



**UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO**

**FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES**

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**Implicancias de la maternidad subrogada frente al interés superior del niño**

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE:  
ABOGADO

**AUTOR(ES):**

Sánchez Flores, Joan Manuel (ORCID: [0000-0001-7419-7625](https://orcid.org/0000-0001-7419-7625))

Obando Morales, Nathaly Cristal (ORCID: [0000-0002-6945-6458](https://orcid.org/0000-0002-6945-6458))

**ASESOR:**

Dr. Salinas Ruiz, Henry Eduardo (ORCID: [00000-00002-5320-9014](https://orcid.org/00000-00002-5320-9014))

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:**

Derechos Fundamentales

**TRUJILLO – PERÚ**

**2021**

## **DEDICATORIA**

A mis padres, que me han acompañado y apoyado durante este proceso de desarrollo personal. Y a las mujeres de mi familia de quienes aprendí y valoré su capacidad para salir adelante a pesar de las adversidades de sociedad en proceso de lograr una igualdad verdadera.

A mis compañeras de viaje y aprendizaje.

**Joan Manuel Sánchez Flores**

A las personas más importantes de mi vida, mis amados Padres, que han cuidado de mí en todo momento, dándome su apoyo y amor incondicional, gracias por creer en mí, por no permitir que me rinda nunca, por ser mi ejemplo de lucha. Es por ustedes que me esfuerzo por ser mejor cada día.

A Dios, quien siempre escucha mis oraciones.

**Nathaly Obando Morales.**

## **AGRADECIMIENTO**

Nuestro agradecimiento va dirigido a la Universidad Cesar Vallejo, Institución la cual nos ha dado la oportunidad de poder lograr una de nuestras principales metas: Obtener el título profesional de Abogado.

A nuestro asesor de tesis: Dr. Salinas Ruiz Henry Eduardo, quien desde el primer día confió en nosotros y en nuestro trabajo de investigación. Gracias por sus enseñanzas.

## ÍNDICE DE CONTENIDO

DEDICATORIA.....	i
AGRADECIMIENTO.....	ii
ÍNDICE DE CONTENIDO.....	iii
ÍNDICE DE TABLAS: .....	v
RESUMEN .....	vi
ABSTRACT .....	vii
I. INTRODUCCIÓN.....	1
II. MARCO TEÓRICO .....	7
III. METODOLOGÍA.....	7
3. 1. Tipo y diseño de investigación .....	15
3. 2. Categorías, Subcategorías y matriz de categorización.....	16
3.4. Participantes .....	16
3.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	17
3.6. Procedimiento .....	17
3.7. Rigor científico .....	17
3.8. Método de análisis de datos.....	17
3.9. Aspectos éticos .....	18
IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN .....	18
4.1. Resultados.....	18
4.2. Discusión .....	51
V. CONCLUSIONES .....	56
VI. RECOMENDACIONES.....	58
REFERENCIAS.....	59
ANEXOS .....	62
ANEXO 1 .....	62
ANEXO 2 .....	64
ANEXO 3.....	65
MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN Y DE CATEGORIZACIÓN .....	65

ANEXO 4 .....	68
ANEXO 5 .....	70
ANEXO 6 .....	75
ANEXO 7 .....	81
ANEXO 8 .....	82

## ÍNDICE DE TABLAS:

TABLA 1: Posturas éticas en torno al inicio de la vida.....	197
TABLA 2: Posturas sobre la dignidad humana .....	220
TABLA 3: Posturas éticas sobre el rol de la institución familiar en la sociedad .....	253
TABLA 4: Configuración del derecho a la vida .....	275
TABLA 5: Configuración del derecho a la salud .....	297
TABLA 6: Configuración del derecho a la protección de la familia .....	39
TABLA 7: Alcances constitucional del principio de interés superior del niño ..	331
TABLA 8: Límites constitucionales del principio de interés superior del niño .	353
TABLA 9: Derechos conexos al principio de interés superior .....	375
TABLA 10: Caso de la legislación española .....	397
TABLA 11: Caso de la legislación uruguaya.....	420
TABLA 12: Caso Tribunal Supremo Español.....	453
TABLA 13: Caso Tribunal Europeo de Derechos Humanos .....	486

## **RESUMEN**

Se tiene como objetivo general, determinar si las implicancias de la maternidad subrogada frente al interés superior del niño. El enfoque fue cualitativo, diseño de teoría fundamentada y básica. Se entrevistaron a seis (06) abogados/as especialistas en la materia. Se arriba a la conclusión de que el principio de interés superior del niño está configurado constitucionalmente como la obligación que tiene el Estado, de que cualquier situación en la que se encuentre en riesgo los derechos de los menores se privilegien sus intereses, lo que no implica que por ello deban desconocerse el resto de principios y derechos reconocidos constitucionalmente como son: derecho a la vida, derecho a la salud, derecho a la dignidad, derecho a la libertad, derecho a la identidad, derecho a la filiación, derecho a la integridad, derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho a una vida libre de violencia, entre otros. Al respecto, consideramos que todos estos derechos se conectan con el principio de interés superior del niño, en tanto garantizan diversos aspectos de su vida y deben considerarse siempre al momento de plantear la regulación de la maternidad subrogada.

**Palabras clave:** maternidad subrogada, interés superior, niños, concebido, altruista.

## **ABSTRACT**

The general objective is to determine whether the implications of surrogacy versus the best interests of the child. The approach was qualitative, grounded and basic theory design. Six lawyers specialized in the matter were interviewed. It comes to the conclusion that the principle of the best interests of the child is constitutionally established as the obligations of the State, that any situation in which the rights of minors are at risk privilege their interests, which does not imply That, for this reason, the rest of the constitutionally recognized principles and rights should be ignored, such as: right to life, right to health, right to dignity, right to liberty, right to identity, right to filiation, right to integrity , the right to free development of the personality, the right to a life free of violence, among others. In this regard, we consider that all these rights are connected with the principle of the best interests of the child, insofar as they inform various aspects of their life and should always be considered when proposing the regulation of surrogacy.

**Keywords:** surrogacy, best interests, children, conceived, altruis

## I. INTRODUCCIÓN

El principio de interés superior del niño está referido a que en cualquier caso en que los derechos de los niños y niñas se encuentren involucrados, deben adoptarse medidas que permitan resguardar sus intereses. Así, cuando nos referimos a la maternidad subrogada, nos encontramos en una situación de tensión en la cual por un lado se encuentra el interés que tienen aquellos que recurren a esta técnica de convertirse en padres, y por otro, el del niño, respecto al cual debe garantizarse su dignidad desde su gestación.

Las posiciones controvertidas sobre el real alcance de dicho principio, lo colocan en una posición de indeterminación que ha generado se formulen una serie de posturas al respecto. Por lo que, el ámbito de discrecionalidad que poseen los operadores de dotar de contenido a este principio resulta bastante amplio. Así, al momento de adoptar decisiones en las que estén involucrados niños y niñas, la interpretación en base al interés superior del niño implica un esfuerzo por garantizar los derechos reconocidos a través de importantes normas como la Constitución Política y las convenciones.

El instrumento más importante que reconoce dicho principio establece que este debe considerarse siempre cuando se actúe en las materias de derecho penal y familia. Este instrumento es la Convención sobre los Derechos del Niño. Pese a ello, entendiendo que este principio ha sido incorporado en las constituciones políticas de los Estados que se afirman como Estados Constitucionales de Derecho, se convierte en un principio De esta forma, se constituye como un principio transversal, garantizándose en cualquier ámbito donde los derechos de los menores se encuentren involucrados.

En el plano social, se han observado incrementos en los índices de infertilidad en el Perú, advirtiéndose que, de cada diez parejas, al menos dos tienen problemas para concretar la concepción. Asimismo, se afirma que un estimado de un millón a millón y medio en el 2020 habrían tenido

complicaciones relacionadas con la infertilidad, lo que ha convertido a nuestro país en uno de los que lideran las técnicas de reproducción asistida **(en adelante TERA)** en Latinoamérica (Perú21, 2020). De esta forma, con la ayuda de la ciencia, muchas personas pueden alcanzar su objetivo de convertirse en padres pese a sus problemas de infertilidad o complicaciones en la gestación.

Sin embargo, el uso de las nuevas tecnologías, en particular las TERA, han resultado favorable para el interés de las parejas que desean convertirse en padres, no obstante, también han traído consigo nuevas controversias en el plano jurídico, puesto que en el caso de la maternidad subrogada existe cuestiones relevantes que van más allá del derecho de filiación. Así, no puede reducirse el problema de maternidad subrogada al plano del derecho civil, en tanto encarna cuestiones relativas al derecho a la vida, a su dignidad, la protección de la familia y entre otros.

Para poder comprender la dimensión real de los problemas, es que partiremos señalando que se comprende por maternidad subrogada a la TERA que consiste en la gestación de un niño que se produce en el vientre de una mujer que renuncia a sus derechos de madre en favor de uno tercero o una pareja, en virtud de acuerdo previo. La maternidad subrogada se puede llevar a cabo implicando o no una contraprestación económica, como puede ser el compromiso de que los comitentes cubran gastos que surjan hasta el parto. Sin embargo, esto dependerá de la forma en la que esté regulada en cada ordenamiento jurídico.

Frente al principio del interés superior, la maternidad subrogada deja de ser un problema dejado a la libre regulación por parte de los Estados. En nuestro país, el Código de Niños y Adolescentes ha recogido este principio basándose en lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, prescribiendo que en toda aquella medida que pueda involucrar niños y niñas, se debe cautelar su interés superior como se sostiene en el artículo 3°.

De esta manera, al verse involucrados niños y niñas en la práctica de la maternidad subrogada, en base a lo prescrito por la Convención, deberá observarse este principio al momento de regularlo a fin de no incurrir en la violación de este principio vital.

La importancia de observar este principio se puede contemplar con mayor facilidad en casos como el de la comercialización de niños, el cual ha sido definido como la transacción en la cual un menor es entregado a otras personas en virtud de una contraprestación económica u otro tipo de contraprestación, tal cual se ha establecido en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño (2000).

El Comité de Derechos del Niño (2014), en tanto es el órgano encargado de cautelar el cumplimiento de la Convención, ha advertido sobre las consecuencias de la falta de regulación de la maternidad subrogada. Así, señaló que, en la India, producto se ha proliferado el mercado de la maternidad subrogada, calificándola como una venta de niños, por lo que recomendó se proscriban estas prácticas incorporándolas en las leyes penales de los países en la figura de adopción ilegal o uso indebido de la maternidad subrogada.

Para evitar la proliferación de estos mercados, es que en diversos países se ha legalizado la maternidad subrogada pero en su forma altruista, es decir, sin ninguna contraprestación económica. Sin embargo, esta tampoco ha estado exenta de críticas, en tanto ello exige una vigilancia estricta de que no se vaya a producir un abuso de esta práctica. Por ejemplo, que, si bien no se pacte una contraprestación dineraria, podrían aprovecharse las condiciones de precariedad y vulnerabilidad de algunas mujeres para convencerlas de gestar en base de algunas contraprestaciones que se puedan dar de manera informal.

Por otro lado, en tanto el contrato a realizarse tiene como objeto al niño o

niña por nacer, se puede interpretar esta como una cosificación de este ser humano, prevaleciendo el interés de los contratantes de convertirse en padres por sobre su dignidad. Por lo que, el diseño de cualquier regulación de maternidad subrogada debe prever estas situaciones para evitar que se atente contra la dignidad de los niños y niñas, en virtud del principio de interés superior del niño.

