ya que consideran que la mujer que gesta y alumbra no podría ser reducida a una simple reproductora sin ningún tipo de emoción con el niño, alegando que el menor desde que está en el vientre de la supuesta madre genera un vínculo biopsíquico muy estrecho, que de alguna manera impediría que esta puede renunciar a él, como habría sucedido en el caso de “BABY M”, en que la madre gestante y además madre genética, Sra Witehead, se negó a entregar al niño al matrimonio que le habría pagado por el embarazo, los esposos Stern, lo cual obligó a los cónyuges arrendadores a exigir judicialmente la entrega del niño, el cual fue concedido en Primera Instancia; sin embargo, en Apelación, la Corte Suprema de Nueva Jersey, estimó que el contrato era nulo, pues establecía la renuncia anticipada de la madre a sus derechos.

Además, la niña fue declarada legalmente hija del señor Stern y de la señora Whitehead, fundándose en el interés superior de la menor, decidiendo la Corte que la niña residiría

normalmente con el matrimonio Stern pero la madre subrogada que era la madre genética le correspondería el derecho de visitas.

Con relación a la celebración de los contratos de maternidad subrogada, existen países que los admiten siempre que cumplan con ciertos requisitos, ante la negativa de la madre de gestante de entregar al recién nacido se ha resuelto en muchos tribunales, como en el caso antes citado, por la aplicación del Principio del interés superior del menor, propiciando en algunos casos la adopción de la madre comitente y en otros propiciando el derecho de visita de la madre subrogada.

Es por ello que en los casos de maternidad subrogada, ante el incumplimiento de los contratos que se celebren deben prevalecer el interés superior del menor y los derechos de los padres de intención, es decir de la pareja que tenía el ánimo y la voluntad de que el bebé nazca por encima de la madre subrogada, ejerciendo los padre de intención los derechos y deberes inherentes de la patria potestad, facultando a la madre subrogada el poder ejercer su derecho de visitas (maternidad compartida), por cuanto la tendencia viene redireccionándose hacia el aspecto afectivo, primando el sentir procreacional el deseo que tuvo la mujer de gestar para otra.

Frente al principio de verdad biológica, que es el que debe imperar, surge el principio de voluntad procreacional que parte del reconocimiento y desarrollo del principio del interés superior del niño.

2.29. Identidad

Cuando se habla de identidad, se refiere no al alma o especie con que nacemos, tampoco a un conjunto de disposiciones internas que permanecen iguales durante toda la vida. independientemente del medio donde se encuentre la persona; sino que se refiere a un proceso de construcción en la que los individuos se van definiendo a sí mismos en estrecha relación con otras personas, por tanto, la identidad es la capacidad de considerarse a uno mismo como objeto

y en ese proceso ir construyendo una narrativa sobre sí mismo.

Algunos autores creen en la diferencia de la identidad (en el sentido de identificación) y la identificación personal: La primera que se refiere a una información cuantitativa y cualitativa que al ser observable y medible, puede asegurar que se trata de un individuo y no de otro, y la segunda que destaca los caracteres propios y distintivos que hacen que cada sujeto pueda diferenciarse de los demás, de esta manera, la identidad personal no se agota en la identificación, debido que esta puede ser dada en diferentes orígenes como: familiares, étnicas, religiosas, nacionales, regionales, locales, políticas, culturales, sexuales, etc.

Por lo tanto, se entiende que la identidad, viene a ser la individualidad y esta solo es posible cuando se exterioriza la personalidad auténtica del ser humano, de manera tal que este pueda reconocerse a sí mismo como parte de la humanidad en general y simultáneamente como un ser único y diferente de los demás.

El derecho a la identidad, a partir de la doctrina y jurisprudencia que lo desarrollan, lo cual permite evidenciar el conflicto de derechos que se ponen en juego, respecto al derecho a la intimidad y a la integridad física, al interpretar el derecho a la identidad como derecho individual y/o colectivo, como dinámico y/o estático, al distinguir hasta dónde tiene injerencia el Estado para garantizar el derecho a la identidad del niño o niña adoptado frente a la patria potestad de la familia adoptante (Calveiro, 2005).

El derecho a la identidad es el derecho a ser uno mismo por lo que no cabe duda que no sólo la imagen sino también el nombre, la voz y, en general, cualquier elemento que identifique a la persona participa del concepto de derecho a la identidad. Esto, evidentemente, en el caso del menor se encuentra más arraigada en el derecho que tiene este a conocer su propio origen biológico, pues solo así podrá tener una construcción óptima de su personalidad.

El derecho a la identidad, especialmente para niñas y niños, ha sido tradicionalmente interpretado como un derecho de la personalidad que se vincula con otros derechos derivados

de la filiación, tales como el derecho a tener una nacionalidad, los derechos alimentarios, el derecho a mantener un vínculo con los padres, etc. Este derecho a la identidad se materializa hoy en día en el derecho a conocer el origen biológico. Esta es la facultad propia de cada persona, que le permite investigar quién es su progenitor, el cual puede ser desconocido, o estar en discusión.

Este derecho ha sido afectado por los avances de las técnicas de reproducción humana asistida, debido a su aplicación indiscriminada, que altera el orden biológico y la utilización de células sexuales y células estaminales. El objetivo de este derecho es averiguar la filiación, sea natural o sanguínea y conocer tanto la identidad del progenitor del niño como la del cedente de gametos.

Según la Real Academia Española, la identidad se define como un “conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás. Conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás”.

En el caso de las niñas y niños, como bien ha quedado estipulado en las leyes, la identidad se relaciona con la información sobre los progenitores, además de los derechos ya mencionados. Es claro que el derecho a la identidad en estos casos debe ir más allá que los meros derechos vinculados con la filiación, pues de lo contrario no habría un derecho a la identidad propiamente dicho, sino un conjunto de derechos y obligaciones que, en todo caso, debieran ser garantizados por cualquier medio.

2.29.1. Derecho a la identidad

En la actualidad, el derecho a la identidad del niño o niña se concreta con el derecho a la verdad biológica mediante la prueba genética (ADN), por medio de la cual es posible establecer la filiación cierta. Anteriormente, la paternidad se establecía mediante presunciones, lo que daba como resultado una verdad formal que podía no ser coincidente con la verdad material.

El sometimiento de una persona a un análisis genético determina su identificación y su propia personalidad, es más, la constituye como individuo, sujeto y unidad dentro del orden jurídico, que la distingue y designa sus relaciones jurídicas. El problema sobreviene cuando se somete a una persona a un determinado examen genético como prueba de paternidad ya que entra en juego los derechos de la persona, como su dignidad, intimidad y autonomía.

Si bien la persona tiene derechos fundamentales como el de la vida, también existen derechos como el de la reserva. Dado que si la persona sometida a estas pruebas, argumenta justificaciones válidas para el ordenamiento jurídico, no se le debería obligar. Pero si ocurriera lo contrario se le debe someter, ya que prima el derecho a conocer el propio origen biológico.

Hasta ahora se ha hablado del derecho a conocer el origen genético como parte del derecho a la identidad, simplificando esta afirmación a la posibilidad de realizar una prueba que permita establecer la filiación con el fin de tener acceso a información relevante para la garantía de otros derechos, obviando la cuestión de la paternidad y maternidad biológicas. Evidentemente, este constituye otro de los ámbitos en los que el derecho ha quedado rezagado respecto de las posibilidades desarrolladas por la ciencia.

En el caso de la inseminación artificial heteróloga, dentro de la doctrina jurídica revisada es mayoritaria la opinión que considera que debe mantenerse el anonimato del cedente, salvo causas de origen médico. Para algunos autores debe existir un anonimato relativo, es decir no dar los datos específicos del cedente como el nombre o su dirección, sino más bien sus características genéticas si la ley lo exigiese y fuere necesario para la salud del nacido (Valverde, 2011, p. 78)

Específicamente, esto se encuentra desarrollado legislativamente en el artículo 5 de la Ley española de Reproducción humana asistida, el cual establece:

La donación de gametos será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los bancos respectivos y en el Registro Nacional de

donantes. Los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Solo excepcionalmente en circunstancias extraordinarias que componen un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o pase a conseguir el fin legal presupuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso, publicidad de la identidad del donante.

Concluyendo, solo en casos de peligro inminente para la vida del menor se podrá revelar la identidad del padre; siendo un supuesto el caso de aquel niño (concebido de esta forma) que sufre de algún mal grave y que necesita urgentemente un trasplante de médula ósea; trasplante que solo sería posible si el padre biológico hace dicha donación para salvar al niño, en caso que la madre sea impedida de hacerlo por diversas razones.

El derecho a la identidad es un derecho que ha sido respaldado en documentación variada como es la Constitución Nacional de los diversos países, a muestra de un botón puede señalarse el artículo 2 inciso 1 de la actual Carta magna que a tenor señala que “Toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

Asimismo, la legislación comparada ha recogido este derecho de vital importancia en sus páginas, como es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros de carácter universal.

De ello, cabe expresar la importancia vital que tiene este principio en el desarrollo del hombre ya que constituye la base para un buen desarrollo personal (en todos sus niveles).

Respecto de los problemas que se suscitan el tener un acceso limitado a los datos de los padres biológicos, Abellán y Sánchez-Caro (2011), señalaron:

Destacaría el relativo al libre desarrollo de la personalidad y al respeto a la dignidad humana, como fundamento del orden político y la paz social. En este sentido, se ha destacado la importancia del conocimiento del propio origen como exigencia de afirmación de la personalidad como una necesidad para evitar problemas psicológicos y psiquiátricos, así como crisis de identidad del hijo. Desde esta perspectiva, el anonimato resultaría peligroso porque hace imposible poner de acuerdo al individuo biológico y social (p. 90).

En el Perú existen dos posturas muy incisivas al respecto; por un lado, está la posición a favor de que el niño nacido por inseminación heteróloga conozca a su padre biológico por ser un derecho personalísimo el derecho a la identidad. Esta postura es defendida por Rubio (citado por Rodríguez y Ponce, 2014, p. 163), quien como maestro constitucionalista en base a la materia misma señaló: “La Constitución dice que toda persona tiene derecho a su identidad, y la identidad no es solo el nombre sino es saber quién es él, porque allí esta indudablemente su raíz biológica. Yo creo que por supuesto tiene derecho”.

Por otro lado, también recogen la postura contraria la cual es defendida por Espinoza, quien mencionó:

Si bien es cierto que es un derecho del niño el conocer su identidad (entendiéndose en su amplia dimensión, abarcando el conocer sus datos de origen), esta identidad estaría limitada ya que solo podrá conocer los datos genéticos de quien vendría a ser su padre biológico más no los datos personales, como puede ser el nombre, la dirección, u otros elementos que permitan identificar de una manera precisa al sujeto donante de esperma.

Esta última postura tiene mayor acogida, ello en razón de que en la actualidad la mayoría de doctrinarios y con ello las legislaciones consideran que hasta la fecha no existe estudio alguno que revele que el conocer la identidad genética tenga gran relevancia en la construcción de la personalidad e identidad del niño.

Como se ha mencionado, el estudio llamado *The European Study of assisted reproduction families: family functioning and child development*, muestra que no existen signos clínicos reveladores que den cuenta de una alteración en el desarrollo de niños evaluados entre cuatro y ocho años. Sin embargo, este estudio no parece reflejar lo mismo con gente en estadio adolescente o adulto, ya que son ellos quienes en los últimos tiempos han empezado a luchar por su derecho a conocer la identidad de sus verdaderos progenitores; y es en esta razón (pero de una forma extrapolada para los casos infantiles) que surge el problema que se ha planteado.

Pues bien, como se ha descrito anteriormente, el derecho a la identidad que tiene el niño entra en conflicto con el derecho a la intimidad cuyo titular es el cedente de los espermatozoides para la inseminación. Derechos que tienen igual rango de jerarquía ya que son derechos personalísimos y con un respaldo constitucional, sin embargo, que para el caso en específico cabe resaltar que el derecho a la intimidad que tiene el cedente no solo estaría respaldado por la constitución de los diversos países, sino también por las leyes relacionadas con la salud.

De ello que se pueda inferir que hoy en día se le dé una mayor prioridad al anonimato del cedente ya por las razones esbozadas, además de que de este modo se fomenta la continua participación de los cedentes de gametos masculinos, ya que caso contrario si se pondría en riesgo la intimidad o el derecho de reservar los datos de los donantes, se puede inferir que esta situación no garantizaría la estabilidad familiar del que pueda constituirse como cedente, así como también de la familia que haya participado de esta técnica de reproducción mermándose de este modo la utilización de esta práctica (Abellán y Sánchez-Caro, 2009, p. 92).

Así esto ya ha sido comprobado en países como Suecia, donde el número de donantes decreció después que hicieran el cambio de la primacía de mantener el derecho de reserva del padre biológico por el del derecho de la identidad del niño a saber quién es aquel ente biológico que le dio la vida.

Al respecto, los profesionales de la salud opinan que la preservación de la identidad del donante es condición sine qua non para que existan donaciones de gametos, ante ello los principales argumentos que se esgrimen aquellos que apoyan el anonimato versan en tres puntos: la responsabilidad legal (de carácter indemnizatorio o asistencial) que podría recaer en el donante en un futuro, la vulneración al derecho de intimidad que tiene el padre no biológico al saberse su apariencia de paternidad plena, legal y genética, y por último la afectación psíquica que se podría cometer contra el hijo, a quien se dice proteger.

La cuestión, es muy complicada, pero no imposible de resolver; es por esta razón que se dará mayor detalle para encontrarle solución al caso.

Se puede, antes que nada, hacer una apreciación en un punto crucial: Las Técnicas de Reproducción Humana Asistidas, las cuales son entendidas como las intervenciones médicas que urgen ante la esterilidad y la infertilidad humana; sin embargo, en los últimos tiempos estas han sido utilizadas para poder salvaguardar mejor la situación (la salud) del embrión de saberse que existe en los padres enfermedades posible de heredar.

Con ello, por el contenido de fondo la utilización de estas técnicas de reproducción asistidas o llamadas también TERAS, han traído consigo muchas interrogantes en el ámbito ético, social y legal; siendo, por tanto, de carácter necesario que a la fecha se intente por darle una valoración y regulación a cada uno de los elementos que intervienen en las mismas. Como mencionamos líneas arriba las TERAS en el Perú no están reguladas por nuestro Código Civil, empero a la fecha existen proyectos para su control de forma detallada.

Acorde con Forte (2013)

El derecho a la identidad articula el derecho a la libertad, al respeto, a la integridad física, psíquica y moral de las personas, a la seguridad personal, a tener un nombre, a la protección de la familia y al derecho a la verdad. Pero por sobre todas las cosas, el derecho a la identidad está íntimamente ligado al núcleo esencial de lo que son los

derechos humanos: el respeto de la dignidad de todas las personas. ¿Cómo podría respetarse una vida digna si no se respeta su identidad? (p. 243).

Los artículos referidos al derecho a la identidad en la Convención Interamericana de Derechos del Niño, son conocidos mundialmente con el nombre de artículos argentinos, gracias a la intervención del Estado Argentino y las Abuelas de Plaza de Mayo, los cuales establecen lo siguiente:

Artículo 7: 1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida. Artículo 8: 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Artículo 11: 1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. 2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

Finalmente, la sanción de los artículos representa un importante avance, esto permitió, con mucha insistencia, que los profesionales que trabajaban en el Poder Judicial y la sociedad civil en general no olviden que la categoría de sujetos jurídicos se inicia desde la más temprana edad. Con la participación de Abuelas en la Convención sobre los Derechos del Niño, se

produce una modificación del niño en lo jurídico porque de ser objeto pasa a ser sujeto (Conadi, 2013, p. 128).

2.29.2. Derecho a la identidad biológica, reproducción asistida y legislación nacional

Siendo que la discusión sobre el derecho de la persona a conocer su origen biológico se vincula directamente con la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, desde el punto de vista del Derecho Civil, y teniendo en cuenta que no existe una ley específica sobre la materia, debe tenerse presente entonces diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico.

El art. V del Título Preliminar del Código Civil señala que “es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”. Siendo claro que la autonomía de la voluntad, bajo cuyo amparo se acuerda el anonimato en los contratos de reproducción asistida, no puede ir contra el orden público, es necesario precisar este concepto:

Se trata del conjunto de normas jurídicas y principios constitutivos del orden social y que por ello son de ineludible cumplimiento para todos los ciudadanos.

Entonces, se puede hablar de actos contrarios al orden público cuando se atenta contra los principios fundamentales y los intereses generales deducibles de las normas coactivas de la ley (aunque no estén formulados en normas concretas) sobre los cuales descansa el ordenamiento jurídico del Estado y que, por tanto, ellos mismos son imperativos e inderogables.

A continuación, se enunciarán algunos ejemplos de contratos que atenten contra el orden público: pueden ser el de una persona que autorice que le quiten los ojos en vida para ser trasplantados a otra persona; el trasplante de cara de una persona viva a otra; la compraventa de un cadáver; la venta o subasta de órganos; el compromiso suscrito por una persona de no salir embarazada; y podríamos agregar también aquí el acuerdo de no revelar a una persona la verdad de su origen biológico.

Junto con el concepto de orden público, se tiene el de buenas costumbres, el cual tiene que ver con la moral social, compuesta por normas y principios que rigen en un lugar y en un momento determinado.

Caerían dentro de la idea de actos contra el orden público y las buenas costumbres: el uso del vientre de un animal para el desarrollo de un embrión humano (o viceversa), la subasta de embriones, o el contrato mediante el cual una persona celebra un acuerdo para tomar los servicios de fecundación asistida de una clínica con la condición que el niño no nazca con ningún defecto físico o tenga determinado sexo.

Cabe tener en cuenta que el artículo 1354 del Código Civil peruano permite a las partes determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no se atente contra norma legal de carácter imperativo.

El artículo 1355, por otro lado, dispone que la Ley puede imponer reglas o limitaciones a los contratos por razones de interés público, social o ético. Adicionalmente, el artículo 1356 prescribe que las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas.

En cuanto a la Constitución del Estado, se tiene que el artículo 2, inciso 1 hace referencia a que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar; a no ser discriminada, conforme con el inciso 2; a la libertad de información; a la libertad de contratación siempre que sea con fines lícitos y no se contravengan las leyes de orden público, acorde con el inciso 14, entre otras garantías. También es importante mencionar que, aunque no existe una norma expresa que desarrolle en nuestro ordenamiento jurídico el Derecho a la Verdad, este puede encontrar amparo en el artículo 3 de la Constitución del Estado, que regula que la enumeración de los derechos establecidos en la Constitución no excluye a lo demás que la Constitución garantiza ni otros de naturaleza homóloga o que se funden en la dignidad del hombre y permite otros

derechos personales y protege a la persona.

Es de recordar que la norma que trata con más detalle los temas de reproducción asistida es la Ley 26842, Ley General de Salud, ella autoriza a recurrir a las técnicas de reproducción asistida para solucionar problemas de infertilidad, siempre que la madre biológica y la madre gestante sean la misma persona; asimismo, en el artículo 7 se prohíbe expresamente la clonación.

Cabe agregar que, desde un punto de vista positivo, del artículo 7 de la Ley General de Salud, se desprende la prohibición del contrato de vientre de alquiler; ello aparte de las objeciones que, desde la Constitución, el Código Civil, la jurisprudencia y la doctrina se pueden plantear a dicha figura, pudiendo observarse aquí un límite claro a la autonomía de la voluntad, en donde podría postularse incluso objeciones desde la perspectiva del orden público y las buenas costumbres.

La maternidad subrogada justamente sería nula por ir contra la moral y el orden público, ya que el objeto es la persona misma y se atenta contra su dignidad. En segundo lugar, estima que se pretende negociar con algo que es extra commercium, no pudiendo ser entonces objeto del contrato. En tercer lugar, la causa del contrato sería ilícita, y por tanto no produciría efectos jurídicos; y, en cuarto lugar, las normas de Familia son de ius cogens, no pudiendo las partes establecer cláusulas o convenios al amparo del principio de autonomía de la voluntad (Hernández, 2012, p. 52).

Un tema discutido, vinculado con el mismo artículo 7 de la Ley General de Salud, es el tema de la cesión de óvulos, donación de óvulos u ovodonación. Si bien ella se viene dando sin mayores objeciones en la práctica en nuestro medio, lo cierto es que dicha norma es clara al decir que se permite el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona; es decir, que quien aporte el óvulo y quien haga el embarazo sean la misma persona, con lo que -contrariu sensu-, si dicha

condición no se da, entonces no podría recurrirse a las referidas técnicas (Vila-Coro, 2015, p. 219).

De una revisión integral y sistemática del ordenamiento jurídico peruano, considerando que este reconoce expresamente el derecho a la identidad de cada persona –artículo 2 inciso 1) de la Constitución-, así como el derecho a la verdad y a saber, además del principio del interés superior del niño, consideramos que es perfectamente amparable el reconocimiento en el Perú del derecho al conocimiento del origen biológico de las personas nacidas mediante las técnicas de reproducción asistida

Rodríguez-Cadilla (2017) opinó:

Los hijos nacidos mediante las técnicas artificiales de reproducción humana tienen el derecho a conocer la identidad de sus progenitores, al amparo de la Constitución, facultad que está por encima de las decisiones de quienes lo engendraron, pues la identidad es un derecho estrictamente personal que no se podría negar invocando la intimidad (p. 163).

En materia al derecho a la identidad, se ha demostrado que con la ejecución del procedimiento de ovodonación de las técnicas de reproducción asistida se violenta el derecho a la identidad del nacido, el mismo que debe sobreponerse aún sobre el derecho a la intimidad o privacidad de los padres manteniendo en reserva y confidencialidad en cuanto al donante de material genético, ella no puede ser extendida hacia el resultado de dicha reproducción asistida, pues, sobre ella debe primar en el nacido, el derecho a saber y conocer su identidad (Cabrera, 2013, p. 105).

Desde un punto de vista conceptual, Plácido (2010, p. 212) señaló que se debe “afianzar el derecho de toda persona a conocer y preservar su identidad filiatoria, con prescindencia de las circunstancias fácticas en las que se desarrolló el acto procreativo, por la consideración primordial del interés superior del niño”, dándose preferencia a la realidad biológica

independientemente de que la filiación sea matrimonial o extramatrimonial.

Espinoza (2012), por su parte, sostuvo que:

Tanto el hijo adoptivo, como el que es producto de las técnicas de reproducción asistida, cuando cumplan la mayoría de edad, tienen el derecho de conocer quién fue su progenitor biológico para defender sus intereses, incluyendo su salud, como podría ser el caso en que necesite un trasplante de riñón, para lo que se requiere de un pariente biológico que altruistamente lo ceda (p. 107).

Sin perjuicio de ello, considera que el factor determinante de la paternidad es el animus, la común intención del hombre y de la mujer que declaran tal deseo, planteando entonces la prevalencia de una definición dinámica de la paternidad antes que estática como la que plantea la relación padre = progenitor.

Luego de tratar el tema de la negación de la paternidad en la inseminación artificial, Tafur y Ajalcuña (2013, p. 129) plantearon que “podría consagrarse un sistema abierto de impugnación que no se limite a supuestos taxativos previstos y que no admiten extensión analógica”.

Antiguamente, los códigos civiles prohibían la investigación judicial en el caso de los hijos extramatrimoniales en general, aduciendo el escándalo que la investigación generaría y la consiguiente perturbación de la paz familiar, razón que ha sido desde hace mucho tiempo superada, privilegiándose a la justicia de otorgarle al menor el vínculo jurídico-familiar que le corresponde y al cual tiene derecho (Martínez, 2015, p. 81).

Por su parte Rodríguez (2015) planteó que:

La cesión de material genético debe tener el carácter de anónima, quedando los datos del cedente en el más estricto secreto, agrega inmediatamente que la identidad del cedente, sin embargo, podrá ser revelada por orden judicial en casos de comprobado peligro para la vida del hijo o del embrión, o cuando así proceda conforme la Ley Penal,

y siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o esclarecer el destino que se investigue. La revelación debe quedar restringida al ámbito médico/terapéutico y/o judicial, no admitiéndose en ningún caso la publicidad del donante. Además, la revelación de la identidad no implicará filiación de ninguna manera (p. 163).

El carácter innato del derecho a conocer el origen biológico, señalando que toda persona tiene derecho a conocer su filiación, como facultad propia y natural, no sólo para generar consecuencias legales, sino también para permitir la concreción y goce de su derecho a la identidad; sin perjuicio de ello, resalta que no siempre existe correlación exacta entre la paternidad jurídica y la paternidad biológica aun cuando el derecho trate de apoyar la primera en la segunda; la identidad filiatoria puede no coincidir con la identidad genética (Varsi, 2016, p. 251).

Es importante reconocer que el derecho del nacido mediante técnicas de reproducción asistida de saber quién es su madre biológica, pero señalando que ello de ningún modo implicará reconocimiento de filiación. Con relación a la posibilidad de pedir la paternidad de un hijo reconocido por otra persona, se puede estimar que ante todo está el derecho del niño a conocer su propio origen biológico, teniendo en cuenta los artículos 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño y la importancia de que la verdad jurídica se acerque a la verdad biológica.

Al respecto, Torres (2013) sostuvo que “no puede privarse a una persona del conocimiento de sus raíces biológicas, pero excluyendo cualquier acción de filiación por ello, pudiéndose excepcionalmente revelar la identidad del dador por razones debidamente fundamentadas y evaluadas por una autoridad judicial” (p. 156).

Es así, que el derecho a conocer el origen biológico se vincula también con la aparición de diversos estudios científicos que han puesto en evidencia una mayor predisposición de los

nacidos por esta vía para desarrollar ciertas enfermedades (prematuridad en el nacimiento, bajo peso, problemas circulatorios a largo plazo, generación de determinados síndromes, etc.). Ello es, por cierto, de otras razones de salud más difundidas como la necesidad de conocer la mayor predisposición hereditaria a sufrir de determinadas enfermedades y riesgos hereditarios en general, además de la necesidad de evitar relaciones incestuosas.

