Universidad Católica de Santa María

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Escuela Profesional de Derecho

La gestación subrogada no regulada en el Perú y la sobreviniente desprotección de los derechos fundamentales de los niños nacidos mediante esta técnica.

Tesis presentada por:

Guzman Alvarez, Yazmin Fiorella

ORCID: 0009-0003-9697-5215

para optar el Título Profesional de Abogada

Asesor (a):

Dra. Amado Mendoza, Ana María

ORCID: 0000-0002-2043-6536

Arequipa – Perú

2026

UCSM-ERP

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

DERECHO

TITULACIÓN CON TESIS

DICTAMEN APROBACIÓN DE BORRADOR

Arequipa, 04 de Mayo del 2026

Dictamen: 012544-C-EPDD-2026

Visto el borrador del expediente 012544, presentado por:

2018801102 - **GUZMAN ALVAREZ YAZMIN FIORELLA**

Titulado:

LA GESTACIÓN SUBROGADA NO REGULADA EN EL PERÚ Y LA SOBREVINIENTE DESPROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS NACIDOS MEDIANTE ESTA TÉCNICA.

Nuestro dictamen es:

APROBADO

Titulo Profesional/Titulo de Segunda Especialidad/Grado Académico a optar:

ABOGADO

29517074 - **ZEGARRA FLOREZ GERARDO**
DICTAMINADOR

29558557 - **MONTENEGRO BELTRAN NELLY JESSICA**
DICTAMINADOR

29424932 - **SALAS BECERRA MARIELLA ROCIO**
DICTAMINADOR

LA GESTACIÓN SUBROGADA NO REGULADA EN EL PERÚ Y LA SOBREVINIENTE DESPROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS NACIDOS MEDIANTE ESTA TÉCNICA.

INFORME DE ORIGINALIDAD

18%	16%	10%	7%
INDICE DE SIMILITUD	FUENTES DE INTERNET	PUBLICACIONES	TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	hdl.handle.net Fuente de Internet	2%
2	tesis.pucp.edu.pe Fuente de Internet	1%
3	repositorio.ucsm.edu.pe Fuente de Internet	1%
4	Submitted to Universidad Católica de Santa María Trabajo del estudiante	<1%
5	repositorio.unp.edu.pe Fuente de Internet	<1%
6	repositorio.ucv.edu.pe Fuente de Internet	<1%
7	Submitted to Universidad Tecnologica del Peru Trabajo del estudiante	<1%

DEDICATORIA

A mis padres, Leyver y Karol,

por su amor incondicional, por su paciencia, por su apoyo constante y por ser mi ejemplo e inspiración tanto en lo profesional como en lo personal.

A mis hermanos,

mis compañeros de vida, risas y aprendizajes, por acompañarme en cada etapa. Aspiro a trazar un camino que podamos seguir juntos como familia.

A mis abuelos,

por creer en mí sin reservas y enseñarme, con su ejemplo, el valor de la constancia, la educación, la formación profesional y la fe.

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por guiar mis pasos, darme fortaleza ante los reveses de la vida y sostenerme en los momentos de duda.

A mi padre, por enseñarme el valor del esfuerzo y la resiliencia con su exigencia y apoyo firme. A mi madre, por su fe inquebrantable y su creencia absoluta en mis capacidades.

A mis abuelos, por su cariño constante y su fe en mi futuro.

A mi familia y a quienes me acompañaron con palabras de aliento, consejos, comprensión y confianza en este trabajo. También a mis fieles pequeños que alegraron mis días de estudio.

RESUMEN

La presente investigación analiza la problemática de la gestación subrogada en el Perú, en un contexto de vacío normativo que genera dilemas éticos y jurídicos, así como riesgos de vulneración de derechos fundamentales, especialmente de los niños nacidos mediante esta técnica, como la identidad, la filiación y el interés superior del niño. El objetivo es determinar la necesidad y factibilidad de implementar una regulación normativa específica que garantice su protección.

Se empleó un enfoque cualitativo, basado en el análisis de la casuística nacional, entrevistas a especialistas en Derecho Constitucional y de Familia, así como en el estudio de la legislación comparada y la normativa vigente. Los resultados evidencian respuestas jurisprudenciales disímiles, junto con una tendencia a priorizar el interés superior del niño y una convergencia en torno a la necesidad de regulación. Asimismo, se identifican riesgos de explotación y mercantilización en contextos no regulados.

Se concluye que es necesaria y viable la implementación de un marco normativo específico, de carácter restrictivo, que establezca límites claros y garantice la protección integral de los derechos fundamentales involucrados.

Palabras clave: Gestación subrogada, Derechos fundamentales, Regulación jurídica.

ABSTRACT

This research analyzes the issue of surrogacy in Peru within a context of regulatory absence that raises complex ethical and legal dilemmas, as well as risks of fundamental rights violations, particularly concerning children born through this practice, including their rights to identity, filiation, and the best interests of the child. The main objective is to determine the necessity and feasibility of implementing a specific legal framework to ensure the protection of these rights.

A qualitative approach was employed, based on the analysis of national case law, interviews with experts in Constitutional and Family Law, as well as the study of comparative legislation and the current legal framework. The findings reveal inconsistent judicial responses, alongside a tendency to prioritize the best interests of the child and a convergence regarding the need for regulation. Additionally, risks of exploitation and commodification in unregulated contexts were identified.

It is concluded that the implementation of a specific regulatory framework is both necessary and feasible. Such a framework should adopt a restrictive approach, establishing clear limits and ensuring comprehensive protection of the fundamental rights involved.

Keywords: Surrogacy, Fundamental rights, Legal regulation.

ÍNDICE

DEDICATORIA
AGRADECIMIENTOS
RESUMEN
ABSTRACT
INTRODUCCIÓN 1
CAPÍTULO I: Planteamiento del Problema 4
1. Descripción del Problema 5
2. Justificación de la Investigación 6
2.1. Ámbito Jurídico 6
2.2. Ámbito Académico 7
2.3. Ámbito Innovador 7
3. Objetivos 8
3.1. Objetivo General: 8
3.2. Objetivos Específicos: 8
4. Hipótesis 9
CAPÍTULO II: Marco Teórico 10
1. Marco Conceptual 11
1.1. Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) 11
1.1.1. Tipos de Técnicas de Reproducción Asistida 11
1.1.2. Gestación Subrogada 12
1.1.3. Nociones de la Subrogación del Vientre 13
1.1.4. Gestación en la Maternidad Subrogada 14
1.1.5. Concepción de la Gestación subrogada en la Legislación Peruana 14
1.1.6. Contrato de Vientre Subrogado 15
1.2. Maternidad 16
1.2.1. Concepto de Maternidad 16

1.2.2. Madre como Sujeto de la Maternidad 17
1.2.3. Relación Madre e Hijo 17
1.2.4. Embarazo 18
1.2.5. Madre Biológica 18
1.2.6. Madre Gestante o Portadora Gestacional 18
1.2.7. Controversia de la Maternidad en la Gestación Subrogada 19
1.3. Filiación 19
1.3.1. Concepto de Filiación 19
1.3.2. Filiación Matrimonial 20
1.3.3. Filiación Extramatrimonial 20
1.3.4. Patria Potestad 21
1.3.5. Formas Contemporáneas de Filiación 22
1.4. Paternidad Intencional 23
1.4.1. Nociones de los Derechos Reproductivos 23
1.4.2. Padres Comitentes 24
1.4.3. Donación de Gametos 25
1.5. Adopción 26
1.5.1. Concepto Jurídico 26
1.5.2. Sujetos de la Adopción 26
1.5.3. Objeto de la Adopción 27
1.5.4. La adopción en el Contexto de la Gestación Subrogada 27
1.6. Derechos Fundamentales en el Contexto de la Gestación Subrogada 28
1.6.1. Principios Jurídicos 28
1.6.2. Derechos los Niños 29
1.6.3. Derechos de la Mujer Gestante 29
1.6.4. Derechos de los Padres Comitentes 30
CAPÍTULO III: Marco Metodológico 32

1. Enfoque: 33
2. Nivel: 33
3. Diseño: 33
4. Métodos: 34
5. Población 35
6. Técnicas e Instrumentos 36
CAPÍTULO IV: Resultados 37
1. Análisis de Resultados 38
1.1. Análisis normativo de la Gestación Subrogada en el Ordenamiento Peruano 38
1.1.1. Aplicación de la Pirámide de Kelsen en el Ámbito de la Gestación Subrogada 38
1.1.2. Resumen del Análisis desde la Pirámide Normativa 69
1.1.3. Conflictos jurídicos y Vacíos Legales identificados 70
1.2. Perspectivas Doctrinales: Regulación de la Gestación Subrogada y Derechos Fundamentales 75
1.2.1. Análisis de Opinión sobre la Necesidad de Regulación y la Factibilidad Normativa de la Gestación Subrogada en el Perú 87
1.2.2. Análisis de Opinión sobre Impacto de la Falta de Regulación Normativa y la Protección de Derechos Fundamentales de Niños Nacidos por Gestación Subrogada 89
1.2.3. Análisis de Opinión sobre la Incidencia de la Gestación Subrogada en los Derechos Fundamentales a la Dignidad y a la Identidad 91
1.2.4. Análisis de Opinión sobre la Incidencia de la Gestación Subrogada en los Derechos Fundamentales al Libre Desarrollo y al Reconocimiento de la Familia 99
1.2.5. Análisis de Opinión sobre el Tratamiento Internacional de la Gestación Subrogada en Relación con la Realidad Nacional 104
1.2.6. Análisis de Opinión sobre Condiciones Regulatorias y Consideraciones Éticas de la Gestación Subrogada en el Perú 109
1.2.7. Síntesis de Resultados de las Entrevistas a Expertos en Derecho Constitucional y de Familia 114

1.3. Análisis Comparado de Legislaciones Internacionales y Posturas de Organismos Protectores de Derechos Humanos 118

1.3.1. Análisis Comparado de Regulaciones subrogatorias: Sudamérica, Norteamérica y Europa 118

1.3.2. Síntesis Integrado de la Legislación Comparada Analizada 130

1.3.3. Posturas de Organismos Internacionales sobre la Gestación Subrogada 131

1.3.4. Síntesis de las Posturas de Organismos Internacionales 135

1.4. Incidencia de la Gestación Subrogada en los Derechos Fundamentales de los Sujetos intervinientes 138

1.5. Casos Emblemáticos: Análisis Casuístico para la Evaluación de Factibilidad y viabilidad regulatoria de la gestación subrogada en el Perú 147

1.5.1. Evaluación de Factibilidad: Análisis de la Casuística Nacional 148

1.5.2. Evaluación de Viabilidad: Análisis de Impacto Normativo y Parámetros regulatorios 160

1.5.3. Determinación de Parámetros Normativos para Regulación Subrogatoria Peruana 163

1.6. Análisis Integral de la Gestación Subrogada No Regulada en el Perú y su Impacto en la Protección de los Derechos Fundamentales del Niño 166

CONCLUSIONES 176

RECOMENDACIONES 178

REFERENCIAS 180

ÍNDICE DE TABLAS

TABLA 1 Técnicas e Instrumentos 36

TABLA 2 Respuestas de los expertos en Derecho Constitucional y de Familia sobre la regulación de la gestación subrogada 75

TABLA 3 Respuestas de los expertos en Derecho Constitucional y de Familia sobre los parámetros de factibilidad jurídica para la regulación de la gestación subrogada 76

TABLA 4 Perspectiva de los expertos sobre la protección derechos de los niños nacidos por gestación subrogada ante la falta de regulación 77

TABLA 5 Postura de los expertos sobre el derecho a la dignidad en el contexto de la gestación subrogada 78

TABLA 6 Postura de los expertos sobre el derecho a la identidad en el contexto de la gestación subrogada 79

TABLA 7 Postura de los expertos sobre el derecho al libre desarrollo y bienestar en el contexto de la gestación subrogada 81

TABLA 8 Postura de los expertos sobre el derecho al reconocimiento de la familia en el contexto de la gestación subrogada 81

TABLA 9 Respuestas de los expertos respecto a la regulación internacional de la gestación subrogada y la realidad nacional 83

TABLA 10 Opinión de los expertos sobre las condiciones regulatorias para la protección de los derechos fundamentales de los niños nacidos por gestación subrogada. 84

TABLA 11 Respuestas de los expertos sobre las implicaciones éticas en el contexto nacional 85

TABLA 12 Materia legislativa entre Perú y países sudamericanos: Argentina, Colombia, Brasil, Chile y Uruguay 118

TABLA 13 Materia legislativa entre Perú y países norteamericanos: Estados Unidos, Canadá y México 122

TABLA 14 Materia legislativa entre Perú y países europeos: España, Francia, Italia, Alemania y Rusia 126

TABLA 15 Análisis de Similitudes y Diferencias entre países y Organismos Internacionales 135

TABLA 16 Análisis Comparativo Internacional sobre la Gestación Subrogada 136

TABLA 17 Problemáticas y afectación de derechos 158

TABLA 18 Roles institucionales 159

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1 Análisis de Regulación y Necesidad 114

Figura 2 Análisis de Afectación de Derechos Fundamentales 115

Figura 3 Análisis de Parámetros Normativos 116

Figura 4 Análisis de Datos de Opinión 117

ÍNDICE DE ANEXOS

ANEXO 1 FORMATO DE GUÍA DE ENTREVISTA 194

ANEXO 2 FICHAS DOCUMENTALES 198

ABREVIATURAS

AHID – Asociación de Hijos de Donantes

CADH – Convención Americana sobre Derechos Humanos

CDN – Convención sobre los Derechos del Niño

CEDAW – Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

CIDH – Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CNA – Código de los Niños y Adolescentes

Corte IDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos

DIDP – Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria

DIP – Derecho Internacional Privado

FIV – Fecundación in vitro

GS – Gestación subrogada

ICSI – Inyección intracitoplasmática de espermatozoides

INMP – Instituto Nacional Materno Perinatal

MIMP – Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables

MINJUSDH – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

MINSA – Ministerio de Salud del Perú

ONG – Organización no gubernamental

ONU – Organización de las Naciones Unidas

RENIEC – Registro Nacional de Identificación y Estado Civil

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TRA – Técnicas de reproducción asistida

INTRODUCCIÓN

Desde la perspectiva convencional, la maternidad se concibe como un estado inherente a la mujer biológicamente vinculada con el niño gestado. Sin embargo, el avance de las técnicas de reproducción asistida (TRA) ha generado nuevas representaciones sociales y figuras jurídicas que alteran sus parámetros tradicionales. Términos como maternidad subrogada o vientre de alquiler aluden a la gestación en útero ajeno para padres comitentes imposibilitados de concebir, un proceso complejo en lo médico, jurídico y sociocultural. En el Perú, precisamente el artículo 7° de la Ley General de Salud (Ley N.º 26842, 1997), prohíbe tácitamente esta práctica al exigir que madre genética y gestante coincidan; aunque un sector doctrinario lo interpreta así, la jurisprudencia actual ha reconocido su existencia y práctica sin condenarla. Pese a ello, no se ha concretado una legislación ni una ideología firme, especialmente por las complejidades en torno a los derechos fundamentales.

Este tema reviste especial relevancia para el derecho peruano, debido a que la ausencia de regulación impacta directamente en todos los sujetos intervinientes: mujeres gestantes, padres comitentes, donantes y, especialmente, los niños concebidos y nacidos mediante gestación subrogada, respecto de sus derechos fundamentales.

Si bien gran parte de las propuestas legislativas y debates doctrinales se han centrado en los derechos reproductivos de los padres intencionales, en los aspectos contractuales de la práctica o en la situación de la mujer gestante, existe aún escasa atención respecto a la situación jurídica y humana del niño desde el inicio de su existencia. En muchos casos, las decisiones adoptadas previamente por terceros (como la determinación de la estructura parental, el uso de donantes anónimos o la configuración monoparental u homoparental de la filiación) establecen parámetros predeterminados bajo los cuales el niño ejercerá y agotará determinados aspectos vinculados a su identidad, origen biológico y relaciones familiares.

En ese sentido, la problemática no se limita únicamente a cuestiones registrales o filiatorias, sino que involucra posibles impactos a largo plazo en el desarrollo integral del niño y en el ejercicio de derechos fundamentales como la identidad, la dignidad y el derecho a conocer sus orígenes. Por ello, el derecho no puede limitarse a intervenir únicamente cuando las consecuencias ya se han producido, sino que debe prever mecanismos de protección capaces de evitar escenarios de vulneración desde el origen mismo de la práctica. Así, el abordaje jurídico de la gestación subrogada exige una evaluación integral que considere conjuntamente a todos los actores involucrados y las distintas implicancias biomédicas, sociales y constitucionales derivadas de esta práctica, evitando soluciones parciales o reducidas exclusivamente al ámbito contractual o reproductivo.

La investigación se organiza en cuatro capítulos. El **capítulo uno** presenta el planteamiento del problema, la justificación, los objetivos generales y específicos, y la hipótesis, que señala la necesidad de evaluar la factibilidad y viabilidad de una regulación específica para priorizar la óptima protección de derechos fundamentales ante el vacío normativo. Estos elementos fundamentan la urgencia de la investigación.

El **capítulo dos** desarrolla el marco teórico, con conceptos clave como las TRA, la maternidad, la filiación y los derechos fundamentales, entre otros relevantes para el trabajo.

El **capítulo tres** se detalla la metodología, especificando el enfoque adoptado, el nivel de análisis, los métodos aplicados, la población objetivo, la muestra seleccionada, así como las técnicas e instrumentos para la recolección y procesamiento de datos. En esta investigación, dichos datos provienen de entrevistas realizadas a especialistas en derecho constitucional y de familia, complementadas con el examen de casos controvertidos ocurridos en el ámbito nacional.

El **capítulo cuatro** expone los resultados, incluyendo el análisis de la legislación actual vinculada al tema, las entrevistas a especialistas, la legislación comparada pertinente y la

casuística nacional, todo para evaluar la factibilidad y viabilidad de una normatividad específica que proteja los derechos fundamentales de los niños concebidos y nacidos por esta técnica.

Finalmente, se formulan las conclusiones derivadas de cada objetivo, se verifica la hipótesis y se ofrecen recomendaciones para guiar la implementación hacia la óptima protección de derechos fundamentales de los niños.

CAPÍTULO I: Planteamiento del Problema

1. Descripción del Problema

La maternidad subrogada es una práctica médica adoptada a lo largo del planeta, por un gran número de personas que anhelan la paternidad. Es tanta la demanda de esta técnica de reproducción asistida, que en países de primer mundo como Ucrania, Georgia, entre otros, se han establecido marcos normativos específicos para regularla. Datos estadísticos han revelado que, en Estados Unidos durante el año 2020 se registraron un total de 75000 nacimientos mediante esta técnica, esto significó para su tasa de natalidad un total del 2% de todos los bebés nacidos en su territorio. (Rosas, 2023)

Esta pequeña representación, adaptada a nuestra realidad nacional resulta ser una situación inviable, omitiendo el rol como ente protector de los derechos fundamentales debido a que actualmente, pese a existir casos emblemáticos donde este tema ha sido objeto de debate en procesos judiciales ordinarios y de naturaleza constitucional, no se han realizado los esfuerzos materiales necesarios para la normativización positiva (reglamento) o negativa (prohibición) de esta práctica. Dado este contexto, resulta necesario una revisión sustancial sobre la pertinencia de su regulación a partir de un estudio que nos pueda determinar cuáles son los derechos fundamentales inmiscuidos, a efecto de poder realizar una ponderación de cuales pertenecen a los sujetos subrogantes (personas que acuden a este procedimiento), cuales a los subrogados (mujeres que disponen el uso de su vientre), y los hijos nacidos de este procedimiento.

En este sentido, las soluciones pueden estribar en contemplar una reglamentación de su procedimiento, lo cual puede provenir de la inspiración en los demás ordenamientos jurídicos del mundo donde esta práctica se haya positivizado; mientras una visión opuesta sería la total prohibición explícita de su comisión a través de su tipificación como un delito que bien puede ser catalogado como pluriofensivo. No obstante, esta deducción o inclinación hacia una reforma jurídica de su materialidad como problema relevante para el Derecho solo podrá ser

viable si tenemos claro cuáles son los fundamentos, principios, garantías y derechos fundamentales que se encuentran unidos inherentemente a su aplicación.

Para tal labor, si bien los pronunciamientos judiciales nos serán de utilidad, en especial si los mismos han pretendido otorgarle cierto contenido legal a la maternidad subrogada, no obstante, a efecto de evitar recaer en el sesgo de conocer solo un lado de la cuestión, a partir de la identificación de los derechos fundamentales relacionados, el estudio implica, en mayor medida, un análisis desde el plano de la opinión especializada en materia de Derecho Constitucional y de Familia, quienes aportarán una visión experta sobre el tema y brindarán puntos de vista que cuestionen o confirmen lo decidido en los casos judicializados.

La naturaleza clandestina y precaria de algunas prácticas de atención médica en Perú abarca también la gestación subrogada, lo que representa un riesgo considerable para los niños concebidos y nacidos a través de este método. El interés comercial en estos procedimientos, así como el desprecio por la vida por parte de ciertos individuos, como se ha evidenciado en recientes casos de trata de recién nacidos en Cusco el año 2023, hace que la falta de regulación en este ámbito sea aún más alarmante. Esta situación no solo expone a las mujeres involucradas a la explotación, sino que también promueve la mercantilización de los infantes, comprometiendo sus derechos fundamentales y su bienestar.

2. Justificación de la Investigación

2.1. Ámbito Jurídico

La presente investigación aborda la ausencia de regulación normativa sobre la gestación subrogada en el Perú, resaltando los vacíos legales que benefician a individuos que lucran con la vida y el cuerpo de las mujeres, comprometiendo la dignidad y la ética de una sociedad conservadora desde el ámbito normativo. Asimismo, el estudio identificó y recopiló, mediante el análisis de casos emblemáticos y entrevistas a especialistas en derecho constitucional y de

familia, las vulneraciones a los derechos fundamentales de los menores, ocurridas en el desarrollo de esta práctica. A diferencia de otros trabajos, su contenido se centró en los derechos fundamentales de los niños concebidos y nacidos mediante esta técnica, adoptando una perspectiva restrictiva respecto al procedimiento.

2.2. Ámbito Académico

La relevancia de la investigación radica en los riesgos que enfrentan los niños por nacer o nacidos, la explotación de las mujeres involucradas, la mercantilización infantil y la exposición a situaciones de clandestinidad y precariedad. Ante la constante evolución de esta práctica, resulta esencial establecer un marco legal claro y seguro que proteja los derechos fundamentales de los infantes, prevenga la explotación y evite la desnaturalización de la procreación humana.

Además, el estudio destaca su importancia académica al abordar los derechos fundamentales y la ética en la reproducción asistida, aportando bases teórico-normativas para una regulación adecuada en la legislación peruana. Así, enfatiza los riesgos para niños concebidos y nacidos, la explotación femenina y la mercantilización, concluyendo en la urgencia de un marco normativo protector que sirva de referencia para futuras investigaciones.

2.3. Ámbito Innovador

A diferencia de investigaciones precedentes, este estudio se caracteriza por dos notas esenciales: primero, asumir una postura restrictiva respecto a la gestación subrogada; y segundo, efectuar el análisis desde el ámbito constitucional, identificando específicamente los derechos fundamentales vulnerados. Cabe precisar que la mayoría de trabajos previos se han centrado en enfoques normativos, por lo que, atendiendo a estas consideraciones, queda establecido el carácter innovador de nuestra investigación.

Asimismo, el estudio realiza un análisis exhaustivo de la factibilidad y viabilidad normativa, a través del examen de la legislación actual, entrevistas a especialistas, casuística nacional, legislación comparada y, sobre todo, la evidencia de la situación precaria de los involucrados, especialmente los niños, ante el vacío normativo persistente. A pesar de las repetidas circunstancias en los casos analizados, se conforma un criterio unificado para la dirección que debe tomar una normatividad específica, acorde con la realidad jurídica y social del país.

3. Objetivos

3.1. Objetivo General

Analizar la gestación subrogada no regulada en el Perú y la sobreviniente desprotección de los derechos fundamentales de los niños nacidos mediante esta técnica.

3.2. Objetivos Específicos

- Identificar los vacíos legales en la legislación peruana vinculados a la gestación subrogada
- Analizar los puntos de vista de expertos en Derecho Constitucional y de Familia acerca de la maternidad subrogada, su necesidad de regulación y los derechos fundamentales que se relacionan a esta práctica
- Determinar los fundamentos, diferencias y similitudes de la legislación comparada y la postura de los Organismos Internacionales Protectores de los Derechos Humanos.
- Establecer de qué manera la práctica de la maternidad subrogada incide en los derechos fundamentales de los sujetos intervinientes.
- Determinar la necesidad y factibilidad de la implementación normativa específica de la gestación subrogada para la protección de los derechos fundamentales, estableciendo parámetros para un marco legal adecuado.

4. Hipótesis

Dado que existe un vacío normativo respecto a la gestación subrogada en el ordenamiento jurídico peruano, **es probable que** se produzca una vulneración a los derechos fundamentales de los niños concebidos y nacidos mediante esta técnica; **en consecuencia**, resulta necesaria la implementación de una regulación específica que garantice la protección efectiva de sus derechos fundamentales.

CAPÍTULO II: Marco Teórico

1. Marco Conceptual

1.1. *Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*

Las técnicas de reproducción asistida (TRA) abarcan todos los métodos en los que el ser humano interviene artificialmente en el proceso reproductivo, clasificándose principalmente en inseminación artificial y fecundación extracorpórea o in vitro (Cubillos, 2013). Su finalidad primordial consiste en asistir a personas o parejas incapaces de concebir naturalmente, superando problemas de fertilidad; extendiéndose actualmente a personas solteras, parejas heterosexuales sin problemas para concebir y a parejas homosexuales.

Desde una perspectiva biomédica, estas técnicas facilitan o sustituyen procesos naturales de la procreación humana, como la deposición seminal, la progresión espermática, la capacitación del espermatozoide y la fertilización ovular (Santamaría, 2000). Así, procedimientos como la fertilización in vitro y la inyección intracitoplasmática de espermatozoides representan tratamientos avanzados de infertilidad que integran asesoramiento médico, intervenciones quirúrgicas y técnicas de laboratorio (Sharif & Coomarasamy, 2012).

Desde la óptica jurídica, Zaldívar Marrón (2022) analiza las regulaciones de TRA en países latinoamericanos, destacando que, además de los criterios teóricos y legislativos controvertidos, surgen problemáticas específicas como cuestiones filiatorias, sucesorias y contractuales que demandan atención jurídica especializada. En este contexto, las TRA generan debate entre posturas conservadoras y métodos reproductivos innovadores; sin embargo, la doctrina precisa que no se trata de una reproducción "artificial" en sentido estricto, pues no crean gametos, sino que controlan su interacción natural.

1.1.1. Tipos de Técnicas de Reproducción Asistida. Estas técnicas se clasifican según su nivel de complejidad en tratamientos de baja y alta complejidad. Los de baja complejidad comprenden la inseminación artificial intrauterina, la capacitación espermática y

la criopreservación de semen, procedimientos que estimulan la concepción natural con mínima intervención. Por su parte, los de alta complejidad incluyen la fecundación in vitro (FIV), la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), el diagnóstico genético preimplantacional (DGP) y la vitrificación ovocitaria o embrionaria, técnicas que facilitan la gestación subrogada al permitir la creación y transferencia de embriones a úteros no genéticos. (Francos y Otros, 2023)

1.1.2. Gestación Subrogada. La Organización de las Naciones Unidas (ONU) define la gestación subrogada como una forma de práctica reproductiva de terceros en la que los futuros padres contratan a una madre sustituta para dar a luz a un bebé, utilizando óvulos o esperma de al menos uno de los comitentes o mediante donación de células reproductivas de terceros; en cualquier caso, la mujer gestante no constituye la madre biológica. Este organismo internacional expresa preocupación por su creciente popularización, considerándola un tema delicado que requiere regulación global para evitar que los niños nacidos por este método queden vulnerables a violaciones de derechos, al punto de equipararla frecuentemente a la venta de niños. (ONU, 2018)

Por otro lado, el informe de investigación de Estrada Mora (2018), elaborado para el Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria (DIDP) del Congreso de la República del Perú, señala que la maternidad, tradicionalmente vista como exclusiva de la mujer por procesos biológicos o adopción, ha evolucionado tanto a nivel social como legal. Los avances en ciencia y reproducción asistida han generado nuevas perspectivas y términos como lo es la maternidad subrogada, gestación por contrato, entre otros, que reflejan una práctica creciente. Estas opciones son una alternativa para individuos o parejas con dificultades para concebir o llevar a término un embarazo.

1.1.3. Nociones de la Subrogación del Vientre. La gestación subrogada constituye un método de reproducción asistida en el que una mujer gestante lleva a término un embarazo en nombre de una pareja o individuo, transfiriendo la custodia del niño a los futuros padres al momento del nacimiento o poco después. Este proceso implica riesgos médicos potenciales, como el síndrome de hiperestimulación ovárica, parto prematuro y diabetes gestacional (Jain, 2017).

Desde la perspectiva de Sarasol y Ramón (2021), aunque se identifica una dimensión comercial en la práctica, el objeto contractual no radica en alquilar el cuerpo de la gestante per se, sino en obtener descendencia, lo que implica esencialmente la comercialización del ser humano nacido de dicha gestación. Así, más allá de su denominación, la gestación subrogada se configura como un medio para la transferencia de un niño a cambio de retribución onerosa o, en ocasiones, a título gratuito.

Estudios neurocientíficos han señalado efectos negativos en la relación paterno-filial derivados del mercantilismo humano y el riesgo de daño al vínculo afectivo y fisiológico (Saad, 2023). Estos planteamientos adquieren relevancia en contextos como India, donde la práctica es legal desde 2002, pero enfrenta desafíos relacionados con explotación, condiciones psicológicas, cuestiones religiosas y beneficios económicos para intermediarios médicos (Kaur y Chawla, 2021).

Entre los aspectos positivos se mencionan la mejora en tasas de natalidad y resultados en control prenatal (Sadeghi, 2019). Asimismo, en situaciones patológicas como cáncer ginecológico, se considera éticamente viable al ofrecer resultados deseables sin comprometer tratamientos oncológicos ni supervivencia a largo plazo, respetando la autonomía de las mujeres y protecciones legales (Carr, 2019).

1.1.4. Gestación en la Maternidad Subrogada. Desde una perspectiva kantiana analizada por Rodríguez Tovar y Camarillo (2021), la gestación subrogada plantea interrogantes sobre la dignidad de la madre gestante, cuya voluntad libre de contribuir a los objetivos de los contratantes involucra la tensión entre dos máximas: la dignidad inherente a la persona y la obligación moral hacia los demás.

Por otra parte, Sánchez Madrigal (2021) aborda la gestación subrogada desde una modalidad onerosa, es decir, con remuneración económica o beneficios para la gestante, argumentando que limitar la práctica estrictamente a la gratuidad se percibe como una restricción. En este sentido, limitar la práctica a la gratuidad se percibe como una restricción al derecho de la gestante sobre su propio cuerpo, mientras que permitir y regular la remuneración podría generar ventajas para las partes: eliminar el mercado clandestino y garantizar pagos justos que prevengan la explotación femenina, protegiendo así sus derechos fundamentales.

Esta dualidad conceptual evidencia la complejidad de la maternidad subrogada, que demanda mecanismos de control más allá de una prohibición absoluta. El análisis realizado en México, un país con similitudes sociales y culturales al Perú, ilustra que en contextos donde la vulnerabilidad individual excede límites socialmente aceptables o afecta el núcleo esencial de los derechos fundamentales, resulta esencial implementar fiscalización estricta en actividades económicas de alto riesgo.

1.1.5. Concepción de la Gestación Subrogada en la Legislación Peruana. En el ordenamiento jurídico peruano no existe un marco normativo explícito que regule la gestación subrogada, ni en términos prohibitivos ni permisivos. La única alusión indirecta se encuentra en las disposiciones sobre acceso a técnicas de reproducción asistida, Art. 7 de la Ley General de Salud (Ley N.º 26842, 1997) que limitan su aplicación a casos en los que la madre genética y la gestante coincidan en la misma persona, requiriendo además el consentimiento escrito de

los padres biológicos y prohibiendo la fecundación de óvulos con fines distintos a la procreación, así como la clonación humana.

En materia de filiación materna, el Código Civil (1984) peruano se adscribe a la concepción clásica romanista *"Mater semper certa est",* la cual refiere a que la madre siempre es cierta, reconociendo como tal a la mujer que gesta y da a luz al bebé. Al respecto, Estrada Mora (2018), destaca que este principio ha quedado desactualizado ante los avances de las técnicas de reproducción asistida, las cuales permiten disociar la maternidad genética de la gestacional y demandan una reforma urgente de la legislación civil nacional.

Aunque el Perú carece de legislación específica vigente, diversas iniciativas del Poder Legislativo y del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUSDH) conceptualizan la gestación subrogada como un procedimiento médico supletorio, voluntario y estrictamente altruista. Conforme analiza León Romero (2018) en los informes técnicos del Congreso de la República, estas propuestas la configuran como un acuerdo privado donde una mujer con imposibilidad uterina gesta un embrión ajeno, quedando excluido el aporte de sus propios óvulos. Esta orientación hacia un modelo solidario y no comercial se observa de manera uniforme en los Proyectos de Ley 3313/2018-CR y 3404/2018-CR, reflejando un criterio legislativo coherente entre los órganos del Estado.

1.1.6. Contrato de Vientre Subrogado. El contrato de gestación subrogada, denominado también vientre de alquiler, constituye un acuerdo en el que una mujer gestante acepta llevar a término un embarazo para entregar el niño a los padres comitentes. En este proceso, la gestante no es la madre biológica, pues el embrión proviene de gametos de los comitentes o donantes, lo que genera complejas tensiones entre la dimensión contractual y los derechos fundamentales involucrados.

Si bien en jurisdicciones como California estos contratos operan bajo normativas específicas adaptadas**,** que exigen edad mínima de 21 años para la gestante, maternidad previa, evaluación

psicológica y cláusulas detalladas sobre derechos y compensaciones, en el Perú carecemos de tal marco regulatorio. La prohibición tácita del artículo 7° de la Ley General de Salud (Ley N.º 26842, 1997) no contempla instrumentos contractuales válidos, exponiendo la absoluta fragilidad de estos acuerdos frente a disputas filiatorias.

Paradójicamente, el contrato se presenta como la vía más "segura" para garantizar el cumplimiento de obligaciones y materializar la voluntad de las partes; sin embargo, radica aquí el dilema ético y moral fundamental: pretender regular contractualmente la vida humana, el cuerpo femenino y la dignidad del niño concebido, mercantilizando relaciones biológicas esenciales y priorizando intereses económicos sobre el interés superior del menor y la supremacía constitucional de los derechos fundamentales.

1.2. Maternidad

1.2.1. Concepto de Maternidad. Desde la perspectiva estrictamente científica, Mahmoud y Romanis (2022), definen la maternidad como el estado alcanzado por la mujer al transitar hacia el puerperio o postparto, caracterizado como un proceso natural inherente al sistema evolutivo humano. Por su parte, la visión contemporánea la concibe como una construcción social que abarca múltiples experiencias centradas en la guía y crianza del niño (Goel, 2021).

Como concluye Mack (2018), resulta evidente que la maternidad ha trascendido su concepción estrictamente biológica, aunque conserva una profunda vinculación afectiva entre la mujer y el bebé nacido. Este paradigma, de compleja configuración, se enriquece mediante la experiencia vivida, posicionando el rol materno como elemento esencial tanto en el ámbito social como doméstico.

1.2.2. Madre como Sujeto de la Maternidad. Podría decirse que una mujer que cumple el rol de madre ha llevado consigo una transición, esto significa que tal persona ha tenido ciertos cambios paradigmáticos en relación con sus sentimientos, sensaciones, aceptación del nuevo contexto maternal, estructuración y adaptación al desempeño de esta nueva etapa. (Yulizawati et al., 2021)

En una investigación realizada por Garvin y Hays (1996) se determinó que existen una ambivalencia en las mujeres que son madres, esta se desdobla en la búsqueda personal de cada una de ellas por sus intereses y la otra en la misión de la protección de su descendencia, cae en la realidad una contradicción que se supera paulatinamente.

1.2.3. Relación Madre e Hijo. La calidad del vínculo madre-hijo se asocia positivamente con la duración de la gestación en el momento de la evaluación y negativamente con los síntomas depresivos posnatales (Tichelman et al., 2019). La sincronía en las interacciones madre-hijo se define como una adaptación dinámica y recíproca de la estructura temporal de las conductas y afectos compartidos entre los socios interactivos (Leclère et al., 2014).

A diferencia de los padres, las madres interactúan más frecuentemente con sus hijos, adoptan una actitud más directiva y se involucran mayoritariamente en el cuidado cotidiano, mientras que los padres participan principalmente en actividades lúdicas, sin diferencias significativas según el sexo parental o del hijo. (Russell y Russell, 1987)

En el contexto de la gestación subrogada, esta vinculación biológica y afectiva gestacional, consolidada durante nueve meses de desarrollo intrauterino, genera tensiones jurídicas y éticas fundamentales, pues la separación abrupta del niño de su madre gestante configura una fractura en el paradigma natural de la maternidad que demanda protección prioritaria por parte del ordenamiento legal.

1.2.4. Embarazo. La aproximación biológica del embarazo define a aquel estado que demora 37 semanas de gestación y que termina entre los primeros días de la semana 38. Este momento sitúa a la mujer en una situación de vulnerabilidad, lo cual, estima en algunos casos la intervención preventiva de ciertas prácticas médicas a efecto de garantizar la integridad de la madre y del feto.

Desde el punto de vista jurídico, el embarazo está relacionado con un gran número de derechos, entre ellos, se puede dividir entre los derechos de los padres, la madre propiamente dicha, y del feto próximo a nacer. En un trabajo realizado por Rodríguez (2015), se identificó los siguientes derechos vinculados: derecho a la vida, a la privacidad, libertad y seguridad de las personas, óptimas condiciones de salud, planificación familiar, no discriminación, vida sin violencia, información, educación, entre otros.

1.2.5. Madre Biológica. Se refiere a la mujer que aporta sus óvulos para la concepción del bebé, contribuyendo genéticamente al niño. Los óvulos de esta mujer son fecundados, ya sea con esperma del padre biológico o de un donante, y posteriormente implantados en el útero de otra mujer para la gestación. Así, la madre biológica proporciona el material genético esencial, distinguiéndose de la gestante por su rol procreativo genético.

1.2.6. Madre Gestante o Portadora Gestacional.

Constituye la mujer que lleva el embarazo en su útero sin aportar óvulos propios a la concepción, utilizando embriones de la madre biológica o donante. Se compromete a gestar el feto, velar por su salud durante el embarazo y, tras el parto, transferir la custodia a los padres comitentes, conforme a contratos que regulan derechos y responsabilidades legales. Carece de vínculo genético con el niño, limitándose su rol al gestacional.

1.2.7. Controversia de la Maternidad en la Gestación Subrogada.

La gestación subrogada genera controversia central al disociar los roles genético, gestacional y parental de la maternidad, tradicionalmente concebidos como unidad indivisible. La madre biológica aporta el material genético, la gestante provee el útero y nutrición fetal durante nueve meses, y los padres comitentes asumen la crianza postparto, configurando un triángulo conflictivo de pretensiones maternas.

Doctrinalmente se debate entre el criterio genético (priorizando la donante ovular), gestacional (reconociendo a la portadora por el parto) o intencional (validando el contrato de los comitentes), generando tensiones filiatorias sobre identidad registral y derechos sucesorios del menor. Esta fragmentación tensiona principios jurídicos universales como la dignidad humana y el interés superior del niño, exponiendo vulnerabilidades en la estabilidad familiar ante la ausencia de criterios unificados.

1.3. Filiación

1.3.1. Concepto de Filiación. La filiación constituye el vínculo jurídico que une a padres e hijos, derivado de hechos biológicos o de actos legales como el reconocimiento voluntario o judicial. Históricamente, esta se clasificaba en legítima, natural y legitimada; sin embargo, los ordenamientos constitucionales contemporáneos prohíben cualquier tipo de distinción, garantizando absoluta igualdad en los derechos y obligaciones derivados, tales como la herencia, la manutención y la representación legal, independientemente del origen del nacimiento. (Universidad Nacional Autónoma de México [UNAM], 2017)

En el contexto de técnicas de reproducción asistida, esta clasificación se tensiona al introducir elementos genéticos, gestacionales e intencionales que desafían el paradigma biológico clásico, generando interrogantes sobre la determinación registral del menor y la protección de su identidad jurídica.

1.3.2. Filiación Matrimonial. Esta se fundamenta en el vínculo jurídico entre padres e hijos nacidos dentro del matrimonio, caracterizado por la voluntad libre de los contrayentes de constituir una comunidad familiar con implicancias jurídicas, sociales y emocionales (Gove et al., 1990). Parte de la doctrina internacional la conceptualiza como una institución jurídica, hecho y estructura contractual peculiar entre varón y mujer (Kolokolova, 2021), aunque autores estadounidenses advierten la ausencia de una definición rígida única (Hutton, 2019).

Al respecto, Belluscio (2002) identifica tres concepciones correlacionadas: el matrimonio como acto celebratorio, como consecuencia de los actos contrayentes o como unión familiar entre esposos. Desde perspectivas latinoamericanas similares a la peruana, influenciadas por la tradición cristiana católica, se distingue el acto creador del vínculo matrimonial del grupo familiar resultante (López, 2005). Por su parte, Bossert y Zannoni (2004) enfatizan que el derecho reconoce relaciones biológicas orientadas a la formación familiar mediante unión heterosexual con fines procreativos, estableciendo parentesco entre padres e hijos.

En sintonía, Pérez Contreras (2010) define la filiación matrimonial como la agrupación volitiva de dos personas para vida común, con o sin prole, sujeta a requisitos administrativos legales. Así, tradicionalmente integra dos momentos esenciales: el acto creativo (celebración matrimonial) y la mantención de la estructura familiar; un modelo que, en el contexto latinoamericano, incorporó históricamente a la procreación como un objetivo inherente, pero no exclusivo.

1.3.3. Filiación Extramatrimonial. Esta se comprende desde su estructura histórica romana, donde preservaba el culto familiar priorizando al varón procreador sobre el infértil, recurriendo a la adopción como solución jurídica (Varsi, 2013). Este contexto explica su evolución hacia la actualidad, adaptándose a la situación de hijos nacidos fuera del matrimonio.

Juristas peruanos la definen como el reconocimiento voluntario o judicial que establece la

relación padre-hijo, generando obligaciones, derechos y deberes recíprocos. (Hawie, 2020)

Para Jara y Gallegos (2012), integra tres elementos: un acto declarativo irrevocable, sin limitaciones temporales ni formales, por lo que resulta inimpugnable una vez configurada.

Posiciones procesales la conciben como la filiación nacida fuera del matrimonio, históricamente estigmatizada pero equiparada constitucionalmente desde 1979, eliminando diferencias prácticas salvo en teoría jurídica (Rodríguez, 2018). Al respeto, Plácido (2012) enfatiza su finalidad de constatar la coincidencia biológica y sus secuelas jurídicas, visión complementada por Ferrer (1979), quien destaca su accesibilidad imprescriptible para interesados hereditarios o reconocimiento filial.

Así, más allá de su utilidad histórica ante la desprotección de hijos no matrimoniales, la doctrina actual equipara todos los vínculos paterno-filiales en igualdad de derechos y deberes, consolidando la relación jurídica entre ascendiente y descendiente independientemente del origen.

1.3.4. Patria Potestad. Para el jurista peruano Aguilar Llanos (2014), la patria potestad constituye una institución del derecho de familia que agrupa derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, orientados al desarrollo integral de estos últimos y la realización personal de aquellos, abarcando protección, sustento, educación y ejemplos vitales que facilitan la incorporación social óptima del menor en la comunidad.

A diferencia de la filiación, vínculo natural consanguíneo, la patria potestad representa una ficción jurídica que organiza obligaciones protectoras entre parientes, surgida para garantizar amparo al menor bajo dominio parental. Esta facultad, transferible a terceros en casos de disolución matrimonial o incapacidad potestativa, prioriza siempre el interés superior del niño, recayendo preferentemente en familiares cercanos. (Cabello, 1999)

El jurista chileno Ramos (2005) identifica sus atributos esenciales: usufructo y administración de bienes del menor incapaz, capacidad administrativa propiamente dicha y representación legal. Desde la perspectiva peruana, Becerra (1990) la concibe como derechos conferidos sobre la persona y bienes del hijo para asegurar su sostenimiento, educación y desarrollo social. Esquivel et al. (2013) la definen como esfera de poder parental compuesta por deberes de cuidado y protección, que cesa para uno de los padres en separación, ejerciéndose en hijos extramatrimoniales por el padre reconocido o por ambos bajo determinación judicial según el interés del menor.

En el contexto de la gestación subrogada, la patria potestad se vincula con la determinación de quién ejerce estos derechos sobre el niño nacido: los padres intencionales conforme al contrato, la madre gestante por el parto o la madre biológica por contribución genética, configurando interrogantes sobre su transferencia inmediata postparto y el impacto en la estabilidad jurídica del menor.

1.3.5. Formas Contemporáneas de Filiación. El jurista español Flores Rodríguez (2018) analiza las nuevas formas de creación familiar no naturalistas, identificando tres modalidades principales: las relaciones homoparentales, basadas en la definición sexual más que en la biología, las técnicas de reproducción asistida vinculadas al derecho a la verdad genética y otras configuraciones que desafían el paradigma biológico tradicional de la filiación.

En sintonía, Echeverría (2021) destaca que la modernidad transformó la relación paterno-filial, convirtiendo la procreación en una posibilidad voluntaria más que en una obligación inherente a la estructura familiar, permitiendo múltiples vías para satisfacer necesidades reproductivas mediante inseminación artificial o fecundación in vitro. Por su parte, Lepin (2014) precisa que los criterios contemporáneos para establecer vínculos entre padres e hijos menores priorizan el interés superior del niño como elemento determinante, independientemente de la relación

biológica.

Finalmente, estudios sobre filiación e identidad vinculan esta relación con las características personales que facilitan la integración familiar y social del individuo (Álvarez y Rueda, 2022). En el contexto de la gestación subrogada, estas formas contemporáneas tensionan la determinación entre filiación genética (madre biológica), gestacional (portadora) e intencional (padres comitentes), configurando interrogantes sobre la prevalencia registral en ausencia de regulación específica.

1.4. *Paternidad Intencional*

1.4.1. Nociones de los Derechos Reproductivos. Los derechos reproductivos comprenden las libertades y prerrogativas para decidir libremente sobre la reproducción, incluyendo acceso a anticonceptivos, planificación familiar, atención prenatal y técnicas de reproducción asistida ante infertilidad (Cook et al., 1994). Se fundamentan en principios de autonomía personal, dignidad humana e igualdad, tensionando límites éticos en intervenciones biomédicas avanzadas (Petchesky, 2003).

En la gestación subrogada, legitiman la externalización gestacional, permitiendo a individuos o parejas satisfacer proyectos parentales mediante contratos que regulan gametos, compensaciones y filiación (Millns, 2019). Doctrinalmente, tensionan autonomía reproductiva absoluta contra restricciones por dignidad gestante e interés superior del menor (Knoppers & Le Bris, 1997).

A nivel normativo global, instrumentos como el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1999) reconocen la obligatoriedad del acceso equitativo a los servicios de salud reproductiva, pero alertan sobre los riesgos de esquemas contractuales comerciales que vulneren la dignidad humana. Por su parte, la Declaración de la

Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo (ICPD, 1994) consolidó los derechos reproductivos como derechos humanos integrales, estableciendo como pilares insoslayables el consentimiento informado y la proscripción de cualquier forma de explotación.

1.4.2. Padres Comitentes. Esta definición se circunscribe específicamente a la gestación subrogada, refiriéndose a las personas que solicitan el procedimiento para establecer una relación paterno-filial con el niño nacido. Al respecto, Hernández Sánchez (2024) los conceptualiza como aquellos que, invocando derechos reproductivos ante imposibilidades biológicas, proporcionan los gametos para su implantación en el útero de la mujer gestante, configurando su intención parental como eje del acuerdo.