Asimismo, la dignidad humana es un concepto que implica la prohibición de la instrumentalización de cualquier ser humano, en tanto cada ser humano es un fin en sí mismo. De esta manera, algunos críticos podrían interpretar que en el caso de la maternidad subrogada se estaría instrumentalizando el cuerpo de la madre gestante e incluso del concebido para convertir en padres a los comitentes.

Otra situación a considerar, son las cláusulas de confidencialidad, las cuales pueden vulnerar los derechos relativos a la identidad de los menores, puesto que constituirían barreras para conocer su origen si este así lo desea, lo que podría atentar contra su interés superior.

En el Perú, el artículo 7° de la Ley N° 26842, Ley General de Salud establece sobre las técnicas de reproducción asistida, que toda persona puede recurrir a ellas cuando presente infertilidad a fin de procrear siempre que la madre gestante y madre genética coincidan en una misma persona.

De esta manera, se admite el uso en el Perú de las TERA, sin embargo, la maternidad subrogada quedaría excluida puesto que, por definición, la persona que otorga el material genético (en este caso la madre) y la gestante no coinciden, o al menos cuando coinciden, la finalidad es que esta persona renuncia a su condición de madre en favor de otra.

El Código Civil, en el libro de Derechos de las Personas, establece que se encuentra prohibidos todos aquellos actos en los que se disponga del propio cuerpo cuando esta implica desmedro de su integridad física, o cuando

resultan atentatorias al orden público y las buenas costumbres (art. 6°). Así, en base a esta prohibición podríamos tener otro elemento para señalar que los denominados “vientres de alquiler” se encontrarían proscritos en nuestro ordenamiento jurídico.

En el plano legislativo, se han presentado proyectos que han abordado las implicancias de las técnicas de reproducción asistida, tal fue el caso de los Proyecto de Ley N°. 1722/2012-CR y el N° 2003/2012-CR, sin referirse de manera específica a la TERA que venimos tratando. En el Proyecto de Ley N° 264/2001-CR, se estableció que la maternidad subrogada se declara nula, toda vez que la filiación se encuentra fijada a por el hecho del parto, con la única excepción de la impugnación de paternidad. Mientras que el Proyecto de Ley N°. 2839/2013-CR se buscó legalizar la maternidad subrogada altruista, introduciendo una modificatoria en el artículo 7° de la Ley General de Salud, señalando que esta se realizará mediante fecundación in vitro con el material genético de aquellos que serán declarados como padres implantándose en el vientre de una mujer que acepta voluntariamente llevar a cabo la gestación en favor de ellos.

Pese a que se presentó una propuesta concreta de legalizar la maternidad subrogada altruista, esta no prosperó. Así, el vacío legislativo sobre esta práctica sigue dejando abierta la necesidad de regularla, ya sea para proscribir y penalizar estas prácticas, o de permitirla estableciendo las condiciones en las que esta debe producirse que resulten respetuosas de los derechos fundamentales. De lo contrario, se seguirán presentando casos, como en los que mafias aprovechan para traficar con los vientres de alquiler cobrando entre 10 mil y 30 mil soles, incautando a mujeres de bajos recursos llevándolas a clínicas que realizan estas prácticas de manera ilegal, en otros casos sacándolas el país o falsificando documentos (Perú21, 2012).

De esta forma, al haberse reconocido el interés superior en el derecho peruano e internacional, cualquier fórmula regulatoria deberá determinar si se cumple con cautelar los derechos de los niños y niñas. Por lo que, debe

analizarse el fenómeno de la maternidad subrogada en nuestro país a la luz de su asidero constitucional y convencional.

En razón a lo anteriormente expuesto, se busca responder la siguiente **interrogante**: ¿Cuáles son las implicancias de la maternidad subrogada frente al interés superior del niño?

La **justificación teórica** de la presente investigación consiste en que tanto la maternidad subrogada como el principio de interés superior del niño es un fenómeno que ha sido conceptualizado de manera heterónoma, por lo que existen una serie de posturas en torno a ellas que conviene esclarecer.

La **justificación práctica** radica en que los operadores del derecho requieren de mayores alcances para poder interpretar el principio de interés superior del niño y resolver controversias sobre la maternidad subrogada que resulten acordes al marco constitucional y convencional.

La **justificación metodológica** radica en que esta aproximación al fenómeno de la maternidad subrogada en el Perú y el interés superior del niño, podrá utilizarse como punto de partida para realizar nuevos abordajes a partir de las conclusiones arribadas.

La **justificación social**, radica en que la maternidad subrogada es un fenómeno complejo en el cual se encuentran implicados problemas sociales, pero que tiene como protagonista a los niños y niñas por lo que estamos frente a una población vulnerable que exige protección estatal en cualquier asunto en el que se encuentren implicados.

Se tiene, como **objetivo general**, determinar si las implicancias de la maternidad subrogada frente al interés superior del niño, y, como **objetivos específicos**: (i) Analizar cuáles son las consideraciones ético-jurídicas en torno a la maternidad subrogada. (ii) Identificar como está configurado constitucionalmente del principio de interés superior del niño. (iii) Conocer la

realidad jurídica de la maternidad subrogada y el interés superior del niño en el Derecho Comparado

## II. MARCO TEÓRICO

Con la finalidad de llevar a cabo la investigación planteada, es necesario referirnos en primer lugar a los antecedentes.

Como **antecedentes internacionales**, encontramos la investigación de Anitúa (2019), en la cual sostiene que en el caso español no ha existido una adecuación al derecho internacional que regula el interés superior frente al fenómeno de la maternidad subrogada. Además, sostiene que esta situación puede superarse vía control de convencionalidad que pueden realizar los jueces en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Ávalos (2017), realiza un análisis sobre la relación que existe entre el interés superior y la maternidad subrogada en el caso ecuatoriano, por lo que, arriba a la conclusión de que, en este país, se han producido casos graves de explotación de mujeres para utilizarlas como vientres de alquiler o la proliferación de venta de niños.

En el trabajo de Rivera (2017), se advierte que en Ecuador se ha vulnerado el principio de interés superior producto de la maternidad subrogada, en tanto estos se producen al margen de la ley por lo que no se han adoptado las medidas que protejan a los concebidos. Por lo que, concluye, debe promulgarse una ley que permita la protección de los derechos de los niños que nacen a partir del uso de esta técnica.

En el caso de **antecedentes nacionales** Salinas (2019), sostiene que, pese a que corresponde que se tomen medidas en los casos existentes, no resultaría necesario que una ley lo regule en tanto esta práctica vulnera el derecho a la vida del niño, a la identidad y, por tanto, se vulnera el principio de interés superior.

Para Corrales (2017), el derecho a la filiación debe ser incorporado en la Constitución autónomamente, debiendo regularse esta práctica de TERA con la finalidad de garantizar este derecho, así como el de la identidad y su interés superior, los cuales vienen siendo vulnerados en el uso de esta técnica.

En la investigación de Lara (2016), al estudiar las sentencias y disposiciones emitidas por jueces y fiscales de Lima Norte, concluye que resulta necesaria regular la maternidad subrogada, puesto que esta impacta en un nivel alto en el derecho de protección a la familia.

Ahora, dentro del **marco teórico** de esta investigación, partiremos definiendo la variable **maternidad subrogada**. Entendemos por maternidad subrogada, o gestación por sustitución, cuando una mujer presta su vientre para gestar en favor de un tercero o terceros, reconocidos como la parte comitente quienes asumirán legalmente la paternidad y/o maternidad del niño nacido (Emaldi, 2018).

Otra definición sugiere que, la maternidad subrogada es un procedimiento basado en un contrato en el cual una mujer “renta” su útero con la finalidad de renunciar a sus derechos como madre en favor de uno o más terceros (Baffone, 2013). En este contexto, subrogar se refiere a reemplazar o sustituir a la gestante respecto a sus derechos de filiación a partir de un contrato previo. Además, este proceso puede realizarse por fecundación in vitro o inseminación artificial (Valero, 2019).

Al respecto, de esta definición encontramos que el acto jurídico por el cual se acuerda la maternidad subrogada no se especifica si este implica una retribución económica o no. Ello se explica en tanto dependerá de la regulación de cada país en el que se admiten este tipo de prácticas.

El origen histórico de esta técnica de reproducción tal cual la conocemos en la actualidad, podemos encontrarla en los Estados Unidos, en el célebre

**caso Baby M** de 1985, en el cual el matrimonio de apellido Stern realiza un contrato con Mary Whitehead, para gestar un niño vía inseminación artificial con los espermatozoides del señor Stern, renunciando a sus derechos filiales en virtud de una contraprestación de \$10,000 (diez mil dólares americanos). Sin embargo, al momento de dar a luz, Mary Whitehead decide no renunciar a sus derechos como madre, inscribiéndose como tal en los registros civiles, y como padre biológico al señor Stern. En una primera instancia, un juzgado de New Jersey ampara el contrato de maternidad subrogada, reconociendo la filiación a la familia Stern, sin embargo, vía apelación el Tribunal Supremo revoca y declara nulo el contrato, sin embargo, reconoce que, en virtud de resguardar los intereses del menor, este debe quedar bajo custodia de la familia Stern (Martínez, 2015).

Candal (2018) advierte que la maternidad subrogada puede adquirir diferentes denominaciones en virtud de las circunstancias en las que se lleva a cabo. Así debemos conocer las siguientes definiciones:

- **Madre portadora:** en este caso, se presente la situación en la que existe una mujer que puede generar óvulos, pero se encuentra impedida de gestar por lo que acude a otra quien prestará su útero para llevar a cabo la gestación. Ambos padres aportan material genético.
- **Madre sustituta:** en esta situación, existe una mujer que no puede generar óvulos ni tampoco es capaz de gestar, así que busca a una tercera que pueda cumplir con aportar los óvulos y a la vez gestar. El marido aporta los espermatozoides.
- **Embriodonación:** en este caso, nos encontramos frente a una pareja infértil, por lo que recurren a alguien que done los espermatozoides y una mujer que aporte óvulos y/o lleve adelante la gestación. En estos casos pueden participar hasta tres personas en el proceso de maternidad subrogada, además de los comitentes (donante de

espermatozoides, donante de óvulos y la gestante).

Otra tipología, como la que sugiere Salazar (2018), hace referencia a dos tipos: maternidad subrogada parcial y maternidad subrogada total:

- **Maternidad parcial:** se produce cuando la madre gestante aporta los óvulos y el esposo de la mujer comitente los espermatozoides. En los países donde se admite esta modalidad, los contratos incluyen cláusulas en las cuales la madre gestante, pese a tener un nexo genético con el niño, renuncia a su condición de madre en favor de la madre contratante.
- **Maternidad total:** esta se produce en casos donde la fecundación se ha producido en vitro y es implantado en la madre que presta su vientre, sin aportar sus óvulos al proceso.

Si bien esta práctica ha sido justificada como un medio más en el cual parejas que tienen problemas para concebir pueden convertirse en padres, ha recibido serias críticas. Al respecto, hay quienes sostienen que este mecanismo lleva a que se puedan explotar mujeres que se hallen en condiciones de vulnerabilidad en favor de parejas o personas que poseen un mayor estatus económico (Cruz, 2013).

En el Perú, si bien esta figura no está regulada, jurisprudencialmente ha tenido cierto grado de desarrollo. Por ejemplo, en el **proceso de amparo Exp. 06374-2016-0-1801-JR-CI-05**, llevado a cabo por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Lima, una pareja de esposos, luego de haber intentado concebir mediante diversos mecanismos, deciden por consejo de su médico recurrir a la maternidad subrogada, a la que accede una mujer voluntariamente. Sin embargo, al momento de nacer el menor la RENIEC lo inscribe como hijo de la madre gestante y padre al comitente, pese a que la madre gestante advirtió su situación de vientre subrogado. El juzgado falla a favor de los demandantes

ordenando la corrección del acta de nacimiento debiendo consignarse el nombre de los comitentes.