Negar este derecho, sería, además, discriminatorio, pues tendríamos un grupo de personas que sí pueden conocer sus orígenes (los nacidos por medios ordinarios), mientras otro grupo de personas no podrían gozar de ese mismo atributo (los nacidos por medios extraordinarios). Aparte, se estaría yendo contra el deber que tienen los padres de decir la verdad a sus hijos, y violando el respeto a la dignidad de estos al ocultarle información de modo paternalista cuando ya no son menores de edad.

La filiación no puede reducirse al mero dato genético, como factor para determinar la paternidad, teniendo en cuenta que el ser humano es un ser cultural y social. La identidad de una persona implica no solo una verdad biológica, sino también una verdad sociológica, cultural y social; debe tenerse también en cuenta el tema de la posesión de estado.

Volviendo al tema del reconocimiento del derecho a la identidad biológica, tampoco puede dejarse de tener en consideración que, en caso de conflicto entre la paternidad establecida por la ley y la paternidad biológica, debe tenerse en cuenta el principio del interés superior del niño.

Si bien existen diversas razones que sustentan la existencia del derecho de toda persona a conocer su origen biológico, conforme a lo expuesto aquí y en otros trabajos, es fundamental incorporar expresamente en el Código Civil una norma que consagre el derecho de toda persona a conocer su origen biológico, independientemente de la técnica a través de la cual hubiere sido concebida, al amparo del derecho a la identidad consagrado en el artículo 2 de la Constitución.

Asimismo, debe establecerse que toda persona podrá acceder, si así lo desea, a la

información que le competa, vinculada con sus orígenes, a partir de los 18 años de edad; ello podrá ser, por supuesto, antes por libre voluntad de sus padres, o si es que hubiere razones de salud que así lo justifiquen y que se acrediten ante un juez.

2.30. Jurisprudencia nacional sobre maternidad subrogada

2.30.1. Casación N° 5003-2007-lima-hechos y fundamentación jurídica: Hechos

La señora Maria Alicia Alfaro Dávila, quien era infértil, fue inseminada artificialmente con un óvulo de una tercera persona y con los espermatozoides de quien fue su pareja Custodio Olsen Quispe Condori, ya que al parecer al momento de la inseminación se encontraba separado y conformando una nueva relación con Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma y producto de ello nació la menor Alicia Beatriz Quispe Alfaro, que fue reconocida por la madre gestante y también de deseo, así como por su padre biológico, esto es su ex pareja sentimental.

La señora Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma, actual pareja del padre biológico, en representación de su único hijo menor de edad, Olsen Fabricio Quispe Oblitas, impugnó el reconocimiento de la maternidad efectuada por Maria Alicia Alfaro Dávila respecto a la menor Alicia Beatriz Quispe Alfaro alegando que aquella carecía de vinculación genética con la menor nacida mediante inseminación artificial.

Las instancias de mérito declaran improcedente la demanda alegando que no existe interés para obrar, al no haberse demostrado que con el reconocimiento se haya afectado directa o indirectamente al hijo de la demandante, careciendo por ende de interés para obrar.

Interpuesto el Recurso de Casación la Sala Suprema resuelve: Considerando Séptimo: De acuerdo a ello, el menor hijo de la demandante, y en cuyo nombre actúa, Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, es hermano paterno de la menor, que la demandada ha reconocido como su hija, conforme al resultado del examen de ADN, según documento obrante a fojas diez, del que se colige que el padre de ambos menores es Custodio Olsen Quispe Condori, por lo que impugna dicho reconocimiento por las razones que expone, sosteniendo interés legítimo, pues

este no concuerda con la realidad biológica, existiendo a ese efecto el parentesco consanguíneo.

En el Octavo Considerando de la citada Resolución, la Sala refiere que la técnica de Reproducción Humana Asistida denominada Ovodonación no se encuentra permitida.

Luego, en el Considerando noveno, señala que el interés legítimo a que se refiere el artículo 399 del Código Civil, está referido a una circunstancia de carácter personal, la parte es titular de un interés propio, distinto de cualquier otro, que proyectada al presente caso se encuentra dada por la condición de hermano. Además, de ser único respecto a terceros que no se encuentran unidos por un vínculo de parentesco consanguíneo, con las consecuencias que determinan los artículos 475 del Código Civil y 93 del Código de los Niños y Adolescentes que regulan la prelación de los obligados a prestar alimentos, así como la obligación que existe a nivel de hermanos en la protección recíproca de sus intereses.

En el caso materia de análisis, se establece la figura de la Ovodonación, mediante la cual la demandante actúa en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, quien es hermano paterno de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila; interponiendo la demanda de impugnación de reconocimiento de maternidad realizado por accionada respecto a la menor concebida mediante la citada TERA, la misma que consiste en un tipo de subrogación de maternidad en la cual la mujer tiene una deficiencia ovárica, en virtud de la cual no puede generar óvulos pero si puede gestar, por lo que necesita una mujer que sólo le ceda óvulos.

La demanda planteada se basa en que la demandada no es la madre biológica de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila pues fue inseminada artificialmente con el óvulo de una mujer distinta y se utilizaron los espermatozoides del esposo de la accionante, sin el consentimiento de este. En el caso, objeto de análisis, se discute respecto a si la demandante se encuentra facultada para interponer la demanda de impugnación de reconocimiento.

Al respecto, debemos tener en cuenta que se entiende por legitimidad para obrar, cuando se habilita a un sujeto a ser parte en el proceso, siendo una condición más que de la

acción, de la pretensión.

Por otro lado, se entiende por interés para obrar, como el interés sustancial que deben tener las partes que actúan en el proceso; es decir, el motivo o carácter jurídico material que lleva a una persona, es este caso el demandante a procurar la intervención de los Órganos Jurisdiccionales, a fin de que se acceda a las pretensiones planteadas en la demanda.

En lo que respecta a la titularidad para la acción de impugnación del acto de reconocimiento, el artículo 399 del Código Civil, prescribe: “El reconocimiento puede ser negado por el padre o la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395”.

En el caso, materia de análisis se encuentra acreditado que el menor Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, se encuentra plenamente facultado para interponer la demanda de impugnación de reconocimiento, por cuanto tiene un interés moral y diferente respecto a terceros que no se encuentran unidos por vínculos de parentesco consanguíneo.

El mencionado menor se ha visto afectado moral y psicológicamente por el acto materia de impugnación, el cual devendría en ilegal e ilícito al no estar contemplado en nuestro Ordenamiento Jurídico, acto que adolecería de nulidad, máxime si consideramos que no existió consentimiento o voluntad del cónyuge de su madre para utilizar sus espermatozoides.

Asimismo, la condición de demandada, recae en doña Maria Alicia Alfaro Dávila madre de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, por cuanto, se encuentra acreditada su voluntad procreacional, ya que no obstante no tener la calidad de madre genética, por medio de la ovodonación pudo concebir y gestar a la menor.

Es madre la mujer que da a luz, aunque hubiese empleado el óvulo de otra mujer para posibilitar la fecundación deseada (Varsi, 2001)

Además, debe considerarse que si bien es cierto no existe norma expresa que determine

el derecho a impugnar el reconocimiento de la maternidad de la menor A.B.A.D., el negarle este derecho, sería desconocer el derecho a la identidad de la mencionada menor, concebida por esta técnica.

Asimismo, debe tomarse en cuenta que en la referida Sentencia la Sala Suprema omitió expresar los argumentos que lo llevan a aseverar que la técnica de Ovodonación no se encuentra permitida conforme al artículo 7, siendo esto último todo lo que refiere al respecto (Torres, 2014, p. 81).

Finalmente, debe tenerse en cuenta que los menores nacidos bajo la técnica de maternidad subrogada, tienen el permanente problema de que no se pueda determinar su filiación en forma fehaciente, vulnerándose su derecho a la identidad y a conocer su propio origen biológico, entre otros derechos fundamentales, siendo importante que se contemple su regulación en nuestro Ordenamiento Jurídico, a fin de no vulnerar el interés superior de los menores nacidos bajo esta técnica de fertilidad asistida.

2.30.2. Casación N°4323-2010-hechos y fundamento jurídicos

Por su parte el señor Custodio Olsen Quispe Condori, también habría iniciado otro proceso contra su ex pareja Maria Alicia Alfaro Dávila, quien reconoció a la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila y que dio lugar al Expediente 1310-2010, sobre Nulidad de Acto Jurídico, el que fue declarado infundado en Primera Instancia y luego fundada la demanda al revocar la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima dicha Sentencia y declarar nulos:

- La autorización de fertilización in vitro y transferencia embrionaria del 05.08.2004.
- El convenio de técnicas de reproducción asistida de fecha 18.08.2004, cuyos fundamentos jurídicos fueron: Que, la fecundación se realiza mediante la técnica de reproducción asistida denominada FIV TE la cual consiste en que el semen extraído y capacitado del esposo, se combina con el óvulo donado, la transferencia de embriones se realiza

al útero de la declarante. Por consiguiente, resulta evidente que los declarantes estaban autorizando la realización de un procedimiento contrario a una norma prohibitiva como el artículo 7 de la Ley General de Salud, anteriormente citada.

En consecuencia, el Convenio de realización de Técnica de Reproducción Asistida, debe ser declarado nulo por violación del artículo V del Título Preliminar del Código Civil. De igual modo, el acto jurídico denominado Autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria que autoriza que en el procedimiento de reproducción asistida se puedan utilizar gametos provenientes de terceros o del banco de gametos, los que luego de ser fecundados serán transferidos al útero de la mujer; por consiguiente, también este acto jurídico transgrede una norma de orden público como resulta ser el artículo 7 de la Ley General de Salud.

Finalmente, en el quinto considerando se señala que la nulidad de los actos jurídicos materia del proceso en nada afectan las obligaciones paterno filiales que le corresponden respecto a la menor hija que ha reconocido.

La demandada; es decir la madre de la menor interpuso Recurso de Casación, Casación N°4323-2010-Lima, sobre Nulidad de Acto Jurídico, dando lugar a que la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, con un voto en discordia del Vocal Supremo Walde Jáuregui (quien adujo que la Sala Civil Superior ha incurrido en motivación insuficiente, al no haber justificado los motivos que llevaron a interpretar la norma contenida en el artículo 7, por tanto se configuraba un error in procedendo; razón por la cual debía de reenviarse el Expediente para que la Sala Superior expida nueva Sentencia y no emita pronunciamiento de fondo), declare fundado el Recurso de Casación y por tanto anule la Resolución impugnada y confirme la Sentencia de Primera Instancia que declaraba infundada la demanda de nulidad de acto jurídico bajo los siguientes argumentos:

La Suprema en su sexto y séptimo considerando, señala que las TERAS son métodos residuales o supletorios, así sostiene: Que nuestra legislación admite las Técnicas de

Reproducción Asistida-TERAS, por lo que conviene señalar que tal y como se ha reconocido en la Declaración de Mónaco, sobre bioética y derechos del Niño, son métodos supletorios no alternativos, luego señala que existen dos tipos de TERAS: a. Inseminación Artificial y b. Fecundación In Vitro, siendo que en el primer caso el semen es introducido en la vagina de la mujer, siendo homóloga cuando el donante del material es el cónyuge o concubino y heteróloga cuando donante del material es un tercero cuyas células reproductivas han sido obtenidas de un banco, mientras que en la fecundación in vitro, el espermatozoide y el óvulo son unidos en un Laboratorio y luego implantados en las entrañas de la madre para dar lugar a la gestación, siendo este último supuesto el caso de autos.

Asimismo, sostiene que la maternidad subrogada no está reconocida en la legislación peruana; sin embargo, los hechos acaecidos tienen sustento en la técnica de reproducción asistida, denominada ovodonación en virtud de la cual la mujer puede gestar, pero es incapaz de ovular, por lo que se requiere de una donante para que le ceda el óvulo necesitado, al respecto cabe precisar que si bien dicho procedimiento no se encuentra legislado, en virtud del axioma jurídico de que todo lo que no está prohibido está permitido, concluye que el procedimiento de ovodonación no es ilícito ni constituye delito, siendo más bien un vacío normativo y jurisprudencial.

Finalmente, la Suprema precisa que al haber las partes expresado su consentimiento y además de haberse ratificado el documento denominado Autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria; y como consecuencia, de ello ha nacido una niña quien se encuentra protegida por el artículo 1 del Código Civil y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 2, 3, 6 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, dicho acto cumple con los requisitos del artículo 140 del Código Civil, por lo que declaró fundado el Recurso de Casación, casan la Sentencia de Vista y en sede de instancia deciden confirmar la Sentencia de Primera Instancia.

Se considera que la Sentencia Casatoria antes mencionada es errada porque el artículo 7 de la Ley General de Salud si prohibiría la ovodonación por ser considerada una modalidad de la maternidad subrogada.

Entonces, la Sentencia Casatoria es acertada, porque las partes han manifestado su voluntad de someterse al procedimiento de ovodonación, conforme se encuentra acreditado con el documento denominado Autorización de Fertilización in Vitro y Transferencia Embrionaria. Asimismo, debe tenerse en cuenta que, según el Principio del Interés Superior del Menor, que se encuentra reconocido en el Código del Niño y Adolescente y la Convención sobre los Derechos del Niño, en todas las decisiones que emitan las autoridades deben de primar el interés Superior del Menor, en este caso de la menor que ha nacido como consecuencia del procedimiento de ovodonación.

Asimismo, debe considerarse que el documento de Fertilización in Vitro y Transferencia Embrionaria cumple con los requisitos del artículo 140 del Código Civil; es decir, agente capaz, objeto física y jurídicamente posible y formalidad prevista por la Ley. Por cuanto lo afirmado por la profesora Clara Celinda Mosquera Vásquez, si bien la demandada recurrió a una ovodonación, ello es permitido, por cuanto el artículo 7 de la Ley General de Salud, al señalar que la condición de madre gestante madre genética debe recaer en la misma persona está referida a los vientres de alquiler y no a la ovodonación (Mosquera, 2012:23)

2.30.3. Expediente N° 183515-2006-00113: hechos y fundamentos jurídicos

La señora C.M.S.E y su esposo desean tener hijos, pero resulta que al ser tratada por su médico descubre que puede concebir, pero no puede mantener un embarazo, ya que de suceder pondría en riesgo su vida y la del concebido debido a que padecía de insuficiencia renal e hipertensión arterial. Frente a dicha situación, y dado el deseo de ser padres, acudieron a la Clínica Miraflores en donde el Dr. Augusto Ascenzo les sugiere el método de maternidad subrogada.

Con tal finalidad, la madre de la madre de la señora C.M.S.E., de 54 años de edad, ofrece su vientre para llevar en sus entrañas a la menor, su nieta, que fue concebida in vitro con los gametos de su hija y de su yerno y que fue transferido luego al vientre de la abuela de la menor. Luego de 7 meses y 20 días se produce el alumbramiento y la Clínica la consigna en su registro médico con los datos de su abuela como madre y así aparece en su Partida de Nacimiento. Por ello es que la madre genética impugna la maternidad, solicitando se le tenga como verdadera madre y se corrijan los apellidos de la madre.

Los mencionados hechos, dieron lugar a que el 5° Juzgado Especializado de Familia de Lima, declare fundada la demanda, ordenando la Filiación de los padres genéticos y su respectiva inscripción en la Partida de la menor con la corrección de los apellidos, pero además dado que existían tres embriones sobrantes producto de la inseminación artificial in vitro, que los embriones se implanten en su vientre o en el de una tercera mujer sin fines de lucro.

Respecto a la Jurisprudencia antes acotada, expreso mi conformidad, por cuanto en la misma se determina la maternidad acudiendo a los datos biológicos de la pareja que aportó su material genético, ordenando la prueba biológica de ADN a la madre de la demandante. Asimismo la sentencia bajo comentario entiende que, cuando la maternidad genética y la gestante no coinciden, esto es una situación de hecho que no está prohibida legalmente, pero tampoco está expresamente permitida y a tenor del artículo 2 inciso 24 de la Constitución Política que regula el principio de reserva en virtud del cual: Nadie está obligado a lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe; y por ende, se considera lícita la conducta (fecundación con ovodonación) (fundamento décimo tercero).

La sentencia señalada, resalta que las técnicas de reproducción asistida han dejado desactualizadas las presunciones que la ley tradicionalmente ha utilizado para establecer la filiación, creando los avances de la ciencia nuevos conceptos de maternidad y por ende representa un problema jurídico con diferentes matices cuya regulación y solución legal resulta

insoslayable para armonizar las relaciones humanas en sociedad (fundamento quinto).

La jueza considera también legal la maternidad subrogada llevada a cabo, sobre todo considerando que se trató de un acto amoroso, altruista y solidario (fundamento de décimo tercero). Sin embargo, para determinar con certeza, en el caso, quién es la madre biológica (la abuela gesta a la nieta dado que la hija, dadora del óvulo, padece problemas renales), ordena un examen de ADN; no obstante, ello sería atribuir la maternidad a la mujer que aportó el óvulo como elemento dirimente de la maternidad biológica; y por ende, en el razonamiento de la jueza, la maternidad legal, es insuficiente y mantiene esta consideración del oráculo genético, es decir, la búsqueda en los genes del reservorio de verdad sobre situaciones complejas que deben ser resueltas de acuerdo a preceptos contemporáneos.

Entonces, según lo expuesto, el caso tiene un final feliz, ya que la progenitora genética coincide con la mujer que buscó y promovió la maternidad.

Por otro lado, resulta importante el citado pronunciamiento, por cuanto el Juez no se cierra frente al avance de la Ciencia, al reconocer la existencia y aplicación de las técnicas de fertilidad, que no se encuentran contenidas en el artículo 7 de la Ley General de Salud N°26842, creando derecho al declarar fundada la demanda.

2.30.4. Casación N° 563-2011

Una pareja que no podía concebir recurrió a las THERAS, pero como la mujer no podía gestar el embrión, recurrieron a una pareja más joven, parientes de estos, quienes acordaron que la segunda mujer gestaría al niño a cambio de un pago, comprometiéndose a entregar al niño apenas nazca a la primera de las parejas contratantes.

El procedimiento se realizó en una Clínica de la Capital, nacida la niña como la mujer que la gestó estaba casada (quien también era su madre genética que aportó el óvulo) fue inscrita como hija de esta última y de su esposo, por aplicación del principio pater is, sin embargo, respecto al acuerdo económico pactado, esta última pareja, entregó a la niña a los

pocos días de nacida, siendo criada por la pareja que realizó el encargo.

Al no existir legislación al respecto y a fin de solucionar el problema de identidad de la niña, la pareja que hizo el encargo, decidió iniciar un proceso de adopción; es decir, el padre biológico y su esposa adoptarían a la niña, con el consentimiento de los padres legales de la criatura; sin embargo, la madre de alquiler quien también es la madre genética de la criatura se opuso a la adopción.

En primera instancia se declaró fundada la demanda de adopción, la misma que fue apelada, siendo confirmada en la segunda instancia. La madre de alquiler interpuso Recurso de Casación, el mismo que fue declarado infundado por la Sala Suprema, considerando el interés superior de la niña, quien se encontraba viviendo con sus preadoptantes desde que tenía nueve meses de nacida, además de que se habría acreditado que la menor vivía en un ambiente familiar, recibiendo el amor de la madre demandante (la cual no tiene vínculos consanguíneos con la menor) y el amor del padre demandante (el cual es el padre biológico de la menor).

Así también menciona que los demandados han demostrado darle poco valor a la vida humana al beneficiarse económicamente entregando la niña a los demandantes a los pocos meses de nacida, por ello arrancarla del seno familiar resultaría gravemente perjudicial para su vida.

Entonces, es conforme la acotada Sentencia, en la que se hace prevalecer el interés superior de la menor, dándole prioridad a los padres de intención respecto a los demandados, considerando que la menor se ha venido desarrollando en un adecuado ambiente familiar durante mucho tiempo, recibiendo amor y atenciones de los demandantes.

Por otro lado, es preciso considerar que la Sala debió de pronunciarse respecto a la interpretación del artículo 7 de la Ley General de Salud, respecto a si son lícitos o no los contratos de vientre de alquiler en nuestro Ordenamiento Jurídico, a fin de sentar un Precedente Judicial al respecto.

Sentencia de fecha 21.02.2017, expedida en proceso de amparo: Expediente: 06374-2016-0-1801-jr-ci-05 juez: Hugo Velásquez Zavaleta especialista: Raul Taipe Salazar Demandante: Francisco David Nieves Reyes y otros demandados: RENIEC materia: proceso de amparo.

La parte actora pretende se otorgue protección a los derechos a la identidad de L. N.R. y C. D. N. R (en adelante, los menores) y al principio superior del niño y, en consecuencia: (i) Se deje sin efecto la Resolución Registral N° 29 9-2016-OSBORJ-JR10LIMGOR/RENIEC, de fecha 29 de febrero de 2016 y la Resolución Registral N° 299-2016-OSBORJ-JR10LIMGOR/RENIEC, de fecha 29 de febrero de 2016, que declararon, respectivamente, la improcedencia de rectificación de las actas de nacimiento de los menores. (ii) Se declare formalmente, en las respectivas actas de nacimiento, que el Señor Francisco David Nieves Reyes es el padre de los menores, procediéndose al respectivo reconocimiento. (iii) Se declare formalmente, en las respectivas actas de nacimiento, que la Señora Aurora Nancy Ballesteros es la madre de los menores, efectuándose la respectiva rectificación.

Mediante Resolución N° 05 del 21.02.2017, se ampara la demanda para que se rectifique la Partida de dos menores de edad nacidos de gestación subrogada con óvulos de donante anónima.

En esta Sentencia, se precisa que la maternidad subrogada o llamado vientre de alquiler, no está prohibido por el artículo 7 de la Ley General de Salud, señalándose en la parte considerativa, que no existe una clara y expresa prohibición de celebrar contratos de maternidad subrogada o de aplicar las TERAS a supuestos distintos de los previstos en el acotado artículo 7.

Respecto, a la citada Sentencia de Amparo, expreso mi conformidad, porque mediante ella se trata de establecer la tutela de los derechos a la identidad de los menores, a la privacidad o intimidad de las parejas, adoptando un amplio concepto de familia.

2.31. Jurisprudencia internacional sobre maternidad subrogada

Moran (2005) señaló: “Las legislaciones de los países del Common Law son las que admiten con mayor amplitud la celebración de los contratos de maternidad subrogada, situación que ha favorecido la difusión de esta forma de reproducción” (p. 206).

2.31.1. EE.UU. Caso baby M: hechos y fundamentos jurídicos

Este es el primer caso de vientres de alquiler, que dio lugar a un proceso judicial muy conocido. El matrimonio Stern contrató a Mary Whitehead para que gestara un niño por encargo, lo que implicó que la madre de alquiler sea inseminada con semen del señor Stern, a cambio de 10,000 dólares. La niña, conocida como Baby M, nació el 27 de marzo de 1986, pero la madre de alquiler se negó a entregar a la niña al matrimonio Stern, iniciando un periplo por varios estados norteamericanos al huir con la niña.

La pareja de esposos Stern, interpuso una demanda exigiendo el cumplimiento del contrato de subrogación de maternidad, suscrito por la mencionada pareja con la madre de alquiler, de apellido Whitehead, en dicho contrato esta aceptó aportar el óvulo y llevar al concebido durante todo el proceso de gestación, hasta su alumbramiento, renunciando a todos sus derechos por anticipado derivados de la maternidad, subrogando sus derechos a favor de la esposa y recibiendo como contraprestación la suma de US\$.10,000.00. La demandada por su parte alegaba que el acuerdo era nulo por ir en contra de las normas de orden público.

En primera instancia se entregó la custodia de la niña a los esposos Stern al determinarse que el contrato era válido y que la menor con ellos encontraría un ambiente familiar estable, cancelando todos los derechos de la madre sustituta, lo cual implicaba cualquier reclamación de filiación, del mismo modo no se concedió a la señora Whitehead ni el derecho de visita ni la posible comunicación con la menor; luego en segunda instancia, el 03.02.1988, se declaró la nulidad del contrato, precisando que el contrato era inválido por las mismas razones por las cuales las Leyes prohíben la comercialización en la adopción y se mantuvo la tenencia de los

Stern, amparándose en el Principio del Interés Superior del Niño. En el expediente se probó que la señora Witehead no se interesaba por la educación de la menor, era dominadora, intrigante e impulsiva; mientras que los Stern vivían en un adecuado ambiente familiar, consecuentemente reenvió el expediente al tribunal de primera instancia para que se fije el régimen de visitas en favor de la madre subrogada.

Por lo tanto, la mencionada Sentencia es acertada, porque el Juzgado para determinar la patria potestad, hace prevalecer en su decisión el interés superior de la menor, analizando cual es el mejor ambiente familiar para que la niña se desarrolle, más allá de que el contrato suscrito con la madre subrogada sea válido o no. Asimismo, es de resaltar que en la Sentencia de Segunda Instancia establece un régimen de visitas a favor de la madre subrogada, con la finalidad de que no se restrinja la comunicación que debe existir entre la madre subrogada y la menor.

2.31.2. Primer caso: hechos y fundamentos jurídicos

En el año de 1985, el matrimonio italiano V.G. y V.R. celebra un contrato con una inmigrante de Argelia B.N., mediante la cual la última se compromete a prestar su vientre a una pareja comitente que le pagaría la suma de 15,000.00 liras. Pero resulta, que durante el embarazo la portadora pidió 40,000.00 y un auto jaguar, así como una propiedad para instalar un negocio en la zona de Rapallo. La niña nació y la madre subrogada se negó a entregarla. Después de 1 año, la menor se encontraba en un estado de desnutrición.

El matrimonio comitente, que vivía bajo la permanente extorsión de la madre subrogada, inició un proceso cautelar innominado y solicitó la tenencia de la niña, fundado en las cláusulas contractuales.