Desde otra perspectiva doctrinal, constituyen la contraparte contractual de la gestante, quien dispone su capacidad reproductiva a cambio de renuncia voluntaria a derechos filiales sobre el menor, regulando aspectos como compensaciones económicas, controles médicos prenatales y transferencia inmediata de custodia postparto (Duran, 2023). Ante la complejidad de estas dinámicas, Molina (2022) enfatiza la necesidad de un marco normativo garantista que proteja desde el origen tanto a los niños, las gestantes como a estos padres intencionales, equilibrando derechos reproductivos con salvaguardas éticas.

Se trata de personas que buscan descendencia más allá de sus posibilidades biológicas naturales, recurriendo a métodos intervencionistas por imposibilidad médica, ya sea en ejercicio derechos reproductivos reconocidos internacionalmente o, en algunos casos, por preferencia personal, tensionando los límites contractuales entre autonomía reproductiva y protección del menor.

1.4.3. Donación de Gametos. La donación de gametos comprende la entrega anónima o identificable de óvulos o espermatozoides a personas o parejas infértiles para facilitar la concepción mediante técnicas de reproducción asistida. Este procedimiento separa la contribución genética de la gestación y crianza, configurando filiaciones intencionales donde el donante renuncia a derechos parentales a cambio de anonimato o compensación económica regulada. (Pennings, 2002)

En contextos de gestación subrogada, posibilita embriones de terceros implantados en úteros no genéticos, tensionando interrogantes sobre el derecho del menor a conocer sus orígenes biológicos (Shenfield et al., 2010).

Donación de óvulos: La donación de óvulos implica la extracción hormonal de células ovulares maduras de una donante, generalmente joven y saludable, para su fecundación in vitro e implantación en receptora infértil. Requiere estimulación ovárica controlada con riesgos médicos como hiperestimulación y síndrome de ovario poliquístico, regulándose contractualmente aspectos como selección donante, compensaciones y anonimato. (Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine, 2013)

En subrogación gestacional, permite maternidades genéticas separadas de la gestación, generando complejidades filiatorias múltiples.

Donación de esperma: La donación de esperma consiste en la provisión de semen criopreservado de varones seleccionados, mediante pruebas genéticas y serológicas, para inseminación artificial o fecundación in vitro. Se realiza en bancos seminales bajo estrictos controles sanitarios, garantizando anonimato del donante y límites en número de nacimientos por donante para prevenir consanguinidad involuntaria. (Harper et al., 2016)

En gestación subrogada, facilita paternidades intencionales desconectadas de la contribución biológica directa, configurando interrogantes sobre identidad genética y herencia cultural del

menor.

1.5. Adopción

1.5.1. Concepto Jurídico. La adopción representa una forma tradicional pero extraordinaria de filiación, sustentada en la voluntad jurídica de integrar a una persona ajena al parentesco biológico como hijo propio, generando idénticos derechos a los de la filiación matrimonial mediante vía estrictamente legal. (Rodríguez Iturri, 2018)

En este sentido, Gallejos y Jara (2012) la conceptualizan como parentesco ficticio que superpone una línea legal sobre la biológica inherente, absorbiendo los atributos del vínculo natural para priorizar el creado jurídicamente.

Esta institución moderna responde a la necesidad de proteger menores en riesgo de desamparo, reconociendo la adopción de facto como realidad social que, sin reconocimiento legal, dejaba desatendidas sus necesidades básicas (Fanzolato, 1998). Al respecto, la jurista peruana Vigil (2014) la define como acto jurídico por el cual se acepta como hijo propio a quien no lo es por naturaleza, configurando una ficción judicial que establece parentesco civil con efectos equiparables a la filiación biológica, generando deberes y derechos mutuos entre adoptante y adoptado.

Así, la adopción materializa un reconocimiento filial voluntario que transfiere la carga parental a quien asume responsabilidades de crianza, equiparando jurídicamente vínculos no consanguíneos a los naturales en protección del menor.

1.5.2. Sujetos de la Adopción. La relación adoptiva requiere de dos partes conscientes de los actos, en primer lugar, está el adoptante, quien debe tener ciertas particularidades como la solvencia moral, que tenga el rango de edad solicitado por la norma (la suma de la edad entre el adoptante y adoptado debe superar los 18 años), consentimiento del cónyuge en caso de

encontrarse casado. La otra parte es el adoptado quien debe aceptar dicho vínculo en caso supere los diez años de edad, que sus padres biológicos acepten la filiación en caso tengan la patria potestad. Una tercera parte que es quien vela por la legalidad del proceso podría decirse que es el juez, pues este aprueba esta aceptación y también evalúa si la solvencia moral del adoptante es apta para aceptar tal responsabilidad frente al adoptado. (Vigil, 2014)

1.5.3. Objeto de la Adopción. Al respecto, Rodríguez Iturri (2018) precisa que el objeto principal de la adopción radica en la creación de parentesco jurídico, aunque impone restricciones como la prohibición para curadores o tutores activos, la existencia de lazos matrimoniales previos o adopciones por personas con fortuna sin inventario de bienes. Por su parte, Valdiviezo y Zamora (2021) enfatizan su dimensión humanista al proporcionar un hogar definitivo a menores vulnerables u huérfanos, integrando protección para desarrollo integral y respuesta social a la orfandad.

En la misma línea, Villacis y Villacrés (2023) destacan que atribuye derechos a niños desprotegidos, incorporándolos a familias estables capaces de satisfacer sus necesidades, conforme a procedimientos legales propios de cada ordenamiento. Así, la adopción surge de principios humanitarios altruistas, evolucionando desde su uso tradicional por infertilidad o conveniencia social hacia una práctica cotidiana de integración familiar, independientemente de limitaciones biológicas de adoptantes o condiciones de los adoptados.

1.5.4. La adopción en el Contexto de la Gestación Subrogada. La adopción y la gestación subrogada configuran mecanismos alternativos de filiación, diferenciándose en su origen y procedimiento jurídico. Mientras la primera opera como ficción legal que integra a un menor ya nacido a un núcleo familiar mediante proceso judicial evaluativo, la subrogación genera el niño mediante contrato reproductivo previo, transfiriendo custodia inmediata postparto a padres intencionales. (Sifris, 2015)

En ausencia de regulación específica, algunos ordenamientos contemplan la adopción post-subrogación: la gestante, reconocida inicialmente como madre por el parto, renuncia derechos filiales, permitiendo adopción por el padre biológico o pareja comitente (Revista Derecho y Sociedad, 2018). Esta vía acoge hipótesis heterólogas donde coexisten maternidades genética y gestacional, tensionando el principio romanista *mater semper certa est*.

Doctrinalmente, la subrogación gestacional se distingue por su dimensión contractual y tecnológica, FIV con embriones de terceros, contrastando con la adopción tradicional que prioriza idoneidad protectora sobre vínculo genético (Horsey, 2015). Ambas tensionan interrogantes sobre identidad del menor, pero difieren en temporalidad: la adopción interviene de forma posterior al nacimiento, mientras la subrogación preconfigura filiación intencional desde la concepción.

1.6. Derechos fundamentales en el Contexto de la Gestación Subrogada

1.6.1. Principios Jurídicos. La gestación subrogada trastoca principios fundamentales como el interés superior del niño, priorizando la voluntad procreacional de los padres intencionales sobre el vínculo biológico tradicional, cuestionando el principio romanista *mater semper certa est* (Jaramillo & Gómez, 2023). Estos principios jurídicos surgieron en contextos pretecnológicos donde la maternidad era indisociable de la gestación, generando tensiones con las técnicas de reproducción asistida contemporáneas.

Otro principio afectado es la primacía de la dignidad humana, particularmente en relación con la madre gestante y el feto. La vulnerabilidad de la gestante, expuesta a riesgos de salud durante el embarazo y condiciones socioeconómicas que motivan su participación, plantea interrogantes sobre explotación potencial en contextos comerciales masivos. (García & Cayuela, 2017)

El principio del conocimiento de la realidad biológica exige que el menor acceda a información sobre su madre gestante, ponderando el vínculo genético con los padres intencionales y la vida familiar preexistente (Godoy, 2022). Así, estos principios demandan adaptación legislativa para armonizar paradigmas tradicionales de filiación con configuraciones familiares modernas derivadas de la gestación subrogada.

1.6.2. Derechos los Niños. El análisis de estos derechos se orienta a dinamizar el interés superior del niño como principio rector con contenidos específicos que protegen vulnerabilidades derivadas de la gestación subrogada. Entendido como derecho autónomo, permite su ponderación con otros resguardos del menor en ámbitos subsiguientes. Al respecto, Suárez et al. (2022) identifican el derecho a vivir en familia como primordial, garantizando un entorno que habilite la libre personalidad y desarrollo integral del niño.

Perspectivas críticas enfatizan la prohibición de mercantilización infantil, vinculada a derechos a la identidad, nacionalidad, filiación y seno familiar sin mediación contractual excesiva. Bajo esta línea de análisis, García Escobar (2024) advierte que la gestación subrogada compromete la identidad del menor ante donantes anónimos y tensiona relaciones familiares cuando carece de vínculos genéticos con los padres intencionales.

Así, el conservadurismo doctrinal representa un obstáculo regulatorio, pero también establece límites necesarios para los padres comitentes, pues la desregulación genera complejidades filiatorias y vulneraciones al menor nacido de estos procedimientos.

1.6.3. Derechos de la Mujer Gestante. Es esencial destacar a la madre gestante, quien porta el feto durante nueve meses, cuya condición vulnerable ha requerido un arduo desarrollo doctrinal para trascender su rol meramente contractual. Derechos como filiación, identidad y prohibición de tratos crueles convergen en la dignidad humana como principio rector,

reconocido por tribunales como fundamento de su autonomía reproductiva y estabilidad personal en la decisión subrogatoria. (Varsi & Mardini, 2021)

Este derecho engloba prerrogativas a la salud reproductiva integral, incluyendo atención médica gratuita durante el embarazo, parto y posparto, así como protección contra riesgos como hiperestimulación ovárica y complicaciones gestacionales (World Health Organization, 2019). En sintonía, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1999) enfatiza la obligatoriedad de garantizar su consentimiento libre e informado, asegurando que el proceso se encuentre exento de cualquier forma de coacción económica o social.

Otro aspecto relevante es el derecho a retribución económica, que cubre gastos derivados del embarazo, mantenimiento de salud, controles prenatales y complicaciones asociadas, compensando riesgos físicos y emocionales más allá de la gratuidad altruista. (Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine, 2020)

1.6.4. Derechos de los Padres Comitentes. Los derechos de los padres comitentes emergen de las técnicas de reproducción asistida que les permiten aportar gametos propios o recurrir a donación ante infertilidad o esterilidad diagnosticadas, estableciendo un nexo genético o intencional con el niño concebido que legitima su filiación legal y mitiga conflictos éticos sobre comercialización infantil. (Emaldi, 2020)

Este derecho de progenitura se configura cuando los comitentes contribuyen material genético para la fecundación o acceden a donación regulada, priorizando su vínculo biológico o procreacional en la determinación parental, fundamentado en la igualdad humana para superar limitaciones biológicas respecto a la reproducción. (Knoppers & Le Bris, 1997)

Otro aspecto fundamental es el derecho a la intimidad familiar, que protege la reserva del procedimiento reproductivo, incluyendo donaciones de gametos, permitiendo su divulgación

exclusiva según la voluntad de la pareja y salvaguardando su privacidad contra injerencias externas (Albéniz, 2020; Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH], 2010).

Extendido a parejas homosexuales, este derecho reconoce su igualdad reproductiva, permitiendo acceso a subrogación o donación para conformar familia, equilibrando autonomía con protección infantil. (Mennesson v. France, 2014)

Instrumentos internacionales consagran la libertad reproductiva ante infertilidad, respaldados por jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que armoniza voluntad procreacional con salvaguardas éticas (European Union Agency for Fundamental Rights, 2022).

CAPÍTULO III: Marco Metodológico

1. Enfoque

Este estudio se clasifica como cualitativo, ya que se fundamenta en la utilización de técnicas cualitativas, como el fichaje, la observación documental y la entrevista. El objetivo es lograr una comprensión profunda e interpretativa de los fenómenos estudiados, centrándose en el significado y las percepciones de los participantes, en lugar de métodos numéricos. De esta manera, el enfoque cualitativo permite explorar, describir y entender la complejidad inherente a los temas abordados en la investigación.

2. Nivel

La profundidad de la investigación se ubica a nivel explicativo, pues este nivel implica un razonamiento argumentativo que busca la explicación y determinación de los fenómenos. Por otro lado, la teoría indica que es esencial plantear hipótesis de investigación que identifique las causas y efectos de los fenómenos estudiados. En el presente estudio se logra dicho nivel a partir de la existencia de niveles de menor profundidad correspondientes a los objetivos específicos, que se desarrollan oportunamente con el fin de alcanzar dicha profundidad y dar lugar a los esperados resultados.

3. Diseño

La investigación adopta el diseño de Teoría Fundamentada, pues se enfoca en la recolección de datos, su análisis y la posterior elaboración de una teoría basada en los datos obtenidos en el estudio. Asimismo, contempla el Estudio de Casos, de los tipos Instrumental y Colectivo, dado que se busca explorar una problemática general a través del estudio de un caso particular, con el fin de obtener información relevante que contribuyera a comprender la situación en su totalidad, más allá del caso específico analizado; y al mismo tiempo analizar múltiples casos

que comparten una misma problemática o situación, pero que involucran diferentes sujetos de estudio (en este caso personas).

4. Métodos

La investigación utiliza el método *Dogmático-Jurídico*, consistente en un análisis de las normas en cuestión, así como de conceptos y doctrina; con el objetivo de describir, interpretar y aplicar los mismos, para la finalidad del estudio. Por otro lado, también se emplea el método de *Derecho Comparado*, examinando las diferencias y semejanzas de la normativa sobre gestación subrogada y concluyendo con un análisis de viabilidad. Sumado a ello, se hizo uso del *método Sistemático*, entendiendo la norma como parte de todo el sistema normativo y en relación a la jerarquía normativa, esta debe estar acorde a la supremacía Constitucional, así como al control y protección garantista internacional.

Finalmente, se emplea el método *Funcional*, el cual, como establece el TC, buscó entender la realidad jurídica en base a la funcionalidad de la realidad misma, en un determinado tiempo y momento histórico, siendo que, debido a los grandes cambios que la sociedad experimenta, provocados por el avance de la ciencia y la tecnología (como lo fue el caso de las técnicas de reproducción humana asistida), surgen nuevas situaciones para las que no se cuenta con normas que las regulen, o en todo caso, no satisfacen plenamente, por lo que se hace necesario que el análisis e interpretación de la normativa se realice teniendo en cuenta dichos cambios. Este método es eminentemente inductivo, dado que se sustenta en la casuística y la jurisprudencia, siendo su objeto de estudio la realidad social jurídicamente relevante, por lo que se analizan ciertos casos polémicos relacionados a la gestación subrogada que se dieron en el país.

5. Población

Para el presente estudio no resulta aplicable la determinación de una población en sentido cuantitativo, en la medida en que la investigación adopta un enfoque eminentemente cualitativo. Si bien se recurre al análisis de casuística, esta es considerada como una fuente formal del derecho (específicamente, doctrina jurisprudencial) y no como sujetos de estudio.

Asimismo, se incorpora la participación de abogados especialistas en derecho constitucional y derecho de familia, en tanto fuentes doctrinarias relevantes, con el propósito de enriquecer el análisis de la problemática abordada. Para la selección de los participantes se emplearon criterios como el grado académico, la especialización en la materia y la disponibilidad para la realización de entrevistas.

En cuanto a la delimitación del grupo de especialistas, se toma como referencia la información institucional del Colegio de Abogados de Arequipa, cuyas comisiones especializadas constituyen espacios formales de agrupación de profesionales con experiencia en áreas específicas del derecho. En ese sentido en el período 2024–2025, la Comisión de Derecho Constitucional cuenta con aproximadamente 30 miembros, mientras que la Comisión de Derecho Civil y Procesal Civil (Familia) registra alrededor de 32 miembros.

Sobre la base de este universo de especialistas, se establece la participación de un total de ocho (8) abogados, distribuidos de manera equitativa entre ambas áreas (cuatro especialistas en derecho constitucional y cuatro en relación al derecho de familia), considerando que, en investigaciones cualitativas, la selección responde a criterios de pertinencia y profundidad del conocimiento más que a la representatividad estadística. Por ende, el número de entrevistados resulta adecuado para la obtención de información especializada y el cumplimiento de los objetivos de la investigación.

6. Técnicas e Instrumentos

TABLA 1 *Técnicas e Instrumentos*

Técnica	**Instrumento**
Fichaje	*Fichas Mixtas*
Observación documental	*Matrices y fichas de observación documental*
Entrevista	*Guía de entrevista*

CAPÍTULO IV: Resultados

1. Análisis de Resultados

1.1. Análisis Normativo de la Gestación Subrogada en el Ordenamiento Peruano

Para comprender el tratamiento jurídico de la maternidad subrogada en el Perú, resulta esencial aplicar la teoría jerárquica de Hans Kelsen, que estructura las normas en pirámide con la Constitución en la cúspide, seguida de leyes, reglamentos y disposiciones inferiores.

Este esquema jerárquico facilita detectar inconsistencias, vacíos normativos o contradicciones en figuras no reguladas como la gestación subrogada.

1.1.1. Aplicación de la Pirámide de Kelsen en el Ámbito de la Gestación Subrogada.

NORMA FUNDAMENTAL

Constitución Política del Perú (1993)

En la cúspide de la pirámide se encuentra la Constitución Política del Perú de 1993, que consagra algunas estipulaciones y derechos fundamentales relevantes para el análisis de la maternidad subrogada:

> ***Artículo 1: Defensa de la persona humana***
>
> *La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado* (Constitución Política del Perú, 1993, art. 1).

Desde esta premisa fundamental, se erige como cimiento de gran relevancia la protección a la dignidad humana como fin supremo del Estado, ya que todo aquello que involucre a la persona exige al Estado no solo actuar como ente protector, sino también como garante y previsor ante posibles situaciones que puedan poner en peligro esa dignidad. Tal es el caso de las TRA, que por su naturaleza excepcional requieren una regulación adecuada, más aún cuando hablamos

de la maternidad subrogada y sus diferentes variantes, donde suelen estar involucradas múltiples partes (padres comitentes, mujer gestante, donantes de gametos). Esta complejidad genera particularidades en cada caso, haciendo probable la existencia de riesgos para todos los intervinientes, pero especialmente para el menor concebido y/o nacido a través de estas prácticas. Por ello, se refuerza el deber del Estado de anticiparse, regular y proteger, priorizando siempre la salvaguarda de la dignidad humana en cada etapa del proceso.

> ***Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona***
>
> *Toda persona tiene derecho:*
>
> ***1.*** *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.* (Constitución Política del Perú, 1993, art. 2, inc. 1)

Este y los siguientes incisos consagran los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, todos de naturaleza *apertus* y de aplicación integral. En este sentido, el inciso primero cobra especial relevancia respecto a la gestación subrogada, ya que determina el reconocimiento y protección del derecho a la vida desde la concepción, así como el derecho a la identidad e integridad en sus tres dimensiones (moral, psíquica y física), y el derecho al libre desarrollo y bienestar. Todos estos derechos se encuentran intrínsecamente vinculados entre sí y, a su vez, a la dignidad humana como valor supremo.

La adecuada y eficiente protección de estos derechos fundamentales es reflejo de un Estado democrático y garantista, que prioriza la tutela efectiva sobre la simple declaración formal de derechos. Específicamente, en el contexto de la gestación subrogada, entendida como una modalidad dentro de las TRA, resulta evidente la implicancia directa de estos derechos tanto para el niño concebido como para la mujer gestante, quienes bajo ningún concepto deben ser

cosificados ni reducidos a simples objetos de un acuerdo o transacción, por lo que, bajo una perspectiva garantista, resulte ineludible excluir todo componente comercial de la práctica.

Asimismo, derechos como la identidad, la integridad y el libre desarrollo hacen su aparición de manera particular en cada caso, pudiendo verse comprometidos negativamente si no reciben una protección adecuada y oportuna. Incluso, el derecho al libre desarrollo se extiende a los padres comitentes, quienes, en virtud de su propio plan de vida, buscan formar una familia y tener hijos, aspiración legítima que no debería verse frustrada por eventuales complicaciones médicas. En esta línea de ideas, el respeto y la protección integral de estos derechos resulta una condición indispensable para cualquier regulación sobre gestación subrogada, debiendo prevalecer siempre el interés superior del menor y la dignidad de todos los involucrados.

> ***2.*** *A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole* (Constitución Política del Perú, art. 2, inc. 2, 1993).

El segundo inciso alude al derecho a la igualdad en todas sus dimensiones y manifestaciones. Esta garantía, reconocida en la Constitución y reforzada por la jurisprudencia de la Corte y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, implica no solo la prohibición de cualquier forma de discriminación (ya sea por razones de origen, sexo, condición económica u otra índole), sino también la obligación de los Estados de generar condiciones reales y efectivas para el ejercicio pleno de los derechos, incluido el acceso a la reproducción asistida como parte fundamental del proyecto de vida y el libre desarrollo de la personalidad.

Desde esta perspectiva, el principio de igualdad convoca al Estado a implementar políticas públicas que permitan a todas las personas, sin distinción, hacer frente a problemas reproductivos, garantizando la posibilidad de formar una familia aun en contextos de infertilidad o esterilidad. De este modo, la igualdad cobra relevancia en la protección y

reconocimiento de los derechos de los padres comitentes, quienes no deben ser discriminados o marginados por sus condiciones biológicas o médicas.

Este derecho también extiende su alcance al niño concebido o nacido mediante TRA, y específicamente mediante gestación subrogada, en tanto no puede ser tratado de manera diferenciada o estigmatizado en razón de la naturaleza de su origen. Mucho menos se le puede atribuir un valor económico que lo reduzca a la condición de "objeto" susceptible de transacción, lo cual contravendría no solo su dignidad sino también el principio de igualdad.

Finalmente, abarca igualmente a la mujer gestante o madre subrogada, cuya condición de mujer no debe ser instrumentalizada ni utilizada como justificante para prácticas abusivas o para perpetuar situaciones de desigualdad. La cosificación del cuerpo femenino en el contexto de la maternidad subrogada representa una manifestación adicional de desigualdad de género, al igual que la invisibilización del varón en casos donde su participación o paternidad es delegada o minimizada. Por tanto, la igualdad ante la ley exige que todas las personas involucradas en el proceso de gestación subrogada, sin distinción alguna, sean respetadas en su dignidad y tengan acceso a una protección real y efectiva de sus derechos fundamentales.

> ***7.*** *Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias* (Constitución Política del Perú, 1993, art. 2, inc. 7).

Este inciso se vincula directamente con la gestación subrogada al hacer referencia a la protección de la intimidad personal y familiar, elementos fundamentales en la conformación y desarrollo de las familias. Si bien la familia tradicional goza de reconocimiento constitucional y es socialmente valorada, ello no excluye la existencia y legitimidad de otras formas de conformación familiar, ya sea por decisión voluntaria de sus integrantes o como resultado de diversas circunstancias externas. Estas configuraciones no pierden su valor, mérito ni derecho a ser reconocidas y protegidas en igualdad de condiciones.

En este contexto, el niño nacido mediante gestación subrogada debe recibir una protección reforzada, garantizando el respeto a su intimidad, identidad y vínculo familiar. Del mismo modo, la mujer, merece especial consideración y resguardo, en atención a su rol y facultad única de gestar.

Es así que la forma en que las personas decidan conformar su familia o ejercer su derecho a la reproducción corresponde exclusivamente a ellas, siempre que se mantenga el respeto a los parámetros legales y éticos vigentes. En este sentido, si la persona opta por recurrir a técnicas de reproducción asistida, debe gozar de la libertad para hacerlo sin ser objeto de cuestionamientos injustificados, garantizando su derecho a la intimidad y al respeto personal.

Por ende, el Estado tiene el deber de proteger estas esferas íntimas, asegurando un ambiente de respeto y confidencialidad que permita a las familias desarrollarse con dignidad, sin discriminación ni interferencias indebidas.

> ***14.*** *A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público* (Constitución Política del Perú, 1993, art. 2, inc. 14).

Este inciso establece una limitación clara y estricta respecto a la posibilidad de celebrar contratos que involucren la vida y el cuerpo de las personas, especialmente cuando existe un componente económico. Bajo esta perspectiva, cualquier acuerdo que comprometa estos bienes jurídicos fundamentales resultaría incompatible con el respeto a la dignidad humana, al derecho a la vida, así como a la integridad física y psicológica de las personas involucradas.

Esta restricción cobra mayor relevancia en el caso de la gestación subrogada, dado que actualmente en el Perú no existe una regulación específica que permita o regule esta práctica; más bien, existe una limitación explícita consignada en el artículo 7 de la Ley General de Salud (Ley N.º 26842, 1997), que establece que la mujer gestante debe ser la misma que aporta el material genético.

En contraposición, en países donde la gestación subrogada se regula de manera permisiva, se emplean contratos específicos para formalizar las relaciones jurídicas entre las partes. Es importante destacar que esta situación entra en conflicto con las prohibiciones constitucionales en el Perú, dado que dichos contratos, como en el caso del estado de California en Estados Unidos, suelen incluir cláusulas de renuncia a la maternidad por parte de la gestante, lo que resulta incongruente con la protección robusta que nuestra Constitución otorga al niño y a la familia.

Asimismo, el artículo 6 del Código Civil Peruano (1984) prohíbe expresamente la contratación que tenga por objeto el cuerpo humano cuando este implique una disminución permanente de la integridad física o cuando sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres, reforzando así la incompatibilidad de estas prácticas con el ordenamiento jurídico nacional. De esta manera, hasta no existir una regulación específica y acorde a los principios constitucionales, la celebración de contratos de gestación subrogada enfrentará un marco legal adverso, condicionado por el imperativo de proteger la dignidad y los derechos fundamentales de todos los involucrados.

> ***21.*** *A su nacionalidad. Nadie puede ser despojado de ella. Tampoco puede ser privado del derecho de obtener o de renovar su pasaporte dentro o fuera del territorio de la República* (Constitución Política del Perú, 1993, art. 2, inc. 21).

Este inciso cobra una relevancia singular al analizar los casos de gestación subrogada llevados a cabo en el extranjero, que generan importantes dificultades jurídicas en cuanto al registro civil y la nacionalidad de los menores, como ocurre en los casos emblemáticos nacionales. (Morán, 2023 y Trujillo y Delfín, 2022)

En estas situaciones, la falta de reconocimiento pleno del vínculo filiatorio nacional ha impedido establecer correctamente el registro de nacimiento y, por ende, la nacionalidad

peruana, lo que deriva en consecuencias graves para los derechos y el acceso a servicios fundamentales de los niños involucrados.

Al no establecerse una regulación para estos supuestos, se expone a estos menores a situaciones de precariedad jurídica, en las que se les niega o demora el goce de los derechos inherentes a su nacionalidad, a pesar de ser hijos de ciudadanos peruanos. Esto se refleja en el caso de Morán, cuyos hijos sólo contaban con un carnet de extranjería teniendo que salir transitoriamente del país cada cierto tiempo, situación que afecta directamente su estabilidad y pleno desarrollo como titulares de derechos.

En aras de salvaguardar el interés superior del niño, resulta imperativo que los procesos de homologación y registro de menores nacidos en el extranjero mediante gestación subrogada sean más eficientes y céleres, superando trabas administrativas y adaptándose a la jurisprudencia constitucional vigente. El Tribunal Constitucional, en reiteradas resoluciones, ha enfatizado que el derecho a la nacionalidad no debe verse condicionado por el modo en que los niños han sido concebidos, garantizando así la igualdad y la no discriminación. La adecuada inscripción y reconocimiento de estos menores protege no solo su identidad legal, sino todos los derechos fundamentales que de ella derivan, siendo una obligación irrenunciable del Estado peruano asegurar estos procedimientos conforme a los estándares internacionales de derechos humanos.

> ***22***. *A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida* (Constitución Política del Perú, 1993, art. 2, inc. 22).

Existe una preocupación legítima respecto a la naturaleza de la concepción mediante TRA, incluyendo la gestación subrogada, especialmente cuando interviene material genético ajeno a los padres comitentes o cuando se configuran diferentes tipos de familias que, por sus

particularidades, pueden afectar el bienestar del niño a largo plazo. Teniendo en cuenta la singularidad de cada caso y cada familia, se busca que estas prácticas no menoscaben el derecho del menor a vivir en paz, a desarrollarse en un ambiente armónico y a disfrutar plenamente de su vida sin que su origen o entorno representen un factor de estigmatización o perjuicio.

Esta inquietud encuentra sustento en la existencia de diversas organizaciones conformadas por personas concebidas mediante donación anónima de gametos, quienes advierten sentirse afectados no solo en el ámbito médico, al desconocer su historial genético y, por ende, verse limitados en el acceso a información crucial para su salud, sino también en el plano psicológico y emocional. Estos individuos manifiestan experimentar una percepción de ser producto de deseos egoístas o decisiones unilaterales de sus padres comitentes, sin que se haya considerado plenamente el impacto que estas circunstancias tendrían en su identidad y desarrollo personal.

Si bien no puede generalizarse la experiencia o el sentir de la totalidad de quienes nacen por estas técnicas, la cantidad significativa de personas que integran estas asociaciones sugiere la existencia de un patrón que no puede ser ignorado y que, por tanto, merece una atención seria. En este sentido, la regulación y supervisión de las TRA, incluyendo la gestación subrogada, debe procurar mecanismos que minimicen estas posibles afectaciones, garantizando la protección integral del menor y promoviendo un ambiente familiar y social que favorezca su bienestar psicológico y físico, así como su derecho a la verdad sobre sus orígenes.

> ***Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio***
>
> *La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.* (Constitución Política del Perú, 1993, art. 4)

Este artículo se dirige de manera directa a la protección de la familia, entendida desde una concepción tradicional, dado que solo reconoce expresamente el matrimonio heterosexual como fundamento de la institución familiar. Sin embargo, es un hecho evidente que existe una diversidad creciente de familias, entre ellas parejas homosexuales, quienes por razones evidentes relacionadas con la incapacidad biológica para gestar (en el caso de parejas formadas por dos varones) recurren a técnicas de reproducción asistida, incluyendo la donación de gametos cuando es necesaria. Esta realidad introduce un factor excepcional, que condiciona también la situación del menor concebido o nacido mediante estas prácticas.

De igual modo, se presentan casos de familias monoparentales, conformadas por individuos que desean tener un hogar propio sin la necesidad de una pareja, quienes igualmente recurren a la reproducción asistida para formar su familia. Aunque este tipo de estructuraciones familiares no encuentran un reconocimiento expreso en la Constitución peruana, en pro de la protección especial y prioritaria del menor, es imperativo que se adopten todas las medidas pertinentes para atender las necesidades y garantizar la protección integral de estos niños.

En este contexto, es claro que los menores concebidos a través de TRA, especialmente cuando incluyen gestación subrogada y donación de gametos, pueden encontrarse en situaciones de particular vulnerabilidad o desventaja, que requieren una atención diferenciada y eficaz por parte del Estado y las instituciones involucradas.

Finalmente, es fundamental enfatizar que el derecho a la reproducción y a la conformación familiar de los padres comitentes debe ejercerse siempre sin menoscabar ni afectar los derechos y garantías de los niños. El interés superior del menor y su dignidad deben prevalecer como principios rectores en cualquier regulación o política pública relacionada con estos ámbitos.

Artículo 6.- Política Nacional de población. Paternidad y maternidad responsables. Igualdad de los hijos

La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir.

En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud.

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.

Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad. (Constitución Política del Perú, 1993, art. 6)

Este artículo subraya la responsabilidad y el deber del Estado respecto al diseño y ejecución de políticas orientadas al bienestar familiar, abarcando tanto la maternidad como la paternidad bajo los principios de responsabilidad y eficiencia. Se pone de manifiesto, además, la protección constitucional que se brinda a la familia y el respeto irrestricto a la autonomía personal, incluyendo, de manera expresa, el derecho de las personas y familias a decidir acerca de las formas y métodos para ejercer su maternidad o paternidad. En este sentido, se reconoce y legitima el acceso a técnicas de reproducción asistida para quienes enfrentan dificultades reproductivas o condiciones que les impiden concebir de manera natural, reafirmando así los derechos reproductivos en su más amplio alcance.

Por otro lado, entendernos la paternidad responsable como señala Rioja (2018) considera aquel derecho que tiene la pareja (o la persona) para decidir libre y responsablemente sobre el número

de hijos que desea tener, el momento oportuno para ello y el modo de ejercer su crianza. Asimismo, señala que este status de padre implica la protección, cuidado de la salud y respeto al menor; estos mismos parámetros y exigencias se proyectan y deben considerarse de igual manera en los casos en que los hijos son concebidos a través de gestación subrogada, incluyendo la planificación futura y las eventuales consecuencias de las decisiones adoptadas por los padres comitentes: toda afectación o perjuicio derivado recaerá íntegramente bajo la responsabilidad de quienes decidieron recurrir a estas prácticas, independientemente de la naturaleza de la filiación.

Por último, el énfasis en la igualdad de los hijos configura una manifestación concreta de la dignidad humana en el ámbito familiar, pues a diferencia del pasado, donde se imponían distinciones injustas entre hijos por su origen o filiación, hoy está plenamente prohibida cualquier diferenciación de este tipo en documentos oficiales, resguardando así la igualdad real y simbólica de todos los niños, sin importar el modo de su concepción o constitución familiar. Esta garantía no sólo previene la estigmatización de quienes deciden formar una familia de manera no convencional, sino que protege de manera especial a los menores nacidos mediante gestación subrogada y/o con el uso de gametos donados, asegurando en todo caso su plena integración, reconocimiento y respeto en el entorno jurídico y social.

> ***Artículo 9.- Política Nacional de Salud***
>
> *El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.* (Constitución Política del Perú, 1993, art. 9)

Se establece constitucionalmente que es Estado se encarga de las políticas nacionales de salud y el acceso a las misma. En este sentido la regulación vigente resulta insuficiente, pues la Ley

General de Salud (Ley N.º 26842, 1997), en su artículo 7, menciona únicamente de manera limitada a las TRA, sin ofrecer directrices claras ni especificaciones que contemplen todas las aristas de su aplicación. De esta manera, por mandato constitucional, el Estado debería profundizar y precisar mucho más la regulación relativa a las TRA, especialmente a la gestación subrogada, para evitar ambigüedades o vacíos que permitan interpretaciones equívocas, e incluso la presencia de una prohibición tácita no formalizada respecto a la gestación subrogada.

De igual modo, las Guías de Práctica Clínica y de Procedimientos del Servicio de Medicina Reproductiva, aprobadas por la R.D. N° 139-2021-DG-INMP/MINSA, tampoco contemplan disposiciones específicas sobre la gestación subrogada: no la definen, no la prohíben ni la sancionan, ni adoptan medidas coherentes con los desafíos reales de la práctica en el ámbito de la salud nacional. Este vacío normativo contrasta con las soluciones adoptadas en países que han optado por marcos regulatorios explícitos y detallados. A pesar de ello, en la práctica, y a través de la jurisprudencia nacional, se termina reconociendo la existencia y realización de la gestación subrogada en territorio peruano, lo que testifica una realidad social y médica que desborda la escasa normativa existente. No obstante, este reconocimiento jurisprudencial no implica ni sustituye la necesidad de un cambio normativo de fondo: la ausencia de un marco regulatorio claro y favorable perpetúa la incertidumbre jurídica y la indefensión tanto de los usuarios como de los profesionales de salud que intervienen en estos procedimientos.

Resulta así evidente que la función estatal, según lo establece el presente artículo, exige avanzar decididamente hacia una regulación específica y pormenorizada de las técnicas de reproducción asistida, incluyendo la maternidad subrogada, a fin de brindar certeza, equidad y protección efectiva a todas las personas involucradas, conforme a los principios constitucionales de acceso universal y no discriminación en la salud.

Artículo 44.-Deberes del Estado

Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. (Constitución Política del Perú, 1993, art. 44)

Respecto a la práctica de la gestación subrogada la ausencia de un marco legal específico y la falta de limitaciones claras colocan en una situación de desprotección varios derechos fundamentales de las partes involucradas. Esta omisión afecta especialmente a las mujeres gestantes y, de manera aún más crítica, a los niños concebidos y nacidos por medio de esta práctica, quienes se encuentran en condición de especial vulnerabilidad.

Al ignorase esta ausencia normativa, se perpetúa este estado de precariedad y vulneración existente. que compromete el cumplimiento del deber estatal de garantizar el respeto íntegro a los derechos humanos de todos los actores implicados. Es decir, el Estado estaría incumpliendo su obligación constitucional de velar por la protección efectiva de estos menores, o de las mujeres gestantes, incluso de los padres comitentes o de los donantes de gametos, en función de las particularidades de cada caso.

Artículo 52.- Nacionalidad

Son peruanos de nacimiento los nacidos en el territorio de la República. También lo son los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente, conforme a ley (Constitución Política del Perú, 1993, art. 52).

Este artículo refleja el vínculo fundamental que une a la nación con sus ciudadanos, estableciendo claramente las condiciones para la adquisición de la nacionalidad peruana por nacimiento. En este contexto, resulta imprescindible que los procedimientos relacionados con

el reconocimiento de la nacionalidad de los hijos de peruanos nacidos en el extranjero se desarrollen de manera eficaz y expedita, sin que la naturaleza de su concepción o nacimiento afecten sus derechos inherentes derivados de dicha nacionalidad. Este principio cobra especial relevancia en casos como el de Morán (TC, 2023), en el que, debido a dificultades para concretar su registro civil, los niños con derecho legítimo a la nacionalidad peruana vieron limitados el pleno disfrute de sus derechos fundamentales. Esta situación generó una serie de complicaciones adicionales, que se vieron agravadas por la necesidad de recurrir a un largo proceso judicial para regularizar su situación.

Considerando el carácter excepcional de estos supuestos, es imprescindible que el Estado implemente políticas eficaces, ágiles y coordinadas que faciliten y garanticen el reconocimiento oportuno de la nacionalidad a estos menores, en estricta consonancia con las disposiciones legales nacionales vigentes. De esta forma, se garantizará la protección plena de sus derechos fundamentales, evitando situaciones de precariedad jurídica y contribuyendo así a la cohesión social y al respeto del principio del interés superior del niño.

> ***Artículo 55.- Tratados***
>
> *Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional* (Constitución Política del Perú, 1993, art. 55).

La Constitución peruana otorga a los tratados internacionales celebrados por el Estado un rango equivalente al de ley dentro del ordenamiento jurídico nacional, reforzando con ello la obligación estatal de respetar y garantizar los derechos humanos fundamentales reconocidos por dichos instrumentos. Esta disposición implica que el Perú debe adaptarse a los avances tecnológicos y sociales actuales que afectan directamente la vida de las personas, como es el caso de las TRA, con especial mención a la modalidad de gestación subrogada.

En consecuencia, muchos países han avanzado en la regulación específica de la gestación subrogada, optando por permitirla, restringirla o prohibirla, pero siempre procurando evitar la ausencia normativa, este marco legal idealmente debe proteger los derechos fundamentales de todos los involucrados: niños, mujeres gestantes, padres comitentes y demás actores. De este modo, la regulación debe responder de manera congruente con los principios y valores que cada Estado sostiene como base de su sociedad y de su sistema jurídico nacional.

El reconocimiento constitucional de los tratados como parte del derecho peruano implica que aquellos instrumentos internacionales de derechos humanos a los que Perú está suscrito deben estar presentes como pautas orientadoras y vinculantes para la elaboración y aplicación de cualquier norma o política pública, incluyendo las relativas a las prácticas reproductivas, garantizando siempre el respeto a la dignidad humana, la protección integral y el interés superior del niño.

NORMAS CON RANGO DE LEY

El segundo nivel de la pirámide incluye leyes ordinarias que podrían vincularse con la maternidad subrogada, aunque de forma indirecta o insuficiente:

Código Civil Peruano (1984):

1) Persona humana y derechos fundamentales

El Código Civil peruano se cimienta de forma estricta en la teoría concepcionista, estableciendo que la vida humana comienza desde el momento de la concepción, y, por ende, el concebido es considerado sujeto de derechos, condicionado siempre a que nazca con vida. (Código Civil del Perú, 1984, art. 1)

Esta premisa adquiere una relevancia particular en el contexto de las TRA, pues implica que los procesos destinados a lograr la concepción seguida de la implantación y el embarazo exitoso deben respetar a los concebidos como sujetos de derecho, no como meros objetos de

experimentación, error o repetición de procedimientos. En esta línea de ideas, no podemos pasar por alto la situación de los embriones restantes en los procesos de fecundación in vitro, cuya condición trae consigo tensiones éticas y jurídicas. Un sector plantea su posible donación, mientras otro argumenta que, por tratarse de personas humanas en potencia, y no simples partes del cuerpo susceptibles de disposición, su destino debería asimilarse más a una adopción que a un acto de mera entrega voluntaria. Este escenario revela una problemática aún más compleja y delicada, que también permanece sin regulación específica actualmente.

En relación específica con la gestación subrogada, este mismo criterio debe prevalecer, señalando que cualquier acción que implique la comercialización de niños vulnera de forma grave y directa sus derechos fundamentales. Así, el concebido y nacido por estas prácticas merecen la protección integral que le reconoce el ordenamiento jurídico, sin ser sometido a condiciones que atentaran contra su dignidad o derechos inherentes.

Por otra parte, el artículo 5 del Código Civil peruano (1984) establece la irrenunciabilidad de los derechos fundamentales, principio que se aplica con particular énfasis en el caso de los menores concebidos y nacidos mediante gestación subrogada, garantizando que sus derechos a la vida, integridad y dignidad sean protegidos sin posibilidad de renuncia o cesión. Asimismo, esta irrenunciabilidad de derechos se extiende a la mujer gestante, a quien se debe respetar plenamente en su integridad física, psíquica y moral, así como en su honor y dignidad. La mujer que presta su vientre no puede ser tratada como un simple contenedor, sino como una persona completa y autónoma, cuya voluntad, derechos y bienestar deben ser salvaguardados en todo momento.

Finalmente, cada caso particular puede involucrar situaciones adicionales de vulneración de derechos, que deben ser identificadas, analizadas y atendidas de manera cuidadosa, considerando sus circunstancias concretas, incluso si existen normas legales que regulen la disposición del cuerpo humano. En este sentido, la protección integral y respetuosa de todos

los sujetos involucrados en el proceso reproductivo debe ser el norte en la regulación y práctica de las TRA y la gestación subrogada.

2) <u>Disposición del propio cuerpo y la donación de órganos</u>

Los Art. 6 y 7 del Código Civil peruano (1984) en lo referido a la mujer gestante, estos artículos señalan que la disposición del cuerpo estaría limitada cuando implica una compensación económica, pues ello atentaría contra la moral y las buenas costumbres. Además, el embarazo supone un riesgo significativo para la salud y un desgaste físico importante. Asimismo, la donación de gametos, aunque no regulada aún, debe considerarse dentro del ámbito de la disposición del cuerpo y órganos, ya que se trata de células reproductivas cuya cesión puede conllevar responsabilidades parentales y filiación, dado que generan una vida humana con derechos fundamentales propios, razón por la que no se puede tratar este material genético a la ligera, pues implica consecuencias jurídicas trascendentes.

Respecto a esta disposición, la postura de Mosquera (2006) señala que una persona plenamente consciente puede, motivada por razones humanitarias, donar parte de su cuerpo para salvar una vida. Sin embargo, es fundamental que estos actos sean realizados de manera gratuita, sin ánimo de lucro, ya que la naturaleza humana impide que órganos, tejidos o sustancias corporales tengan un valor económico. Asimismo, esta disposición guarda congruencia con lo establecido en el artículo 8 de la Ley General de Salud (Ley N.º 26842, 1997).

Es importante resaltar también que este artículo no hace mención alguna a lo referido a la cesión de gametos para su uso en TRA. Si bien la donación de células reproductivas no afecta la integridad física del donante, dado que, al igual que la sangre, estos elementos son regeneradas por el cuerpo humano. El conflicto principal se encuentra en las implicaciones éticas y como mencionamos líneas arriba, en la existencia de consecuencias legales, sobre todo en lo que

concierne a la comercialización de estas células de vida y en la futura concepción de un hijo biológico para el donante por el uso de las mismas.

El término "donación" se utiliza comúnmente para referirse a los trasplantes de órganos, entendiendo esta como la transferencia gratuita de la propiedad de un bien que es susceptible de valoración económica y, en consecuencia, está sujeto al comercio, pudiendo comprarse, venderse y contratarse. (Código Civil del Perú, 1984, art. 7)

Sin embargo, cuando hablamos del cuerpo humano, no puede aplicarse esta lógica patrimonial, ya que el cuerpo está excluido del mercado y no puede valorarse en términos monetarios. Asignar un valor económico al cuerpo humano implica desnaturalizar su esencia, reduciendo al ser humano de un fin en sí mismo a un medio para obtener beneficios, lo que sería una forma de denigración. En ese sentido, el ser humano no tiene derecho de propiedad sobre su propio cuerpo, pues el derecho de propiedad solo corresponde a cosas tangibles y atribuir la calidad de propiedad a una persona sería cosificarla, lo cual es incompatible con el respeto a la dignidad humana. (Mosquera, 2006)

Atendiendo a lo expuesto, atribuir un valor económico a la capacidad gestacional de la mujer que presta su vientre equivale a reducirla a un mero recipiente al servicio de intereses ajenos, lo que implica una cosificación que vulnera gravemente su dignidad e integridad. Aunque su capacidad gestacional no se desprende físicamente como en el caso de un trasplante de órganos, sí la expone a la disposición de terceros; en este sentido, la maternidad subrogada altruista se alinea con el propósito establecido en la ley, sustentado en razones filantrópicas y en la libre disposición de su cuerpo con un fin humanitario. Por otro lado, el lucro derivado de la donación, ya sea de gametos o embriones, contraviene los principios de gratuidad y solidaridad humanitaria que deben regir estas prácticas, especialmente cuando intervienen intereses comerciales que distorsionan su naturaleza y finalidad ética.

3) <u>Nombre y registro</u>

Los artículos del 20 al 22 de Código Civil peruano (1984), regulan lo relativo al nombre y apellidos, aspectos cruciales que individualizan a la persona y se vinculan de manera inseparable con el derecho fundamental a la identidad, por ende, con la dignidad humana. El artículo 20 señala que el hijo llevará como apellidos el primer apellido del padre y el primero de la madre, configurando un sistema tradicional donde el orden prevalece, aunque en los últimos años han existido propuestas y jurisprudencia sobre la flexibilización del orden de los apellidos para atender principios de igualdad y no discriminación, como la posibilidad de invertir el orden a solicitud de los padres, la regla general sigue asociando el régimen de apellidos a una pareja heterosexual, no permitiéndose que se inscriban con apellidos de una pareja del mismo sexo, como evidencian casos recientes (Trujillo y Delfín, 2022), donde la inscripción con apellidos de ambas fue negada, reflejando aún la resistencia en el marco legal hacia las diversas formas familiares contemporáneas.

Cuando la inscripción es realizada por un solo progenitor, es necesario que esta se corrobore adecuadamente. En la práctica, considerando que la mayoría de los nacimientos ocurre en establecimientos médicos, el registro tiende a ser expedito, apoyándose en el principio jurídico *mater semper certa est*, según el cual la maternidad es siempre cierta y recae de forma exclusiva sobre la mujer que da a luz al recién nacido, situación que minimiza cuestionamientos iniciales. No obstante, las dificultades emergen en situaciones excepcionales, como aquellas derivadas del uso de TRA, especialmente en casos de gestación subrogada, donde la mujer que da a luz no mantiene un vínculo biológico con el menor, complicando la inscripción y el reconocimiento legal del nacido.