En el caso de la **Casación N° 563-2011–Lima**, la Corte Suprema amparó una adopción por excepción de un menor que había sido engendrado con el espermatozoide del demandado y su pareja la gestante, los cuales habrían entregado a otra pareja al menor para que lo adopten a cambio de dinero, por lo que, considerando el interés superior del niño y la actitud de los padres biológicos, se reconoció la condición de pre-adoptantes a la pareja que habría contratado la maternidad subrogada. Este caso, ha sido considerado como emblemático para los partidarios de su legalización.

En el derecho comparado, la técnica de maternidad subrogada ha sido regulada de manera diversa. En España, se declara nulo cualquier acuerdo de este tipo basándose en el artículo 10° la Ley N° 14-2006, ya sea que se pacte algún precio o no, en tanto implique la renuncia de la gestante de su derecho de filiación en favor de un tercero contratante.

En Australia, existe la Ley de Subrogación, N°102-2010 y su Reglamento N°464 del año 2016, los acuerdos de maternidad subrogada son admitidas solamente en la modalidad altruista, para lo cual los tribunales deberán evaluar las condiciones de los padres intervinientes previo a declarar su paternidad, prohibiéndose de manera específica la maternidad subrogada comercial.

En México, mediante la reforma de la Ley General de Salud del 2016, reconociéndose la técnica de maternidad subrogada de carácter altruista, solamente en el caso de que el acuerdo se realice entre ciudadanos mexicanos, sea una pareja heterosexual y cuente con la opinión favorable de un médico.

En Estados Unidos la regulación de la maternidad subrogada es totalmente heterogénea. Así, existen Estado en los cuales se encuentra totalmente

prohibida el uso de esta técnica. En Michigan o Arizona, acarrea responsabilidad penal incluso a quienes recurran a estos medios para concebir. En otros estados, al no haber una regulación clara, queda en potestad de las cortes el reconocimiento de la filiación por maternidad subrogada, como es el caso de Georgia, Idaho, Minnesota, Montana, Oregón y Nueva Jersey.

Por otro lado, en Uruguay, en los artículos 25°, 26°, 27° y 28° de la ley N° 19.167, establece las condiciones que posibilitan la maternidad subrogada legal: el impedimento para la gestación de la madre comitente, la ausencia de retribución alguna a la madre gestante, vínculo consanguinidad hasta un segundo grado de la madre gestante respecto a la madre comitente o su esposo y que cuente con opinión favorable de la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida.

Respecto a la variable **interés superior del niño**, se puede definir, siguiendo a Plácido (2015), como aquel instrumento que busca el otorgamiento de protección efectiva a los niños y niñas, prohibiendo los abusos hacia ellos y promoviendo acciones de bienestar mediante políticas que resulten favorables para aquellos.

Asimismo, es considerado como un pilar fundamental que debe considerarse siempre que se adopte alguna acción en el cual se vean involucrados niños y niñas. Por lo que, la actividad estatal debe orientarse en base a este pilar fundamental, ponderándose el impacto sobre su presente y futuro (Barletta, 2005).

Por otro lado, el objetivo principal del principio se refiere a garantizar un entorno que resulte adecuado, promueva su desarrollo y bienestar. Debiendo los órganos estatales considerar aquellas circunstancias que impidan o favorezcan la obtención el objetivo planteado. Del mismo modo, la sociedad debería regular su accionar en base a este principio, por lo que en ningún contexto los niños y niñas se encontrarían desprotegidos

(Torrecuadrada, 2016).

De esta manera, en un caso donde se discute la custodia de menores, otorgar visitas u ordenar su custodia debe tomarse en cuenta si la modificación favorece a los menores. Este principio será interpretado por el juez para arribar a la decisión más adecuada, considerando que esto puede resultar una actividad compleja por el grado de indeterminación conceptual de este principio.

Los niños son considerados, a la luz de los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, sujetos de derechos y su interés deber ser cautelado por el Estado y la sociedad en cualquier proceso de toma de decisiones. Al respecto, encontramos las siguientes normas internacionales:

- En el numeral 2 del artículo 25° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) se reconoce el derecho de recibir asistencia y los cuidados que requieran los niños.
- El artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), establece de la misma manera, que los niños tienen derecho a que se les asista, cuide y proteja conforme a sus necesidades especiales.
- En la Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959). Se fijan principios que se refieren al interés superior del niño, entre los que se incluyen: el disfrute sin discriminación de todos los derechos que les son reconocidos, los legisladores deben considerar el interés superior del niño en su actividad legislativa, para el desarrollo de los niños se les debe garantizar su seguridad material y moral, por lo que no se le debe separar de su madre sin justificación.
- El numeral 4 del artículo 23° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), establece que la protección de los hijos debe

garantizarse en los casos donde el matrimonio se haya disuelto. Lo mismo se replica en el numeral 4 del artículo 17° de la Convención Americana sobre Derechos (1969),

- El numeral 3 del artículo 10° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), establece que los Estados deben adoptar medidas que doten de asistencia y proteger a los niños y adolescentes, para que puedan desarrollarse con normalidad.
- Los literales c. y d del artículo 15.3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988) establecen el deber del Estado de coadyuvar a la construcción de ambientes familiares adecuados que garanticen el desarrollo de la niñez.

Sin embargo, de manera específica el primer instrumento internacional que regula de manera específica todo lo referido a los derechos de la niñez, es la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) resultando obligatoria para los Estado que la han ratificado. Esta Convención constituye un marco de carácter ético y jurídico que ordena las relaciones de la infancia, e inspira aquellas transformaciones culturales, políticas y sociales para coadyuvar la construcción de países democráticos (MIMP, 2012).

Este instrumento, compuesto por un total de 54 artículos componen la base de los derechos de los menores, tanto de sus derechos civiles y políticos y sus derechos económicos, sociales y culturales. Asimismo, establece los principios fundamentales que deberán considerarse para la materialización de estos derechos como son: el mejor interés del niño, la no discriminación, derecho a la vida y al desarrollo, así como el respeto a sus opiniones.

En el año 2000 se emiten dos protocolos y en el 2011 un tercero que completan la Convención, los cuales son: el protocolo referido a los niños en el contexto de conflictos armaos, el protocolo referido a la venta, prostitución y pornografía infantil y el protocolo facultativo que se refiere a las denuncias

que se formulan ante el Comité de los Derechos del Niño y el trámite que deben seguir.

El artículo 3° de la Convención, contempla que los principios fundamentales establecidos se encuentran vinculados de manera igualitaria entre sí. Otro elemento importante, es que se debe de considerar siempre que sea posible, la opinión de los niños para la toma de decisiones y determinar su interés superior.

La Constitución Política en su artículo 4° se refiere a que el Estado y la sociedad deben proteger a los niños, adolescentes, madres y ancianos en abandono de manera preferente. Es en este artículo donde es ubicado e manera implícita el principio de interés superior producto de la obligación de prestarles especial atención.

El primer Código de Niños y Adolescentes - Decreto Ley 26102 de 1992, vigente desde 1993, establece en el artículo VIII de su Título Preliminar el principio de interés superior del niño para garantizar los derechos de los niños. El segundo Código de Niños y Adolescentes, del año 2000, siguiendo la línea establecida en la Convención desarrollando los derechos contenidos allí, y recoge lo establecido en el texto anterior en lo referido al principio de interés superior del niño.

De esta manera, este principio ha sido constitucionalizado y desarrollado a través de diversas normas que ordenan la práctica jurídica siempre que se encuentre involucrados niños y niñas. Puesto que, en ningún momento, o etapa de su vida puede desconocerse sus derechos. Incluso, como reconoce nuestra Constitución, este interés debe considerarse desde la concepción, protegiéndose desde ese momento.

### **III. METODOLOGÍA**

#### **3. 1. Tipo y diseño de investigación**

La investigación ha sido diseñada con un **enfoque cualitativo**, adoptado una perspectiva de carácter interpretativa en la cual se pretende comprender el sentido de los actos de los seres humanos, así como de sus

instituciones (Hernández, Fernández y Baptista, 2014). Además, es una **investigación de tipo básica**, puesto que pretenden incrementar el conocimiento sobre la problemática planteada, sin que, de manera necesaria, alguno de los resultados arribados se aplique inmediatamente en la realidad (Tam, Vera y Oliveros, 2008). Mantiene además un diseño de **teoría fundamentada**, en el que se construirá inductivamente una teoría a partir de los datos obtenidos (Páramo, 2015).

### **3. 2. Categorías, Subcategorías y matriz de categorización**

Las categorías que componen la presente investigación cualitativa (Hernández, Fernández y Baptista, 2014), son las siguientes:

**Primera categoría: “implicancias de la maternidad subrogada”.**

Sub-categorías: “consideraciones éticas” y “consideraciones jurídicas”.

**Segunda categoría: “interés superior del niño”.**

Sub-categorías: “configuración constitucional” y “realidad jurídica”.

### **3.3. Escenario de estudios**

El ordenamiento jurídico peruano constituye el escenario en el que se desarrollará el presente estudio, pues es en aquel, en el que los abogados, jueces, fiscales y operadores del derecho en general se desenvuelven. Por otro lado, si adoptamos un enfoque territorial sobre el espacio, podemos señalar que por el lugar en el que se llevará a cabo la investigación, este responde a la **ciudad de Tacna**.

### **3.4. Participantes**

Se aplicaron los instrumentos de investigación a seis (06) abogados radicados en la ciudad de Tacna. Adicionalmente, se realizó la revisión de legislación y jurisprudencia nacional e internacional referida a la problemática de la maternidad subrogada y el interés superior del niño.

### **3.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos**

Las técnicas se refieren a aquellos medios que permiten realizar la investigación, siendo que los instrumentos son los materiales que se utilizarán para alcanzar los objetivos (Niño Rojas, 2011).

En el presente proyecto, utilizamos la técnica de entrevista y el instrumento de **guía de entrevista**. Asimismo, se revisaron: a) Normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos relativas al interés superior del niño, b) Derecho comparado sobre la maternidad subrogada, c) Normas de diverso rango emitidas en el Perú relativas al interés superior del niño y la maternidad subrogada.

### **3.6. Procedimiento**

En primer lugar, aplicamos las entrevistas a los seis (06) abogados del Ilustre Colegio de Abogados de Tacna; posteriormente sistematizamos toda la normativa nacional e internacional relativa a la maternidad subrogada y el interés superior del niño, por lo que se pudo acceder a diversos pronunciamientos que permitan evidenciar posiciones a favor y en contra del fenómeno estudiado.

Obtenidos los datos, procederemos a analizarlos mediante tabulación de los resultados, comparándolos posteriormente identificando y discutiendo las principales posturas evidenciadas sobre la maternidad subrogada y el interés superior del niño.

### **3.7. Rigor científico**

Al respecto, la presente tesis, además de seguir rigurosamente las pautas metodológicas enunciadas, nuestros instrumentos serán validados por el juicio de expertos y será examinada por software anti plagio Turnitin.

### **3.8. Método de análisis de datos**

En el presente estudio se aplicaron técnicas de **carácter cualitativo**, como

es el método hermenéutico mediante el cual observaremos el fenómeno estudiado, arribando a una conclusión final mediante el método inductivo. Los tres subprocesos que compone la presente investigación: i) selección de la información relevante; ii) sistematización y presentación de la información; y iii) Discusión de los resultados y arribaremos a las conclusiones, aplicando técnicas que posibiliten que, a partir del análisis de los datos, extraer significados relevantes para comprender nuestro problema de investigación (Hernández, Fernández y Baptista, 2014).

