



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

**FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

La maternidad subrogada y la vulneración del interés superior del niño

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

Abogado

AUTOR:

Cole Villanueva, Ronald Erick (orcid.org/0009-0004-6459-8184)

ASESOR:

Dr. Matienzo Mendoza, Jhon Elionel (orcid.org/0000-0002-2256-8831)

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

Derecho de Familia, Derechos Reales, Contratos y Responsabilidad
Civil Contractual y Extracontractual y Resolución de Conflictos

LÍNEA DE RESPONSABILIDAD SOCIAL UNIVESITARIA:

Promoción de la salud, nutrición y salud alimentaria

**TRUJILLO- PERÚ
2014**

DEDICATORIA

Las dedicatorias tienen relevancia cuando existen personas muy queridas a quienes ofrecérselas y en definitiva tengo que dedicarle el presente trabajo a mi querido hijo “Gabriel” y a mi amada esposa “Raynel”; así como también a mi madre “Lida” y a mi añorada mami “Lida”.

Dios me obsequia esta indescriptible alegría y oportunidad de ofrecerles algo a mis seres queridos, y aunque yo considero que no es suficiente, lo ofrezco de corazón.

Por último dejo a disposición el presente trabajo de investigación, análisis y fundamentos a toda persona que considere de utilidad para un mejor desarrollo del mismo.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mi madre, abuela y hermanos por todo el apoyo moral, económico y la paciencia otorgada; en ver como de a pocos se iba logrando el presente objetivo. Dios esta íntegramente presente en este trabajo a quien también le agradezco enormemente, dado que sin él no hubiese encontrado la perseverancia para haber alcanzado el objetivo final.

Agradezco también a toda la plana de excelentes catedráticos que supieron inspirar y acrecentar mi amor por esta noble profesión; y, en especial a mi asesor por poseer la gran sabiduría y tolerancia, cuyo esfuerzo se ve también plasmado en la presente tesis.

DECLARATORIA DE AUTENTICIDAD DEL ASESOR



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

**FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

Declaratoria de Autenticidad del Asesor

Yo, , docente de la FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES de la escuela profesional de DERECHO de la UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO SAC - TRUJILLO, asesor de Tesis titulada: "La maternidad subrogada y la vulneración del interés superior del niño", cuyo autor es COLE VILLANUEVA RONALD ERICK, constato que la investigación tiene un índice de similitud de 18%, verificable en el reporte de originalidad del programa Turnitin, el cual ha sido realizado sin filtros, ni exclusiones.

He revisado dicho reporte y concluyo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio. A mi leal saber y entender la Tesis cumple con todas las normas para el uso de citas y referencias establecidas por la Universidad César Vallejo.

En tal sentido, asumo la responsabilidad que corresponda ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión tanto de los documentos como de información aportada, por lo cual me someto a lo dispuesto en las normas académicas vigentes de la Universidad César Vallejo.

TRUJILLO, 02 de Julio del 2024

Apellidos y Nombres del Asesor:	Firma
MATIENZO MENDOZA JHON ELIONEL DNI: 40233048 ORCID: 0000-0002-2256-8831	Firmado electrónicamente por: JMATIENZOM el 02- 07-2024 20:48:49

Código documento Trilce: TRILCE - 0733212

DECLARATORIA DE ORIGINALIDAD DEL AUTOR



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

Declaratoria de Originalidad del Autor

Yo, COLE VILLANUEVA RONALD ERICK estudiante de la FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES de la escuela profesional de DERECHO de la UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO SAC - TRUJILLO, declaro bajo juramento que todos los datos e información que acompañan la Tesis titulada: "La maternidad subrogada y la vulneración del interés superior del niño", es de mi autoría, por lo tanto, declaro que la Tesis:

1. No ha sido plagiada ni total, ni parcialmente.
2. He mencionado todas las fuentes empleadas, identificando correctamente toda cita textual o de paráfrasis proveniente de otras fuentes.
3. No ha sido publicada, ni presentada anteriormente para la obtención de otro grado académico o título profesional.
4. Los datos presentados en los resultados no han sido falseados, ni duplicados, ni copiados.

En tal sentido asumo la responsabilidad que corresponda ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión tanto de los documentos como de la información aportada, por lo cual me someto a lo dispuesto en las normas académicas vigentes de la Universidad César Vallejo.

Nombres y Apellidos	Firma
COLE VILLANUEVA RONALD ERICK DNI: 41451486 ORCID: 0009-0004-6459-8184	Firmado electrónicamente por: ECOLEV el 02-07-2024 20:46:27

Código documento Trilce: INV - 1616343

ÍNDICE DE CONTENIDOS

CARÁTULA.....	i
DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
DECLARATORIA DE AUTENTICIDAD DEL ASESOR	iv
DECLARATORIA DE ORIGINALIDAD DEL AUTOR	v
ÍNDICE DE CONTENIDOS	vi
RESUMEN.....	vii
ABSTRACT.....	viii
I. INTRODUCCIÓN	1
II. MARCO TEÓRICO	5
III. METODOLOGÍA.....	15
3.1. Tipo y diseño de investigación.....	15
3.2 Operacionalización	16
3.3 Población y muestra	17
3.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad	17
3.5 Métodos de análisis de datos.....	18
3.6 Aspectos éticos	18
IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN	19
V. CONCLUSIONES	38
REFERENCIAS.....	41
ANEXOS:.....	42

RESUMEN

El cambio constante de la sociedad hace que repensemos el derecho desde la perspectiva del análisis cultural, teniendo en consideración puntos de vista que se relacionen en la protección de derechos consagrados en el marco constitucional, y de esta forma acompañarlo con ciencias alternas que permitan analizar, contrastar y efectivizar con la finalidad de orientar, regular y proteger los nuevos estilos de vida que han ido tornado acorde con la realidad social, como la maternidad subrogada.

La maternidad subrogada, como técnica de reproducción asistida, no garantiza la satisfacción de intereses colectivos sino de intereses particulares que se orientan a la paz social desde la perspectiva de beneficiar a las poblaciones afectada, y lograr la procreación, como un factor de vida dentro del desarrollo de la familia, protegiendo derechos de ella, así como del menor, como el interés superior del niño.

Teniendo para tal fin, una investigación de naturaleza mixta, donde el recabado de información se ha realizado teniendo en cuenta el contexto cuantitativo como cualitativo, de igual forma se ha determinado los aportes desde el derecho comparado como describir y discutir los resultados y concluir que la regulación de las técnicas de reproducción asistida como la maternidad subrogada garantizan en parte la protección del principio del interés superior del niño, ya que, cómo puede advertirse la necesidad por legislar cada aspecto de la vida hace que se generen encuentros y desencuentros con la realidad, que hace prevalecer el respeto de los derechos sobre los marcos jurídicos de protección civil, como los contratos entre la familia portadora y la familia donante.

Palabras clave: maternidad subrogada, principio del interés superior del niño, España, TERAS.

ABSTRACT

Our society is constantly changing and the dialectic of law must be in accordance with it, creating new structures and legal theories, with the aim of avoiding the violation of rights enshrined in our legal system, accompanied by alternative sciences such as medicine, genetics and structures in force of law compared with the purpose of replicating in our country those models that have been sustained in a society like ours and in time.

In this context we find surrogate motherhood that is a practice that has not guaranteed the satisfaction of the particular interests of the beneficiary populations, as well as the responsibility that is generated by the malpractice of this technique of assisted reproduction.

For this purpose, a research of mixed nature, where the collection of information has been made taking into account the quantitative context as a qualitative, likewise has been determined contributions from comparative law as describing and discuss the results and conclude that the regulation of assisted reproductive techniques such as surrogate maternity guarantee in part the protection of the principle of the best interests of the child, since, as can be seen the need to legislate every aspect of life causes encounter and disagreements with reality, which prevails respect for rights over legal frameworks of civil protection, such as contracts between the carrier family and the donor family.

Keywords: surrogate motherhood, principle of the best interests of the child, Spain, TERAS.

I. INTRODUCCIÓN

Partiendo del constructo jurídico que la sociedad es cambiante, el derecho debe estar acorde con la realidad, es por ello que debe asemejarse con nuestras estructuras y formas jurídicas para proteger de forma eficaz y efectiva a la persona, acatando los derechos fundamentales y la estructura del Estado a partir del reconocimiento de las responsabilidades y ejercicio de las libertades, replicando las experiencias exitosas en nuestro país acorde con las necesidades y perspectivas propias de la realidad local.

En estos nuevos conceptos sociales, encontramos a la maternidad subrogada que es considerada como un método de reproducción asistida que no ha logrado beneficiar directamente a las personas, sino que ha acrecentado los vacíos normativos y prácticas contractuales con fines ilícitos dentro de la sociedad, donde no se respetan los acuerdos y las prácticas como la filiación y el reconocimiento se convierten en prácticas arbitrarias y diarias.

Esta necesidad hace que analicemos la problemática del presente trabajo desde el punto de vista de su vinculación con otras ciencias, como la medicina, la economía, la genética y hasta la política para proteger adecuadamente los derechos de la persona entorno al avance científico y a la creación de nuevos saberes para entender la problemática y buscar una solución acorde con la realidad, y el derecho por ser considerado como una estructura particular práctica en la toma de decisiones un factor determinante para vincularlo con la protección de marcos jurídicos sostenibles y efectivos.

La naturaleza de las técnicas de reproducción asistida, tienen una data histórica muy importante por combatir un problema como la infertilidad, es por ello que son consideradas como métodos técnicos que combaten la esterilidad, así también son considerados como procesos que se orientan a suplir la función de los aparatos destinados a la procreación, teniendo una función detransformación y/o sustitución de procesos llevados a cabo dentro de los

órganos humanos mediante manipulación genética, en ese sentido encontramos con técnicas de reproducción a la in vitro así como la inseminación artificial.

Siguiendo con el estudio realizado por Varsi (2001), manifiesta que el derecho genético se centra en el desarrollo de la ciencia genética y su influencia en el desarrollo del individuo, brindando protección especial y seguridad jurídica dentro de las relaciones sociales, derivando un desarrollo genético acorde con la realidad existencial de cada caso en particular.