En Italia la Sentencia del Tribunal de Monza del 27 de octubre de 1989, declaró nulo por ilicitud el objeto el contrato de maternidad subrogada y que la pareja comitente no disponía de ninguna acción judicial para exigir la entrega de la menor a la madre subrogada. Asimismo,

estableció que tampoco procedía repetir los pagos efectuados a la mujer gestante, recibidos en calidad de compensación durante el embarazo. La sentencia concluye indicando que el actor como padre biológico del niño tendrá las acciones que provienen del ejercicio de la patria potestad, para traerlo a su propia familia, a la esposa del padre le queda la vía de la adopción.

La mencionada Sentencia, reconoce como valor primario el derecho de la persona desarrollarse en el ambiente más adecuado que no es otro que el de su familia de origen y en defecto de la misma de la familia sustituta.

También se invocan un conjunto de principios y derechos de amplio reconocimiento Constitucional, como la infungibilidad de los derechos y deberes personales y económicos derivados de la potestad paternal, el derecho del menor de crecer con su familia de sangre y tener una familia sustituta sólo en caso de incapacidad de la primera.

Asimismo, el Tribunal de Monza descarta el hecho que el texto fundamental italiano reconozca la existencia de un verdadero y propio derecho a la procreación derivado del derecho a la personalidad, sin que pueda deducirse de alguna disposición que el deseo o interés de la prole tenga una categoría de derecho subjetivo.

Por otro lado, el Tribunal realiza una aclaración, desde una perspectiva económica social en el caso que no se hubiere pactado contraprestación, el contrato de maternidad subrogada puede eludir la sanción de nulidad, ya que procura una descendencia a quien no la tiene y cumple uno de los fines naturales de la familia, sin embargo, esto no puede admitirse tomando en cuenta los medios empleados para alcanzar esta finalidad.

Entonces, la mencionada Sentencia es acertada, porque reconoce al actor y padre comitente su derecho de patria potestad frente al menor. Asimismo, analiza cual es el mejor ambiente en el que la menor puede desarrollarse; no obstante, a que califica al contrato de maternidad subrogada como nulo. Asimismo, da la opción a la madre comitente para que inicie un proceso de adopción, a fin de poder ejercer la patria potestad de la menor conjuntamente

con el padre comitente.

2.31.3. Segundo caso: hechos y fundamentos jurídicos

En el año 1994 un, un joven matrimonio romano se dirige a un ginecólogo pues la mujer se encontraba afectada por una malformación en el aparato genital (síndrome de Rokintansky-Kuster) que le impedía llevar adelante una gestación, pero que no afectaba su capacidad de producir óvulos. Ante la imposibilidad de una terapia capaz de solucionar esta enfermedad, el médico les sugiere recurrir a una fecundación in vitro e implantarlo en el útero de otra mujer.

A inicios de 1995, el médico procede a la fecundación de los óvulos que son congelados hasta el momento en que la pareja encontrara a una mujer dispuesta a ser la madre gestante. En el mes de octubre de 1999, el matrimonio se dirige al médico para informarle que ya habían encontrado a la mujer (amiga de la pareja), dispuesta a la gestación ante lo cual el médico responde negativamente alegando que con posterioridad a la fecundación in vitro se había aprobado el Código Deontológico que prohibía expresamente el acceso a las prácticas de maternidad subrogada.

La pareja interpone una demanda ante el Tribunal de Roma, solicitando la implantación en otra mujer de unos embriones obtenidos por fecundación in vitro homóloga, tal como se había previsto en el contrato celebrado con el médico especialista. El Tribunal declara la ilicitud del contrato de maternidad subrogada (a título gratuito) y ordena la implantación inmediata de los embriones congelados, ya que un retraso mayor podría acarrear un perjuicio para el desarrollo y vitalidad de aquellos.

El Tribunal romano se centraliza primordialmente en el acuerdo de maternidad subrogada celebrado entre el matrimonio y la mujer gestante, haciendo poca alusión al contrato de celebrado con el médico encargado. Es así, que al otorgar plena validez los Magistrados el contrato de alquiler de útero, deciden amparar la pretensión de los demandantes a que se realice la implantación de embriones por la técnica de maternidad subrogada.

El Tribunal italiano a diferencia de lo alegado por los Jueces en 1989, aseveran que en una sociedad moderna como la actual, debe reconocerse el derecho de ser padres y el de decidir su procreación, por lo mismo no resulta coherente recurrir a modelos rígidos y superados por los avances de la medicina y la genética que pueden desencadenar en decisiones arbitrarias, por el contrario, deben dejarse un mayor espacio a las elecciones individuales, siempre que se trate de decisiones responsables.

Desde esta perspectiva, el acuerdo de maternidad subrogada es un negocio atípico válido por cuanto: (a) Se trata de un acuerdo guiado por un espíritu de liberalidad basado en exigencias de solidaridad y altruismo; (b) Tiene como objeto un interés digno de tutela como es el derecho al hijo, expresión del más amplio derecho al desarrollo de la personalidad y el derecho a la protección de la vida humana desde su inicio; y (c) No resulta contrario al principio de indisponibilidad del status y de los actos dispositivos del propio cuerpo.

Para el Tribunal la madre subrogada, simplemente se limita a llevar la gestación de un embrión con el cual no guarda ningún vínculo genético, en la aptitud de la mujer que solo presta su útero, no se evidencia una voluntad de asumir el papel de madre.

Asimismo, la disposición del útero sólo se refiere a la disminución temporal de la integridad física de la mujer. Finalmente, precisa que los beneficios psicológicos que puede obtener la mujer estéril a través de esta práctica no hacen rechazable del todo.

Por consiguiente, la referida Sentencia es acertada, porque reconoce a la maternidad subrogada como una Técnica de Reproducción Asistida a la que se puede recurrir con fines altruistas y solidarios, en los que no exista contraprestación económica. Asimismo, reconoce que debe protegerse y ampararse al menor nacido bajo esta técnica, desde la etapa de la concepción, tal como lo dispone el artículo I del Título I de nuestro Código Civil, que regula: La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece.

Asimismo, la referida Sentencia señala que la maternidad subrogada no resulta ser contraria a los actos de disposición del propio cuerpo, porque como señalé anteriormente, mediante esta TERA sólo se da una disminución temporal de la integridad física.

Por otro lado, se da la debida importancia y reconocimiento al derecho a la procreación, el cual comprende entre otros, el derecho a formar una familia y el derecho de acceder a los métodos y servicios relacionados con el tratamiento de esterilidad, incluida la fecundación artificial; en el presente caso la maternidad subrogada. Asimismo, es necesario recalcar que el derecho a la procreación no se reconoce por el Estado Peruano en su totalidad, considerando que el acceso a estos métodos de fertilidad asistida se encuentra restringidos no sólo por su costo sino porque al no estar regulado en forma expresa por nuestro Ordenamiento Jurídico, muchos médicos y parejas en general se ven limitados a hacer uso del mismo, viendo frustrados sus deseos de ser padres.

Finalmente, es conforme con la conclusión que realiza el Tribunal respecto a que la madre subrogada solamente realiza el papel de prestar su útero para que el menor nazca; sin embargo, aunque no puedo generalizar, no tienen la voluntad e intención de asumir el rol de madres del menor nacido bajo esta técnica; siendo imprescindible que se legalice esta técnica en nuestro Ordenamiento Jurídico a fin de evitar que muchas de las gestantes que se arrepientan de entregar al menor a los padres comitentes, guiadas por algún sentimiento que se pueda originar en el curso del embarazo o por motivos económicos, retengan al menor y no lo entreguen a los padres comitentes, desnaturalizándose de este modo la aplicación de esta técnica, cuyo fin principal es que aquellas personas que no puedan cumplir su sueño de ser padres por motivos de necesidad o por causas médicas, tengan en la aplicación de esta técnica una forma de conseguir su deseo de ser padres.

2.30.4. En E.E.U.U.: hechos y fundamentos jurídicos

Antes de exponer el caso, objeto de examen, debo hacer algunas precisiones: En los

Estados Unidos de Norteamérica, cada uno de sus Estados está facultado para aprobar su propia normativa en relación con la fecundación artificial y la maternidad subrogada. Existen Estados que admiten la práctica de la maternidad subrogada reconociendo cierto grado de intervención Estatal; Estados que se limitan a declarar inexigible la técnica de maternidad subrogada, pero que no sancionan ni prohíben la celebración de los mismos; Estados que no cuentan con una norma pero que tienen un derecho no codificado que es reconocido por los Tribunales del Estado; Estados que reprimen en cualquier caso la maternidad subrogada onerosa o gratuita.

En términos generales se puede afirmar que el recurso a la maternidad subrogada gratuita o remunerada y las actividades de intermediación, son prácticas admitidas; sin embargo, a pesar de la postura liberal que impera en la materia y teniendo en cuenta la naturaleza de la prestación de la madre subrogada, la mayor parte de las legislaciones estatales norteamericanas rechazan la posibilidad de una ejecución forzada de estos contratos.

2.30.5. Primer caso

Antes de analizar el siguiente caso, debo precisar que, en el Estado de Alabama, las Sentencias Judiciales que se han expedido se limitan a reconocer sólo al padre biológico por lo que se requiere mayormente de un proceso de adopción en dos pasos por parte de la madre de intención. Además, no existe una legislación que regule la maternidad subrogada, motivo por el cual los casos, que se han dado se han dejado al arbitrio de los Magistrados.

En la Sentencia del caso Jhonson V. Calbert, expedida en 1993, la Suprema Corte de Alabama, declaró la validez y exigibilidad del contrato de locación de útero. En este caso, el embrión se había formado con material genético de ambos miembros de la pareja comitente. El Juez declaró que la mujer gestante que cuidaba al hijo de los verdaderos padres por imposibilidad de estos, no podía reclamar ningún derecho sobre el nacido.

En mi opinión, concuerdo con la Sentencia mencionada, por cuanto reconoce el derecho de la patria potestad que tienen los padres de intención respecto al menor nacido bajo esta

técnica de fertilidad asistida sobre el de la madre subrogada, en atención del Principio del Interés Superior del Menor.

2.30.6. Segundo caso

Antes de analizar el siguiente caso, debo precisar que en el Estado de Massachussetts, se permite la subrogación, pero pueden plantearse limitaciones de paternidad debido a la genética del bebe, la orientación sexual e incluso el Estado Civil.

En el caso Mosheta Vs Mosheta, la Corte Superior de Massachussetts reconoció los derechos de la pareja comitente a pesar de la negativa de la madre subrogada (genética y biológica) de entregar a la menor.

Al respecto, es conforme lo resuelto por la Corte, porque se reconocen los derechos de los padres de intención o comitentes sobre los de la madre subrogada, atendiendo al interés superior del menor y a la voluntad procreacional.

2.30.7. Tercer caso

Hasta ahorita hemos visto casos de personas que se disputan al niño; sin embargo, existen casos dramáticos que acontecen cuando ninguna de las partes quiere asumir la responsabilidad de la paternidad.

Antes de hacer referencia al siguiente caso, debo acotar que en el Estado de Michigan sólo se permite la maternidad subrogada altruista, incluso la participación en una subrogación gestacional comercial constituye un delito penal, pudiendo ser sujetos de multa y de pena privativa de libertad, quienes la aplican con fines patrimoniales.

En el Estado de Michigan, en 1983, una madre subrogada dio a luz un niño deforme. El supuesto padre (el hombre que había provisto el esperma) pidió al hospital que cesara el tratamiento y la asistencia que se estaba y la asistencia que se le estaba prestando al menor recién nacido. Asimismo, las autoridades del hospital, solicitaron autorización judicial para proseguirlo y de hecho se continuó; sin embargo, de los análisis de sangre sucesivos que se le

realizaron al menor, se demostró que el niño era hijo biológico del esposo de la mujer gestante y no del padre comitente, por cuanto al parecer la madre subrogada no habría respetado los términos del convenio y continuó teniendo relaciones sexuales con su marido. Frente a estos hechos, el Tribunal de Justicia obligó a la madre subrogada a seguir asistiendo al niño.

En este sentido, el caso acotado es una muestra de que debe regularse la figura de la maternidad subrogada en nuestra legislación, a fin de que los menores que nacen por esta técnica de fertilidad no queden desprotegidos en caso sean rechazados por sus padres comitentes, sobre todo en casos como este en que nazcan con alguna complicación de salud. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que una decisión como la tomada por el Tribunal de Justicia en el mencionado caso, lo único que hace es establecer responsabilidades en cuanto a la patria potestad, pero no aseguran que el menor reciba amor, tal como lo afirma Manuel Miranda Canales.

2.30.8. En Francia: hechos y fundamentos jurídicos

La Sentencia de la Cour'appel de Paris del 15 de junio de 1990, declaró la validez del Convenio de maternidad por cuenta de terceros que amparaba la solicitud de adopción de la madre comitente. La mencionada Resolución se basaba en los siguientes fundamentos:

El Tribunal Parisino afirma que los contratos de maternidad subrogada no implican una vulneración del Principio de indisponibilidad del Estado, puesto que la madre voluntariamente y en uso de una facultad legal, se había negado al reconocimiento del hijo y no podía ser obligada a lo contrario. Asimismo, señala que la determinación voluntaria de los vínculos de filiación no es contraria al Ordenamiento Jurídico como lo demuestran los supuestos de adopción o los reconocimientos puramente formales, denominados reconocimiento de complacencia.

En defensa de la validez de este contrato, el Tribunal menciona que la maternidad por sustitución es una expresión de la voluntad y de la responsabilidad individual, lícita y conforme

al orden público. Además, los Jueces parisinos alegan que el derecho no considera ilícito cualquier acto o disposición del propio cuerpo, sino sólo aquellos que implican una lesión a la integridad de la persona de los que excluyen la maternidad por sustitución y las donaciones de órganos.

La mencionada Sentencia fue impugnada por el Procurador General, ante lo cual la Cour de Cassation, mediante Resolución adoptada en Asamblea Plenaria del 31 de mayo de 1991, declaró improcedente la solicitud de la madre comitente para la adopción plena de un menor nacido como consecuencia de un contrato de maternidad subrogada. Mediante esta Resolución, la Corte busca poner fin a los cuestionados procedimientos de maternidad subrogada encubiertos.

Los argumentos alegados por los Magistrados de la Corte de Casación francesa fueron que esta clase de acuerdos, aún a título gratuito contravenían los principios de indisponibilidad del cuerpo humano y del Estado de las personas. Asimismo, señala que la figura de la Adopción no podía ser considerada como la última fase de un proceso que atentaba contra los principios fundamentales, como los enunciados y que además constituía una desnaturalización de la finalidad de aquella institución (de acuerdo con los términos de la resolución de la Cour de Cassation, la doctrina francesa interpretó que el criterio del parto continuaba siendo el determinante para designar a la madre y que esta no sólo tiene el derecho sino el deber de hacerse cargo del nacido).

Al respecto, realizando una analogía con la legislación peruana, el artículo 6 de nuestro Código Civil regula: Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o las buenas costumbres.

Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios. Los actos de disposición

o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos regulados por la ley de la materia, haciendo una interpretación literal de dicho artículo, considero que nuestro Ordenamiento Jurídico no hace una prohibición ficta o expresa de la técnica de maternidad subrogada, ya que sólo prohíbe los actos de disposición del propio cuerpo cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física; situación que no se da en el caso de la aplicación de la técnica de maternidad subrogada, que sólo implica disminución temporal de la integridad física de la mujer.

Asimismo, la norma legal acotada, precisa que cuando los actos de disposición del propio cuerpo se realicen por motivos de estado de necesidad o de orden médico, no se considerarán prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo, condición que se da en aquellos casos en que se recurre a la maternidad subrogada, porque la mujer tiene problemas de fertilidad o porque producto de una enfermedad como el cáncer no puede gestar.

Por otro lado, en desacuerdo con lo afirmado por la Corte de Casación, considero que la figura de la Adopción es una solución viable a fin de que la madre comitente pueda obtener la patria potestad y los derechos que le son inherentes respecto al menor nacido por la técnica de maternidad subrogada, tal como lo reconoce la Human Fertilization Embriology Acta de 1990, vigente en el Reino Unido, donde se precisa que se permite el recurso a la Maternidad Subrogada, siempre que se celebre a título gratuito y bajo la supervisión de Human Fertilization and Embriology Authority, entidad encargada de regular la investigación y el tratamiento de la infertilidad humana (la realización de técnicas de reproducción asistida, incluyendo cualquier modalidad de maternidad subrogada, debe realizarse en establecimientos sanitarios autorizados y supervisados por la Human Fertilization and Embriology Authority, el recurso de maternidad subrogada sólo se admite una vez que los médicos verifiquen la imposibilidad por razones psicológicas o médicas de la madre comitente de llevar adelante la gestación).

Respecto de la determinación de la filiación, se debe tener en cuenta que la citada norma

establece que los padres comitentes en principio, no son considerados como los padres legales, pero se les permite obtener el reconocimiento como tales mediante un procedimiento judicial similar a la adopción, denominado parental order.

En este sentido la Human Fertilization and Embriology, permite que los cónyuges comitentes sean reconocidos como padres legales, si al menos uno de ellos es el padre genético del nacido, la constitución del vínculo de filiación se efectúa mediante una parental order emitida por la autoridad judicial, la cual permite que el menor se registre como hijo de los padres comitentes y adquiera un status semejante al de los hijos adoptivos.

2.31. Conceptos relacionados al problema

- Maternidad subrogada. Se denomina habitualmente la práctica en la cual una mujer previo acuerdo de las partes, se compromete a llevar adelante un embarazo y entregar al niño en el momento de nacimiento a una pareja o persona, renunciando a sus propios derechos como madre, frecuentemente es realizada a cambio de dinero.
- Madre por subrogación. Se presenta cuando una mujer acepta ser inseminada artificialmente con el espermatozoides del marido de una mujer estéril y entrega al niño al nacer este, por tanto, es madre biológica, gestadora y generadora.
- Madre portadora. Aquí la mujer, lleva un embrión genéticamente ajeno implantado en su útero. El embrión puede ser de la pareja contratante como de los donantes
- La maternidad por simple sustitución. Consiste en que la mujer que gesta y da a luz, aporta al proceso el material genético puesto que es la productora del óvulo fecundado.
- La maternidad por sustitución de la gestación. Que consiste en que la mujer que gesta y da a luz no aporta al proceso su material genético puesto que no es la productora del ovulo fecundado
- Maternidad plena. Es la que une la relación biológica con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que implican la maternidad

- Maternidad genética. Comprende aquella mujer que aporta el material genético que tiene lazos de identidad y correspondencia genética por el hecho de brindar el ovulo y así proporcionar el 50% de la información genética del concebido.
- Maternidad gestativa. Comprende aquella mujer que porta el embrión durante todo el tiempo que dura la gestación, generando en ella sentimientos y emociones hacia el ser que crece en su vientre.
- Maternidad legal. Comprende aquella mujer que asume frente al hijo derechos y obligaciones inherentes a la maternidad sin que exista entre ellos vínculos biológicos
- La patria potestad. Como un conjunto de deberes y derechos de los padres y de los hijos.
- Los padres. Los padres son los sujetos activos de la patria potestad y como tal se les denomina padres de familia
- Hijos. Los hijos son los sujetos pasivos de la patria potestad y como tal se les denomina hijos de familia

III. Método

3.1. Tipo de investigación

La presente investigación es de naturaleza descriptiva correlacional u observacional, porque se encarga de determinar si es necesaria la legalización de la maternidad subrogada y los efectos que produce su regulación en el pleno ejercicio de los derechos y obligaciones inherentes a la Patria Potestad, es decir la relación existente entre la variable independiente y dependiente.

Asimismo, es descriptiva porque describe las características que presenta la regulación jurídica de la Maternidad Subrogada en diversos países como EEUU, México, Suecia, Canadá e Inglaterra, sus diferentes denominaciones, los problemas legales y éticos existentes en su regulación, así como su tratamiento en la doctrina nacional y extranjera.

El método empleado en el presente trabajo de investigación es el deductivo con la ayuda del método de análisis y comparativo porque parte de la recolección de datos de diversos medios como son revistas, libros, medios electrónicos, entre otros que cuente a mi alcance para poder arribar a partir de inferencias o deducciones de índole específica o particular como son las legislaciones de diversos países o casuística específica que existe en ellos.

El diseño de la investigación es no experimental, preparándose el esquema previo a la Tesis de grado, lo que implica el planteamiento del problema, la formulación de las hipótesis, identificación de las variables y los objetivos de la investigación con la finalidad de desarrollar adecuadamente la parte esencial de la tesis, la misma que servirá de fundamento para elaborar el índice de la Tesis.

3.2. Población y muestra

Según Hernández, et al (2014), la población se trata de un: “conjunto de situaciones vinculadas entre sí, a través de una serie de detalles específicos, para lo cual se debe determinar el entorno, características de contenido, de lugar y en el tiempo” (p. 174).

Para efectos de esta investigación se ha considerado a una población de 50 mujeres en edad adulta con problemas de fertilidad quienes se encontraban en las Clínicas de Fertilidad y Centros de Reproducción Asistida de la Ciudad de Lima.

Por otro lado, la muestra es un subgrupo de la población (Hernández, et al, 2014, p. 175). En ese contexto, la muestra empleada para esta investigación estuvo conformada por todo el universo, por tratarse de una muestra pequeña; son 50 mujeres en edad adulta con problemas de fertilidad quienes se encontraban en las Clínicas de Fertilidad y Centros de Reproducción Asistida de la Ciudad de Lima.

3.3. Operacionalización de variables

Tabla 1.

Matriz de operacionalización de la variable legalización de la maternidad subrogada.

Variable	Dimensiones	Indicadores	Items	Relación
Variable: Legalización Maternidad subrogada	X1 Clases de maternidad subrogada	• Función del objetivo • Función de la composición genética	1, 2	X1 – Y X2 Y X3 - Y
	X2 Modalidades de maternidad subrogada	• Técnica • Riesgo	3, 4	
	X3 Disociación de la maternidad	• Maternidad plena • Maternidad genética • Maternidad gestativa • Maternidad legal	5, 6, 7, 8, 9, 10	

Tabla 2.

Matriz de operacionalización de la variable patria potestad.

Variable	Dimensiones	Indicadores	Items	Relación
Variable Patria potestad	Y1 Sujetos de la patria potestad	• Padres • Hijos	11, 12, 13	
	Y2 Supuestos de la patria potestad	• Interés superior del menor • Derecho a la identidad • Filiación • Obligación alimentaria	14, 15, 16, 17, 18, 19, 20	X1 – Y X2 Y X3 - Y

3.4. Instrumentos

En este estudio, se utilizará al instrumento conocido como cuestionario. Según Sánchez y Reyes (2015) los cuestionarios “constituyen un documento o formato escrito de preguntas diversas, relacionadas con los objetivos del estudio (p. 151).

Para efectos de este estudio, se aplicará el cuestionario como instrumento, tomando en consideración lo señalado por Carrasco (2008) al que describió de: “una serie de preguntas prescritas de forma sistemática y coherente, enunciadas con claridad, rigor e imparcialidad, comprendidas en pliegos de papel, con la finalidad de ser resueltas” (p. 318).

3.5. Procedimientos

No debe perderse de vista el método estadístico como apoyo a la tarea de procesamiento de datos en la investigación. Una indagación apoyada en la estadística ofrece ciertamente mayores márgenes de validez y confiabilidad.

La estadística y el procesamiento electrónico de datos marchan por lo general al unísono y hoy en día se ofrecen programas esencialmente diseñados para el desarrollo de tareas de investigación. Tales programas reciben el nombre de: paquetes, que en la actualidad han cobrado especial significación dentro de las ciencias sociales el programa estadístico conocido como SPSS y, que para efectos del presente estudio se aplicará la versión 25, que se utilizó tanto para la estadística descriptiva a fin de obtener los resultados por dimensiones mediante el diagrama de barras; así como para la estadística inferencial mediante la cual se determinará, inicialmente, el tipo de distribución que presentan los datos en la muestra, utilizando la prueba de Kolmogórov- Smirnov de bondad de ajuste (muestra > 50).

Dicha prueba permitió medir si las variables de investigación tienen una distribución normal, si fuera así se utilizaría una prueba paramétrica (Correlación de Pearson y modelo de regresión lineal), de lo contrario se utilizaría una prueba no paramétrica (rho de Spearman).

Al respecto, se debe señalar que para desarrollar la prueba de normalidad se realizó los

siguientes pasos:

Paso 1: Plantear la Hipótesis nula (H_0): No existen diferencias significativas entre la distribución ideal y la distribución normal de los datos.

Hipótesis alternativa (H_1): Existen diferencias significativas entre la distribución ideal y la distribución normal de los datos.

Paso 2: Seleccionar el nivel de significancia. Para efectos de la presente investigación se tomará en cuenta que: $\alpha = 0.05$.

Paso 3: Escoger el valor estadístico de prueba. El valor estadístico de prueba que se considerará para la presente Hipótesis será Kolmogórov-Smirnov.

Por otro lado, los datos consignados en los gráficos estadísticos fueron obtenidos de Clínicas Privadas dedicadas a realizar el procedimiento de maternidad subrogada a fin de conocer cuál es el porcentaje de personas que deciden someterse a este procedimiento por problemas de infertilidad.

3.5.1. Validación y confiabilidad del instrumento

La validez es “el grado que tiene un instrumento para medir la variable que se pretende estudiar” (Hernández, et al 2014, p. 201).

Para efectos de esta investigación, se empleará un instrumento, el cual ha sido previamente validado, cuyo contenido ha sido sometido a juicio de expertos, teniendo en cuenta los siguientes criterios: (a) Pertinencia, (b) Relevancia y (c) claridad (Ascuet, 2014).