Por otro lado, el artículo 21 del Código Civil peruano (1984) en su último párrafo, otorga a la madre el derecho a inscribir al hijo con sus apellidos cuando no revele la identidad del padre. Esta disposición generó controversias públicas y jurídicas, particularmente a raíz del caso

Morán (2023), donde se debatió la razonabilidad de que este derecho sea exclusivo de la madre, planteándose que, en base al principio de igualdad, debería extenderse también al padre que omita revelar la identidad de la progenitora. Este caso cobra mayor relevancia en el contexto de la gestación subrogada, ya que, aunque la práctica se realiza legalmente en países como Estados Unidos, donde existen contratos específicos, clínicas especializadas, renuncia formal de la maternidad por parte de la gestante, y el uso de donantes anónimos dificulta establecer la identidad biológica de la madre, además de que dichos contratos suelen incluir cláusulas de confidencialidad y anonimato total, elementos incompatibles con la legislación peruana.

Eventualmente en este caso, el TC falló a favor de Morán, estableciendo un precedente jurídico en la materia, al permitir la inscripción de los menores con sus propios apellidos y, priorizando el interés superior del menor y el derecho a la identidad sobre formalismos contractuales o técnicos. (Tribunal Constitucional, 2023)

El artículo 22 del Código Civil peruano (1984), respecto a los nombres del adoptado, se establece el mismo derecho a llevar los apellidos de los padres adoptantes, reflejando el principio de igualdad entre los hijos, al no discriminar entre hijos matrimoniales, extramatrimoniales, biológicos o adoptados, garantizando así su derecho a la identidad y dignidad. Desde el punto de vista doctrinal y práctico, la adopción se ha propuesto como un mecanismo idóneo para la filiación en casos donde intervienen donantes anónimos, usualmente cuando uno de los progenitores comitentes no es biológico. Aunque esta vía no está aun plenamente consolidada en la legislación peruana, cobra gran sentido en escenarios como las familias homoparentales formadas mediante TRA, donde puede ocurrir que ninguno o solo uno de los padres sea biológico. En tales casos, el recurso a la adopción como medio para establecer legal y registralmente la filiación sería la opción más lógica y coherente, favoreciendo la protección integral del menor y su reconocimiento pleno en el ámbito legal y social.

4) <u>Adopción y paternidad extramatrimonial</u>

Adentrándonos nuevamente en el tema de la adopción como forma de filiación en casos donde el material genético para TRA sea donado, es importante mencionar este tema puesto en los artículos 377, 378, y 379 de Código Civil peruano (1984) se establece su tramitación y requisitos, mismos serían aplicables a quien desea formar una familia aunque no tengan lazos consanguíneos con el niño concebido o en planes de gestación, pues dichos requisitos buscan garantizar el bienestar integral del niño y la legitimidad de la filiación adquirida.

En el contexto de la donación de gametos, surgen complejidades particulares porque dichos materiales genéticos, ya sean de donantes anónimos o conocidos, se destinan expresamente a engendrar una nueva vida, un ser humano titular de derechos. Así, la pregunta inevitable es: ¿dónde y cómo se incorpora el conocimiento y consentimiento del padre biológico (donante) respecto al uso de su material y la filiación establecida con los padres comitentes? La donación conlleva un consentimiento informado, pero frecuentemente se maneja con ligereza, sin considerar plenamente las implicancias jurídicas, sociales y emocionales que la constitución de la nueva familia implica. Es donante otorga su material genético sabiendo que será empleado para engendrar una vida humana. Sin embargo, el alcance de su conocimiento y consentimiento respecto a las consecuencias jurídicas y afectivas que esto implica, en especial la filiación, puede ser reducido o ambiguo, esta situación requiere una reflexión profunda, pues no se puede trivializar el hecho de que está participando directamente en el origen de un sujeto de derechos, aunque sea de manera pasiva.

En este punto parece importante resaltar el artículo 402 del Código Civil peruano (1984), que regula la declaración judicial de paternidad extramatrimonial. En este artículo se contempla, entre otros supuestos, el reconocimiento de la filiación a través de pruebas genéticas como el ADN. Esto implica que, si una persona concebida mediante donación de gametos accede o descubre la identidad de su progenitor o progenitores biológicos, tiene derecho a exigir el

reconocimiento de su filiación legal. De este modo, estos casos no estarían exentos del ámbito jurídico de la paternidad extramatrimonial, que puede aplicarse para proteger tanto al menor como para regularizar las relaciones filiales conforme a la realidad genética y social.

Por lo expuesto, la filiación en casos de donación de material genético y gestación subrogada no puede limitarse exclusivamente al cumplimiento del deseo reproductivo de los padres comitentes. Si bien la normativa actual del Código Civil peruano brinda herramientas legales para el establecimiento de la filiación a través de la adopción y declaración judicial de paternidad extramatrimonial, el escenario contemporáneo de las TRA exige considerar el impacto en la identidad y el bienestar del niño, considerado sujeto de derechos desde la concepción. (Código Civil peruano, 1984, arts. 1 y 5)

Por lo que es imprescindible avanzar hacia una regulación específica que contemple los derechos tanto de los donantes como de los padres comitentes y, sobre todo, del niño concebido, garantizando la transparencia, el conocimiento de la propia identidad y el reconocimiento jurídico adecuado, aspectos fundamentales para su desarrollo integral y ejercicio pleno de sus derechos.

5) Cuestiones contractuales

5.1) Requisitos del acto jurídico

En cuanto al ámbito contractual, la normativa civil vigente provee las estructuras fundamentales para evaluar la validez de estos acuerdos. Al respecto, el 140 del Código Civil peruano (1984), la existencia de la voluntad como requisito primigenio, la cual debe expresada claramente; sin esta manifestación es imposible la formación del acto jurídico. La voluntad manifestada debe reflejar la intención real del sujeto en cuanto a alcanzar los resultados deseados, de modo que haya una correspondencia entre lo expresado y lo que realmente se quiere. Si no se buscan efectos jurídicos concretos, entonces el suceso permanece como un

hecho jurídico, no como un acto jurídico. Este último solo ocurre cuando el hecho jurídico es realizado de manera voluntaria, lícita, con una voluntad explícita y coherente con los efectos que se pretenden generar.

Para establecer un acuerdo sobre gestación subrogada, la voluntad de las partes debe resultar indubitable, especialmente en el caso de la mujer que presta su útero, cuya situación escapa al control absoluto. En numerosos supuestos existe el riesgo de que no se encuentre plenamente convencida de asumir el embarazo comprometido o que se arrepienta durante su desarrollo, lo que evidencia una voluntad inestable sujeta a factores externos e intrapersonales. Si bien en bienes materiales el incumplimiento de un acto jurídico genera impactos predominantemente económicos, la implicancia de la vida humana exige reglas diferenciadas, que no pueden limitarse a un mero documento formal para garantizar la seguridad jurídica.

En esta misma línea argumentativa, resulta relevante examinar los requisitos de validez, comenzando por el objeto física y jurídicamente posible. El objeto comprende aquello sobre lo cual recae la manifestación de voluntad de las partes, es decir, el bien, la conducta que se ejecuta, se realiza o se omite en virtud del acuerdo, pudiendo tratarse de una cosa física, un derecho, una obligación o una abstención. En el contexto de la gestación subrogada, dicho objeto consistiría en la exitosa conclusión del embarazo y el alumbramiento subsiguiente, el cual debe perseguir un fin lícito como elemento de validez.

En este sentido, Compagnucci (2002), precisa que el motivo determinante de la celebración del acto jurídico debe ser lícito, sin contrariar normas imperativas ni de orden público, ni vulnerar las buenas costumbres, a fin de que los efectos pretendidos encuentren amparo en el ordenamiento jurídico.

5.2) Obligaciones y régimen contractual

El siguiente capítulo del derecho de obligaciones de nuestro ordenamiento contempla artículos complementarios que permiten examinar la viabilidad de estos convenios. Al respecto, el artículo 1148 del Código Civil peruano (1984), regula aspecto como: plazo, modo y ejecución, en este contexto estaríamos frente a una obligación de hacer establecida por la naturaleza de la gestación subrogada, en ese sentido el referido artículo, versa sobre el plazo que debe estar sujeto a la naturaleza de la obligación y cumplirse en este, estas estipulaciones en caso de la maternidad subrogada no se pueden tomar textualmente para adecuarse a esta situación, dadas las evidentes peculiaridades de la gestación subrogada.

En el capítulo de contratos del Código Civil peruano se visualiza de manera más amplia la figura contractual, adaptada al contexto de la gestación subrogada como instrumento vital para el cumplimiento de un posible acuerdo entre los implicados, orientado al éxito de la gestación y la posterior entrega del menor a los padres comitentes.

Los artículos 1351 y 1355 del mismo cuerpo normativo, precisan la concepción del contrato en el ámbito nacional, estableciendo este último limitaciones por razones éticas, de interés social y público. Surge aquí una disyuntiva con la maternidad subrogada, configurada como contraria a las buenas costumbres y la ética, además de no estar contemplada en la legislación nacional, lo que genera un conflicto normativo evidente.

En este apartado se reitera la licitud de la obligación como elemento esencial en la conformación de los contratos, conforme al artículo 1403 del Código Civil peruano (1984). Asimismo, entre las nominaciones contractuales, la locación de servicios resulta la más adecuada para un acuerdo de gestación subrogada, dado que presenta características afines a esta figura.

5.3) Locación de servicios como nominación afín

Es así que el acuerdo de gestación subrogada podría analizarse a través de estos preceptos; no obstante, pese a tales precedentes, no podría considerarse materia contractual válida en el país, pues atenta contra valores y costumbres fundamentales de la sociedad peruana. Los artículos 1764 al 1770 del Código Civil peruano (1984) regulan esta figura, incluyendo el carácter personalísimo de la prestación, lo que evidencia la vinculación íntima entre la gestante y el concebido, además de prever pago, retribución, plazo y conclusión anticipada.

En este sentido, la locación de servicios se configura como la nominación más afín a un contrato de gestación subrogada, obviando su carácter excepcional como técnica de reproducción asistida. A pesar de ello, persisten límites éticos, sociales y jurisdiccionales que impiden su instauración o congruencia con el marco contractual nacional.

6. La Gestación Subrogada en el ámbito del Derecho Internacional Privado

6.1) Límites de orden público

En el ámbito del Derecho Internacional Privado peruano, la gestación subrogada realizada en el extranjero se analiza a la luz de los límites de orden público y buenas costumbres previstos en los artículos 2049 y 2050 del Código Civil peruano (1984). Cuando el contrato o la sentencia extranjera que reconoce la filiación derivada de una gestación subrogada es traída al Perú (vía inscripción, control registral o exequátur), la autoridad debe verificar, en primer término, si su contenido resulta compatible con el orden público internacional peruano y con las buenas costumbres; de no serlo, la norma extranjera aplicable o el efecto pretendido se excluye y se aplican directamente las normas internas. En este sentido, un contrato de subrogación válidamente celebrado en un país donde está permitido no se incorpora automáticamente al ordenamiento peruano si se aprecia que vulnera principios estructurales como la dignidad de la

mujer gestante, la prohibición de mercantilizar al niño o la configuración constitucional de la familia.

El ya referido artículo 2050 introduce, sin embargo, un criterio relevante de reconocimiento de situaciones jurídicas ya consolidadas en el extranjero: todo derecho regularmente adquirido bajo un ordenamiento extranjero competente puede desplegar efectos en el Perú siempre que no contradiga el orden público internacional ni las buenas costumbres. Trasladado a la gestación subrogada, esto implica que la filiación establecida por una autoridad extranjera (por ejemplo, una sentencia o un certificado registral que reconoce como padres legales a los comitentes) puede ser homologada y servir de base para el registro en el Perú, si se considera que respeta el interés superior del niño, no supone explotación de la gestante y se alinea con los principios de protección de la infancia y de la familia reconocidos en la Constitución.

En la práctica, cuando se pide la inscripción del nacimiento en el registro peruano o el reconocimiento de una decisión extranjera, el juez o el registrador debe ponderar estos límites: si concluye que la situación es compatible con el orden público internacional (por ejemplo, porque protege la identidad del menor, su derecho a una familia y no encubre una compraventa de niños), procede a reconocer el derecho adquirido y a ordenar o permitir la inscripción; si, por el contrario, aprecia una lesión grave de la dignidad humana o una instrumentalización de la mujer o del niño, puede denegar la eficacia en el Perú y aplicar el derecho interno, incluso reconduciendo el caso a vías como la adopción o al régimen general de filiación.

6.2) Matrimonios homosexuales y contratos subrogatorios

En el supuesto de matrimonios homosexuales celebrados válidamente en el extranjero, la normativa peruana reconoce su validez según la ley del lugar de celebración, pero genera incompatibilidad al no contemplarlos en el ordenamiento nacional. Esta situación complica la filiación de menores nacidos mediante técnicas de reproducción asistida con participación de

donantes, como se observa en casos como Delfín-Trujillo o Morán, donde el registro registral enfrenta obstáculos: el monoparental se resuelve mediante aplicación similar del artículo 21 del Código Civil peruano (1984) para inscribir con apellidos propios, mientras la coparentalidad homosexual colisiona con la incongruencia de dos apellidos maternos en el sistema nacional, motivando recurso ante la CIDH.

Asimismo, los contratos de gestación subrogada celebrados en el exterior carecen de validez en territorio peruano por ausencia de regulación específica y por atentar contra la moral y buenas costumbres de la sociedad, agravado cuando involucran padres homosexuales, cláusulas de remuneración, renuncia de la gestante y donantes anónimos, además de confidencialidad sobre clínicas y participantes. Estas disposiciones configuran abusos contra el menor, vulnerando derechos fundamentales desde su concepción, como en el caso de Morán donde el contrato estadounidense impedía revelar la progenitora, sin que el derecho peruano pueda ignorar acuerdos válidos en su origen.

No obstante, resulta necesario implementar un mecanismo de homologación similar al exequátur para los casos de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero, a fin de garantizar el reconocimiento de sus derechos fundamentales y demás efectos jurídicos derivados de su filiación, evitando que el niño resulte afectado por decisiones adoptadas por terceros. Sin embargo, dicho mecanismo también debería incorporar criterios de control que impidan legitimar prácticas de carácter mercantil o situaciones contrarias a la dignidad humana que puedan incrementar escenarios de vulnerabilidad. Según Varsi Rospigliosi (2019), en parejas homosexuales el progenitor biológico o con posesión monoparental podría inscribir directamente, mientras la coparentalidad requeriría demanda judicial de filiación extramatrimonial, priorizando el interés superior del niño sobre el silencio normativo local.

Ley General de Salud (Ley N.º 26842, 1997):

En el ordenamiento peruano, la única referencia normativa a las técnicas de reproducción asistida se localiza en el artículo 7 de la Ley General de Salud (Ley N.º 26842, 1997), que reconoce el derecho a tratar la infertilidad mediante estas técnicas bajo la condición estricta de que la madre genética y gestante coincidan en una misma persona, exigiendo consentimiento escrito de progenitores biológicos y prohibiendo fecundaciones con fines no procreacionales o clonación humana. Esta disposición resulta marcadamente limitativa al no desarrollar reglamentación específica ni protocolos médicos, lo que genera interpretaciones doctrinales sobre una prohibición implícita de la gestación subrogada, aunque carece de sanciones expresas para prácticas alternativas.

Esta laguna normativa afecta derechos fundamentales más allá del menor, incluyendo a las madres gestantes expuestas a vulnerabilidades volitivas, estados de necesidad subjetiva e integridad física-psicológica comprometida. Para los niños, incide en derechos a la identidad y dignidad, particularmente cuando embriones supernumerarios o factores económicos instrumentalizan la vida embrionaria como materia técnica al servicio de demandas comitentes, configurando deshumanización reproductiva.

La ausencia de legislación específica sobre gestación subrogada genera vacío normativo que permite su práctica social sin prohibición expresa, conforme al informe de investigación de la DIDP, desarrollado para el Congreso de la República por Estrada Mora (2018), quien identifica en el artículo 7 de la Ley General de Salud una restricción tácita. En este contexto, se aplican principios jurídicos como *"Lo que no está prohibido, está permitido"* y *"Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que la ley no prohíbe"*, habilitando libertad de acción ante silencio legislativo y evidenciando la necesidad de regulación detallada para prácticas evolutivas que generan conflictos sobre derechos fundamentales.

Desde otra perspectiva, esta postura es contraria a lo señalado por juristas como el Magistrado del TC, Gutiérrez Ticse (2023) en su voto singular para la sentencia del EXP. N.º 00882-2023-PA/TC, el cual difiere de nuestra opinión, señalando que la maternidad subrogada está prohibida en Perú por el artículo 7 de la Ley General de Salud, dado que la misma refiere únicamente a la posibilidad de brindar TRA a la madre biológica en su propio cuerpo, añade que esta práctica atenta contra la moral y buenas costumbres y que por el modelo familiar establecido constitucionalmente es imposible aceptarla o desarrollarla.

Código de los Niños y Adolescentes (Ley N.º 27337, 2000)

Este cuerpo normativo engloba la protección integral del niño peruano, entre todas sus estipulaciones se resaltan como directrices generales las siguientes:

1) **Protección a la vida desde la concepción** (CNA, 2000, art. 1).

En el contexto de la gestación subrogada este apartado garantiza la vida e integridad del concebido, protegiéndolo contra experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su desarrollo físico o mental. En gestación subrogada, esta norma tensiona prácticas como fecundación in vitro con embriones supernumerarios, destinados a descarte o congelación indefinida, configurando manipulación embrionaria que vulnera la dignidad del concebido al tratarlo como medio reproductivo seleccionable, priorizando voluntad parental sobre integridad biológica inherente.

2) **Identidad y filiación registral** (CNA, 2000, arts. 6-7).

El derecho a la identidad comprende nombre, nacionalidad, conocimiento de padres y apellidos, obligando al Estado a preservar inscripciones y restablecer identidades alteradas. (CND, 2000, art. 6). Este artículo está estrechamente vinculado al art. 7 de CDN (2000), sobre la inscripción inmediata post-nacimiento con identificación dactilar materna, la subrogación genera conflicto: la madre gestante figura inicialmente en partida, requiriendo renuncia

posterior para filiación comitente, lo que altera identidad del menor y expone a procesos judiciales prolongados que privan nacionalidad e identidad registral oportuna.

3) **Familia y no separación** (CNA, 2000, art. 8).

Este artículo consagra el derecho del niño a vivir y desarrollarse dentro de su familia natural o, en su defecto, en un entorno familiar adecuado, prohibiendo su separación salvo en situaciones excepcionales orientadas a su protección. En ese contexto, la gestación subrogada de carácter contractual puede generar tensiones respecto de dicho principio, en la medida en que el recién nacido es separado de la mujer gestante (quien inicialmente ostenta la condición materna desde el punto de vista biológico y gestacional) para su entrega inmediata a los padres comitentes.

Esta situación adquiere especial complejidad en los supuestos de subrogación heteróloga, donde pueden coexistir maternidades genéticas, gestacionales y sociales diferenciadas, desconectadas de la futura crianza del menor. Ello plantea cuestionamientos respecto a la compatibilidad de estas prácticas con el interés superior del niño, particularmente en relación con su derecho a la identidad, estabilidad familiar y desarrollo integral.

4) **Atención integral y ejercicio de derechos** (CNA, 2000, arts. 21, 25).

El art. 21 del CNA (2000) exige atención integral de salud desde concepción, priorizando adolescente-madre en gestación/lactancia, lo que cuestiona explotación potencial de gestantes vulnerables en contextos subrogatorios. Por su parte, el art. 25 del CNA (2000) garantiza ejercicio pleno de derechos mediante políticas estatales permanentes, demandando regulación específica para armonizar subrogación con protección integral, evitando lagunas que expongan a niños a mercantilización o identidad fragmentada.

Doctrinalmente, estos preceptos evidencian tensión entre voluntad procreacional y derechos embrionarios/neonatales, requiriendo ponderación judicial que priorice integridad sobre autonomía contractual (Varsi Rospigliosi, 2019).

NORMA ADMINISTRATIVA TÉCNICA ESPECÍFICA

Guías de Práctica Clínica y de Procedimientos del Servicio de Medicina Reproductiva (R.D. N° 139-2021-DG-INMP/MINSA)

En ellas se omiten disposiciones específicas sobre gestación subrogada: ni la definen conceptualmente, ni la prohíben expresamente, ni establecen sanciones administrativas, ni implementan protocolos coherentes con sus desafíos clínicos reales en el sistema de salud nacional. Este silencio normativo contrasta con marcos regulatorios detallados en legislaciones comparadas que abordan consentimiento informado, seguimiento gestacional y protección perinatal específica para subrogantes.

En la práctica, la jurisprudencia nacional reconoce tácitamente la realización de procedimientos subrogatorios en territorio peruano, mediante inscripciones registrales condicionadas o amparos constitucionales, evidenciando una realidad médico-social que desborda la normativa sanitaria escasa. Tal reconocimiento judicial, sin embargo, no suple la necesidad de reforma legislativa profunda: la indefinición perpetúa incertidumbre jurídica e indefensión para usuarios, gestantes y profesionales médicos expuestos a responsabilidad civil/penal sin guías protocolarias claras.

Aunado a ello, persiste ausencia de reglamento integral para técnicas de reproducción asistida, sin entidad estatal supervisora designada, ni del MINSA ni del MIMP, que faculte la fiscalización de las clínicas privadas, los bancos de gametos o los acuerdos subrogatorios. Las guías institucionales vigentes limitan sus protocolos estrictamente a los escenarios de gestación homóloga, donde la madre genética y la gestante coinciden en el mismo sujeto, silenciando por completo las hipótesis heterólogas subrogatorias. Esta omisión técnico-médica tensiona las disposiciones del artículo 7° de la Ley General de Salud y colisiona con las directrices del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú (2018), configurando un peligroso

vacío sanitario que incentiva el desarrollo de prácticas clandestinas e informales, incrementando exponencialmente los riesgos para la integridad biofisiológica de la gestante y la seguridad jurídica del neonato.

1.1.2. Resumen del Análisis desde la Pirámide Normativa. Desde la perspectiva analítica de la jerarquía normativa de Kelsen, el ordenamiento jurídico peruano revela un vacío estructural respecto a la gestación subrogada. En la cúspide constitucional se identifican principios protectores de dignidad humana y familia, respaldados por tratados internacionales que blindan la protección de la infancia y la proscripción de toda forma de discriminación, los niveles inferiores del sistema descienden hacia profundas lagunas legales. (Código Civil Peruano, 1984; Código de los Niños y Adolescentes, 2000)

El Código Civil peruano ofrece disposiciones generales sobre filiación, la teoría de actos jurídicos y derecho internacional privado, que permiten, de manera excepcional, reconocimientos parciales de la paternidad intencional mediante procesos de exequátur o el amparo de la posesión constante de estado; sin embargo, el silencio absoluto respecto a la subrogación genera una profunda inseguridad en la inscripción registral ante el RENIEC y en la determinación de los subsecuentes efectos patrimoniales.

Por su parte, la Ley General de Salud (Ley N.º 26842, 1997) limita la aplicación de las técnicas de reproducción asistida a los escenarios de gestación homóloga, careciendo de protocolos específicos para las hipótesis heterólogas y de sanciones punitivas expresas, una deficiencia que converge con las directrices administrativas del Instituto Nacional Materno Perinatal (2021), cuyas guías clínicas omiten por completo los flujos operativos de los procedimientos subrogatorios. Esta desconexión jerárquica lesiona las garantías del Código de los Niños y Adolescentes, cuerpo normativo que tutela el derecho a la vida desde la concepción, la identidad de origen y la inscripción inmediata del recién nacido. Estos mandatos supremos se

encuentran bajo constante tensión ante el anonimato de los donantes de gametos y la separación inmediata del neonato de la portadora, exponiendo al menor a un escenario fáctico de indefensión registral y fragmentación identitaria.

En consecuencia, la disonancia del sistema perpetúa una total incertidumbre jurídica para las gestantes, las clínicas de fertilidad y los padres comitentes, forzando a que la solución de los conflictos dependa de las interpretaciones jurisprudenciales de emergencia en lugar de un marco legislativo orgánico y coherente. (Estrada Mora, 2018; Varsi Rospigliosi, 2021)

1.1.3. Conflictos jurídicos y Vacíos Legales Identificados. Después de analizar la legislación nacional pertinente mediante la pirámide de Kelsen, así como la doctrina y jurisprudencia relevante, podemos identificar que conflictos y vacíos legales en la legislación peruana vinculados a la gestación subrogada, conjuntamente con una evaluación del impacto en la protección de los derechos fundamentales de los niños nacidos por esta vía.

1) <u>Conflictos jurídicos:</u>

Para el desarrollo de resultados de esta investigación, entendemos por conflicto una situación que presenta posiciones encontradas, dando lugar a una de incompatibilidad de intereses o la satisfacción de una necesidad entre dos personas que, amparadas en una norma jurídica, entran en contradicción. (Illera 2022)

Esta dinámica se produce debido a una relación establecida entre los sujetos intervinientes, quienes persiguen objetivos y que en función de estos poseen necesidades insatisfechas o incompatibles. Para que exista un conflicto, mínimamente deben concurrir los elementos: el lenguaje y la disputa efectiva por un derecho o un objetivo determinado. (Granchelli, 2016)

1.1) Conflictos jurídicos vinculados a la gestación subrogada en la legislación peruana:

- La ley no atiende los casos en que la mujer solicitante no puede gestar en su propio cuerpo ya sea por motivos de esterilidad, enfermedad o ausencia del cuerpo uterino. Se afecta su derecho a la igualdad, al libre desarrollo y sus derechos reproductivos.
- La desprotección de los derechos fundamentales de las mujeres que ponen sus vientres a disposición de los servicios de reproducción asistida, puede ser vulneradas y no hay un marco legal que garantice su bienestar.
- La ley al referirse únicamente a parejas heterosexuales y su respectivo consentimiento para el procedimiento, omite la existencia de otros tipos de conformación familiar como lo es la monoparental y homoparental, tampoco se hace referencia a la donación de gametos o embriones que se utilizan en muchos casos según las circunstancias. Afectando el derecho a la igualdad.
- Se presentan conflictos con las instituciones del Estado, por un comienzo con la inscripción en RENIEC:

a) Cuando se trata de niños concebidos por gestación subrogada y nacidos en el extranjero cuya identidad biológica se desconoce y la homologación de apellidos no es compatible con la inscripción realizada en dicho país.

b) Cuando no se cumple con el principio legal y socialmente establecido denominado *Mater semper certa est*, siendo que en casos de gestación subrogada el niño no pertenece a la mujer que lo alumbra.

Cuando no se logra la efectividad del registro, se afectan derechos ulteriores como a la igualdad, identidad, el reconocimiento de la nacionalidad, entre otros. Lo que eventualmente lleva a una falta de protección del menor y del interés superior del niño, cuya situación legal queda en suspenso; puesto no se puede acceder a servicios como salud, educación y otros afines, que requieren la identificación del menor. Ello hasta que sea resuelta la controversia,

estos problemas se extienden hasta el Poder judicial donde debe llevarse a cabo un proceso que puede alargarse demasiado y abarcar más allá del conflicto de registro nacional, cuestionando el origen de un ser humano (el niño), lo que nuevamente acarrea el tema de la falta de regulación de la gestación subrogada.

- El escenario de informalidad pone en riesgo los derechos fundamentales de la mujeres y niños involucrados en las prácticas de reproducción asistida, dándose una situación de clandestinidad y precariedad, en muchos casos incluso cometiéndose delito de trata de personas. También la presencia de clínicas que, de incorporar esta práctica en sus servicios, trabajan fuera de un marco normativo especifico puesto este no existe. A su vez no hay un reglamento para las TRA y las Guías de Práctica Clínica y de Procedimientos del Servicio de Medicina Reproductiva, aprobadas mediante la Resolución Directoral N.º 139-2021-DG-INMP/MINSA, en ningún momento se pronuncian sobre la gestación subrogada, no existiendo otro manual o guía aprobada para su práctica legal. Aunado a ello, no hay un ente estatal supervisor designado.
- El factor comercial en estas prácticas es un tema controversial, pues se considera que de no ser con fines altruistas se corre riesgo de caer en la mercantilización de la vida y cuerpo, tratando a los niños como un producto ofrecido al mercado según la oferta y demanda. Se puede vulnerar el derecho a la dignidad y vida humana.

Por otro lado, también se cuestiona el negocio que parte del lucro con el cuerpo de la mujer quien dispone de su vientre, esta situación confronta lo establecido por el Art. 6 del Código Civil peruano (1984) respecto a la *prohibición de los actos de disposición del propio cuerpo, cuando ocasionan una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres,* pues es sabido que el embarazo es desgastante para la mujer que lo lleva a cabo. A su vez, dependiendo de la perspectiva del agente, esta práctica contravendría lo socialmente aceptado, desde la postura

de que el Art 7 de la Ley General de Salud (Ley N.º 26842, 1997) contiene una prohibición tacita, se estaría infringiendo el orden legal. No obstante, en el caso de que esta omisión (a la gestación subrogada) en el referido artículo se interprete como un vacío legal, entonces esta práctica se estaría dando fuera de lo legalmente reconocido, lo que pone a la mujer (madre subrogada) en un estado de indefensión y desprotección. Por ende, también a los menores concebidos y nacidos mediante subrogación.

- Que se presenten futuros conflictos respecto a derechos fundamentales, siendo que la jurisprudencia ha denotado a través del desarrollo de los procesos legales sobre casos emblemáticos de gestación subrogada que además del registro nacional, filiación, nombre y nacionalidad, se pueden presentar problemas relacionados al reconocimiento de la familia, libre desarrollo y bienestar. Pero sobre todo los vinculados a la identidad, comprendiendo sus dos formas: estática y dinámica; pues se presenta una situación de incertidumbre cuando se trata de donación de gametos o embriones, pues la en su mayoría estas son anónimas, lo cual afecta el derecho de los nacidos por medio de gestación subrogada a conocer su origen biológico (identidad estática).

Esta situación ya ha dado lugar a múltiples reclamos y demandas a las clínicas donde se llevaron a cabo los procedimientos de reproducción asistida, pues existen asociaciones como la Asociación de Hijos e Hijas de Donantes (AHID) en España, que congrega a adultos nacidos por donaciones de gametos que exigen el levantamiento del anonimato para poder acceder a la información de sus progenitores biológicos, como sucede en países como Portugal, Francia o Dinamarca con un sistema mixto. (Gómez, 2023)

Los afectados afirman que, en transcurso de su concepción, nacimiento y vida, no solo se ha vulnerado su derecho a la dignidad al ser tratados como objeto de deseos egoístas de sus padres de intención, sino también a la identidad, al bienestar psicológico, al desarrollo personal, al reconocimiento familiar, incluso a su derecho a acceder a su propia información genética,

siendo que más allá de lo emocional; que es algo muy reiterado en sus testimonios, también merecen saber el historial clínico de sus progenitores para los fines médicos pertinentes en su propia salud. (Bassa, 2023)

2) <u>Vacíos legales en la legislación peruana vinculados a la gestación subrogada</u>

En el presente trabajo de investigación se entiende que un vacío legal se produce cuando una conducta no puede ser evaluada o sancionada según las normas jurídicas existentes. En otras palabras, existe una falta de regulación específica para esa situación en particular. Esto puede ocurrir debido a la rapidez con la que evoluciona la sociedad, los avances tecnológicos o simplemente porque no se ha considerado necesario legislar sobre el tema.

Por otro lado, una laguna jurídica se refiere a una situación en la que una conducta tiene consecuencias jurídicas, pero estas no están previstas o no están claramente definidas en la normativa existente. En este caso, se requiere una interpretación amplia de las leyes y principios generales del derecho para determinar las consecuencias legales de la conducta en cuestión.

En el caso de la gestación subrogada en el Perú, encontramos ambas figuras. El vacío legal es respecto en totalidad de la materia de gestación subrogada pues no se ha abordado en la Ley General de Salud (Ley N.º 26842, 1997), no se admite ni prohíbe, simplemente se ha omitido. En esta línea de ideas deben contemplarse todas sus formas y particularidades, ya se para permitirlas, prohibirlas o restringirlas.

Por otra parte, la laguna jurídica se encuentra cuando se entiende que el Art. 7 de la Ley General de Salud (Ley N.º 26842, 1997), solo se pronuncia sobre las TRA someramente, dando lugar a que se presenten casos de maternidad subrogada, a raíz de los que se desprenden consecuencias jurídicas que al no estar previstas o reguladas por una norma insuficiente, deben ser evaluadas y resueltas por los respectivos órganos judiciales con la utilización de principios jurídicos,

jurisprudencia, control difuso, analogía, legislación comparada, control de convencionalidad, entre otros afines y según el caso.

1.2. Perspectivas doctrinales: Regulación de la Gestación Subrogada y Derechos Fundamentales

La presente sección sistematiza las opiniones de ocho expertos en Derecho Constitucional y de Familia entrevistados mediante técnica cualitativa semiestructurada, enfocados en la necesidad regulatoria de la gestación subrogada y tensiones con derechos fundamentales. Los cuadros subsiguientes presentan extractos textuales representativos categorizados por temas emergentes como necesidad y factibilidad, derechos fundamentales, condiciones regulatorias, consideraciones éticas, entre otros aspectos. Precediendo al análisis interpretativo que correlaciona estas perspectivas doctrinales con el vacío normativo peruano previamente identificado, revelando consensos y disensos sobre modelos permisivos, prohibitivos y restrictivos.

ENTREVISTAS

Pregunta 1

TABLA 2 *Respuestas de los expertos en Derecho Constitucional y de Familia sobre la regulación de la gestación subrogada*

A su criterio ¿Es necesaria la regulación legislativa de la gestación subrogada en el ordenamiento peruano?			
E1	**E2**	**E3**	**E4**
(…) sí es necesaria, una regulación explicita con referencia a este instituto de la gestación subrogada, (…) las técnicas de reproducción asistida (…) posibilitan a aquellas parejas a cumplir determinados fines, dentro de ellos aquel derecho fundamental de la reproducción, parte del proyecto de vida para tener hijos, para tener descendientes. (…)	(…) sí se debe establecer una mínima regulación que respete los principios fundamentales, en especial de los niños que están por concebirse.	Considero que sí es necesario, porque si bien es cierto que la figura está legislada o regulada en el artículo 7 de la Ley General de Salud, sin embargo, el texto resulta siendo muy tradicional, ya que solamente limita la maternidad subrogada a prácticamente en un supuesto	Sí, es necesario.

E5	E6	E7	E8
Sí, porque está referido a un tema muy sensible, que es un derecho fundamental, que está vinculado a la intimidad, sí, a la reproducción humana. (…) nuestros derechos requieren estar protegidos por el Estado (…).	(…), no encontramos una definición clara de lo que es la maternidad subrogada, (…), viendo los avances tecnológicos y viendo el proceso en el que va avanzando la realidad nacional, es necesario.	(…) sí, es un acto jurídico que debe ser definitivamente regulado.	Sumamente necesario.

Pregunta 2

TABLA 3 *Respuestas de los expertos en Derecho Constitucional y de Familia sobre los parámetros de factibilidad jurídica para la regulación de la gestación subrogada*

En caso que su respuesta anterior sea positiva. Desde su perspectiva ¿Qué parámetros podrían brindar factibilidad a la pretendida regulación normativa?			
E1	**E2**	**E3**	**E4**
(…) abuso de poder económico, (…) el parámetro principal es la exigencia de que todo este tipo de procedimientos sean en forma gratuita, es decir en forma altruista, (…).	(…); podría regularse solo en caso de necesidad por enfermedad, de la persona o de la mujer que no puede gestar, que se pueda permitir de una manera altruista que algún familiar le permita, (…).	(…) el hecho que el ordenamiento jurídico debe regular la realidad tal y cual se va presentando dentro de un país. (…) no se ha ido demostrando con el avance tecnológico, de que está superando el supuesto derecho que regulaban las normas. Por tanto, el derecho debe de construir la realidad y para este fin, pues es necesario que se tome conciencia de estas nuevas técnicas de reproducción asistida, que deben considerarse respecto aquellas personas que no pueden ser padres por diferentes motivos, sobre todo de carácter biológico.	(…) se están dando nuevos problemas que no eran parte del contenido de la legislación a nivel peruano. Entonces, los parámetros que se tendrían que tomar en cuenta deberían ser la cantidad de casos y los problemas que acarrean estos casos de gestación subrogada.
E5	**E6**	**E7**	**E8**
Siempre y cuando respeten la intimidad y la privacidad del ser humano. (…). En cuanto al vientre subrogado, es una madre que permite quedar embarazada a través de los medios científicos. Sí, entonces esa madre tienes que preguntarle si desea, tiene que expresar su autonomía de la voluntad, tiene que ser un tema voluntario,	(…) los derechos fundamentales a los que vamos a recurrir, la identidad, de pronto, la dignidad de la madre, la dignidad del menor o la dignidad del aun no nato. Vamos a encontrar también, de pronto, que no pueden estar estos derechos sometidos a una trata de personas, como prescribe el Código Penal. Entonces, sus	(…) la gestación subrogada no es únicamente, competencia del orden legal hay otras profesiones que de una u otra manera están vinculadas, como por ejemplo la medicina, la obstetricia, puede ser la sociología, la teología, etcétera. Entonces los parámetros que podrían brindar factibilidad de la pretendida regulación	En primer lugar, reconocer que la ciencia ha permitido tener avances importantes para el proceso de una gestación (…) lo que se ha advertido ya por el avance científico, es que cuando no se logra ello, es tanto a veces por problemas del hombre como también de la mujer. (…)los avances científicos nos han permitido

espontáneo, sincero. No pues un tema impuesto o con mentiras o con engaños, (…).	límites van a ser aquellas normas jurídicas que regulen la trata de personas, el lucro con la trata de personas, la identidad y la dignidad.	normativa, esto va a tener que ser un estudio de pluri, o multiprofesional, pluriprofesional. A efecto de establecer los aspectos que tienen que ser regulados, (…) una vez determinado cuáles van a ser estos parámetros yo creo que el derecho estaría en condición de regular todo lo que es la gestación subrogada.	justamente Resolver esos problemas de orden biológico, (…)En segundo lugar, que gracias a esos avances científicos ya tenemos diferentes casos de fecundación y gestación subrogada no solamente en el Perú, sino en diferentes países del mundo. Y lo que corresponde es que justamente ante el avance de las ciencias, ante hechos reales y concretos que se dan permanentemente en nuestra sociedad, el derecho tiene que dar una regulación positiva al respecto.

Pregunta 3

TABLA 4 *Perspectiva de los expertos sobre la protección derechos de los niños nacidos por gestación subrogada ante la falta de regulación*

Para usted ¿Cuál es el impacto ante la falta de regulación y su incidencia en la protección de los derechos fundamentales de los niños nacidos por esta vía?			
E1	**E2**	**E3**	**E4**
(…) falta de regulación trae consigo la informalidad, por la cual los padres logran realizarse como parte del proyecto de vida tener hijos (…) su representación legal no va a estar directamente relacionado con su madre biológica, en ese sentido consideramos que hay un latente y evidente desprotección. En todo caso es imperativo una regulación que uno u otro sentido con la finalidad de que, al menos, a favor de estos niños nacidos por esta vía haya predictibilidad en la ley y el pronunciamiento de los tribunales (…).	Me parece bastante riesgoso porque se está dando la posibilidad de que se hagan nexos familiares entre personas que no se conocen, que se dé vida a niños de pronto no deseados, (…).	La realidad nos muestra que esa figura se está dando. Ósea, que hay casos de maternidad subrogada en el que el material genético no corresponde a la madre sino solamente la maternidad en sí. (…) es probable que se lleven a procesos judiciales esas situaciones donde la madre esté reclamando, pues la maternidad del menor, aun cuando ella no haya sido la portante del óvulo. (…) puede dar lugar a problemas en el derecho de identidad de los menores, problemas de carácter jurídico, también problemas de carácter psicológico y en su salud en términos generales.	(…). El impacto de la falta de regulación pues sería que este niño carecería de identidad, porque no se sabe si es que le correspondería el apellido de los padres que han contratado a la madre sustituta, o le correspondería la identidad de la madre gestante, porque obviamente allí está, me imagino, el material genético de padre, la madre y también interviene el material genético de la madre sustituta. (…).
E5	**E6**	**E7**	**E8**

(…), tiene que estar regulado y en el marco que te he comentado, hay Convención de los derechos del niño, la Comisión Americana de Derechos del Hombre, que es producto del Pacto de San José de Costa Rica. Nuestro Código Civil, Código de adolescente, claro, nuestra Constitución, (…).	Al no encontrar un marco jurídico, lo que genera es una indefensión, (…) En el caso de la maternidad subrogada, es necesario que se regule, porque si no ¿cómo puedo ejercer mi derecho a la identidad? Voy a encontrar trabas al momento de querer registrar mi identidad fruto de una maternidad subrogada. ¿Cómo voy a poder determinar los límites que voy a tener? Los imprevistos legales que pueden surgir luego de una materia subrogada deben estar en una norma positivizada. No tenerlo genera indefensión, inacción, restricciones del ejercicio legítimo de derecho.	La falta de regulación implica que muchas veces se esté en contra, no de lo que la normatividad legal o se esté adecuando los parámetros actuales de la normatividad legal, con la finalidad pues de darle algún tipo de solución a esta problemática, pero no es lo más óptimo (…) al no haber una regulación, quienes salen perjudicados son, pues, los traseros, en este caso los niños nacidos mediante la maternidad subrogada (…) la maternidad subrogada tiene hasta un componente patrimonial. Ósea, no solamente es el componente afectivo, el psicológico, el social, sino también el patrimonial, y al no está regulado, lógicamente, pues puede ser visto en distintos enfoques.	Cuando no hay una regulación que regule la protección de los derechos, lo que prima son escenarios de informalidad en donde las personas empiezan a inclusive a cometer delitos que pueden atentar contra la vida, la dignidad, la integridad de las personas. Como no está tipificado o no hay una ley que regule esa protección, hay normalmente abusos. Pero, por otro lado, también se generan escenarios de informalidad en donde prima la ley del mercado de oferta y demanda, y empiezan a darse servicios muy costosos, además que buscan una fecundación, pero que, en la práctica, como no hay regulación, no hay ningún tipo de protección de derechos, no hay ningún ente que deba de supervisar ese servicio. El escenario de informalidad se va incrementando y lo que hace es afectar más los derechos de las personas.

Pregunta 4

TABLA 5 *Postura de los expertos sobre el derecho a la dignidad en el contexto de la gestación subrogada*

Desde su perspectiva profesional ¿Cuál es la relación que existe entre el derecho a la dignidad de los niños (concebidos y nacidos) y la maternidad subrogada? Explique las razones de su postura.			
E1	**E2**	**E3**	**E4**
(…) derecho de la procreación por parte de los padres, claro está en supuestos donde haya imposibilidad biológica de procrear, (…) hay que compatibilizar ese derecho a los padres a tener descendencia mediante esta figura de la maternidad subrogada y también aquel derecho de aquellos niños nacidos a que tengan, a que por	(…) haber una colisión entre los derechos a la identidad de los niños, el derecho a estar con la familia biológica, a pertenecer a un grupo social, (…).	(…) Está vinculado el derecho a la dignidad, está con vinculado el derecho a conocer a sus padres, a sus padres biológicos. Todo niño, todo menor, tiene derecho a conocer quiénes son sus padres biológicos. Por lo tanto, hay un derecho a la identidad personal, un derecho a la identidad familiar; que es otra perspectiva de la de la identidad.	(…), desde mi perspectiva, yo no le veo mayor problema, (…). Se tendría que regular, pues bien, porque la madre después puede echarse para atrás y decir no es mío, no, entonces allí va, pero va a tener los efectos de un contrato civil con la responsabilidad civil que corresponde. Personalmente no creo que se

la identidad biológica y otros derechos de similar naturaleza, (…). Básicamente esa sería mi postura, compatibilizar aquellos derechos siempre de orden fundamental.		Y también es otro asunto, incluso en el documento nacional de identidad, (…).	afecte la dignidad de los niños, porque ya debe estar bien establecido en el contrato, son niños deseados. (…).
E5	**E6**	**E7**	**E8**
Ese niño viene producto, no de una relación natural. Viene producto del aporte científico, no, pero quien debe expresar su voluntad y su anuencia es la madre.	(…), la dignidad, que es un derecho intrínseco, innato, es un derecho vinculado originalmente a una persona humana, es de beneficio del no nacido. En ese orden de ideas, si es que yo tengo niños que nazcan fruto de la maternidad subrogada únicamente con fines económicos, estoy cosificando a la persona humana, estoy vulnerando su dignidad; si es que no respeto su identidad, si es que no respeto el tratamiento que tiene el menor aún no nacido, si es que no respeto a la madre, también implica un no respeto a la dignidad de menor. (…).	la defensa de la dignidad eso (…) corresponde definitivamente al Estado. (…) tiene dignidad tanto, no solamente los niños que han sido concebidos bajo estas técnicas, sino también la madre que lleva a cabo el embarazo, como también los padres (…) considero que esto tiene que ser definitivamente regulado, a efectos de que estos derechos tan importantes para los niños, como para todos aquellos que están involucrados en estos procedimientos, no se les vea pues afectados ninguno de ellos. Y tampoco, pues genere situaciones en las que se pongan en controversia los mismos. (…) si existe una regulación, yo voy a poder obtener como resultado que exista, pues una dignidad, el respeto a la dignidad de la persona, básicamente tanto a los concebidos y nacidos con la materia subrogada.	Hay una relación directa porque obviamente la Constitución es muy clara respecto de que tanto el Estado como la sociedad deben de garantizar la dignidad de la persona humana y esta sea desde el momento de su concepción y a partir de su concepción ya esta persona tiene que garantizar sus derechos, con lo cual efectivamente, durante todo su proceso de gestación, así como ya al nacimiento y luego a la identificación de su nombre para garantizar su derecho de identidad, hay una relación directa que debe ser protegida por el Estado a través de un marco legal.

Pregunta 5

TABLA 6 *Postura de los expertos sobre el derecho a la identidad en el contexto de la gestación subrogada*

¿Qué opinión le merece la gestación subrogada en relación al derecho a la identidad de los niños (concebidos y nacidos) mediante esta práctica?			
E1	**E2**	**E3**	**E4**
(…), mediante la ciencia no hay duda del derecho de identidad de los niños, (…). En ese entendido, somos de la opinión de que hay una correspondencia entre el derecho a la identidad de	Ahí vamos a tener una colisión entre la identidad biológica, el ADN del niño que va a llevar, y la identidad dinámica, digamos de con quién va a vivir el niño a pesar de no tener la sangre (el	Está muy directamente vinculado. Si estamos ante la gestación subrogada tradicional, a la que se refiere al artículo séptimo de la Ley General de Salud, ahí supuestamente no	(…). Sí, es un problema bastante complejo y sí acarrearía problemas a posteriori, porque cuando nazca el niño ahí se va a decir a quién de la identidad de

los niños y las prácticas de la gestación subrogada, que pueden conforme a la ciencia realizarse a la actualidad sin ningún tipo de inconveniente.	AND) de las personas con las que va a vivir a futuro, o con las que se va a relacionar.	habría mayores inconvenientes (…). El problema sería en cuanto a los otros supuestos no clásicos, en el que la madre no aporte material genético y en el que probablemente se haya celebrado un contrato sobre vientre de alquiler. En esos casos es probable que se produzcan conflictos jurídicos y esto sí puede afectar directamente al derecho a la identidad del niño. (…).	quién tiene, de los padres o de la madre. Si es un contrato, yo he hecho mi contrato, tendría que ser de los padres que han contratado. (…). Yo creo que la identidad les pertenece a los padres biológicos. En el caso de gametos donados, es bastante complicado. (…).
E5	**E6**	**E7**	**E8**
No puedes violentar ni la dignidad ni el derecho a la identidad, son sagrados. Ese niño tiene que tener una identidad: historia, raza, religión, credo, costumbres, usos. Por supuesto.	La identidad, el Tribunal Constitucional la ha definido, hay la identidad estática, la identidad dinámica. Y es materia de la legislación y debe ser materia de la legislación determinar quién va a ser el titular de la de la maternidad, es fundamental esto.	(…) hay varios casos de la gestación subrogada, bueno puede ser uno: el vientre de alquiler, donde tanto los gametos del papá y la mamá que no pueden, pues llevar todo a cabo la toda la etapa de lo que es el embarazo, alquilan un bien, pero los gametos no pertenecen a dos personas extrañas. (…) El problema radica cuando la persona que hace el proceso del embarazo aporta no solamente el vientre sino los gametos, entonces ahí es donde la figura de la maternidad se ve complicada. Entonces ahí tendríamos que ver la identidad del niño, que podría verse afectado por esta definitivamente.	Primero creo que es importante identificar el derecho de la mujer, que tiene para haber tomado la decisión de ser madre y a partir de eso poder utilizar un proceso de gestación subrogada, así como también de ser el caso, no necesariamente el padre, porque hay varias parejas que acuden a este método para tener un hijo o una hija. (…) es importante, en primer lugar, garantizar el derecho a la decisión tanto de la madre y/o del padre a tener un hijo. Esa es una decisión que le corresponde ser garantizada y respetada. Y, en segundo lugar, obviamente, el derecho a la identidad del menor, porque este menor igual tiene el derecho a saber quién es su papá o su mamá, tanto a través del método subrogado o cualquier otro método, como también a todo su proceso de identidad que corresponde ya al tema de nombre, domicilio, antecedentes biológicos, para que pueda justamente ejercer y garantizar su derecho y con ello, obviamente, garantizar su dignidad.