Es por ello, que la maternidad subrogada o vientre en alquiler ha cambiado la orientación de bases destinadas a la coordinación entre seres dentro del ámbito socio familiar, cambiando el orden y secuencia de estamentos jurídicos destinados a la protección de la familia, como el matrimonio y la filiación. Así esta técnica de reproducción asistida se convierte en una forma de procreación fuera del vientre de la mujer que forma el matrimonio por un intercambio económico, es decir, a cambio de un monto determinado de dinero que no se encuentra regulado dentro del comercio de los hombres. Asimismo debe mencionarse que no se encuentra un marco legal de regulación específica dentro de nuestro ordenamiento jurídico nacional, ni en materia genética como tampoco la relación de las técnicas de reproducción asistida en la sociedad o atenuación de sus efectos, el único acercamiento de un marco jurídico lo encontramos en el artículo 7 de la Ley N° 29842 – Ley General de Salud, donde se establece que ante la infertilidad de las personas pueden recurrir a las vías que sean necesarias para buscar las formas de procreación idóneas para concebir a un hijo que conlleve, con el requisito de que madre genética y gestante sean la misma persona, para la ejecución de la técnica de reproducción asistida se necesita la aprobación informado y previo de los padres biológicos, de igual forma se prohíben la fecundación de óvulos humanos con fines contrarios a la procreación, tal como la clonación o manipulación genética. Por su parte la Ley General de Salud, no ha hecho hincapié en la posición de la madre sustituta dentro de la conducción de

maternidad subrogada, que debe ser entendida como aquella persona que se somete a la inseminación artificial con el material genético de los padres con el compromiso de entregar al niño (a) al momento de nacer, debemos comprender que este acuerdo no se encuentra regulado, y al no encontrarse dentro de un marco regulatorio sancionatorio tampoco es delito o falta, evidenciando un vacío normativo.

La posición que marcaremos en el transcurso del presente investigación es aclarar si a partir de este vacío normativo o falta de regulación específica se vulnera el principio del interés superior del niño. Así mismo, el Estado tampoco ha implementado una política acorde con la procreación, como si lo ha realizado en el control de la natalidad, específicamente en la sanidad pública.

Un tema no tan alejado de la realidad es el actuar de las empresas privadas destinadas a la procreación, la jurisprudencia nacional como internacional, hasta que no exista un proceso de sanción específica se puede contratar bajo el supuesto de determinar que lo que no se encuentra prohibido se encuentra permitido, pero las relaciones fuera del marco legal generan conflictos interpersonales que conllevan problemas de índole social, político, económico y jurídico, siendo otra problemática dentro del proceso de maternidad subrogada la determinación de responsables y la sanción frente al incumplimiento de las obligaciones, tanto de la entrega del menor recién nacido como el pago correspondiente brindado por la madre portadora.

Debe entenderse que la vulneración de derecho por esta técnica de reproducción asistida pueda observarse en el ámbito familiar (derecho patrimoniales) y en el ámbito personal, exclusivamente en la vulneración de derechos del menor, tales como la vida, la integridad física, la salud afectando directamente el principio del interés superior del niño, que se encuentra regulado en el marco internacional como nacional. El propósito de la presente labor de indagación, es resolver a partir de la revisión de la doctrina y derecho comparado, si la ausencia de legislación específica de la maternidad subrogada trae consigo la violación del principio del interés superior del niño,

entendiendo a este como un individuo que merece una atención integral, protección de sus derechos fundamentales amparados por nuestra Constitución como los Tratados Internacionales.

II. MARCO TEÓRICO

1. MATERNIDAD SUBROGADA

Es importante determinar aquellos aspectos que diferencian la maternidad subrogada de la concepción natural.

LA CADENA, J (2009) manifiesta que el desarrollo del ser humano, es desde la fecundación del espermatozoide en el óvulo y forma el cigoto, con la finalidad de sea adherido en el útero de la madre. Es por ello que desde una perspectiva genética se menciona que el proceso de la gestación es el resultado del coito entre el hombre y la mujer cuya finalidad es procrear, pero la diferencia con la procreación asistida hace que surjan diferencias entre reproducción y sexualidad, además dicho acto íntimo entre dos personas se deja en un segundo plano para dar paso a la participación de terceros en el curso de la procreación.

Por su parte la ciencia médica, entiende a la maternidad como aquella explicación que nace por el desarrollo de un óvulo a partir de la genética de la madre, de igual forma hace una diferenciación entre maternidad gestacional que se dá durante la etapa de la gestación.

Asimismo, en palabras de Varsi Rospigliosi (2001), la maternidad subrogada es considerada como aquella práctica mediante el cual una pareja o una persona, encarga la gestación de un niño a una mujer, comprometiéndose esta última a entregarlo al momento de nacer.

Para Varsi Rospigliosi (2001) se admiten cuatro formas de maternidad subrogada reconocida jurídicamente:

- Madre portadora: se refiere a la mujer que produce sus gametos femeninos pero tiene una insuficiencia ya sea física que impide incubar adecuadamente, es por ello que necesita la intervención de una tercera persona para continuar con la labor biológica. Es decir, se trata de un caso de préstamo de útero, la cual es conocida también como una maternidad

parcial; en la que se produce una trigeneración humana, donde el hombre aporte el espermatozoide, la mujer el óvulo y la otra mujer es la gestante, y en algunos puntos de la doctrina es considerada como la tercera interviniente.

- **Madre sustituta:** este caso apunta a aquella mujer que no puede gestar y tampoco puede generar óvulos, por tanto posee un problema tanto en la producción de óvulo como en su cavidad uterina para albergar al cigoto producto de la fecundación y continuar con el proceso de gestación. En este caso se produce la pregeneración, donde interviene el material genético del esposo y se insemina en la otra mujer, que albergará al menor.
- **Ovodonación:** en este caso la mujer no produce sus gametos (óvulos) pero si puede concebir, es por ello que requiere de una tercera mujer que done sus óvulos para que sean fecundados con el espermatozoide del su esposo e implantados en su útero, produciéndose también una trigeneración humana.
- **Embriodonación:** este caso se produce cuando existe infertilidad completa por parte de la pareja, es decir, que la mujer no produce óvulos y tampoco puede gestar, produciéndose una deficiencia uterina y ovárica, y por otro lado el hombre es estéril, es por ello que se necesita la intervención de un hombre que done espermatozoides, luego estos deben ser fecundados por una tercera mujer que acepte dicha obligación y luego se implanten en su útero para terminar con el proceso de gestación. Este caso es considerado en la doctrina como multigeneración humana, donde existen dos personas alternas a la pareja que aportan material genético que deberá adherirse en el útero de una tercera mujer, el problema jurídico principal es que la maternidad y/o paternidad no le pertenece a la pareja.

La definición de maternidad subrogada comenzó en los años 70, y en esa fecha han nacido múltiples denominaciones, tales como vientre en alquiler, alquiler, arriendo, donación temporal de útero, gestación por cuenta de otro, gestación subrogada, gestación por sustitución, demás denominaciones que cambian de acuerdo a la ideología y concepción de la maternidad.

2. DEFINICION DE SUBROGACIÓN

El término subrogar en términos generales implica reemplazar o colocar a un individuo u objeto en lugar de otra, entendido como aquel reemplazo o cambio de lugar de un objeto o una persona con la finalidad que cumpla con funciones determinadas desplazando a aquellos que intervinieron anteriormente.

Para VASQUEZ (2014) entiende a la subrogación como un negocio jurídico, donde una persona interviene en lugar de otra en una obligación que le corresponde a la persona originaria, considerando que dicha subrogación o cambio puede darse en cualquiera de las partes del contrato, como acreedor como deudor, pudiendo subrogarse en cualquier posición contractual.

Siendo, así Varsi (2001) menciona que podemos entender a la subrogación gestacional o maternidad subrogada como aquel procedimiento, mediante el cual se sacan gametos femeninos de la madre o de un banco de donación y se mezclan con los gametos masculinos del padre en un desarrollo in vitro, trasladando al embrión a un útero subrogado cuando el ovulo es fecundado. Asimismo cabe mencionar que la madre que culmina el proceso de embarazo no posee ningún vínculo genético con el producto. Este proceso requiere de distintos parámetros, siendo de carácter obligatorio la existencia del amparo legal y recursos suficientes para pagar dicho proceso.

3. FILIACION EN LA MATERNIDAD SUBROGADA

El concepto de filiación es básico en las sociedades organizadas por parentesco, siempre que se permita conocer a los integrantes involucrados por lazos filiales sobre su parentesco con el objetivo de saber su procedencia biológica. Mientras que hoy en día discutir de filiación bajo la figura de familia y tecnología es materia de otro ámbito, en el que el derecho tiene un rol preponderante al encontrarse frente al uso de las TERAS y el tema de maternidad subrogada (Martinez, 1986).

De la misma forma se puede examinar el alcance de las relaciones de filiación ligadas a estos procedimientos. En donde coito se ve desplazada de la procreación, ya que los procedimientos de fecundación se realizan fuera del vientre de la esposa, se realiza en un laboratorio, se selecciona los óvulos (no de forma natural sino de forma mecánica), asimismo debe entenderse que la problemática jurídica surge cuando intervienen terceras personas que donan su material genético donde la maternidad y/o paternidad es una discusión vigente para regular adecuadamente el proceso de filiación y proteger adecuadamente los derechos de la familia como el principio del interés superior del niño. Actualmente el pensamiento de que una mujer no puede ser madre y que la causante es la esterilidad ha quedado aislado en el tiempo, puesto que gracias a las nuevas tecnologías reproductivas se puede vencer la esterilidad.

Asimismo, menciona Fernández (2010) que se distingue tipos de filiación:

- Filiación Biológica, referido al hecho natural causado por la reproducción humana.
- Filiación Jurídica, en el contexto del Derecho se refiere al vínculo jurídico constituido por la ley siendo importante establecer el estatuto que regirá el estado jurídico de las personas, la que tiene las siguientes consecuencias lógicas:
 - a. Atiende solamente a las normas jurídicas, tanto legales como jurisdiccionales; esto significa que constituyen supuestos normativos

que hacen operar las normas del estatuto de ciertos deberes y derechos de los involucrados.

- b. Se trata de una atribución normativa.
 - c. Puede ir en contra de la filiación biológica
 - d. Puede tratarse que alguien legalmente no tenga filiación, ya sea por abandono o encontrarse al cuidado de ellas.
- Filiación por adopción, este tipo de filiación se encuentra enmarcado dentro de la filiación jurídica o legal por la cual una persona o pareja decide adoptar y constituirla en hijo. En esta forma de filiación es necesario que se analice como es la que nace a consecuencia de la maternidad subrogada.

4. PRINCIPIOS BASICOS DE LA FILIACIÓN

Según López (1994), la filiación puede ser analizada de diferentes perspectivas respecto al caso en concreto, es por ello que esta tiene principios establecidos como institución jurídica, tales como:

- Igualdad de todos los hijos: en este precepto jurídico debe entender que se refiere a que todos los hijos que se tengan deben ser tratados de la misma manera, sin discriminación alguna, indistintamente a las circunstancias de su concepción y procreación, haciendo hincapié al empleo de métodos de fertilización e intervención de terceros los cuales pueden ser realizados ya sean dentro o fuera del matrimonio.
- Supremacía del interés del niño: el niño que ha sido concebido es considerado sujeto de derecho, por tanto existe una debida protección por el Estado el que debe hacer que se respeten los derechos que este posee; asimismo debe velar su bienestar y desarrollo de manera íntegra.
- Derecho a la identidad: es el derecho a saber su principio biológico, en el que a partir de este principio nace la probabilidad de indagar la paternidad y maternidad.