Por tal motivo, los instrumentos utilizados para esta investigación han sido validados mediante juicio de expertos, vinculados con la investigación científica. El procedimiento se ha realizado de la siguiente manera: los tres (3) expertos emitieron sus observaciones con respecto a los ítems de cada cuestionario, verificando la formulación de estas a través de la definición de las variables de estudio, las dimensiones e indicadores, utilizando una tabla de validación, que medió criterios básicos: claridad, relevancia y pertinencia para poder ser suficiente.

Además, cada experto autorizó la aplicación de los instrumentos para los fines propuestos.

Tabla 3.

Juicio de expertos.

Expertos	Nombres de los expertos	Aplicable
Experto 1	Dr. Roberto José María Casas Miranda (metodólogo)	X
Experto 2	Dra. Geraldine Ancajima De Los Santos (temático)	X

Se aplicó la prueba piloto. Al respecto a Hernández et. al (2014) la confiabilidad de un instrumento de medición “se refiere al grado en que su aplicación repetida al mismo individuo u objeto produce resultados iguales” (p. 200).

El coeficiente de confiabilidad es un índice de consistencia interna que toma valores entre 0 y 1 y que sirve para comprobar si el instrumento que se está evaluando recopila información defectuosa y por tanto nos llevaría a conclusiones equivocadas o si se trata de un instrumento fiable que hace mediciones estables y consistentes (Sánchez y Reyes, 2015)

Para efectos de esta investigación, la escala de valores que determinó la confiabilidad estará dada por los siguientes valores:

Tabla 4.

Interpretación del coeficiente de confiabilidad.

Rangos	Interpretación
0 a 0.20	Muy baja
0.21 a 0.40	Baja
0.41 a 0.60	Media
0.61 a 0.80	Alta
0.81 a 1.00	Muy alta

Fuente: Palella y Martins (2012)

Tabla 5.*Confiabilidad del instrumento de medición de la variable maternidad subrogada*

Instrumento	Alfa de Cronbach	Nº de Elementos
Legalización de la maternidad subrogada	0.83	20

Tabla 6.*Confiabilidad del instrumento de medición de la variable patria potestad*

Instrumento	Alfa de Cronbach	Nº de Elementos
ejercicio de la patria potestad	0.86	20

3.6. Análisis de datos

Para esta etapa se concentró el material estadístico ordenado por temas o subtemas relacionados con el tema central de investigación, de conformidad al índice del trabajo.

Seguidamente, se analizó si la información recabada es suficiente o si se requiere recopilar más información. Además, se realizó una lectura detallada de la información recopilada, obtenida de diversas fuentes ya sean bibliográficas o hemerográficas, a fin de obtener los conceptos teóricos del tema, así como las opiniones y reflexiones de los especialistas.

Se tuvo a la mano fichas o material bibliográfico, con el fin de anotar algunas ideas, este es el paso inicial para poder elaborar el contenido de los capítulos y subcapítulos del trabajo de investigación, vale decir el marco teórico y doctrinario del tema.

También, se ordenó los datos en forma de cuadros comparativos u ordenando la información en forma cronológica.

De acuerdo con los datos que se cuentan y los objetivos del trabajo de investigación se obtuvo relaciones porcentuales, así como otros elementos que permitieron conocer algunas

relaciones causales entre los temas objeto de estudio.

3.7. Consideraciones éticas

En ese sentido, se entiende por consideraciones éticas, al conjunto de información que obligan al investigador al momento de desarrollar una tesis, teniendo en cuenta la distinción entre el bien y el mal, así como el carácter histórico de las leyes en la sociedad (Tafur e Izaguirre, 2015, p. 126).

Entre ambos aspectos, se encuentra la ética científica, que le da un crédito más teórico a los problemas que se investigarán. Teniendo así la posibilidad de estudiar al hombre y la sociedad, pero desde un enfoque objetivo.

IV. Resultados

4.1. Contrastación de hipótesis

Para el procesamiento estadístico, se estableció el tipo de distribución que exponen los datos a nivel de la variable 1 y la variable 2, para lo cual se utilizó la prueba Kolmogorov-Smirnov por tratarse del valor obtenido de la muestra mayor igual a 50.

La mencionada prueba, mide el grado de concordancia entre la distribución de un conjunto de datos y una distribución teórica específica. Tiene por finalidad señalar los datos provienen de una población que tiene la distribución teórica específica.

A continuación, se plantea la Hipótesis Nula (H0) y la Hipótesis Alternativa (H1) de la Variable 1.

Ho: No Existe una relación significativa entre la legalización de la maternidad subrogada y el ejercicio de la patria potestad en el Perú.

H1: Existe una relación significativa entre la legalización de la maternidad subrogada y el ejercicio de la patria potestad en el Perú.

Tabla 7.

Contrastación de hipótesis

Kolmogorov-Smirnov ^a				
		Estadístico	l	Sig.
Legalización de Madre subrogada	Eficiente	,480	89	,000
	Moderada	,438	53	,000
	Deficiente	,277	11	,018

4.1. Resultados de la variable: legalización de maternidad subrogada

De la encuesta dirigida a mujeres, cuál es su percepción en cuanto al conocimiento y aceptación de la Maternidad Subrogada

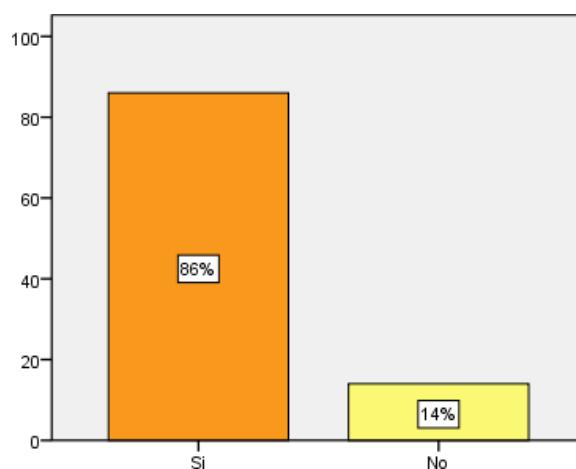
Tabla 8.

¿Fecundación in vitro o inseminación artificial?

	Frecuencia		Porcentaje
Válidos	Si	43	86,0
	No	7	14,0
	Total	50	100,0

Figura 1.

Fecundación in vitro o inseminación



A la pregunta: ¿Ha escuchado alguna vez sobre la fecundación in vitro o la inseminación artificial?, en la tabla 8 y figura 1 se observa que el 86% ha escuchado sobre la fecundación in vitro o la inseminación artificial. Por otro lado, el 14% no tiene conocimiento sobre el tema planteado líneas arriba.

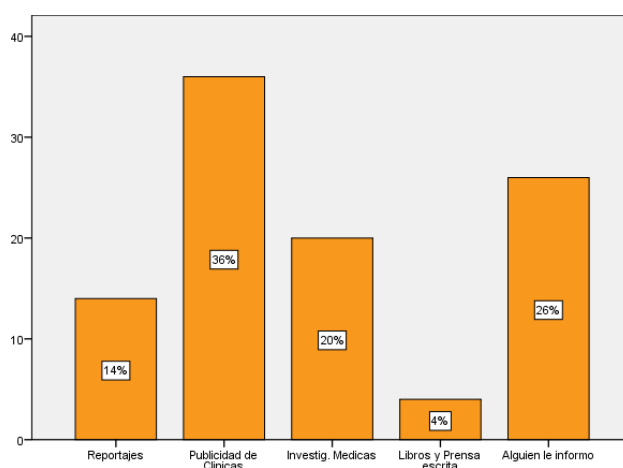
Tabla 9.

Medios de comunicación que se tuvo conocimiento de procedimiento.

	Frecuencia	Porcentaje
Válidos	Reportajes	7 14,0
	Publicidad de Clínicas	18 36,0
	Investigaciones médicas	10 20,0
	Libros y Prensa escrita	2 4,0
	Alguien le informo	13 26,0
	Total	50 100,0

Figura 2.

Medios de comunicación que usted tuvo conocimiento de procedimiento



A la pregunta: ¿Por cuáles medios de comunicación usted tuvo conocimiento de estos procedimientos?, en la tabla 9 y figura 2 se observa que el 36% ha tenido conocimiento a través de la publicidad de las clínicas, el 26% ha tenido conocimiento porque alguien que le informó, el 20% ha tenido conocimiento por investigaciones médicas, el 14% ha tenido conocimiento por reportajes y el 4% ha tenido conocimiento por libros y prensas escritas.

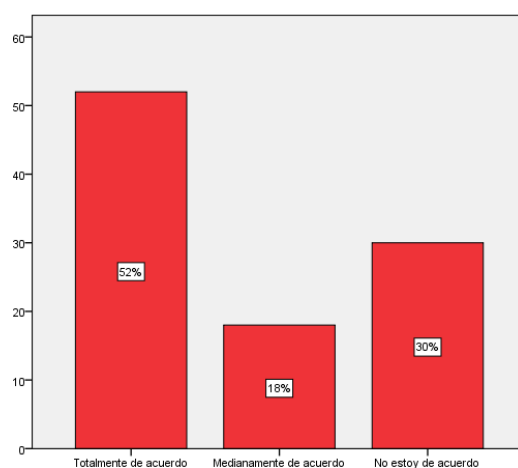
Tabla 10.

Regularización jurídica de la maternidad subrogada o vientres de alquiler en el país.

		Frecuencia	Porcentaje
Válidos	Totalmente de acuerdo	26	52,0
	Medianamente de acuerdo	9	18,0
	No estoy de acuerdo	15	30,0
Total		50	100,0

Figura 3.

Regularización de la maternidad subrogada o vientre de alquiler



A la pregunta: ¿Se encontraría de acuerdo con la regularización jurídica de la maternidad subrogada o vientres de alquiler en el país?, en la tabla 10 y figura 3 se observa que el 52% está de acuerdo con la regularización de la maternidad subrogada o vientre de alquiler, mientras que el 30% no está de acuerdo con dicha regularización y Por otro lado el 18% está medianamente de acuerdo con lo expresado líneas arriba.

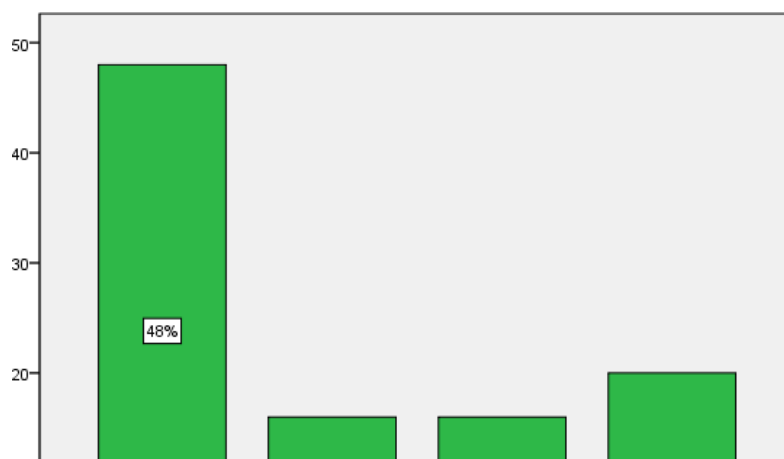
Tabla 11.

¿Cuáles son las causas por lo que estaría de acuerdo que se realizaran el alquiler de vientre?

Frecuencia		Porcentaje	
Válidos	Infertilidad de uno de los miembros	24	48,0
	Riesgos en la vida de la madre	8	16,0
	Imposibilidad de adopción	8	16,0
	Edad avanzada para procrear	10	20,0
Total		50	100,0

Figura 4.

Causas por lo que estaría de acuerdo al realizar el alquiler de vientre.



En la tabla 11 y figura 4 se observa que el 48% está de acuerdo que la causa principal para el alquiler de vientre es la infertilidad de uno de los miembros, el 20% señala que la causa sería la edad avanzada para procrear, mientras que el 16% señalan que la causa sería los riesgos en la vida de la madre y con el mismo porcentaje señalan que la causa sería la imposibilidad de adopción.

Tabla 12.

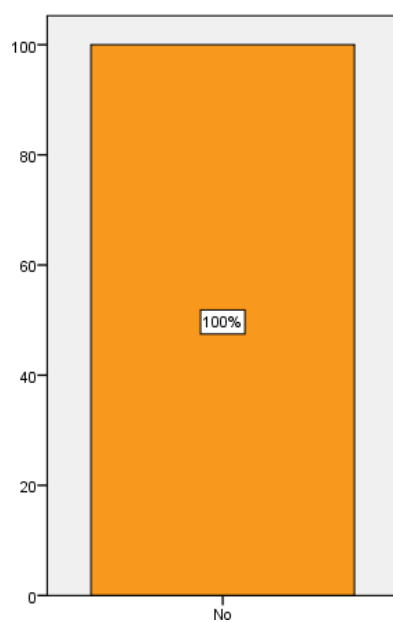
¿Considera usted que la sociedad es tolerante con que se realizaran el alquiler de vientre?

Frecuencia		Porcentaje	
Válidos	Infertilidad de uno de los miembros	24	48,0
	Riesgos en la vida de la madre	8	16,0
	Imposibilidad de adopción	8	16,0
	Edad avanzada para procrear	10	20,0
	Total	50	100,0

Figura 5.

Considera usted que la sociedad es tolerante con este tipo de prácticas

Frecuencia		Porcentaje	
Válidos	No	50	100,0



En la tabla 12 y figura 5 se observa que el 100% de encuestados, señalan que la Sociedad no es tolerante con este tipo de prácticas.

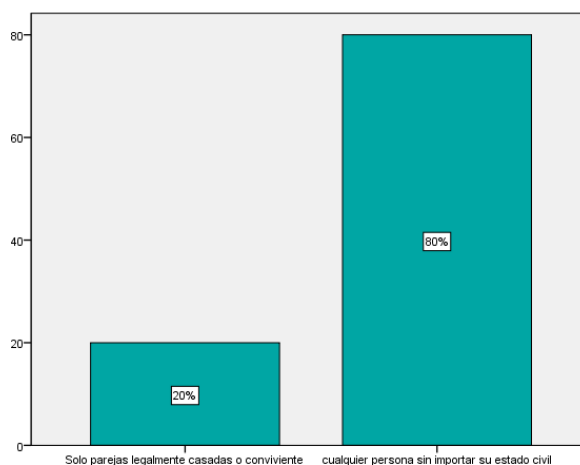
Tabla 13.

¿Quiénes deben ser los sujetos beneficiarios que opten por este procedimiento?

Frecuencia		Porcentaje	
Válidos	Solo parejas legalmente casadas o conviviente	10	20,0
	Cualquier persona sin importar su estado civil	40	80,0
	Total	50	100,0

Figura 6.

Sujetos beneficiarios que opten por esta modalidad de procreación.



En la tabla 13 y figura 6 se observa que el 80% de encuestados, señalan que los sujetos beneficiarios por esta modalidad de procreación, le deben corresponder a cualquier persona sin importar su estado civil y por otro lado se observa que el 20% de encuestados, señalan que los sujetos beneficiarios por esta modalidad de procreación, le deben corresponder solo a parejas legalmente casadas o convivientes.

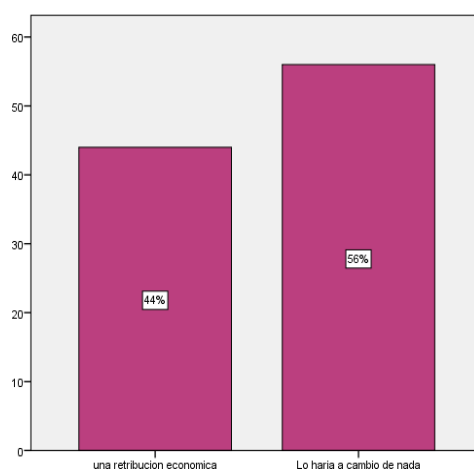
Tabla 14.

Si usted acepta ser usted madre subrogante, ¿cuáles serían los motivos?

		Frecuencia	Porcentaje
Válidos	Una retribución económica	22	44,0
	Lo haría a cambio de nada	28	56,0
	Total	50	100,0

Figura 7.

Motivos por lo que una persona aceptaría ser una madre subrogante



En la tabla 14 y figura 7 se observa que el 56% de encuestados señalan que, al aceptar el caso hipotético de ser una madre subrogada, lo harían a cambio de nada, mientras que el 44% al aceptar el caso hipotético de ser una madre subrogada lo harían por una retribución económica.

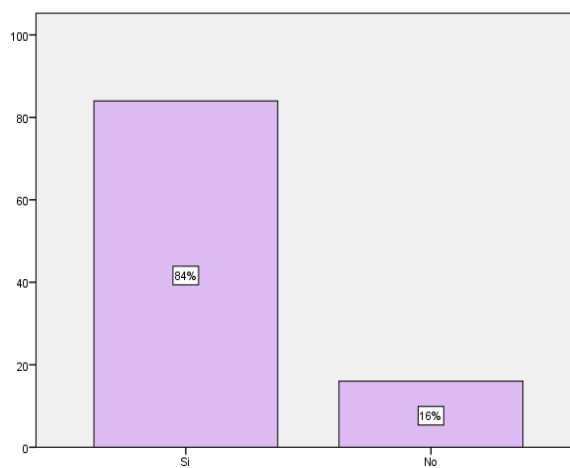
Tabla 15.

¿Conoce si en el Perú existen leyes que regulen esta práctica?

	Frecuencia	Porcentaje	
Válidos	Si	42	84,0
	No	8	16,0
	Total	50	100,0

Figura 8.

Conoce si en el Perú existen leyes que regulen esta práctica.



En la tabla 15 y figura 8 se observa que el 84% de encuestados, señalan que existen leyes que regulan esta práctica (alquiler de vientre), y el 16% de encuestados señalan que no existen ese tipo de leyes.

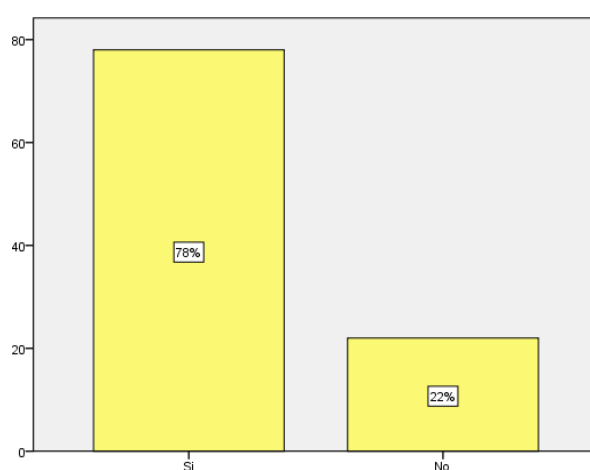
Tabla 16.

Los contratos que legalicen esta práctica evitarían controversias durante y después del embarazo.

	Frecuencia	Porcentaje	
Válidos	Si	39	78,0
	No	11	22,0
	Total	50	100,0

Figura 9.

Los contratos que legalicen esta práctica evitarían controversias durante y después del embarazo.



A la pregunta: ¿Estaría de acuerdo a la celebración de un contrato que legalice esta práctica para evitar controversias durante y después del embarazo?, en la tabla 16 y figura 9 se observa que el 78% de encuestados están de acuerdo a favor de la celebración de un contrato que legalice esta práctica para evitar controversias durante y después del embarazo, mientras que un 22% no están de acuerdo con la legalización de este contrato.

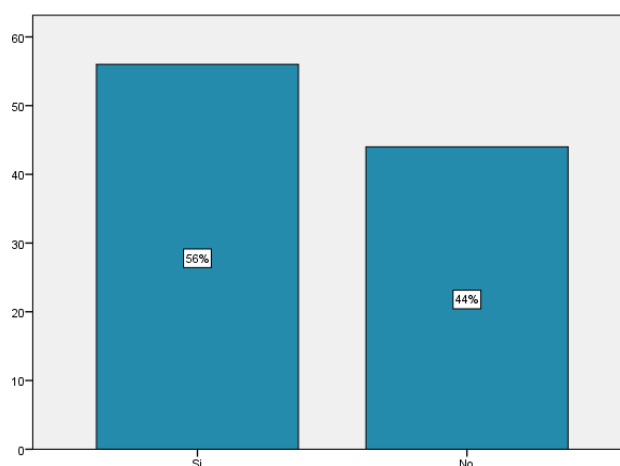
Tabla 17.

La legalización de maternidad subrogada evitaría controversias durante y después del embarazo.

		Frecuencia	Porcentaje
Válidos	Si	28	56,0
	No	22	44,0
	Total	50	100,0

Figura 10.

La legalización de maternidad subrogada evitaría controversias durante y después del embarazo.



A la pregunta: ¿Debe aplicarse una ley que ayude a no considerar la maternidad subrogada como un contrato, pero que ayude a la legalización de esta práctica para evitar controversias durante y después del embarazo?, en la tabla 17 y figura 10 se observa que el 56% de encuestados están a favor aplicarse una ley para la legalización de esta práctica que permita evitar controversias durante y después del embarazo, mientras que un 44% no están de acuerdo con la aplicación de la referida ley.

4.2. Descripción de los resultados de la variable patria potestad

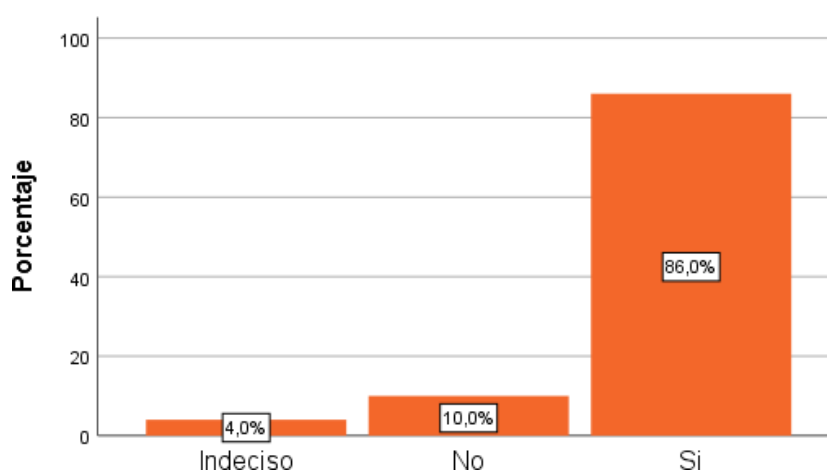
Tabla 18.

¿Cómo se define la patria potestad?

		Frecuencia	Porcentaje
Válidos	Indeciso	2	4,0
	No	5	10,0
	Sí	43	86,0
	Total	50	100,0

Figura 11.

Distribución porcentual de la patria potestad como derecho de familia



A la pregunta: ¿Cree usted que el derecho de familia: la patria potestad se define: ¿Como el conjunto de derechos y obligaciones que las Leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos en la persona y en los bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad?, en la tabla 18 y figura 11 el 86% de encuestados sostienen que la patria potestad se define como un derecho, 10% cree que no. Por otro lado, 4% opinaron desconocer el asunto.

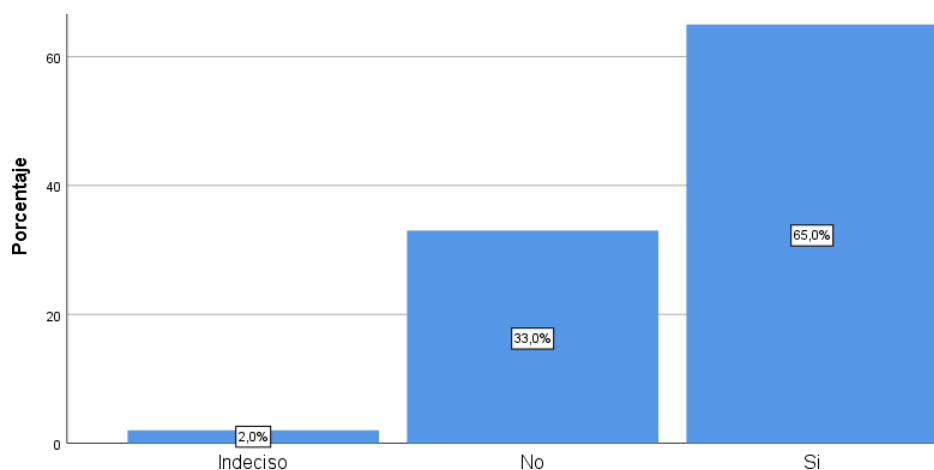
Tabla 19.

Patria potestad y el avance de la ciencia y la tecnología respecto de tratamientos de fertilidad.

		Frecuencia	Porcentaje
Válidos	Indeciso	1	2,0
	No	16.5	33,0
	Sí	32.5	65,0
	Total	50	100,0

Figura 12.

Distribución porcentual en materia de patria potestad con respecto a la tecnología



A la pregunta: ¿Cree usted que el sistema jurídico actual en materia de patria potestad no se encuentra de acuerdo con el avance de la ciencia y la tecnología sobre todo en tratamientos de fertilidad?, en la tabla 19 y figura 12 el 65% de encuestados sostienen que la patria potestad no se encuentra con el avance de la tecnología, 33% cree que no. Por otro lado, 2% opinaron desconocer el asunto.

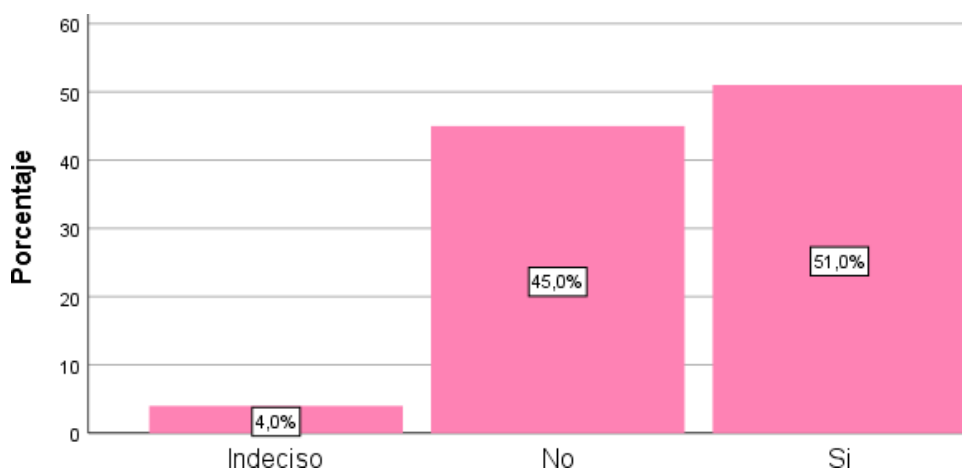
Tabla 20.