Pregunta 6

TABLA 7 *Postura de los expertos sobre el derecho al libre desarrollo y bienestar en el contexto de la gestación subrogada*

Para usted ¿Esta práctica tiene incidencia en el derecho fundamental a la Libre desarrollo y bienestar de los niños (concebidos y nacidos)?			
E1	**E2**	**E3**	**E4**
Consideramos que no hay contradicción u oposición entre estos entre estos derechos, libre desarrollo de los padres a tener hijos luego bienestar de los niños concebidos y nacidos mediante este tipo de prácticas (…).	A mí me parece que sí, porque en realidad estamos determinando a priori el futuro de una persona que se va a crear y de permitir esto estaríamos generando la posibilidad de traer a una persona en un ambiente distinto, en una realidad distinta a la que le correspondería.	Sí, tiene incidencia en el libre de desarrollo. El libre de desarrollo está vinculado a la dignidad de la persona humana, desde esa perspectiva, toda persona tiene derecho, pues, a crecer física, mentalmente, profesionalmente, a desarrollarse en distintos aspectos de su vida (…).	No, no tendría ninguna incidencia. Porque se va a desarrollar como cualquier otro niño, su origen ha sido distinto al origen de los niños concebidos y nacidos convencionalmente. Pero no creo que incida en su libre desarrollo y bienestar.
E5	**E6**	**E7**	**E8**
Bueno, ese niño te vuelvo a repetir, no viene una relación natural, algún día se enterarán que no conoce a su padre y no es nada normal.	Va a ser un derecho ulterior. (…). Los derechos de los menores, de su libre desarrollo se van a ver afectado, si es que no tienen una identidad clara, si es que no han sido gestados y concebidos salubremente, bajo condiciones de salubridad, de sanidad. Entonces sí, creo que sí.	Este derecho no es solamente de los niños, este libre desarrollo y bienestar es todas las personas, (…) yo podría poner también en igualdad de condiciones, que sería del libre desarrollo y bienestar de las personas que quieren tener un hijo y con esa posibilidad de ser padres a costa de estos procesos de maternidad subrogada lo consiguen. ¿Entonces, cómo equiparar los derechos de las personas que ya están viviendo con los derechos de las personas que están recién por nacer? Entonces es un tema de bastante discusión (…)	Por supuesto, pero es al libre desarrollo y bienestar, primero del de la madre y también del padre, en caso de existiese, ese es. Porque el derecho a al libre desarrollo y bienestar es, en primer lugar, decidir si es que yo quiero ser padre o si es que una mujer quiere ser madre o no. Por ahí va el primer paso del derecho al libre de desarrollo, decidir sin ningún tipo de obligación el derecho de ser madre. Y, en segundo lugar, obviamente, en este caso el concebido todavía no tiene el no ejerce el derecho a su libertad, pero obviamente, y según nuestra Constitución, al ser ya concebido, es sujeto de derechos y corresponde su cuidado, su protección a cargo de sus progenitores.

Pregunta 7

TABLA 8 *Postura de los expertos sobre el derecho al reconocimiento de la familia en el contexto de la gestación subrogada*

¿Considera que exista un nexo entre la gestación subrogada y el derecho fundamental al reconocimiento de la familia de los niños (concebidos y nacidos)?

E1	E2	E3	E4
Entendemos de que existen niños concebidos y nacidos cuya identidad biológica no cabe duda alguna y que si se utiliza un método de gestación natural o alguna de las formas subrogadas, (…) es imperativo que exista una regulación específica para la legitimación de este tipo de procedimientos, además en protección de este reconocimiento a la familia de estos niños a quienes alude.	Bueno si pensamos que a priori vamos a determinar la familia que se le va a dar al niño, si considero que una relación, un tema de afectación también al niño. Porque lo correcto sería que cada persona por libre decisión geste un hijo suyo, directo con sus genes, es un sentimiento de perpetuar la familia de uno mismo, no de otras personas. Entonces si me parece que hay un nexo pero que colisiona.	Sí, porque usualmente, sí es cierto que hay relación entre familia y pongámoslo así y nacimiento; pero no necesariamente resulta haciendo lo mismo, porque una cosa es la familia y otra cosa es ser concebido, (…) desde un punto de vista del derecho de familia, va a tener una incidencia directa en la calidad de los niños; en cuanto a su pertinencia a este honor y atención a su a su derecho a la identidad. (…).	(…), biológicamente sí habría un nexo, pero civilmente no, porque él no tiene ningún tipo de nexo con la madre que presto su vientre. (…). Entonces tampoco me parece que habría un nexo con la con la gestante.
E5	**E6**	**E7**	**E8**
Sí, porque está referido a un tema muy sensible, que es un derecho fundamental, que está vinculado a la intimidad, sí, a la reproducción humana. (…) nuestros derechos requieren estar protegidos por el Estado (…).	Claro que lo hay, tiene que haberlo.	(…) si es que un niño nace, tiene derecho a tener un entorno familiar, pero un entorno familiar yo lo considero como un papá y una mamá (…) Entonces ya se han llevado a cabo investigaciones donde esta alteración del entorno natural de una familia, aún que ha sido obtenido un niño cuya concepción ha sido procreación, ha sido obtenido por una madre subrogada no es lo mismo. (…) Que una pareja homosexual mediante una maternidad subrogada vaya a tener un hijo, entonces eso sí es lo complicado.	(…) hay una relación interesante (…) Ya no debemos entender únicamente a la familia heterosexual, a la familia con el padre y la madre, sino que el concepto de familia, también por los procesos sociales, han ido cambiando, han ido variando. Tienes familias con parejas homosexuales, tienes familias en donde la madre es la responsable del menor, tienes familias en donde solo el padre es el responsable del menor o tienes familias en donde los abuelos son los responsables las menores. Entonces es importante partir de la premisa de que ya tenemos una multiplicidad de escenarios familiares (…) por lo tanto, cualquier niño o niña producto de una gestación subrogada también tiene derecho a su familia, pero bajo esta concepción mucho más amplia y que pueda justamente garantizar el Derecho del niño o la niña a contar con una familia, pero esta familia, en sus múltiples diversidades.

Pregunta 8

TABLA 9 *Respuestas de los expertos respecto a la regulación internacional de la gestación subrogada y la realidad nacional*

¿Qué opinión le merece el tratamiento de la gestación subrogada a nivel internacional en relación a la realidad nacional?			
E1	**E2**	**E3**	**E4**
(…) no hay una regulación específica (…), la regulación nacional debe ser superada, debe ser actualizada con la posibilidad de que haya una regulación específica de esta gestación subrogada, al menos con referencia a aquella de naturaleza altruista, gratuita y de modo alguno aquella de naturaleza económica o comercial.	Bueno, en cuanto a los países que, si permiten la gestación subrogada a diferencia del Perú, me parece que en realidad tienen una visión de protección a los deseos y al desarrollo individual de cada persona, que no se ha estudiado bien con las implicancias de que puedan afectar a otra persona que está por gestarse. (…).	(…) considero que es necesario que se modifique la normatividad a fin de que se adecue a la realidad existente, ya que, al haberse limitado la gestación subrogada a un determinado supuesto, impide, pues, de que los derechos de los niños sean debidamente cautelados. (…), es conveniente que haya una ley que especifique en forma clara cuáles vienen a ser las obligaciones de las personas comprometidas dentro de este tipo de contratos y a partir de ahí, ya tienen que garantizar mejor manera los derechos fundamentales de los niños, de los concebidos.	Nos llevan, pues años luz. (…), nos llevan en modernidad, en práctica, están mucho más avanzados.
E5	**E6**	**E7**	**E8**
Es un tema de identidad, es un tema de cultura, de idiosincrasia. No es lo mismo bueno, en el mundo musulmán no admiten esto; en el mundo occidental sí. Tu moral como es vista desde un punto de vista cultural y la tu moral vista, tratada, entendida, aplicada desde una concepción de Cultura. Te vuelvo a repetir para los musulmanes, para el mundo musulmán, para el mundo hebreo, para el mundo islámico, eso no es tolerable. (…).	Muy simple. En los países donde ya existe esta regulación se asegura un tratamiento, se asegura una normativa, se respetan derechos fundamentales. En nuestro país al no existir este tipo de regulación, lo que en la práctica pase es una indefensión de estos derechos. Entonces, la no regulación implica desprotección, que lo prohíba o que lo permita. Pero debe existir regulación.	Habría que determinar qué procedimientos y protocolos ha señalado la Organización Mundial de la Salud, (…) el proceso en sí de la maternidad, de los 9 meses, ya está siendo considerado como una enfermedad, entonces si es considerado como una enfermedad, la esterilidad y demás cosas, entonces ahí, como dije desde el principio, intervienen otras ciencias, que no solamente es la del Derecho. Habría que ver que es lo que te dice la organización mundial de la salud, la UNICEF al respecto, con los distintos puntos internacionales.	Creo que la diferencia que tienen otros países en cuanto al avance tecnológico y conjuntamente con ello a la regulación legal, es un ejemplo que tiene que seguirse en el Perú. No sirve de nada negar una realidad concreta en donde además genera procesos de indefensión a las personas. Porque al no haber un marco regulatorio como indicábamos hace un momento, existe abuso, escenarios de informalidad, así como también negocios que afectan la dignidad de la persona.

Pregunta 9

TABLA 10 *Opinión de los expertos sobre las condiciones regulatorias para la protección de los derechos fundamentales de los niños nacidos por gestación subrogada.*

¿Qué condiciones debería contemplar una regulación adecuada para procurar la protección de los derechos fundamentales de los niños nacidos por gestación subrogada?			
E1	**E2**	**E3**	**E4**
(…), la permisibilidad de aquella obligación de naturaleza gratuita o altruista (…) clausulas específicas siempre en protección de los derechos fundamentales del niño concebido y por nacer. (…) la voluntariedad de la madre subrogada, (…) y la representación legal del niño nacido. (…)	Yo solamente me inclinaría porque sean casos excepcionales, que aseguren que el niño nazca dentro de la misma familia, de la persona que no pueda gestar por condiciones médicas debidamente acreditadas, que se tenga una autorización judicial para que se pueda habilitar esa gestación subrogada, que sea gratuita, altruista, que se tenga en cuenta condiciones mínimas que debe cumplir la persona gestante y asegurando los derechos fundamentales del niño que va a gozar a penas nazca	De inicio, debe tener en cuenta los derechos fundamentales del niño, (…) que conste de manera expresa dentro de una normatividad, cuáles son los en principio, cuáles son los requisitos para que se pueda realizar este tipo de gestación subrogada. (…). Por tanto, la normatividad también debería de establecer como requisito adicional la posibilidad en determinadas situaciones de que la madre gestante (…). Además de la del otro aspecto que también es importante, el tema de que estos contratos deben ser usualmente de carácter altruista, es decir que no debe de haber una comercialización, de allí que el peligro que pueda existir es que los niños sean objeto en buena cuenta de una compraventa, que sean considerados como mercancía, ese es el inconveniente. (…).	Principalmente debería tener como cláusula que la identidad del menor va a ser de los padres que están dando su material genético a la madre subrogada. (…) identidad la que prevalezca, (…) algún tipo de cláusula en relación a cuando la madre se echa para atrás, (…) tendría que haber también una cláusula donde diga no sin no se puede echar para atrás porque ya usted firmó, nadie le ha obligado, usted está en condiciones tales y, es más, hasta darle un plazo, decirle: Te proponemos esto, tienes tres meses para pensarlo y decir si aceptas o no aceptas y es más, darle un conocimiento así completo de cómo se va a llevar a cabo el proceso de gestación.
E5	**E6**	**E7**	**E8**
Que no dañe la sensibilidad, que no dañe la identidad, que no dañe la dignidad del ser humano. Es decir, eso es lo básico, el núcleo, el núcleo duro.	Es importante que este concepto de no lucro sea desarrollado. Es importante que también, de igual forma, se pueda regular la identidad de los menores, cómo se va a adoptar la identidad, los nombres y demás, y que se asegure la dignidad del no nacido y de la madre. Eso, esos criterios creo que son importantes para desarrollar.	(…)básicamente aspectos para determinar la familia porque en estos casos hay que eliminar todo lo que es la parte patrimonial, para establecer efectivamente el niño, quiénes son en realidad los que aportaron los gametos y en otorgarle a ese niño o niña una familia adecuada, que le permita, pues, a este niño tener una vida digna y comportarse como tal.	En primer lugar, dar un proceso de regulación de protección a la mujer, a la madre; sea la que tome la decisión o la que va a hacer la gestación subrogada, eso es fundamental, porque en la medida que no hay un escenario de protección a la mujer, el menor también va a estar en un escenario de indefensión y a partir ya de la protección que se tenga tanto a la madre que tome la decisión como a la mujer que también va a gestar al niño, debe haber

			ese escenario de protección. Y a partir de ello tiene que darse el escenario, bajo las condiciones de igualdad de un niño que nace de un proceso regular y natural de embarazo, a un niño o niña que nace de un proceso de vientre subrogado, las condiciones tienen que ser las mismas.

Pregunta 10

TABLA 11 *Respuestas de los expertos sobre las implicaciones éticas en el contexto nacional*

¿Cuáles son las implicaciones éticas de la maternidad subrogada en el contexto cultural y social peruano?			
E1	**E2**	**E3**	**E4**
(…) la madre sufre o padece emocional, sentimental y culturalmente con referencia al hijo que lleva en su vientre, producto del cual luego ya el hijo nacido va a guardar fuerte nexo producto madre-hijo, hijo-madre, (…) debe ser especial y meticulosamente regulado, (…) la práctica debe implicar el apoyo del ámbito familiar principalmente, (…). En ese sentido, reconocemos que por razones culturales y sociales hay una fuerte resistencia a permitir este tipo de procedimientos.	Teniendo en cuenta que el Perú es un país mayoritariamente católico, considero que hay implicaciones en cuanto al derecho natural, a la concepción, al conocimiento de la familia, que afecta también mayoritariamente se concibe la familia y el matrimonio en sí, (…). Me parece que si hay una colisión moral, cultural y ética con las costumbre y creencias de la sociedad peruana.	Desde un punto de vista ético, eso va a depender mucho de las características sociales, religiosas, éticas-morales de las personas. (…), teniéndose en cuenta que a nivel internacional existen tres posiciones. Hay países que niega absolutamente la maternidad subrogada, hay otras que las admiten ampliamente, pero hay otras que les admiten en forma restringida, para determinados supuestos. Particularmente, yo creo que debe ser en este último caso, para determinados supuestos bajo determinadas condiciones (…) es necesario conocer cuáles serían estas condiciones, además de las jurídicas, las condiciones sociales, las condiciones morales, las condiciones éticas que resultarían aplicadas con el derecho a la vida y el desarrollo, la concepción y el derecho a la familia de las personas.	(…). Obviamente nadie puede jugar con la vida humana, no, ni nadie puede realizar un contrato de relación a una vida. Aunque se tenga la libertad para decidir sobre el cuerpo, ese ser humano que va a salir de ahí va a tener las consecuencias de ello. (…). En lo que es implicancias éticas todas, pues porque podríamos reprochar la conducta de esa madre que utiliza su cuerpo jugando con una vida. Y también reprocharle esos padres que utilizando el dinero pueden obtener una vida, más aún cuando implica a terceros como los donantes de gametos.
E5	**E6**	**E7**	**E8**
Creo que ya te respondí, que lo quiero decir vinculado a la moral de la cultura de ese pueblo. Entonces este te lo vuelvo a repetir, lo ves desde el punto de	Nosotros tenemos hoy por hoy una cultura no muy desarrollada en derechos sociales, económicos y culturales; (…), el Perú es un Estado que aún no ha	Las implicaciones éticas están en función de que no se debe manipular, ósea no debe de existir alguna manipulación del embrión (…) la ciencia nos	Creo que la principal es no caer en escenarios de lucro, porque la vida no debe tener un precio. Entonces es un escenario real concreto que

vista de esa moral, esa moral que está de la mano vinculada, la ligada a la cultura, a la idiosincrasia, a la identidad de esa nación.	innovado, aún no ha legislado sobre estos derechos; los derechos vinculados a los a las parejas de igual sexo, entre otros. Muchos de esos derechos civiles, incluido éste, el derecho a la maternidad subrogada, que es, como ya mencioné, importante regular.	permite determinar si ese embrión puede llegar a desarrollarse normalmente, o puede tener algún tipo de deficiencia (…) en algunos casos hace que esos embriones prácticamente sean desechados, o sea, que no culmine su proceso normal (…) ahí vienen estas implicancias éticas en el en el sentido de que no debemos permitir por ningún modo, que exista una comercialización de embriones, que eso también tendría que, de una u otra manera estar regulado.	muchas parejas o madres o padres que viven solos quieren tener, desean tener y que la el principal cuestionamiento ético es cuando esto ya se vuelve un mercado, entonces para que justamente no se dé proceso de oferta y demanda, un proceso de mercantilismo de óvulos o de espermatozoides, o de venta y tráfico en niños, lo que corresponde es justamente tener un marco regulatorio claro de protección a las mujeres, como también a los niños por nacer. Para que no se caiga en ese problema ético que es la mercantilización de la vida.

1.2.1. Análisis de Opinión sobre la Necesidad de Regulación y la Factibilidad Normativa de la Gestación Subrogada en el Perú.

1) Síntesis de Resultados

Respecto a la opinión general de los profesionales entrevistados sobre este tema, se extrae que existe una mínima regulación normativa de la gestación subrogada, siendo necesaria su regulación específica, que delimite los derechos involucrados que refieren a la reproducción, sexualidad e intimidad humana, asimismo que prioricen la protección de los derechos fundamentales de los menores producto de estas prácticas. En esa línea de ideas también se hace hincapié en la protección de los derechos de las mujeres involucradas en estos procedimientos.

Por otro lado, la prohibición a toda costa el factor económico que vulnera la dignidad humana tanto de la madre gestante como del niño concebido, debiendo ser de manera altruista, en ese sentido también debe procurarse el bienestar y seguridad de la mujer que presta su vientre en cuanto a lo que refiere a su voluntad e integridad física y psicológica.

Entre las participaciones se menciona con relevancia a la ciencia y avances tecnológicos que obligan al derecho a adaptarse y regular estas situaciones y conductas antes no existentes, de igual manera que existen tanto pros y contras vinculados a las TRA. En un extremo, la posibilidad de ayudar a las personas con problemas reproductivos a poder concebir; por otro los peligros referidos a la informalidad, clandestinidad, abuso, comercialización humana, mercantilización de la vida, etc.

Lo expuesto guarda correspondencia con las investigaciones de Lamm (2012) que argumenta que es crucial regular esta práctica con leyes que protejan al menor y le den seguridad jurídica. Si bien es importante permitir que las personas tengan la oportunidad de ser padres, siempre se debe priorizar el interés superior del niño y asegurar que su relación de paternidad sea

legalmente reconocida, asimismo también señala que este niño nacido de la gestación subrogada llega a un hogar deseado, que de otro modo no existiría.

2) <u>Participaciones y Reflexiones Relevantes</u>

Durante el proceso de las entrevistas se advirtieron opiniones bastante emblemáticas, las cuales realizaron bastante énfasis al momento de regular la maternidad subrogada de manera específica, uno de los participantes anotó que: *"(…) la gestación subrogada no es únicamente, competencia del orden legal hay otras profesiones que de una u otra manera están vinculadas, como por ejemplo la medicina, la obstetricia, puede ser la sociología, la teología, etcétera. Entonces los parámetros que podrían brindar factibilidad de la pretendida regulación normativa, esto va a tener que ser un estudio de pluri, o multiprofesional, pluri-profesional. A efecto de establecer los aspectos que tienen que ser regulados, no olvidemos que el derecho básicamente regula efectos y regula también responsabilidades. Entonces, una vez determinado cuáles van a ser estos parámetros yo creo que el derecho estaría en condición de regular todo lo que es la gestación subrogada."* La opinión en referencia, denota los factores a veces ignorados al momento de intentar plasmar propuesta legislativa alguna, no tomándose en cuenta todo lo que esta debería contener, así como demás implicancias que no solo se resumen a derechos vistos desde una perspectiva positivista, ni tampoco a un tema únicamente contractual, sino que correspondería tenerse en cuenta muchos otros factores que se ven involucrados al momento de la concepción, el proceso de la gestación, así como la etapa del post nacimiento, en síntesis un tema complejo que incorpora muchas otras ciencias tanto biomédicas como sociales.

Pues al no tomar en cuenta diferentes circunstancias, se tiene como consecuencia, de manera ulterior, que se presenten ciertas contingencias de orden legal, social, médico, psicológico, ético, etc. Esta perspectiva nos anima a reflexionar en si la complejidad de la vida, de la existencia humana; que toma aún más relevancia cuando el origen de la misma se da por medios

no convencionales, se debe tratar de asegurar la mejor calidad de vida para cada individuo, el respeto a su dignidad y lograr en lo posible una igualdad relativa de los concebidos y nacidos mediante TRA con quienes se originaron de la manera tradicional sin mayor intervención.

1.2.2. Análisis de opinión sobre Impacto de la Falta de Regulación Normativa y la Protección de Derechos Fundamentales de Niños Nacidos por Gestación Subrogada.

1) <u>Síntesis de Resultados</u>

Como ya indicamos con anterioridad, en el ordenamiento peruano no existe una regulación específica sobre la gestación subrogada, existiendo como única referencia normativa vigente el artículo 7 de la Ley General de Salud (Ley N.º 26842, 1997). Este establece que el acceso a las técnicas de reproducción asistida se limita a los casos en que la madre genética y la madre gestante son la misma persona, lo que restringe implícitamente la figura de la subrogación. Sin embargo, esta regulación no prohíbe de manera explícita ni sanciona prácticas alternativas como la gestación subrogada, generando un vacío legal y un escenario de incertidumbre jurídica. Esta postura fue mayoritariamente expresada y compartida por los especialistas entrevistados.

Consiguientemente, el estudio también muestra una tendencia a señalar como afectados, en materia de derechos fundamentales, a más de un individuo en estas prácticas, lo que no se resume al menor en cuestión, sino que incluye a las madres subrogadas. Señalando que es importante siempre tenerlas en cuenta cuando se toca el tema de derechos desprotegidos, en el caso de las mujeres, se encuentran factores relacionados a la voluntad, incluso la existencia de un subjetivo estado de necesidad y la posible transgresión de su integridad física y psicológica. En el caso de los niños se hace incidencia en la vulneración de derechos posteriores sobre todo vinculados a la identidad, otro sector señala también la vulneración de la dignidad por la

existencia de la práctica misma, sobre todo si se involucran factores económicos o la deshumanización de estas prácticas, que se evidencia en la instrumentalización de seres humanos en etapa embrionaria, tratándolos como "materia prima" sujeta a manipulación técnica para satisfacer las demandas específicas de los clientes, sobre todo cuando existan embriones supernumerarios.

2) Participaciones y Reflexiones Relevantes

Durante el proceso de las entrevistas se advirtieron opiniones bastante emblemáticas, las cuales realizaron bastante énfasis en cuanto a la afectación de derechos fundamentales, uno de los participantes anotó que*: "(...) que hay casos de maternidad subrogada en el que el material genético no corresponde a la madre sino solamente la maternidad en sí. Por tanto, es probable que en el caso de los menores que nazcan a partir de este de esta técnica de reproducción asistida, sean comprometidos también derechos fundamentales en los niños, como el derecho a la identidad. (...) Y esto puede dar lugar a problemas en el derecho de identidad de los menores, problemas de carácter jurídico, también problemas de carácter psicológico y en su salud en términos generales."* La opinión cuestión refiere al caso alternativo en que la gestación subrogada involucre la existencia de gametos ajenos a los padres de intención, esto influye en la vulneración de derechos fundamentales de los menores en los aspectos relacionados a la identidad, que no solo se resumen al nombre y registro, sino que posteriormente tiene incidencia en la salud, en la personalidad y estabilidad psicológica del individuo.

Aunado a la anterior, respecto a la ausencia normativa en relación a la afectación de derechos fundamentales, otro participante resalto que: *"Cuando no hay una regulación que regule la protección de los derechos, lo que prima son escenarios de informalidad en donde las personas empiezan a inclusive a cometer delitos que pueden atentar contra la vida, la dignidad, la integridad de las personas. Como no está tipificado o no hay una ley que regule esa protección,*

hay normalmente abusos. Pero, por otro lado, también se generan escenarios de informalidad en donde prima la ley del mercado de oferta y demanda, y empiezan a darse servicios muy costosos, además que buscan una fecundación, pero que, en la práctica, como no hay regulación, no hay ningún tipo de protección de derechos, no hay ningún ente que deba de supervisar ese servicio. El escenario de informalidad se va incrementando y lo que hace es afectar más los derechos de las personas." El argumento indica la existencia del escenario de informalidad fruto de la falta de regulación normativa, dicho escenario se extiende al concepto de oferta y demanda en el mercado por encima de la ética médica e incluso al ámbito penal cuando se atenta contra derechos referidos a la vida, a la dignidad e integridad de las personas. Situación que se ha evidenciado en nuestro país con casos de trata de menores recién nacidos que se han dado en Cusco en 2023 y Arequipa en 2024, tratando a los niños afectados como mercancías. En base a todo ello establece que no hay un ente supervisor para el desarrollo de estas prácticas, consecuencia de la indiferencia jurídica que persiste hasta el día de hoy, acarreando a que la clandestinidad y precariedad de los servicios reproductivos puestos a disposición del público cada vez incremente en número, tomando en cuenta la demanda y la accesibilidad económica de los interesados.

1.2.3. Análisis de Opinión sobre la Incidencia de la Gestación Subrogada en los Derechos Fundamentales a la Dignidad y a la Identidad.

1) <u>Síntesis de Resultados</u>

De las opiniones recabadas se tiene que, las nuevas tecnologías aplicadas al campo de la reproducción humana, han modificado en cierto modo la manera en cómo se percibe al niño, que ya no solo viene necesariamente de un proceso biológico natural sino de uno donde interviene la ciencia y medicina, así también se presenta un nuevo enfoque hacia los derechos del niño concebido de manera no convencional, aunado a la percepción social del mismo y los

ulteriores problemas o cuestionamientos que surjan en este ya como un individuo que crece y se desarrolla dentro de la misma sociedad. Es el caso de los niños concebidos por gestación subrogada, evidentemente el antiquísimo principio jurídico *"mater semper certa es"* quedaría obsoleto. Ya que no sería suficiente el hecho de que una mujer por dar a luz sea la madre biológica y por ende jurídica del niño.

En el caso de los derechos fundamentales de los niños, el estudio indica que durante el desarrollo de estas prácticas pueden verse afectados derechos como lo son el derecho a la dignidad humana, a la identidad, bienestar y desarrollo, reconocimiento del entorno familiar, entre otros afines. Los participantes en su mayoría coinciden en que el derecho más afectado puede ser el de la identidad, entendiendo sus dos dimensiones: estática y dinámica. Señalan que conforme el niño vaya desarrollándose varios acápites de este derecho pueden surgir eventualmente como dudas e incomodidades, tales como: procedencia biológica en caso no fuera compatible con la de sus padres de intención, las particularidades de su concepción y nacimiento, la existencia de factores contractuales y comerciales si fuera el caso, problemas genéticos médicos en caso se desarrollasen, entre otros. Ello a razón de que a pesar de que se desenvuelva en un entorno familiar prestablecido, no siempre las dos dimensiones de la identidad serán congruentes entre sí.

Es importante señalar que el estudio también denota la posición de algunos participantes que ven pertinente señalar la afectación, además, no solo de los derechos fundamentales en el caso de los niños, sino también en el caso de las mujeres gestantes e incluso los derechos reproductivos de los padres de intención, que pasan a un segundo plano en nuestra investigación, pero cuando se examina el escenario completo no se pueden dejar de lado.

1.1) Posturas doctrinarias análogas

En este punto la investigación ha permitido establecer que existe un amplio espectro de las diferentes opiniones de los profesionales y expertos en Derecho Constitucional y de Familia respecto a la gestación subrogada y de las TRA en general. Empero todos coinciden en que es necesaria la regulación, ello guarda congruencia con lo señalado por Fernández Sessarego (2013), quien sostiene que los dilemas éticos y legales derivados de la medicina reproductiva contemporánea poseen tal magnitud que resulta inviable delegar su resolución exclusivamente en los criterios de la jurisprudencia. Para el célebre civilista peruano, el legislador se encuentra obligado a intervenir activamente mediante la promulgación de reglas claras que garanticen la protección integral de los padres y salvaguarden los derechos fundamentales de los niños nacidos mediante estas técnicas biomédicas, impidiendo que el silencio parlamentario continúe desprotegiendo a los usuarios del sistema de salud nacional.

Así como muchos otros juristas e investigadores, reafirma la necesidad urgente de regulación específica en el ordenamiento peruano, y la insuficiencia de la jurisprudencia como herramienta para resolución de conflictos judiciales y sobre todo para la protección de los derechos de los niños nacidos mediante estas prácticas, quienes encuentran en su propio país una situación de precariedad legislativa, así como inconformidad de criterios jurídicos que llevan a que instancias superiores tengan que pronunciarse sobre sus casos conforme van presentándose, demorándose estos procesos entre 3 a 10 años, tiempo en que los derechos de los menores (en algunos casos también de los padres y de las mujeres gestantes) se han visto vulnerados o desprotegidos.

En esta línea de ideas, el estudio también arroja una tendencia de los participantes a señalar como principal afectado el derecho fundamental de la identidad, así como otros afines, estando en segundo lugar el derecho a la dignidad, seguido por el derecho al bienestar y desarrollo, y el derecho al reconocimiento de la familia. Es de resaltar que los entrevistados también

señalaron múltiples derechos afines o que se deprenden de los principales ya señalados, por lo que entendemos que están comprendidos intrínsecamente.

Esta vulneración al derecho a la dignidad humana refiere incluso a la práctica misma de la gestación subrogada cuando incluye factores contractuales y comerciales; así también en cuanto las mujeres gestantes y la prestación del cuerpo cuando no es con fines altruistas, siendo que se genera la cosificación de la vida y el cuerpo. Ulteriormente se considera que se configura la desprotección de los derechos fundamentales de los menores con el hecho de encontrarse frente a estos vacíos legales que los mantienen en la incertidumbre hasta que se puedan ver resueltas judicialmente las diferentes controversias que se hayan presentado. Hablamos de vulneración de los derechos fundamentales cuando el Estado no puede resolver dichas contrariedades oportuna y óptimamente o establecer medidas para contener esta situación que cada vez se presenta con más frecuencia, pasando por alto completamente la regulación legislativa específica de esta materia.

La vulneración de los derechos como el derecho a la dignidad, identidad, reconocimiento de la familia y derecho al bienestar y desarrollo también pueden ser vulnerados por los padres (biológicos o de intención) cuando por sus acciones u omisiones impiden que los menores tengan acceso a su propia información genética, esta que constituye la identidad estática. Así también, al presentarse eventualmente problemas en su desarrollo personal, familiar y social se afecta la identidad dinámica, como ya hemos mencionado, esta situación se refleja en la realidad con la existencia de fundaciones o agrupaciones de personas ya adultas que han atravesado esta situación al haber sido concebidos mediante TRA y también, en muchos casos, nacidos a través de gestación subrogada.

En concordancia con este resultado, se incorporan los hallazgos obtenidos en la entrevista académica realizada a la doctora Gonzales (2024), especialista en Bioética y Derecho de la Universidad de Piura. Al respecto, la experta manifiesta la urgencia de tutelar los derechos

fundamentales de los niños y las mujeres en el ámbito de la salud reproductiva nacional. Desde su perspectiva técnica, el legislador peruano debe priorizar la regulación de aquellos procedimientos médicos que posean una mayor proximidad con la filiación natural y restringir los métodos de fecundación que involucren a aportantes anónimos, toda vez que la inacción normativa actual posee el potencial de lesionar de forma directa el derecho a la identidad y a la vida familiar de los menores. Asimismo, Gonzales (2024) enfatiza que la protección de la identidad infantil constituye una obligación estatal aplicable desde la etapa preconcepcional del procedimiento biomédico. La especialista advierte que el empleo desregulado de gametos de terceros despoja al infante de información biológica y clínica crucial sobre su verdadero origen, desencadenando secuelas que afectan el libre desarrollo de su personalidad, su bienestar individual y el equilibrio de la estructura familiar. De este modo, la postura de la experta respalda la argumentación central de la tesis al evidenciar que el vacío registral y sanitario en el Perú no debe solucionarse mediante una apertura mercantil absoluta, sino a través de un modelo garantista que proscriba el anonimato genético para asegurar el derecho a la verdad biológica del recién nacido.

Finalmente, existe otra postura que no se centra en los derechos fundamentales de los menores, sino que se limita específicamente a los derechos reproductivos de los padres solicitantes o de intención, Bajo esta línea de análisis, Núñez Merejildo (2020) expone que la gestación subrogada, denominada erróneamente como alquiler de vientres por ciertos sectores, ha carecido históricamente de un debate profundo desde la perspectiva del derecho constitucional, toda vez que la mayoría de investigaciones locales limitan el fenómeno al ámbito del negocio jurídico y la teoría de los contratos. Para el autor, la ausencia de una regulación permisiva atenta directamente contra los derechos fundamentales de las mujeres que padecen de infertilidad uterina, generando una discriminación estructural que las excluye de un trato igualitario, puesto que el ordenamiento sí faculta a otras ciudadanas a recurrir a las técnicas de

reproducción asistida convencionales, mientras proscribe la única alternativa médica viable para que este grupo logre alcanzar la descendencia de forma biológica.

Si bien Núñez Merejildo (2020) menciona los derechos fundamentales y resalta la importancia de abordar el fenómeno más allá de los rigurosos aspectos civiles, su argumentación se refiere de forma exclusiva al derecho a la igualdad de las mujeres infértiles respecto al acceso general a la medicina reproductiva, concibiendo a la gestación por sustitución como el único mecanismo médico para materializar una concepción que no pueden albergar en su propio cuerpo. Este planteamiento se encuentra estrechamente ligado a las libertades reproductivas y a la obligación del Estado de proveer soluciones a las patologías de infertilidad o esterilidad que afectan a la población, garantizando así un trato igualitario. No obstante, esta corriente omite deliberadamente la tutela de los derechos fundamentales del menor en cuestión. Una integración total de las partes supondría un juicio de ponderación donde la dignidad humana del recién nacido debe prevalecer de forma absoluta, al constituir el fundamento ontológico esencial de todo el sistema de derechos humanos.

2) <u>Participaciones y Reflexiones Relevantes</u>

Durante el proceso de las entrevistas se advirtieron opiniones bastante emblemáticas, las cuales realizaron bastante énfasis en cuanto a la afectación al derecho fundamental de los niños a la dignidad humana y a la identidad, uno de los participantes anotó que: *"(…) Está vinculado el derecho a la dignidad, está vinculado el derecho a conocer a sus padres, a sus padres biológicos. Todo niño, todo menor, tiene derecho a conocer quiénes son sus padres biológicos. Por lo tanto, hay un derecho a la identidad personal, un derecho a la identidad familiar; que es otra perspectiva de la de la identidad. Y también es otro asunto, incluso en el documento nacional de identidad, ya que el niño puede tener una identidad si lo limitamos al ámbito del derecho al hombre que disiente, lo que en realidad le correspondería, no, y esto puede traer perjuicios al niño, ya que, si se produjera una impugnación sobre el particular, es probable*

que en algunos supuestos los jueces admitan el cambio del nombre. Y esto pues puede traerle trastornos psicológicos y problemas jurídicos desde el punto de vista de su derecho a la identidad." Asimismo, en concordancia, otro participante expreso que: *"Si estamos ante la gestación subrogada tradicional, a la que se refiere al artículo séptimo de la Ley General de Salud, ahí supuestamente no habría mayores inconvenientes porque, a madre es la que aportó el óvulo y la que lo gestó. Por tanto, no habría inconvenientes en cuanto al derecho a la identidad. El problema sería en cuanto a los otros supuestos no clásicos, en el que la madre no aporte material genético y en el que probablemente se haya celebrado un contrato sobre vientre de alquiler. En esos casos es probable que se produzcan conflictos jurídicos y esto sí puede afectar directamente al derecho a la identidad del niño."*

Las opiniones en cuestión, mencionan la existencia de un vínculo estrecho entre el derecho a la dignidad y el derecho a la identidad, referenciando sobre todo a su dimensión estática, que está vinculada a la certeza biológica de su origen que el individuo merece conocer, así como en el otro extremo, por el lado de la identidad dinámica, este niño debe poder sentirse identificado, perteneciente a su familia, lo que el primer participante denomina identidad familiar; de no ser así, añade, podría incluso existir la posibilidad de impugnación de nombre por el que realmente le correspondería (apellidos), ello claro según el caso y las particularidades de cada persona si así lo desea. En este sentido, entramos en el ámbito registral. Al respecto, en el Perú se han presentado conflictos en casos como el de Trujllo y Delfin y el de Moran. Donde no era posible hacer un correcto registro a los ojos de la institución a cargo (RENIEC) que, en ambos casos, por razones diferentes, se negó a completarla y mediante los órganos judiciales finalmente se logró resolver dichas controversias, empero solo favorable en el caso de Moran. De cualquier modo, es innegable que existe afectación al derecho a la identidad de los menores comprometidos, siendo que en el caso de Moran (por razones contractuales validas en Estados Unidos) los niños no pueden acceder a la información de su progenitora biológica,

que es una donante anónima, ni de su madre subrogada, por la existencia, de la figura denominada “renuncia de maternidad”. En el caso de Trujillo y Delfín, nos encontramos ante una situación similar. Sin embargo, la diferencia radica en que, en el país, México, donde celebraron un matrimonio homosexual y donde nació su hijo se le registro con los apellidos de amabas, al igual que en el registro de peruanos nacidos en el extranjero, contando con dos madres, situación que, evidentemente, no en homologable en el Perú. Si bien estas mujeres decidieron conformar una familia homoparental, en su respectivo momento se hizo uso de gametos masculinos (donados) necesarios para su concepción, siendo imposible la procreación por parte de dos personas del mismo sexo, la participación de donantes, ya sean anónimos o conocidos, es frecuente y necesaria en la reproducción asistida y en algunos casos se ve relacionado y solicitado también el empleo de la gestación subrogada si así se requiere, como en el caso de infertilidad o esterilidad de las mujeres o en caso de ser una pareja homoparental conformada por varones.

Consecuentemente a pesar de ellas percibirse como sus dos madres, para la identidad estática este niño tiene un padre biológico e ignorar este hecho o evitar mencionarlo vulnera gravemente su derecho. Por lo que, si tomamos en cuenta ambos extremos de la identidad, en este caso específico, los dos se ven afectados, ya que solo cuenta con una madre jurídicamente reconocida, siendo que la otra no puede ejercer derechos sobre él como tal, siendo esta la queja y aflicción de estas mujeres, que en año 2025 el caso se presentó ante la CIDH.

Cabe resaltar también la acotación de un tercer participante el cual expreso que *“(...) la dignidad, que es un derecho intrínseco, innato, es un derecho vinculado originalmente a una persona humana, es de beneficio del no nacido. En ese orden de ideas, si es que yo tengo niños que nazcan fruto de la maternidad subrogada únicamente con fines económicos, estoy cosificando a la persona humana, estoy vulnerando su dignidad; si es que no respeto su identidad, si es que no respeto el tratamiento que tiene el menor aún no nacido, si es que no*

respeto a la madre, también implica un no respeto a la dignidad de menor. (…) la dignidad es íntimamente vinculada al menor y debe ser exigida en todos sus fueros en sus instancias." Este extracto refiere al reconocimiento de la dignidad inherente a la vida humana desde el momento que se es concebido, en este sentido la presencia de factores contractuales y comerciales cosificarían a la persona, lo que resulta en una grave vulneración a este derecho. Esta dignidad, en el caso de los niños concebidos y nacidos mediante gestación subrogada, se extiende más allá del momento en que nace y es entregado a sus padres (ya sean biológicos o de intención), puesto es imprescindible que se respete la misma cuando involucre todos aquellos posibles conflictos consecuentes de las particularidades jurídicas del caso, así como también las de su concepción, nacimiento, familia, identidad, registro, etc.

1.2.4. Análisis de Opinión sobre la Incidencia de la Gestación Subrogada en los Derechos Fundamentales al Libre Desarrollo y al Reconocimiento de la Familia.

1) <u>Síntesis de Resultados</u>

El estudio resalta nuevamente la evolución de la concepción de la familia y de la maternidad, como ya explicamos en el anterior apartado. En este punto toma mayor fuerza la dignidad humana y el derecho a la identidad, que se encuentran estrechamente vinculados a los derechos fundamentales al libre desarrollo y bienestar, y al derecho al reconocimiento de la familia. Se explica que el origen extraordinario de los niños no debe ser motivo de la afectación de su dignidad, pero, al mismo tiempo, que el factor comercial en la práctica de la gestación subrogada vulnera gravemente la misma, dado que cosifica al niño (sucediendo algo similar en cuanto al cuerpo de la mujer gestante).

En esta línea de ideas el libre desarrollo y bienestar, según una postura mayoritaria, se ve afectado por las particularidades de la concepción sobre todo las ligadas a la identidad estática, y en menor número, alguno se muestra positivos en cuanto al desarrollo de este derecho, si es

que se pueden resolver las dudas referentes al origen genético del niño en cuestión y esto no resulta en mayor conflicto para el mismo. El derecho al reconocimiento familiar se encuentra estrechamente ligado a todos los ya señalados, siendo igual de importarte, por ello se establece que este estaría relacionado con la identidad dinámica: a como el vínculo familiar se logra desarrollar con naturalidad y la capacidad de aceptación del menor, la cercanía con sus apoderados que va más allá de la filiación civil y del origen genético; de no presentarse problemas al respecto no se vería afectado este derecho, empero la manipulación del entorno y de la percepción de la realidad de los apoderados por sobre el menor, sí se configura como una subjetiva vulneración; pues el menor en su estado de vulnerabilidad y maleabilidad acepta todo lo que se le haya impuesto como verdad, sin mayor cuestionamiento sino hasta que se encuentre en una edad avanzada, con un pensamiento más crítico. Por ende, es importante tener presente en todo momento el interés superior del niño, ya que el deseo personal de descendencia no puede imponerse por sobre la dignidad de ningún ser humano, a quien (en muchos casos) se le condiciona de múltiples maneras, incluso desde antes de venir al mundo, condiciones con las que finalmente tendrá que lidiar solo, no solo en el aspecto social sino intrapersonal.

1.1) Posturas doctrinarias Análogas

El estudio señala que los derechos de los menores pueden verse afectados, especialmente el derecho al libre desarrollo y bienestar, y al derecho al reconocimiento de la familia derechos que inciden directamente en la dignidad humana y, de manera aún más relevante, en el derecho a la identidad. Esta problemática se presenta particularmente cuando hay participación de donantes de gametos y debido a la complejidad inherente tanto de las TRA como de la gestación subrogada. Esto guarda relación con lo señalado por Posadas Gutiérrez, quien advierte que el Perú carece actualmente de un registro único y centralizado de donantes de gametos, así como de un control estadístico sobre la cantidad de niños nacidos mediante el empleo de material genético de terceros. Para el autor, resulta imperativo establecer la necesidad de dicho registro

institucional, fundamentando su obligatoriedad no solo desde la gestión médica de la salud del aportante, sino primordialmente a partir de la severa afectación que la opacidad administrativa genera sobre el derecho a la identidad del nacido bajo estos procedimientos. De este modo, lo expuesto por el especialista pone en evidencia la urgencia de implementar mecanismos legales y administrativos eficientes que garanticen el respeto y la protección de las garantías constitucionales de los niños nacidos mediante estas técnicas. La creación de un registro centralizado surge como una medida indispensable para asegurar de forma efectiva el derecho a la identidad integral del menor, evitando que el silencio normativo e informático del Estado continúe perpetuando situaciones de desprotección jurídica, médica y social en las nuevas estructuras familiares del país.

Por otro lado, Romero Mendoza (2021) sostiene que la legislación nacional no debe optar por un modelo de anonimato absoluto del cedente de gametos, como tampoco por un sistema totalmente abierto y exento de restricciones,; desde su perspectiva bioética, resulta necesaria la implementación de una regulación orientada al anonimato relativo del aportante de material genético, esquema bajo el cual se facilite el acceso únicamente a la información médica y general del donante, la cual debe obrar y custodiarse de forma obligatoria en los centros de salud públicos o en las clínicas privadas autorizadas que ejecutan los procedimientos de procreación humana asistida. En efecto, precisa que el marco normativo debe delimitar de manera taxativa qué tipo de datos serán considerados como información general, una precisión técnica indispensable para prevenir inconvenientes o sesgos arbitrarios en la interpretación y aplicación de la norma por parte de los operadores de salud y de justicia en el país.

Si bien la propuesta busca equilibrar el derecho del niño a conocer su origen biológico y el derecho del donante a la intimidad, sugiriendo que la información general, del donante esté disponible en los centros autorizados, resulta complejo determinar el alcance de dicha información. Por ejemplo, el historial médico no es estático y puede actualizarse con el tiempo,

lo que plantea la desventaja de que, si no se actualiza, la información podría quedar desfasada, pero si se actualiza constantemente, podría interpretarse como una vulneración a la intimidad del donante, dada la naturaleza sensible de los datos médicos. Asimismo, Romero Mendoza, resalta la importancia de que los padres legales revelen al hijo su origen biológico a una edad determinada, para así proteger su derecho a la identidad sin vulnerar la privacidad del donante. Sin embargo, esto también resulta difícil de controlar e instaurar de manera específica, ya que depende de la particularidad de cada familia, cada caso y cada persona. Definitivamente, el debate sigue abierto respecto al modelo más adecuado para nuestro país, donde la protección de la identidad, la intimidad y el interés superior del menor deben ser cuidadosamente ponderados.

2) <u>Participaciones y Reflexiones Relevantes</u>

En cuanto a las entrevistas, resaltan opiniones como la siguiente*: "Sí, tiene incidencia en el libre de desarrollo. El libre de desarrollo está vinculado a la dignidad de la persona humana, desde esa perspectiva, toda persona tiene derecho, pues, a crecer física, mentalmente, profesionalmente, a desarrollarse en distintos aspectos de su vida. Y obviamente, si una persona tiene problemas en el derecho a la identidad, por ejemplo, en el derecho a no conocer quiénes son sus padres biológicos, en el derecho a pertenecer a una familia; es obvio que va a traerle consecuencias al carácter más que jurídicos, de carácter psicosocial (...)"* En este mismo sentido otro participante opinó que: *"(..) a priori vamos a determinar la familia que se le va a dar al niño, (...) lo correcto sería que cada persona por libre decisión geste un hijo suyo, directo con sus genes, es un sentimiento de perpetuar la familia de uno mismo, no de otras personas."* Los argumentos en cuestión indican una clara aversión hacia la práctica cuando implica una alteración en la identidad del menor, lo que ulteriormente afectaría más ámbitos de su vida y, por ende, otros derechos fundamentales, como ya mencionamos, la dignidad, libre desarrollo, inclusive el reconocimiento de la familia. Porque estos derechos

están estrechamente emparentados entre sí, sobre todo durante el desarrollo de la práctica de la gestación subrogada y sus diferentes escenarios que involucran a más de dos individuos, como es lo naturalmente establecido en la reproducción humana.