### **3.9. Aspectos éticos**

El presente trabajo se condujo por los principios de la ética de la investigación científica; empleándose además el formato APA para su redacción, manteniendo el respeto hacia los participantes, los cuales han participado de manera voluntaria en nuestro estudio. Además, las fuentes a las que se ha recurrido han sido citadas y referenciadas de manera adecuada.

## **IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

### **4.1. Resultados**

Se aplicó la guía de entrevista a los especialistas en derecho constitucional, siendo que, los entrevistados 1, 2, 3, 4, 5 y 6, abogados especialistas que radican en la ciudad de Tacna.

Dentro del proceso de desarrollo de la presente tesis a fin de dar cumplimiento a los objetivos específicos, se obtuvieron los siguientes resultados:

**OBJETIVO ESPECIFICO N° 01:** Analizar cuáles son las consideraciones ético-jurídicas en torno a la maternidad subrogada

**TABLA 1: Posturas éticas en torno al inicio de la vida**

**PREGUNTA 1:** ¿Cuáles considera son las principales posturas éticas (o bioéticas) en torno al inicio de la vida? ¿Con cuál de ellas está de acuerdo?

ENTREVISTADO 1	ENTREVISTADO 2	ENTREVISTADO 3
<p>Si bien es cierto, el concebido adquiere derechos, particularmente considero que los derechos que este posee se origina desde la fecundación, es decir el legislador ha establecido un conjunto de leyes que permitan garantizar su formación, desarrollo y nacimiento, un ejemplo de esto es regular los delitos contra la vida, en las diversas modalidades de aborto, cuya responsabilidad penal y civil recaerán sobre los autores y cómplices.</p>	<p>Encontramos que existen diversas posturas en torno a la vida, están las que establecen que la vida es a partir de la fecundación, la de la viabilidad y la de la aparición de la corteza cerebral. Desde mi punto de vista profesional, que puede distar del personal, de estas tres teorías me encuentro de acuerdo con el de la viabilidad. Dado que como se ha demostrado en diversa jurisprudencia, sobre todo en el derecho derivado del Common Law la vida empieza cuando el feto es capaz de sobrevivir por sí mismo, aunque sea un instante fuera del</p>	<p>Si se habla del inicio de la vida humana, puedo considerar 3 posturas bioéticas: la procreación natural, la procreación asistida y la clonación. Considero, que la procreación ha fungido como único medio de sobrevivencia de la especie hasta hace pocas décadas, pero que el inicio de otros medios de iniciar vida humana no debería ser contrapuestos con determinados fines superiores, por lo que estoy de acuerdo con los tres.</p>

vientre materno. Dado que esa independencia nos permite hablar de un sujeto de derecho propiamente dicho. Es claro que el tema de la corteza cerebral, de la capacidad de razonar, será una segunda instancia a considerar en cuanto se presente la primera mencionada.

ENTREVISTADO 4	ENTREVISTADO 5	ENTREVISTADO 6
<p>La postura bioética de la reproducción natural como resultado de la unión sexual entre un hombre y una mujer. La postura bioética de la reproducción asistida en la que la unión sexual se sustituye por una actuación médica o científica. Estoy de acuerdo con ambas, toda vez que se resuelve el problema de infertilidad o esterilidad, no obstante, la falta de regulación normativa hace que la TERA (Técnica</p>	<p>Postura biológica/individual. Posturas relacionales. Posturas basadas en criterios múltiples. Concuerdo con la postura basada en criterios múltiples: Ello al considerar a la persona humana como un agente que posee un código genético humano, lo interesante de esta tesis se basa en que el carácter de persona emerge con la aparición del código genético individual durante la fertilización y su posterior desarrollo son expresiones del código genético para cada individuo en particular</p>	<p>La bioética utilitarista. La bioética universalista. La bioética personalista. El principalísimo bioético. Convengo con la bioética personalista.</p>

---

Reproducción Asistida) dándole importancia se practique de forma también a su interacción con clandestina o informal en el medio ambiente, perjuicio de la parte más concluyendo que el vulnerable: el concepto de persona exige CONCEBIDO, más que la pura dimensión NEONATO o NACIDO biológica, siendo el VIVO. ambiente, la sociedad aspectos claves de su desarrollo. (...)

---

**INTERPRETACION:** Al respecto, no ha habido consenso sobre cuáles serían las posturas éticas o bioéticas sobre el inicio a la vida, por lo que podríamos clasificar las posturas presentadas por los entrevistados, en las siguientes: **1) Posturas éticas biológicas** (entrevistado 1 y 2), **2) posturas éticas sobre la procreación** (entrevistado 3 y 4), **3) posturas bioéticas específicas** (entrevistado 5) y **4) posturas bioéticas generales** (entrevistado 6). Sobre las preferencias de los entrevistados, encontramos quienes están de acuerdo con una sola postura: la fecundación (entrevistado 1), viabilidad (entrevistado 2); mientras que otros están de acuerdo con más de una: criterios múltiples (entrevistado 5), reproducción natural y asistida (entrevistados 3 y 4), agrando la clonación en el caso de Moscoso y bioética personalista (entrevistado 6).

---

*Fuente: Entrevistas aplicadas a especialistas en materia de derecho constitucional*

**TABLA 2: Posturas sobre la dignidad humana**

**PREGUNTA 2:** ¿Cuáles considera son las principales posturas éticas entorno a la dignidad humana? ¿Cuál es su concepto de dignidad humana?

ENTREVISTADO 1	ENTREVISTADO 2	ENTREVISTADO 3
Al ser un derecho constitucional, esta la adquiere el recién nacido, es decir, cuando nace vivo, adquiere todos los derechos atribuibles a una persona humana, dentro de ellos el derecho a una vida digna.	Encontramos a quienes ven a la dignidad humana como un valor o como un derecho. Profesionalmente veo a la dignidad humana como el primer derecho fundamental que se manifiesta en la historia del derecho, aquel que se relata en la tragedia griega “Antígona”, en donde las leyes del rey no pueden superponerse a las leyes de Dios, de los hombres, a su derecho de vivir y de morir sobre sus costumbres y creencias, con dignidad.	Considero tres posturas al respecto: a) la negatoria, que afirma no todo ser humano es persona, siendo que la misma no puede ser exclusiva del ser humano respecto de toda la naturaleza; b) la afirmativa, que considera que solo los humanos dotados de conciencia son personas y producto de su libertad humana adquieren la dignidad; y c) la cristiana, que refiere que todo ser consciente o inconsciente es persona y posee dignidad. El concepto propio de dignidad humana, refiere a un valor intrínseco en la persona humana por el solo hecho de serlo, el cual le da la titularidad per se

de una serie de derechos relacionados a la vida, libertad, reconocimiento, entre otros; mismo que ha sido reconocido como derecho universal y actualmente tiene reconocimiento en la mayoría de cartas magnas.

<b>ENTREVISTADO 4</b>	<b>ENTREVISTADO 5</b>	<b>ENTREVISTADO 6</b>
<p>La dignidad humana en el pre nacimiento, esta tiene origen en el atributo de ser tratado ya como un ser humano viviente independiente a su matriz desde la concepción, la gestación hasta el alumbramiento con el reconocimiento mínimo de derechos o privilegios que garanticen su bienestar. La dignidad humana en el post nacimiento, esta se desarrolla desde el alumbramiento con la condición que nazca vivo para que el reconocimiento mínimo</p>	<p>(...) 1) Primero como valor de todos los seres humanos            2) El fundamento de los derechos fundamentales. El concepto de derechos humanos está íntimamente relacionado con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado.            (...)</p>	<p>Como valor de todos los seres humanos: la dignidad humana sería un valor inherente y absoluto al ser humano. Los derechos humanos tendrían su razón de ser y justificación en la protección y el desarrollo de la dignidad humana. La dignidad humana se puede entender como el valor que cada persona se da, ello también tiene relación con su</p>

---

de derechos o privilegios  
se amplíe hasta su total  
realización.

honor.

---

**INTERPRETACION:** Al respecto, señalan que puede comprender a la dignidad como un valor y un derecho (entrevistado 2); puede ser inherente, no exclusiva o exclusiva del ser humano (entrevistado 3), se puede obtener en el pre-nacimiento o en el post-nacimiento (entrevistado 4); es el primer valor y fundamento de los derechos humanos (entrevistado 5 y 6). Al respecto, los entrevistados concuerdan mayoritariamente en el punto siguiente: la dignidad humana es un atributo que nace con el ser humano mismo (entrevistados 1, 2 y 3).

---

*Fuente: Entrevistas aplicadas a especialistas en materia de derecho constitucional*

**TABLA 3: Posturas éticas sobre el rol de la institución familiar en la sociedad**

**PREGUNTA 3:** ¿Cuáles considera son las principales posturas éticas sobre el rol de la institución familiar en la sociedad? ¿Cuál es su posición al respecto?

<b>ENTREVISTADO 1</b>	<b>ENTREVISTADO 2</b>	<b>ENTREVISTADO 3</b>
La familia posee el rol de llevar a cabo una función de socialización, para que el niño pueda interactuar en una sociedad, desarrollando principios y valores que permitan a esta persona desarrollarse como tal, sin trasgredir el bien común y los derechos de las personas en su entorno, complementándose con el control social que debe tener toda familia con cada integrante. Esto permite que se alcance el bien común y el respeto de la norma.	Considero que lejos de las posturas éticas que puedan existir, debe entenderse a la familia como la cedula básica de la sociedad, por lo que esta es la base fundamental de desarrollo, no solo de un estado, sino de una comunidad, de un pueblo, de una ciudad y así sucesivamente. A través de las familias se transmiten los principios y valores que queremos ver realizado en la sociedad.	Puedo considerar las siguientes posturas éticas: Postura procreativo de la familia. Postura social de la familia. En lo personal, la visión social de la familia tiene mucho mayor alcance, puesto que versa aspectos económicos, políticos, y sociales de los integrantes organizados, siendo que la postura procreativa ha ido quedando sin fundamentos dado que la evolución de la estructura familiar ha variado significativamente.
<b>ENTREVISTADO 4</b>	<b>ENTREVISTADO 5</b>	<b>ENTREVISTADO 6</b>
El rol de la institución familiar como medio y fin. Constituye un medio por la cual se transmite	Función de equidad generacional. Función de transmisión cultural. Función de socialización.	La función de equidad generacional. La función de

---

historias, costumbres, Función de control social, transmisión cultural. normas y creencias de Función de afirmación de la La función de diversos aspectos de la persona por sí misma. Al socialización. vida. Y un fin debido a respecto mantengo una Función de control que se destina a crear posición basada en la social. Función de relaciones personales afirmación de la persona por afirmación de la (consanguíneo, afín o si misma, ello al entender persona por sí legal) o patrimoniales que es necesario dotar a los misma. Estoy (liberalidades o legítima integrantes de la sociedad conforme con la de la masa hereditaria). de respeto, resguardo y función de Ambos roles resultan promoción de su valor como afirmación de la consustanciales para persona, al margen de persona.. garantizar que todo consideraciones de edad, individuo pueda formar o sexo, capacidad económica e influencia de su integridad moral, fortaleciendo al individuo a fin de que se obtenga su mejor proyección en sociedad. (...)

---

**INTERPRETACION:** Las principales posturas, según los entrevistados son: función de socialización (entrevistados 1, 2, 3 y 5), función procreativa (entrevistado 3), como un medio o como un fin (entrevistado 4), función de equidad generacional, transmisión cultural (entrevistados 5 y 6), de afirmación por sí misma y control social (entrevistado 6). Como se puede observar, la postura preponderante en los entrevistados es la de socialización, puesto que sostienen que en la familia se reproducen valores y normas que permiten a sus miembros desarrollarse en sociedad.