Medidas en materia de patria potestad para normar la patria potestad en el Perú.

		Frecuencia	Porcentaje
Válidos	Indeciso	2	4,0
	No	22.5	45,0
	Sí	25.5	51,0
	Total	50	100,0

Figura 13.

Distribución porcentual de medidas para normar la patria potestad en el Perú.



A la pregunta: ¿Deben tomarse medidas a corto, mediano y largo plazo en materia de patria potestad a fin de mejorar el tratamiento normativo de la patria potestad en el Perú?, en la tabla 20 y figura 13, el 51% de encuestados sostienen que si se debería tomar medidas a corto, mediano y largo plazo para mejorar el tratamiento normativo de la patria potestad, 45% cree que no. Por otro lado, 4% opinaron desconocer el asunto.

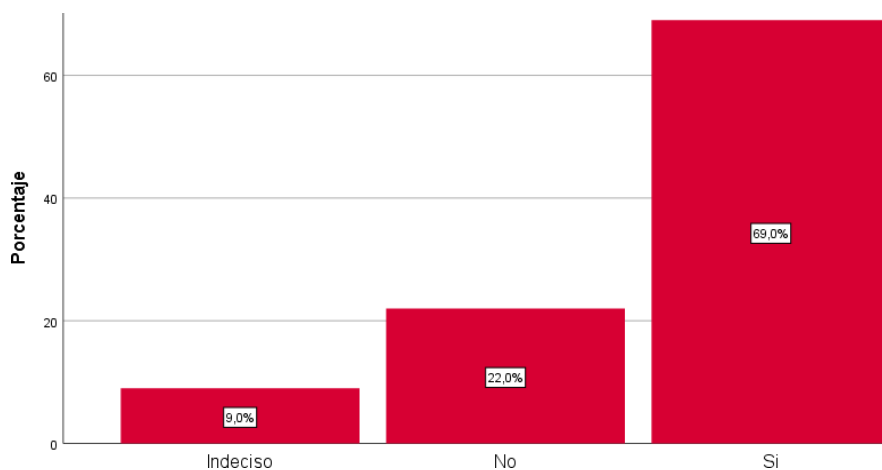
Tabla 21.

Definición del interés superior del menor.

		Frecuencia	Porcentaje
Válidos	Indeciso	4.5	9,0
	No	11	22,0
	Sí	34.5	69,0
	Total	50	100,0

Figura 14.

Distribución porcentual de definición del interés superior del menor.



A la pregunta: Según su experiencia y conocimiento en asuntos de derecho de familia, ¿el interés superior del menor se define como aquel principio en el que todas las decisiones o medidas concernientes a menores adoptadas por instituciones públicas o privadas deben de priorizar las que más benefician al menor?, en la tabla 21 y figura 14, el 69% de encuestados reconoce que tienen conocimiento en asuntos de Derecho de Familia y el Interés Superior del Menor, 22% cree que no. Por otro lado, 9% opinaron desconocer el asunto.

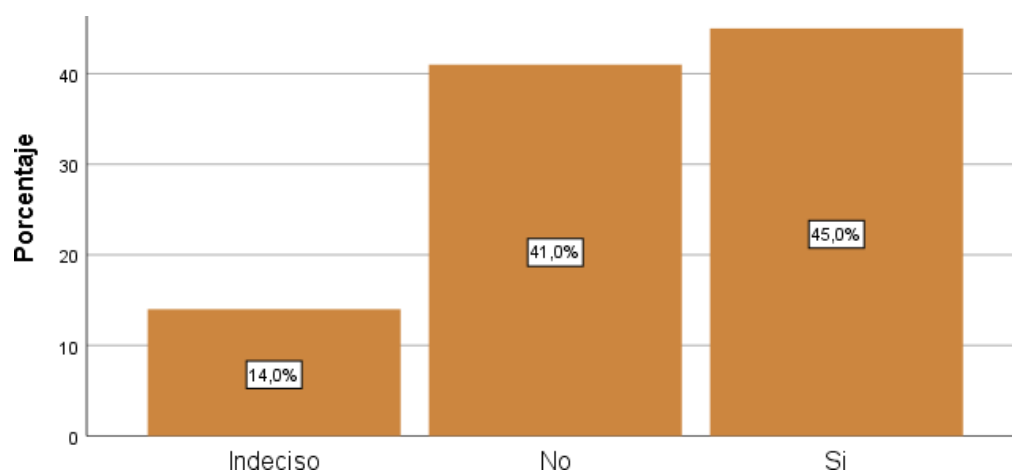
Tabla 22.

Aplicación del principio de interés superior del menor sobre asuntos de patria potestad.

		Frecuencia	Porcentaje
Válidos	Indeciso	7	14,0
	No	20.5	41,0
	Sí	22.5	45,0
	Total	50	100,0

Figura 15.

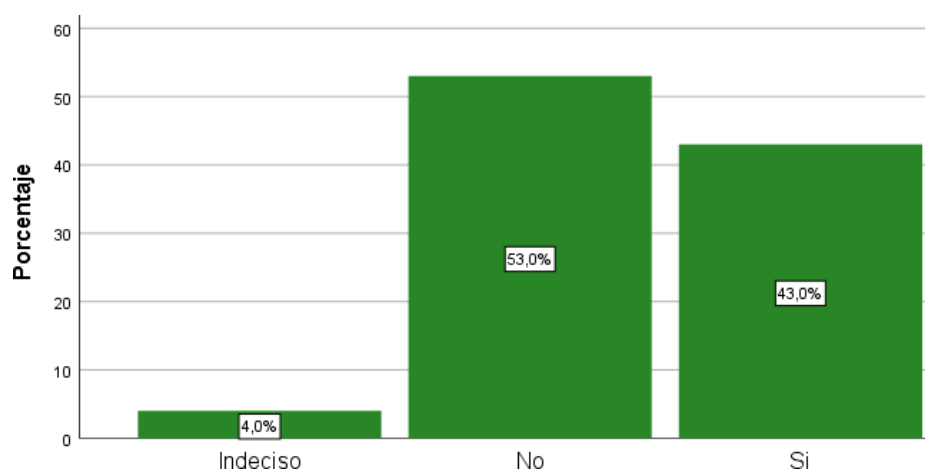
Distribución porcentual de aplicación de interés superior del sobre asuntos de patria potestad.



A la pregunta: ¿El principio de interés superior del menor debe aplicarse en todas las resoluciones judiciales que versen sobre asuntos de patria potestad?, en la tabla 22 y figura 15, el 45% de encuestados sostienen que interés superior del menor debe aplicarse en todas las resoluciones judiciales que versen sobre asuntos de patria potestad, 41% cree que no. Por otro lado, 14% opinaron desconocer el asunto.

Tabla 23.*Definición del derecho a la identidad.*

		Frecuencia	Porcentaje
Válidos	Indeciso	2	4,0
	No	26.5	53,0
	Sí	21.5	43,0
	Total	50	100,0

Figura 16.*Distribución porcentual por conocimiento al derecho a la identidad.*

A la pregunta: Usted tiene conocimiento que el derecho a la identidad se define como:

El derecho fundamental, por el cual todas las personas desde que nacen tienen derecho inalienable a contar con los atributos, datos biológicos y culturales que permiten su individualización como sujeto en la sociedad y a no ser privados de los mismos. ¿El derecho a la identidad abarca los derechos a tener un nombre, un apellido, una nacionalidad, a ser inscripto en un registro público, a conocer y ser cuidado por sus padres y a ser parte de una familia?, en la tabla 23 y figura 16, el 53% de encuestados sostienen que el derecho a la identidad abarca los derechos a tener un nombre, un apellido, una nacionalidad, a ser inscripto en un registro público, a conocer y ser cuidado por sus padres y ser parte de una familia, 43%

cree que no. Por otro lado, 4% opinaron desconocer el asunto.

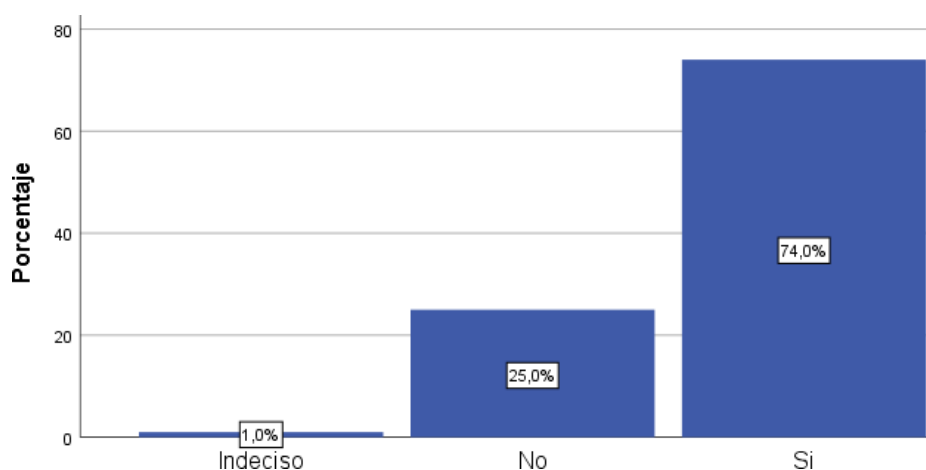
Tabla 24.

La prueba de ADN tiene supremacía de carácter probatorio en la filiación

		Frecuencia	Porcentaje
Válidos	Indeciso	1	1,0
	No	12.5	25,0
	Sí	37.4	74,0
	Total	50	100,0

Figura 17.

Distribución porcentual de la prueba de ADN tiene supremacía de carácter probatorio para filiación.



A la pregunta: ¿Considera usted que la prueba científica de ADN tiene supremacía de carácter probatorio para que se otorgue la filiación?, en la tabla 24 y figura 17, el 74% de encuestados sostienen que la prueba científica de ADN tiene supremacía de carácter probatorio para que se otorgue la filiación, 25% cree que no. Por otro lado, 1% opinaron desconocer el asunto.

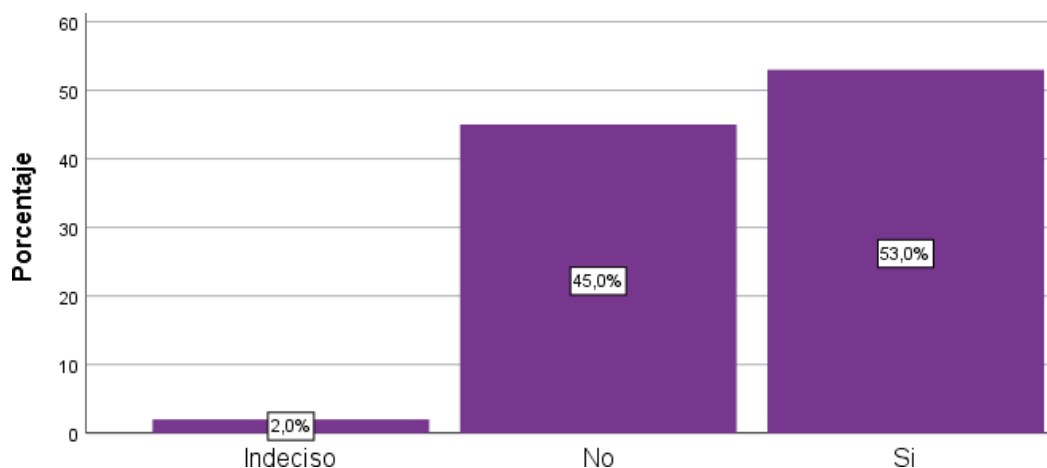
Tabla 25.

Filiación legal de un menor nacido por maternidad subrogada y el hecho del parto

		Frecuencia	Porcentaje
Válidos	Indeciso	1	2,0
	No	22.5	45,0
	Sí	26.5	53,0
	Total	50	100,0

Figura 18.

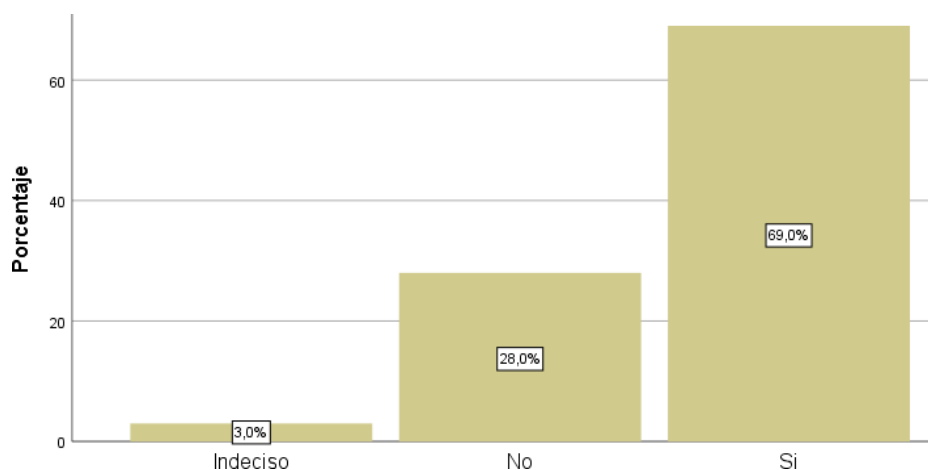
Distribución porcentual de la filiación legal de un menor nacido por maternidad subrogada y el hecho del parto.



A la pregunta: ¿Considera usted que la filiación legal de un menor nacido a partir de un contrato de maternidad subrogada está acreditada por el hecho del parto?, en la tabla 25 y figura 18, el 53% de encuestados sostienen que la filiación legal de un menor nacido a partir de un contrato de maternidad subrogada está acreditada por el hecho del parto, 45% cree que no. Por otro lado, 2% opinaron desconocer el asunto.

Tabla 26.*Definición de obligación alimentaria.*

		Frecuencia	Porcentaje
Válidos	Indeciso	1.5	3,0
	No	14	28,0
	Sí	34.5	69,0
	Total	50	100,0

Figura 19.*Distribución porcentual por niveles del conocimiento de la obligación alimentaria.*

A la pregunta: Considera usted que tiene conocimiento que, la obligación alimentaria se define como: “Aquella que la Ley impone a determinadas personas de suministrar a otras (cónyuges, parientes y afines próximos), los recursos necesarios para la vida, si estos últimos se encuentran en la indigencia y no cuentan con medios suficientes, en la tabla 26 y figura 19, el 69% de encuestados sostienen que la Obligación alimentaria como ley, impone a determinadas personas de suministrar a otras (cónyuges, parientes y afines próximos), los recursos necesarios para la vida, 28% cree que no. Por otro lado, 3% opinaron desconocer el asunto.

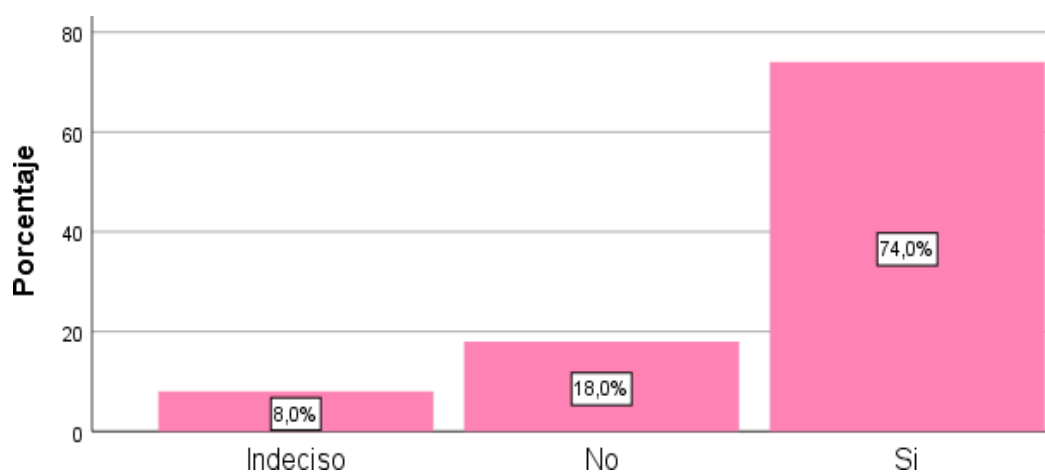
Tabla 27.

La obligación de prestación de alimentos en menores nacidos por maternidad subrogada.

		Frecuencia	Porcentaje
Válidos	Indeciso	4	8,0
	No	9	18,0
	Sí	37	74,0
	Total	50	100,0

Figura 20.

Distribución porcentual de obligación de prestación de alimentos en menores nacidos por maternidad subrogada.



A la pregunta: ¿Cree usted que la obligación de prestar alimentos debe otorgarse a los padres de intención, en los casos de menores nacidos bajo la técnica de maternidad subrogada?, en la tabla 27 y figura 20, el 74% de encuestados sostienen que la obligación de prestar alimentos debe otorgarse a los padres de intención, en los casos de menores nacidos bajo la técnica de madre subrogada, 18% cree que no. Por otro lado, 8% opinaron desconocer el asunto.

4.3. Descripción de los resultados de la entrevista a los médicos, especialistas en clónicas o centros de fertilidad

Del mismo modo, en el presente capítulo se presentan las declaraciones de cuatro

médicos especialistas y directores de Centros de Fertilidad, las cuales han sido expresadas en entrevistas individuales. En adelante, a tales participantes se les denominará informantes, a quienes se les ha asignado un código, utilizando la letra “I” seguida de un número arábigo correlacional, independientemente del orden en que fueron entrevistados.

Las respuestas de los informantes a las 11 preguntas formuladas, constituyen la estructura narrativa de este capítulo. Para tal efecto, se han incluido las reacciones emocionales, resultados cognitivos, percepciones e ideas de los entrevistados sobre la fertilidad, técnicas de concepción, procedimientos médicos y requerimientos para aplicar la maternidad subrogada, así como sus apreciaciones respecto de normativas o legislación sobre este tipo de prácticas.

En principio, con la finalidad de conocer los resultados sobre las técnicas de reproducción asistida, se ha formulado la pregunta específica P1:

¿Generalmente, qué técnicas de reproducción asistida se aplican?, ante la cual, los informantes coincidieron sobre la existencia de dos técnicas, según se aprecia en la siguiente tabla.

Tabla 28.

Técnicas de reproducción asistida

Tipos	Descripción
De baja complejidad:	Inseminación intrauterina. Relación sexual consentida
De alta complejidad	Fecundación In Vitro (ovulo propio, ovulo donado, semen propio o semen donado)

Como se puede apreciar en la tabla 28, los informantes respondieron sobre las estadísticas de infertilidad o esterilidad en el país, a la pregunta específica P2: ¿Conoce las estadísticas de infertilidad o esterilidad en el país? ¿Qué porcentaje se debe a problemas atribuidos a la mujer y a su imposibilidad de gestar?

Tabla 29.

Estadísticas de infertilidad o esterilidad en el país

Informante	% Total de infertilidad o esterilidad	% por problemas atribuidos a la mujer	% por problemas atribuidos al hombre
I1	18 a 20	40	40
I2	20 a 30	60	40
I3	15	50	50
I4	10 a 20	50	50
$\bar{X}$	20	28	45

Destacaron las respuestas del informante I4: “10% de infertilidad, va creciendo hasta el 20% de la población”; mientras que el informante I3, quien precisó: “el 15% de parejas infértiles en etapa reproductiva, tienen algún problema de fertilidad”.

En la tabla 30 se aprecia la cantidad de pacientes con dificultades para concebir, sometido a las técnicas de reproducción asistida al año acorde a su estado civil, para lo cual se formuló la pregunta específica P3: ¿Tiene conocimiento cuántos pacientes con dificultades para concebir se someten a las técnicas de reproducción asistida al año? ¿Qué porcentaje son solteras y cuántas son casadas?

Tabla 30.

Cantidad aproximada de pacientes con dificultades para concebir, sometidas a técnicas de reproducción asistida al año, según su estado civil.

Informante	Cantidad aproximada de pacientes	% solteros	% Casados o convivientes
I1	4000	50	50
I2	1000	20	80
I3	6000	10	90
I4	3000	30	70
$\bar{X}$	3667	25	75

Por otro lado, se ha querido conocer las apreciaciones de los informantes sobre si la infertilidad es considerada una problemática de salud pública en el Perú; para lo cual se formuló la pregunta específica P4: ¿La infertilidad es considerada una problemática de salud pública en el Perú? De las respuestas, se obtuvo la expresada por I1: “Totalmente porque es dejado de lado por el Estado, existe una mala administración en los hospitales del Estado”; mientras que I2 sostuvo: “Actualmente no, pero sí debería ser considerado porque existe un gran porcentaje de personas con problemas de infertilidad”. Por su parte, I3 expuso: “Debería ser considerada, pero no está considerada como tal por el Estado. Los derechos sexuales y reproductivos deberían orientarse a apoyar a las parejas que deseen tener hijos, ya que los tratamientos de fertilidad son muy caros”. Finalmente, I4 señaló: “Sí, porque es un impedimento para que las parejas puedan tener hijos. El Estado y los seguros particulares no apoyan”.

Asimismo, los especialistas fueron consultados sobre los procedimientos para la maternidad subrogada, para lo cual se formuló la pregunta específica P5:

¿Tiene conocimiento qué procedimiento se sigue en los casos de maternidad subrogada? ¿Qué porcentaje cree usted que habría optado por esta modalidad?, ante la cual, los informantes señalaron no conocer un procedimiento establecido, pero de haberlo, se debería considerar los siguientes aspectos: Voluntad procreacional, buenas condiciones médicas, asesoría psicológica y legal, evaluaciones médicas permanentes, firma y legalización de consentimientos y autorizaciones por ambas partes. Respecto de la segunda pregunta, solo el informante I4 aseguró que el “1% del total de los pacientes habrían optado esta modalidad”.

Para conocer las principales causas para aplicar la técnica de maternidad subrogada, se formuló la pregunta específica P6: ¿Cuáles son las causas principales para que las personas que desean procrear se deberían someter a la técnica de maternidad subrogada?, cuyas respuestas pueden apreciarse en la siguiente Tabla.

Tabla 31.

Principales causas para aplicar la técnica de maternidad subrogada.

Informante	Principales causas para aplicar la técnica de maternidad subrogada
I1	Ausencia de útero Anomalías genéticas del útero
I2	Histerectomía (ausencia de útero) Síndrome de Mayer-Rokitansky-Küster-Hauser Casos de cáncer. Enfermedades preexistentes en la mujer que pongan en riesgo la vida de la madre y niño.
I3	Ausencia de útero Padecimiento de fibroma Cáncer Operaciones por fibromas o miomas.
I4	Edad. Ausencia de útero. Enfermedades de la madre que imposibiliten que salga embarazada.

Por otra parte, se consultó a los informantes respecto de sus conocimientos en materia de normas o reglamentos que rigen sobre el método de maternidad subrogada en el país, para lo cual se formuló la pregunta específica P7: ¿Tiene conocimiento si en el Perú existe alguna clase de normativa o reglamento que controle estos procedimientos, así como las actividades de las Clínicas o Centros Médicos que ofrecen estos servicios dentro del país? En ese contexto, el informante I1 señaló: “En el país las leyes no van acorde con la tecnología. Los congresistas no tienen conocimiento sobre el caso. Estamos 50 años atrás de la modernidad; sin embargo, en los Congresos Médicos internacionales se habla de maternidad subrogada”. Por su parte, el informante I2 propuso: “No existe una normativa o reglamento, cada clínica de fertilidad tiene su propio protocolo de atención”. Finalmente, el informante I3 indicó: “No hay un procedimiento, debería haber una legislación que la regule; sin embargo, no existe. No he aplicado este procedimiento”.

En la Tabla 32 se exponen las principales características y perfiles que las mujeres deberían cumplir para someterse a la técnica de maternidad subrogada, conforme a la pregunta

específica P8 planteada: En caso de madre subrogada, aquella que gesta al niño durante 9 meses ¿Qué características o perfil físico y psicológico debería cumplir la mujer que se encargaría de gestar al menor en la técnica de maternidad subrogada?

Tabla 32.

Principales características y perfiles para someterse a la técnica de maternidad subrogada.

Informante	Principales características y perfiles para aplicar la técnica de maternidad subrogada
I1	Perfil psicológico y genético. Pruebas de fertilidad. Pruebas de enfermedades (clamidia, SIDA) Pruebas toxicológicas La gestante debe ser consciente que debe entregarlo a la madre de intención.
I2	Asumir que se trata de un acto altruista y solidario. Preferentemente, debe ser un familiar o amistad muy cercana. Perfil psicológico satisfactorio. Perfil médico adecuado Edad recomendable entre 30 a 35 años. Tener mínimo un hijo vivo.
I3	Evaluación psicológica. Menores de 40 años. No haberse sometido a cirugía ginecológica previa.
I4	Gozar de buena salud física y psicológica.

En ese mismo contexto, se propuso la pregunta específica P9: Desde el punto de vista médico, en caso de crearse una Ley que regule estos procedimientos médicos, ¿Cuáles cree que serían los requisitos mínimos y condiciones que los intervinientes deberán cumplir?, ante las cuales destacan las respuestas del informante I1: “1. Psicológicamente deben estar preparados todos. 2.