Asimismo, un participante en relación al derecho al reconocimiento de la familia, anotó que *"Sí, porque usualmente, sí es cierto que hay relación entre familia y pongámoslo así y nacimiento; pero no necesariamente resulta haciendo lo mismo, porque una cosa es la familia y otra cosa es ser concebido, y que puede haber otras situaciones diferentes. Ósea, la familia, desde un punto de vista del derecho de familia, va a tener una incidencia directa en la calidad de los niños; en cuanto a su pertinencia a este honor y atención a su a su derecho a la identidad. Entonces, es esa posibilidad, es probable que un menor que ha nacido a través de estas técnicas pertenezca a una familia dada, pero si posteriormente va a haber una reclamación de alguno de los padres o de la madre que lo gestó, es probable que demande la tenencia anular, lo que implica sacarlo de su entorno familiar que tuvo al inicio para ser entregado a otra persona y completar otra familia de otra naturaleza. Y eso sí, podría afectar en el derecho al desarrollo del niño."* Este argumento denota la preocupación por las diferentes probables situaciones a las que podría enfrentarse el menor a falta de esta regulación legislativa específica; escenarios que terminan afectando a menor en una o más maneras, según se presenten, lo que afectaría sus derechos, su desarrollo personal y su honor, como señala.

Por su parte otro entrevistado tiene una postura un poco más comprensiva en cuanto a la realidad que les toca atravesar a estos niños y la diversidad de conformación familiar que encontramos hoy en día, *"(...) ahí hay una relación interesante, pero que responde también reconocer que tenemos que entender que el mismo concepto de familia ha ido variando en el transcurso del tiempo. Ya no debemos entender únicamente a la familia heterosexual, a la familia con el padre y la madre, sino que el concepto de familia, también por los procesos sociales, han ido cambiando, han ido variando. Tienes familias con parejas homosexuales,*

tienes familias en donde la madre es la responsable del menor, tienes familias en donde solo el padre es el responsable del menor o tienes familias en donde los abuelos son los responsables las menores. Entonces es importante partir de la premisa de que ya tenemos una multiplicidad de escenarios familiares, (…) por lo tanto, cualquier niño o niña producto de una gestación subrogada también tiene derecho a su familia, pero bajo esta concepción mucho más amplia y que pueda justamente garantizar el Derecho del niño o la niña a contar con una familia, pero esta familia, en sus múltiples diversidades." Este argumento menciona que, si bien se toman en cuenta las múltiples posibilidades a las que se enfrenta un menor proveniente de una gestación subrogada, es de entender, a su vez, que no existe una única forma de familia, y que llevar a cabo TRA estaría condicionando en muchos casos, dicha conformación, lo que no debería configurarse automáticamente como negativo. Entonces, de importante visibilizar este punto tomando un enfoque más amplio de la realidad.

1.2.5. Análisis de Opinión sobre el Tratamiento Internacional de la Gestación Subrogada en Relación con la Realidad Nacional.

1) <u>Síntesis de Resultados</u>

Considerando instrumentos internacionales como: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Universal de los Derechos del Niño y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Se establece que los mismos funcionan como marcos normativos globales, además se constituyen como herramientas para el reconocimiento y garantía de derechos esenciales, tales como la identidad biológica, el interés superior del niño, la dignidad humana, el desarrollo integral, el derecho a la vida, a la familia y a un entorno familiar saludable.

En esta línea de ideas, los expertos coinciden en que la adopción de parámetros regulatorios para la gestación subrogada es una necesidad urgente para el Estado peruano, pese a que estos conceptos emergen de una visión contemporánea que aún choca con los valores conservadores predominantes en el país. No obstante, se subraya que la ausencia de regulación no solo genera vacíos legales, sino que también expone a los menores y a las partes involucradas a riesgos de vulneración de sus derechos fundamentales. A nivel global, persiste una división moral y jurídica marcada por factores culturales, educativos y religiosos: mientras en países con marcos regulatorios robustos (como España o Canadá) se prioriza la protección de los derechos de todas las partes, en aquellos con prohibiciones tácitas (como Perú) se evidencia una desprotección sistémica que demanda atención apremiante por parte del Estado.

Sobre el tratamiento internacional de la gestación subrogada, se destaca que su regulación no implica necesariamente una aceptación indiscriminada, sino la creación de mecanismos que equilibren el derecho a formar una familia con la protección de la dignidad humana y el interés superior del niño. En este sentido, los instrumentos mencionados exigen al Estado peruano armonizar sus normas internas con estándares globales, garantizando que prácticas como la subrogación no deriven en la cosificación del menor o en la explotación de la mujer gestante.

1.1) Posturas doctrinarias Análogas

La investigación señala la existencia de una necesidad urgente y viabilidad práctica para la regulación de la gestación subrogada en el Perú, no solo por el avance tecnológico en materia de reproducción asistida, sino también por las obligaciones internacionales derivadas de tratados de derechos humanos ratificados por el Estado peruano. Este desfase tecnológico y normativo, sumado a la ausencia de controles, ha permitido que prácticas como la gestación subrogada se realicen en un contexto de informalidad, exponiendo a mujeres gestantes y menores a riesgos como la explotación económica, la vulneración del derecho a la identidad y la falta de acceso a mecanismos legales de protección.

En este sentido, la postura de Díaz y Loyola (2022) afirma que mantener la gestación subrogada al margen de una legislación correspondiente significa afectar directamente el ejercicio de prerrogativas fundamentales, las cuales se encuentran reconocidas tanto a nivel constitucional como convencional. Desde su perspectiva sociojurídica, la omisión del legislador perpetúa un escenario de desamparo debido a que impide la existencia de parámetros definidos de control para fiscalizar un procedimiento de alta complejidad médica; un vacío técnico y legal que involucra e impacta de forma negativa en la debida protección de los derechos humanos de las madres gestantes, de los niños nacidos bajo este método y de los propios padres comitentes.

Esta perspectiva se alinea con estudios recientes que destacan cómo la falta de regulación en Perú ha derivado en casos de gestación subrogada internacional, donde parejas peruanas recurren a países con marcos permisivos, generando conflictos legales posteriores al intentar registrar a los menores bajo normas peruanas que no reconocen la filiación establecida en el extranjero.

No obstante, frente a estas posturas permisivas, Varsi Rospigliosi (2013) sostiene una posición restrictiva al catalogar a la maternidad subrogada como un acto jurídico intrínsecamente ilícito. Para el tratadista peruano, este carácter ilegal se fundamenta en que el acuerdo adolece de un fin ilícito y de un objeto jurídicamente imposible, constituyendo un pacto que atenta de forma directa contra el orden público al mercantilizar el cuerpo humano. Asimismo, el autor precisa que este mecanismo configura un fraude a la institución de la adopción y resulta abiertamente contrario a la moral y a las buenas costumbres del ordenamiento civil. En la misma línea de análisis, el jurista argentino Zannoni (2004) añade que el pacto de gestación por sustitución implica un acuerdo de contenido inmoral viciado de nulidad absoluta. Desde su perspectiva dogmática, estos convenios desnaturalizan el sistema legal al transformar a la persona humana en un objeto de comercio, reduciendo a los seres involucrados a la condición de objetos del derecho en lugar de salvaguardar su estatus inalienable como sujetos de este.

Estas críticas se ven reforzadas por instrumentos internacionales como la Declaración de Casablanca (2023), suscrita por expertos de 75 países, que denuncia la gestación subrogada como una práctica que *"viola la dignidad humana y contribuye a la mercantilización de mujeres y niños"*, solicitando a los Estados prohibirla en todas sus formas, incluso la altruista. Dicha declaración argumenta que la gestación subrogada contradice principios fundamentales de tratados como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, al reducir a la mujer a un "instrumento reproductivo", y la Convención sobre los Derechos del Niño, al priorizar el deseo de paternidad sobre el interés superior del menor. Cabe señalar que esta postura prohibitiva se ve plasmada en legislaciones como la de Italia, donde la gestación subrogada se considera un delito universal, perseguible incluso si se realiza en el extranjero.

2) <u>Participaciones y Reflexiones Relevantes</u>

Entre las opiniones recabadas, destaca especialmente la valoración otorgada a los instrumentos internacionales de protección de los derechos fundamentales de los niños, en particular a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989). Según uno de los participantes: *"(…) la norma específica, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, esta norma es la que garantiza esencialmente cuáles son los derechos que le corresponden a los niños desde la concepción (…) desde un punto de vista del Derecho internacional, los niños merecen protección desde su concepción y esta protección es de distinta índole. Desde la obligación que tienen los padres a la patria potestad, desde a prestar alimentos, brindarle educación, protección, salud, educación, etcétera. Hasta la obligación de proporcionarles afecto, que también resulta siendo importante en el entorno familiar. Entonces esos documentos internacionales garantizan los derechos fundamentales de los menores, derecho a la dignidad, al desarrollo, derecho a la vida, derecho a una familia, a un entorno familiar Saludable, etcétera."* Este argumento subraya la relevancia de contar con un

instrumento específico de protección, como la Convención, que reconoce y tutela los derechos de los niños desde la concepción, otorgándoles una protección integral que abarca tanto aspectos materiales como afectivos. Asimismo, hace hincapié en que la protección de los derechos humanos de los menores debe ser el eje rector al momento de diseñar cualquier marco normativo, tanto en el Perú como en cualquier otro país. En este sentido, el interés superior del niño y el respeto irrestricto a su dignidad constituyen principios fundamentales que deben prevalecer en toda regulación, asegurando que la normativa nacional se encuentre alineada con los estándares internacionales de protección de la infancia.

Asimismo, respecto al tratamiento de la gestación subrogada a nivel internacional en relación a la realidad nacional, un participante anotó que: *"Creo que la diferencia que tienen otros países en cuanto al avance tecnológico y conjuntamente con ello a la regulación legal, es un ejemplo que tiene que seguirse en el Perú. No sirve de nada negar una realidad concreta en donde además genera procesos de indefensión a las personas. Porque al no haber un marco regulatorio como indicábamos hace un momento, existe abuso, escenarios de informalidad, así como también negocios que afectan la dignidad de la persona."* En consonancia, otro participante añadió: *"(...) la realidad nacional, ha quedado un poco, de repente desfasada con la regulación internacional sobre esta materia en cuanto a los derechos del niño exactamente. Y considero que es necesario que se modifique la normatividad a fin de que se adecue a la realidad existente, ya que, al haberse limitado la gestación subrogada a un determinado supuesto, impide, pues, de que los derechos de los niños sean debidamente cautelados (...) es conveniente que haya una ley que especifique en forma clara cuáles vienen a ser las obligaciones de las personas comprometidas dentro de este tipo de contratos y a partir de ahí, ya tienen que garantizar mejor manera los derechos fundamentales de los niños, de los concebidos."* Ambas opiniones reconocen la compleja realidad que enfrenta la legislación peruana, la cual, debido a la falta de regulación específica, no logra afrontar adecuadamente

los desafíos que plantea la gestación subrogada. Esta situación se agrava por el carácter conservador de la sociedad, la influencia de la religión como autoridad moral y otras consideraciones éticas que dificultan la adopción de una regulación favorable, prefiriendo mantener el estado precario actual.

Desde el punto de vista jurídico, la concepción tradicional de la familia en la Constitución peruana, entra en conflicto con escenarios emergentes, como la formación de familias homoparentales o monoparentales, especialmente cuando se desea el reconocimiento legal de menores en contextos donde la ausencia materna no es contemplada ni por la ley ni por la sociedad, considerando el principio *Mater semper est*. Esta situación se complica aún más al intentar registrar al menor u homologar reconocimientos otorgados en el extranjero que no coinciden con las estipulaciones estatales.

En síntesis, si bien no sería viable ni apropiado imponer una regulación ampliamente permisiva en el Perú, resulta indispensable y factible diseñar un marco normativo restrictivo que contemple estas particularidades sociales, culturales y jurídicas. Este enfoque permitiría atender la realidad actual, proteger los derechos fundamentales de los menores y garantizar un equilibrio entre la tradición y los nuevos modelos familiares emergentes.

1.2.6. Análisis de Opinión sobre Condiciones Regulatorias y Consideraciones Éticas de la Gestación Subrogada en el Perú.

1) <u>Síntesis de Resultados</u>

El estudio denota conformidad general entre los participantes respecto al carácter excepcional de la gestación subrogada. Sin embargo, existen posturas diversas sobre la naturaleza de esta práctica: mientras la mayoría destaca que debe prevalecer un enfoque altruista, otros consideran lógico que la mujer gestante reciba una compensación económica debido a la naturaleza de la prestación. Por otro lado, es destacable el consenso en cuanto a la necesidad de proteger los

derechos de todas las partes involucradas, especialmente los del niño, quien finalmente debe poder comprender y asimilar su origen de la manera más favorable posible.

En relación con las cuestiones éticas, los participantes coinciden en que la naturaleza conservadora de la sociedad peruana influye en la dificultad para legislar objetivamente sobre temas como la gestación subrogada y la donación de gametos. Esta falta de regulación clara ha dado lugar a una autorregulación por parte de las clínicas o instituciones que llevan a cabo estos procedimientos, con el fin de cumplir sus objetivos.

Asimismo, la influencia de la religión y su importancia en el país inciden en la concepción tradicional de la familia y en la idea de una reproducción considerada "natural". En este contexto, surgen múltiples aspectos éticos, especialmente aquellos relacionados con la mercantilización del cuerpo de la mujer y de la vida misma, incluyendo a las células reproductivas, que son vistas como la "semilla de la vida". Por todo lo expuesto, se trata de un tema altamente debatible y complejo, que sigue generando profundas reflexiones y discusiones en el derecho y en diferentes sectores de la sociedad.

1.1) Posturas Doctrinarias Análogas

En la misma línea de ideas, se destaca la postura de Rupay Allcca (2022), quien afirma que la ausencia de una regulación específica sobre la maternidad subrogada origina un severo vacío legal en el ordenamiento doméstico, el cual despoja de una debida tutela jurídica tanto a los padres comitentes como al menor nacido bajo esta modalidad médica. Esta visión es consistente con los hallazgos que evidencian que la falta de un marco normativo claro no solo genera incertidumbre jurídica para las partes involucradas, sino que también expone a los menores a situaciones de desprotección respecto a su filiación, identidad y bienestar. Diversos estudios y propuestas legislativas en el contexto peruano, y los análisis doctrinarios recientes, subrayan que la inexistencia de reglas claras propicia conflictos legales, dificulta la tutela efectiva del

menor y puede derivar en situaciones de explotación o vulneración de derechos fundamentales. Por tanto, uno de los parámetros centrales para un marco legal adecuado debe ser la protección integral del menor y la seguridad jurídica para todos los intervinientes, mediante la definición precisa de los derechos y obligaciones de cada parte, mecanismos de control y supervisión, y procedimientos claros para la determinación de la filiación.

En otra línea argumental, Ortiz Muñoz (2023), sostiene que la regulación formal de la maternidad subrogada fortalece el ejercicio de los derechos reproductivos en el plano civil, permitiendo a los ordenamientos jurídicos avanzar de manera progresiva hacia la consolidación de una sociedad más inclusiva y respetuosa de la diversidad familiar. Si bien es cierto que una regulación adecuada puede contribuir al reconocimiento de nuevos modelos familiares y al ejercicio de derechos reproductivos, la investigación advierte que la sola existencia de una norma no garantiza la protección de los derechos de los menores ni la ausencia de riesgos de explotación o desigualdad. Un marco legal adecuado debe considerar no solo la inclusión y el respeto a la diversidad, sino también factores sociales, culturales y bioéticos propios del contexto peruano, como la prevención de la mercantilización del cuerpo de la mujer, la equidad en el acceso a la técnica y la promoción del interés superior del niño. Así, los parámetros regulatorios deben equilibrar el reconocimiento de derechos reproductivos con salvaguardas efectivas para evitar prácticas abusivas y asegurar la protección de los más vulnerables.

2) <u>Participaciones y Reflexiones Relevantes</u>

De las entrevistas, resalta la opinión de un participante respecto a las condiciones para un regulación adecuada, *"la permisibilidad de aquella obligación de naturaleza gratuita o altruista (...) clausulas específicas siempre en protección de los derechos fundamentales del niño concebido y por nacer (...) la voluntariedad de la madre subrogada, (...) la representación legal del niño nacido (...)"* Se establece con objetividad la naturaleza altruista

de la práctica que evitaría caer en la cosificación y mercantilización, así como la protección de los derechos tanto de la mujer gestante como del niño concebido y nacido.

En relación a lo anterior otro entrevistado indico que *"la normatividad también debería de establecer como requisito adicional la posibilidad en determinadas situaciones de que la madre gestante, pues no sea la que aporte el óvulo y debe establecer aquellas condiciones y supuestos en los que deben, en los que tienen que realizarse. (...) estos contratos deben ser usualmente de carácter altruista, es decir que no debe de haber una comercialización, de allí que el peligro que pueda existir es que los niños sean objeto en buena cuenta de una compraventa, que sean considerados como mercancía (...) Y algo similar sucede con los óvulos en los casos de las TRAS, por ejemplo, en la inseminación in vitro, que sucede cuando hay óvulos que han quedado, pues en desuso. Entonces, ¿qué ocurrirá con este material genético? Ósea, hay varios aspectos que tendrían que regularse en forma expresa a través de la ley pertinente."* Destaca que la legislación debería contemplar el escenario en que la condición de madre biológica y gestante no recaiga en la misma persona, estableciendo con claridad las condiciones para ello. Esto también incluiría la regulación de la donación de gametos, reafirmando la naturaleza altruista de la práctica, que abarca desde la prestación del vientre hasta la donación, con el objetivo de evitar en todos los casos posibles la cosificación y mercantilización del cuerpo y la vida.

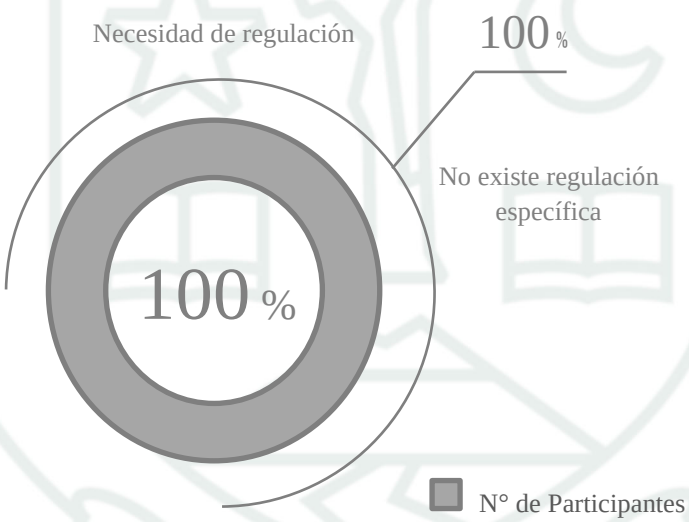
Entrando al terreno de la moral y ética se destacan opiniones enriquecedoras para el estudio, como al siguiente: *"(...) a nivel internacional existen tres posiciones. Hay países que niega absolutamente la maternidad subrogada, hay otras que las admiten ampliamente, pero hay otras que les admiten en forma restringida, para determinados supuestos. Particularmente, yo creo que debe ser en este último caso, para determinados supuestos bajo determinadas condiciones, de tal manera que podamos conciliar los derechos fundamentales de las personas también con aspectos de carácter ético, moral y religioso. Por cuanto si adoptamos una*

posición totalmente amplia, podríamos correr el riesgo de que estemos fomentando, pues, la mercantilización de este tipo de tratamientos y consecuentemente, la comercialización de los niños, que ese es un riesgo latente: que en todo hecho social siempre existe este riesgo. Por tanto, si es necesario conocer cuáles serían estas condiciones, además de las jurídicas, las condiciones sociales, las condiciones morales, las condiciones éticas que resultarían aplicadas con el derecho a la vida y el desarrollo, la concepción y el derecho a la familia de las personas." Esta reflexión explica con claridad las distintas posturas legislativas existentes y señala que la regulación en cada país debe considerar múltiples factores: sociales, jurídicos, éticos, entre otros. En el caso del Perú, la postura más adecuada sería la restrictiva, lo que implica la urgente necesidad de establecer una regulación específica. Esto evitaría que la maternidad subrogada se siga desarrollando en un escenario precario y sin control, donde los derechos fundamentales de uno o más actores involucrados (especialmente los de los niños concebidos y nacidos, quienes son vulnerables y carecen de voz) puedan verse grave e irreversiblemente afectados.

Además, la opinión en cuestión subraya la importancia de no dejar de lado la complejidad humana y social que envuelve la gestación subrogada. Ya que no se trata únicamente de un contrato o un procedimiento médico, sino de realidades que involucran vidas, emociones y valores profundamente arraigados en la sociedad. Por ello, cualquier regulación debe ir más allá de lo técnico y jurídico, incorporando un enfoque integral que contemple la protección de la dignidad humana, el respeto a la autonomía de las mujeres gestantes y la garantía de un entorno seguro y afectivo para los niños.

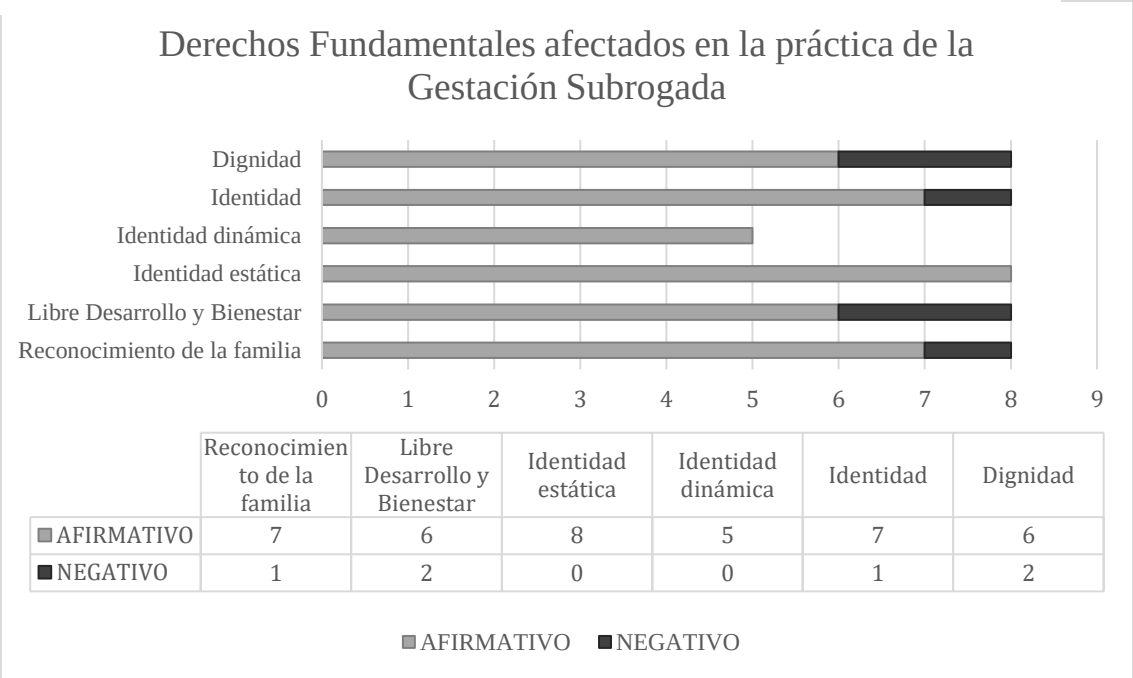
1.2.7. Síntesis de Resultados de las Entrevistas a Expertos en Derecho Constitucional y de Familia. La presente síntesis sistematiza los resultados obtenidos de entrevistas semiestructuradas realizadas a especialistas en Derecho Constitucional y de Familia, aplicando análisis de contenido cualitativo categorizado por temas emergentes: necesidad regulatoria, derechos fundamentales tensionados y propuestas normativas. Los datos se presentan mediante figuras estadísticas que ilustran patrones de consenso/disenso doctrinal, distribuciones temáticas y priorizaciones valorativas, facilitando visualización de convergencias sobre vacío normativo peruano y ponderación de los derechos fundamentales del niño frente a autonomía procreacional:

Figura 1 *Análisis de Regulación y Necesidad*



Se advierte que el 100% de los entrevistados coinciden en que actualmente no existe una norma específica en el ordenamiento jurídico peruano sobre la gestación subrogada. Asimismo, comparten la postura de que resulta indispensable una pronta regulación legislativa que se ajuste a la creciente realidad social y familiar. Esta posición mayoritaria también es compartida por diversos profesionales del derecho a nivel nacional, así como por los sectores directamente afectados por la práctica.

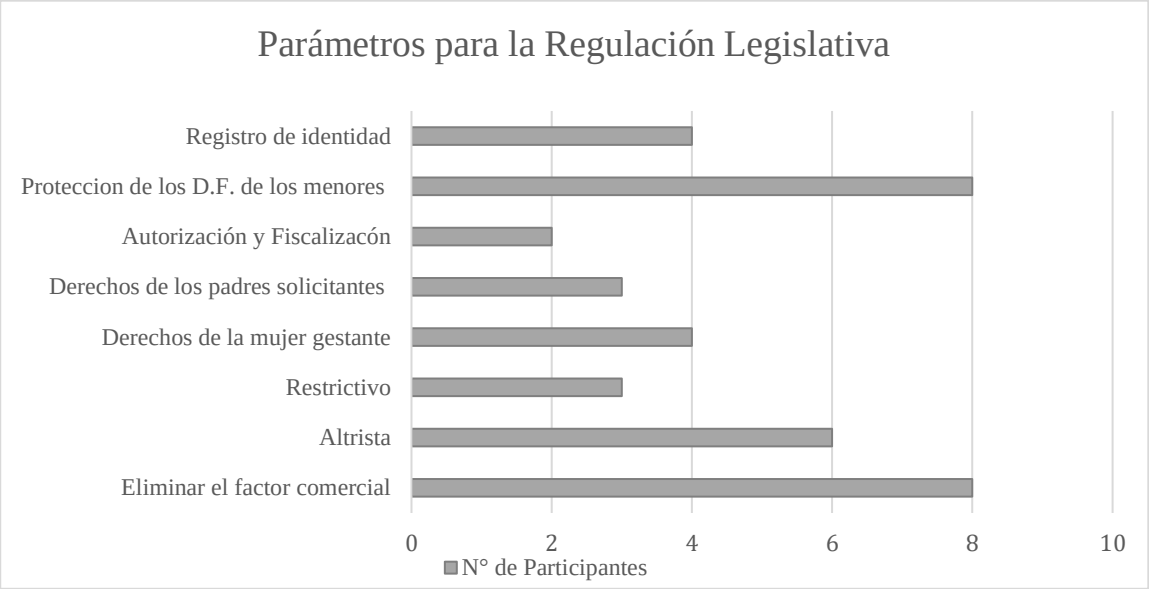
Figura 2 *Análisis de Afectación de Derechos Fundamentales*



	Reconocimiento de la familia	Libre Desarrollo y Bienestar	Identidad estática	Identidad dinámica	Identidad	Dignidad
AFIRMATIVO	7	6	8	5	7	6
NEGATIVO	1	2	0	0	1	2

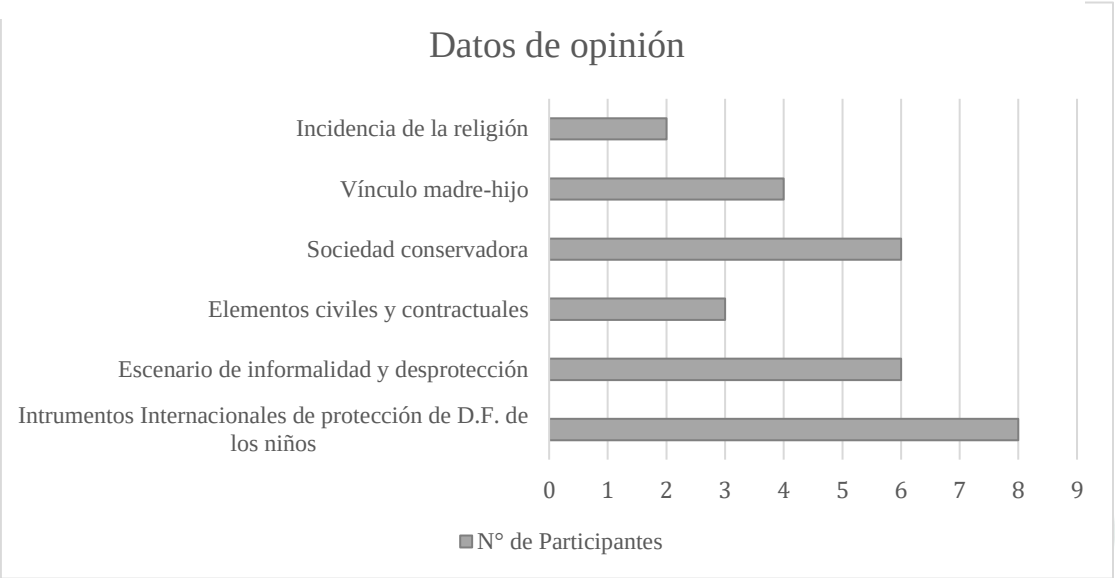
Por otro lado, en relación con los derechos fundamentales implicados en esta práctica, la mayoría de los participantes coincide en que existe una afectación significativa de los derechos en cuestión. Asimismo, se hizo mención de las dos dimensiones de la identidad, la totalidad de participantes estando de acuerdo en cuanto a la afectación sobre todo de la identidad estática y mientras que cinco mencionaron la afectación a la identidad dinámica como consecuencia del desarrollo de estas prácticas. Es importante destacar que uno o dos participantes expresaron una opinión contraria respecto a la afectación de derechos, enfocándose más en los derechos reproductivos de los padres de intención que en los derechos de los menores.

Figura 3 *Análisis de Parámetros Normativos*



El gráfico presenta una síntesis de las diversas opiniones expresadas por los profesionales entrevistados respecto a los parámetros que deben considerarse para la regulación normativa de la gestación subrogada. Se observa un consenso unánime en cuanto a la eliminación del factor comercial y la priorización de la protección de los derechos fundamentales de los menores, con algunos entrevistados también resaltando la importancia de proteger los derechos de las mujeres gestantes, y una pequeña minoría enfatizando los derechos de los padres solicitantes. Destaca igualmente la relevancia del carácter altruista de la gestación subrogada, así como la necesidad de un registro de identidad eficaz y correcto para los menores. En menor medida, se mencionaron aspectos relacionados con las restricciones y la fiscalización de esta práctica.

Figura 4 *Análisis de Datos de Opinión*



Finalmente, en cuanto a datos de opinión recolectados y sintetizados, se identificaron coincidencias específicas entre los profesionales entrevistados. Destaca la unanimidad en el reconocimiento de los instrumentos internacionales de protección de los derechos fundamentales de los niños, y la importancia atribuida a su aplicación y cumplimiento, resaltando especialmente el principio del interés superior del niño, el cual cuenta con protección constitucional.

Un menor número de participantes mencionan que actualmente prevalece un escenario de informalidad y desprotección producto de la falta de regulación específica de la gestación subrogada. Además, seis entrevistados hicieron referencia al carácter conservador de la sociedad peruana, con menciones explícitas a la influencia de la religión católica en al menos dos ocasiones. La mitad de los profesionales destacó la importancia del vínculo entre las madres subrogadas y los niños, así como los posibles conflictos asociados. Por último, una minoría aludió a las posibles implicaciones de carácter civil y contractual vinculadas a la prestación del vientre, procedimientos propios de las TRA, y a los procedimientos relacionados con la entrega y filiación del menor, aspectos que deben garantizarse correctamente.

1.3. Análisis Comparado de Legislaciones Internacionales y Posturas de Organismos Protectores de Derechos Humanos

1.3.1. Análisis Comparado de Regulaciones Subrogatorias: Sudamérica, Norteamérica y Europa.

Legislación Sudamericana Comparada en materia de Gestación Subrogada

TABLA 12 *Materia legislativa entre Perú y países sudamericanos: Argentina, Colombia, Brasil, Chile y Uruguay*

	Perú	Argentina	Colombia	Brasil	Chile	Uruguay
MICRO	El vínculo de filiación se determina por el parto (Art. 361 CC). La madre gestante es la madre legal. No se reconocen contratos de subrogación ni la voluntad procreacional.	Si bien no hay ley específica, existe reconocimiento judicial del deseo procreacional como base para atribuir la filiación. En muchos casos se admite que el hijo sea registrado con los comitentes.	Reconocimiento progresivo del deseo procreacional. Se protege al niño y se admite la subrogación altruista.	La Corte Constitucional ha protegido el deseo procreacional. Se reconoce la posibilidad de que los padres comitentes inscriban al niño como hijo propio. La gestante puede no ser considerada madre si existe consentimiento.	La madre legal también es la gestante. No existe reconocimiento legal de la intención procreacional. Los contratos de subrogación no tienen validez legal.	En la práctica, la filiación sigue recayendo en la gestante, pero existen precedentes judiciales que han dado lugar al reconocimiento de los comitentes.
MACRO	No hay política pública ni regulación institucional. Los tribunales resuelven bajo principios generales del Código Civil.	Si bien no hay ley nacional, existen antecedentes judiciales (CSJN y juzgados de familia) y protocolos sanitarios en varias provincias. Algunos proyectos	Corte Constitucional ha ordenado legislar. Existen guías clínicas y sentencias que permiten la práctica.	No hay ley específica, pero existe jurisprudencia constitucional vinculante que permite y regula la gestación subrogada en forma altruista. Existen guías médicas y	Chile tampoco tiene legislación vigente, pero existe debate parlamentario desde hace una década. Existen proyectos de ley y estudios bioéticos.	En 2018 se presentó un proyecto de ley sobre subrogación altruista, aún no aprobado. Discusión legislativa

		de ley han sido debatidos.		exhortos al Congreso para legislar.		moderada pero continua
TERCIO COMPARATIVO	Perú mantiene una postura restrictiva sin ley ni garantías, similar a países prohibicionistas como España.	Argentina representa un modelo intermedio abierto, sin regulación legal formal, pero con aceptación judicial progresiva y reconocimiento del principio de intención procreacional.	Modelo garantista judicial en transición.	Colombia encarna un modelo intermedio judicial, donde la jurisprudencia constitucional permite la práctica y la protege, siempre que se cumplan principios de dignidad, autonomía y solidaridad.	Chile mantiene un modelo restrictivo en transición, con apertura legislativa pendiente. La práctica no está permitida, pero hay discusión activa.	Modelo en evolución, con jurisprudencia favorable ocasional y propuestas legislativas que tienden a permitir la subrogación altruista bajo regulación.
NORMATIVIDAD	- Código Civil Peruano: Art. 361 (madre es la que pare), Art. 409 (filiación por maternidad biológica).- No hay norma sobre subrogación.	- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (2015): no regula directamente la subrogación. - Fallos clave: "G., M. D. y otros/ autorización judicial" (CSJN, 2017); fallos de la CABA y Rosario. - Algunos protocolos médicos en hospitales públicos	Sentencias T-968/09, T-301/16, T-085/15, T-013/23 (protección constitucional y exhorto a legislar).	- Sentencia T-968/09 (Corte Constitucional): la gestación subrogada es válida si es voluntaria, informada y no comercial. - Sentencia T-301/16: protege derechos del niño y reconoce a padres comitentes. - Sentencia T-085/15, T-013/23: establecen estándares de consentimiento y prohíben coacción o	- Código Civil Chileno: no contempla la subrogación. - Boletín N.º 9915-11 (2015) y Boletín N.º 10645-11 (2016): Proyectos que proponen regular la subrogación altruista y comercial con límites.	- No hay ley vigente. - Proyecto de Ley N.º 198066-00001 (2018): regula la gestación por sustitución altruista con controles médicos y jurídicos.

		permiten la práctica.		comercialización.		
VIABILIDAD	Muy baja. Inexistencia de normativa específica implica riesgo judicial y nulidad. Alta inseguridad jurídica.	Media a alta. Si bien no está legalizada formalmente, se admite en la práctica vía sentencia judicial. Algunos juzgados permiten inscribir al niño con los padres comitentes sin mayor trámite.	Media-alta. Vía judicial o clínica privada bajo supervisión ética.	Media a alta. Es jurídicamente viable bajo el marco de la Corte Constitucional. Clínicas privadas y centros médicos ofrecen el servicio bajo control ético. Hay precedentes judiciales favorables.	Baja. La subrogación no está permitida, pero hay intención política de legislar. Existen clínicas que rechazan expresamente este procedimiento por falta de regulación.	Media. No hay ley aún, pero en la práctica se han tramitado casos de filiación con base en la voluntad procreacional mediante autorización judicial.

La **TABLA 12** ofrece un análisis comparativo detallado sobre la gestación subrogada en Perú y cinco países sudamericanos clave: Argentina, Colombia, Brasil, Chile y Uruguay, estructurado en dimensiones micro, macro, tercio comparativo, normatividad y viabilidad práctica de un modelo permisivo. En el plano micro, que aborda el vínculo de filiación, Perú se muestra inflexible: el artículo 361 del Código Civil peruano (1984) establece que la madre legal es la gestante por el mero parto, sin reconocer contratos de subrogación ni la intención procreacional de los comitentes. Argentina y Colombia avanzan con mayor flexibilidad judicial, permitiendo el registro del niño con los padres intencionales en numerosos casos, siempre priorizando la protección infantil y limitándose a subrogación altruista. Brasil destaca por su jurisprudencia constitucional que valida el deseo procreacional y excluye a la gestante como madre si hay consentimiento previo, mientras que Chile mantiene la filiación en la gestante sin validez legal para contratos, y Uruguay muestra precedentes judiciales que ocasionalmente favorecen a los comitentes pese a la regla general.

Desde la perspectiva macro, que examina políticas públicas e institucionalidad, Perú carece por completo de regulación específica, dejando las resoluciones a principios generales del Código Civil y exponiendo a los tribunales a interpretaciones ad hoc. Argentina compensa la ausencia de ley nacional con fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, juzgados de familia y protocolos sanitarios provinciales, junto a debates legislativos. Colombia ha visto a su Corte Constitucional ordenar la futura legislación, respaldada por guías clínicas y sentencias permisivas. Brasil cuenta con jurisprudencia constitucional vinculante que habilita la práctica altruista, guías médicas y exhortos al Congreso. Por otro lado, Chile acumula una década de debate parlamentario con proyectos y estudios bioéticos sin ley aprobada, y Uruguay avanza con un proyecto de 2018 sobre subrogación altruista aún pendiente, en medio de discusiones moderadas pero constantes.

El tercio comparativo clasifica los modelos con precisión: En la práctica Perú encarna una postura restrictiva similar a la de España, pero sin garantías ni ley. Por su parte, Argentina representa un esquema intermedio abierto, con aceptación judicial progresiva del principio procreacional. Colombia configura un modelo garantista judicial en transición, donde la jurisprudencia protege la práctica bajo pilares de dignidad, autonomía y solidaridad. En cambio, Chile persiste en un enfoque restrictivo, pero en evolución legislativa, con discusión activa, aunque sin permiso explícito. Países como Brasil y Uruguay ilustran modelos en desarrollo, con jurisprudencia favorable esporádica y propuestas que inclinan hacia regulaciones controladas de la subrogación altruista.

En cuanto a la normatividad, Perú se limita a disposiciones tradicionales en los artículos 361 y 21 del Código Civil peruano (1984), centrados en la maternidad biológica, sin mención a la subrogación. Argentina recurre al Código Civil y Comercial de 2015 sin regulación directa, pero con fallos emblemáticos como el de la CSJN en 2017 y protocolos hospitalarios. Por su parte, Colombia se sustenta en sentencias constitucionales clave (T-968/09, T-301/16, T-

085/15 y T-013/23), que validan la práctica voluntaria y no comercial, protegen al niño, reconocen a los comitentes y exigen consentimiento libre sin coacción. En el caso de Chile ignora la subrogación en su Código Civil, con proyectos fallidos como los boletines 9915-11 y 10645-11, sin ley vigente. Y Uruguay propone en su Proyecto 198066-00001 de 2018 controles médicos y jurídicos para la sustitución altruista.

Finalmente, en cuanto a la viabilidad práctica de un modelo permisivo, se revelan contrastes marcados: en Perú es muy baja, con riesgos judiciales, nulidad de contratos y alta inseguridad jurídica. En contraste, Argentina y Colombia alcanzan niveles media-alta, facilitados por vías judiciales, clínicas privadas éticas y trámites simplificados para inscripciones. Caso similar en Brasil, que ofrece viabilidad media-alta bajo el amparo constitucional, con servicios médicos regulados y precedentes sólidos. Contrario a Chile que registra baja viabilidad por la prohibición implícita y rechazo clínico, pese a intenciones legislativas. Por último, Uruguay logra media viabilidad mediante autorizaciones judiciales basadas en voluntad procreacional, aunque sin ley formal.

En este sentido se advierte que el panorama sudamericano dibuja una gradiente desde la rigidez peruana y chilena hacia modelos judicialmente permisivos en Argentina, Colombia y Brasil, con Uruguay en transición. Esta diversidad subraya la urgencia de regulaciones específicas que equilibren innovación reproductiva, protección infantil y seguridad jurídica, evitando vacíos que fomenten prácticas clandestinas o desigualdades.

Legislación Norteamericana Comparada en materia de Gestación Subrogada

TABLA 13 *Materia legislativa entre Perú y países norteamericanos: Estados Unidos, Canadá y México*

	PERÚ	**ESTADOS UNIDOS**	**Canadá**	**México**
MICRO	La maternidad se determina por el parto (Art. 361 CC). No se reconoce el deseo procreacional. El	En muchos estados, la voluntad procreacional es reconocida legalmente. Se permite la	Se reconoce la voluntad procreacional y el contrato altruista como base para la filiación. Se	En estados como Tabasco y Sinaloa, la maternidad puede ser atribuida a los comitentes mediante

	niño es hijo legal solo de la gestante.	inscripción de los padres comitentes mediante órdenes pre o post natales.	otorgan órdenes judiciales de filiación antes o después del nacimiento.	contrato validado judicialmente.
MACRO	Sin legislación específica ni políticas públicas. Vacío total legal, judicial y médico.	Sistema federal: cada estado regula la subrogación de forma autónoma. Hay estados permisivos (California, Nevada), restrictivos (Michigan) y otros sin regulación.	Existe una ley federal: *Assisted Human Reproduction Act* (AHRA, 2004), que permite la subrogación altruista y prohíbe la comercial. Provincias regulan la filiación.	No existe ley federal, pero sí regulación estatal. Algunos estados (Tabasco, Sinaloa) permiten la subrogación altruista y/o comercial; otros la prohíben.
TERCIO COMPARATIVO	Modelo prohibitivo por omisión, sin apertura legal ni judicial.	Modelo pluralista y altamente operativo, con una amplia práctica médica y jurídica en varios estados. Estados como California lideran en derechos reproductivos.	Modelo regulado parcialmente y ético: se permite bajo condiciones estrictas. Se prohíbe el lucro, pero se permite compensación razonable de gastos médicos.	Modelo federalista fragmentado: existen tanto estados que la permiten como otros que la prohíben expresamente. México ha sido destino de turismo reproductivo.
NORMATIVIDAD	- Código Civil Peruano: Art. 361 (madre es quien da a luz). - No hay legislación ni regulación específica sobre subrogación.	- No hay ley federal sobre gestación subrogada. - California Family Code §7960–7962: regula contratos válidos y derechos de padres comitentes. - Legislación estatal variable.	Assisted Human Reproduction Act (2004): regula reproducción asistida. - Normas provinciales como en Ontario y Columbia Británica determinan filiación por contrato.	- Código Civil de Tabasco (Art. 92 Bis): permite subrogación siempre que haya infertilidad médica. - Ley de Salud de Sinaloa: regula procedimientos con control médico.
VIABILIDAD	Muy baja. Práctica jurídicamente insegura. No se reconocen los contratos de subrogación ni la filiación por voluntad.	Alta. Existen agencias, clínicas, marcos legales y jurisprudencia consolidada. Se permite subrogación comercial y altruista, según el estado.	Alta. La subrogación altruista es legal, médica y jurídicamente viable en todo el país, con protección a todas las partes, incluidos los niños nacidos.	Alta en estados regulados. La subrogación es legal bajo condiciones (autorización judicial, contrato, infertilidad médica). Viabilidad desigual según el estado.

La **TABLA 13** presenta un análisis comparativo exhaustivo sobre la gestación subrogada en Perú frente a Estados Unidos, Canadá y México, desglosado en dimensiones micro, macro,

tercio comparativo, normatividad y viabilidad práctica. En el ámbito micro, centrado en el vínculo de filiación, Perú adopta una posición rígida: el artículo 361 del Código Civil peruano (1984), determina la maternidad exclusivamente por el parto, atribuyendo la filiación legal solo a la gestante y rechazando tanto contratos de subrogación como el deseo procreacional de los comitentes. En contraste, Estados Unidos reconoce en muchos estados la voluntad procreacional mediante órdenes judiciales pre o postnatales que permiten inscribir directamente a los padres intencionales. En el caso de Canadá, se valida el contrato altruista como base filiatoria, otorgando órdenes judiciales equivalentes, mientras que México, en estados como Tabasco y Sinaloa, atribuye la maternidad a los comitentes vía contratos judicialmente validados.

Desde la perspectiva macro, que evalúa políticas públicas e institucionalidad, Perú evidencia un vacío absoluto sin legislación específica, ni marcos judiciales ni médicos que aborden la práctica. Estados Unidos opera bajo un sistema federal donde cada estado regula de manera autónoma: California y Nevada son permisivos, Michigan restrictivo, y otros carecen de normas claras. Canadá cuenta con la ley federal Assisted Human Reproduction Act (AHRA, 2004), que habilita la subrogación altruista y prohíbe la comercial, complementada por regulaciones provinciales sobre filiación. Por otra parte, México sin ley federal unificada, delega en estados: Tabasco y Sinaloa permiten variantes altruistas y comerciales bajo controles, mientras otros las prohíben.

El tercio comparativo clasifica los modelos con nitidez: Perú configura un esquema prohibitivo tácito o silencio jurídico. En un contexto muy diferente, Estados Unidos encarna un pluralismo altamente operativo, con práctica médica y jurídica consolidada en estados líderes como California, que priorizan derechos reproductivos. Mientras Canadá representa un modelo parcialmente regulado y ético, permitiendo compensaciones razonables por gastos, pero vetando el lucro. Y en el caso de México ilustra un federalismo fragmentado, con estados

permisivos que atraen turismo reproductivo junto a otros prohibitivos, generando desigualdades territoriales.

En materia de normatividad, Perú se limita al Código Civil peruano (1984), en su artículo 361 que vincula maternidad al parto, sin disposiciones sobre subrogación. Estados Unidos carece de ley federal, pero estados como California regulan contratos válidos mediante el Family Code (§7960–7962), protegiendo derechos de comitentes. Por su parte, Canadá se sustenta en la AHRA de 2004 para reproducción asistida, con normas provinciales en Ontario y Columbia Británica que fijan filiación por contrato. Por último, México avanza en Tabasco con el artículo 92 Bis del Código Civil, que exige infertilidad médica, y en Sinaloa con la Ley de Salud que impone controles médicos.

La viabilidad práctica de un modelo permisivo marca contrastes profundos: en Perú resulta muy baja, con inseguridad jurídica total, nulidad de contratos y ausencia de reconocimiento filiatorio. En el caso de Estados Unidos y Canadá exhiben alta viabilidad, respaldada por agencias, clínicas, jurisprudencia y protección integral a todas las partes, incluyendo niños, permitiendo tanto subrogación comercial (en ciertos estados estadounidenses) como altruista. Y México alcanza alta viabilidad en estados regulados como Tabasco y Sinaloa, condicionada a autorizaciones judiciales, contratos y requisitos médicos, aunque desigual por región.

En este contexto comparativo resalta la brecha entre el aislamiento normativo peruano y los sistemas norteamericanos más maduros y diversificados, donde la regulación federal o estatal equilibra innovación reproductiva con salvaguardas éticas y jurídicas, exponiendo la urgencia de un marco específico en Perú para mitigar riesgos y alinear derechos fundamentales.