Asimismo encontramos la protección del derecho a la intimidad el cual corresponde a lo siguiente:

- Del donante, se protege a este sujeto ya que las demás personas intervinientes en el proceso no deben saber quién fue la persona que aportó su material genético que originó la procreación, ya que esta relación se configura como punto de desvinculación, porque el donante solo aporta y no participa en ningún otro momento.
- De la pareja que aceptó la Técnica de Reproducción Asistida, ya que al develar el origen del donante traería consigo que se evidencie la falta de condiciones de los padres para concebir, es por ello que sería necesario reservar dichos datos por ser de carácter privado, implicaría también develar al menor que solo uno de sus padres aportó genéticamente a su procreación.

Es así que todos estos argumentos tienen como finalidad proteger el anonimato del donante y los intereses de los padres antes que el de los hijos, es por ello que es refutable y duramente cuestionado puesto que lo prima es resguardar el interés superior del hijo, quién se encuentra desprotegido en este tipo de relación; teniendo en cuenta que uno de los derechos fundamentales que tiene el individuo es conocer el origen que uno posee, por tanto existen razones más que suficientes para refutar el anonimato de los donantes en el proceso de las técnicas de reproducción asistida.

5. DERECHO DE CONCEBIR Y SU VINCULACION CON LA MATERNIDAD SUBROGADA

Según Mosquera (1995), concebir integra los derechos de la segunda generación, enmarcados en el principio de independencia, donde se agrupan

los derechos sexuales y reproductivos que se encuentran contemplados en la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo de 1994. En donde se tiene como fundamento principal el derecho a procrear y es que este método ha sido protegida precisamente en torno al derecho que posee la persona de procrear considerada como la capacidad de tener un hijo cuando le plazca, como se quiera y a través de diversas técnicas o condiciones.

6. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Si bien es cierto, muchos especialistas en materia biogenética cuestionan la maternidad subroga, existen también argumentos a favor de la misma los cuales no se basan estrictamente en el derecho a elegir la forma de poder concebir un hijo sino en esgrimir las críticas morales y los prejuicios que se tiene, aún más cuando nos encontramos en un mundo cambiante que evoluciona mediante la tecnología (Varsi, 2001).

Por tanto, según CAMACHO asegura que la maternidad subrogada es un ejercicio fundado en el libre juicio de adultos, los cuales desempeñan sus derechos sin dañar a terceros razón, en el que todos los intervinientes se benefician de esta manera en la que el niño que se concibe de dicho acuerdo recibe a una familia que lo acoge con mucho amor y lo desea intensamente, quienes cuidan de su bienestar y desarrollo, mientras que por otro lado la mujer portadora satisface sus anhelos de cooperar con otras personas y generalmente obtener un beneficio económico.

Asimismo, es importante determinar que de los análisis sobre niños y familias que tienen hijos mediante esta particularidad de maternidad subrogada no presentan problemas psicológicos que aseguran los críticos. Es por ello que el Estado debe resguardar a la familia que adopto someterse a dicha modalidad, sobre todo a la mujer sustituta puesto que en la mayoría de casos no cuenta con un abogado o quien resguarde sus intereses e informe los derechos que posee bajo tal modalidad y los derechos del niño por nacer quienes merece un cuidado especial.

7. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Según CAMACHO valen reunirse en siete planteos que son los siguientes:

1. La maternidad subrogada desnaturaliza el proceso natural de la maternidad y es inaceptable moralmente. Este es uno de los argumentos más frecuentes y conservadores, en el que se puede hacer mención al “mito de la naturalidad” ya que se tiene la visión de que en la familia todo debe ser natural, puro y sobre todo bueno, asimismo creen que cada uno de los integrantes de la familia cumple una determinada función y aquellas épocas fueron mucho mejores que las de ahora, puesto que hoy en día a través de los avances de la tecnología se está desnaturalizando y degenerando los procesos naturales.
2. La utilización del cuerpo de una mujer como un medio para producir hijos es inaceptable moral y socialmente.
Este argumento es criticado por las corrientes feministas, quienes consideran que la idea central de la maternidad subrogada es la utilización de la sexo femenino, que a su vez retornan al pasado y precisan que la mujer era tomada como un objeto y manipulada por los hombres con objetivos particulares y que esta versión moderna es también una nueva expresión del machismo en la que sigue exponiendo e imponiendo a la mujer la obligación de parir. Sin embargo, como contraargumento podemos decir que en el presente supuesto radica la libertad de la mujer sustituta, puesto que decide usar o no su cuerpo para dichos fines y la responsabilidad que conlleva.
3. Existe una mercantilización del ser humano, ya que se paga un monto determinado por un hijo que no se puede concebir

4. Los hijos deben ser amados por sí mismos, concebir un hijo para darlo conociendo el destino ya de antemano es objetable.

Esta interpretación destaca los factores teológicos del proceso, en el que el objetivo de someterse a la modalidad de maternidad subrogada tiene un proceso psicológico en el que los motivos de convertirse en madre subrogante pueden ser diversos. Además de ello, se cuestiona el destino que ya se sabe que tendrá el niño al decidir entregarlo a otra familia es decir la previsión, como factor determinante, del futuro bienestar del niño.

5. Es moralmente cuestionable, desligarse de la responsabilidad de un hijo.

La madre portadora no se desvincula de las obligaciones como madre hacia el niño, sino que nunca las asume, puesto que las obligaciones que esta tiene en relación al niño se basan estrictamente en los cuidados durante la gestación a través de los acuerdos que pactaron con los interesados, y durante el desarrollo y la crianza del niño la madre portadora se encuentra totalmente desvinculada de dichas responsabilidades.

6. Los hijos concebidos en maternidad subrogada tienen secuelas sociales y jurídicas.

7. Es inmoral concebir a un niño mediante la maternidad subrogada existiendo infinidad de niños que se hallan en situación de abandono y debe ser adoptados.

Este argumento plantea el tema de la adopción como única solución a aquellas personas infértiles o con dificultades reproductivas, puesto que someterse a la modalidad de maternidad subrogada constituye una conducta inmoral o éticamente reprochable; sin embargo para

aquellos que si pueden tener hijos de manera natural no tienen la obligación de adoptar a niños.

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y diseño de investigación

Según la herramienta metodológica utilizada es **MIXTO**, porque se utilizaran técnicas de naturaleza cualitativa y cuantitativa para aportar formas de análisis y de contraste que permitan determinar los resultados del presente trabajo de investigación.

Según el objetivo general es **APLICADA**, porque se enfoca en buscar una solución de un problema en específico, con la finalidad de diagnosticarlo y a partir de allí lograr entender las propuestas establecidas en las variables de estudio para proponer una forma de aporte y regulación específica.

Según el alcance o nivel de investigación es **DESCRIPTIVA**, porque se establecerán relaciones específicas y a partir de allí se lograrán establecer mecanismos que permitan entender la naturaleza de cada una de las variables, con la finalidad de verificar en realidad, el aporte y efectividad del objeto de investigación.

3.2 Operacionalización

Variables	Definición conceptual	Definición operacional	Dimensiones	Indicadores	Escala de medición
Maternidad subrogada	Es una técnica de reproducción asistida que consiste en procrear un menor a partir del material genético de los padres, o de los portadores Genéticos	Se revisará el marco jurídico, doctrinario y se comparará con experiencias exitosas donde se evidencie la necesidad de proteger al menor	Legal	Determinar el marco legal de cobertura	Nominal
			Protección	Revisar los niveles de protección que existe en el derecho comparado	Nominal
Principio del interes superior del niño	Es aquella prerrogativa que permite una protección integral del menor desde el marco jurídico así como los actores	Se buscará revisar el marco legal nacional e internacional la menor en base a sus derechos	Garantía	Revisar la garantía de los derechos del menor	Nominal
			Eficacia	Determinar la Eficacia en la protección	Nominal

3.3 Población y muestra

Como muestra se ha tenido a un grupo de abogados, que han recurrido la Corte Superior de Justicia de La Libertad, en un periodo de una semana, y como muestra se ha tenido en cuenta a 50 abogados para determinar su opinión acerca de la efectividad de la regulación de la maternidad subrogada en la protección del principio del interés superior del niño

3.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad

3.4.1. Técnicas:

- a. Análisis de documentos:** Es un análisis cualitativo, donde se realizará un examen exhaustivo de la doctrina y aporte del derecho comparado para garantizar la regulación jurídica y a partir de allí entender la naturaleza específica de la maternidad subrogada así como de protección del principio del interés superior del niño.
- b. Encuesta:** Es una método cuyas herramientas de medición esclarece la percepción o permite medir el discernimiento de un tema determinado acerca del objeto de investigación, y determinar si la necesidad de entender y comprender la naturaleza de las variables permitiendo analizar la maternidad subrogado y la protección a partir de una posible regulación jurídica buscando la protección del principio del interés superior del niño

3.4.2. Instrumentos:

- a. Guía de análisis de documentos**
- b. Cuestionario**

3.5 *Métodos de análisis de datos*

- Tablas y gráficos
- Teoría fundamentada y estudio de casos.

3.6 *Aspectos éticos*

En este apartado es necesario mencionar que los datos mostrados en el presente trabajo de investigación son veraces y confiables, asimismo se ha determinado que la proyección de los datos no afecta datos personales y se ha seguido con lo establecido en la guía de citación internacional APA.

IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Para elaborar adecuadamente la descripción de resultados se ha tenido en cuenta lo establecido en los objetivos específicos y como se han logrado en el progreso de la presente investigación, siendo así para el primero descrito como: **Revisar los fundamentos doctrinarios de la maternidad subrogada en el derecho nacional como internacional**

LA CADENA, J (2009) manifiesta que el desarrollo del ser humano, es desde la fecundación del espermatozoide en el óvulo y forma el cigoto, con la finalidad de ser implantado en el útero de la madre. Es por ello que desde una perspectiva genética se menciona que el proceso de la gestación es el resultado del coito entre el hombre y la mujer cuya finalidad es procrear, pero la diferencia con la procreación asistida hace que surjan diferencias entre reproducción y sexualidad, además dicho acto íntimo entre dos personas se deja en un segundo plano para dar paso a la intervención de terceros en el proceso de la procreación.

Por su parte la ciencia médica, entiende a la maternidad como aquel vínculo que nace por el desarrollo de un óvulo a partir de la genética de la madre, de igual forma hace una diferenciación entre maternidad gestacional que se da durante la etapa de la gestación.

Asimismo, en palabras de Varsi Rospigliosi (2001), la maternidad subrogada es considerada como aquella práctica que con ayuda de una pareja o una persona, encarga la gestación de un niño a una mujer, comprometiéndose esta última a entregarlo al momento de nacer.