Traer las condiciones mínimas para traer al bebe. 3. Tener buena salud. 4. Chequeos médicos para llevar al bebe sin inconvenientes”. Así como la respuesta del informante I2: “El tratamiento debe ser realizado siempre y cuando la paciente tenga una condición médica por la cual no pueda llevar el embarazo. La madre subrogada debe contar con una evaluación médica

favorable. Asesoría psicología y legal por ambas partes con sus parejas respectivamente”.

Del mismo modo, se formuló la pregunta específica P10: ¿Consideraría adecuado la creación de un contrato entre los subrogados, la subrogante y la clínica (profesional médico) y la opción de que este instrumento sea legalizado por la autoridad pública correspondiente para evitar controversias?, ante la cual destacan las respuestas del informante I1: “Es importante, porque si se da la adopción de un bebe, esta demora”. Finalmente, el informante I2 respondió: “Sí, debe existir un contrato de consentimiento entre ambas partes y deben ser con legalización de firmas”.

Para puntualizar con la parte legal sobre maternidad subrogada, se planteó la pregunta específica P11: ¿Cree usted adecuado que nuestro Código Civil abarque y reconozca la voluntad pro creacional o la intención como un elemento determinante para establecer el vínculo filial entre los padres y los hijos nacidos de estas técnicas y de maternidad subrogada, sobre todo en caso de donación de gametos?, ante la cual, los informantes coincidieron en sus respuestas, según se puede apreciar a continuación:

Informante I1: “Sí, se debe regular por especialistas en el tema”.

Informante I2: “Definitivamente sí; ya existe jurisprudencia sobre casos similares”.

Informante I3: “Sí debe de haber una legislación específica que regule y justifique el uso de la técnica del útero subrogado. Asimismo, debe reconocerse la voluntad procreacional de la mujer que desea ser madre”.

Informante I4: “Sí debería ser que se reconozca el derecho de la mujer que desea llevar a cabo el embarazo para que el niño lleve el apellido que le corresponde”.

4.4. Prueba de hipótesis general

H₀: No Existe relación entre la legalización de la maternidad subrogada y el ejercicio de la Patria Potestad en el Perú.

H₁: Existe relación entre la legalización de la maternidad subrogada y el ejercicio

de la Patria Potestad en el Perú.

Tabla 33.

Prueba de hipótesis general

	Maternidad subrogada	Patria potestad
Maternidad subroga (agrupado)	Coefficiente de correlación	1,000
	Sig. (bilateral)	,788**
	N	50
Patria potestad (agrupado)	Coefficiente de correlación	,788**
	Sig. (bilateral)	1,000
	N	50

**. La correlación es significativa al nivel 0,01 (bilateral).

Como el coeficiente de Rho Spearman es 0.788 y de acuerdo al baremo de estimación de la correlación de Spearman, existe una correlación positiva buena. Además, el nivel de significancia es menor que 0.05, esto indica que existe relación entre las variables, luego podemos concluir que, la legalización de la maternidad subrogada se relaciona significativamente con el ejercicio de la patria potestad en el Perú.

4.5. Prueba de hipótesis específica 1

Ho: No Existe relación entre las clases de maternidad subrogada y el ejercicio de la Patria Potestad en el Perú.

H₁: Existe relación entre las clases de maternidad subrogada y el ejercicio de la Patria Potestad en el Perú.

Tabla 34.*Prueba de hipótesis específica 1*

	Clase de maternidad subrogada	Patria potestad
Clase de maternidad subrogada	Coeficiente de correlación	1,000 ,283*
	Sig. (bilateral)	. ,046
	N	50 50
Patria potestad	Coeficiente de correlación	,283* 1,000
	Sig. (bilateral)	,046 .
	N	50 50

** . La correlación es significativa al nivel 0,01 (bilateral).

Como el coeficiente de Rho Spearman es 0.283 y de acuerdo al baremo de estimación de la correlación de Spearman, existe una correlación positiva baja. Además, el nivel de significancia es menor que 0.05, esto indica que existe relación entre la dimensión y la variable, luego podemos concluir que, las clases de maternidad subrogada se relaciona significativamente con el ejercicio de la patria potestad en el Perú.

4.6. Prueba de hipótesis específica 2

Ho: No Existe relación entre las modalidades de maternidad por sustitución y el ejercicio de la Patria Potestad.

H₁: Existe relación entre las modalidades de maternidad por sustitución y el ejercicio de la Patria Potestad.

Tabla 35.*Prueba de hipótesis específica 2*

	Modalidades de maternidad subrogada	Patria potestad
Modalidades de maternidad subrogada	Coeficiente de correlación	1,000 ,671**
	Sig. (bilateral)	. ,000
	N	50 50
Patria potestad	Coeficiente de correlación	,671** 1,000
	Sig. (bilateral)	,000 .
	N	50 50

** . La correlación es significativa al nivel 0,01 (bilateral).

Como el coeficiente de Rho Spearman es 0.671 y de acuerdo al baremo de estimación de la correlación de Spearman, existe una correlación positiva buena. Además, el nivel de significancia es menor que 0.05, esto indica que existe relación entre la dimensión y la variable, luego podemos concluir que, las modalidades de maternidad por sustitución se relacionan significativamente con el ejercicio de la patria potestad en el Perú.

4.7. Prueba de hipótesis específica 3

Ho: No existe relación entre la disociación de la maternidad y el ejercicio de la Patria Potestad.

H₁: existe relación entre la disociación de la maternidad y el ejercicio de la Patria Potestad.

Tabla 36.*Prueba de hipótesis específica 3*

	Disociación de la maternidad subrogada	Patria potestad
Disociación de la maternidad subrogada	Coeficiente de correlación	1,000 ,417**
	Sig. (bilateral)	. ,003
	N	50 50
Patria potestad	Coeficiente de correlación	,417** 1,000
	Sig. (bilateral)	,003 .
	N	50 50

** . La correlación es significativa al nivel 0,01 (bilateral).

Como el coeficiente de Rho Spearman es 0.417 y de acuerdo al baremo de estimación de la correlación de Spearman, existe una correlación positiva moderada. Además, el nivel de significancia es menor que 0.05, esto indica que existe relación entre la dimensión y la variable dependiente, luego podemos concluir que, la disociación de la maternidad se relaciona significativamente con el ejercicio de la patria potestad en el Perú.

V. Discusión de resultados

Para el presente estudio, se ha realizado un análisis estadístico de carácter descriptivo y correlacional entre la legalización de la maternidad subrogada y sus implicancias en el ejercicio de la patria potestad en el Perú. En primer lugar, el referido análisis se llevó a cabo con la intención de determinar el nivel de estimaciones predominantes respecto de cada una de las variables de estudio. En segundo lugar, se detectó el grado de asociación entre la legalización de la maternidad y el ejercicio de la patria potestad.

Respecto de la hipótesis general planteada, se halló una relación significativa entre la legalización de la maternidad subrogada y sus implicancias en el ejercicio de la patria potestad en el Perú, cuyo análisis se encontró un coeficiente de Rho Spearman es 0.788. De acuerdo con el baremo de estimación de la correlación de Spearman, existe una correlación positiva buena. Además, el nivel de significancia es menor que 0.05; lo cual indica que existe relación entre las variables. Por lo tanto, se puede concluir que, la legalización de la maternidad subrogada, se relaciona significativamente con el ejercicio de la patria potestad en el Perú.

En esa línea, tanto en los antecedentes internacionales como Orbea (2012) en su investigación a nivel internacional de posgrado, elaborada en la Universidad Pontificia del Ecuador, titulada “Derechos contenidos en la Maternidad Subrogada Gestacional”, y Laguna (2011) en su Tesis titulada: “Regulación y perfeccionamiento Procedimental del Código Civil del Estado de México acerca de la Maternidad Subrogada” del Centro Universitario Oriente de México, exponen los derechos que intervienen en la maternidad subrogada gestacional como en el derecho a la libre elección, derecho a la procreación, a la libre elección, derecho a la intimidad, entre otros. En ambos trabajos, se trata los elementos esenciales del contrato de subrogación, para lo cual se realiza un análisis doctrinario analógico y comparativo identificando situaciones conflictivas que nacen de los convenios de maternidad subrogada gestacional. Si bien se compara una tesis mixta con una cualitativa, ambas concluyen que la

regulación legal debería tener como objeto y principios el respeto a la dignidad, la integridad física y psíquica de quienes accedan a la maternidad subrogada.

Los estudios señalados guardan relación con el presente estudio al sustentar que la maternidad subrogada no está normada legalmente tanto en Perú como en Ecuador, y lo que se busca es promulgar una ley constitucional que respalde a la dignidad humana y al interés superior del niño o niña como ejes fundamentales para esta normativa, dada la trascendencia e implicaciones de los conflictos generados por las relaciones contractuales de subrogación.

Respecto de la hipótesis específica 1. Se halla una relación significativa entre la las clases de maternidad subrogada y el ejercicio de la Patria Potestad en el Perú, de cuyo análisis se encontró un coeficiente de Rho Spearman equivalente a 0.283. Entonces, acorde con el baremo de estimación de la correlación de Spearman, existe una correlación positiva baja. Además, el nivel de significancia es menor que 0.05, lo cual indica que existe relación entre la dimensión y la variable, llegando a establecer que las clases de maternidad subrogada se relaciona significativamente con el ejercicio de la patria potestad en el Perú.

En esa línea, con el antecedente nacional de Pérez (2015), en su tesis “Presupuestos éticos y jurídicos mínimos que se deben tener en cuenta ante una inminente regulación de técnicas de reproducción asistida en el Perú”, para optar el título de Magíster en derecho de familia y de la persona, por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, precisó que el ordenamiento jurídico peruano posee una protección plena para el concebido reconociéndole derechos en todo cuanto le sea favorable y ello incluye el derecho a la vida regulado en la CPP art. 2 inciso 1, en el CC art. 1 y el CNA art. I y II del Título preliminar, por lo que con el uso de las técnicas de reproducción asistida humana, se pondría en riesgo la integridad, salud y vida de la persona; además de la manipulación, selección de embriones para lograr el resultado deseado. Entonces, se puede deducir que las clases de maternidad subrogada (total o parcial) se siguen aplicando debido a la existente necesidad de concebir, así como la cantidad de

mujeres quienes desean este rol, generando conflictos legales, emocionales y sentimentales con relación con los actores implicados.

Respecto de la hipótesis específica 2. Se halla una relación significativa entre las modalidades de maternidad por sustitución y el ejercicio de la Patria Potestad en el Perú, en cuyo análisis se encontró un coeficiente de Rho Spearman equivalente a 0.671. Entonces, de acuerdo con el baremo de estimación de la correlación de Spearman, existe una correlación positiva buena. Además, el nivel de significancia es menor que 0.05, lo cual indica que existe relación entre la dimensión y la variable, determinando que, las modalidades de maternidad por sustitución se relacionan significativamente con el ejercicio de la patria potestad en el Perú.

En esa materia, los antecedentes nacionales como Hananel y Manayalle (2013) en su tesis “La necesidad de regulación de la ovodonación en la legislación peruana” para optar el título de Abogado por la Universidad de Sipán, señalaron que en la actualidad muchas parejas se encuentran biológicamente imposibilitadas de procrear debido a problemas de infertilidad. Las cuestiones en torno a la infertilidad son variadas y complejas, se estima que afecta entre el 16 % y 20 % de las parejas; es decir, alrededor de noventa y cuatro millones de personas en el mundo, cuyas conclusiones son similares comparados con los resultados derivados de la hipótesis específica 2 de esta investigación; detectando que de la entrevista realizada, se pudo determinar la existencia de dos tipos de técnicas asistida: de baja complejidad como la inseminación intrauterina, relación sexual consentida y el otro tipo es de alta complejidad como fecundación in vitro (óvulo propio, óvulo donado, semen propio o semen donado). Los informantes señalaron que la infertilidad es considerada una problemática de salud pública en el Perú, principalmente por no tener respaldo del Estado y/o Ministerio de Salud.

Respecto a la hipótesis específica 3. Se halla una relación significativa entre la disociación de la maternidad y el ejercicio de la Patria Potestad en el Perú, en cuyo análisis se encontró un coeficiente de Rho Spearman equivalente 0.417. Por lo tanto, acorde con el baremo

de estimación de la correlación de Spearman, existe una correlación positiva moderada. Además, el nivel de significancia es menor que 0.05, lo cual indica que existe relación entre la dimensión y la variable, estableciendo que, la disociación de la maternidad se relaciona significativamente con el ejercicio de la patria potestad en el Perú.

En ese contexto, el antecedente internacional de Gamboa (2010), en México DF, en cuya tesis titulada “Maternidad Subrogada: Estudio Teórico Conceptual y de Derecho Comparado”, realizó un estudio de investigación respecto a la Maternidad Subrogada, detallando una serie de opiniones y argumentaciones especializadas sobre el tema, las cuales permiten tener una visión más completa de esta problemática social, médica y jurídica, con el propósito de evaluar que es mejor, prohibirla totalmente o regularla y ayudar así a las partes interesadas a tener mayor certeza jurídica, encontrando similitud con algunos aspectos de este estudio, en cuya información provenientes de la entrevista no estructurada, los informantes señalaron desconocer los procedimientos de maternidad subrogada y que, de haberlos, se debería considerar los siguientes aspectos: voluntad pro creacional, buenas condiciones médicas, asesoría psicológica y legal, evaluaciones médicas permanentes, firma y legalización de consentimientos y autorizaciones por ambas partes. Además, se pudo determinar las principales causas de esterilidad en las mujeres: Histerectomía (ausencia de útero), Síndrome de Mayer-Rokitansky-Küster-Hauser, algunos casos de cáncer. Cabe mencionar que los entrevistados coinciden en que se debe contar con una legislación específica, cuyos actores sean especialistas del tema y a la vez regule y justifique el uso de la técnica del útero subrogado; debiendo reconocerse la voluntad pro creacional de la mujer que desea ser madre.

Consecuentemente, el aporte de esta investigación está orientado al enfoque de diagnóstico, el cual permitirá establecer que antes de practicar la maternidad subrogada, se deberá contemplar el tratamiento debido, siempre que la paciente tenga una condición médica prescrita en la cual se señale que no puede llevar el embarazo. La madre subrogada debe contar

con una evaluación médica favorable, debiendo existir asesoría psicológica y legal para ambas partes con sus parejas, respectivamente, así como los actores involucrados. Cabe mencionar que existen vacíos de ley, que las emociones, sentimientos en los actores implicados muchas veces no son satisfechos, y no hay norma jurídica que pueden ampararlos, ni mucho menos costo estimado y el impacto que demanda este tipo de prácticas.

VI. Conclusiones

- Con relación al objetivo general, se ha comprobado que: la legalización de la maternidad subrogada influye significativamente en el ejercicio de la Patria Potestad en el Perú. (Rho=0,788, y sig.=0,000).
- Segunda: En relación al objetivo específico 1, se ha comprobado las clases de maternidad subrogada influye significativamente en el ejercicio de la Patria Potestad en el Perú (Rho=0,283 y sig.=0,046).
- Por otro lado, los resultados obtenidos de la encuesta con respecto al objetivo mencionado líneas arriba podemos mencionar que los informantes señalaron que existen dos tipos de técnicas asistida; de baja complejidad como la inseminación intrauterina, relación sexual consentida y el otro tipo es de alta complejidad como fecundación in vitro (óvulo propio, óvulo donado, semen propio o semen donado). Asimismo, cabe mencionar que los informantes señalaron que la infertilidad es considerada una problemática de salud pública en el Perú, principalmente por no tener respaldo del Estado y/o Ministerio de Salud.
- Con relación al objetivo específico 2, se ha comprobado que las modalidades de maternidad por sustitución influyen significativamente en el ejercicio de la Patria Potestad en el Perú (Rho=0,671 y sig.=0,000).
- Por otro lado, los resultados obtenidos de la encuesta con respecto al objetivo mencionado líneas arriba podemos mencionar que los informantes señalaron que, en el Perú existe un 20% de infertilidad y un 50% es atribuido a problemas de la mujer. Asimismo, señalaron que existe un promedio de 3667 pacientes con dificultades para concebir, sometidas a técnicas de reproducción asistida al año, de los cuales un 25% son solteros y un 75% son casados o convivientes.
- Con relación al objetivo específico 3, se ha comprobado que la disociación de la maternidad influye significativamente en el ejercicio de la Patria Potestad en el Perú

($Rho=0,417$ y $sig.=0,003$).

- Por otro lado, los resultados obtenidos de la encuesta con respecto al objetivo referido, señalaron los informantes que no conocen un procedimiento de maternidad subrogada, y si lo hubiera tal procedimiento coincidirían en que deberían considerar los siguientes aspectos como voluntad pro creacional, buenas condiciones médicas, asesoría psicológica y legal, evaluaciones médicas permanentes, firma y legalización de consentimientos y autorizaciones por ambas partes, además señalaron que entre las principales causas que son sometidas las pacientes son las Histerectomía (ausencia de útero), Síndrome de Mayer-Rokitansky- Küster-Hauser, algunos casos de cáncer. Es preciso mencionar que los entrevistados coinciden en que debe tener una legislación específica, cuyos actores sean especialistas del tema y a la vez regule y justifique el uso de la técnica del útero subrogado. Asimismo, debe reconocerse la voluntad pro creacional de la mujer que desea ser madre.

VII. Recomendaciones

- Primera: Por la complejidad de estas técnicas necesitan las parejas que se sometan a este tipo de tratamientos, deberá seguir un asesoramiento legal y psicológico.
- Segunda: Que haya una autoridad de aplicación que lo regule, controle su cumplimiento, otorgue habilitaciones para el funcionamiento de establecimientos médicos especializados, llevar registros de médicos y sobre todo aplicar sanciones o infracciones ante incumplimientos, violaciones, etc.
- Tercera: Es fundamental que en nuestro país se fijen lineamientos claros sobre cuál es el status que debe darse al embrión, con miras a legitimar las investigaciones que sobre este se realice y otorgarle una adecuada protección.
- Cuarta: Promover el rol de los legisladores y crear leyes que vayan de la mano con el avance científico, para establecer límites y responsabilidades debido a que es necesario resguardar el orden jurídico-social y crear pautas para una convivencia armónica
- Quinta: Finalmente se debe considerar que, dentro de la Universidad Nacional Federico Villarreal, se profundice el estudio del Derecho Genético, y así llegar a incentivar a los alumnos a crear propuestas innovadoras que van de acorde a los vacíos jurídicos dentro del derecho referido.

VIII. Referencias

- Abellán, F. y Sánchez-Caro, J. (2009). *Bioética y ley en reproducción humana asistida*. Editorial Comares.
- Aguilar, B. (2010). *La familia en el Código Civil peruano*. Ediciones legales.
- Aguilar, B. (2013). *Derecho de Familia*. Legales Ediciones.
- Anicama, C. (2003). *Derechos Sexuales y Reproductivos, Avances y Retrocesos*. Editorial de la Comisión Andina de Juristas.
- Araujo, A. (2009). La Maternidad subrogada por sustitución en la gestación: Problemas en la determinación de la filiación. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Trujillo*, 2(2), 215-233.
- Barassi, L. (1995). *Instituciones del Derecho Civil*. Editorial Bosch.
- Bautista, P. y Herrero, J. (2013). *Manual de Derecho de Familia*. Ediciones Jurídicas.
- Belluscio, C. (2011). *Manual de derecho de familia, Tomo II* (3 ed.). Depalma,
- Belluscio, C. (2014). *Manual de derecho de familia, Tomo II* (5 ed.). Astrea.
- Beloff, M. (2000). *Derecho, Infancia, Familia*. Gedisa.
- Beriain, I. (2008) ¿Existe un derecho a la identidad genética? *Arbor: Ciencia, Pensamiento y Cultura*, CLXXXIV, (730), 261–276. <https://goo.gl/BPXA7>
- Bermúdez, M. (2009). La regulación de la Reproducción Asistida en el Perú. *Revista RAE*, 1(10), pp. 83-94.
- Bernal, D. (2012). Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Maternidad Subrogada y Derecho de Familia. *Revista Republicana* (6), 15-30. <https://goo.gl/Js1MQ>
- Cabrera, V. (2013) La afectación del derecho de identidad de los nacidos bajo la ejecución del procedimiento de ovodonación por la inseguridad jurídica para la determinación de la filiación materna. *Alétheia, Revista de la Escuela de Postgrado de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón*, 15(1).

- Calveiro, P. (2005). *Política y/o violencia. Una aproximación a la guerrilla de los años 70*. Grupo Editorial Norma.
- Campos, E. (2008). El Vientre de Alquiler y la Clonación Humana en el Derecho Genético Peruano. *Revista Jurídica del Perú*, (89), 15-20.
- Carcaba, M. (1995). *Los Problemas Jurídicos Planteados por las Nuevas Técnicas de Procreación Humana*. Editorial Bosch.
- Cárdenas, C. (1998). Fecundación extracorpórea, protección jurídica del embrión y reforma del Código Civil de Perú. *Ius et Veritas. Pontificia Universidad Católica del Perú*, (17), 196-204.
- Casellas, N. (2007). Orígenes, Desarrollo y Problemas Actuales de la Bioética. Una Breve Introducción. *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*. 76(4), 1115-1118.
- Castañeda, J. (2012). *Código Civil, Tomo I (6 ed.)*. Talleres gráficos.
- Castillo, L. (2013). ¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales? Cuestiones Constitucionales, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (12), 110.
- Castro, O. (2014). *Paternidad responsable, derechos y deberes de padres e hijos. Igualdad de los hijos en la Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo, Tomo 1*. Gaceta Jurídica.
- Chanamé, R. (2009). *Comentarios a la Constitución (5 ed.)* Jurista Editores.
- Chirinos, E. (2012). *La Constitución: lectura y comentario*. Editorial Rodhas.
- Cieza, J. (2017). *Las técnicas de reproducción humana asistida. El impacto y la necesidad de una regulación en el Perú*. Pacífico.
- Cohen, B. (1984). Surrogate Mothers: Whose Baby Is It? *American Journal of Law & Medicine, Boston University School of Law*, 3(10). 243. <https://bit.ly/2IuLWZF>
- Cornejo, H. (1999). *Derecho Familiar Peruano*. Editorial Gaceta Jurídica.
- Cornejo, H. (2008). *Derecho Familiar Peruano, tomo II. Sociedad Paterno – filial. Amparo*

Familiar del Incapaz (5 ed.) Studium Ediciones.

Cornejo, H. (2009). *Derecho familiar peruano* (10 ed.) Gaceta Jurídica.

Cornejo, H. (2015). *Derecho Familiar Peruano, tomo II* (6 ed.) Studium Ediciones.

Corte Superior de Justicia de Lima-Primera Sala Especializada de Familia (2011). *Expediente N° 727-2011, 23 de noviembre*.

Cortés, C. y Quiroz, A. (2014). Derecho fundamental a los alimentos: En nombre del padre y por derecho del hijo. En: *Patria Potestad, Tenencia y Alimentos* (p. 172). Gaceta Jurídica.

Decreto Legislativo N° 295. Código Civil (24 de julio de 1984). Congreso de la República del Perú. <https://acortar.link/ct1ivs>

Decreto N° 84/015. Reglamentación de la ley 19.167 relativa a las técnicas de reproducción humana asistida. (27 de febrero de 2015). Normativa y Avisos legales del Uruguay. <https://acortar.link/NWyxvV>

Delgado, A. (2004). *La Maternidad Subrogada: un Derecho a la Reproducción Humana a la luz del Derecho Mexicano* [Tesis de maestría]. Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Díaz, O. (2010). *El derecho Constitucional de libertad religiosa del menor. Familia, escuela y tratamientos médicos*. Palestra Editores.

Diccionario de la lengua española (2015). *Términos jurídicos*. Espasa-Calpe S.A.

Discurso Preliminar (2004). *Código Civil Francés*. Traducción de S. de la Cana. Editorial Buenos Aires.

Espinoza, J. (2004). *Derecho de Personas*. Grijley.

Espinoza, J. (2012). *Derecho de las Personas. Concebido y Personas Naturales, Tomo I* (6 ed.) Grijley.

Expediente N° 03247-2008-PHC/TC- Cusco (14 de agosto de 2008). Tribunal Constitucional

- del Perú. <https://acortar.link/FVafXN>
- Fernández, L. (2017). *El Derecho de Familia en la legislación comparada*. UTHEA.
- Gallee, L. (1984). Surrogate Mother Contracts: A View of Recent Legislative Approaches. *Journal of Health Law, American Health Law Associations*, 6(24), pp. 175-176.
- Gallegos, Y. y Jara, R. (2012). *Manual de Derecho de Familia*. Jurista editores.
- Garay, A. (2009). *Custodia de los hijos cuando se dan fin al matrimonio, tenencia unilateral o tenencia compartida*. Grijley.
- González, C. (2013). *Alimentos: El derecho de alimentos desde la perspectiva de los derechos fundamentales*. Biblioteca Nacional del Perú.
- Guzmán, A. (2011). *Inseminación artificial y fecundación in vitro: un nuevo modo de filiación*. Universidad Veracruzana.
- Hernández, C. (2012). *Consecuencias jurídicas en torno a la fecundación asistida Biotecnología y futuro del hombre: la respuesta bioética*. Eudema, S.A.
- Hinostroza, A. (1995). *Manual de Derecho de Familia*. Editorial San Marcos.
- Hinostroza, A. (2017). *Derecho de Familia*. Fecat.
- Kemelmajer, A. Herrera, M. y Lloveras, N. (2014). *Tratado de Derecho de Familia. Tomo 2*, Rubinzal - Culzoni Editores
- Lalupú, L. (2013). *Las técnicas de fecundación artificial: Maternidad Subrogada y Dignidad Humana* (1 ed.) Editorial San Marcos.
- Ley 14/2006. Ley sobre técnicas de reproducción asistida. (26 de mayo de 2006). Agencia Estatal. Boletín Oficial del Estado. <https://acortar.link/UAbju>
- Ley 14/2006. Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (26 de mayo de 2006). Agencia Estatal. Boletín Oficial del Estado. <https://acortar.link/tWqlZv>
- Ley 26.529. Ley de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud (21 de noviembre de 2009). Senado y Cámara de Diputados de la Nación

Argentina. <https://acortar.link/5PVXFd>

Ley 26842. Ley General de Salud (15 de julio de 1997). Diario Oficial El Peruano. <https://acortar.link/uxbll8>

Ley 3089/2002. Ley de asistencia médica en la reproducción humana (19 de diciembre de 2002). Parlamento griego.