Legislación Europea Comparada en materia de Gestación Subrogada

TABLA 14 *Materia legislativa entre Perú y países europeos: España, Francia, Italia, Alemania y Rusia*

	PERÚ	España	Francia	Italia	Alemania	Rusia
MICRO	La madre legal es la gestante (Art. 361 del Código Civil). No se reconoce el deseo procreacional ni contratos de subrogación.	La gestante es la madre legal según el Art. 10 de la Ley 14/2006. Se declara nulo cualquier contrato de gestación por sustitución, aunque se tolera su práctica en el extranjero.	La madre legal es la gestante (Art. 16-7 del Código Civil). La gestación subrogada está prohibida y sancionada, incluso si es altruista.	Se considera madre legal a la gestante. El contrato de gestación subrogada está prohibido, incluso si es altruista. Se sanciona penalmente a quienes lo promuevan.	La madre legal es la gestante. El contrato de subrogación es prohibido y sancionado penalmente. La filiación solo se establece mediante parto o adopción.	Se permite la gestación subrogada para mujeres casadas, solteras e incluso para extranjeros. Se respeta la voluntad procreacional si hay consentimiento escrito.
MACRO	Sin legislación, jurisprudencia ni protocolos médicos. No hay políticas públicas ni debates avanzados en el Congreso.	Legislación clara y restrictiva. El Estado prohíbe la gestación subrogada, incluso altruista. Sin embargo, se reconocen efectos civiles de hijos nacidos por subrogación en el extranjero.	Existe una prohibición legal expresa desde 1994 en el marco de la bioética. La subrogación es considerada contraria al orden público y la dignidad humana.	La Ley 40/2004 sobre reproducción médicamente asistida prohíbe expresamente la subrogación, considerándola contraria a la moral pública y la dignidad de la mujer.	Alemania adopta una prohibición categórica y penal desde 1990 a través de su ley de protección a la embriogénesis. La subrogación es contraria al orden público y a la dignidad humana.	Rusia permite la gestación subrogada desde el año 1995. Es uno de los países más permisivos del mundo, con regulación clara y procesos judiciales estandarizados.
TERCIO COMPARATIVO	Modelo prohibitivo por omisión, sin desarrollo	Modelo prohibitivo por legislación expresa, con	Modelo prohibitivo por legislación expresa, aunque	Modelo prohibitivo con sanción penal, respaldado	Modelo prohibitivo por legislación expresa y penal, con fuerte	Modelo permisivo y regulado. Existe normativa, procedimie

	normativo o institucional.	excepciones de reconocimiento indirecto en casos internacionales.	Francia ha aceptado en algunos casos la transcripción parcial de nacimientos ocurridos por subrogación en el extranjero.	en la protección del cuerpo humano, la dignidad de la mujer y del niño por nacer.	respaldo bioético y constitucional.	ntos y jurisprudencia consolidada que reconoce la legalidad y legitimidad de la subrogación.
NORMATIVIDAD	- Código Civil Peruano: Art. 361 (maternidad gestacional), Art. 409 (determinación de filiación).- Sin ley específica.	- Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, Art. 10: contrato de gestación por sustitución es nulo. - Instrucciones de la DGRN sobre inscripción de niños nacidos fuera.	- Código Civil Francés: Art. 16-7 prohíbe contratos sobre el cuerpo humano. - Jurisprudencia del Tribunal de Casación (2015-2021): prohíbe la subrogación, pero acepta efectos limitados de filiación en el extranjero.	- Ley 40/2004, Art. 12.6: prohíbe la subrogación y la sanciona con prisión y multa. - Jurisprudencia del Tribunal Constitucional refuerza la ilicitud de dicha práctica.	- Embryonenschutzgesetz (Ley de Protección de Embriones), 1990: prohíbe la fecundación con fines de subrogación. - Ley de Adopción y jurisprudencia constitucional refuerzan la ilegalidad.	- Código de Familia Ruso. - Ley Federal N.º 323-FZ (2011): regula la asistencia médica, incluida la subrogación. - Resoluciones judiciales permiten inscripción directa del menor.
VIABILIDAD	Muy baja. La práctica carece de soporte legal, produce inseguridad jurídica para la filiación	Baja dentro del país, pero viable en el extranjero. Muchas parejas españolas acuden a otros países (EE. UU.,	Muy baja dentro de Francia. La práctica está prohibida, pero se ha permitido en casos excepcion	Muy baja dentro del país. Sin embargo, algunos tribunales han aceptado la transcripción de hijos nacidos	Muy baja dentro del país. Se prohíbe completamente. Sin embargo, algunos tribunales han aceptado transcripciones de filiación cuando el niño nace por	Muy alta. El sistema permite tanto la subrogación altruista como compensada. Los padres intencional

	del niño nacido.	Ucrania) y luego tramitan la inscripción del menor en el Registro Civil.	ales la inscripción del niño nacido por subrogación en otro país.	por subrogación en el extranjero, invocando el interés superior del niño.	subrogación en el extranjero.	es son reconocidos legalmente desde el nacimiento del menor.

La **TABLA 14** traza un análisis comparativo profundo sobre la gestación subrogada en Perú frente a España, Francia, Italia, Alemania y Rusia, desglosado en planos micro, macro, tercio comparativo, normatividad y viabilidad práctica. En el ámbito micro, que define el vínculo de filiación, Perú se alinea con una rigidez absoluta: el artículo 361 del Código Civil peruano (1984), atribuye la maternidad legal exclusivamente a la gestante, negando reconocimiento al deseo procreacional o contratos de subrogación. España, Francia, Italia y Alemania mantienen esta misma premisa, declarando nulas o penalmente sancionadas tales prácticas, la gestante es siempre la madre legal, y la filiación solo surge del parto o adopción, mientras que Rusia rompe el patrón al permitir la subrogación para casadas, solteras o extranjeros, respetando la voluntad procreacional mediante consentimiento escrito.

Desde la perspectiva macro, Perú evidencia un vacío normativo total, sin legislación, protocolos médicos ni debates parlamentarios avanzados. En contraste España impone una prohibición clara, aunque reconoce efectos civiles de nacimientos extranjeros; En casos como el de Francia que la veta desde 1994 como contraria al orden público y dignidad humana. Asimismo, Italia la declara incompatible con la moral pública y dignidad femenina vía la Ley 40/2004. En esta misma línea, Alemania la prohíbe categóricamente desde 1990 por protección embrionaria. Y Rusia, en contraste, la regula desde 1995 con procesos judiciales estandarizados, posicionándose como uno de los regímenes más permisivos globalmente.

El tercio comparativo delinea modelos con precisión quirúrgica: Perú configura un prohibitivo tácito, sin desarrollo institucional. España, Francia, Italia y Alemania representan prohibiciones

expresas y penales, respaldadas en bioética, dignidad humana y constitucionalidad, con excepciones limitadas para casos internacionales que invocan el interés superior del niño. Rusia encarna un modelo permisivo y consolidado, con normativa y jurisprudencia que legitiman plenamente la práctica.

En normatividad, Perú se circunscribe al Código Civil (1984), artículos 361 y 409, centrados en maternidad gestacional y filiación biológica, sin disposiciones específicas. España basa su nulidad en la Ley 14/2006 (artículo 10) y directrices registrales para extranjeros; Francia en el artículo 16-7 del Código Civil y fallos del Tribunal de Casación que aceptan transcripciones parciales; Italia en la Ley 40/2004 (artículo 12.6) con sanciones penales y refuerzo constitucional; Alemania en la Embryonenschutzgesetz de 1990 y leyes de adopción; y Rusia en el Código de Familia y la Ley Federal 323-FZ de 2011, que regulan la asistencia médica y permiten inscripciones directas.

La viabilidad práctica de un modelo permisivo acentúa las divergencias: en Perú resulta muy baja, con inseguridad jurídica total para filiación y contratos. España, Francia, Italia y Alemania registran viabilidad muy baja internamente por prohibiciones estrictas, aunque parejas recurren al extranjero y logran transcripciones registrales excepcionales en respaldo del interés superior del niño. Rusia destaca con viabilidad muy alta, habilitando subrogación altruista y compensada, reconociendo legalmente a padres intencionales desde el nacimiento.

Es de esta manera que se expone un bloque europeo-prohibitivo donde Perú se inserta por omisión, priorizando dignidad y orden público sobre innovación reproductiva, frente al disidente ruso permisivo y regulado. Esta dicotomía resalta la tensión entre protección bioética tradicional y demandas de acceso reproductivo, subrayando para Perú la necesidad de posicionarse explícitamente para evitar turismo reproductivo descontrolado y vacíos que comprometan derechos infantiles.

1.3.2. Síntesis Integrado de la Legislación Comparada Analizada.

El análisis integrado de las tres tablas comparativos sobre gestación subrogada revela un panorama sudamericano y global fragmentado, donde Perú emerge como epicentro de rigidez normativa por omisión, contrastando con gradientes de permisividad judicial, regulaciones estatales y prohibiciones bioéticas explícitas.

En el contexto sudamericano, comparado con Argentina, Colombia, Brasil, Chile y Uruguay, Perú se posiciona en el extremo restrictivo junto a Chile, anclado al artículo 361 del Código Civil (1984), que vincula maternidad al parto sin reconocer voluntad procreacional ni contratos. Argentina y Colombia lideran modelos intermedios judiciales progresivos, con sentencias constitucionales (como T-968/09 en Colombia) que habilitan subrogación altruista, inscripciones a comitentes y exhortos legislativos, respaldados por protocolos clínicos. Brasil consolida jurisprudencia vinculante para prácticas éticas, mientras Uruguay y Chile transitan hacia regulaciones pendientes, como proyectos de 2018 en Uruguay, debates bioéticos en Chile. La viabilidad oscila de muy baja en Perú a media-alta en los judicialmente permisivos, evidenciando cómo la ausencia peruana fomenta inseguridad frente a evoluciones garantistas vecinas.

Frente al norteamericano, Estados Unidos, Canadá y México, la brecha se acentúa: Perú replica su vacío absoluto ante sistemas maduros. Estados Unidos despliega pluralismo federal con estados líderes como California (7960–7962 Family Code) que validan contratos comerciales y altruistas vía órdenes prenatales. Canadá regula federalmente vía AHRA (2004) la subrogación altruista con compensaciones razonables, complementada por normas provinciales. México fragmenta en estados permisivos como Tabasco (artículo 92 Bis) y Sinaloa, atrayendo turismo reproductivo pese a prohibiciones en otros. Todos exhiben alta viabilidad con agencias, clínicas y protección integral, exponiendo el rezago peruano en innovación reproductiva y seguridad jurídica.

Finalmente, ante el bloque euro-ruso, España, Francia, Italia, Alemania y Rusia, Perú se alinea con el prohibitivismo bioético europeo por omisión, aunque sin la contundencia legislativa de sus pares. España (Ley 14/2006), Francia (artículo 16-7 Código Civil), Italia (Ley 40/2004) y Alemania (Embryonenschutzgesetz 1990) declaran nulas o penales las prácticas, priorizando dignidad humana, orden público y protección embrionaria, tolerando solo transcripciones excepcionales de nacimientos extranjeros por interés infantil. Rusia rompe como disidente permisivo desde 1995 (Ley 323-FZ 2011), regulando subrogación compensada con inscripciones directas para locales y extranjeros. La viabilidad interna es muy baja en el bloque prohibitivo, lo que impulsa el turismo reproductivo hacia países permisivos como Estados Unidos. En contraste, esta viabilidad es altísima en Rusia.

Síntesis estratégica para Perú: Las tablas materia de análisis delinean tres polos, sudamericano judicialmente transitorio, norteamericano operativo-federal y euro-ruso bioético-prohibitivo con excepción permisiva. Perú, por omisión, presenta riesgos de nulidad, clandestinidad y desprotección infantil, similar a Chile y a la postura prohibitiva de Europa, pero sin debates avanzados ni excepciones registrales. Ante vecinos permisivos (Colombia y Argentina) y destinos globales (EE.UU. y Rusia), urge posicionamiento explícito: ya sea regulación altruista garantista inspirada en Canadá/Colombia, priorizando interés superior del niño, consentimiento ético y no comercialización, o prohibición expresa como Europa, evitando vacíos que conviertan al país en zona gris de turismo reproductivo descontrolado y vulneración de derechos fundamentales.

1.3.3. Posturas de Organismos Internacionales sobre la Gestación Subrogada.

Los organismos internacionales han desarrollado posturas matizadas sobre la gestación subrogada, centradas en la protección de derechos fundamentales del niño, la dignidad humana

y la no discriminación, equilibrando autonomía reproductiva con riesgos de explotación y comercialización.

1) La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, 1989)

Establece en su artículo 3 que el interés superior del niño debe ser una consideración primordial en todas las medidas concernientes a menores, orientando cualquier regulación o práctica de subrogación hacia su desarrollo integral, estabilidad familiar y protección contra abusos; mientras que el artículo 7 garantiza desde el nacimiento el derecho a un nombre, nacionalidad, conocer a los padres y ser cuidado por ellos, lo que se ve amenazado en subrogación no regulada por indefiniciones en identidad, filiación u origen biológico, especialmente con anonimato de donantes o contratos internacionales opacos.

2) El Comité de los Derechos del Niño de la ONU

En su Observación General N.º 14 de 2013, define el interés superior como derecho sustantivo, principio interpretativo y norma procedimental, exigiendo evaluar la subrogación por su potencial de explotación, instrumentalización contractual del menor o tráfico infantil disfrazado de adopción, como se advierte en informes periódicos sobre prácticas no reguladas.

3) La Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979)

En su artículo 12, promueve igualdad en servicios de salud reproductiva, interpretando la subrogación como libertad reproductiva voluntaria e informada o como explotación cuando coacciones económicas vulneran la autonomía femenina; la Recomendación General N.º 24 del Comité CEDAW enfatiza el consentimiento libre de presiones, cuestionando modelos comerciales donde gestantes en desventaja se convierten en medios reproductivos.

4) UNICEF

Alineado con la CDN, reafirma el derecho del niño a conocer sus padres, ser registrado al nacer y crecer en un entorno seguro (Birth Registration: Right from the Start, 2002), alertando que la subrogación desregulada genera apatridia, disputas filiatorias o traslados internacionales sin garantías; advierte sobre riesgos de trata en prácticas no reguladas de reproducción asistida (Innocenti Digest No. 9, 2003) y enfatiza la no discriminación para acceso pleno a identidad y nacionalidad, vulnerados cuando niños quedan fuera de sistemas registrales, sin salud ni educación (Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, 2007).

5) La Declaración de Casablanca de 2023

Adoptada por expertos en bioética, derecho y derechos humanos, rige por la dignidad humana y declara que la maternidad no puede contractualizarse, atentando contra la dignidad de mujer y niño al instrumentalizar el cuerpo femenino y cosificar al menor, promoviendo su prohibición total incluso en modelos altruistas por coacciones sutiles, y denunciando desigualdades globales que convierten países pobres en destinos de mercado transnacional.

6) La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, 1969)

Protege en su artículo 11 la honra y dignidad contra injerencias abusivas en vida privada y familiar, exigiendo regulaciones que eviten cosificación de gestante o niño mediante consentimiento autónomo; el artículo 17 reconoce la familia como elemento fundamental, legitimando subrogación para infertilidad o parejas del mismo sexo (como en Artavia Murillo vs. Costa Rica); el artículo 19 prioriza medidas protectoras para el niño, asegurando identidad, filiación y no apatridia; y los artículos 1.1 y 24 imponen igualdad sin discriminación por orientación sexual o economía (OC-24/17), evitando barreras arbitrarias al derecho reproductivo.

7) La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

En Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (2012), legitima técnicas reproductivas al afirmar que el derecho a la vida no anula autonomía reproductiva ni formación familiar (párr. 263), abriendo vía favorable a subrogación regulada; la Opinión Consultiva OC-24/17 (2017) extiende acceso igualitario a parejas del mismo sexo (párr. 229), equilibrando autonomía con prevención de mercantilización; y Gelman vs. Uruguay (2011) autonomiza el derecho a la identidad, incluyendo filiación biológica, jurídica y social (párr. 122), protegiendo origen de niños subrogados.

8) El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH, 1950)

En su artículo 8, tutela vida privada y familiar, incluyendo paternidad biológica/social e identidad infantil, obligando reconocimiento jurídico de vínculos en subrogación con lazo genético pese a políticas nacionales restrictivas; y el artículo 14 prohíbe discriminación en acceso reproductivo por orientación o infertilidad.

9) La Corte Europea de Derechos Humanos (TEDH)

En Mennesson v. France (2014) y Labassee v. France (2014), halló violación al artículo 8 por negar filiación a niños con padre biológico de subrogación extranjera, priorizando identidad infantil; en Paradiso y Campanelli v. Italia (2017), negó violación al retirar un niño sin vínculo biológico ni convivencia estable, respetando margen estatal y orden público; y en Opinión Consultiva OC 1/2019 (Protocolo 16), enfatizó reconocer maternidad intencional para vida privada del niño, evolucionando hacia protección integral más allá de lo biológico.

1.3.4. Síntesis de las Posturas de Organismos Internacionales.

TABLA 15 *Análisis de Similitudes y Diferencias entre países y Organismos Internacionales*

Elemento	Países permisivos	Países restrictivos/prohibitivos	Organismos internacionales
Autonomía reproductiva	Muy valorada	Limitada o subordinada	Reconocida, pero con límites éticos
Filiación legal	A favor de comitentes	Restringida o denegada	Favorece al interés superior del niño
Carácter comercial o altruista	Permitido, restringido	Generalmente rechazado	Rechazo a la comercialización
Protección a la mujer gestante	Con garantías contractuales	Predomina la visión de vulnerabilidad	Priorizada frente a posibles abusos
Interés superior del niño	Asumido por los padres comitentes	Base de restricciones	Principio rector

En la **TABLA 15** se observa que los ordenamientos prohibitivos y, en cierta medida, los restrictivos, coinciden con lo establecido por los organismos internacionales protectores de los derechos humanos. Sin embargo, los países permisivos presentan una colisión con estas estipulaciones, al ponderar los derechos reproductivos de los padres comitentes por encima de la dignidad del niño y de la mujer gestante. Asimismo, se evidencia que el factor comercial puede estar presente en estas transacciones, lo que resulta en la tangibilidad de la vida y el cuerpo de los involucrados, situación que no excluye la disposición de gametos cuando son incorporados en el proceso. Este componente comercial impulsa la adopción de este tipo de ordenamientos, aumentando así los riesgos asociados y, por ende, la necesidad de una supervisión médica y jurídica más rigurosa.

El enfoque que más se aproxima a lo establecido por los organismos internacionales está vinculado principalmente a la protección de la dignidad humana y al respeto irrestricto del interés superior del niño. Este paradigma resalta la importancia de priorizar estos principios fundamentales como eje central en cualquier regulación sobre gestación subrogada,

garantizando que los derechos de los menores y las mujeres gestantes no sean subordinados a intereses comerciales o reproductivos particulares.

TABLA 16 *Análisis Comparativo Internacional sobre la Gestación Subrogada*

Organismo Internacional / Tratado	Postura sobre la Gestación Subrogada	Enfoque Principal
Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)	No aborda directamente la gestación subrogada, pero sus principios se interpretan para exigir protección del niño y la mujer.	Interés superior del niño, dignidad humana, protección contra explotación, y autonomía.
Corte Interamericana de Derechos Humanos	En interpretación evolutiva, exige marcos normativos que protejan los derechos humanos frente a nuevas tecnologías.	Protección reforzada de derechos fundamentales en contextos bioéticos.
Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)	No regula expresamente la subrogación, pero protege derechos relacionados, como el respeto a la vida privada y familiar.	Derecho a la vida privada y familiar; equilibrio entre autonomía reproductiva y orden público.
Corte Europea de Derechos Humanos (TEDH)	Postura flexible. Ha instado a los Estados a reconocer filiaciones derivadas de subrogación en aras del interés superior.	Jurisprudencia basada en el caso *Mennesson v. Francia* y *Paradiso y Campanelli v. Italia*.
Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)	Preocupación ante vacíos legales que afectan el derecho del niño a la identidad y a ser cuidado por sus padres.	Interés superior, Identidad, nacionalidad, filiación, No separación injusta.
UNICEF	Llama a garantizar la protección de los derechos del niño en cualquier modalidad de reproducción asistida.	Enfoque centrado en la infancia: bienestar, identidad, y condiciones de vida dignas y protegidas.
Comité de los Derechos del Niño de la ONU	Ha advertido sobre riesgos de mercantilización infantil y ha recomendado la regulación estricta de la gestación subrogada.	Protección contra la venta de niños, explotación y violaciones del interés superior del niño.
Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW)	Enfatiza que toda forma de subrogación debe evitar la explotación de las mujeres y preservar su autonomía.	Igualdad de género, consentimiento libre e informado, no

		discriminación ni coacción económica.
Declaración de Casablanca (2024)	Postura crítica hacia la subrogación comercial; prioriza la dignidad humana sobre los deseos reproductivos contractuales.	Dignidad humana, no comercialización del cuerpo, defensa de los derechos de las mujeres gestantes.

En la **TABLA 16** se advierten claras similitudes, entre las cuales destaca el consenso de los organismos internacionales sobre el niño como eje central de protección, y que el interés superior del mismo debe prevalecer por encima de cualquier otro. Existe un reconocimiento generalizado acerca del riesgo que implican las prácticas de gestación subrogada realizadas sin una regulación clara y efectiva, que en muchos casos pueden derivar en vulneraciones graves a los derechos fundamentales de los menores y de las mujeres gestantes.

Sin embargo, también se identifican diferencias significativas. Por ejemplo, organismos como la CEDAW y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) reconocen explícitamente el derecho a la autonomía reproductiva de las personas, entendiendo este como un componente esencial de la libertad personal y la dignidad humana. En contraste, otros instrumentos y entidades, como la Declaración de Casablanca y, en ciertos fallos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (CEDH), priorizan la prevención del abuso, la protección contra la mercantilización y el respeto por el orden público nacional, incluso cuando ello implica limitar o prohibir la gestación subrogada.

Asimismo, se evidencian deficiencias importantes, como la ausencia de una posición uniforme y vinculante a nivel internacional ha generado una considerable inseguridad jurídica, especialmente para los niños nacidos mediante gestación subrogada en contextos transfronterizos. Esta falta de consenso dificulta la protección efectiva de sus derechos y complica la homologación de filiaciones y registros civiles entre países con normativas divergentes.

1.4. Incidencia de la Gestación Subrogada en los Derechos Fundamentales de los Sujetos Intervinientes.

Los resultados del estudio permiten establecer, en primer lugar, quienes son los sujetos intervinientes en la práctica de la gestación subrogada. Y en segundo lugar como es que esta práctica incide en sus derechos fundamentales. Haciendo hincapié, evidentemente, en los niños nacidos por esta vía.

Se establecen cuatro sujetos intervinientes en la práctica de la gestación subrogada, no contando en la totalidad de los casos con la presencia e intervención de todos ellos (donantes).

1) **Sujetos intervinientes en la práctica de la gestación subrogada**

- Niños concebidos y nacidos
- Padres comitentes o de intención
- Mujer gestante o madre subrogada
- Donantes de gametos masculinos y/o femeninos

2) **Incidencia de la gestación subrogada en los derechos fundamentales de los niños concebidos y nacidos**

Se pueden señalar principalmente cuatro derechos afectados: derecho a la dignidad, derecho a la identidad, derecho al libre desarrollo y bienestar y derecho al reconocimiento de la familia. Como hemos venido desarrollando, estos derechos se vinculan y delimitan el amplio espectro de posibilidades ligadas al ejercicio de la gestación subrogada.

a) **Dignidad**: La incidencia de la gestación subrogada en la dignidad de los niños se encuentra en la cosificación de los mismos, más aun cuando existen factores comerciales que ponen valor económico a la vida y cuerpo de una persona concebida o por concebirse. Posteriormente, esta práctica también puede vulnerar el derecho en mención, el cual, como se señaló líneas arriba, se encuentra estrechamente ligado a otros derechos comprometidos o desarrollados.

b) **Identidad:** Las dos dimensiones de la identidad (estática y dinámica) se ven afectadas por esta práctica, cuando se presentan condiciones inciertas respecto al origen biológico del menor, a razón de las donaciones anónimas. El estudio también señala que se podrían presentar a partir de la gestación, por el intercambio genético entre el niño con la madre subrogada que ocurre en esta etapa. Toma relevancia también la circunstancia en la que el infante tiene conocimiento de su progenitor biológico, pero al no existir la filiación paterna o materna con este, se afectaría su sentido de identidad y autoconcepto.

c) **Libre desarrollo y bienestar:** La incurrencia de la gestación subrogada en este derecho se encuentra en las posteriores circunstancias que se presenten, referidas, principalmente, al nivel de adaptación del menor, pesar de las particularidades de su concepción, y su capacidad para afrontar esa realidad, así como el entorno personal, familiar y social. Este derecho se vincula estrechamente con el de la identidad, dado que si esta no se desarrolla adecuadamente posibilitaría la aparición de trastornos mentales, tales como ansiedad, estrés crónico y depresión, esto debido a que la persona enfrenta dificultades para hallar un propósito y un sentido significativo en su existencia.

d) **Reconocimiento de la familia:** La incidencia de la gestación subrogada es más profunda en cuanto a este punto, pues de este deseo de conformar una familia de los padres de intención y no poder hacerlo con normalidad, es que se origina todo proceso reproductivo asistido. Es este sentido, se ve afectado este derecho, cuando no hay correspondencia entre el niño y la familia que se le asignó, en la dificultad para desarrollar un sentido de pertenencia real. A pesar de que actualmente se entiende la pluralidad de conformación familiar, no excusa a los padres de someter al menor a diferentes circunstancias predeterminadas incluso desde antes de su nacimiento, esto referido al origen genético que puede ser parcial o totalmente ajeno al de ellos; así como a una conformación familiar menos convencional como lo es la homoparental, que

no es considerada ni protegida por nuestro ordenamiento. Reiterando nuevamente, la relevancia y conexión con los derechos a identidad, a la dignidad y al libre desarrollo.

3) <u>Incidencia de la gestación subrogada en los derechos fundamentales de los padres comitentes o de intención</u>

En este caso, los derechos que aparecen respecto a los padres son principalmente: derecho de procreación o a la libertad reproductiva, derecho a la igualdad, derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la autonomía personal, derecho a la intimidad y vida familiar. Organismos internacionales de protección de derechos humanos, como la CIDH y la Corte IDH, han establecido que el estado debe brindar apoyo y asistencia médica reproductiva a las personas con problemas ya sean de esterilidad o infertilidad, en pro de la defensa de la igualdad, del libre desarrollo de la personalidad y plan de vida; reconociendo el derecho a la autonomía reproductiva y a formar una familia, pero hacen hincapié en la importancia de proteger los derechos fundamentales de los niños. Así como UNICEF, SII, Comité de derechos del niño, también han señalado los peligros sobre la trata de personas y la mercantilización de la vida y cuerpo de los niños y mujeres, en este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que no existe un derecho absoluto a la maternidad subrogada a pesar de reconocerse los derechos reproductivo de las personas. Asimismo, la ONU enfatiza en la protección del interés superior del niño y en la dignidad de la mujer gestante, recomendando regulación estricta por parte del estado y supervisión para evitar abusos y explotación.

a) **Libertad reproductiva:** Este derecho está vinculado directamente a la creación de las TRA, inicialmente pensadas para solventar los problemas como infertilidad y esterilidad. Si bien se trata de ayudar cuan posible sea a las personas con deseos de tener descendencia, estas no son las únicas que se presentan en busca de estos métodos, sino parejas homosexuales, personas con el deseo de formar familias monoparentales, entre otros. Muchas veces contando con la donación de gametos. Lo que termina involucrando a más de dos personas en la reproducción

humana. En estas circunstancias, para llevar a cabo el embarazo se requiere un vientre, esta situación es preocupante cuando se termina cosificando a los sujetos intervinientes, especialmente cuando la práctica se desarrolla bajo modalidades no altruista.

b) **Igualdad:** En el caso de estos individuos, la factibilidad reproductiva garantizaría el derecho de igualdad con las personas que no tienen problemas para tener descendencia, este concepto se ha extendido también a los diferentes contextos sobre todo al vinculado al de la comunidad LGTBI, puesto poder formar una familia entra dentro de la agenda igualitaria. Aquí se presenta otro escenario que contrasta al varón y mujer en una familia monoparental, y pone en igualdad de condiciones a ambos, indisponiendo del principio *"mater semper certa est"*, puesto esto ya no sería relevante para los fines esperados.

c) **Libre desarrollo de la personalidad y a la autonomía:** La conexión de estos derechos, se encuentra en la posibilidad de cumplir con los objetivos de vida planteados por el individuo, vinculados a la conformación familiar y al derecho reproductivo, puesto si es posible saldar aquellos obstáculos médicos para lograr su realización personal, materializando los deseos paternales del individuo, validando su elección de tener descendencia sin que interfieran factores externos.

d) **Intimidad y vida familiar:** El acto sexual, en su manifestación regular, se desarrolla en el ámbito más íntimo de la vida personal o de pareja, y de él surge la expectativa de una nueva vida. Bajo esa lógica, quienes recurren a clínicas para TRA deberían poder contar con el mismo resguardo de su privacidad y vivir ese proceso de la forma más natural posible. Sin embargo, en el caso de la gestación subrogada, los filtros de intimidad se ven reducidos, ya que intervienen más personas en el proceso, como la mujer gestante, y si es el caso, los donantes. Esto hace que la intimidad se extienda y, a la vez, se vea rodeada por la presencia de terceros.

En países como Estados Unidos y otros, se procura proteger esa privacidad mediante el anonimato de la mujer gestante y de los donantes, la renuncia expresa de maternidad o

paternidad, contratos específicos y compensación económica. No obstante, aunque se busca preservar la intimidad, ésta nunca es absoluta, ya que la intervención de múltiples actores y la formalización contractual inevitablemente la matizan. Aun así, el objetivo sigue siendo que, tanto para los padres de intención como para la gestante y los donantes, el proceso se desarrolle con el mayor respeto posible a la vida privada y familiar de todos los involucrados

4) <u>Incidencia de la gestación subrogada en los derechos fundamentales de la mujer gestante o madre subrogada</u>

En este aspecto, encontramos también ciertos derechos que se ven involucrados durante la práctica de la gestación subrogada, siendo esencial para ello la mujer que gestara o madre subrogada, se pueden ver vulnerados derechos como: derecho a la dignidad, derecho a la integridad física y salud, derecho a la autonomía, derecho a la libertad e igualdad.

a) **Dignidad de la mujer:** Refiere a la trasgresión de la integridad de la mujer, cuando se la cosifica al mercantilizar su cuerpo., ignorando la experiencia tanto física como psicoemocional por la que atraviesa durante el proceso reduciéndola a un mero contenedor necesario para materialización del deseo personal alguien más. Esta situación está estrechamente ligada a la instrumentalización de su capacidad reproductiva, ya que la facultad de albergar y desarrollar vida en su cuerpo es única y propia de su sexo. Además, en muchos casos, este derecho se ve comprometido porque la mujer queda expuesta a riesgos de explotación o trata de personas, especialmente en contextos de vulnerabilidad y necesidad. Estas circunstancias pueden llevarla a optar por esta vía motivada por una compensación económica, exponiéndose a múltiples escenarios abusivos o incluso a estafas.

b) **Integridad física y salud:** La gestación representa un desgaste significativo para la mujer, tanto a nivel físico como psicológico y emocional. Como señala la Organización Mundial de la Salud (OMS), estos factores impactan negativamente en su bienestar general y pueden incluso afectar su esperanza de vida. Además, el embarazo conlleva riesgos médicos

inherentes, tales como complicaciones obstétricas, alteraciones hormonales y secuelas posparto, que constituyen una de las principales causas de mortalidad materna a nivel mundial. Paralelamente, existe una asimetría de poder en la que la mujer gestante suele tener menor capacidad de negociación respecto a las condiciones sanitarias y las indemnizaciones por daño. Esta desigualdad puede derivar en la elaboración de contratos abusivos o en la falta de información adecuada, lo que a su vez genera vicios contractuales y malentendidos que afectan su protección y demás derechos. La situación empeora para la gestante ante el incumplimiento del acuerdo, en un país donde no existe legislación específica sobre la materia.

c) **Autonomía:** Aunque la decisión de prestar el vientre es formalmente voluntaria, este consentimiento puede verse comprometido por necesidades económicas urgentes, lo que limita la libertad real de elección y la convierte en una decisión bajo presión. En este contexto, existen riesgos de manipulación por parte de intermediarios, ya sean agencias o clínicas, que priorizan sus beneficios comerciales por encima de los derechos y el bienestar de la mujer gestante. Además, la promesa de un negocio atractivo puede inducir a las mujeres a participar, aunque la realidad no siempre cumpla con esas expectativas. Esta falsa percepción puede jugar en su contra, dejándolas atrapadas en una situación de la que les resultaría difícil salir si optaran por arrepentirse durante el proceso.

d) **Libertad e igualdad**: La libertad se puede ver gravemente afectada en contextos donde se cometan abusos, trata de personas o explotación, incluso si la mujer desiste durante el proceso de gestación, puede encontrarse atrapada en una situación de la que no puede liberarse hasta que eventualmente termine el embarazo. En cuanto a la igualdad, esta se ve comprometida al considerar que la mayoría de las mujeres que acceden a la gestación subrogada pertenecen a grupos socioeconómicos de bajos recursos, lo que las impulsa inicialmente a optar por dicha práctica, motivadas por la necesidad de percibir una compensación económica significativa. Por otro lado, existe una desigualdad evidente respecto al hombre, quien generalmente no está

expuesto a estas circunstancias. Se naturaliza así la idea de que ciertos cuerpos están disponibles para fines reproductivos ajenos, perpetuando una visión desigual y discriminatoria basada en el género y la condición social.

5) <u>Incidencia de la gestación subrogada en los derechos fundamentales de los donantes de gametos masculinos y/o femeninos</u>

La participación de los donantes no ocurre en todos los casos, pero resulta fundamental para la concepción cuando los padres de intención enfrentan problemas reproductivos o cuando es necesario contar con el gameto faltante, ya sea masculino o femenino, según corresponda. Se ven comprendidos derechos como: derecho de la autodeterminación informativa, derecho a la libertad y autonomía, derecho a la integridad física, derecho a la privacidad e intimidad, derecho a la protección de datos personales (biométricos)

a) **Autodeterminación informativa:** Este derecho se relaciona con la protección o restricción de los datos personales de los donantes, especialmente en los casos en que la donación de gametos se realiza de forma anónima. La mayoría de las legislaciones, como las de España y Argentina, establecen el anonimato obligatorio para evitar reclamaciones de filiación, lo que protege la privacidad del donante, pero limita su derecho a conocer el destino biológico de su material genético. Sin embargo, más allá del derecho del donante sobre su propia información, esta práctica puede generar una vulneración significativa en los menores concebidos con gametos de identidad desconocida. La incertidumbre sobre su origen biológico afecta directamente su derecho a la identidad y dignidad, desencadenando una serie de vulneraciones a otros derechos fundamentales. Este equilibrio entre el anonimato del donante y el derecho del niño a conocer sus orígenes es uno de los debates más complejos y actuales en el ámbito de los derechos reproductivos y la protección de la identidad.

b) **Libertad y autonomía:** La decisión sobre la donación recae exclusivamente en el donante respecto al acto mismo, pero no sobre el destino o uso posterior de sus células reproductivas.

Esta libertad implica también la autonomía de no ser vinculado legalmente con el resultado de la donación, es decir, que no exista filiación entre el donante y el niño concebido, ni posibilidad de impugnar dicha filiación. Por esta razón, en muchos países se contempla la figura legal de la renuncia de derechos y responsabilidades por parte del donante respecto al material genético. Aunque esta figura protege al donante, puede afectar subjetivamente los derechos del menor. En el caso del Perú, dicha renuncia es incompatible debido a la protección constitucional que se otorga a la dignidad humana y a la familia tradicional, lo que dificulta establecer su legalidad en un marco normativo específico.

c) **Integridad física:** La donación de gametos implica para el donante (en el caso de la mujer) una serie de procedimientos médicos que pueden afectar su integridad física y su salud; la extracción de óvulos requiere tratamientos hormonales para la estimulación ovárica y una intervención quirúrgica para la punción folicular, procesos que conllevan riesgos como el síndrome de hiperestimulación ovárica, infecciones o complicaciones anestésicas. Aunque los donantes masculinos enfrentan riesgos menores, la extracción de esperma también debe realizarse bajo condiciones médicas adecuadas para evitar daños o molestias.

Es fundamental que estos procedimientos se realicen con pleno consentimiento informado y bajo estrictas medidas de seguridad para proteger la salud física y emocional del donante. La ausencia de regulación clara o la falta de supervisión pueden derivar en prácticas abusivas o negligentes que ponen en peligro la integridad del donante. En países con legislación avanzada, como España, la donación se realiza bajo protocolos médicos rigurosos y con un seguimiento exhaustivo para minimizar riesgos, garantizando así la protección del donante. Sin embargo, en otros contextos donde la regulación es insuficiente o inexistente, la integridad física de los donantes puede quedar comprometida, evidenciando la necesidad de marcos legales que aseguren su bienestar integral.

d) **Privacidad e intimidad:** En este contexto, una persona tiene el derecho a decidir sobre el destino de su material genético, incluidos los gametos, sin que nadie interfiera o tenga injerencia en esa voluntad. La protección de esta privacidad se garantiza generalmente mediante el anonimato, aunque este aspecto sigue siendo objeto de debate. Este derecho posee un carácter recíproco, ya que al donante tampoco se le permite conocer el destino final de sus gametos, la identidad de los receptores o del menor concebido y nacido, con el fin de no interferir en los objetivos de las TRA La intención es que el donante pueda continuar con su vida sin que esta acción le genere conflictos futuros, entendiendo que no desea ser buscado por descendientes desconocidos ni enfrentarse a reclamaciones de derechos hereditarios. Así, se busca preservar la tranquilidad y la privacidad de todas las partes involucradas en el proceso.

e) **Protección de datos personales:** Al donar sus gametos, los donantes entregan su material genético, quedando vulnerables debido a la incertidumbre sobre el uso posterior de esa información. Aunque el objetivo principal es su utilización en TRA, el control sobre el destino y manejo de estos gametos es limitado, especialmente cuando la legislación no regula exhaustivamente este ámbito. Por ejemplo, en el artículo 7 de la Ley General de Salud (Ley N.º 26842, 1997) se prohíbe la clonación humana, mismo contemplado como delito en el artículo 324 del Código Penal (incorporado por la Ley N.º 27636, 2002), pero no existen normas específicas que regulen posibles usos indebidos dentro de las TRA. Es común el descarte o la criopreservación de embriones excedentes, así como su transferencia para fines ajenos a la voluntad original del donante. Esta situación escapa a su control, y puede distorsionar la expectativa inicial que tenía sobre el destino de su material genético.

La falta de supervisión rigurosa puede derivar en informalidades y excesos, incluyendo la posibilidad de que se realicen experimentos no autorizados, como clonación o prácticas afines, encubriéndolos bajo el marco de las TRA. En países como España, la Ley 14/2006 garantiza el anonimato relativo de los donantes y la confidencialidad de sus datos, además de establecer

registros que permiten la trazabilidad de los gametos durante 30 años, lo que fortalece el control y la transparencia en el uso del material genético. Sin embargo, esta regulación no es universal y en muchos lugares persisten vacíos legales que generan incertidumbre y riesgos para los donantes.

En ese sentido, el análisis realizado permite evidenciar que la práctica de la gestación subrogada, en un contexto de ausencia de regulación específica en el Perú, genera una incidencia directa y multidimensional en los derechos fundamentales de todos los sujetos intervinientes, siendo los niños nacidos por esta vía quienes se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad.

Asimismo, se advierte que los conflictos identificados no solo responden a la propia naturaleza compleja de las técnicas de reproducción asistida, sino que se ven agravados por los vacíos normativos existentes, la falta de criterios uniformes y la ausencia de mecanismos de control y supervisión adecuados. Esta realidad demuestra la necesidad de evaluar la pertinencia de una intervención normativa que permita establecer límites claros, garantías efectivas y parámetros jurídicos que aseguren la protección integral de los derechos fundamentales involucrados.

1.5. Casos Emblemáticos: Análisis Casuístico para la Evaluación de Factibilidad y Viabilidad Regulatoria de la Gestación Subrogada en el Perú

En el vacío normativo peruano sobre gestación subrogada (2010-2025), se seleccionaron casos emblemáticos resueltas por tribunales superiores que tensionan derechos fundamentales (identidad, filiación, interés superior del niño). Criterios: relevancia jurisprudencial, impacto doctrinal y social, así como representación de problemáticas recurrentes en materia de derechos fundamentales, incluyendo caso pendiente ante la Corte IDH por su actualidad.

1.5.1. Evaluación de Factibilidad: Análisis de la Casuística Nacional.

CASUISTICA NACIONAL

CASO N° 01: *Caso Ricardo Morán (2023)*

1) Presentación del caso

Ricardo Morán, figura pública peruana, solicitó reconocimiento legal y derechos sobre sus hijos nacidos mediante gestación subrogada. El caso generó controversia en torno a la filiación, el derecho a la identidad de los niños y la ausencia de regulación clara sobre la maternidad subrogada en Perú.

2) Problemáticas recurrentes identificadas

El caso evidenció lagunas legales sobre la filiación en gestación subrogada, conflicto entre la madre gestante y los padres intencionales, y falta de un procedimiento judicial consolidado para el registro y reconocimiento de estos nacimientos. Se manifestó también controversia social y jurídica sobre la legalidad y ética de la práctica.

3) Impacto en derechos fundamentales

Se puso en tensión el derecho del niño a la identidad, nacionalidad y filiación, el derecho de los progenitores a la paternidad/maternidad, y los derechos reproductivos. La protección del interés superior del niño quedó afectada por la ausencia de un marco jurídico que salvaguarde su estabilidad y reconocimiento legal.

4) Evaluación del marco jurídico actual

El caso mostró la insuficiencia del marco normativo peruano, que no regula expresamente la maternidad subrogada ni contempla procedimientos específicos para estos casos. Esto conlleva decisiones judiciales dispares y falta de seguridad jurídica para todos los implicados.

5) Factibilidad de implementación normativa

El caso Ricardo Morán señala la necesidad urgente de un marco legal que contemple aspectos claves como la filiación, el consentimiento informado, y la protección de la madre gestante y

el niño. Además, la visibilidad pública y debate generado favorece la factibilidad política y social para avanzar en regulación.

6) Propuestas para salvaguarda de derechos

Se recomienda un enfoque integral que garantice:

- Registro claro y seguro de filiación.
- Protección del interés superior del niño.
- Mecanismos de consentimiento y protección para la madre gestante.
- Supervisión estatal para evitar explotación y abusos.
- Adaptación a estándares internacionales en derechos humanos y reproductivos.

7) Trascendencia

El caso Ricardo Morán ejemplifica las limitaciones actuales del sistema legal ante la maternidad subrogada y subraya la necesidad y posibilidad de una regulación normativa específica. Esta debe proteger de manera equilibrada y efectiva los derechos fundamentales de todos los involucrados, promoviendo seguridad jurídica y respeto a la dignidad humana.

CASO N° 02: *Caso Delfín Trujillo (2022)*

1) Presentación del caso

Darling Yvone Delfín Ponce y Jenny Victoria Trujillo Cueva, pareja de mujeres peruanas, iniciaron en 2014 una lucha legal para que el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) reconozca a ambas como madres de su hijo, nacido mediante uso de TRA en México. Su solicitud fue inicialmente negada, impidiéndoles obtener un DNI que les reconozca legalmente como madres.

2) Problemáticas recurrentes identificadas

El caso pone en evidencia la negativa institucional a reconocer la doble maternidad en un contexto de familia diversa, lo que genera discriminación y vulneración de derechos. Se

observan impactos en derechos relacionados a identidad, igualdad, no discriminación y el interés superior del niño, además de falta de protección legal clara para familias gestadas por subrogación.

3) Impacto en derechos fundamentales

El derecho a la identidad y a la filiación se vulneró al impedir que el niño tenga en su DNI el reconocimiento de ambas madres. Además, se afectaron derechos de igualdad y no discriminación por orientación sexual, y derechos parentales vinculados a la salud, alimentación, educación y cuidado parental.

4) Evaluación del marco jurídico actual

La regulación peruana no reconoce ni regula expresamente la maternidad subrogada ni la coexistencia de dos madres legales. La resistencia institucional y la demora judicial evidencian un vacío normativo importante y insuficiencia para garantizar derechos humanos en estos contextos familiares.

5) Factibilidad de implementación normativa

El persistente litigio y la atención internacional (caso admitido por la Corte IDH) muestran la urgencia y viabilidad política y social para avanzar en una regulación que asegure protección del niño en contextos de familias diversas formadas mediante TRA, ya sea para delimitar sus alcances o para reconocer formalmente estas realidades.

6) Propuestas para salvaguarda de derechos

Una futura regulación debería incluir:

- Reconocimiento explícito de la filiación y maternidad múltiple cuando corresponda.
- Mecanismos rápidos y efectivos para el registro civil.
- Protección contra la discriminación por orientación sexual.
- Garantías de derechos para el niño bajo principio de interés superior.
- Supervisión estatal para asegurar procesos transparentes y justos.

7) Trascendencia

El caso Delfín Trujillo ejemplifica la necesidad urgente de una regulación normativa específica que garantice derechos fundamentales y proteja a las familias gestadas por maternidad subrogada y otros métodos de reproducción asistida. El reconocimiento legal claro es fundamental para la protección integral y la igualdad ante la ley.

CASO N° 03: *Caso de la Pareja Chilena (2018)*

1) Presentación del caso

En 2013, Rosario Madueño y Jorge Tovar, matrimonio chileno, acudieron a Perú para realizar un proceso de maternidad subrogada debido a dificultades para concebir. Tras el nacimiento de mellizos en Lima por fecundación con óvulos donados y espermatozoides de Tovar implantados en el útero de una mujer gestante, fueron acusados de presunta trata de personas y quedaron en prisión preventiva, mientras se investigaba la filiación y la documentación usada.

2) Problemáticas recurrentes identificadas

El caso evidenció un vacío legal en Perú sobre la maternidad subrogada, generando problemas de filiación legal, inseguridad jurídica y la criminalización de prácticas asociadas. La falta de regulación específica hizo que la pareja enfrentara una investigación penal y medidas restrictivas de libertad, separándose temporalmente de sus hijos.

3) Impacto en derechos fundamentales

Se puso en riesgo el derecho a la familia, a la identidad y a la seguridad jurídica tanto de los niños como de los padres. Además, se afectaron los derechos reproductivos y la libertad de las personas a decidir sobre su procreación, con una actuación judicial que impactó directamente en la dignidad y bienestar familiar.

4) Evaluación del marco jurídico actual

No existe en Perú una norma clara que regule la maternidad subrogada, ni procedimientos judiciales adecuados para reconocer legalmente a los padres intencionales. La legislación actual no aborda esta modalidad, generando vacíos y decisiones judiciales contradictorias que ponen en incertidumbre derechos esenciales.

5) Factibilidad de implementación normativa

La exposición pública y las repercusiones legales del caso han sensibilizado a la opinión pública y a las autoridades sobre la urgencia de una regulación específica. La complejidad social y jurídica demuestra la necesidad de una norma que asegure claridad y protección para todas las partes involucradas, facilitando la resolución de controversias.

6) Propuestas para salvaguarda de derechos

Regular la maternidad subrogada debería incluir:

- Establecer mecanismos claros para el reconocimiento legal de la filiación.
- Garantizar el interés superior del niño y derechos de la madre gestante.
- Evitar la criminalización indebida mediante regulaciones transparentes y respetuosas.
- Protección contra explotación o tráfico, con supervisión estatal.
- Reconocimiento de técnicas reproductivas conforme a estándares internacionales.

7) Trascendencia

El caso de la pareja chilena pone de manifiesto los riesgos que conlleva la falta de regulación de la maternidad subrogada en Perú y ejemplifica la necesidad y posibilidad real de implementar un marco normativo específico que garantice derechos fundamentales y la seguridad jurídica de los involucrados. Este análisis relaciona directamente la experiencia judicial y social con la evaluación práctica sobre la factibilidad y necesidad de una regulación clara para la maternidad subrogada en Perú.

CASO N° 04: *Caso Nieves y Ballesteros (2016)*

1) Presentación del caso

En 2014, la pareja conformada por Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Vereau, ante la imposibilidad de concebir, recurrió a la maternidad subrogada mediante fecundación in vitro con óvulo de donante anónima y esperma de Nieves, gestado en el útero de Evelyn Betzabé Rojas Urco. Firmaron un acuerdo privado de subrogación.