Para Varsi Rospigliosi (2001) se admiten cuatro formas de maternidad subrogada reconocida jurídicamente:

- Madre portadora: se refiere a aquella fémina que produce óvulos pero tiene una insuficiencia ya sea física que impide germinar adecuadamente, es por ello que necesita la intervención de una tercera persona para continuar con la labor biológica. Es decir, se trata de un caso de préstamo de útero, la cual es conocida también como una maternidad

parcial; en la que se produce una trigeneración humana, donde el hombre aporte el espermatozoide, la mujer el óvulo y la otra mujer es la gestante, y en algunos puntos de la doctrina es considerada como la tercera interviniente.

- Madre sustituta: este caso apunta a aquella mujer que no puede gestar y tampoco puede generar óvulos, por tanto posee un problema tanto en la producción de óvulo como en su cavidad uterina para albergar al cigoto – producto de la fecundación y continuar con el curso del embarazo. En este caso se produce la pregeneración, donde interviene el material genético del esposo y se insemina en la otra mujer, que albergará al menor.
- Ovodonación: en este caso la mujer no produce óvulos pero si puede concebir, es por ello que necesita de una tercera mujer que done sus óvulos para que sean fecundados con el espermatozoide del su esposo e implantados en su útero, produciéndose también una trigeneración humana.
- Embriodonación: este caso se produce cuando existe infertilidad completa por parte de la pareja, es decir, que la mujer no produce óvulos y tampoco puede gestar, produciéndose un defecto uterino y ovárico, y por otro lado el hombre es estéril, es por ello que se necesita la intervención de un hombre que done espermatozoides, luego estos deben ser fecundados por una tercera mujer que acepte dicha obligación y luego se implanten en su útero para terminar con el proceso de gestación. Este caso es considerado en la doctrina como multigeneración humana, donde existen dos personas alternas a la pareja que aportan material genético que será injertado en el útero de la tercera mujer, el problema jurídico principal es que la maternidad y/o paternidad no le pertenece a la pareja.

La definición de maternidad subrogada comenzó en los años 70, y a partir de tal fecha han nacido variables nombres tales como vientre en alquiler, alquiler, arriendo, donación temporal de útero, gestación por cuenta de otro, gestación subrogada, gestación por sustitución, demás denominaciones que cambian de acuerdo a la ideología y concepción de la maternidad.

El término subrogar en términos generales implica reemplazar o poner una persona o cosa en lugar de otra, entendido como aquel reemplazo o cambio de lugar de un objeto o una persona con la finalidad que cumpla con funciones determinadas desplazando a aquellos que intervinieron anteriormente.

Para VASQUEZ (2014) entiende a la subrogación como un negocio jurídico, donde una persona interviene en lugar de otra en una obligación que le corresponde a la persona originaria, considerando que dicha subrogación o cambio puede darse en cualquiera de las partes del contrato, como acreedor como deudor, pudiendo subrogarse en cualquier posición contractual.

De esta forma, podemos entender a la subrogación gestacional o maternidad subrogada como aquel procedimiento, mediante el cual se apartan óvulos de la madre o de un banco de donación y se mezclan con el esperma del padre en un proceso in vitro, trasladando al embrión a un útero subrogado cuando el ovulo es fecundado. Asimismo cabe mencionar que la madre que culmina el proceso gestacional no tiene ningún parentesco genético con el bebé. Este proceso requiere de distintos parámetros, ya que se debe contar con un plan de refugio legal y recursos suficientes para costear dicho proceso.

El derecho a procrear integra los derechos de la segunda generación, enmarcados en el principio de autodeterminación, donde se agrupan los derechos sexuales y reproductivos que se encuentran amparados en la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo de 1994, así como en la IV Conferencia Mundial de la Mujer en 1995. En donde se tiene como fundamento principal el derecho a procrear y es que este método ha sido protegida precisamente en torno al derecho que posee la persona de procrear considerada como la capacidad de tener un hijo cuando quiera, como se quiera y a través de cualquier técnica o coyuntura..

Si bien es cierto, muchos especialistas en materia biogenética cuestionan la maternidad subrogada, existen también argumentos a favor de la misma los cuales no se basan estrictamente en el derecho a elegir la forma de poder concebir un hijo sino en esgrimir las críticas morales y los prejuicios que se tiene, aún más cuando nos encontramos en un mundo cambiante que evoluciona mediante la tecnología.

Por tanto, según CAMACHO asegura que la maternidad subrogada es un método sustentado en la libre voluntad de adultos, los cuales desempeñan sus derechos sin dañar a terceros razón, en el que todos los intervinientes se benefician de esta manera en la que el niño que nace de dicho acuerdo recibe a una familia que lo acoge con mucho amor y lo desea intensamente, quienes cuidan de su bienestar y desarrollo, mientras que por otro lado la mujer portadora satisface su anhelo de ayudar a otras personas y generalmente un beneficio económico.

Asimismo, es importante determinar que los estudios sobre niños y familias que tienen hijos mediante esta forma de maternidad subrogada no presentan problemas psicológicos que aseguran los críticos. Es por ello que el Estado debe resguardar a la familia que adopta someterse a dicha modalidad, sobre todo a la mujer sustituta puesto que en la mayoría de casos no cuenta con un abogado o quien resguarde sus intereses e informe los derechos que posee bajo tal modalidad y los derechos del niño por nacer quienes merece un cuidado especial.

Con respecto al segundo objetivo específico, donde se busca: Estudiar los fundamentos jurídicos del principio del interés superior del niño, se pudo encontrar que:

El acercamiento inicial que tenemos al principio del interés superior del niño, según la doctrina especializada, lo encontramos en la Declaración del Niño en 1924, en el ámbito de la Liga de Naciones, siendo el primer documento de naturaleza internacional donde se prefiere en mayor medida al menor por ser considerado dentro de un grupo vulnerable que necesita la protección de la sociedad y del Estado, encontrando además la necesidad de que la humanidad aporte al desarrollo

integral del menor, así como velar por su bienestar y garantizar una protección especial al mismo.

Otro marco normativo de protección al menor de edad, se halla plasmado en los Declaración sobre los derechos del Niño de 1959, siendo en su mención en sus orígenes textuales de este principio dentro del ordenamiento jurídico internacional. De igual forma, en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos al amparo y el bienestar de los niños en el artículo 5, precisa a la adopción y hogares de guarda en el ámbito nacional e internacional de 1986. Dicho principio lo encontramos estipulado también en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la convención Americana sobre Derecho Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La Convención sobre los Derechos del niño fue el primer documento en considera que los niños y adolescentes son sujetos de Derecho, y a su vez que estos gozan de derechos los cuales deben ser resguardados por el Estado. La importancia de la inclusión del principio del interés superior del niño en dicha Convención radica en la obligación que tienen los Estados en sostener que los intereses de los niños se tengan en cuenta por el Estado y que los impactos que tengan en las decisiones tomadas. Por tanto, el respeto de los derechos del niño debe ser adherida en los acuerdos nacionales y las políticas de cada gobierno, siempre que las actividades que estos realicen concierna a los niños. De manera que al incorporarse esta responsabilidad a los órganos legislativos, se está advirtiendo que cuando se promulgue una ley el Estado debe verificar que se encuentre protegido el interés superior del niño. Por otro lado, también se encuentran forzadas las entidades privadas de bienestar social involucradas con la ayuda a la infancia como Asociaciones u ONGS.

Existen diferentes definiciones en cuanto al principio del interés superior del niño, es por ello que la doctrina delimitó una serie de concepciones. Para Jean Zermatten, presidente del comité de los Derechos del Niño determina que cuando en los documentos internacionales se hace mención al término interés se evidencia

directamente que debe velarse por la protección integral del menor, así como orientar por garantizar su bienestar.

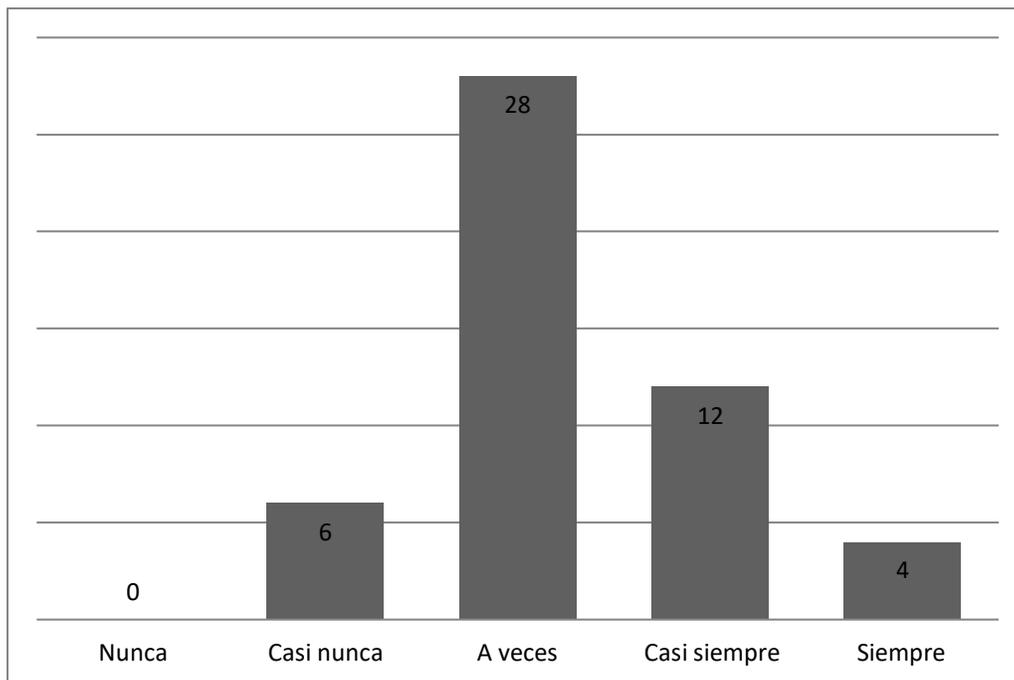
Por lo tanto, considerando la naturaleza interpretativa de un principio debemos entender a este, como fundamental dentro de la interpretación del marco jurídico que protege a un menor de edad limitando de esta forma el actuar de los adultos sobre los menores, exceptuando que las decisiones del adulto se supediten a la vulnerabilidad del niño. Es por ello que se contempla que al interés superior del niño se le puede atribuir dos significados, por un lado el interés superior como regla de procedimiento y por el otro el interés superior como respaldo a que este principio será estudiado siempre que se deba tomar una decisión que dependa de un niño.

Por otro lado, se puede determinar como el favorecimiento de los derechos a la integridad física y psíquica de cada uno de los niños, en el que se vele por su pleno desarrollo y que estos vivan en un ambiente sano y equilibrado, que determine el bienestar general del niño. Es así que el interés superior del niño se refiere al bienestar, el cual prevalece sobre circunstancia por la cual se tenga que decidir. En principio se puede establecer que los padres y madres son los únicos que pueden garantizar el interés de sus hijos, puesto que estos se encuentra bajo la patria potestad de aquellos, en privilegio de los niños respecto a su integridad física y psicológica y todo aquello que beneficie su bienestar.