Ley 3305/2005. Ley de imposición de la reproducción médicamente asistida. Parlamento griego.

Ley 340. Código Civil de la Nación de Argentina (25 de setiembre de 1869). Ministerio de Justicia y Derecho Humanos. <https://acortar.link/Kbynu0>

Ley 35/1988. Ley sobre técnicas de reproducción asistida. (22 de noviembre de 1988). Agencia Estatal. Boletín Oficial del Estado. <https://acortar.link/ptJmpY>

Ley canadiense de reproducción humana asistida (2004). Canadá. Sitio web de leyes de justicia. <https://acortar.link/WaTHgW>.

Ley N° 19.167. Regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (29 de noviembre de 2013). Ministerio de Salud Pública. <https://acortar.link/W4shUI>

Ley N° 2004-800. Relativo a la bioética (6 de agosto de 2004). Journal Officiel de la République Française.

Ley N° 26.862. Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (5 de junio de 2013). Ministerio de Justicia y Derecho Humanos. <https://acortar.link/gvACKG>

Ley N° 26260. Texto Único Ordenado de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar (25 de junio de 1997). Congreso de la República. <https://acortar.link/TdSPoW>

Ley N° 30024. Ley de creación del Registro Nacional de Historias Clínicas Electrónicas (22 de mayo de 2013). Diario Oficial El Peruano. <https://acortar.link/qXw73i>

Ley N° 745/90. Ley alemana de protección del embrión (13 de diciembre de 1990).

<https://acortar.link/sQ6D2U>

Ley número 40/2004. Normas sobre técnicas de reproducción asistida (). Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana. <https://acortar.link/ueSbFr>

Mantovani, F. (1994). Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados. *Revista de derecho y genoma humano*, (1). p. 108.

Martínez, E. (2015). *Estudios sobre los aspectos jurídicos de la biotecnología reproductiva humana en el Perú*. Editorial San Marcos.

Mazeaud, J. (2009). *Lecciones de Derecho civil*. Jurídicas Europa América.

Medina, G. y Roveda, E. (2016). *Manual de Derecho de familia*. Abeledo Perrot.

Mesinas, F. (2010). *Jurisprudencia civil y procesal civil de carácter constitucional*. Gaceta Jurídica.

Miranda, M. (1998). *Derecho de Familia y Derecho Genético*. Editorial Ediciones Jurídicas.

Montes, V. (2008). El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana. La filiación a finales del siglo XX; problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. *II Congreso Mundial Vasco*, Madrid, España.

Morán, C. (2015). El concepto de filiación en la fecundación artificial. Ara Editores.

Moro, M. (2008). *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*. Bosch.

Mosquera, C. (1997). *Derecho y Genoma Humano* (1 ed.) San Marcos.

Mosquera, C. (2004). *Avances Genéticos y Dignidad Humana, Reflexiones Éticas y Jurídicas*. Editorial JEMAGRAF.

Muñoz, V. (2007). ¿Podemos dividir un niño entre dos o más madres de forma salomónica? *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 76(4), 1197-1225.

Parra, J. (2012). *Manual de Derecho Civil. Personas, Familia y derecho de menores* (4 ed.) Temis.

Peralta, J. (2012). *Derecho de Familia en el Código Civil*. Idemsa.

- Petit, E. (2010). *Tratado elemental de Derecho Romano*. Ed. Albatroz.
- Pinzón, I., Rueda, E., y Mejía, O. (2015). La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre. *Revista de derecho y genoma humano*, 43, 83-122. <https://acortar.link/806mIy>
- Plácido, A. (03 de noviembre de 2008). La Evidencia Biológica y la presunción de paternidad matrimonial: El reconocimiento extramatrimonial del hijo de mujer casada. *Blog de Alex Plácido, investigaciones y artículos jurídicos sobre derecho de familia, de niños y de adolescentes y de sucesiones*. <https://bit.ly/2Mt9X5H>
- Plácido, A. (2005). La familia en la Constitución Peruana. En W. Gutiérrez (Ed), *La constitución comentada, análisis artículo por artículo, obra colectiva escrita por 117 destacados juristas del Perú. Director: Walter Gutiérrez, Tomo I* (p. 122. Gaceta Jurídica
- Plácido, A. (2012). *Manual de Derecho de Familia* (2 ed.) Gaceta Jurídica.
- Ramos, C. (2006). El concebido en el derecho peruano del siglo XIX. En V. Guevara (Ed), *Instituciones del derecho civil peruano (visión histórica) Tomo I* (p. 449). Cultural Cuzco S.A.
- Regourd, S. (1981). Les droits de l'homme devant les manipulations de la vie et la mort. *Revue Droil Public et de la Science Politique en France et á l'étranger*. 420.
- Resolución CFM 2.320, (16 de abril de 2013). Normas éticas para el uso de las técnicas de reproducción asistida. Consejo Federal de Medicina.
- Rivero, A. (2012). La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial. La filiación a finales del siglo XX; problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. *II Congreso Mundial Vasco*. Madrid, España.
- Rodríguez, M. y Ponce, C. (2014). *Derecho Genético: Técnicas de Reproducción Humana*

- Asistida. Su trascendencia jurídica en el Perú* (1 ed.) Editorial San Marcos.
- Rossel, E. (2011). *Manual de Derecho de Familia* (5 ed.) Ed. Jurídica de Chile.
- Rubinzol, C. (2000). *Daños, Medio Ambiente, Salud, Familia, Derechos Humano*.
- Rubio, K. (2017). *Problemas jurídicos referentes al acceso de la mujer sola a las técnicas de reproducción humana asistida en el Perú* [Tesis de pregrado]. Universidad Nacional de Trujillo.
- Salvador, B. (2003). *Bioética y Derecho*. Nelly Miyersky, Rubinzal Culzoni Editores.
- Sambrizzi, E. (2016). *La filiación en el Código Civil y Comercial la procreación asistida*. La Ley.
- Siverino, P. (2010). ¿Quién llamó a la Cigüeña? *Revista Dialogo con la Jurisprudencia*, (141), 140-160.
- Taboada, L. (2011). La calificación de las técnicas de reproducción humana asistida como negocios jurídicos atípicos. En: *Ius et Praxis de la Universidad de Lima* (p. 186). Lima, Perú.
- Tomá, P. y Pons, J. (2016). *Manual de Derecho de Familia*. Lima, Perú: Ediciones Jurídicas.
- Torres, M. (2013). ¿Mi papá es un donante? El eufemismo del interés superior y la identidad de la menor derivada de las técnicas de reproducción humana asistida. *Revista Jurídica del Perú*, (152), 156-169. <https://acortar.link/kzO2AT>
- Valverde, R. (2001) *Derecho Genético: Reflexiones jurídicas planteadas por las técnicas de reproducción asistidas*. Gráfica Horizonte S.A.
- Valverde, R. (2011). *Derecho Genético: Reflexiones jurídicas planteadas por las Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Gráfica Horizonte.
- Varsi, E. (1996). *Derecho y Manipulación Genética*. Editorial de la Universidad de Lima.
- Varsi, E. (1999). *Filiación, Derecho y Genética*. Editorial Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima.

- Varsi, E. (2004). *Derecho genético* (4 ed.) Editora Jurídica Grijley.
- Varsi, E. (2004). *Divorcio, Filiación y Patria Potestad*. Editora Jurídica Grijley.
- Varsi, E. (2012). *Tratado de Derecho de Familia. Derecho familiar patrimonial, relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar, Tomo III*. Gaceta jurídica.
- Varsi, E. (2013). *Deberes y derechos que genera el ejercicio de la patria potestad”, en Código Civil Comentado, Tomo 3, Derecho de Familia (2 ed.)* Gaceta jurídica.
- Varsi, E. (2015). *Derecho Genético: Principios Generales*. Editora Normas Legales.
- Vila-Coro, M. (2015). *Introducción a la Biojurídica*. Universidad Complutense.
- Zannoni, E. (2008). *Derecho de Familia, Tomo II* (3 ed.) Ed. Astrea.
- Zavaleta, W. (2012). *Código Civil, Tomo I*. Rhodas.
- Zuñiga, R. (2010). La Procreación Asistida y sus implicancias en la determinación de la Filiación. *Revista CAER*. (8), 23-27.

IX. Anexos

Anexo A: Matriz de consistencia

Título: La legalización de la maternidad subrogada y sus implicancias en el ejercicio de la patria potestad en el Perú

PROBLEMA	OBJETIVO	HIPÓTESIS	VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	ÍTEMS	METODOLOGÍA
Problema General ¿De qué manera la legalización de la maternidad subrogada se relaciona con en el ejercicio de la patria potestad en el Perú? Problemas Específicos a.¿De qué manera las clases de maternidad subrogada se relaciona con en el ejercicio de la patria potestad en el Perú? b.¿De qué manera las modalidades de maternidad por sustitución se relacionan con en el ejercicio de la patria potestad en el Perú? c. ¿De qué manera la disociación de la maternidad se relaciona con en el ejercicio de la patria potestad en el Perú?	Objetivo General Determinar cómo la legalización de la maternidad subrogada se relaciona con el ejercicio de la Patria Potestad en el Perú. Objetivos Específicos a. Analizar cómo las clases de maternidad subrogada se relacionan con el ejercicio de la Patria Potestad en el Perú. b. Determinar cómo las modalidades de maternidad por sustitución se relacionan con el ejercicio de la Patria Potestad en el Perú. c. Analizar cómo la disociación de la maternidad se relaciona con el ejercicio de la Patria Potestad en el Perú.	Hipótesis General Existe relación entre la legalización de la maternidad subrogada y el ejercicio de la Patria Potestad en el Perú. Hipótesis Específicas a. Existe relación entre las clases de maternidad subrogada y el ejercicio de la Patria Potestad. b. Existe relación entre las modalidades de maternidad por sustitución y el ejercicio de la Patria Potestad. c. Existe relación entre la disociación de la maternidad y el ejercicio de la Patria Potestad.	X= Legalización de la maternidad subrogada Y= Patria potestad	X1 Clases de maternidad subrogada X2 Modalidades de maternidad subrogada X3 Disociación de la maternidad Y1 Sujetos de la patria potestad Y2 Supuestos de la patria potestad	• Función del objetivo • Función de la composición genética • Técnica • Riesgo • Maternidad plena • Maternidad genética • Maternidad gestativa • Maternidad legal • Padres • Hijos • Interés superior del menor • Derecho a la identidad • Filiación • Obligación alimentaria	1, 2, 3, 4 5, 6, 7, 8, 9, 10 11, 12, 13 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20	Tipo: Básica. Clase: Sustantiva. Nivel: Descriptivo – correlacional Diseño: transaccional, no experimental de corte transversal correlacional Población: 50 mujeres en edad adulta con problemas de fertilidad Muestra Censal: Técnica. – Encuesta Entrevista Instrumentos. Cuestionarios Estadísticas: SPSS V25. Análisis descriptivo: distribución de frecuencias, diagrama de Barras Análisis inferencial: Por ser variables cualitativas ordinales. Se aplicará la prueba estadística no paramétrica ρ (rho) de Spearman

Anexo B

Encuesta dirigida a mujeres en edad fértil con problemas reproductivo que desean tener hijos sobre el “conocimiento y aceptación de la maternidad subrogada

A continuación, se presenta un conjunto de preguntas que buscan recopilar el grado de conocimiento y aceptación de la práctica denominada comúnmente “Alquiler de vientre”. Para esto será necesario que lea detenidamente la pregunta antes de contestarla y marque con una sola X en el casillero que corresponda a su respuesta. La encuesta es anónima para garantizar la veracidad de la misma.

Edad: 18 a 30 años..... 31 a 40 años..... 41 a 45 años.....

Estado Civil: Soltera..... Casada..... Viuda..... Unión de Hecho.....

Nivel de Instrucción: Primaria..... Secundaria..... Estudios Superiores.....

- 1) ¿Ha escuchado alguna vez sobre la Maternidad Subrogada?
 - Si ()
 - No ()

- 2) ¿En qué consiste la Maternidad Subrogada o la práctica de los vientres de alquiler?
 - a) Una persona o pareja contrata a una mujer para que en su vientre gesté durante nueve meses a una criatura que posee los genes de la pareja y que entregará una vez haya nacido ()
 - b) Una mujer se embaraza de un hombre que desea ser padre a través de relaciones sexuales y cuando nace la criatura lo entrega la madre a cambio de una cantidad de dinero ()
 - c) Se Contratan a Mujeres para que bailen la danza del vientre ()

- 3) ¿Cuáles de las siguientes alternativas son modalidades de Maternidad Subrogada?
 - a) El embrión de una pareja es implantado en el útero de una mujer, la gestante, que está obligada a entregar el bebé cuando nazca a sus padres biológicos ()
 - b) La madre portadora también aporta su óvulo, que es fecundado con el semen del hombre de la pareja que quiere asumir la patria potestad ()
 - c) Que, además de la gestante y la pareja que tiene intención de asumir la patria potestad, intervenga otro hombre y/o mujer aportando su material genético ()
 - d) Que no se trate de una pareja, sino de un hombre o de una mujer que quieren asumir

la paternidad o maternidad en solitario ()

4.- ¿Cree usted que el someterse a la técnica de maternidad subrogada implica un alto riesgo para la salud de la gestante?

Si ()

No ()

5.- ¿Cuál de las siguientes alternativas no constituye una modalidad de la maternidad subrogada?

- a) Maternidad plena: es la que une la relación biológica (genética y gestativa), con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que implican la maternidad.
- b) Maternidad genética: es la de quien se convierte en donante de óvulos.
- c) Maternidad gestativa: cuando la mujer lleva adelante la gestación de un embrión a partir de un óvulo donado.
- d) Maternidad legal: la de quien asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad sin que existan entre ellos vínculos biológicos.
- e) Gestación Comercial: la mujer que lleva adelante la gestación recibe un pago o compensación económica.

6) ¿Cuáles son las causas por la que usted estaría de acuerdo que se realizara el alquiler de un vientre? Si es necesario, escoja más de una respuesta.

- a. Esterilidad/Infertilidad de uno de los miembros de la pareja ()
- b. Riesgos en la Vida de la Madre ()
- c. Imposibilidad de Adopción ()
- d. Evitar los cambios físicos y fisiológicos propios del Embarazo ()
- e. Edad Avanzada para procrear ()
- f. Todas las anteriores ()
- g) Otras.....

7) ¿Conoce si en el Perú existen leyes que regulen esta práctica?

Si ()

No ()

¿Cuáles?

8) ¿Se encontraría de acuerdo con la regularización jurídica de la Maternidad Subrogada o vientres de alquiler en el país?

- a. Totalmente de acuerdo ()
- b. Medianamente de acuerdo, deben existir determinados requisitos ()
- c. No estoy de acuerdo ()

9) En el caso hipotético de aceptar ser usted Madre Subrogante, es decir, gestar en su útero nuevos meses a una criatura con genes de otra pareja, ¿cuáles serían los motivos?

- a) Una Retribución económica o pago por los sacrificios realizados ()
- b) Lo haría a cambio de nada ()

10) ¿Estaría de acuerdo a la celebración de un Contrato que legalice esta práctica para evitar controversias durante y después el embarazo?

Si ()

No ()

Anexo C

Encuesta a realizar a especialistas jurídicos en la materia.

En qué medida está de acuerdo con las siguientes afirmaciones. Por favor marque sólo una alternativa:

1. Según su trayectoria en el área de Derecho de Familia: La Patria Potestad se define: “Como el conjunto de derechos y obligaciones que las Leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos en la persona y en los bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad”.

Totalmente en desacuerdo	()
En desacuerdo	()
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	().
De acuerdo	()

2. El Sistema Jurídico actual en materia de Patria Potestad se encuentra de acuerdo con el avance de la ciencia y la tecnología sobre todo en tratamientos de fertilidad.

Totalmente en desacuerdo	()
En desacuerdo	()
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	().
De acuerdo	()

3. Deben tomarse medidas a corto, mediano y largo plazo en materia de Patria Potestad a fin de mejorar el tratamiento normativo de la Patria Potestad en el Perú.

Totalmente en desacuerdo	()
En desacuerdo	()
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	().
De acuerdo	()

4. Según su experiencia y conocimiento en asuntos de Derecho de Familia, el Interés Superior del Menor se define como “Aquel Principio en el que todas las decisiones o medidas concernientes a menores adoptadas por instituciones públicas o privadas deben de priorizar las que más benefician al menor”.

Totalmente en desacuerdo	()
En desacuerdo	()
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	().
De acuerdo	()

5. El Principio de Interés Superior del Menor debe aplicarse en todas las Resoluciones

Judiciales que versen sobre asuntos de Patria Potestad.

Totalmente en desacuerdo ()

En desacuerdo ()

Ni de acuerdo ni en desacuerdo ().

De acuerdo ()

6. Según su experiencia y conocimiento, el Derecho a la Identidad se define como: “El derecho fundamental, por el cual todas las personas desde que nacen tienen derecho inalienable a contar con los atributos, datos biológicos y culturales que permiten su individualización como sujeto en la sociedad y a no ser privados de los mismos. El derecho a la identidad abarca los derechos a tener un nombre, un apellido, una nacionalidad, a ser inscripto en un registro público, a conocer y ser cuidado por sus padres y a ser parte de una familia”.

Totalmente en desacuerdo ()

En desacuerdo ()

Ni de acuerdo ni en desacuerdo ().

De acuerdo ()

7. La prueba científica de ADN tiene supremacía de carácter probatorio para que se otorgue la filiación:

Totalmente en desacuerdo ()

En desacuerdo ()

Ni de acuerdo ni en desacuerdo ().

De acuerdo ()

8. La filiación legal de un menor nacido a partir de un contrato de maternidad subrogada está acreditada por el hecho del parto:

Totalmente en desacuerdo ()

En desacuerdo ()

Ni de acuerdo ni en desacuerdo ().

De acuerdo ()

9. Según su experiencia y conocimiento, la obligación alimentaria se define como: “Aquella que la Ley impone a determinadas personas de suministrar a otras (cónyuges, parientes y afines próximos), los recursos necesarios para la vida, si estos últimos se encuentran en la indigencia y no cuentan con medios suficientes”.

Totalmente en desacuerdo ()

En desacuerdo ()
Ni de acuerdo ni en desacuerdo ().
De acuerdo ()

10. La obligación de prestar alimentos debe otorgarse a los padres de intención, en los casos de menores nacidos bajo la técnica de maternidad subrogada.

Totalmente en desacuerdo ()
En desacuerdo ()
Ni de acuerdo ni en desacuerdo ().
De acuerdo ()

.

Anexo D

Entrevista aplicada a los médicos especialistas y directores de los centros de fertilidad

1. ¿Generalmente qué técnicas de reproducción asistida se aplican?

Las de baja complejidad y de alta complejidad, las de baja complejidad como como la del monitoreo ambulatorio, la inseminación intrauterina y las de alta complejidad como la Fecundación In Vitro.

2. ¿Conoce las estadísticas de infertilidad o esterilidad en el país? ¿Qué porcentaje se debe a problemas atribuidos a la mujer y a su imposibilidad de gestar?

Hay S/.1,200,000 parejas infértiles, esto es un 18%o 20%, 40% mujer, 40% hombres y 20% mixto.

3. ¿Tiene conocimiento cuántos pacientes con dificultades para concebir se someten a las Técnicas de Reproducción Asistida al año? ¿Qué porcentaje son solteras y cuantas son casadas?

Alrededor de 4,000 pacientes al año se someten a las técnicas de reproducción asistida, 50% son solteras y 50% son casadas, 10 veces más de las pacientes de Fecundación In vitro.

4. ¿La infertilidad es considerada una problemática de salud pública en el Perú?

Totalmente porque es dejado de lado por el Estado, existe una mala administración en los hospitales del Estado tienen equipos, pero no saben utilizarlos.

5. ¿Tiene conocimiento qué procedimiento se sigue en los casos de maternidad subrogada?

¿Qué porcentaje cree usted que habría optado por esta modalidad?

No es muy frecuente, depende de cada caso, el mayor porcentaje es la ovodonación.

6. ¿Cuáles son las causas principales para que las personas que desean procrear se deberían someter a la técnica de maternidad subrogada?

Fecundación in vitro, depende de cada caso, puede haber donación de óvulos o no necesariamente, si los pacientes tienen óvulos fecundados y si no tiene el útero se busca un útero subrogado.

7. De todas las personas que buscan remediar sus problemas para procrear ¿Qué porcentaje cree usted que ha optado por esta modalidad? ¿Existen estadísticas?

Es probable que al mes el 1%. No está regulado por lo que no deben existir estadísticas.

8. ¿Tiene conocimiento si en el Perú existe alguna clase de normativa o reglamento que controle estos procedimientos, así como las actividades de las Clínicas o Centros Médicos que ofrecen estos servicios dentro del país?

En el país las leyes no van acorde con la tecnología, los congresistas no tienen conocimiento sobre el caso, estamos 50 años atrás de la modernidad, en los Congresos Médicos internacionales se habla de maternidad subrogada.

9. ¿Cuál cree usted son las causas principales para que las personas que desean procrear se sometan a la Técnica de Maternidad Subrogada?

La ausencia de útero generalmente sano, síndrome de Turner, ausencia de genitales. **Por tumores benignos o por pérdida de útero.** Anomalías genéticas

dentro del útero.

10. En caso de madre subrogada, aquella que gesta al niño durante 9 meses ¿Qué características o perfil físico y psicológico debería cumplir la mujer que se encargaría de gestar al menor en la técnica de maternidad subrogada?

Perfil psicológico y genético, es importante que pase por pruebas de fertilidad, de enfermedades como clamidia, SIDA y pruebas toxicológicas y la persona que geste al bebe debe ser consciente que debe entregarlo a la madre de intención.

- 11.- Desde el punto de vista médico, en caso de crearse una Ley que regule estos procedimientos médicos, ¿Cuáles cree que serían los requisitos mínimos y condiciones que los intervinientes deberán cumplir?

Psicológicamente deben estar preparados todos.

Traer las condiciones mínimas para traer al bebe.

Tener buena salud.

Chequeos médicos para llevar al bebe sin inconvenientes.

¿Consideraría adecuado la creación de un contrato entre los Subrogados, la Subrogante y la Clínica (Profesional Médico) y la opción de que este instrumento sea legalizado por la Autoridad Pública Correspondiente para evitar así controversias? **Es importante porque si se da la adopción de un bebe esta demora.**

- 13.- ¿Cree usted adecuado que nuestro Código Civil abarque y reconozca la voluntad procreacional o la intención como un elemento determinante para establecer el vínculo filial entre los padres y los hijos nacidos de estas técnicas y de maternidad subrogada, sobre todo en caso de donación de gametos?

Si se debe regular por especialistas en el tema.

Anexo D

Entrevista aplicada a los médicos especialistas y directores de los centros de fertilidad

¿Generalmente que técnicas de reproducción asistida se aplican?

Cuando nos referimos a técnicas de reproducción Asistida se consideran:

Procedimiento de Baja Complejidad: Inseminación Intrauterina

Procedimiento de Alta Complejidad: Fecundación in Vitro, que puede ser con ovulo propio, ovulo donado, semen propio o semen donado.

¿Conoce las estadísticas de infertilidad o esterilidad en el país? ¿qué porcentaje se de problemas atribuido a la mujer y a su imposibilidad de gestar?

Aproximadamente entre un 20 a 30% de las personas en el Perú se ven afectadas por problemas de infertilidad, de los cuales un 60% son atribuidos a la mujer y el otro 40% al varón. . Por lo tanto, el no poder concebir no solo es exclusivamente de la mujer sino más bien compartido, así que el camino a la solución debe ser recorrido en pareja.

¿Tiene conocimiento cuantos pacientes con dificultades para concebir se someten a las técnicas de reproducción asistida al año? ¿qué porcentaje son solteras y cuantas son casadas?

Cerca de un millón de personas tienen problema de infertilidad, de las cuales un 0.1% llegan a realizar tratamientos de reproducción asistida, en un mayor porcentaje procedimientos de baja complejidad. Dentro de las pacientes que realizan procedimiento un 80% serán casadas o convivientes, y en un menor porcentaje 20% mujeres solteras.

¿La infertilidad es considerada una problemática de salud pública en el Perú?

Actualmente no, pero sí debería ser considerado porque existe un gran porcentaje de personas con problemas de infertilidad.

¿Tiene conocimiento si se ha requerido someter a algún paciente a la técnica de maternidad subrogada?

Probablemente sí.

¿Qué protocolo o procedimiento se sigue en estos casos de maternidad subrogada?

Para realizar este tipo de procedimiento, lo principal es considerar la voluntad procreacional, entre otros se consideran:

La paciente debe tener una condición médica que justifique realizar la maternidad subrogada.

Asesoría psicológica y legal para ambas partes.

Apoyo de forma altruista y solidaria de la madre subrogada.

Evaluaciones medicas según sea el caso.

Firma y legalización de consentimientos y autorizaciones por ambas partes.

De todas las personas que buscan remediar sus problemas para procrear, ¿qué porcentaje cree usted que ha optado por esta modalidad? ¿existen estadísticas?

Las personas que por su condición de salud optan por esta modalidad es entre un 5 a 10%; estadísticas no hay debido a que continúa siendo un procedimiento con un vacío legal y existe una falta de información a la población.