2) Problemáticas recurrentes identificadas

El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) inicialmente registró a los niños como hijos de la gestante, no de Nieves y Ballesteros, negando su derecho a ser reconocidos legalmente como padres. Esto generó un proceso judicial para corregir las partidas de nacimiento y reafirmar derechos parentales y filiatorios.

3) Impacto en derechos fundamentales

Se afectó el derecho a la identidad, al interés superior del niño, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la pareja para formar una familia. La resolución judicial destacó la importancia de reconocer la voluntad procreacional como fundamento para la filiación y el reconocimiento legal.

4) Evaluación del marco jurídico actual

El caso refleja el vacío normativo peruano en torno a la filiación y maternidad subrogada, evidenciando la necesidad de criterios jurídicos claros para proteger derechos y evitar incertidumbre legal que impacta a niños y familias.

5) Factibilidad de implementación normativa

Las sentencias favorables en primera y segunda instancia, que obligaron al RENIEC a rectificar registros, demuestran la posibilidad práctica y la receptividad judicial hacia una interpretación que reconoce derechos basados en la voluntad procreacional, marcando un precedente para normativas futuras.

6) Propuestas para salvaguarda de derechos

Una regulación debería incluir:

- Reconocimiento legal basado en la voluntad procreacional.
- Protección especial del interés superior del niño y su identidad.
- Procedimientos claros para registro civil en maternidad subrogada.
- Derechos equilibrados para la gestante y padres intencionales.
- Supervisión estatal para evitar abusos y garantizar transparencia.

7) Trascendencia

El caso Nieves y Ballesteros constituye un precedente relevante que evidencia la necesidad y viabilidad de una regulación normativa específica que proteja de manera integral los derechos fundamentales en maternidad subrogada, asegurando estabilidad jurídica, protección familiar y respeto a la dignidad humana. Este análisis ilustra cómo la experiencia judicial concreta puede orientar una evaluación crítica sobre la factibilidad legal, social y ética de una regulación en materia de maternidad subrogada en Perú.

CASO N° 05: *Caso Vittoria Palomino Castro (2011)*

1) Presentación del caso

Vittoria Palomino Castro nació en diciembre de 2006 mediante un acuerdo de maternidad subrogada, en el cual Isabel Zenaida Castro Muñoz y Giovanni Sansone se sometieron a fecundación asistida para procrear a la menor, la cual fue entregada a sus pre adoptantes a los pocos días de nacida. La gestante y madre biológica renunció a la custodia y responsabilidades parentales, pero posteriormente pretendió impugnar la misma.

2) Problemáticas recurrentes identificadas

El caso involucró un proceso judicial complejo por la adopción de la menor, con denuncias paralelas por presunta extorsión y alteración del estado civil. Se evidenció el vacío legal en

materia de maternidad subrogada y adopción derivada de estos acuerdos, generando inseguridad y controversias sobre la identidad y filiación.

3) Impacto en derechos fundamentales

Se priorizó el interés superior del niño, reconociendo el derecho de Vittoria a formar parte de una familia estable, con protección integral de sus derechos a la identidad y al desarrollo en un ambiente adecuado. El caso también afectó derechos relacionados a la seguridad jurídica y protección social.

4) Evaluación del marco jurídico actual

El caso ilustró la ausencia de una normativa clara sobre maternidad subrogada en Perú, lo que genera conflictos legales y decisiones de corte judicial que deben interpretar principios generales como el interés superior del niño para compensar vacíos normativos.

5) Factibilidad de implementación normativa

La polémica y el precedente judicial generado muestran la necesidad pragmática y la posibilidad objetiva de establecer una normativa específica que regule la subrogación, adoptando criterios que prioricen el bienestar del niño y equilibren derechos de todos los actores.

6) Propuestas para salvaguarda de derechos

- Reconocimiento legal de la filiación basado en la voluntad procreacional y el interés superior del niño.
- Procedimientos claros para adopción y registro civil en casos de maternidad subrogada.
- Protección contra abusos y extorsiones en estos procesos.
- Garantías para la madre gestante y padres intencionales.
- Supervisión estatal regulatoria alineada con estándares internacionales.

7) Trascendencia

El caso Vittoria Palomino Castro es un precedente fundamental que demuestra la urgencia y factibilidad de una regulación normativa que proteja derechos fundamentales y otorgue seguridad jurídica en maternidad subrogada, colocando el interés superior del niño como criterio rector.

CASO N° 06: *Caso PRANOR SRL (2010)*

1) Presentación del caso

PRANOR SRL interpuso un recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia de Lima contra una sentencia que reformó una decisión anterior y declaró fundada la demanda de nulidad de acto jurídico relacionada con un convenio de técnicas de reproducción asistida que incluía ovodonación y fecundación in vitro. La controversia se centró en la interpretación del artículo 7 de la Ley General de Salud (Ley N.º 26842, 1997) respecto a la supuesta prohibición de la ovodonación.

2) Problemáticas recurrentes identificadas

El caso evidencia un vacío legal y confusión jurisprudencial sobre la regulación de las TRA, específicamente la ovodonación. La falta de una normativa clara genera interpretaciones contradictorias sobre qué procedimientos son permitidos, afectando la seguridad jurídica y los derechos de las partes implicadas.

3) Impacto en derechos fundamentales

Se pone en juego el derecho a la reproducción asistida, la protección del interés superior del niño y la garantía de que los actos jurídicos relacionados con estas técnicas sean válidos y respeten la autonomía y voluntad de los progenitores, así como los derechos de la mujer gestante.

4) Evaluación del marco jurídico actual

El caso destaca que la Ley General de Salud (Ley N.º 26842, 1997) no prohíbe expresamente la ovodonación, lo que muestra un vacío normativo susceptible de interpretación para permitir ciertas técnicas de reproducción asistida. La jurisprudencia debe equilibrar principios constitucionales, protección de derechos y regulación explícita para evitar arbitrariedades.

5) Factibilidad de implementación normativa

La controversia judicial y el recurso de casación exitoso revelan la necesidad de una regulación específica que clarifique el uso de TRA, incluyendo procedimientos y límites claros, así como salvaguardas para proteger los derechos de todos los involucrados. La decisión del Tribunal Supremo sienta un precedente que favorece una interpretación progresiva y fundamentada.

6) Propuestas para salvaguarda de derechos

- Claridad normativa sobre qué técnicas de reproducción asistida están permitidas.
- Reconocimiento legal de los actos jurídicos derivados de acuerdos sobre reproducción asistida.
- Protección integral para el niño, la madre gestante, y los padres intencionales.
- Procedimientos transparentes y supervisión estatal para evitar abusos o prácticas ilícitas.

7) Trascendencia

El caso PRANOR SRL simboliza un punto de inflexión para la jurisprudencia peruana sobre reproducción asistida y maternidad subrogada, evidenciando la urgencia y la factibilidad de construir un marco normativo que proteja derechos fundamentales y ofrezca seguridad jurídica coherente con los avances tecnológicos y sociales. Este análisis permite entender cómo una experiencia judicial concreta puede fundamentar la evaluación de la factibilidad legal y social de una regulación integral en reproducción asistida en el Perú.

ANALISIS DE FACTIBILIDAD

I. Consideraciones Metodológicas

La evaluación de la factibilidad se sustenta en el análisis de la casuística nacional desarrollado previamente, mediante el cual se identificaron patrones reiterados de vacíos normativos y afectaciones a derechos fundamentales. A partir de dichos hallazgos, se examina si existen condiciones mínimas (jurídicas, técnicas, institucionales y económicas) que permitan implementar una regulación normativa específica en el corto plazo.

II. Identificación de Problemáticas Recurrentes

El análisis de los casos evidencia problemáticas comunes que se repiten en distintos contextos, lo que permite afirmar la existencia de fallas estructurales en la ausencia de regulación.

TABLA 17 *Problemáticas y afectación de derechos*

Dimensión	Problemática recurrente	Derecho afectado
Filiación	Falta de reconocimiento inmediato de la filiación	Identidad / reconocimiento familiar
Registro civil	Demoras o negativas en inscripción	Identidad
Seguridad jurídica	Incertidumbre sobre validez de acuerdos	Dignidad / estabilidad familiar
Discriminación	Trato diferenciado a familias diversas	Igualdad / no discriminación
Intervención estatal	Judicialización tardía de conflictos	Interés superior del niño

III. Necesidad de Intervención Normativa

La reiteración de las problemáticas descritas evidencia que los mecanismos actuales resultan insuficientes para garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales de los niños concebidos y nacidos mediante maternidad subrogada. En ese sentido, la ausencia de

regulación no implica neutralidad, sino la generación de escenarios de vulneración que requieren una respuesta normativa específica.

IV. Factibilidad Jurídica

Desde el punto de vista jurídico, la regulación de la maternidad subrogada es factible, en tanto no existe regulación específica en el ordenamiento jurídico peruano. Asimismo, los principios de dignidad humana, interés superior del niño y protección de la familia brindan un sustento normativo suficiente para la adopción de medidas regulatorias.

V. Factibilidad Técnica

La factibilidad técnica se sustenta en la existencia de procedimientos y tecnologías ya operativas en el país. Las técnicas de reproducción asistida son utilizadas en clínicas especializadas, mientras que los mecanismos de registro civil y rectificación de partidas ya se encuentran implementados, aunque actualmente se aplican de forma reactiva y no preventiva.

VI. Factibilidad Institucional

Las instituciones estatales competentes, como RENIEC, Poder Judicial, Ministerio de Salud y Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, ya intervienen en los conflictos derivados de la maternidad subrogada, lo que evidencia que no es necesaria la creación de nuevas entidades, sino la articulación y regulación de sus funciones.

TABLA 18 *Roles institucionales*

Entidad	**Intervención actual**	**Potencial rol en regulación**
RENIEC	Registro de nacimientos / rectificaciones	Registro filiatorio inmediato
Poder Judicial	Resolución de conflictos	Control y garantía de derechos
Ministerio de Salud	Supervisión de clínicas	Regulación técnica y protocolos
MIMP	Protección de población vulnerable	Monitoreo del bienestar infantil

VII. Factibilidad Económica

La implementación de una regulación no requiere una inversión significativa, ya que puede apoyarse en estructuras y presupuestos existentes. Asimismo, la regulación permitiría reducir los costos derivados de la judicialización de conflictos, optimizando el uso de recursos públicos.

VIII. Síntesis de la Factibilidad

En función de lo expuesto, se concluye que la regulación normativa de la maternidad subrogada en el Perú resulta factible, en tanto existen condiciones jurídicas, técnicas, institucionales y económicas mínimas que permiten su implementación. No obstante, dicha factibilidad requiere ser complementada con un análisis integral de viabilidad que evalúe su sostenibilidad y eficacia dentro del sistema jurídico y social peruano.

1.5.2. Evaluación de Viabilidad: Análisis de Impacto Normativo y Parámetros Regulatorios.

I. Consideraciones Metodológicas

La presente evaluación de viabilidad se sustenta en el análisis casuístico previamente desarrollado, utilizando los hallazgos como base para determinar si la propuesta de regulación resulta jurídicamente posible, institucionalmente aplicable y socialmente sostenible en el Perú.

II. Viabilidad Jurídica

La regulación resulta viable al no existir regulación específica de la materia, no haber prohibición expresa y al estar respaldada por principios como el interés superior del niño, la dignidad humana y la protección de la familia, así como por la Convención sobre los Derechos del Niño.

III. Viabilidad Institucional y Técnica

El Estado cuenta con entidades y herramientas técnicas suficientes para implementar la regulación, sin necesidad de crear nuevas estructuras, sino articulando las ya existentes.

IV. Viabilidad Social y Política

La existencia de la práctica en la realidad social y la necesidad de protección de los niños sustentan la viabilidad social, pese a la existencia de resistencias ideológicas a la regularización normativa.

V. Viabilidad Económica

La regulación es económicamente viable al requerir recursos moderados y permitir la reducción de costos derivados de litigios.

VI. Enfoque de Derechos Fundamentales de los Niños

La regulación permitiría garantizar la identidad, dignidad, libre desarrollo y reconocimiento familiar del niño, corrigiendo o aminorando las fallas detectadas.

VII. Riesgos y Viabilidad Condicionada

Existen riesgos como la resistencia institucional y la burocratización, mitigables mediante una implementación progresiva inclinada hacia una regulación restrictiva, tomando en cuenta la realidad nacional actual.

VIII. Síntesis de la Viabilidad

La regulación es jurídicamente viable, socialmente necesaria e institucionalmente posible, siempre que se implemente de manera progresiva y centrada en el interés superior del niño.

Postura de la investigación: hacia una regulación restrictiva y garantista

La realidad social peruana se caracteriza por la coexistencia de un modelo tradicional de familia, con reconocimiento constitucional, y transformaciones progresivas en las formas de parentalidad. En este contexto, la maternidad subrogada genera tensiones a nivel jurídico, moral y cultural, evidenciando una resistencia doctrinal y normativa frente a su reconocimiento. No obstante, la ausencia de regulación no impide su práctica, sino que incrementa los riesgos asociados, particularmente en relación con la posible explotación de la mujer gestante, la falta de control médico adecuado y la desprotección jurídica del niño nacido.

En ese sentido, la presente investigación sostiene que la regulación de la maternidad subrogada no debe entenderse como una validación irrestricta de la práctica, sino como una respuesta estatal necesaria frente a una realidad existente. Desde esta perspectiva, la intervención normativa debe orientarse a armonizar los avances sociales y tecnológicos con la protección del orden constitucional familiar y, especialmente, con la garantía de los derechos fundamentales del niño.

En atención a los riesgos identificados, se propone la adopción de un modelo de regulación restrictivo, de carácter excepcional y estrictamente garantista, que limite la gestación subrogada a supuestos altruistas y bajo un sistema de control estatal reforzado. Dicho modelo debe sustentarse en la prohibición de cualquier forma de lucro vinculada al cuerpo humano, la implementación de protocolos médicos y psicológicos obligatorios, la creación de mecanismos de supervisión institucional interdisciplinaria, y la garantía de inscripción inmediata del niño, asegurando su derecho a la identidad y su protección integral desde el nacimiento.

Asimismo, la regulación debe excluir expresamente cualquier supuesto que implique vulneración de la dignidad humana, esto incluye la mercantilización infantil, la instrumentalización del cuerpo femenino y el comercio de gametos. En este marco, el rol del Estado no debe ser meramente permisivo, sino activo, preventivo y garante, orientado a evitar abusos y a impedir la configuración de una industria reproductiva contraria a los principios constitucionales.

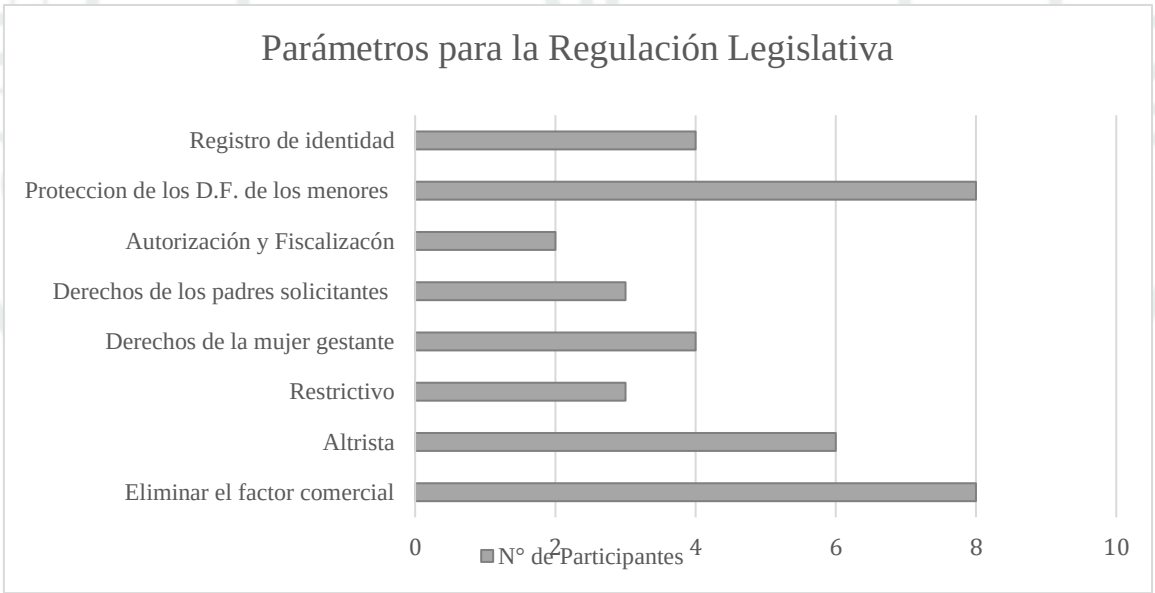
En base a lo expuesto, se concluye que la regulación de la maternidad subrogada en el Perú resulta no solo viable, sino necesaria, siempre que se adopte un enfoque restrictivo, ético y centrado en la protección del niño, la mujer gestante y el orden constitucional familiar.

1.5.3. Determinación de Parámetros Normativos para Regulación Subrogatoria Peruana.

A partir del análisis casuístico y de la evaluación de factibilidad y viabilidad desarrolladas en los capítulos precedentes, así como de las opiniones de expertos en derecho obtenidas mediante entrevistas previamente analizadas, se procede a la determinación de los parámetros normativos que deberían orientar una eventual regulación de la maternidad subrogada en el Perú.

Para tal efecto, se sistematizan los principales criterios jurídicos, institucionales y de protección de derechos en una figura sintética, la cual permite identificar los elementos esenciales de una regulación de carácter restrictivo y garantista. Posteriormente, dichos parámetros serán objeto de análisis a fin de evaluar su coherencia con el ordenamiento jurídico peruano y su idoneidad para responder a las problemáticas previamente identificadas.

Figura 3 *Análisis de Parámetros normativos*



Haciendo uso de la **Figura 3**, es posible identificar con claridad los parámetros que los participantes consideraron más relevantes para la determinación de un marco legal adecuado sobre la maternidad subrogada en el Perú, así como aquellos aspectos que recibieron menciones destacadas en los aportes cualitativos. Estos parámetros, que reflejan tanto preocupaciones jurídicas como éticas y sociales, pueden sistematizarse de la siguiente manera:

1) Eliminar el factor comercial: Existe un consenso significativo respecto a la necesidad de prohibir toda forma de lucro o comercialización en los contratos de maternidad subrogada, priorizando la prevención de la explotación económica de las mujeres gestantes y la mercantilización de la vida humana.

2) Protección de los derechos fundamentales de los menores: Se subraya como eje central la salvaguarda del interés superior del niño, garantizando su derecho a la dignidad, a la identidad, a la filiación clara y a un entorno familiar seguro, así como el acceso a información relevante sobre su origen.

3) Carácter altruista: Los participantes resaltan la importancia de que la subrogación tenga un fundamento altruista, permitiendo únicamente compensaciones por gastos médicos y relacionados, y prohibiendo cualquier incentivo económico que desvirtúe la finalidad solidaria del proceso. O que la necesidad empuje a mujeres en estado vulnerable a ofrecer servicio.

4) Derechos de la mujer gestante o madre subrogada: Se enfatiza la protección de la dignidad, la autonomía y la salud física y psicológica de la mujer gestante, asegurando su consentimiento libre e informado y estableciendo mecanismos de apoyo y acompañamiento durante todo el proceso.

5) Registro de identidad: Se considera fundamental que la filiación y el registro del menor se realicen de la manera más adecuada posible, con el fin de minimizar las posibles vulneraciones a sus derechos. Esto implica establecer pautas claras y procedimientos ágiles que eviten largos procesos judiciales innecesarios, los cuales durante su tramitación pueden dejar al menor en un estado de desprotección jurídica y social. En este sentido, resulta igualmente relevante la creación de un registro nacional de cedentes de gametos y de los nacidos mediante su empleo en las TRA, que garantice el derecho a la identidad del menor y facilite el acceso a información genética. Este registro permitiría no solo proteger la salud y el bienestar del niño, sino también asegurar su derecho a conocer su origen biológico, aspecto esencial para el libre desarrollo de

su identidad personal. Además, la existencia de mecanismos administrativos claros y accesibles para la inscripción de los menores, como lo ha señalado la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional y las recomendaciones del RENIEC, contribuye a evitar vacíos legales que puedan afectar el reconocimiento pleno de la filiación y la nacionalidad, garantizando así el acceso a servicios básicos como salud, educación y protección social.

6) Derechos de los padres comitentes: Los participantes reconocen la importancia de definir claramente los derechos y obligaciones de los padres comitentes, asegurando su reconocimiento legal como progenitores y estableciendo procedimientos claros para la determinación de la filiación. Esto en los casos de gestación subrogada gestacional pura, donde, por la naturaleza del vínculo genético, no suelen presentarse mayores dificultades en el reconocimiento de la filiación, permitiendo así una resolución más ágil y segura para todas las partes involucradas. Cabe señalar que, aunque es una postura minoritaria, algunos participantes enfatizan el derecho de los padres comitentes a desarrollar su propio proyecto de vida y a ejercer su libertad personal, asociando la posibilidad de acceder a la maternidad subrogada con la realización del deseo de descendencia como parte fundamental de su libre desarrollo, respecto a los casos donde se da una gestación subrogada con uso de gametos donados.

7) Naturaleza restrictiva: Se plantea que la maternidad subrogada debe tener un carácter excepcional, permitiéndose únicamente en circunstancias específicas y justificadas, como la infertilidad o esterilidad comprobada mediante evaluación médica. Esta postura busca evitar el uso indiscriminado o comercial de esta práctica, asegurando que su aplicación esté guiada por una necesidad médica legítima y no por deseos personales o conveniencias ajenas a la salud reproductiva. Esta perspectiva restrictiva se encuentra también influida por la concepción tradicional de la familia que prevalece en la cultura y sociedad peruana, en la que la maternidad suele estar vinculada a la experiencia biológica y afectiva directa. Asimismo, se orienta a resguardar el interés superior del niño, evitando situaciones que puedan poner en riesgo sus

derechos fundamentales, como la mercantilización de su origen o la vulneración de su identidad y vínculos familiares.

8) Autorización y fiscalización: Finalmente, esto no implica crear nuevas instituciones, sino articular las funciones técnicas y legales de las ya existentes, encargadas de velar por la normativa y la protección de la gestante, los futuros padres y, especialmente, el interés superior del niño. Estas instancias deberán evaluar caso por caso la viabilidad del procedimiento, emitir las autorizaciones pertinentes, fiscalizar el proceso gestacional y sancionar rigurosamente cualquier irregularidad. De este modo, se busca garantizar un marco ético y legal sólido que evite abusos, prácticas discriminatorias o fines lucrativos contrarios a la dignidad humana, asegurando así que la subrogación responda a un fin legítimo y respetuoso del bienestar de todos los implicados.

1.6. Análisis Integral de la Gestación Subrogada No Regulada en el Perú y su Impacto en la Protección de los Derechos Fundamentales del Niño

I. Delimitación del Problema en el Contexto Peruano

La gestación subrogada en el Perú se desarrolla en un contexto de ausencia de regulación normativa específica, lo que ha generado un escenario de incertidumbre jurídica frente a sus implicancias en materia de filiación, identidad y protección de los derechos fundamentales del niño. Si bien el ordenamiento jurídico peruano no prohíbe expresamente esta práctica, tampoco establece criterios claros para su realización, lo que ha dado lugar a respuestas fragmentadas por parte de las instituciones del Estado.

En este contexto, la práctica de la gestación subrogada no solo existe, sino que se ha consolidado progresivamente como una alternativa reproductiva utilizada por distintos sectores de la población. Sin embargo, su desarrollo en un entorno no regulado ha evidenciado la insuficiencia de los mecanismos jurídicos tradicionales para abordar los conflictos que de ella

se derivan, particularmente en lo referido al reconocimiento de la filiación y la garantía del derecho a la identidad del niño nacido.

La problemática no se limita a la existencia de la técnica en sí misma, sino al hecho de que esta se lleva a cabo sin un marco normativo que establezca límites, condiciones y mecanismos de control adecuados. Ello genera un espacio propicio para la aparición de riesgos de diversa naturaleza (jurídicos, sociales y biomédicos) que impactan directamente en la protección integral del niño..

II. Riesgos Asociados a la Gestación Subrogada

La gestación subrogada, especialmente en contextos no regulados o débilmente supervisados, presenta una serie de riesgos que han sido evidenciados a nivel internacional, los cuales permiten advertir posibles escenarios de afectación de derechos fundamentales en los niños nacidos mediante estas técnicas. Estos riesgos no se limitan a aspectos médicos, sino que abarcan también dimensiones éticas, jurídicas y personales.

En el ámbito biomédico, se han identificado situaciones en las que la ausencia de controles rigurosos en la selección de donantes ha derivado en la transmisión de enfermedades genéticas. Un caso reciente detectado en Cataluña evidenció la transmisión de una dolencia genética poco frecuente a través del semen de un donante anónimo, lo que puso en evidencia fallas en los sistemas de control y seguimiento de material genético (El País, 2026). Este tipo de situaciones compromete directamente el derecho del niño a la salud y a un desarrollo adecuado, al exponerlo desde su origen a riesgos evitables.

Asimismo, la falta de regulación en la cantidad de donaciones por individuo ha generado escenarios de expansión genética descontrolada. Se ha documentado el caso de un donante danés vinculado a más de 190 hijos en distintos países, lo que no solo plantea riesgos biomédicos (como la propagación de enfermedades hereditarias), sino también implicancias

éticas y jurídicas relacionadas con la posibilidad de consanguinidad inadvertida. (RTVE, 2025) Estas situaciones evidencian la necesidad de establecer límites claros y mecanismos de trazabilidad, en protección del derecho a la identidad y a la integridad del niño.

Desde una dimensión más amplia, diversos reportes internacionales han advertido que la ausencia de regulación favorece la consolidación de mercados reproductivos transnacionales, en los cuales pueden producirse prácticas irregulares o incluso ilícitas. Un caso relevante expuso la existencia de múltiples procesos de gestación subrogada ilegal articulados a través de redes que captaban mujeres en situación de vulnerabilidad, evidenciando la falta de control estatal y la instrumentalización tanto de la mujer gestante como del niño. (Deutsche Welle, 2024)

Este tipo de contextos no solo compromete la dignidad de las personas involucradas, sino que sitúa al niño en un entorno de origen marcado por dinámicas de explotación.

En la misma línea, investigaciones periodísticas han mostrado casos en los que errores, negligencias o ausencia de controles adecuados en procesos de reproducción asistida han generado consecuencias irreversibles para los niños, reforzando la idea de que estas prácticas, sin supervisión estricta, pueden derivar en afectaciones graves a derechos fundamentales. (BBC Mundo, 2024; 2025)

Por otro lado, la utilización de donantes anónimos ha sido objeto de cuestionamiento por parte de personas nacidas mediante estas técnicas, quienes han manifestado la necesidad de acceder a información sobre sus orígenes biológicos. Asociaciones como la AHID han señalado que el anonimato absoluto puede generar conflictos en la construcción de la identidad personal, afectando el derecho a conocer los propios orígenes y, con ello, el libre desarrollo de la personalidad. (Asociación AHID, s.f.)

En consecuencia, la evidencia internacional permite afirmar que los riesgos asociados a la gestación subrogada no regulada trascienden el ámbito técnico, configurando escenarios en los que pueden verse comprometidos derechos fundamentales como la salud, la identidad, la dignidad y el desarrollo integral del niño. Estos antecedentes refuerzan la necesidad de una intervención normativa que establezca límites claros, mecanismos de control efectivos y garantías suficientes para prevenir situaciones de vulneración.

III. Riesgos Sociales y de Vulnerabilidad

En el contexto peruano, la gestación subrogada no regulada se inserta en una realidad social marcada por desigualdades económicas y la presencia de dinámicas delictivas vinculadas a la trata de personas, lo que incrementa significativamente los riesgos de vulneración de derechos fundamentales tanto de los niños como de las mujeres involucradas.

Uno de los escenarios más preocupantes es el tráfico de recién nacidos, fenómeno que ha sido identificado como una dinámica criminal invisibilizada en el país. Diversos análisis han advertido que la ausencia de controles efectivos y la debilidad de los mecanismos de supervisión estatal facilitan la existencia de redes que operan en torno a la captación, traslado y entrega irregular de bebés, muchas veces bajo la apariencia de procesos de adopción o acuerdos informales. (IDEHPUCP, s.f., 2023)

Estas prácticas vulneran de manera directa el derecho a la identidad, al privar al niño de un origen claro y legalmente reconocido, así como su derecho a vivir en un entorno familiar seguro.

En esa misma línea, se han registrado casos en los que mujeres han sido condenadas por la comisión del delito de trata de personas al intermediar en la entrega de recién nacidos, evidenciando la existencia de estructuras organizadas que lucran con la vida humana. (LP Derecho, s.f.)

Estas situaciones reflejan cómo, en ausencia de regulación, la gestación y entrega de niños puede ser absorbida por circuitos ilícitos, afectando no solo la dignidad del niño, sino también su protección integral desde el nacimiento.

Asimismo, el contexto de vulnerabilidad económica de muchas mujeres en el Perú facilita su captación para participar en procesos de gestación bajo condiciones desiguales. Diversos reportes han advertido que el incremento de la demanda de "vientres de alquiler" en la región puede incentivar la explotación de mujeres en situación de pobreza, quienes son incorporadas en estos procesos sin garantías suficientes de protección. (Perú21, s.f.)

En estos casos, la dignidad de la mujer se ve comprometida, lo que repercute directamente en el entorno en el que el niño es concebido y gestado.

A ello se suma la existencia de redes de trata vinculadas a la desaparición de mujeres y su posible explotación, fenómeno que ha generado alertas en regiones como Arequipa y que evidencia la persistencia de contextos de riesgo en los que pueden desarrollarse prácticas asociadas a la gestación subrogada sin control estatal. (Diario El Pueblo, 2025)

Este tipo de escenarios refuerza la necesidad de analizar la gestación subrogada no solo como una técnica reproductiva, sino como una práctica susceptible de ser instrumentalizada en contextos de criminalidad.

Finalmente, casos como el de la intervención de autoridades frente a una pareja extranjera involucrada en presuntos delitos de trata de personas relacionados con un recién nacido evidencian la dimensión transnacional de estas problemáticas y la falta de mecanismos claros para su control. (Defensoría del Pueblo, s.f.)

La ausencia de regulación permite que estas situaciones se desarrollen en un vacío jurídico que dificulta la protección efectiva de los derechos del niño.

Los riesgos sociales asociados a la gestación subrogada no regulada en el Perú evidencian la existencia de un entorno propicio para la vulneración de derechos fundamentales, en el cual convergen factores como la desigualdad, la informalidad y la criminalidad. En este contexto, tanto el niño como la mujer gestante se encuentran expuestos a dinámicas de explotación que comprometen su dignidad, su integridad y su desarrollo, lo que refuerza la necesidad de una intervención estatal que establezca límites y mecanismos de protección efectivos.

IV. Insuficiencia de la Respuesta Normativa del Estado

La respuesta del Estado peruano frente a la gestación subrogada ha sido fragmentaria e insuficiente, lo que ha impedido la consolidación de un marco normativo claro capaz de regular de manera integral esta práctica. Desde el año 2018 hasta la actualidad, se han presentado diversas iniciativas legislativas que evidencian la existencia de posturas divergentes (entre enfoques permisivos y prohibitivos), sin que ninguna haya logrado materializarse en una regulación efectiva.

En una primera línea, se identifican propuestas de carácter permisivo o regulador, como el Proyecto de Ley N.° 3404/2018-CR, el cual planteaba la regulación de la denominada *"maternidad solidaria"* bajo criterios altruistas, estableciendo requisitos médicos, consentimiento informado y control de las instituciones de salud, con el objetivo de evitar prácticas ilícitas como la trata de personas y la mala praxis médica. (Congreso de la República, 2018)

En similar sentido, el anteproyecto elaborado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos buscó establecer condiciones para el uso de técnicas de reproducción asistida, incluyendo la intervención de entidades de salud y la exigencia de evaluaciones médicas previas, evidenciando la necesidad de llenar los vacíos existentes en la legislación vigente. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018)

Por otro lado, se han presentado iniciativas de carácter restrictivo o prohibitivo, como el Proyecto de Ley N.° 13073/2025-CR, que propone la prohibición absoluta de la maternidad subrogada en todas sus modalidades, declarando nulos los contratos vinculados a esta práctica y estableciendo sanciones para quienes participen en su promoción o intermediación. (Congreso de la República, 2025)

Esta propuesta refleja una postura orientada a evitar la mercantilización del cuerpo humano y la posible explotación de mujeres y niños.

No obstante, pese a la existencia de estas iniciativas, ninguna ha sido aprobada ni ha logrado consolidarse como una política pública efectiva, lo que evidencia la falta de consenso legislativo en torno al tratamiento de la gestación subrogada en el Perú. Esta situación ha perpetuado un vacío normativo que obliga a que los conflictos derivados de esta práctica sean resueltos de manera casuística, principalmente a través del Poder Judicial.

En ese contexto, los jueces se ven en la necesidad de interpretar normas generales del derecho de familia y principios constitucionales para resolver controversias relacionadas con filiación, identidad y reconocimiento de vínculos familiares, lo que genera decisiones no uniformes y, en muchos casos, tardías. Incluso, la complejidad de algunos casos ha requerido la intervención de instancias internacionales o la aplicación de estándares del derecho comparado, evidenciando las limitaciones del sistema jurídico interno para dar respuestas adecuadas y oportunas.

La ausencia de una regulación específica no solo refleja una omisión legislativa, sino que constituye un factor que contribuye activamente a la inseguridad jurídica y a la desprotección de los derechos fundamentales del niño. La falta de una respuesta normativa clara ha trasladado la carga de solución al ámbito judicial, lo que resulta insuficiente para garantizar una protección efectiva y uniforme frente a una problemática de creciente relevancia social.

V. Desprotección Estructural de los Derechos Fundamentales del Niño

El análisis desarrollado en los apartados precedentes permite afirmar que la gestación subrogada no regulada en el Perú no constituye un fenómeno aislado, sino un escenario estructural de riesgo que incide directamente en la desprotección de los derechos fundamentales del niño. En efecto, la concurrencia de riesgos biomédicos, jurídicos y sociales, sumada a la ausencia de un marco normativo específico, configura un contexto en el cual los mecanismos de protección resultan insuficientes desde el inicio de la vida del niño.

En primer lugar, en relación con el derecho a la identidad, la falta de reglas claras sobre filiación, registro y acceso a la información sobre los orígenes biológicos genera situaciones de incertidumbre jurídica que pueden prolongarse en el tiempo. Esta problemática se agrava en contextos donde intervienen donantes anónimos, en los cuales el niño puede verse privado de conocer aspectos esenciales de su origen, afectando la construcción de su identidad y desarrollo personal,

En segundo lugar, el derecho a la dignidad puede verse comprometido en escenarios donde la gestación subrogada se desarrolla sin controles adecuados, especialmente cuando existen condiciones de vulnerabilidad económica de la mujer gestante o prácticas que implican la instrumentalización del cuerpo humano. En tales casos, el niño no solo es concebido en un contexto de posible desigualdad, sino también en uno donde su origen puede estar vinculado a dinámicas de mercantilización.

Asimismo, el derecho al reconocimiento de la familia se ve afectado por la inexistencia de criterios uniformes para determinar la filiación, lo que puede generar conflictos entre las partes intervinientes y situaciones de inestabilidad familiar. La falta de reconocimiento oportuno de los vínculos jurídicos expone al niño a escenarios de indefinición que impactan directamente en su entorno de crianza.

Finalmente, el derecho al libre desarrollo y bienestar del niño se encuentra en riesgo cuando los conflictos derivados de la gestación subrogada (ya sean médicos, jurídicos o sociales) inciden en su entorno desde etapas tempranas de vida. La ausencia de intervención estatal preventiva contribuye a que dichas situaciones se resuelvan de manera tardía, muchas veces a través de procesos judiciales que no siempre priorizan de forma efectiva el interés superior del niño.

La desprotección identificada no responde a casos excepcionales, sino a una problemática estructural derivada de la omisión normativa del Estado. La ausencia de regulación no constituye una posición neutral, sino un factor que permite la reproducción de escenarios de vulnerabilidad que afectan de manera directa e integral los derechos fundamentales del niño.

VI. Vinculación con el Objetivo General de la Investigación

A partir del análisis integral desarrollado en la presente investigación, se ha evidenciado que la gestación subrogada no regulada en el Perú genera un contexto de desprotección de los derechos fundamentales de los niños nacidos mediante esta práctica. La identificación de riesgos de carácter biomédico, jurídico y social, sumada a la constatación de una respuesta estatal insuficiente, permite afirmar que el vacío legal incide directamente en la vulneración de prerrogativas esenciales como la identidad, la dignidad, el reconocimiento de la familia y el libre desarrollo de la personalidad.

Con ello se cumple el objetivo general de la investigación: analizar la gestación subrogada en el contexto peruano y demostrar que la ausencia de un marco normativo específico no solo genera inseguridad jurídica, sino que configura un escenario estructural de desprotección para el niño. El análisis muestra que, en contextos sin regulación, la gestación subrogada no es jurídicamente neutral, sino un fenómeno que afecta directamente los derechos fundamentales de las personas involucradas, aunque sus consecuencias alcanzan tanto a la

mujer gestante como a los padres intencionales, es el niño quien resulta más vulnerable, pues su protección depende de garantías jurídicas claras desde el inicio. Estas vulnerabilidades no derivan de hechos aislados, sino de factores estructurales que, sin la intervención del Estado, tienden a reproducir situaciones persistentes de desprotección. Por ende, resulta imprescindible abordar la materia desde un enfoque jurídico integral que armonice los avances reproductivos con la efectiva protección de los derechos fundamentales.

CONCLUSIONES

PRIMERA. - Respecto al Objetivo General se evidencia que la gestación subrogada no regulada en el Perú genera una desprotección de los derechos fundamentales de los niños, derivada de la ausencia de criterios normativos claros en materia de filiación, identidad y control estatal; esta carencia normativa propicia escenarios de vulnerabilidad, prácticas informales y riesgos de explotación. En ese sentido, la falta de regulación no es neutral, sino un factor que agrava dicha desprotección.

SEGUNDA. - Se ha identificado la existencia de un vacío normativo estructural en el ordenamiento jurídico peruano en materia de gestación subrogada, que evidencia una desconexión entre los distintos niveles de la pirámide normativa y dificulta su adecuada articulación. En consecuencia, se genera inseguridad jurídica y se configuran escenarios de vulnerabilidad que afectan tanto a los sujetos intervinientes como a las instituciones encargadas de su regulación.

En síntesis, los vacíos y conflictos se encapsulan en tres ejes centrales: i) la ausencia de regulación expresa sobre la gestación subrogada en su conjunto, que opera como un silencio legal que deja la práctica en un limbo jurídico; ii) la colisión entre principios constitucionales y disposiciones parciales (como el artículo 7 de la Ley General de Salud, 1997), que origina lagunas en materia de filiación, identidad, registro civil y control estatal; y iii) la multiplicidad de conflictos jurídicos entre sujetos intervinientes y con el Estado, que derivan de la informalidad, la falta de protección de las mujeres que gestan, la incertidumbre sobre la filiación y la nacionalidad de los menores, así como los riesgos de explotación y mercantilización de la reproducción asistida.

TERCERA. - Se advierte que existe un consenso mayoritario entre los expertos en Derecho Constitucional y de Familia sobre la necesidad de regular la gestación subrogada, debido a la prioridad de proteger los derechos fundamentales del niño y la dignidad de la mujer gestante,

así como a la preferencia por un modelo altruista, lo que refuerza la necesidad de un marco normativo que supere las soluciones judiciales aisladas.

CUARTA. - Se evidencia que la legislación comparada y los organismos internacionales coinciden en la necesidad de regular la gestación subrogada, pese a sus diferencias en el grado de permisividad, debido a que priorizan el interés superior del niño, la dignidad humana y la prevención de la explotación, evidenciando estándares mínimos de protección no contemplados en la legislación peruana.

QUINTA. - Se establece que la gestación subrogada incide de manera diferenciada en los derechos fundamentales de los sujetos intervinientes, afectando principalmente a los niños, seguidos de las mujeres gestantes, los padres comitentes y, en menor medida, los donantes de gametos, lo que evidencia un impacto multidimensional que justifica la adopción de una regulación restrictiva orientada a prevenir vulneraciones de derechos.

SEXTA. - Finalmente, la regulación específica de la gestación subrogada en el Perú es necesaria y viable, debido a la existencia de criterios jurisprudenciales, aportes doctrinales y modelos comparados permite diseñar un marco legal coherente de corte garantista que supere la inseguridad jurídica. Dicha regulación debe contener la protección de los derechos de todos los intervinientes, con el interés superior del niño como principio rector; asegurar el carácter no lucrativo de la práctica; y establecer control y supervisión estatal efectivos. Bajo estos parámetros, se logra conciliar el ejercicio de los derechos reproductivos con la debida protección de los derechos fundamentales.

RECOMENDACIONES

PRIMERA. - En atención a los hallazgos de la presente investigación, resulta pertinente la implementación de un marco normativo específico que regule la gestación subrogada en el Perú bajo un enfoque restrictivo y garantista, orientado prioritariamente a la protección de los derechos fundamentales del niño y de la mujer gestante. En ese sentido, debe contemplarse la admisión excepcional de modalidades altruistas, prohibiendo expresamente los mecanismos de intermediación o lucro que puedan derivar en formas de mercantilización del cuerpo o de la vida humana.

Asimismo, se propone la incorporación de mecanismos compensatorios limitados, destinados exclusivamente a cubrir gastos médicos, afectaciones derivadas del proceso gestacional y medidas de recuperación integral de la mujer gestante. Este esquema debe seguir modelos comparados como el británico, en los cuales dichos pagos no poseen naturaleza lucrativa ni constituyen contraprestación por la disposición del cuerpo, sino que se configuran como medidas razonables de protección y compensación sanitaria.

Del mismo modo, la regulación debe contemplar mecanismos de supervisión estatal efectiva durante el proceso, mediante la intervención del Ministerio de Salud, el Poder Judicial, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, entre otras según corresponda; así como la implementación de protocolos médicos y psicológicos que garanticen la seguridad de la gestante y del menor.

Finalmente, resulta indispensable asegurar la inscripción inmediata del niño nacido y el reconocimiento claro de su filiación, así como establecer mecanismos que permitan, de manera progresiva, el acceso a información relevante sobre sus orígenes biológicos, en concordancia con el derecho a la identidad y el interés superior del niño.

SEGUNDA. - El Estado debe asumir un rol activo, preventivo y coercitivo frente a la gestación subrogada, orientado no solo a normar la práctica, sino a proscribir y sancionar severamente su

vinculación con dinámicas de explotación, trata de personas y mercados reproductivos informales.

En ese sentido, es imperativa la ejecución de mecanismos de fiscalización interinstitucional con plena facultad sancionatoria. Estos dispositivos deben intervenir, penalizar y desmantelar cualquier situación de intermediación irregular, lucro o afectación de derechos fundamentales, garantizando de manera irrestricta los principios de dignidad humana, igualdad y el interés superior del niño.

TERCERA. - Por otro lado, es indispensable ejecutar una reforma focalizada en materia de Derecho Internacional Privado, orientada a regular las inscripciones registrales de niños nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero. Dicha propuesta exige la modificación de los artículos 2084 y 2085 del Código Civil, a fin de habilitar mecanismos de inscripción directa respecto del progenitor biológico o en función de la posesión de estado, incluso en supuestos de gestación subrogada internacional.

Asimismo, dicha medida debe complementarse con la habilitación de una vía judicial posterior destinada al reconocimiento de la filiación coparental, garantizando una respuesta progresiva y compatible con el interés superior del niño.

Del mismo modo, se plantea el fortalecimiento los mecanismos de control registral por parte del RENIEC, lo que permitirá la adecuación de apellidos conforme al sistema jurídico nacional sin requerir necesariamente un procedimiento de exequátur pleno, priorizando la protección del derecho a la identidad, la nacionalidad y la protección integral del niño frente a eventuales formalismos contractuales.

REFERENCIAS

Aguilar Llanos, B. (2014). Patria potestad. En *Patria potestad, tenencia y alimentos* (pp. 9–52). Gaceta Jurídica.

Albéniz Martín, B. (2020). *Maternidad subrogada: Regulación en España y análisis de otros modelos en derecho comparado* [Tesis de posgrado, Universidad Pontificia Comillas]. Repositorio Digital.

Allcca, L. K. R. (2018). La maternidad subrogada gestacional altruista en el Perú. *Derecho y Sociedad*, (36), 45–67.

Álvarez, R., & Rueda, N. (2022). Derecho a la identidad, filiación y apellidos. *Ius et Praxis*, 28(2), 124–144. https://doi.org/10.4067/S0718-00122022000200124

Bassa, J. (2023). *El derecho a la identidad biológica y los límites de la voluntad procreacional en las técnicas de reproducción asistida.* Revista Iberoamericana de Bioderecho y Derechos Humanos, 12(1), 45–68.

Belluscio, A. (2002). *Manual de derecho de familia* (2.ª ed., T. I). Astrea.

Becerra, C. (1990). La ausencia y sus efectos en relación con la familia. En *La familia en el derecho peruano* (pp. 477–517). PUCP Fondo Editorial.

Bossert, G., & Zannoni, E. (2004). *Manual de derecho de familia* (6.ª ed.). Astrea.

Cabello, C. (1999). *Divorcio y jurisprudencia en el Perú* (2.ª ed.). PUCP Fondo Editorial.

Carr, S. (2019). Surrogacy and ethics in women with cancer. *Best Practice & Research: Clinical Obstetrics & Gynaecology*, 55, 117–127. https://doi.org/10.1016/j.bpobgyn.2018.11.001

Código Civil del Perú. (1984). *Código Civil peruano*. Congreso de la República.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (1999). Recomendación general N.º 24: Artículo 12 de la Convención (La mujer y la salud). Organización de las Naciones Unidas.

Compagnucci de Caso, C. E. (2002). El acto jurídico: Estructura, elementos y requisitos de validez en la doctrina civilista. Editorial La Ley.

Congreso de la República del Perú. (2018). Proyecto de Ley N.° 3404/2018-CR.

Congreso de la República del Perú. (2025). Proyecto de Ley N.° 13073/2025-CR.

Constitución Política del Perú. (1993). Congreso de la República.

Cook, R. J., Dickens, B. M., & Fathalla, M. F. (1994). *Reproductive health and human rights: Integrating medicine, ethics, and law*. *Studies in Family Planning*, 25(5), 255–268.

Cubillos, J. M. (2013). *Técnicas de reproducción asistida: status jurídico del embrión humano* (Trabajo de grado). Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina. uncu.edu.ar

Defensoría del Pueblo del Perú. (s. f.). *Atención de caso de presunta trata de personas en pareja chilena*. https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-atiende-caso-de-pareja-chilena-detenida-por-presunto-delito-de-trata-de-personas/

Díaz, R., & Loyola, M. (2022). La omisión legislativa en las técnicas de reproducción asistida y su impacto constitucional en el Perú. Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Duran, A. (2023). La gestación subrogada y los desafíos de establecer la filiación. *Revista Derecho y Salud*, 7(8), 205–215. https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)14

Echeverría, M. (2021). *La voluntad procreacional como eje transformador del derecho de familia contemporáneo.* Revista de Derecho y Ciencias Sociales, 18(1), 102–119.

Emaldi-Cirión, A. (2020). Reflexiones éticas y propuestas jurídicas sobre la maternidad subrogada en España. *Revista Iberoamericana de Bioética*, (14), 1–12. https://doi.org/10.14422/rib.i14.y2020.009

Esquivel, J., Martínez, L., & Flores, R. (2013). *La patria potestad en los hijos extramatrimoniales: Un análisis sustantivo y procesal*. Revista Peruana de Derecho Civil, 8(3), 145–162.

Estrada Mora, H. (2018). *Maternidad subrogada: desarrollo conceptual y normativo (Informe de Investigación N.° 41/2018-2019).* Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria, Congreso de la República del Perú. congreso.gob.pe

Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine. (2013). Informed consent in assisted reproduction. *Fertility and Sterility*, 100(4), 939–944.