---

*Fuente: Entrevistas aplicadas a especialistas en materia de derecho constitucional*

**TABLA 4: Configuración del derecho a la vida****PREGUNTA 4:** ¿De qué manera está configurado del Derecho a la vida?

<b>ENTREVISTADO 1</b>	<b>ENTREVISTADO 2</b>	<b>ENTREVISTADO 3</b>
<p>Es un derecho muy amplio, reconocido por convenios internacionales y cartas magnas de cada país, es un derecho que posee toda persona por el hecho de estar viva, protegiéndola sobre todo tipo de atentado o amenaza contra su vida, ya sea por parte de otras personas naturales o jurídicas.</p>	<p>Conforme lo establece nuestro ordenamiento civil, el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorezca. Siendo condición para ser considerado un sujeto de derecho que este nazca vivo. Eso desde un punto de vista formal. Desde un punto de vista social, el derecho a la vida involucra la dignidad humana antes mencionada, la libertad de pensamiento, religión, etc. El acceso a trabajo, vivienda, educación, etc. Digno.</p>	<p>El derecho a la vida, es el principal derecho por excelencia destinado a la protección y el respeto a la vida, y es de los más amplios, pues conlleva otros derechos intrínsecos como el derecho a la libertad, seguridad, supervivencia y al pleno desarrollo; mismo que ha sido consagrado y positivizado en el artículo 3º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.</p>
<b>ENTREVISTADO 4</b>	<b>ENTREVISTADO 5</b>	<b>ENTREVISTADO 6</b>
<p>Por el proyecto de vida, su ejecución y fin de ésta. El primero se refiere a la expectativa de procrear (el deseo de ser madre o padre, de tener descendencia), el</p>	<p>Como personas de leyes, mi opinión se basa en lo señalado por la Convención Americana sobre derechos Humanos que en su artículo 4º refiere disponer que: " Toda persona tiene derecho</p>	<p>La vida humana comienza con la concepción, por lo que el Estado protege su integridad moral, síquica y física, al</p>

---

segundo a la realización a que se respete su vida. respeto a su plena del procreado (a Este derecho estará dignidad, así como definir su identidad protegido por la ley y, en a su libre desarrollo estática o dinámica), y el general, a partir del intrauterino. tercero a la muerte digna momento de la concepción de ser necesario (...). (eutanasia).

---

**INTERPRETACION:** Los entrevistados concuerdan en que el derecho a la vida es un derecho que asiste a cualquier persona que deberá ser protegida frente a cualquier amenaza y que, además, es el derecho que posibilita el resto de derechos. De esta manera, los entrevistados señalan que el derecho a la vida está relacionado con la dignidad humana antes mencionada y las libertades básicas. También, algunos entrevistados sostienen que se encuentra referida al derecho al acceso a trabajo, vivienda, educación, etc. (entrevistado 2), seguridad, supervivencia y al pleno desarrollo (entrevistado 3). Sin embargo, el entrevistado 4 sostiene que este derecho se desarrolla en tres dimensiones: el proyecto de vida, su ejecución y fin de ésta.

---

*Fuente: Entrevistas aplicadas a especialistas en materia de derecho constitucional*

**TABLA 5: Configuración del derecho a la salud****PREGUNTA 5:** ¿De qué manera está configurado el Derecho a la salud?

<b>ENTREVISTADO 1</b>	<b>ENTREVISTADO 2</b>	<b>ENTREVISTADO 3</b>
<p>Nuestra Constitución reconoce este derecho en su artículo 7, es decir toda persona tiene garantizada la protección de su salud, la de su familia y de la comunidad, pero de igual manera adquiere ese deber de respetar la salud de otros e incluso la obligación de auxiliar, cuando las circunstancias permitan, la salud de otras personas, siendo pasible de atribuirle una responsabilidad penal ante tal omisión de auxilio.</p>	<p>El derecho a la salud no solo implica que existan hospitales en el país, sino de que exista el acceso a ellos por parte de todos los ciudadanos, de que este sea brindado con calidad, de manera oportuna y dentro de las mismas condiciones que en cualquier hospital del país. Un hospital y un médico al que no se puede acceder de manera oportuna no garantizan el derecho a la salud de nadie. El derecho a la salud también implica el derecho a una alimentación saludable, acceso a campos deportivos, recreativos, etc. La salud es física y mental.</p>	<p>El derecho a la salud, es un derecho que se configura sobre el acceso a un nivel de vida adecuado, pero que también versa sobre la disponibilidad de su cuerpo y el acceso a información y servicios de salud, el mismo se encuentra consagrado en el artículo 25<sup>o</sup> de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.</p>
<b>ENTREVISTADO 4</b>	<b>ENTREVISTADO 5</b>	<b>ENTREVISTADO 6</b>
<p>La salud física (corporal,</p>	<p>(...) El derecho a la salud es</p>	<p>El derecho a la</p>

---

sexual y reproductiva), una obligación de los salud tiene relación  
mental (cognitiva e Estados debiendo de con contar con los  
intelectual) y respetar el disfrute de este medios y recursos  
psicoemocional derecho, protegiendo a los disponibles,  
(afectiva), así como a la ciudadanos a través de la accesibles,  
asistencia y tratamiento adopción de medidas aceptables y de  
médico convencional o eficientes para su disfrute, calidad que  
alternativo. fomentando políticas permitan garantizar  
viables para su el máximo nivel de  
cumplimiento. (...) salud posible.

---

**INTERPRETACION:** Al respecto, los entrevistados, si bien reconocen que la configuración de este derecho tiene asidero constitucional y convencional, difieren respecto a los alcances y límites de este derecho. Así encontramos que el derecho a la salud encarna, además de exigir la protección a la salud personal, la obligación de respetar la salud de las otras personas (entrevistado 1), el acceso a los servicios de salud de calidad y oportunos (entrevistado 2), disponibilidad del cuerpo e información sobre los servicios de salud (entrevistado 3), salud física, mental y psicoemocional, tratamientos alternativos (entrevistado 4), políticas de salud pública (entrevistado 5) y la previsión de recursos disponibles, accesibles, aceptables y de calidad que permitan garantizar el máximo nivel de salud posible (entrevistado 6).

---

*Fuente: Entrevistas aplicadas a especialistas en materia de derecho constitucional*

**TABLA 6: Configuración del derecho a la protección de la familia**

**PREGUNTA 6:** ¿De qué manera está configurado el Derecho a la protección de la familia?

ENTREVISTADO 1	ENTREVISTADO 2	ENTREVISTADO 3
<p>La familia es un elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegido por la sociedad.</p>	<p>La protección a la familia está configurada a partir de las diversas leyes que garantizan a los padres la potestad y derecho de formar, educar, criar y demás a sus hijos conforme a sus creencia y principios. Protegiendo a los menores de cualquier abuso y otorgándoles acceso a los derechos fundamentales como educación, salud y vivienda.</p>	<p>El derecho a la protección de la familia, configurado como el conjunto de derechos de protección y asistencia por parte de los estados a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, en los que se enmarcan garantizar el bienestar, la salud, la dignidad humana, el trabajo como sustento, entre otros; este derecho se consagra en el artículo 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.</p>
ENTREVISTADO 4	ENTREVISTADO 5	ENTREVISTADO 6
<p>Como facultad de solicitar y recibir protección o tutela ante cualquier peligro o amenaza, como norma o ley dado por el Estado</p>	<p>(...) La declaración Universal de derechos humanos (1948) que en su artículo 16 estipula:” ... la familia es el elemento natural y fundamental de la</p>	<p>Como facultad de solicitar y recibir protección o tutela ante cualquier peligro o amenaza, como norma o ley</p>

---

para garantizar o sociedad y tiene derecho a dado por el Estado  
reconocer la protección la protección de la sociedad para garantizar o  
o tutela a los más y del Estado...”. (...) reconocer la  
vulnerables, o como protección o tutela a  
acción para reponer o los más vulnerables,  
enmendar el daño o o como acción para  
lesión producido por el reponer o enmendar  
peligro o amenaza a la el daño o lesión  
familia. producido por el  
peligro o amenaza a  
la familia.

---

**INTERPRETACION:** Para los entrevistados, implica que el estado debe garantizar la existencia de las familias, en tanto elemento fundamental y natural de la sociedad (entrevistados 1 y 3), garantizar la crianza de los hijos (entrevistado 2), solicitar protección o tutela ante cualquier amenaza (entrevistados 4 y 6). Si bien estos entrevistados enfatizan en la dimensión constitucional y convencional del derecho a la protección de la familia, en el caso de la entrevistada 5, afirma que se extiende a otros ámbitos como el derecho civil.

---

*Fuente: Entrevistas aplicadas a especialistas en materia de derecho constitucional*

**OBJETIVO ESPECÍFICO N° 02:** Identificar como está configurado constitucionalmente del principio de interés superior del niño.

**TABLA 7: Alcances constitucional del principio de interés superior del niño**

**PREGUNTA 7:** ¿Cuáles son los alcances constitucionales del principio de interés superior del niño en el ordenamiento jurídico peruano?

ENTREVISTADO 1	ENTREVISTADO 2	ENTREVISTADO 3
<p>Tiene el mayor alcance que el ordenamiento pueda atribuir a un principio constitucional, que conlleva a que toda decisión realizada por una entidad pública y privada, debe priorizar el mejor panorama posible para la vida de un niño, así como su entorno familiar. Siendo esto reconocido internacionalmente, garantiza que ante todo, se tendrá presente siempre el bienestar, desarrollo, salud, libertad y crecimiento de un niño.</p>	<p>Los niños al igual que todas las personas son sujetos de derecho, por los que les conciernen los mismos derechos que a cualquier ciudadano. Sin embargo, en su calidad de niños son además protegidos por el Estado y la Constituciones en temas como el trabajo de menores, el abuso de menores, etc. En ese sentido, su protección es una prioridad del estado, ya que constituyen parte de la población vulnerable. No son solo protegidos por normas nacionales, sino internacionales.</p>	<p>El derecho de interés superior del niño, se encuentra consagrado en el artículo 4º de la Constitución Política del Perú, al referir: "...el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente...", esta norma como premisa constitucional, y normas específica en el Código de los Niños y Adolescentes, ambas en concordancia con la Declaración de los Derechos del Niño y del Adolescente, establecen un bloque normativo que insta a la creación de normas e interpretación de las mismos bajo el principio pro infante.</p>
ENTREVISTADO 4	ENTREVISTADO 5	ENTREVISTADO 6

---

En el caso de las (...) La Convención sobre Se encuentra en el  
TERAS, éstas los Derechos del Niño, en su artículo IX del Título  
colacionan con tal artículo 3° señala: En todas Preliminar del  
principio al privar al las medidas concernientes Código de los Niños  
menor del derecho a su a los niños que tomen las y Adolescentes, y  
identidad, relación filial, instituciones públicas o supone la  
su origen, y que ante el privadas de bienestar supremacía de los  
vacío normativo, el social, los tribunales, las derechos de los  
infante sea tratado como autoridades administrativas niños, niñas y  
una mercancía o medio o los órganos legislativos, adolescentes en  
de negociación o una consideración caso de colisión con  
comercialización primordial a que se atenderá otros derechos o  
será el interés superior del intereses.  
niño.

---

**INTERPRETACION:** Los entrevistados concuerdan en que el principio de interés superior del niño implica que el Estado debe proteger y adoptar medidas en favor de los niños (entrevistados 2, 3, 4 y 6), como también frente a la sociedad (entrevistados 1 y 5).