¿Tiene conocimiento si en el Perú existe alguna clase de normativa o reglamento que controle estos procedimientos así como las actividades de las clínicas o centros médicos que ofrecen estos servicios dentro del país?

No existe una normativa o reglamento, cada clínica de fertilidad tiene su propio protocolo de atención.

¿Cuáles son las causas principales para que las personas que desean procrear se sometan a la técnica de maternidad subrogada?

Las causas principales son:

Histerectomía (ausencia de útero)

Síndrome de Mayer-Rokitansky-Küster-Hauser

Algunos casos de cáncer; donde las pacientes están tomando medicamentos teratogenicos para llevar un embarazo.

Enfermedades preexistentes en la mujer que el llevar un embarazo puede poner en riesgo la vida de la madre y niño.

En caso de la madre subrogada, aquella que gesta al niño durante los 9 meses ¿qué características o perfil físico y psicológico debería cubrir para someterse a estos procedimientos?

Las características para la madre subrogada deben ser:

Apoyo altruista y solidario, sin retribución económica

De preferencia debería ser un familiar o amistad muy cercana por el grado de confianza.

Perfil psicológico satisfactorio.

Perfil médico adecuado

Edad recomendable entre 30 a 35 años.

Tener mínimo un hijo vivo.

Desde el punto medico en caso de crearse una ley que regule estos procedimientos médicos. ¿cuáles cree usted serían los requisitos mínimos y condiciones que los intervinientes deberán cumplir?

El tratamiento debe ser realizado siempre y cuando la paciente tenga una condición médica por la cual no pueda llevar el embarazo.

La madre subrogada debe contar con una evaluación médica favorable.

Asesoría psicología y legal por ambas partes con sus parejas respectivamente.

¿Consideraría adecuado la creación de un contrato entre los subrogados, la subrogante y la clínica (profesional médico) y la opción de que este instrumento sea legalizado por autoridad pública correspondiente para evitar controversias?

Si debe existir un contrato y consentimientos para ambas partes y deben ser con legalización de firmas.

Nuestra actual ley civil reconoce como madre a la mujer que da a luz a la criatura y como padre a aquel que por presunción legal es esposo o pareja de la madre o a quien contribuye con sus genes, sin reconocer otras contemplaciones por lo que se encuentra desactualizada con estos nuevos métodos de procreación. ¿cree usted adecuado que nuestro código civil abarque y reconozca la voluntad procreacional o la intención como un elemento determinante para establecer el vínculo filial entre los padres y los hijos nacidos de estas técnicas y de maternidad subrogada, sobre todo en caso de donación de gametos?

Definitivamente sí; ya existe jurisprudencia sobre casos similares.

Anexo E

Entrevista aplicada a los médicos especialistas y directores de los centros de fertilidad

¿Generalmente qué técnicas de reproducción asistida se aplican?

Las de baja complejidad: Relación sexual consentida, inseminación intrauterina.

Las de Alta complejidad: Fecundación in vitro con variable ICSI.

¿Conoce las estadísticas de infertilidad o esterilidad en el país? ¿Qué porcentaje se debe a problemas atribuidos a la mujer y a su imposibilidad de gestar?

Parejas infértiles, 15% en etapa reproductiva tienen algún problema de fertilidad, alrededor de S/.1,000.000 o S/.1,200.000. 40% se debe a problemas atribuidos al hombre, 40% a problemas atribuidos a la mujer y 20% son mixtos.

¿Tiene conocimiento cuántos pacientes con dificultades para concebir se someten a las Técnicas de Reproducción Asistida al año? ¿Qué porcentaje son solteras y cuantas son casadas?

En el Perú son S/.6,000 casos al año, casadas o convivientes son el 90% y el 10% son solteras.

¿La infertilidad es considerada una problemática de salud pública en el Perú?

Debería ser considerada pero no está considerada como tal por el Estado, hay derechos sexuales y reproductivos, deberían orientarse a apoyar a las parejas que deseen tener hijos porque los tratamientos de fertilidad son muy caros.

¿Tiene conocimiento qué procedimiento se sigue en los casos de maternidad subrogada? ¿Qué porcentaje cree usted que habría optado por esta modalidad?

No hay un procedimiento, debería haber una legislación que la regule; sin embargo, no existe. No lo sé no tengo conocimiento nunca lo he aplicado.

¿Cuáles son las causas principales para que las personas que desean procrear se deberían someter a la técnica de maternidad subrogada?

La mujer que no tiene útero por padecer de fibroma o cáncer o porque el útero está muy dañado, ha tenido operaciones por fibromas o miomas.

¿Qué características o perfil físico y psicológico debería cumplir la mujer que se encargaría de gestar al menor en la técnica de maternidad subrogada?

Todas las mujeres en general que se someten a un tratamiento de fertilidad deben ser sometidas a una evaluación psicológica. Asimismo, deberían ser menores de 40 años y no haberse sometido a cirugía ginecológica previa.

¿Cree usted adecuado que nuestro Código Civil abarque y reconozca la voluntad procreacional o la intención como un elemento determinante para establecer el vínculo filial entre los padres y los hijos nacidos de estas técnicas y de maternidad subrogada, sobre todo en caso de donación de gametos?

Si debe de haber una legislación específica que regule y justifique el uso de la técnica del útero subrogado. Asimismo, debe reconocerse la voluntad procreacional de la mujer que desea ser madre.

Anexo F

Entrevista aplicada a los médicos especialistas y directores de los centros de fertilidad

¿Generalmente qué técnicas de reproducción asistida se aplican?

Las de Fecundación in vitro e inseminación intrauterina.

¿Conoce las estadísticas de infertilidad o esterilidad en el país? ¿Qué porcentaje se debe a problemas atribuidos a la mujer y a su imposibilidad de gestar?

10% de infertilidad, va creciendo hasta el 20% de la población, 50% son por problemas atribuidos a la mujer y 50% por problemas atribuidos al hombre.

¿Tiene conocimiento cuántos pacientes con dificultades para concebir se someten a las Técnicas de Reproducción Asistida al año? ¿Qué porcentaje son solteras y cuantas son casadas?

10% o 20%, un 70% son casadas y solteras son un 20% o 30%.

¿La infertilidad es considerada una problemática de salud pública en el Perú?

Si porque es un impedimento para que una pareja pueda tener hijos y el Estado y los seguros particulares no apoyan.

¿Tiene conocimiento qué procedimiento se sigue en los casos de maternidad subrogada? ¿Qué porcentaje cree usted que habría optado por esta modalidad?

Se interviene a la persona que va gestar el bebe. Alrededor del 1% habría optado por esta modalidad.

¿Cuáles son las causas principales para que las personas que desean procrear se deberían someter a la técnica de maternidad subrogada?

Edad, ausencia de útero, enfermedades de la madre que imposibiliten que salga embarazada.

¿Qué características o perfil físico y psicológico debería cumplir la mujer que se encargaría de gestar al menor en la técnica de maternidad subrogada?

Gozar de buena salud física y psicológica si va estar llevando el embarazo.

¿Cree usted adecuado que nuestro Código Civil abarque y reconozca la voluntad procreacional o la intención como un elemento determinante para establecer el vínculo filial entre los padres y los hijos nacidos de estas técnicas y de maternidad subrogada, sobre todo en caso de donación de gametos?

Si debería ser que se reconozca el derecho de la mujer que desea llevar a cabo el embarazo para que el niño lleve el apellido que le corresponde.

Anexo G

Certificado de validez de contenido del instrumento que mide la variable maternidad subrogada

N°	VARIABLE 1: MATERNIDAD SUBROGADA	PERTINENCIA1		RELEVANCIA2		CLARIDAD3		SUGERENCIA
	D1: DIMENSIÓN CLASES DE MATERNIDAD SUBROGADA	SÍ	NO	SÍ	NO	SÍ	NO	
1	¿Ha escuchado alguna vez sobre la Maternidad Subrogada?							
2	¿En qué consiste la Maternidad Subrogada o la práctica de los vientres de alquiler?							
D2: DIMENSIÓN MODALIDADES DE MATERNIDAD SUBROGADA								
3	¿Cuáles de las siguientes alternativas son modalidades de Maternidad Subrogada?							
4	¿Cree usted que el someterse a la técnica de maternidad subrogada implica un alto riesgo para la salud de la gestante?							
D3: DIMENSIÓN DISOCIACIÓN DE LA MATERNIDAD								
5	¿Cuál de las siguientes alternativas no constituye una modalidad de la maternidad subrogada?							
6	¿Cuáles son las causas por la que usted estaría de acuerdo que se realizara el alquiler de un vientre? Si es necesario, escoja más de una respuesta.							
7	¿Conoce si en el Perú existen leyes que regulen esta práctica?							
8	¿Se encontraría de acuerdo con la regularización jurídica de la Maternidad Subrogada o vientres de alquiler en el país?							
9	¿En el caso hipotético de aceptar ser usted Madre Subrogante, es decir, gestar en su útero nuevos meses a una criatura con genes de otra pareja, ¿cuáles serían los motivos?							
10	¿Estaría de acuerdo a la celebración de un Contrato que legalice esta práctica para evitar controversias durante y después el embarazo?							

Relevancia: El ítem corresponde al concepto teórico formulado.

Pertinencia: El ítem es apropiado para representar al componente o dimensión específica del constructo.

Claridad: Se entiende sin dificultad alguna el enunciado del ítem, es conciso, exacto y directo.

Nota: Suficiencia, se dice suficiencia cuando los ítems planteados son suficientes para medir la dimensión.

Observaciones (precisar si hay suficiencia):

Opinión de aplicabilidad:

Aplicable

Aplicable después de
corregir

No aplicable

☐
☐
☐

Lima, ___ de ___ de ____.

Apellidos y nombres del juez evaluador: _____ **Firma y sello**

Anexo H

Certificado de validez de contenido del instrumento que mide la variable patria potestad

N°	VARIABLE 2: PATRIA POTESTAD	PERTINENCIA		RELEVANCIA		CLARIDAD		SUGERENCIA
		A1	2	3	4	5	6	
	D1: DIMENSIÓN SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD	SÍ	NO	SÍ	NO	SÍ	NO	
1	En qué medida está de acuerdo con las siguientes afirmaciones. Por favor marque sólo una alternativa: Según su trayectoria en el área de Derecho de Familia: La Patria Potestad se define: “Como el conjunto de derechos y obligaciones que las Leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos en la persona y en los bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad”.							
12	En qué medida está de acuerdo con las siguientes afirmaciones. Por favor marque sólo una alternativa: El Sistema Jurídico actual en materia de Patria Potestad se encuentra de acuerdo con el avance de la ciencia y la tecnología sobre todo en tratamientos de fertilidad.							
13	En qué medida está de acuerdo con las siguientes afirmaciones: Deben tomarse medidas a corto, mediano y largo plazo en materia de Patria Potestad a fin de mejorar el tratamiento normativo de la Patria Potestad en el Perú.							
	D2: DIMENSIÓN SUPUESTOS DE LA PATRIA POTESTAD							
14	Según su experiencia y conocimiento en asuntos de Derecho de Familia, el Interés Superior del Menor se define como “Aquel Principio en el que todas las decisiones o medidas concernientes a menores adoptadas por instituciones públicas o privadas deben de priorizar las que más beneficien al menor”.							
15	El Principio de Interés Superior del Menor debe aplicarse en todas las Resoluciones Judiciales que versen sobre asuntos de Patria Potestad.							
16	Según su experiencia y conocimiento, el Derecho a la Identidad se define como: “El derecho fundamental, por el cual todas las personas desde que nacen tienen derecho inalienable a contar con los atributos, datos biológicos y culturales que permiten su individualización como sujeto en la sociedad y a no ser privados de los mismos. El derecho a la identidad abarca los derechos a tener un nombre, un apellido, una nacionalidad, a ser inscripto en un registro público, a conocer y ser cuidado por sus padres y a ser parte de una familia”.							
17	La prueba científica de ADN tiene supremacía de carácter probatorio para que se otorgue la filiación							
18	La filiación legal de un menor nacido a partir de un contrato de maternidad subrogada está acreditada por el hecho del parto:							
19	Según su experiencia y conocimiento, la obligación alimentaria se define como: “Aquella que la Ley impone a determinadas personas de suministrar a otras (cónyuges, parientes y afines próximos), los recursos necesarios para la vida, si estos últimos se encuentran en la indigencia y no cuentan con medios suficientes”.							
20	La obligación de prestar alimentos debe otorgarse a los padres de intención, en los casos de menores nacidos bajo la técnica de maternidad subrogada.							

Relevancia: El ítem corresponde al concepto teórico formulado.

Pertinencia: El ítem es apropiado para representar al componente o dimensión específica del constructo.

Claridad: Se entiende sin dificultad alguna el enunciado del ítem, es conciso, exacto y directo.

Nota: Suficiencia, se dice suficiencia cuando los ítems planteados son suficientes para medir la dimensión.

Observaciones (precisar si hay suficiencia):

Opinión de aplicabilidad:

Aplicable

Aplicable después de
corregir

No aplicable



Lima, __ de __ de __.

Apellidos y nombres del juez evaluador: _____ **Firma y sello**

Anexo H

CERTIFICADO DE VALIDEZ DE CONTENIDO DEL INSTRUMENTO QUE MIDE LA VARIABLE MATERNIDAD SUBROGADA

N°	VARIABLE 1: MATERNIDAD SUBROGADA D1: DIMENSIÓN CLASES DE MATERNIDAD SUBROGADA	PERTINENCIA ¹		RELEVANCIA ²		CLARIDAD ³		SUGERENCIA
		SÍ	NO	SÍ	NO	SÍ	NO	
1	¿Ha escuchado alguna vez sobre la Maternidad Subrogada?	X		X		X		
2	¿En qué consiste la Maternidad Subrogada o la práctica de los vientres de alquiler?	X		X		X		
D2: DIMENSIÓN MODALIDADES DE MATERNIDAD SUBROGADA								
3	¿Cuáles de las siguientes alternativas son modalidades de Maternidad Subrogada?	X		X		X		
4	¿Cree usted que el someterse a la técnica de maternidad subrogada implica un alto riesgo para la salud de la gestante?	X		X		X		
D3: DIMENSIÓN DISOCIACIÓN DE LA MATERNIDAD								
5	¿Cuál de las siguientes alternativas no constituye una modalidad de la maternidad subrogada?	X		X		X		
6	¿Cuáles son las causas por la que usted estaría de acuerdo que se realizara el alquiler de un vientre? Si es necesario, escoja más de una respuesta.	X		X		X		
7	¿Conoce si en el Perú existen leyes que regulen esta práctica?	X		X		X		
8	¿Se encontraría de acuerdo con la regularización jurídica de la Maternidad Subrogada o vientres de alquiler en el país?	X		X		X		
9	¿En el caso hipotético de aceptar ser usted Madre Subrogante, es decir, gestar en su útero nuevos meses a una criatura con genes de otra pareja, ¿cuáles serían los motivos?	X		X		X		
10	¿Estaría de acuerdo a la celebración de un Contrato que legalice esta práctica para evitar controversias durante y después el embarazo?	X		X		X		

(1) Relevancia: El ítem corresponde al concepto teórico formulado.

(2) Pertinencia: El ítem es apropiado para representar al componente o dimensión específica del constructo.

(3) Claridad: Se entiende sin dificultad alguna el enunciado del ítem, es conciso, exacto y directo.

Nota: Suficiencia: se dio suficiencia cuando los ítems planteados son suficientes para medir la dimensión.

Observaciones (precisar si hay suficiencia):

Si hay Suficiencia

Opinión de aplicabilidad:

Aplicable



Aplicable después de corregir



No aplicable



Lima, 31 de Julio de 2019

Apellidos y nombres del juez evaluador:

CASAS MIRANDA ROBERTO JUE HERNANDEZ

Especialidad del evaluador:

METODOLÓGICO



Anexo H-1

CERTIFICADO DE VALIDEZ DE CONTENIDO DEL INSTRUMENTO QUE MIDE LA VARIABLE PATRIA POTESTAD

Nº	VARIABLE 2: PATRIA POTESTAD	PERTINENCIA ²		RELEVANCIA ¹		CLARIDAD ³		SUGERENCIA
		SÍ	NO	SÍ	NO	SÍ	NO	
11	En qué medida está de acuerdo con las siguientes afirmaciones. Por favor marque sólo una alternativa: Según su trayectoria en el área de Derecho de Familia: La Patria Potestad se define: "Como el conjunto de derechos y obligaciones que las Leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos en la persona y en los bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad".	X		X		X		
12	En qué medida está de acuerdo con las siguientes afirmaciones. Por favor marque sólo una alternativa: El Sistema Jurídico actual en materia de Patria Potestad se encuentra de acuerdo con el avance de la ciencia y la tecnología sobretodo en tratamientos de fertilidad.	X		X		X		
13	En qué medida está de acuerdo con las siguientes afirmaciones: Deben tomarse medidas a corto, mediano y largo plazo en materia de Patria Potestad a fin de mejorar el tratamiento normativo de la Patria Potestad en el Perú.	X		X		X		
02: DIMENSIÓN SUPUESTOS DE LA PATRIA POTESTAD								
14	Según su experiencia y conocimiento en asuntos de Derecho de Familia, el Interés Superior del Menor se define como "Aquel Principio en el que todas las decisiones o medidas concernientes a menores adoptadas por instituciones públicas o privadas deben de priorizar las que más beneficien al menor".	X		X		X		
15	El Principio de Interés Superior del Menor debe aplicarse en todas las Resoluciones Judiciales que versen sobre asuntos de Patria Potestad.	X		X		X		
16	Según su experiencia y conocimiento, el Derecho a la Identidad se define como: "El derecho fundamental, por el cual todas las personas desde que nacen tienen derecho inalienable a contar con los atributos, datos biológicos y culturales que permiten su individualización como sujeto en la sociedad y a no ser privados de los mismos. El derecho a la identidad abarca los derechos a tener un nombre, un apellido, una nacionalidad, a ser inscripto en un registro público, a conocer y ser cuidado por sus padres y a ser parte de una familia".	X		X		X		
17	La prueba científica de ADN tiene supremacía de carácter probatorio para que se otorgue la filiación.	X		X		X		
18	La filiación legal de un menor nacido a partir de un contrato de maternidad subrogada está acreditada por el hecho del parto.	X		X		X		
19	Según su experiencia y conocimiento, la obligación alimentaria se define como: "Aquella que la Ley impone a determinadas personas de suministrar a otras (cónyuges, parientes y afines próximos), los recursos necesarios para la vida, si éstos últimos se encuentran en la indigencia y no cuentan con medios suficientes".	X		X		X		
20	La obligación de prestar alimentos debe otorgarse a los padres de intención, en los casos de menores nacidos bajo la técnica de maternidad subrogada.	X		X		X		

(1) Relevancia: El ítem corresponde al concepto teórico formulado.

(2) Pertinencia: El ítem es apropiado para representar al componente o dimensión específica del constructo.

(3) Claridad: Se entiende sin dificultad alguna el enunciado del ítem, es conciso, exacto y directo.

Nota: Suficiencia, se dice suficiencia cuando los ítems planteados son suficientes para medir la dimensión.

Observaciones (precisar si hay suficiencia):

Se hay suficiencia

Opinión de aplicabilidad:

Aplicable



Aplicable después de corregir



No aplicable



Lima, 31 de Julio de 2019

Apellidos y nombres del juez evaluador:

CASAS MIRANDA ROBERTO JOSE NANI

Especialidad del evaluador:

METODOLÓGICO




Firma y sello

Anexo H-2

CERTIFICADO DE VALIDEZ DE CONTENIDO DEL INSTRUMENTO QUE MIDE LA VARIABL MATERNIDAD SUBROGADA

Nº	VARIABLE 1: MATERNIDAD SUBROGADA	PERTINENCIA ¹		RELEVANCIA ¹		CLARIDAD ¹		SUGERENCIA
	D1: DIMENSIÓN CLASES DE MATERNIDAD SUBROGADA	SÍ	NO	SÍ	NO	SÍ	NO	
1	¿Ha escuchado alguna vez sobre la Maternidad Subrogada?	X		X		X		
2	¿En qué consiste la Maternidad Subrogada o la práctica de los vientres de alquiler?	X		X		X		
D2: DIMENSIÓN MODALIDADES DE MATERNIDAD SUBROGADA								
3	¿Cuáles de las siguientes alternativas son modalidades de Maternidad Subrogada?	X		X		X		
4	¿Cree usted que el someterse a la técnica de maternidad subrogada implica un alto riesgo para la salud de la gestante?	X		X		X		
D3: DIMENSIÓN DISOCIACIÓN DE LA MATERNIDAD								
5	¿Cuál de las siguientes alternativas no constituye una modalidad de la maternidad subrogada?	X		X		X		
6	¿Cuáles son las causas por la que usted estaría de acuerdo que se realizara el alquiler de un vientre? Si es necesario, escoja más de una respuesta.	X		X		X		
7	¿Conoce si en el Perú existen leyes que regulen esta práctica?	X		X		X		
8	¿Se encontraría de acuerdo con la regularización jurídica de la Maternidad Subrogada o vientres de alquiler en el país?	X		X		X		
9	¿En el caso hipotético de aceptar ser usted Madre Subrogante, es decir, gestar en su útero nuevos meses a una criatura con genes de otra pareja, ¿cuáles serían los motivos?	X		X		X		
10	¿Estaría de acuerdo a la celebración de un Contrato que legalice esta práctica para evitar controversias durante y después el embarazo?	X		X		X		

(1) Relevancia. El ítem corresponde al concepto teórico formulado

(2) *Peripencia*. El ítem es apropiado para representar al componente o dimensión específica del constructo.

(3) Claridad. Se entiende sin dificultad alguna el enunciado del ítem, es conciso, exacto y directo.

Nota: Suficiencia, se dice suficiencia cuando los ítems planteados son suficientes para medir la dimensión.

Observaciones (precisar si hay suficiencia):

SÍ HAY SUFICIENCIA

Opinión de aplicabilidad:

Applicable

☒

Aplicable después de
corregir

--	--

No applicable

--	--

Lima, 31 de Julio de 2019.

Apellidos y nombres del juez evaluador:

ANCAJINA DE LOS SANTOS GERALDINE

Especialidad del evaluador:

OBSTETRIC

 PERU
Consulate General
Lima
[Signature]
OCT 1998

Anexo H-3

CERTIFICADO DE VALIDEZ DE CONTENIDO DEL INSTRUMENTO QUE MIDE LA VARIABLE PATRIA POTESTAD

Nº	VARIABLE 2: PATRIA POTESTAD	PERTINENCIA ¹		RELEVANCIA ²		CLARIDAD ³		SUGERENCIA
	D1: DIMENSIÓN SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD	SÍ	NO	SÍ	NO	SÍ	NO	
11	En qué medida está de acuerdo con las siguientes afirmaciones. Por favor marque sólo una alternativa: Según su trayectoria en el área de Derecho de Familia: La Patria Potestad se define: "Como el conjunto de derechos y obligaciones que las Leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos en la persona y en los bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad".	X		X		X		
12	En qué medida está de acuerdo con las siguientes afirmaciones. Por favor marque sólo una alternativa: El Sistema Jurídico actual en materia de Patria Potestad se encuentra de acuerdo con el avance de la ciencia y la tecnología sobretodo en tratamientos de fertilidad.	X		X		X		
13	En qué medida está de acuerdo con las siguientes afirmaciones: Deben tomarse medidas a corto, mediano y largo plazo en materia de Patria Potestad a fin de mejorar el tratamiento normativo de la Patria Potestad en el Perú.	X		X		X		
D2: DIMENSIÓN SUPUESTOS DE LA PATRIA POTESTAD								
14	Según su experiencia y conocimiento en asuntos de Derecho de Familia, el Interés Superior del Menor se define como "Aquel Principio en el que todas las decisiones o medidas concernientes a menores adoptadas por instituciones públicas o privadas deben de priorizar las que más benefician al menor".	X		X		X		
15	El Principio de Interés Superior del Menor debe aplicarse en todas las Resoluciones Judiciales que versen sobre asuntos de Patria Potestad.	X		X		X		
16	Según su experiencia y conocimiento, el Derecho a la Identidad se define como: "El derecho fundamental, por el cual todas las personas desde que nacen tienen derecho inalienable a contar con los atributos, datos biológicos y culturales que permiten su individualización como sujeto en la sociedad y a no ser privados de los mismos. El derecho a la identidad abarca los derechos a tener un nombre, un apellido, una nacionalidad, a ser inscripto en un registro público, a conocer y ser cuidado por sus padres y a ser parte de una familia".	X		X		X		
17	La prueba científica de ADN tiene supremacía de carácter probatorio para que se otorgue la filiación	X		X		X		
18	La filiación legal de un menor nacido a partir de un contrato de maternidad subrogada está acreditada por el hecho del parto.	X		X		X		
19	Según su experiencia y conocimiento, la obligación alimentaria se define como: "Aquella que la Ley impone a determinadas personas de suministrar a otras (cónyuges, parientes y afines próximos), los recursos necesarios para la vida, si éstos últimos se encuentran en la indigencia y no cuentan con medios suficientes".	X		X		X		
20	La obligación de prestar alimentos debe otorgarse a los padres de intención, en los casos de menores nacidos bajo la técnica de maternidad subrogada.	X		X		X		

(1) Relevancia: El ítem corresponde al concepto teórico formulado.

(2) Pertinencia: El ítem es apropiado para representar al componente o dimensión específica del constructo.

(3) Claridad: Se entiende sin dificultad alguno el enunciado del ítem, es conciso, exacto y directo.

Nota: Suficiencia, se dice suficiencia cuando los ítems planteados son suficientes para medir la dimensión.

Observaciones (precisar si hay suficiencia):

SÍ HAY SUFICIENCIA.

Opinión de aplicabilidad:

Aplicable

☒

Aplicable después de corregir

☐

No aplicable

☐

Lima, 31 de Julio de 2019.