Ante ello, es necesario determinar que el interés del niño no solo es una institución benefactora, sino que el beneficio de niños es prioritario, ya que se entiende un interés supremo indistintamente a otro interés, en el que se dictamina también que el juzgador debe adoptar las medidas necesarias que garanticen el bienestar de los niños, en el que se evite todo peligro para evitar un perjuicio en su persona, bienes y derechos. **Con respecto al tercer objetivo, donde se pretende Revisar la opinión de abogados acerca que si la regulación de la maternidad subrogada garantizará el principio del interés superior del niño, se pudo encontrar luego de aplicar la respectiva encuesta lo siguiente:**

Gráfico N°01

La regulación jurídica de protección al menor.

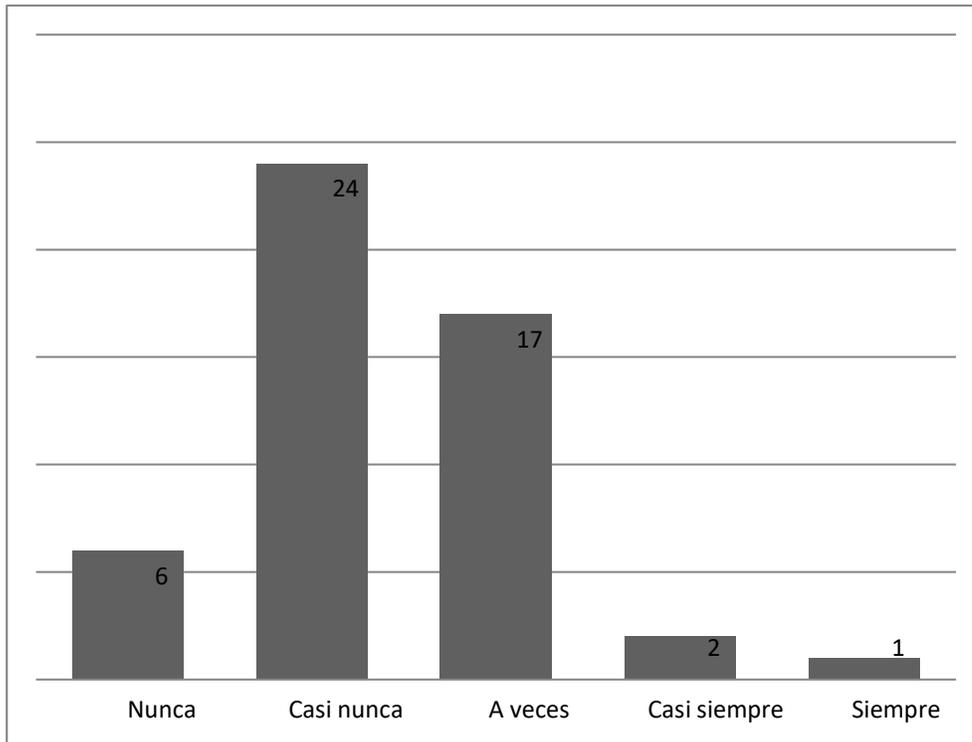


Interpretación

De la muestra de 50 solo 28 abogados, manifiesta que el marco jurídico de protección al menor a veces son adecuados, mientras que 4 abogados tienen en consideración que siempre el marco jurídico es adecuado.

Gráfico N°02

Protección de la Justicia a los intereses del menor

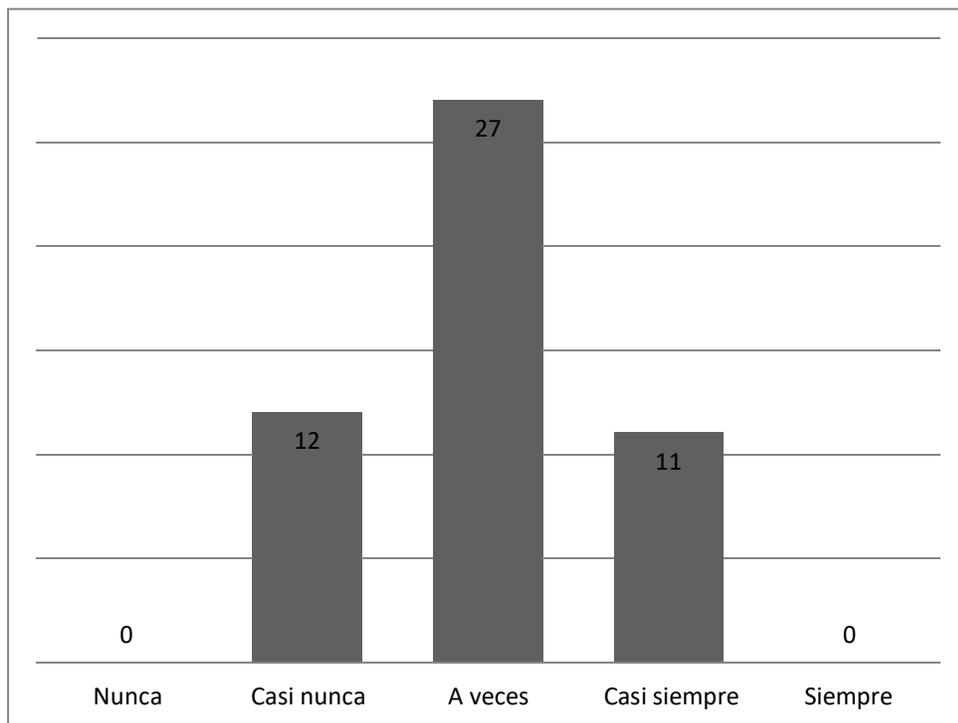


Interpretación

De 50 solo 24 abogados, manifiestan que los menores casi nunca son protegidos por la justicia, mientras que tan solo un abogado, considera que existe una protección por parte de la Justicia Estatal.

Gráfico N°03

La protección del menor a partir de la intervención del Poder Judicial

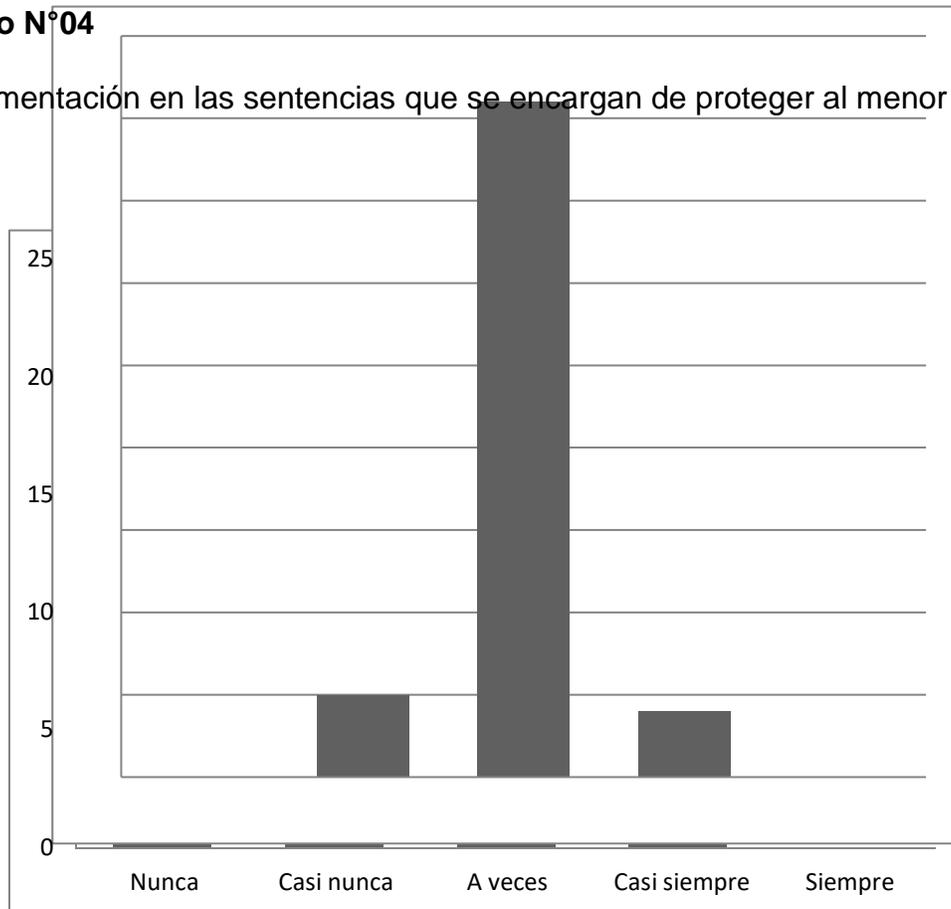


Interpretación

De la muestra de 50 solo 27 abogados, sienten que en ocasiones el Poder Judicial interviene en el cuidado del menor de forma efectiva, y 11 manifiestan que casi siempre el Poder Judicial interviene en dicha protección.

Gráfico N°04

Fundamentación en las sentencias que se encargan de proteger al menor

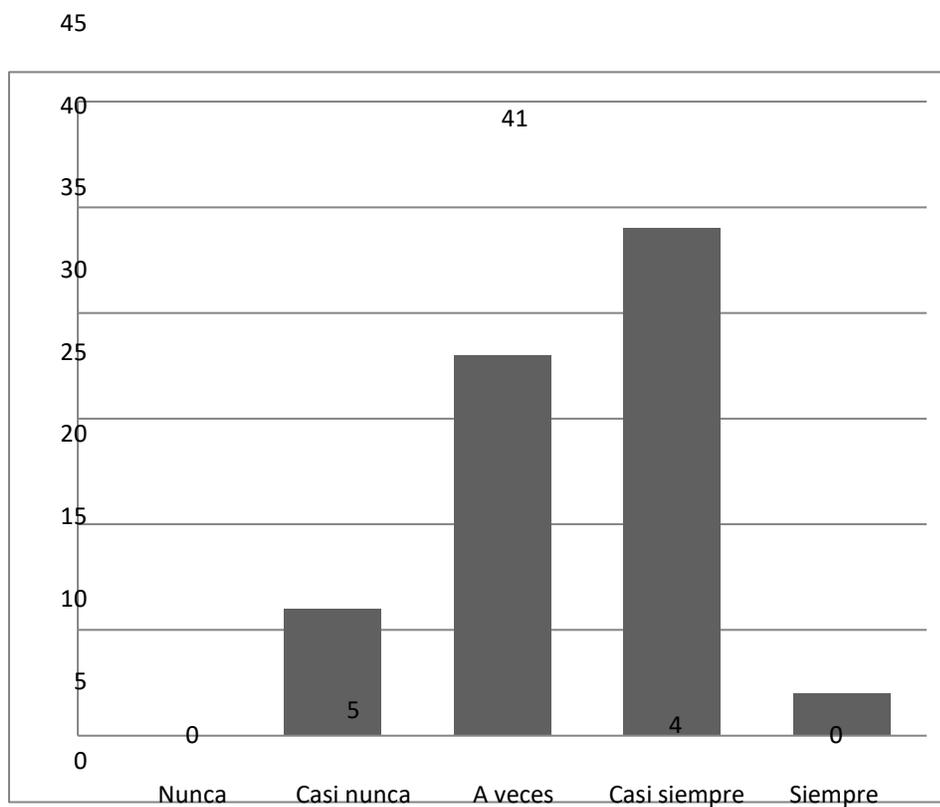


Interpretación

De la muestra de 50 solo 20 de los abogados, manifiestan que casi nunca se explica la forma de protección al menor dentro de las resoluciones judiciales y 5 de ellos nos informaron que en su praxis judicial han encontrado que nunca se fundamentan adecuadamente las formas de protección al menor.