---

*Fuente: Entrevistas aplicadas a especialistas en materia de derecho constitucional*

**TABLA 8: Límites constitucionales del principio de interés superior del niño**

**PREGUNTA 8:** ¿Cuáles son los límites constitucionales del principio de interés superior del niño en el ordenamiento jurídico peruano?

ENTREVISTADO 1	ENTREVISTADO 2	ENTREVISTADO 3
<p>No se encuentra limitada, toda vez que ninguna norma puede afectar la aplicación de este principio, debido a que el Estado garantiza que sea respetado, sin condición alguna; no se debe confundirse la aplicación de este principio con darle al niño lo que él o su familia desea, sino garantizar que este tenga un entorno viable para su desarrollo como persona y como ciudadano.</p>	<p>Los límites constitucionales sobre el interés superior del niño son los mismos que el del ejercicio del derecho de cualquier persona. Se encuentra sujeto a los principios fundamentales, a los derechos y obligaciones, al debido proceso, a la doble instancia y principalmente a los intereses superiores de la sociedad. Todos los derechos tienen un límite y ese es el interés general.</p>	<p>Existen límites constitucionales al principio de interés superior del niño, en este caso se llega a un límite material puesto que el texto constitucional no contiene en si mismo de manera expresa la aplicación objetiva del derecho, por lo que genera un límite heterónimo, es decir la necesidad de recurrir a otras normas para su aplicación, tanto en normas internacionales, código civil, código del niño del adolescente, siendo aun disperso la aplicación normativa y de tipo abierto por lo que se requiere de interpretación y criterio por parte del aplicante.</p>
ENTREVISTADO 4	ENTREVISTADO 5	ENTREVISTADO 6
<p>El principio de interés superior del niño no</p>	<p>(...) Su sola enunciación no constituye razón</p>	<p>El Principio del Interés Superior del Niño se</p>

---

tiene carácter limitativo, justificación suficiente de la antepone a cualquier  
toda vez que constituye decisión; peor aún, no otro derecho o interés  
una norma de orden puede instituirse como en controversia.  
público que se antepone herramienta de la  
a todo derecho o interés arbitrariedad, sino que, por  
particular que puedan el contrario, debe ser la  
invocar los padres consecuencia lógica de la  
progenitores, de modo valoración de todo el caudal  
que debe aplicarse en probatorio aportado al  
toda decisión judicial o proceso, a partir del cual el  
extrajudicial a fin de Juzgador utilizando su  
proteger integralmente apreciación razonada  
al menor de toda determinará lo mejor para el  
vulneración a sus niño. (...)  
derechos  
fundamentales.

---

**INTERPRETACION:** Al respecto, encontramos posiciones divididas: por un  
lado, quienes sostienen que no existen límites al principio de interés superior del  
niño, pues este se impone por sobre cualquier otro principio (entrevistados 1, 4  
y 6) y por otro lado, quienes consideran que este principio no excluye de  
observar principio relativos al debido proceso (entrevistado 2, 3 y 5).

---

*Fuente: Entrevistas aplicadas a especialistas en materia de derecho constitucional*

**TABLA 9: Derechos conexos al principio de interés superior**

**PREGUNTA 9:** ¿Cuáles son los derechos conexos al principio de interés superior del niño en el ordenamiento jurídico peruano?

<b>ENTREVISTADO 1</b>	<b>ENTREVISTADO 2</b>	<b>ENTREVISTADO 3</b>
<p>Todos los derechos que le garanticen a un niño la protección de su vida, salud, dignidad, libertad, crecimiento y desarrollo, por tanto estos derechos también deben extenderse a su entorno familiar, toda vez que este resulta indispensable para asegurar el cumplimiento de estos derechos, caso contrario el Estado deberá crear las instituciones pertinentes para la defensa y cumplimiento de estos derechos.</p>	<p>El derecho a la vida, a la integridad, al bienestar general, a la educación, a la salud, a una vida sana y a ser parte de una sociedad.</p>	<p>Contiene un universo de derechos conexos, entre los cuales están el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo, a la dignidad del niño, a la salud, a la libertad, a la igualdad y la no discriminación, a un nombre y nacionalidad, entre otros.</p>
<b>ENTREVISTADO 4</b>	<b>ENTREVISTADO 5</b>	<b>ENTREVISTADO 6</b>
<p>Derecho a la vida, Derecho a la identidad, Derecho a conocer su origen, Derecho a la filiación, Derecho a tener una familia, Derecho a la integridad, Derecho a la salud, Derecho al libre</p>	<p>(...) Los derechos conexos al principio de interés superior del niño reconocido en el ordenamiento jurídico peruano, son: el derecho a la vida, derecho a la salud, a la integridad, buen trato, vida libre de violencia así</p>	<p>La educación y libertad de enseñanza, a la intimidad, a un adecuado desarrollo mental, moral y social, a la tranquilidad</p>

---

desarrollo de su personalidad, Derecho a heredar, y otros derechos fundamentales que se refiera a su persona y bienes. como al bienestar integral. emocional, a la integridad moral y el libre desarrollo y bienestar, a participar en la vida cultural y, en general, al interés superior del niño.

---

**INTERPRETACION:** Los derechos conexos al principio de interés superior del niño son: derecho a su vida, salud, dignidad, libertad (entrevistados 1, 2 y 5), a la educación (entrevistados 2 y 6), a su desarrollo (entrevistado 2 y 3), a su identidad, a la filiación a la integridad, al libre desarrollo de la personalidad (entrevistado 4), a una vida libre de violencia (entrevistado 5), a un adecuado desarrollo mental, moral y social, a la tranquilidad emocional, a participar en la vida cultural (entrevistado 6).

---

*Fuente: Entrevistas aplicadas a especialistas en materia de derecho constitucional*

**OBJETIVO ESPECÍFICO N° 03:** Conocer la realidad jurídica de la maternidad subrogada y el interés superior del niño en el Derecho Comparado

**TABLA 10: Caso de la legislación española**

**PREGUNTA 10:** En España el artículo 10 de la Ley 14/2006 (Técnicas de Reproducción Humana Asistida), señala que son nulos de pleno derecho los contratos por los que se convenga la gestación a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera una regulación compatible con el principio de interés superior del niño?

ENTREVISTADO 1	ENTREVISTADO 2	ENTREVISTADO 3
<p>Considero que es una aplicación restringida de este principio, debido a que existe la particularidad de cada situación, por tanto, resulta limitativa de derechos que de manera genérica se consideren nulos todo tipo de contrato donde se acuerde una gestación a favor de otra persona. Se debe tener en cuenta que, muchas veces la madre no posee ciertas condiciones que le permitan concebir y darle una vida digna a su hijo.</p>	<p>Considero que la aplicación española es válida, pues considera como un derecho fundamental del niño que este tenga y mantenga una relación filial con su madre sanguínea y con la familia de esta. La discusión real es saber que vínculos existen entre una madre y un feto que no comparten genes entre sí, sino más una relación de contenedor y contenido. Si nos sustentamos sobre la base de que existe un vínculo emocional inseparable entre la madre y el</p>	<p>Al respecto, la corriente inspiradora de la norma en cuestión es proteccionista conservador por parte del estado español, a mi entender considerar que la renuncia a la filiación no puede ser voluntario ni tampoco su obtención, y menos sujeto a cuestiones contractuales; sin embargo en la casuística social en Europa por países colindantes, los cuales tienen legislaciones permisivas, genera vicios y contradicciones normativas en desmedro y atentativas</p>

concebido, imposible de al interés superior del desligar, creo que esa niño, debido al turismo restricción es válida. Sin con fines de procreación embargo si no hay más subrogada.

vinculo que el de un contenedor y contenido, creo que el derecho puede seguir aportando más en este tema. Pues lo que aquí importa es la estabilidad física y emocional del niño y de la familia que lo acoge.

ENTREVISTADO 4	ENTREVISTADO 5	ENTREVISTADO 6
<p>Considero que si resulta COMPATIBLE con dicho principio por cuanto se salvaguarda los derechos fundamentales del recién nacido por encima de los derechos patrimoniales u oneroso que surjan del contrato de gestación subrogada.</p>	<p>(...) El Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, estipula en su artículo 21 que “El cuerpo humano y sus partes como tales no deben ser objeto de lucro” por lo que se podría entender que el útero de una mujer no puede ser alquilado, en tal caso revestiría un carácter de nulidad otorgado a este tipo de contrato. (...)</p>	<p>Si porque el permitir que las partes puedan contratar libremente una maternidad subrogada, podría dar lugar a que se apertura un “mercado” donde sobre el derecho a la vida se sobreponga el interés económico de quien acepta la gestación por dinero.</p>

---

**INTERPRETACION:** La posición mayoritaria comprendida por la opinión de los entrevistados 2, 3, 4, 5 y 6 considera que resulta compatible con el principio de interés superior del niño en tanto es un derecho fundamental del niño resguardar la relación filial con la madre sanguínea y evitar un mercado de maternidad subrogada, lo contravendría el artículo 21° del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina. La única postura favorable es la el entrevistado 1, quien considera que debe tenerse en cuenta que existen condiciones que harían legítima una renuncia, como la imposibilidad de otorgar una vida digna a su hijo.

---

*Fuente: Entrevistas aplicadas a especialistas en materia de derecho constitucional*

**TABLA 11: Caso de la legislación uruguaya**

**PREGUNTA 11:** En Uruguay, los artículos 25 a 28 de la ley 19.167, permiten la maternidad subrogada cuando se cumplan las siguientes condiciones: que la futura madre tenga un impedimento médico para gestar un embrión propio, que la mujer gestante no reciba ningún tipo de compensación ni retribución, que la mujer gestante tenga vínculo familiar directo (hasta el 2º grado de consanguinidad) con la futura madre o su pareja y que sea autorizada por la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera una regulación compatible con el principio de interés superior del niño?

<b>ENTREVISTADO 1</b>	<b>ENTREVISTADO 2</b>	<b>ENTREVISTADO 3</b>
Es una correcta aplicación de este principio porque atiende a responder a la realidad de una sociedad, debido a que una norma no puede partir de un modelo utópico, sino que debe limitarse a la realidad de su sociedad, a regular la conducta del hombre teniendo siempre en cuenta la primacía de la realidad.	Creo que los fines de la norma uruguaya son totalmente válidos y entendibles. Sin embargo, yo consideraría que las familias impedidas de tener un hijo, primero pasaran por un proceso particular en donde se descarte por completo la adopción. El tema patrimonial, respecto a la compensación creo que es más un tema moral más que legal, pues en estricto hay un contrato de por medio y los acuerdos de las partes deberían ser siempre ley entre ellas en cuanto no perjudiquen a terceros. Es claro que en este caso, un niño que se enterar que fue comprado de alguna forma por sus padres podría responder tanto positiva como negativamente. Creo que	La legislación Uruguay, con ideas más progresistas, ha establecido permisibilidad en la maternidad subrogada, sin embargo entiendo que éste no tiene connotaciones contractuales de libre disponibilidad, inclusive que el estado es partícipe del hecho jurídico, eliminando la posibilidad de cualquier fin lucrativo de la relación jurídica y bajo determinados supuestos; atendiendo a estos preceptos de supervisión, el estado

---

la subrogación materna es una alternativa real al problema de muchas parejas en el mundo y busca garantizar el interés superior del niño.

que gran parte de su impedimento está más ligado a temas de ética y moral. Sin embargo, la definición de bueno y malo depende de cada sociedad. Por citar solo un ejemplo, lo que es bueno en provincias de la sierra del Perú, puede ser malo para provincias de la costa peruana. No se trata de pretender creer que todo es malo o bueno, sino que es lo mejor para cada sociedad, de acuerdo a sus principios, valores y sobre todo derechos. Todos tenemos derecho a formar una familia, pero ¿qué pasa con aquellas parejas que no pueden tener hijos? Todos tenemos derecho a tener hijos, pero ¿qué pasa con aquellas mujeres que tienen más hijos de los que pueden cuidar y proteger?