European Court of Human Rights. (2014). *Mennesson v. France*.

Fanzolato, E. (1998). Derecho de familia: Filiación por adopción y realidades de facto. Depalma.

Fernández Sessarego, C. (2013). Derecho de las personas: Exégesis y doctrina del libro primero del Código Civil peruano (11.ª ed.). Motivensa.

Ferrer, F. (1979). *Cuestiones de derecho civil*. Rubinzal y Culzoni.

Flores Rodríguez, J. (2018). Nuevas formas de familia, filiación y técnicas de reproducción asistida. *Actualidad Civil*, 1(5), 1–9.

Francos, M., Flores, M., & Salvador, Z. (2023). *¿Cuáles son las técnicas de reproducción asistida? Diferencias y precio.* Reproducción Asistida ORG. reproduccionasistida.org

Gallegos, Y., & Jara, R. (2012). *Manual de derecho de familia*. Jurista.

García, A. J., & Cayuela, Á. (2017). *Bioética, dignidad humana y gestación por sustitución: Un análisis de las asimetrías socioeconómicas en los mercados reproductivos.* Revista de Filosofía, Derecho y Bioética, 22(3), 143–161.

García Escobar, R. (2024). *Los derechos a la identidad y filiación del menor frente al anonimato de gametos en la gestación por sustitución. Revista de Derecho Civil y Bioética*, 22(1), 5–24.

Garvin, V., & Hays, D. (1996). *The ambivalence of motherhood: balancing personal identity and child rearing responsibilities*. Journal of Family Psychology, 10(3), 284–297.

Godoy, M. (2022). La dignidad humana como límite a la gestación subrogada. *Persona y Derecho*, 89, 203–241.

Goel, S. (2021). *Motherhood as a social construct: contemporary experiences, guidance, and upbringing of children. International Journal of Sociology and Social Policy*, 41(5/6), 725–739.

Gómez, M. (2023). *El derecho a la identidad y el fin del anonimato en la donación de gametos: Análisis comparado de las reformas legislativas en Europa.* Revista de Derecho Civil y Bioética Internacional, 18(2), 85–104.

Gove, W. R., Style, C. B., & Hughes, M. (1990). *The effect of marriage on the well-being of adults: A theoretical analysis. Journal of Family Issues*, 11(1), 4–35. doi.org

Harper, J. C., Geraedts, J., Borry, P., Cornel, M. C., Dondorp, W. J., Gianaroli, L., ... & de Wert, G. (2016). *Current legal status and practices of donor conception in Europe*. Human Reproduction, 31(7), 1421–1429. doi.org

Hawie Lora, L. (2020). *El reconocimiento voluntario de la filiación extramatrimonial como acto jurídico familiar*. Derecho & Sociedad, (54), 143–158.

Hernández Sánchez, Y. (2024). *Análisis comparado de la gestación subrogada dentro y fuera de la Unión Europea* [Tesis de pregrado, Universidad Rey Juan Carlos].

Higüita Jaramillo, S., & Gómez Rúa, N. (2023). Gestación subrogada: regulación en América Latina. *Estudios Socio-Jurídicos*, 25(2), 1–28. https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.12781

Horsey, K. (2015). *Challenging the biological paradigm: Surrogacy, technology and the evolution of family law*. Child and Family Law Quarterly, 27(3), 245–262.

Hutton, C. (2019). *The evolution of family law: Legal definitions of marriage and parentage in the United States.* Harvard Journal of Law & Technology, 32(2), 561–584.

IDEHPUCP. (s. f.). *Tráfico de bebés en el Perú: la necesidad de acciones sobre una dinámica criminal invisibilizada*. https://idehpucp.pucp.edu.pe/boletin-eventos/trafico-de-bebes-

en-el-peru-la-necesidad-de-acciones-sobre-una-dinamica-criminal-invisibilizada-28751/

Illera Santos, R. J. (2022). *Teoría general del conflicto y mecanismos alternativos de solución de controversias en el derecho contemporáneo*. Editorial Jurídica Iberoamericana.

International Conference on Population and Development. (1994). Program of Action of the International Conference on Population and Development, Cairo. United Nations.

Jain, T. (2017). Medical risks of surrogacy. Fertility and Sterility, 107(2), 312–314. doi.org

Kaur, G., & Chawla, R. (2021). *Surrogacy in India: ethics versus incentive. International Journal of Community Medicine and Public Health*, 8(7), 3713–3718. https://doi.org/10.18203/2394-6040.ijcmph20212633

Kelsen, H. (2011). Teoría pura del derecho (R. J. Vernengo, Trad.; 4.ª ed.). Editorial Porrúa (Nota: En el estilo APA, cuando se citan obras clásicas o reimpresiones modernas de textos históricos, se coloca el año de la edición que tuviste en tus manos y se especifica el traductor si aplica).

Knoppers, B. M., & Le Bris, S. (1997). *Reproductive technology: International perspectives on law and ethics. Annual Review of Genomics and Human Genetics*, 21(1), 441–460.

Kolokolova, E. (2021). Marriage as a constitutional and legal category. *Vestnik of the Russian University of Cooperation*. https://doi.org/10.52623/2227-4383-1-43-25

Lamm, E. (2012). Gestación por sustitución: Niños deseados, seguridad jurídica e interés superior del menor en el derecho comparado. Editorial Universitaria

Lamm, E. (2014). *Gestación por sustitución: Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions.

Leclère, C., Viaux, S., Avril, M., Achard, C., Chetouani, M., Missonnier, S., & Cohen, D. (2014). *Why interaction synchrony between infants and their parents matters for development: A systematic review*. PLOS ONE, 9(12), Article e113571. doi.org

León Romero, L. (2018). *Análisis normativo y doctrinal de las iniciativas sobre técnicas de reproducción humana asistida en el Perú* (Informe Temático N.° 12/2018). Área de Apoyo Técnico Parlamentario, Congreso de la República del Perú.

Lepin, C. (2014). Los nuevos principios del derecho de familia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (23), 9–55. https://doi.org/10.4067/S0718-80722014000200001

López, C. (2005). *Manual de derecho de familia y tribunales de familia* (T. I). Librotécnia.

LP Derecho. (s. f.). *Condenan a tres mujeres a veinte años por trata de personas en Cusco*. https://lpderecho.pe/condenan-tres-mujeres-veinte-anos-trata-de-personas-cusco-bebe-recien-nacida-adopcion-ilegal/

Mack, B. (2018). *The complexity of motherhood: lived experiences, social structures, and domestic roles.* Academic Press.

Mahmoud, Z., & Romanis, E. (2022). On gestation and motherhood. *Medical Law Review*, 31, 109–140. https://doi.org/10.1093/medlaw/fwac030

Millns, S. (2019). *Surrogacy, reproductive tourism and the regulation of "gestational outsourcing" in Europe.* European Journal of Legal Studies, 11(2), 75–104.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2018). Anteproyecto de ley sobre gestación subrogada. https://www.bbc.com/mundo/articles/cg7vn207r8yo

Ministerio de Salud del Perú. (2021). *Guías de práctica clínica y procedimientos del servicio de medicina reproductiva*. MINSA.

Molina, M. (2022). *Hacia una regulación garantista de la gestación subrogada: Protección trilateral y bioética*. Editorial Jurídica Internacional.

Montero, M. A. V., & Vázquez, A. F. Z. (2021). Adopción ágil y el interés superior del menor. *Dominio de las Ciencias*, 7(3), 112–140.

Mosquera, J. (2006). *El cuerpo humano como objeto de derecho: Límites éticos y civiles a la disposición de órganos y tejidos*. Editorial Jurídica Continental.

Núñez Merejildo, M. (2020). Derechos reproductivos, igualdad de género y gestación por sustitución: Un análisis constitucional frente al reduccionismo del negocio jurídico en el Perú. Editorial Universitaria.

Organización de las Naciones Unidas. (6 de marzo de 2018). *La gestación subrogada puede convertir a los niños en mercancías, advierte experta de la ONU*. ONU Noticias. https://news.un.org/es/story/2018/03/1428492

Organización Mundial de la Salud. (2019). *WHO recommendations on antenatal care for a positive pregnancy experience*. WHO Press.

Pennings, G. (2002). *Ethical issues of gamete donation and the separation of genetic and social parenthood. Human Reproduction Update*, 8(2), 159–165. doi.org

Pérez Contreras, M. (2010). *Derecho de familia y sucesiones*. Cultura Jurídica.

Petchesky, R. P. (2003). Global prescriptions: Gendering health and human rights. Zed Books.

Plácido, A. (2012). *Familia, niños, adolescentes y Constitución*. Academia de la Magistratura.

Posadas Gutiérrez, F. (2022). La verdad biológica y el derecho a la identidad: Propuesta para la creación del registro nacional de donantes de gametos en el Perú. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ramos, R. (2005). *Derecho de familia* (T. II). Jurídica de Chile.

Rioja Bermúdez, A. (2018). Constitución Política del Perú comentada: Doctrina, análisis y jurisprudencia. Jurista Editores. P. 172, 173.

Rodríguez Iturri, R. (2018). *El derecho de familia en el siglo XXI: Nuevos paradigmas de la filiación civil*. Fondo Editorial PUCP.

Rodríguez, R. (2018). *Instituciones del derecho familiar no patrimonial peruano*. PUCP Fondo Editorial.

Rodríguez Torres, L. (2015). Derechos humanos de las mujeres y procesos gestacionales: marco normativo y protección del concebido. Dirección General de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUSDH).

Rodríguez Tovar, E., & Camarillo, M. (2021). *Una aproximación kantiana a la gestación subrogada: autonomía, dignidad y cosificación.* Revista de Filosofía y Derecho, 15(2), 89–104. [1]

Romero Mendoza, K. (2021). El anonimato relativo en la donación de gametos: Un modelo de equilibrio bioético entre el derecho a la identidad y la privacidad en el Perú. Editorial Jurídica Grijley.

Rosas, P. (2023, abril 5). En qué países es legal la gestación subrogada. *BBC News Mundo*.

Rupay Allcca, M. (2022). La desprotección jurídica en las técnicas de reproducción asistida: Un análisis crítico sobre el vacío legal de la maternidad por sustitución en el Perú. Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres.

Russell, G., & Russell, A. (1987). Mother-child and father-child relationships. *Child Development*, 58, 1573–1585.

Saad Pestana, S. D. (2021). La neuroética de la gestación subrogada. *Medicina y Ética*, 32(3), 665–702.

Sadeghi, M. R. (2019). *Surrogacy: opportunities and challenges. Journal of Reproduction & Infertility*, 20(4), 199–200. nih.gov

Sánchez Madrigal, J. (2021). *Regulación vs. Prohibición: Un análisis sociojurídico de la gestación subrogada onerosa. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 18(2), 112–129.

Santamaría, S. (2000). Técnicas de reproducción asistida: Aspectos bioéticos. *Cuadernos de Bioética*, (41), 37–47.

Sarasol Chust, J. M., & Ramón Chornet, C. (2021). *La gestación por sustitución frente a los derechos del niño: una aproximación jurídica.* Anuario de Filosofía del Derecho, (37), 335–358. unirioja.es

Sharif, K., & Coomarasamy, A. (Eds.). (2012). *Assisted Reproduction Techniques: Challenges and Management Options*. John Wiley & Sons.

Shenfield, F., de Mouzon, J., Pennings, G., Ferraretti, A. P., Nyboe Andersen, A., de Wert, G., & Goossens, V. (2010). *Cross border reproductive care in Europe: A prospective study of foreign patients across 6 countries*. Human Reproduction, 25(6), 1361–1368. doi.org

Sifris, B. (2015). *Alternatives to traditional parentage: Comparative analysis between adoption and surrogacy pathways*. International Journal of Law, Policy and the Family, 29(2), 167–185.

Suárez Larrabure, M. D., Varela, D. G., & Molina, A. M. (2023). Gestación subrogada y derechos de niños. En *XXII Congreso Nacional de Sociología Jurídica*.

Suárez, M., Torres, L., & Benítez, J. (2022*). El interés superior del niño y el derecho a la vida familiar en los nuevos modelos de filiación. Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 33(2), 45–63.

Tichelman, M. M., Westerneng, M., Witteveen, A. B., Burger, H., & de Cock, P. (2019). *Correlates of prenatal maternal attachment: A systematic review of the literature. Journal of Reproductive and Infant Psychology*, 37(5), 520–544. doi.org

Universidad Nacional Autónoma de México. (2017). *Derecho de familia y sucesiones* (Cap. 10). Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Valdiviezo, M., & Zamora, K. (2021). *La dimensión humanista de la adopción y la protección del menor en situación de desamparo. Revista Latinoamericana de Derecho de Familia*, 14(2), 67–84.

Varsi Rospigliosi, E., & Mardini, M. (2021). *Dignidad humana, autonomía y el estatus jurídico de la madre gestante en las técnicas de reproducción asistida.* Revista de Derecho Civil y de la Persona, 23(2), 45–68.

Varsi Rospigliosi, E. (2013). *Tratado de derecho de familia* (T. IV). Gaceta Jurídica.

Varsi Rospigliosi, E. (2021). Gestación subrogada y orden público internacional en el Perú. *Ius et Veritas*, 62, 145–162. https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202102.008

Vigil, B. (2014). Tratado de las instituciones del derecho civil peruano: Personas y familia. Grijley.

Villacis, J., & Villacrés, P. (2023). *El interés superior del niño en los procesos contemporáneos de adopción: Un análisis comparado. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 19(1), 115–132.

World Health Organization. (2019). *WHO recommendations on antenatal care for a positive pregnancy experience*. WHO Press.

Yulizawati, Y., Aldika Akbar, M. A., & Detty, A. U. (2021). *The transition to motherhood: psychological changes, adaptation processes, and role restructuring in postpartum women. Journal of Midwifery and Women's Health Issues*, 4(2), 115–124. doi.org

Zaldívar Marrón, S. (2022). *Análisis teórico jurídico de las técnicas de reproducción asistida: especial referencia al contexto latinoamericano*. Revista Latinoamericana de Bioética, 22(2), 149–163. doi.org

REFERENCIAS WEB

ACI Prensa. (s. f.). *Experto: vientres de alquiler implican explotación de mujeres pobres*. https://www.aciprensa.com/noticias/114271/experto-sobre-vientres-de-alquiler-es-explotacion-de-mujeres-pobres-y-venta-de-ninos

Ayuda en Acción. (2023). *Vulneración de los derechos humanos, una violación a la dignidad humana*. https://ayudaenaccion.org/blog/derechos-humanos/vulneracion-derechos-humanos/

BBC News Mundo. (2023, abril 5). *En qué países es legal la gestación subrogada y cuál es la situación en América Latina*. https://www.bbc.com/mundo/noticias-65196202

BBC News Mundo. (s. f.). [Artículo sobre gestación subrogada]. https://www.bbc.com/mundo/articles/c98qxl7wl33o

Deutsche Welle. (s. f.). *Caso cero alemán destapa casos de gestación subrogada ilegal en Argentina*. https://www.dw.com/es/caso-cero-alem%C3%A1n-destapa-48-casos-de-gestaci%C3%B3n-subrogada-ilegal-en-argentina/a-74424904

Deutsche Welle. (s. f.). *Escándalo de gestación subrogada en Creta* [Video]. https://www.dw.com/es/esc%C3%A1ndalo-de-gestaci%C3%B3n-subrogada-en-creta/video-68691663

Diario El Pueblo. (2025, diciembre 22). *Desapariciones de mujeres alertan a Arequipa y refuerzan lucha contra trata de personas*. https://diarioelpueblo.com.pe/2025/12/22/desapariciones-de-mujeres-alertan-a-arequipa-y-refuerzan-lucha-contra-trata-de-personas/

Enfoque Derecho. (2023). *El silencio dañino: mantener la gestación subrogada como vacío legal constituye una afectación a los derechos humanos*. https://enfoquederecho.com/editorial-el-silencio-danino-constituye-una-afectacion-a-los-derechos-humanos-mantener-la-gestacion-subrogada-como-un-vacio-legal-en-nuestro-pais/

El País. (2026, marzo 20). Detectada en Cataluña la primera transmisión de una rara dolencia genética a través del semen de un donante anónimo. https://elpais.com/sociedad/2026-

03-20/detectada-en-cataluna-la-primera-transmision-de-una-rara-dolencia-genetica-a-traves-del-semen-de-un-donante-anonimo.html

Elsevier. (2021). *La maternidad subrogada: una controversia actual*. https://www.elsevier.es/es-revista-atencion-primaria-practica-24-articulo-la-maternidad-subrogada-una-controversia-S2605073021000171

European Court of Human Rights. (2010). *Paradiso and Campanelli v. Italy*. ECHR Reports.

European Union Agency for Fundamental Rights. (2022). *Infertility, reproductive freedoms and fundamental rights: A comparative overview of case law*. Publications Office of the European Union.

Infobae Perú. (2025, enero 28). *Pareja de mujeres exige a Reniec que ambas aparezcan como madres en el DNI de su hijo*. https://www.infobae.com/peru/2025/01/28/pareja-de-mujeres-exige-a-reniec-que-ambas-aparezcan-como-madres-en-el-dni-de-su-hijo-caso-fue-admitido-por-la-cidh/

Infobae Perú. (2023, septiembre 14). *Tráfico de bebés en Cusco: Fiscalía identifica a implicados en red criminal*. https://www.infobae.com/peru/2023/09/14/trafico-de-bebes-en-cusco-fiscalia-identifica-a-cuatro-personas-implicadas-en-red-criminal/

LP Derecho. (2025). *Silencio legal y maternidad subrogada ante el Tribunal Constitucional peruano y el TEDH*. https://lpderecho.pe/silencio-legal-derechos-humanos-maternidad-subrogada-tc-peruano-tedh/

Ministerio de Salud del Perú. (2021). *Guías de práctica clínica y de procedimientos del servicio de medicina reproductiva* (R.D. N.° 139-2021-DG-INMP/MINSA). https://www.gob.pe/minsa

Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2023, agosto 3). *Surrogacy: Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children*. https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-sale-of-children/surrogacy

Perú21. (s. f.). *Alarma en Latinoamérica por alta demanda de vientres de alquiler*. https://peru21.pe/peru/alarma-en-latinoamerica-tras-alta-demanda-de-vientres-de-alquiler/

Perú21. (s. f.). *Madre abandona a sus hijos pequeños*. https://peru21.pe/peru/desalmada-madre-abandona-sus-hijos-de-4-y-5-anitos-si-quieren-se-los-regalo/

RTVE. (2025, diciembre 10*). Un donante danés tuvo 197 hijos en 14 países: un mercado descontrolado*. https://www.rtve.es/noticias/20251210/donante-danes-197-hijos-14-paises-mercado-descontrolado/16851673.shtml

Tribunal Constitucional del Perú. (2023). *Sentencia Exp. N.º 00882-2023-PA/TC (Caso Ricardo Morán)*. https://www.tc.gob.pe

OTRAS REFERENCIAS WEB Y FUENTES DIGITALES

3Cat. (s. f.). *Vull saber d'on venen els meus gens*. Corporació Catalana de Mitjans Audiovisuals. https://www.3cat.cat/3cat/vull-saber-don-venen-els-meus-gens/noticia/3214364/

Extraordinary Conceptions. (2022). *Padres de intención: descripción general de la subrogación y la donación de óvulos*. https://www.extraconceptions.com/es/intended-parents/

Extraordinary Conceptions. (2022). *Por qué se utiliza un donante de óvulos en la subrogación*. https://www.extraconceptions.com/es/heres-egg-donor-used-surrogacy/

Fertility Argentina. (2022–2023). *Gestación subrogada*. https://espanol.fertilityargentina.com/gestacion-subrogada/

GranChelli. (2016, abril 14). *Conflicto jurídico y sus elementos*. https://granchelli.org/2016/04/14/conflicto-juridico-y-sus-elementos/

La Vanguardia. (2023, marzo 27). *El sueño de las personas y los derechos*. https://www.lavanguardia.com/vivo/tendencias/20230327/8850981/sueno-personas-derechos.html

LP Derecho. (2023). *Voto singular del magistrado Gutiérrez Ticse – Exp. N.º 00882-2023-PA/TC*. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/10/voto-singular-gutierrez-ticse-expediente-00882-2023-PA-TC-LPDerecho.pdf

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (2018). *Decreto Legislativo N.º 1297*. https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/pnaia/pdf/Decreto-Legislativo-1297-para-Proteccion-nna.pdf

Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx

Revista Derecho y Sociedad. (2018). *La maternidad subrogada gestacional altruista en el Perú*. https://revistas.pucp.edu.pe

UDEP Hoy. (2024, julio 2). Escudero López, L. *Urge una regulación que proteja los derechos de los niños y las mujeres*. https://www.udep.edu.pe/hoy/2024/07/dra-maricela-gonzales-urge-una-regulacion-que-proteja-los-derechos-de-los-ninos-y-las-mujeres/

ANEXOS

ANEXO 1 *FORMATO DE GUÍA DE ENTREVISTA*

FORMATO DE GUÍA DE ENTREVISTA			
1. DATOS DEL ENTREVISTADO			
Nombres y apellidos			
Edad			
Correo electrónico			
Grado académico o profesional			
Ocupación laboral			
2. CONSENTIMIENTO INFORMADO			
Esta entrevista forma parte de un estudio de investigación titulado: *"La gestación subrogada no regulada en el Perú y la sobreviniente desprotección de los derechos fundamentales de los niños nacidos por esta vía".* El objetivo principal es Analizar la gestación subrogada no regulada en el Perú y la sobreviniente desprotección de los derechos fundamentales de los niños nacidos por esta vía. De este modo me referiré al consentimiento informado como un proceso mediante el cual se le brinda a usted, como participante, información clara y detallada sobre el estudio, sus objetivos, los procedimientos involucrados y sus derechos como participante. Su participación en esta entrevista es completamente anónima y voluntaria, y puede retirarse en cualquier momento sin consecuencias. Se le proporcionará información sobre el propósito del estudio, los temas que se discutirán, la confidencialidad de sus respuestas y su derecho a abstenerse de responder cualquier pregunta con la que no se sienta cómodo. Antes de comenzar la entrevista, le pediré que confirme su consentimiento para participar de manera escrita y verbal. Si está de acuerdo, procederemos con la entrevista. Si en algún momento decide retirarse o no desea responder alguna pregunta, respetaremos su decisión sin preguntarle el motivo. Después de confirmar su consentimiento verbal, tomaré nota de su aprobación en nuestro registro y procederemos con la entrevista. "Una vez informado sobre los propósitos, objetivos y procedimientos que se llevarán a cabo durante la investigación **AUTORIZO** mi participación en la misma, así como el uso de los datos obtenidos con fines estrictamente académicos e investigativos"			
SI		**NO**	
FIRMA			

3. PREGUNTAS:	
1	**A su criterio ¿Es necesaria la regulación legislativa de la gestación subrogada en el ordenamiento peruano?**

2	**En caso que su respuesta anterior sea positiva. Desde su perspectiva ¿Qué parámetros podrían brindar factibilidad a la pretendida regulación normativa?**
3	**Para usted ¿Cuál es el impacto ante la falta de regulación y su incidencia en la protección de los derechos fundamentales de los niños nacidos por esta vía?**
4	**Desde su perspectiva profesional ¿Cuál es la relación que existe entre el derecho a la dignidad de los niños (concebidos y nacidos) y la maternidad subrogada? Explique las razones de su postura.**

5	**¿Qué opinión le merece la gestación subrogada en relación al derecho a la identidad de los niños (concebidos y nacidos) mediante esta práctica?**
6	**Para usted ¿Esta práctica tiene incidencia en el derecho fundamental a la Libre desarrollo y bienestar de los niños (concebidos y nacidos)?**
7	**¿Considera que exista un nexo entre la gestación subrogada y el derecho fundamental al reconocimiento de la familia de los niños (concebidos y nacidos)?**

8	**¿Qué opinión le merece el tratamiento de la gestación subrogada a nivel internacional en relación a la realidad nacional?**
9	**¿Qué condiciones debería contemplar una regulación adecuada para procurar la protección de los derechos fundamentales de los niños nacidos por gestación subrogada?**
10	**¿Cuáles son las implicaciones éticas de la maternidad subrogada en el contexto cultural y social peruano?**

ANEXO 2 *FICHAS DOCUMENTALES*

FICHAS DOCUMENTALES: CASOS EMBLEMATICOS

FICHA DOCUMENTAL N° 01

EXP. N.º 00882-2023-PA/TC	**Caso Ricardo Morán**
Controversia	El caso se centra en la solicitud de inscripción extemporánea de hijos nacidos mediante maternidad subrogada en Estados Unidos. El interesado acudió al RENIEC el 11 de octubre de 2019 para registrar a sus hijos, pero las resoluciones registrales 109-2021 y 110-2021 declararon improcedente la inscripción, argumentando que la normativa vigente no permite levantar actas de nacimiento con solo los apellidos del padre y sin identificar a la madre. El solicitante presentó recursos de apelación, los cuales también fueron declarados improcedentes. Asimismo, manifiesta que se les ha negado de manera arbitraria el derecho a la nacionalidad peruana a sus hijos, dado que, por ser hijos de un peruano, les corresponde dicha nacionalidad. Sin embargo, RENIEC, basándose en los artículos 20 y 21 del Código Civil de 1984, se niega a inscribirlos, incurriendo en un supuesto de discriminación, ya que una madre puede registrar a su hijo o hija solo con sus apellidos, mientras que un padre no, sin existir razones objetivas y razonables que justifiquen esta diferencia. La controversia principal radica en la negativa a inscribir a los menores, lo que afecta su registro civil, reconocimiento legal y derecho a la nacionalidad.
Fundamentos	1. No se examinan las circunstancias específicas del nacimiento, sino la legalidad de la negativa del RENIEC a inscribir a los menores con solo los apellidos del padre, basándose en normas legales que resultan contrarias a la Constitución. 2. Las reglas que permiten a la madre inscribir a sus hijos sin revelar al padre, pero no permiten lo mismo al padre sin mencionar a la

	madre (artículos 20 y 21 del Código Civil y Ley 28720), generan una desigualdad sin justificación objetiva. 3. Se destacan los derechos a la identidad, al nombre, a la nacionalidad peruana, al interés superior del niño, así como la prohibición de discriminación e igualdad ante la ley. 4. Según el artículo 52 de la Constitución y el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los hijos de peruanos nacidos en el extranjero tienen derecho a la nacionalidad peruana y a ser inscritos inmediatamente. 5. La normativa debería facilitar la inscripción inmediata para garantizar acceso a derechos básicos como salud, educación y reconocimiento legal, no supeditarla a la revelación obligatoria de la identidad del otro progenitor. 6. Inscribir protege el derecho al nombre e identidad; reconocer protege el derecho a la filiación. No se puede exigir la identificación de ambos progenitores para inscribir al menor. 7. La normativa vigente resulta discriminatoria al tratar diferentemente a un padre respecto a una madre para efectos de inscripción, sin razón objetiva y razonable. 8. Ante la falta de regulación clara, el Tribunal extiende el derecho de inscripción con todos los apellidos al padre, equiparándolo a la madre, para garantizar derechos fundamentales. 9. Los menores E.M. y C.M., hijos de padre peruano y nacidos en EE.UU., carecen de DNI peruano y acceso a derechos por la negativa del RENIEC, afectando gravemente su identidad, nacionalidad y derechos conexos. 10. El Estado debe respetar la supremacía constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, eliminando normas que vulneren derechos fundamentales y garantizando la inscripción y nacionalidad de los menores sin discriminación.
Posición	Fallo Final: 1. Se DECLARA fundada la demanda de amparo.

	2. Se ORDENA al RENIEC la inscripción inmediata de los menores E.M. y C.M. con los apellidos de su padre legal y el reconocimiento de su nacionalidad peruana. 3. Se EXHORTA al Congreso de la República a modificar la legislación para equiparar el derecho del padre a inscribir a sus hijos sin revelar el nombre de la madre y establecer mecanismos para que el menor pueda acceder a la identidad del otro progenitor mediante un registro reservado.

FICHA DOCUMENTAL N° 02

EXP. N.º 06374-2016-0-1801-JR-CI-05	**Caso Nieves y Ballesteros**
Controversia	Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, junto con Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco, y los menores L.N.N.R. y C.D.N.R., iniciaron un proceso de amparo contra RENIEC. Tras casarse en 2005 y ante la imposibilidad de embarazo de Ballesteros, recurrieron a la técnica de útero subrogado mediante fecundación in vitro, usando óvulos de donante anónima y el útero de Rojas, con un acuerdo privado. En 2015 nacieron los menores, registrados inicialmente como hijos de Rojas (gestante) y Nieves (padre). Luego, los padres biológicos solicitaron rectificar las partidas para que Nieves y Ballesteros sean reconocidos como padre y madre, pero RENIEC declaró improcedentes ambas solicitudes. La demanda se basa en el derecho a la identidad y el interés superior del niño, argumentando que la filiación registrada no refleja el vínculo genético ni la voluntad real de crianza. RENIEC sostiene que Ballesteros no tiene vínculo biológico y debería optar por la adopción.

	El caso plantea la controversia sobre el reconocimiento legal de la paternidad y maternidad biológicas de los menores frente a la negativa del RENIEC, afectando derechos fundamentales de identidad y filiación.
Fundamentos	1. La demandada RENIEC cuestiona la capacidad de representación legal de los demandantes Aurora Nancy Ballesteros Verau, Francisco David Nieves Reyes y Fausto César Lázaro Salecio respecto a los menores L.N.N.R. y C.D.N.R., alegando ausencia de patria potestad, reconocimiento de paternidad y representación legal conforme a la ley. 2. La excepción de falta de representación se debe analizar judicialmente, pudiendo ordenarse la subsanación o, en caso contrario, declarar nulo el proceso. 3. Aunque en principio los demandantes no tendrían representación legal válida, la negativa del RENIEC genera perjuicio en menores que quedarían sin tutela efectiva, lo que justifica la continuación del proceso. 4. Evelyn Betzabé Rojas Urco, madre gestante, tiene representación legal suficiente para acudir al proceso; sin embargo, no se excluye la posibilidad de que otros co-demandantes también puedan representarlos en amparo. 5. Obligar a agotar la vía administrativa causaría daño irreparable a derechos fundamentales (identidad, interés superior del niño, libre desarrollo de la personalidad, vida privada y derechos reproductivos) debido a la precariedad y vulnerabilidad actual de los menores y demandantes. 6. La inexistencia de regulación administrativa sobre TRA y maternidad subrogada justifica la omisión del agotamiento de la vía administrativa. 7. Los derechos a la identidad e interés superior del niño de los menores, así como derechos fundamentales de los adultos involucrados (libre desarrollo de la personalidad, vida privada,

	derechos sexuales y reproductivos), tienen respaldo constitucional y permiten la vía de amparo. 8. El derecho a la salud reproductiva incluye la libertad de adoptar decisiones informadas sobre métodos asistidos, con acceso a tecnologías médicas, y está vinculado a otros derechos fundamentales. 9. La maternidad subrogada no está prohibida expresamente en la legislación peruana, por lo que su uso se considera legítimo bajo el principio de libertad y presunción de legalidad. 10. El derecho a fundar una familia, como manifestación del libre desarrollo de la personalidad, ampara el uso de técnicas de reproducción asistida y obliga al Estado a reconocer las formas legales válidas de constitución familiar. 11. El interés superior del niño requiere respetar la situación afectiva y la realidad familiar, considerando a Ballesteros como madre legítima por su voluntad procreacional y ejercicio efectivo de cuidados. 12. El derecho a la identidad protege elementos esenciales como el nombre y la filiación, imprescindibles para la individualización legal y el reconocimiento de los vínculos familiares.
Posición	Fallo Final: 1. Se declara FUNDADA la demanda de amparo presentada por las sociedades conyugales y los menores. 2. Se DECLARAN NULAS las resoluciones registrales 299-2016-ORSBORJ y 300-2016-ORSBORJ, así como las actas de nacimiento 30022117908 y 3002217885. 3. Se ORDENA a RENIEC emitir nuevas partidas de nacimiento de los menores L.N.N.R. y C.D.N.R., consignando como padres a Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, con sus respectivos apellidos y demás datos legales, permitiendo a los padres firmar las nuevas partidas.

FICHA DOCUMENTAL N° 03

CAS. Nº 563-2011	**Caso Vittoria Palomino Castro**
Controversia	El recurso de casación fue interpuesto por Isabel Zenaida Castro Muñoz contra la sentencia que confirmó la adopción de la menor Vittoria Palomino Castro (quien sería hija biológica de Isabel y Paúl Frank Palomino Cordero) por Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone. Los adoptantes solicitaron la adopción alegando que la niña les fue entregada provisionalmente por sus padres biológicos desde enero de 2007, basándose en normativa que permite la adopción en casos específicos. Durante el proceso, la madre biológica y el padre registrado reconocieron inicialmente su filiación, pero una prueba de ADN demostró que Giovanni Sansone es el padre biológico real. A pesar de ello, la partida de nacimiento original, que reconoce a Paúl Frank como padre, mantiene validez legal por ser un documento público no anulado judicialmente. Isabel Castro se desistió del proceso, pero su desistimiento fue declarado inválido por defectos formales. El tribunal, aplicando el principio del interés superior del niño, priorizó el derecho de la menor a vivir en familia, considerando la estabilidad, salud y solvencia moral de los adoptantes, sobre el derecho de la madre biológica a dar su consentimiento. La Sala Superior ratificó esta decisión, reiterando que los padres biológicos renunciaron voluntariamente a sus responsabilidades y que la menor está plenamente integrada y acogida en la familia adoptante desde sus primeros días. Además, se destacó que la madre biológica, con consentimiento de su conviviente, aceptó una inseminación artificial con intención particular ajena a la maternidad responsable, lo cual motivó privilegiar el derecho fundamental de la niña a crecer en un ambiente protector y afectivo en lugar del derecho a la patria potestad de sus progenitores biológicos, quienes actuaron con desdén hacia su condición humana.

Fundamentos	1. La recurrente denuncia infracción de normas sustantivas que impiden la adopción entre padres biológicos y cuestiona la legitimidad del parentesco de la demandante con la menor, arguyendo que no existe vínculo consanguíneo real. 2. Se cuestiona la solvencia moral de los adoptantes, alegando que han mentido durante el proceso para quedarse con la menor y que el consentimiento de los padres biológicos no fue válido. 3. Se reconoce que el padre biológico es Giovanni Sansone, probado mediante ADN, pero legalmente el padre inscrito en el acta de nacimiento es Paúl Frank Palomino Cordero, manteniendo su eficacia jurídica mientras no sea anulada judicialmente. 4. El principio del interés superior del niño prevalece sobre otros intereses en conflicto, priorizando el derecho de la menor a vivir en un ambiente familiar estable que asegure su desarrollo integral. 5. Los demandantes y demandados acordaron la fecundación asistida y entrega de la menor mediante un proceso de maternidad subrogada, y la niña se encuentra bajo cuidado ininterrumpido de los adoptantes desde los nueve días de nacida. 6. Informes sociales y psicológicos avalan la adecuada situación familiar y afectiva de la menor con los adoptantes, mientras que los padres biológicos actúan motivados por intereses económicos, incluida la extorsión y manipulación. 7. La falta de vínculos afectivos sólidos entre la madre biológica y la menor justifica priorizar la estabilidad familiar brindada por los adoptantes. 8. La adopción se considera una medida de protección y garantiza la tutela de derechos fundamentales de la niña, en línea con principios constitucionales y tratados internacionales ratificados por el Perú.
Posición	Fallo Final: 1. Se declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Isabel Zenaida Castro Muñoz.

	2. Se CONFIRMA la sentencia que declaró fundada la demanda de adopción de la menor Vittoria Palomino Castro por Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone.

FICHA DOCUMENTAL N° 04

EXP. N.º 10819-2017-0-1801-JR-DC-02	**Caso Trujillo y Delfín**
Controversia	El caso trata sobre la negativa del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) para reconocer plenamente a las dos madres de un niño nacido mediante técnicas de reproducción asistida. Darling Delfín Ponce y Jenny Trujillo Cueva, peruanas casadas en México, tuvieron a su hijo D.A.D.T. en la Ciudad de México en 2014, quien fue inscrito oficialmente reconociendo a ambas como madres. Al regresar a Perú, solicitaron inscribir a su hijo y obtener su DNI, pero el RENIEC rechazó registrar a ambas madres debido a limitaciones del sistema que solo permite registrar a una madre. A pesar de múltiples apelaciones y gestiones, incluida una decisión favorable de la Superintendencia Nacional de Migraciones para la inscripción de D.A.D.T. como hijo peruano nacido en el extranjero con ambas madres registradas, RENIEC continuó negando la emisión de un DNI que reconociera a ambas como madres. Se llegó a un proceso judicial de amparo para que se garantizara el derecho del niño a la identidad y a ser reconocido por ambas madres. El caso refleja la controversia entre un aparente vacío o limitación legal y tecnológica del registro civil frente a la realidad social y familiar generada por las técnicas de reproducción asistida y las nuevas formas familiares. También evidencia la inoperancia de la justicia para resolver oportunamente esta situación jurídica,

	afectando derechos fundamentales del niño a la identidad y de las madres a la igualdad y reconocimiento. En esencia, el caso pone en evidencia el desafío jurídico y administrativo para reconocer legalmente las familias formadas mediante técnicas de reproducción asistida, priorizando el interés superior del niño y el respeto a su identidad, y obliga al Estado a adecuar sus sistemas para proteger derechos fundamentales en contextos familiares contemporáneos.
Fundamentos	1. Se reconoce como derecho fundamental la igualdad ante la ley, prohibiéndose la discriminación por cualquier motivo, incluyendo la orientación sexual y configuración familiar, amparado en la Constitución y tratados internacionales. 2. La familia es protegida especialmente por la Constitución, no limitada a un modelo tradicional, sino entendida en sentido amplio, conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Principios de Yogyakarta. 3. El Estado tiene el deber de proteger y fortalecer el núcleo familiar, garantizando la protección integral y el interés superior del niño, principio transversal que debe aplicar toda institución pública o privada. 4. En este caso, se evidencia una omisión del RENIEC al no inscribir en el DNI del menor D.A.D.T. a ambas madres, pese a que la Superintendencia Nacional de Migraciones reconoció a las dos mujeres como madres en un acto administrativo no cuestionado. 5. La negativa de RENIEC vulnera el derecho a la identidad y el interés superior del niño, ya que la doble filiación materna no está excluida en el derecho nacional y su omisión genera una situación de extrema vulnerabilidad para el menor. 6. El principio del interés superior del niño implica que toda decisión que le afecte debe ponderar y priorizar sus derechos y

	desarrollo integral, obligación que RENIEC no cumplió al negar la inscripción correspondiente. 7. La falta de inscripción de ambas madres afecta derechos conexos del niño, como sucesorios, derecho a alimentos, consentimiento médico y acceso a la educación, entre otros. 8. No se identificó relación objetiva entre otras pretensiones y lo solicitado, por lo que fueron declaradas improcedentes.
Posición	Fallo Final: 1. Se declara FUNDADA EN PARTE la demanda de Jenny Victoria Trujillo Cueva y Darling Yvone Delfín Ponce. 2. Se ORDENA a RENIEC inscribir en el DNI del menor D.A.D.T. a ambas madres, reconociendo su filiación. (No como segunda madre sino en el apartado de observaciones) 3. Se EXHORTA a RENIEC a considerar siempre el interés superior del niño al emitir actos administrativos que puedan afectar derechos fundamentales de menores. 4. Se DECLARA INFUNDADA la demanda en lo demás planteado.
Actualización del Caso	• Primera instancia: El Segundo Juzgado Constitucional de Lima emitió una sentencia el 12 de octubre de 2021 que ordenaba al RENIEC inscribir a ambas madres en el DNI del menor D.A.D.T., reconociendo su filiación. • Impugnación en segunda instancia: El 10 de octubre de 2022 la Segunda Sala Constitucional de Lima revocó la sentencia de primera instancia, declarando improcedente la demanda, argumentando que el reconocimiento legal de la doble maternidad requeriría una reforma constitucional. • Recurso ante el Tribunal Constitucional: El 17 de octubre de 2022 las madres interpusieron un recurso de agravio constitucional que aún se encuentra en trámite en el Tribunal Constitucional del Perú. • Presentación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): Paralelamente, y antes de la resolución de

	segunda instancia, las madres acudieron a la CIDH buscando que se garantice plenamente el reconocimiento de ambas como progenitoras legales del menor, evidenciando la impugnación internacional por la demora e incapacidad del Estado peruano para proteger sus derechos. • Admisión del caso en la CIDH: El 7 noviembre 2024 fue admitida en parte la petición de las interesadas. Actualmente en revisión.

FICHA DOCUMENTAL N° 05

EXP. N.º 06374-2016-0-1801-JR-CI-05	**Caso Esposos Chilenos**
Controversia	La pareja chilena Rosario Madueño Atalaya y Jorge Tovar Pérez ante la Sala Penal del Callao gira en torno al uso de la técnica de gestación por sustitución, conocida también como vientre subrogado. Ante la imposibilidad de concebir hijos de forma natural, la pareja decidió recurrir a esta técnica en Perú, acordando con una mujer peruana que accedió a gestar a sus mellizos mediante la implantación de embriones creados con los gametos del señor Tovar y una donante anónima de óvulos. Los niños nacieron en julio de 2018 en Lima. Al intentar salir del país con sus hijos, la pareja fue detenida en el aeropuerto Jorge Chávez bajo la acusación de trata de personas y venta de menores, argumentando que la inscripción y documentos de los niños serían falsos. El caso plantea la controversia sobre el reconocimiento legal de la paternidad y maternidad biológicas de los menores frente a la negativa del RENIEC, afectando derechos fundamentales de identidad y filiación.
Fundamentos	1. La maternidad subrogada y las técnicas de reproducción asistida (TRA) no están reguladas expresamente en el ordenamiento

	peruano, generando un vacío legal que dificulta el reconocimiento y protección jurídica de las familias formadas mediante estas técnicas. 2. El derecho a la salud reproductiva, la autodeterminación, la privacidad y el derecho a fundar una familia están protegidos bajo la Constitución, tratados internacionales y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en especial la sentencia Artavia Murillo vs. Costa Rica). 3. Al no existir prohibición ni regulación específica, se aplica el principio constitucional que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que no prohíbe, validando los acuerdos celebrados en procesos de maternidad subrogada. 4. Los derechos fundamentales del niño, como el interés superior del niño y el derecho a la identidad, son prioritarios y deben ser protegidos en todo procedimiento que involucre su filiación y registro civil. 5. La inscripción de nacimientos debe respetar la dignidad del niño, reflejando fielmente su realidad familiar, incluyendo la figura de la madre gestante y los padres intencionales cuando correspondan, para garantizar la estabilidad y protección integral del menor. 6. En casos de conflicto entre normas internas y actos jurídicos generados en el ámbito privado o internacional sobre maternidad subrogada, se deben ponderar los derechos de la menor y la voluntad procreacional en un enfoque garantista. 7. La ausencia de regulación específica no puede ser argumento para negar la inscripción registral o la protección de derechos, más aún cuando la gestación subrogada implica técnicas de reproducción humana asistida (TRA) amparadas por derechos humanos
Posición	Consecuencias relevantes: 1. Tras una larga investigación, se probó mediante prueba de ADN que Jorge Tovar era el padre biológico de los niños, lo que llevó a la revocación de la prisión preventiva y su excarcelación.

	2. La pareja vivió un proceso prolongado de incertidumbre jurídica, afectando su vida familiar y personal, y evidenciando la vulnerabilidad de personas que utilizan técnicas de reproducción asistida en contextos legales no regulados. 3. Se evidenció el vacío legal en Perú frente a la maternidad subrogada y TRA, donde no existe una regulación clara que proteja legalmente esta práctica y las familias resultantes. 4. El caso marcó la necesidad urgente de crear un marco normativo que regule la gestación por sustitución para proteger derechos fundamentales como la filiación, identidad y autonomía reproductiva. 5. Se confirmó la aplicabilidad del principio constitucional de legalidad y protección de derechos humanos, en especial el derecho a fundar una familia y la protección integral del menor. 6. El caso sentó un precedente en tribunales peruanos para la interpretación abierta y garantista de derechos reproductivos y familiares, reconociendo las realidades sociales derivadas de las TRA. 7. Las decisiones judiciales enfatizaron la prioridad del interés superior del niño y la estabilidad familiar, incluso frente a limitaciones regulatorias y controversias administrativas. 8. Se reforzó la obligación del Estado de adaptar sus sistemas legales para brindar seguridad jurídica a las familias creadas mediante técnicas modernas de reproducción.

FICHA DOCUMENTAL N° 06

CAS. N° 4323-2010	**Caso PRANOR SRL**
Controversia	El recurso de casación fue interpuesto por PRANOR SRL, un instituto de ginecología y reproducción especializado en fertilidad asistida,

	contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Lima del 31 de agosto de 2010. Esta sentencia había revocado una resolución anterior que declaró infundada la demanda de nulidad de acto jurídico, reformándola para declarar la nulidad La controversia se centra en el uso de TRA, concretamente en la ovodonación. PRANOR SRL argumenta que la sala inferior cometió errores graves al fundamentar su decisión en una interpretación incorrecta y falsa del artículo 7 de la Ley General de Salud (Ley N.º 26842, 1997) al afirmar que esta norma prohibía la ovodonación. La empresa sostiene que dicha técnica no está prohibida ni en el Perú ni en ningún otro país, y que la ley debería interpretarse de forma sistemática, ya que el artículo en cuestión se refiere exclusivamente a la prohibición del "vientre de alquiler", es decir, que la madre genética y la madre gestante sean la misma persona, y no a la ovodonación. Asimismo, PRANOR sostiene que la Sala erró al considerar que la cláusula cuatro del convenio autorizaba un procedimiento contrario al orden público, cuando en realidad no existe ninguna prohibición explícita sobre la ovodonación en la Ley General de Salud (Ley N.º 26842, 1997) ni en la legislación peruana. Por estas razones, la Sala Suprema declaró procedente el recurso de casación el 31 de marzo de 2011, por infracción normativa procesal (falta de adecuada motivación) y por interpretación errónea de la ley.
Fundamentos	1. Se analiza primero la procedencia del recurso, determinando que si existe una infracción al debido proceso (error in procedendo), no procede abordar la causal sustantiva. 2. La infracción procesal puede provocar nulidad del acto procesal si afecta garantías del debido proceso, siendo obligatorio que los actos judiciales cumplan con normas procesales de cumplimiento estricto. 3. La sentencia recurrida declaró fundada la demanda considerando que la técnica de reproducción asistida aplicada (fecundación in vitro con ovodonación) contradecía el artículo 7 de la Ley General de Salud (Ley N.º 26842, 1997).

	4. Se evalúa la denuncia por falta de motivación en la sentencia, concluyéndose que hubo suficiente fundamentación y que la crítica se orienta al fondo del asunto, por lo que esta causal es infundada. 5. Sobre la interpretación del artículo 7 de la Ley 26842, se precisa que las técnicas de reproducción asistida están admitidas, siempre que madre genética y gestante sean la misma persona; la ovodonación no está prohibida expresamente, lo que constituye un vacío legal y no una ilicitud. 6. Se destaca el principio jurídico constitucional de que "todo lo que no está prohibido está permitido", aplicable a la ovodonación, evitando interpretaciones restrictivas no expresamente establecidas en norma. 7. Los documentos firmados por las partes que autorizan la fecundación in vitro con ovodonación son válidos y evidencian consentimiento previo y voluntario. 8. Se subraya la protección jurídica de la niña nacida, amparada en normas nacionales e internacionales sobre derechos del niño y principio del interés superior del niño.
Posición	Fallo Final: 1. Se declara FUNDADO el recurso de casación interpuesto por PRANOR SRL; se anula la sentencia de vista que revocó la apelada; en sede de instancia se CONFIRMA la sentencia apelada que declaró infundada la demanda de nulidad del acto jurídico. 2. Este fallo es trascendente para la jurisprudencia al reconocer la admisión tácita de técnicas de reproducción asistida, proteger derechos fundamentales de los involucrados (especialmente del niño nacido), y reafirmar el deber del Estado de garantizar el debido proceso y una interpretación jurídica conforme a principios constitucionales y de derechos humanos.