Gráfico N°05

El marco legal de protección es integral

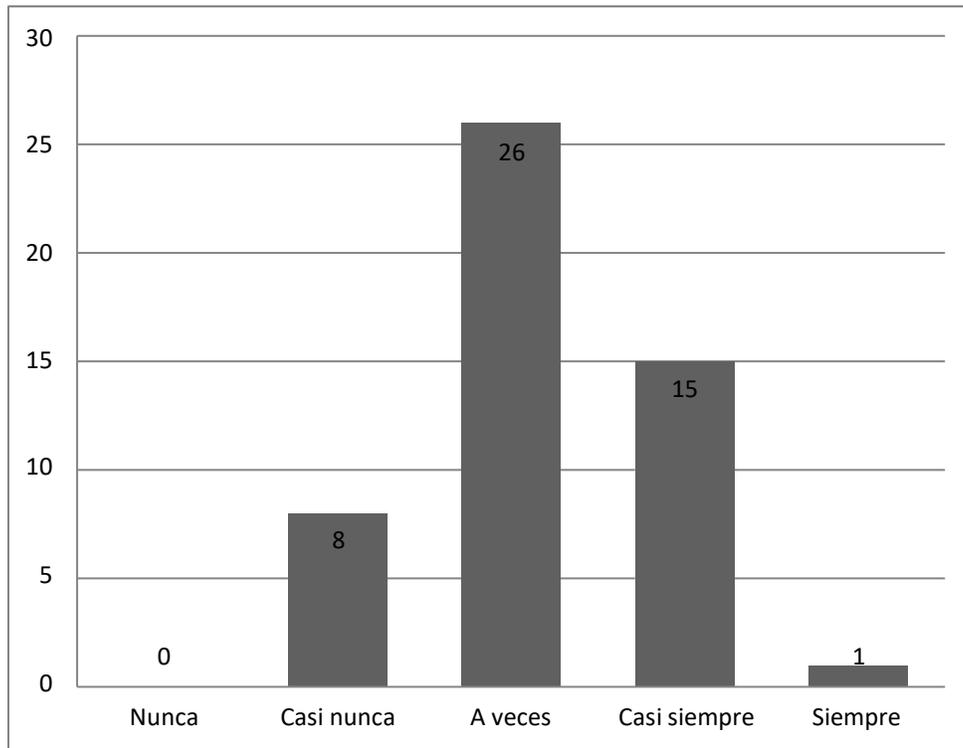


Interpretación

De la muestra de 50 solo 41 abogados manifiestan que el marco legal de protección al menor es integral, y 4 de ellas dijeron que casi siempre consideran que existe un tratamiento integral.

Gráfico N°06

En los procesos judiciales se respeta los derechos del menor

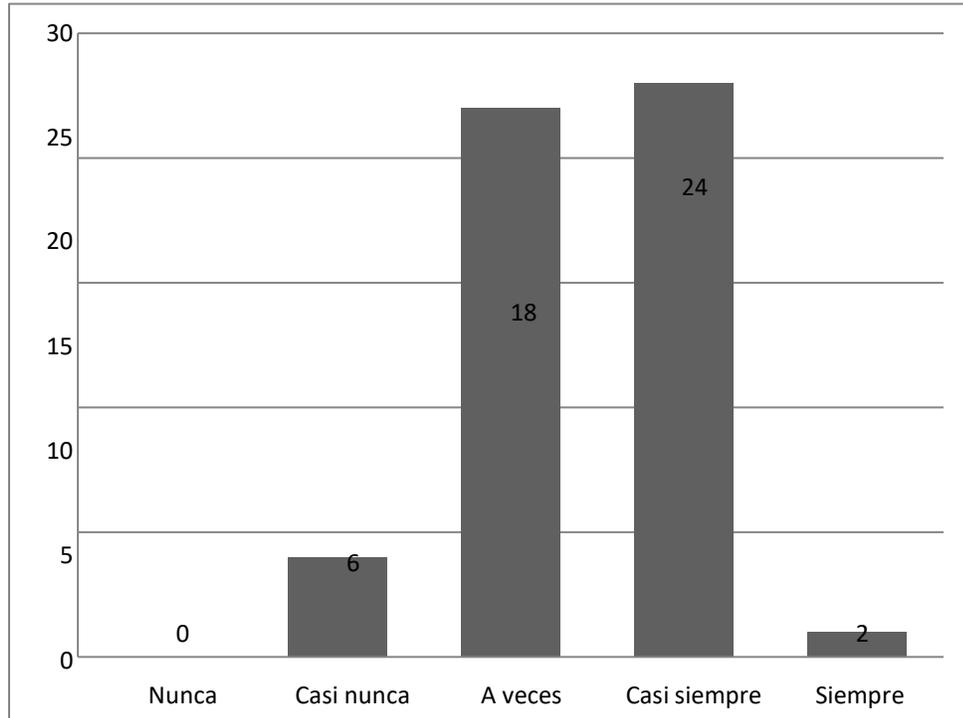


Interpretación

De la muestra de 50 solo 26 Abogados, anuncian que, a menudo existe el respeto hacia los derechos del menor en los procesos judiciales, y una de ellas dijo que siempre se respeta los derechos dentro del proceso judicial.

Gráfico N°07

Principio del Interés Superior del Niño dentro del sistema judicial.

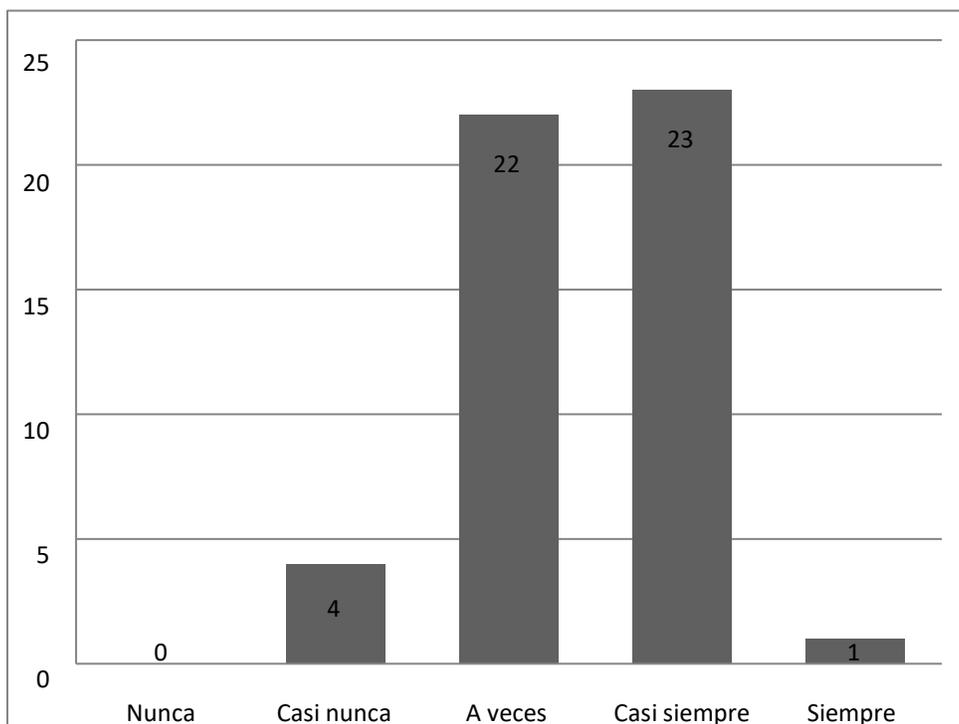


Interpretación

De la muestra de 50 solo 24 Abogados, informan que, casi siempre en el sistema judicial se respeta el principio del interés superior del niño, y que 6 de ellos manifiestan que casi nunca ven algún respeto al principio del interés superior del niño dentro del sistema judicial.

Gráfico N°08

El principio del interés superior del niño en el proceso de la maternidad subrogada.

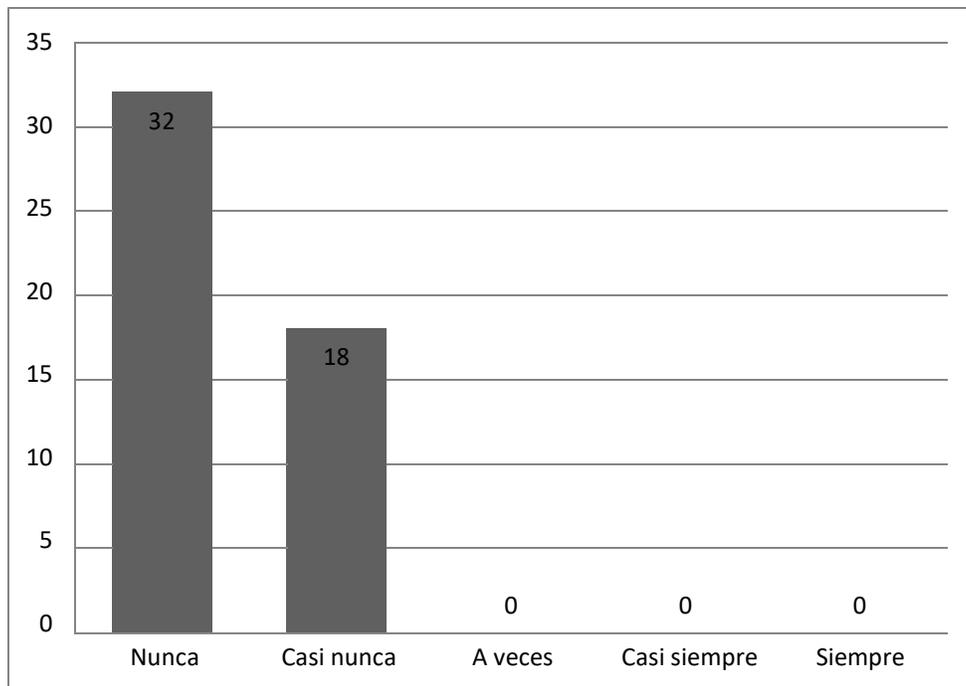


Interpretación

De la muestra de 50 solo 23 Abogados manifiestan que casi siempre en los tratamientos de maternidad subrogada se transgrede el principio del interés superior del niño, mientras que solo 4 señalan que casi nunca se garantiza el principio del interés superior del niño.