---

**ENTREVISTADO 4****ENTREVISTADO 5****ENTREVISTADO 6**

---

Si considero COMPATIBLE tal regulación toda vez que al establecer parámetros

Respecto a la compatibilidad del principio de interés superior del niño con la maternidad subrogada, ya sea altruista o comercial, bajo mi opinión esta última no asegura que el deseo

Considero que dicha norma si es compatible porque pone parámetros al “mercado” de

---

---

normativos a la de ser padres sea suficiente para gestación  
maternidad garantizar que ellos en efecto sean subrogada que se  
subrogada no buenos padres, mejores podría dar”.  
afecta en mayor educadores, más afectivos o menos  
grado el negligentes que un padre o una  
DERECHO DE madre biológicos, y a su vez esta  
IDENTIDAD del técnica da pie al reconocimiento de  
recién nacido. un posible derecho de la madre  
gestante a abandonar al niño por  
nacer, renunciando a sus deberes y  
responsabilidades con respecto al  
mismo. (...).

---

**INTERPRETACION:** Al respecto, la totalidad de entrevistados considera que es una regulación compatible con el principio de interés superior del niño. Sin embargo, entrevistado 1 y entrevistado 2, consideran que, adicionalmente, este tipo de regulaciones deben contextualizarse, puesto que lo que es bueno para una sociedad puede no serlo para otra. En el caso de entrevistado 3 y 6, se pone énfasis en el carácter no lucrativo de la maternidad subrogada.

---

*Fuente: Entrevistas aplicadas a especialistas en materia de derecho constitucional*

**TABLA 12: Caso Tribunal Supremo Español**

**PREGUNTA 12:** El Tribunal Supremo Español en la sentencia del 6 de febrero de 2014, señaló que “la mercantilización que conlleva determinar una filiación a favor del que encarga una gestación atenta claramente contra la dignidad del menor, que queda convertido en objeto de comercio”, sin embargo, reconoció que en el caso particular, como el nacimiento del menor había sido en un Estado donde la maternidad era legal y que el menor no tiene vinculación alguna con el lugar de nacimiento más allá de dicho acto, debería reconocerse la filiación a fin de no vulnerar su derecho a la identidad. ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera un pronunciamiento compatible con el principio de interés superior del niño? Habiéndose obtenido el siguiente resultado:

ENTREVISTADO 1	ENTREVISTADO 2	ENTREVISTADO 3
<p>Se debe tener en cuenta que no estamos ante una transacción o mercantilización de una persona, debe existir una interpretación que permita entender las circunstancias en las cuales se lleva a cabo la suscripción de este tipo de contratos. Por ejemplo, el aborto en muchos países resultan permitidos legalmente, cuando la madre ha sido violada o la madre decide hacerlo por ciertas</p>	<p>Considero que lo señalado va en la misma línea de lo antes dicho, en nuestras definiciones de lo que es bueno o malo. Hoy, en pleno siglo XX, para algunos niños constituye un dolor saber que fueron hijos no deseados, sin embargo, quizás para las nuevas generaciones eso no será un problema a resolver ni grave. Hoy hay quienes piensan que pagarle a otra persona para que tengan el hijo que no puedes tener, atenta contra la dignidad de los niños. Pero eso es posible. Sí, es posible y depende de las condiciones que se den. En el caso de la pregunta, las condiciones dadas, dice que como en el país en donde se</p>	<p>Al haberse generado muchos vacíos normativos sobre el reconocimiento de una maternidad subrogada dentro del territorio español pese a que el mismo no haya ocurrido en él, generó afectaciones a los menores; es por ello que el Tribunal Supremo, en buena cuenta aplico el principio de interés superior del menor, a fin de</p>

---

particularidades del celebró el contrato este no no vulnerar su embrión o feto, es constituye delito, no cabe discutir derecho a la decir, la norma debe el tema y es más importante identidad, el cual, cumplir con regular proteger su identidad, es decir de si bien colisionaba todo tipo de actividad dotarle de un padre y de una con el que lleva a cabo la madre. En conclusión, el ordenamiento sociedad. problema no es de las leyes, sino jurídico interno, no de las condiciones sociales, podría estas jurídicas, morales y éticas de superponerse a los cada país. La pregunta es ¿el derechos del Perú está listo para esto? menor.

---

**ENTREVISTADO 4**

**ENTREVISTADO 5**

**ENTREVISTADO 6**

---

<p>Considero que debería reconocerse la filiación como madre legal, toda vez que la ley aplicable por TERRITORIALIDAD la favorece, sin importar si en el lugar de alumbramiento se encontraba prohibida o no regulada la gestación subrogada.</p>	<p>El desconocer la filiación si constituye una vulneración a su derecho a la identidad por consiguiente una afectación a su dignidad como ser humano, debiendo aplicarse el principio de interés superior del niño a fin de no dejar en desprotección ante la falta de legislación al respecto.</p>	<p>Si porque, si bien es cierto que en España está negada de pleno derecho los contratos de una maternidad subrogada, en este caso concreto como se trata de una gestación que se produjo fuera de país, la misma debe de ser amparable.</p>
---	--	--

---

---

**INTERPRETACION:** Una de las posiciones sostiene que debe tomarse en consideración las condiciones sociales de cada país, así como la concepción ética que se tenga al respecto (entrevistados 1 y 2). Otra posición, considera acertada la decisión en tanto fue necesario garantizar el derecho a la identidad del menor y este concuerda con el principio de interés superior del niño (entrevistados 3 y 5). En el caso de entrevistados 4 y 6, enfatizan en el principio de territorialidad, así si la maternidad subrogada se produjo en un país donde esta era legal, resulta adecuado su reconocimiento.

---

*Fuente: Entrevistas aplicadas a especialistas en materia de derecho constitucional*

**TABLA 13: Caso Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

**PREGUNTA 13:** En Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 24 de enero de 2017, caso Paradiso-Campanelli, en el que se discutía una vulneración de derechos producto de que el menor que había sido gestado in vitro en Rusia vía maternidad subrogada, fue puesto bajo custodia del Estado italiano, al no estar permitida esa práctica en el ordenamiento jurídico italiano. La Gran Sala declara que el CEDH, no reconoce un derecho a convertirse en padre/madre, por tanto, debe prevalecer el interés público por sobre el deseo de ser padres. ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera un pronunciamiento compatible con el principio de interés superior del niño? Habiéndose obtenido el siguiente resultado:

<b>ENTREVISTADO 1</b>	<b>ENTREVISTADO 2</b>	<b>ENTREVISTADO 3</b>
Se debe evaluar el contexto en el que el niño es concebido, la predisponibilidad de la madre, y las condiciones que esta persona posee, toda vez que al forzar la tenencia de un menor el cual no estaba planificado no sólo dificulta el proyecto de vida de esa mujer, sino que atenta con la calidad de vida que pueda recibir el menor. Las decisiones de las Cortes de Justicia deben evaluar cada caso con la eventualidad que cada uno tiene. Se debe dar	En el citado caso, el punto central se extrapola. Ya el centro del tema no es el niño, sino el interés general. Sobre el nace otra pregunta, es un derecho el de ser padre o madre. ¿Todos deben tener acceso a él? Para los jueces italianos el ser padre no es un derecho, y cualquier rompimiento a esa regla, va en contra del interés general. Por tanto, debe protegerse primero a la sociedad y después al niño. La pregunta es, ¿Qué pasara con ese niño? El	En el presente caso, se considero que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no ha considerado el interés superior del menor, violentando el derecho a la identidad o su bienestar, puesto que ya existía una filiación de facto, mismo que no puede estar por debajo de orden público del estado italiano; situación que independientemente de su alegato o no debió de primar al momento de resolver la situación jurídica.

---

prioridad siempre a los derechos reconocidos de los niños, incluso por encima de derechos constitucionales que lo contravengan

hecho de que sea transferido a un centro asistencial, en lugar que con sus padres, lo protege eficazmente, adecuadamente. Creo que esta decisión judicial va en contra del interés superior del niño.

---

<b>ENTREVISTADO 4</b>	<b>ENTREVISTADO 5</b>	<b>ENTREVISTADO 6</b>
No lo considero compatible toda vez que el interés o deseo de los padres intencionales fue tutelado en un Estado donde se regulaba dicha técnica de reproducción asistida, por lo que teniendo un derecho adquirido, el otro estado, debió reconocer la relación PREEXISTENTE entre los padres y el menor gestado in vitro.	El Tribunal Europeo, hizo prevalecer sus propias leyes, normativa que muchas veces contraviene principios y derechos fundamentales para las personas, siendo en el presente caso el de los padres adoptivos e incluso la vida, salud e integridad del menor; puesto que al desconocer la adopción dadas bajo las normas del país de donde era originaria la madre biológica (Rusia) puso en riesgo el interés superior del niño, llegando al punto de darlo en adopción separándolo de sus padres adoptivos.	En este caso no concuerdo con lo dispuesto por el TEDH, porque siempre el interés superior del niño tendrá que estar por encima de otros derechos como el interés del público.

---

---

**INTERPRETACION:** En este caso, la totalidad de entrevistados consideran que se ha vulnerado el principio de interés superior del niño, con las siguientes precisiones: sostienen que, el Estado italiano no ha considerado la predisponibilidad de la madre (entrevistado 1), coloca el orden público por encima del interés superior (entrevistado 2, 5 y 6), violentando el derecho a la identidad o su bienestar (entrevistado 3), el interés superior del niño fue tutelado en un Estado donde se regulaba dicha técnica de reproducción asistida (entrevistado 4),

---

*Fuente: Entrevistas aplicadas a especialistas en materia de derecho constitucional*

## 4.2. Discusión

En cuanto al **objetivo general** destinado a determinar las implicancias de la maternidad subrogada frente al interés superior del niño, encontramos el antecedente de Ávalos (2017), el cual concluye que la falta de regulación del interés superior del niño ha traído graves implicancias en los casos de explotación de mujeres como vientres de alquiler y venta de niños, lo que vulnera el interés superior del niño.

En cuanto al **primer objetivo específico** orientado a analizar cuáles son las consideraciones ético-jurídicas en torno a la maternidad subrogada, en las entrevistas que se realizaron a los especialistas se pudo advertir que la gran divergencia respecto a las posiciones radica en la que el inicio de la vida es uno de los grandes problemas filosóficos que no puede agotarse en la adopción de una postura simple (véase tabla 1). Sin embargo, consideramos que en este tema en particular no pueden desconocerse los elementos biológicos, por lo que lo que consideramos que las posturas biológicas son las más adecuadas para comprender el fenómeno. Asimismo, se reconoce que, en base a la actual comprensión de los derechos humanos, a la luz de instrumento como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Constitución Política del Perú, la dignidad humana es un derecho inherente a todos ser humano por su condición de tal, así como el valor fundamental que debe guiar la acción estatal (véase tabla 2). Además, consideraron que, la postura preponderante en los entrevistados es la de socialización, puesto que sostienen que en la familia se reproducen valores y normas que permiten a sus miembros desarrollarse en sociedad (véase tabla 3). Al respecto, concordamos con la respuesta mayoritaria de los entrevistados, puesto que, en efecto, es en el seno familiar donde los niños adquieren una serie de pautas para poder desarrollarse en sociedad, además de que en ese proceso, reciben la protección de la familia, lo que deberá replicarse por el Estado en base al principio de interés superior del niño. Ello, concuerda con lo sostenido por Torrecuadrada (2016), quien sostiene que el principio de interés superior tiene como objetivo primordial

que se garantice el bienestar y promueva el adecuado desarrollo de los niños. Por lo que, no solo el Estado, sino también la sociedad debería regular su accionar en base a este principio, por lo que en ningún contexto los niños y niñas se encontrarían desprotegidos.