Gráfico N°09

La regulación Jurídica de la maternidad subrogada garantizará el principio del interés superior del niño

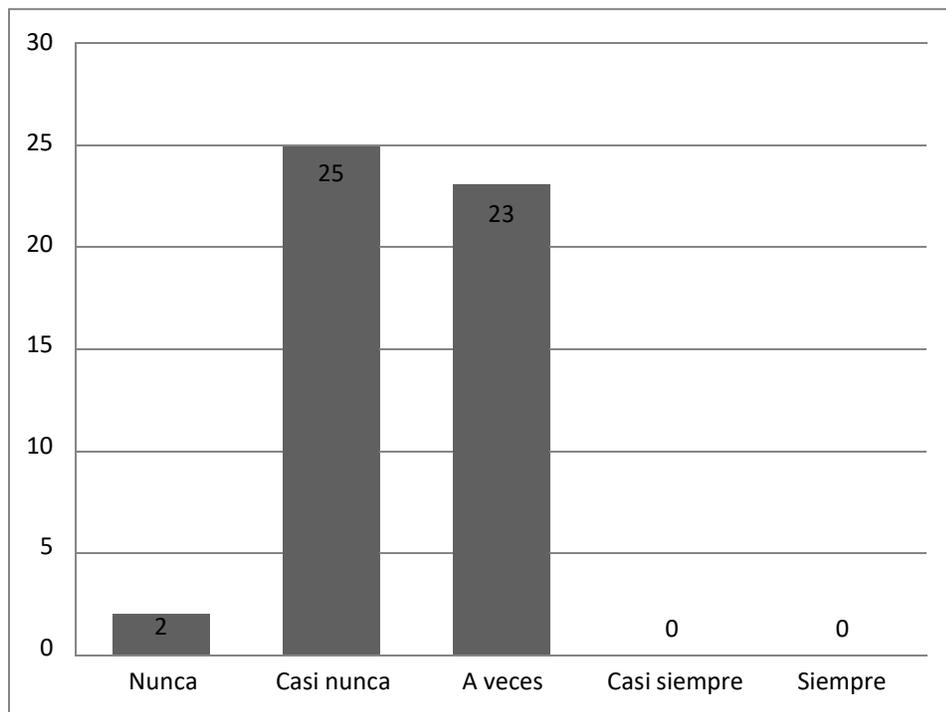


Interpretación

De la muestra de 50, podemos observar que ante la imperfección de regulación de la maternidad subrogada por ende manifiestan los Abogados que nunca y casi nunca en su totalidad se defiende el principio del interés superior del niño.

Gráfico N°10

Seguimiento del menor en los procesos de maternidad subrogada.



Interpretación

De la muestra de 50 solo 25 de los Abogados, informan que, casi nunca el Estado realiza algún seguimiento de los menores en el proceso de maternidad subrogada, y 23 de ellos manifiestan que a veces existe un seguimiento a los menores en el proceso de maternidad subrogada.

Asimismo, en referencia al tercer objetivo específico, se establece que debe de analizarse los aportes del derecho comparado: Caso España.

Donde, según la Organización Mundial de Salud (OMS) nos encontramos que ante una imposibilidad de fertilidad cuando no se ha podido concebir a un hijo después del tiempo de un año de mantener relaciones sexuales, siendo este una dificultad que afecta a más de 80 millones de personas en el mundo.

La maternidad subrogada si bien es un método y realidad que persiste en España, esta al igual que en muchos países no se encuentra legalizada; es por ello que se presentó el proyecto de Ley 14/2006 del 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Asistida de Reproducción Humana con la finalidad de hacer legal dicha práctica.

El tema de maternidad subrogada fue propuesta mediante una propuesta de ley, la cual fue impulsada por el paladín de Ciudadanos Albert Rivera en la que se tiene como propósito regular a gestación subrogada en el país. Este proyecto enuncia la formación de un Registro Nacional de Gestación subrogada en que se inscribirán mujeres que independientemente deseen dar su vientre, así como también la inscripción de parejas subrogantes.

Asimismo, este proyecto ley busca que la maternidad subrogada sea legal, altruista y libre, a fin de que cumpla con los siguientes requisitos:

- Ser mayor de 25 años
- Haber sido madre de al menos un hijo sano antes de someterse al proceso
- Tener un buen estado de salud y no contar con antecedentes penales.
- Ser española o residente en España.
- Tener una situación socioeconómica estable.
- No haber sido gestante por subrogación más de una vez con anterioridad.

A pesar que este tipo de Procreación está prohibida en España, el Tribunal

Supremo ha aceptado desde hace poco tiempo la maternidad por subrogación o sustitución como disposición amparada a los fines de la prestación por maternidad, adopción o acogimiento. El Tribunal afirma que hay que diferenciar dos planos perfectamente distintos: el relativo al contrato de gestación por sustitución y su nulidad legalmente establecida, y el relativo a la situación del menor, al que no puede menoscabar la nulidad del contrato.

Discusión

Para discutir los resultados se tendrá en cuenta los resultados anteriormente referidos en las formas de cómo se han obtenido los objetivos específicos y se confrontará con los estudios previos y las teorías involucradas, siendo así se ha encontrado la ausencia de legislación de la maternidad subrogada, así como la falta de protección a los derechos del menor, y dentro de ellos, el principio del interés superior del niño, es por ello, que Pazmiño Castillo, R. (2015), manifiesta que la urgencia de regular adecuadamente la propuesta de la maternidad subrogada permitirá que se protejan adecuadamente los derechos patrimoniales dentro del contexto jurídico ecuatoriano, buscando la seguridad de la persona humana como lo establece su marco jurídico nacional, donde el fin supremo es la sociedad y el Estado.

Por otro lado, Yépez Velasco, S. (2015), establece que los derechos de los niños y adolescentes deben ser cumplidos a la cabalidad por todos los actores políticos de la sociedad y por los marcos legales que permitan entablar una relación directa entre el desarrollo integral del menor, así como la vinculación con su entorno afectivo y la protección dentro del Estado. Asimismo la Judicatura debe proteger los derechos del menor en cada uno de los procesos civiles y penales para conservan los fines del marco legal.

De igual forma, Zaldivar Zerpa, J. (2016), establece la necesidad de regular adecuadamente las técnicas de reproducción asistida con el objetivo de evitar futuros conflictos o vacíos legales y a su vez impedir la vulneración de derechos de la familia, de los padres y del menor de edad, en el contexto del Estado Constitucional de Derecho.

Dichos datos y referentes pueden corroborar lo establecido en la hipótesis, afirmando en su forma y fondo de acuerdo a la protección del interés superior del niño dentro del proceso de maternidad subrogada.

V. CONCLUSIONES

- 5.1 La reglamentación de las técnicas de reproducción asistida como la maternidad subrogada garantizan en parte el amparo del principio del interés superior del niño, por cuanto, cómo puede advertirse la necesidad por legislar cada aspecto de la vida hace que se generen encuentros y desencuentros con la realidad, que hace prevalecer el respeto de los derechos sobre los marcos jurídicos de protección civil, como los contratos entre la familia portadora y la familia donante.
- 5.2 En el derecho internacional, la protección a la maternidad subrogada se ha tornado en intereses económicos como sociales, donde se han establecido niveles de protección a la familia como el menor, pero en ocasiones donde prevalece el interés económico se han visto vulneradas como lo manifiesta la reiterada jurisprudencia los derechos del menor en el contexto del estricto orden de sus derechos fundamentales.
- 5.3 El marco normativo y social del principio del interés superior del niño es extenso y abundante desde el derecho comparado como desde la perspectiva del involucramiento de los actores sociales que buscan la protección integral pero aún no han logrado garantizar una protección integral, porque los derechos de los niños se siguen vulnerando, se obvian responsabilidades y el involucramiento de la sociedad a parte de los fines del Estado.
- 5.4 De la encuesta realizada, se pudo determinar que los Abogados consultados infieren que la práctica de la maternidad subrogada vulnera derechos del menor, desde su protección, cuidado y preservación, ya que no existen marcos jurídicos idóneos para el amparo de los menores de edad dentro de este tipo de técnicas, y que tampoco se ha encontrado evidencia de que una frondosa normatividad garantice la protección total.

5.5 Finalmente, debe advertir que en el Derecho Comparado, España la protección a esta técnica de reproducción asistida ha sido discutida en espacios desde el genético hasta lo jurídico para determinar relaciones de parentesco, así como formas adecuadas para proteger los intereses de la familia como el principio macro del interés superior del niño.

VI. RECOMENDACIONES

- Al poder legislativo se le recomienda, que se preocupe por la problemática que trae consigo la técnica de reproducción asistida con o maternidad subrogada, para garantizar una adecuada protección del interés superior del niño y los derechos de la familia regulados y reconocidos en el marco jurídico nacional como internacional.
- Se recomienda a las Universidades que sigan investigando la práctica de las técnicas de reproducción asistida, no solo en términos médicos y/o genéticos, sino también sociales y legales que garantice la protección integral dentro del Estado de Derecho y social.
- Se recomienda a la sociedad, que se involucre en la toma de decisiones para establecer claramente lineamientos donde el reconocimiento a estas nuevas formas de procreación sea aceptada en el status local.

REFERENCIAS

- Castro de Arenas, R. H. (1999). La revolución genética y sus implicancias ético jurídicas. Santa Fe: Doctrina y Ley.
- Elizari Basterra, F. J. (1991). Bioética: Biblioteca de teología. Madrid: San Pablo.
- Espinoza Espinoza, J. (2006). Derecho de las personas. Lima: Rodhas.
- Fernandez Sessarego, C. (2010). Nuevas tendencias en el derecho de las personas. Lima: Universidad de Lima.
- Junquera de Estéfani, R. (1998). Reproducción asistida, filosofía ética y filosofía jurídica. Madrid: Tecnos.
- Junquera de Estéfani, R. (2001). Reflexiones sobre problemas que plantea la bioética al Derecho. Madrid: UNRD.
- León Hilario, L. (2007). Responsabilidad Civil. Lima: Jurista Editores.
- López Moreno, A. (1994). Bioética para Juristas. Madrid: Tecnos.
- Martin Mateo, R. (1987). Bioética y derecho. Madrid: Ariel.
- Martínez, V. (1986). Biojurídica, realidad y horizontes. Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (4), 13 - 16.
- Mosquera Vásquez, C. (1995). Fundamentos del Curso de Derecho Genético. Trujillo: UNT.
- Reich, W. T. (1978). Encycloedia of Bioethic I. New York: The Free Press.
- Reverte. (1983). Las fronteras de la medicina: límites éticos, científicos y jurídicos. Madrid: Díaz de Santos.
- Taboada Córdova, L. (2001). Elementos de responsabilidad civil. Lima: Grijley.
- Varsi Rospligiosi, E. (2001). Derecho Genético. Lima: Grijley.
- Zamudio, T. (1995). Los conceptos de persona y propiedad, la necesidad de su revisión jurídica ante las nuevas realidad genéticas. Madrid: Logo.

ANEXOS:

CAPÍTULO II: INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

1. DESARROLLO NORMATIVO

El acercamiento inicial que tenemos al principio del interés superior del niño, auttyttsegún la doctrina especializada, lo encontramos en la Declaración del Niño en 1924, en el entorno de la Liga de Naciones, siendo el primer documento de naturaleza internacional donde se prefiere en mayor medida al menor por ser considerado dentro de un grupo vulnerable que necesita la protección de la sociedad y del Estado, encontrando además la necesidad de que la humanidad aporte al desarrollo integral del menor, así como velar por su bienestar y garantizar una protección especial al mismo.

Otro marco normativo de protección al menor de edad, se descubre plasmado en los Declaración sobre los derechos del Niño de 1959, siendo la primera mención literal de este principio dentro del ordenamiento jurídico internacional. De igual forma, en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños en el artículo 5, precisa a la adopción y hogares de guarda en el ámbito nacional e internacional de 1986. Dicho principio lo encontramos estipulado también en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la convención Americana sobre Derecho Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La Convención sobre los Derechos del niño fue el primer documento en considerar que los niños y adolescentes son sujetos de Derecho, y a su vez que estos gozan de derechos los cuales deben ser resguardados por el Estado. La importancia de la inclusión del principio del interés superior del niño en dicha Convención radica en la obligación que tienen los Estados en proteger los intereses de los niños se tengan en cuenta por el gobierno y que los impactos que tengan en las decisiones tomadas. Por tanto, la

valoración de los derechos del niño debe ser insertada en los planes nacionales y las políticas de cada gobierno, siempre que las actividades que estos realicen concierna a los niños. De manera que al incorporarse estos deber a los órganos legislativos, se está advirtiendo que una vez se proclame una ley el Estado debe verificar que se encuentre protegido el interés superior del niño. Por otro lado, también se encuentran obligadas las entidades privadas de bienestar social vinculadas con la ayuda a la infancia como Asociaciones u ONGS.

2. CONCEPTO

Existen diferentes definiciones en cuanto al principio del interés superior del niño, es por ello que la doctrina delimitó una serie de concepciones. Para Jean Zermatten, presidente del comité de los Derechos del Niño determina que cuando en los documentos internacionales se hace mención al término interés se evidencia directamente que debe velarse por la protección integral del menor, así como orientar por garantizar su bienestar.

Por lo tanto, Zamudio (1995) menciona que considerando la naturaleza interpretativa de un principio debemos entender a este, como fundamental dentro de la interpretación del marco jurídico que protege a un menor de edad limitando de esta forma el actuar de los adultos sobre los menores, exceptuando que las decisiones del adulto se supediten a la vulnerabilidad del niño. Es por ello que se contempla que al interés superior del niño se le puede atribuir dos significados, por un lado el interés superior como regla de conducción y por el otro el interés superior como garantía que este principio será estudiado siempre que se deba tomar una sentencia que dependa de un niño.

Por otro lado, se puede puntualizar como la potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de cada uno de los niños, en el que se vele por su pleno desarrollo y que estos vivan en un ambiente sano y equilibrado, que

determine el bienestar general del niño. Es así que el interés superior del niño se refiere al bienestar, el cual prevalece sobre circunstancia por la cual se tenga que dilucidar. En principio se puede establecer que los padres y madres son los primordiales avales del valor de sus hijos, puesto que estos se encuentra bajo la patria potestad de aquellos, en privilegio de los niños respecto a su integridad física y psicológica y todo aquello que satisfaga su bienestar.

Ante ello, es necesario determinar que el interés del niño no solo es una institución benefactora, sino que el beneficio de niños es preeminente, ya que entiende un interés supremo a cualquier otro interés, en el que se indica también que el juzgador debe tomar las medidas necesarias que garanticen el confort de los niños, en el que se anticipe el alejamiento de una amenaza para eludir un daño en su persona, bienes y derechos.

3. FUNCIONES Y CARACTERISTICAS

Se han determinado ciertas funciones y características, las cuales están adheridas en dos criterios:

1. Criterio de control: el interés superior se emplea para garantizar que el ejercicio de derechos y obligaciones que tiene los niños sean otorgados y ejecutados a su vez; en temas relacionados al derecho a la familia, misión de refugio de los niños, disposición de cuidado alternativo y casos de migración.
2. Criterio de solución: el interés superior ampara a los funcionarios o autoridades encargadas de tomar medidas necesarias con la finalidad de arribar a juicios idóneos en casos que conciernen a niños, en el que se debe llegar a soluciones con el impacto más favorable al niño. En cuanto a las características sobre el principio se tienen:
 1. El interés superior no es un derecho al libre albedrío, sino que se trata de un principio de análisis que debe ser empleado en todo tipo de medidas que beneficien a los niños.

2. Los Estados tienen la obligación de que el interés superior del niño sea una valoración fundamental e inmediata respecto a la toma de juicios en temas que conciernen a los niños.
3. Se debe tener en cuenta siempre el estándar más satisfactorio al interés superior de los niños.
4. En cuanto a la concepción del interés superior la jurisprudencia debe contribuir a brindar soluciones para situaciones individuales o de un grupo de niños.
5. El principio se encuentra en continua evolución puesto que el conocimiento continua evolucionando.
6. El criterio del interés superior es doblemente subjetivo, puesto que un lado encuentra la subjetividad colectiva y por otro lado encontramos la subjetividad individual.

3. EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

En la legislación peruana el interés superior del niño se encuentra insertada , en el artículo 4 de la Constitución Política, el que instituye que la comunidad y el Estado ampara principalmente al niño y adolescente. El que declara a su vez el Tribunal constitucional en su sentencia del expediente N°02132-2008-PA/TC señalando que la custodia exclusiva que se le ofrece al niño tiene un pilar en el interés superior de niño, doctrina que se acepta en el ámbito jurídico por intermedio del bloque de constitucionalidad convergiendo con la Cuarta disposición Final y Transitoria de la Constitución y del Artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes en el que se indica que toda ante toda medida se tomara en cuenta el interés superior del niño.

A su vez, el Tribunal Constitucional menciona que el respeto del interés superior del niño implica acciones del Estado, la sociedad y la familia en cuanto a la protección de los niños, la preservación, ejercicio y disfrute de

sus derechos orientados a su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social. Mientras que en su sentencia del expediente N° 03744-2007-PHC/TC preciso que existe la necesidad de procurar una atención especial y prioritaria en la tramitación de procesos judiciales en los que se efectuó y verifique adecuadamente la afectación de los derechos fundamentales del niño, puesto que el Estado tiene la obligación de preservar los intereses superior del niño.

El principio del interés superior del niño fue recogido en el primer Código de los Niños y Adolescentes de 1992 y más tarde en el vigente código del año

2000. Así también se lo considera dentro de las funciones de la Defensoría del niño y adolescente al establecer en el artículo 45 apartado b) que debe intervenir cuando se encuentren amenazados o vulnerados los derechos del niño para hacer prevalecer el principio del interés superior. CAPITULO III: DERECHO COMPARADO

1. ESPAÑA

Según la Organización Mundial de Salud (OMS) nos encontramos frente a una posible infertilidad cuando no se ha podido concebir a un hijo después del lapso de un año de mantener relaciones sexuales, siendo este un problema que afecta a más de 80 millones de personas en el mundo.

La maternidad subrogada si bien es una práctica y realidad que persiste en España, esta al igual que en muchos países no se encuentra legalizada; es por ello que se presentó el proyecto de Ley 14/2006 del 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Asistida de Reproducción Humana con la finalidad de hacer legal dicha práctica.

El tema de maternidad subrogada fue propuesta mediante una propuesta de ley, la cual fue impulsada por el líder de Ciudadanos Albert Rivera en la que se tiene como objetivo regular a gestación subrogada en el país. Este proyecto propone la creación de un Registro Nacional de Gestación subrogada en que se inscribirán mujeres que libremente deseen ofrecer su vientre, así como también la inscripción de parejas subrogantes.

Asimismo, este proyecto ley busca que la maternidad subrogada sea legal, altruista y libre, a fin de que cumpla con los siguientes requisitos:

- Ser mayor de 25 años
- Haber sido madre de al menos un hijo sano antes de someterse al proceso
- Tener un buen estado de salud y no contar con antecedentes penales.
- Ser española o residente en España.
- Tener una situación socioeconómica estable.
- No haber sido gestante por subrogación más de una vez con anterioridad.

De la misma manera, el progenitor o progenitores que se sometan a dicho tratamiento deberán cumplir con lo siguiente:

- Ser mayores de 25 años y menores de 45.
- Tener la nacionalidad o residir legalmente en España.
- Acreditar la capacidad y aptitudes necesarias para enfrentarse a este proceso
- No tener una relación de parentesco con la madre gestante (es decir, una mujer no podrá gestar el bebé de su hermana o su hija, por poner sólo dos ejemplos)
- Haber agotado o ser incompatibles con las técnicas de reproducción asistida.

A pesar que este tipo de Reproducción no está permitida en España, el Tribunal Supremo ha reconocido recientemente la maternidad por subrogación o sustitución como situación protegida a los fines de la prestación por maternidad, adopción o acogimiento. El Tribunal Asegura que hay que distinguir dos planos perfectamente diferenciados: el relativo al contrato de gestación por sustitución y su nulidad legalmente establecida, y el relativo a la situación del menor, al que no puede perjudicar la nulidad del contrato.

Por otro lado, una de las grandes preocupaciones que tienen los padres que deciden iniciar un proceso de gestación subrogada es poder volver a España con su bebé y si podrán inscribirlo en el Registro Civil español, reconociéndose la filiación a su favor y reconociéndose la nacionalidad española.

Para ello, la determinación de la filiación e inscripción del menor en España se puede hacer a través de dos trámites, por sentencia judicial o por adopción.

La filiación directa por sentencia judicial: se obtiene una sentencia judicial que reconoce a los padres intencionales como los padres legales del menor. De tal manera que al momento del nacimiento del bebé ya están todos los papeles organizados para poder regresar al país de origen inmediatamente.

La filiación por adopción: cuando no se puede obtener una sentencia judicial que determine la filiación, si el padre intencional es el padre biológico (ha aportado su material genético) se le atribuiría la paternidad directamente y podría inscribir al menor por los trámites normales establecidos en la legislación española. En este caso, la madre tendría que adoptar posteriormente al menor.