Los entrevistados concuerdan en que el derecho a la vida es un derecho que asiste a cualquier persona que deberá ser protegida frente a cualquier amenaza y que, además, es el derecho que posibilita el resto de derechos (véase tabla 4). Al respecto, concordamos con el hecho de que la vida asiste a todo ser humano desde la concepción tal como lo establece la Constitución Política del Perú, pero, además, es un derecho que lo asiste en cada etapa de su vida, incluyendo a los últimos días de su vida. En particular, el derecho a la vida, si bien es un derecho fundamental, este exige mayores esfuerzos por parte del Estado cuando se trata del concebido o del niño por su situación de vulnerabilidad. Al respecto, los entrevistados, si bien reconocen que la configuración del derecho a la salud tiene asidero constitucional y convencional, difieren respecto a los alcances y límites de este derecho (ver tabla 5). Al respecto, consideramos que el derecho a la salud, establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como en la Constitución Política del Perú, encarna una serie de prestaciones que debe el Estado otorgar a los ciudadanos que tienen que ver no solo con garantizar tratamiento frente a las enfermedades, sino políticas de prevención y acceso a información adecuada para el cuidado a nivel individual y colectivo.

Para los entrevistados, el principio de interés superior del niño implica que el estado debe garantizar la existencia de las familias, en tanto elemento fundamental y natural de la sociedad garantizar la crianza de los hijos, afirma que se extiende a otros ámbitos como el derecho civil (ver tabla 6). Esta última posición resulta especialmente relevante para el tema tratado, ya que la maternidad subrogada viene siendo tratada o regulada en los Códigos Civiles de diversos países, y en particular porque contiene disposiciones que se refieren a la personalidad y también al derecho de

familia. Ello, concuerda con lo sostenido por Plácido (2015), cuando refiere que aquel instrumento busca el otorgamiento de protección efectiva a los niños y niñas, prohibiendo los abusos hacia ellos y promoviendo acciones de bienestar mediante políticas que les resulten favorables.

Con respecto al **segundo objetivo específico**, orientado a Identificar cómo está configurado constitucionalmente del principio de interés superior del niño. En lo que respecta a las respuestas de los entrevistados, se evidenció que, el principio de interés superior del niño entraña obligaciones al Estado, pero también implica que en cualquier situación en donde el derecho de los menores se encuentre en riesgo, debe privilegiarse sus intereses (ver tabla 7), por lo que esta comprensión resulta bastante adecuada al momento de evaluar la situación de la maternidad subrogada, puesto que debe valorarse cualquier medida de estas en base al principio de interés superior del niño. Asimismo, se advirtió que, lo adecuado es comprender los límites al interés superior del niño de la siguiente manera: en principio, ningún derecho es ilimitado, el interés superior del niño implica que debe interpretarse favorablemente los derechos a favor de los niños, pero esto no implica que se deban desconocer el resto de derechos que contiene la Constitución (ver tabla 8). Es por ello que, algunos autores sostienen que el interés superior del niño, en el marco de un proceso judicial, se encuentra limitado por el principio al debido proceso. Esto no implica que en virtud al debido proceso se deba desconocer el interés superior del niño, sino que debe realizarse un esfuerzo por garantizar este derecho sin que su uso implique arbitrariedad. Asimismo, los derechos conexos al principio de interés superior del niño son el derecho a su vida, salud, dignidad, libertad, a la educación, a su desarrollo, a su identidad, a la filiación a la integridad, al libre desarrollo de la personalidad, a una vida libre de violencia, a un adecuado desarrollo mental, moral y social, a la tranquilidad emocional, a participar en la vida cultural (ver tabla 9). Al respecto, consideramos que todos estos derechos se conectan con el principio de interés superior del niño, en tanto garantizan diversos aspectos de su vida. Ello concuerda con el antecedente de Corrales (2017), puesto que señala, existen derechos

conexos, como el de filiación que deben garantizarse constitucionalmente frente a cualquier regulación de alguna Técnica de Reproducción Asistida, para garantizar a su vez el principio de interés superior del niño.

En relación al **tercer objetivo específico** destinado a conocer la realidad jurídica de la maternidad subrogada y el interés superior del niño en el Derecho Comparado, en lo que respecta al caso de España el artículo 10° de la Ley 14/2006 (Técnicas de Reproducción Humana Asistida), las entrevistas la posición mayoritaria considera que resulta compatible con el principio de interés superior del niño en tanto consideran que es un derecho fundamental del niño resguardar la relación filial con la madre sanguínea y evitar un mercado de maternidad subrogada, lo contravendría el artículo 21° del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (ver tabla 10). Consideramos que la regulación española es adecuada puesto que la gestación no puede dejarse a la plena libertad de los contratantes, como puede ser en cualquier otro tipo de contrato puesto que está de por medio la dignidad del concebido. Esto concuerda con el planteamiento crítico de Cruz (2013), en el cual señala que la maternidad subrogada en algunos casos ha sido utilizada para que se puedan explotar mujeres que se hallen en condiciones de vulnerabilidad en favor de parejas o personas que poseen un mayor estatus económico. En el caso de la regulación uruguaya, particularmente los artículos 25 a 28 de la ley 19.167, la totalidad de entrevistados considera que es una regulación compatible con el principio de interés superior del niño (ver tabla 11). Al respecto consideramos que si bien la maternidad subrogada altruista podría garantizar el interés superior del niño, esta medida debe estar acompañada de una política que haga un seguimiento riguroso a aquellas personas que deseen emplear estos mecanismos, puesto que incluso en su versión altruista, esta puede aprovecharse para vulnerar derechos humanos. Esto último guarda relación con el antecedente de Salinas (2019), donde se sostiene que incluso adoptándose medidas frente a los casos existentes de maternidad subrogada al margen de la ley, la regulación de esta práctica

puede vulnerar el derecho a la vida del niño, a la identidad y por tanto, el principio de interés superior. Consideramos que estas situaciones pueden producirse, por ejemplo, al aprovecharse de la situación de precariedad de una mujer, para forzarla a gestar a cambio de algunas dádivas otorgadas de manera informal, lo que en la práctica constituiría venta de niños, la cual, se encuentra prohibida por el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño (2000).

Sobre el caso del Tribunal Supremo Español en la sentencia del 6 de febrero de 2014, se consideró que el derecho a la identidad es importante garantizarlo, incluso frente a una maternidad subrogada, sin embargo, este no puede presumirse que será garantizado por reconocer la paternidad de aquellos contratantes, sino que debe atenderse a circunstancias concretas de la relación del menor con aquellos que reclaman la paternidad legal e identificar si esta responde a su interés superior (ver tabla 12). Respecto a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 24 de enero de 2017, la totalidad de entrevistados consideran que se ha vulnerado el principio de interés superior del niño. Ello a partir de que, el Estado italiano no ha considerado la predisponibilidad de la madre, coloca el orden público por encima del interés superior, violentando el derecho a la identidad o su bienestar (véase tabla 13). Al respecto, consideramos que la decisión del gobierno italiano fue errada, independientemente de si la maternidad subrogada es considerada como adecuada o no para el país, el interés superior del niño es una exigencia que no puede desconocerse en ningún momento. Por lo que, a primera vista, no evaluar si conviene al interés del menor permanecer en un albergue hasta que se solucione la controversia, supone el desconocimiento del principio de interés superior del niño. En este sentido, coincidimos con el antecedente de Anitúa (2019), en el extremo que sostiene que frente a casos de falta de regulación y de adecuación a los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los jueces pueden coadyuvar a superar esta situación vía control de convencionalidad.

Finalmente, la viabilidad y confiabilidad del instrumento de recolección de información, se dio por el juicio de experto, mediante el cual se acreditó la pertinencia de este para su aplicación. (Véase Anexo 06).

## V. CONCLUSIONES

**PRIMERO:** La falta de regulación de la maternidad subrogada tiene graves implicancias en el interés superior del niño, puesto que puede generar situaciones como explotación de mujeres como vientres de alquiler o el tráfico de niños, lo que vulnera los derechos conexos reconocidos constitucional y convencionalmente a los niños y niñas, cuya protección se extiende hasta el concebido.

**SEGUNDO:** Las consideraciones ético-jurídicas en torno a la maternidad subrogada tienen que ver con el inicio a la vida, donde resaltan las posturas biológicas, puesto que determinar en qué momento inicia la vida permitirá establecer los límites a cualquier técnica de reproducción asistida. La dignidad humana en tanto fundamento de la comprensión actual de los derechos humanos, permitirá que se consideren no solo los derechos de los contratantes que pueden estar reconocidos en el ámbito civil como puede ser la maternidad subrogada, sino todos aquellos que han sido reconocidos en la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El rol de la familia en la sociedad, siendo el de socialización uno de los más importantes, puesto que se transmiten valores y pautas para que los niños puedan desenvolverse en sociedad, este solo debe producirse en un marco adecuado de protección. Así, las obligaciones del Estado, cuando prevea la maternidad subrogada, no acaban con el reconocimiento de la filiación, sino que debe prever mecanismos de seguimiento para supervisar el cumplimiento de los roles familiares.

**TERCERO:** El principio de interés superior del niño está configurado constitucionalmente como las obligaciones que tiene el Estado, de que

cualquier situación en la que se encuentre en riesgo los derechos de los menores se privilegien sus intereses, lo que no implica que por ello deban desconocerse el resto de principios y derechos reconocidos constitucionalmente como son: derecho a la vida, derecho a la salud, derecho a la dignidad, derecho a la libertad, derecho a la identidad, derecho a la filiación, derecho a la integridad, derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho a una vida libre de violencia, entre otros. Al respecto, consideramos que todos estos derechos se conectan con el principio de interés superior del niño, en tanto garantizan diversos aspectos de su vida y deben considerarse siempre al momento de plantear la regulación de la maternidad subrogada.

**CUARTO:** En el derecho comparado la maternidad subrogada ha seguido dos trayectorias diferentes: por un lado, la prohibición y la legalización. Sin embargo, es necesario advertir algunos matices: en el caso de la prohibición, existen países en los que, pese a la proscripción legislativa, jurisprudencialmente se han reconocido filiaciones derivadas de una maternidad subrogada cuando esta ha sido producida en países donde esta era legal, tal es el caso de España. Por otro lado, en el caso de la legalización, encontramos que esta no es irrestricta, puesto que se prohíbe la mercantilización de la maternidad, admitiéndose solamente la maternidad subrogada altruista. A partir del análisis comparativo se ha podido determinar que la regulación de la maternidad subrogada en el Perú, debería prever situaciones en el caso del reconocimiento de filiaciones que se hayan producido en países donde esta es legal, y en caso que legislativamente se legalice esta práctica, solo resultará constitucionalmente compatible la maternidad subrogada altruista, con mecanismos rigurosos de seguimiento y supervisión del proceso de gestación y del cumplimiento de las obligaciones de los padres del menor cuya filiación se reconoce.

## **VI. RECOMENDACIONES**

**PRIMERO: Al Poder Legislativo;** considerar poner en discusión la posibilidad de legalizar la maternidad subrogada altruista, solamente después de convocar a especialistas sobre el tema, con la finalidad de regularla considerando la experiencia del derecho comparado.

**SEGUNDO: Al Poder Judicial;** proteger el interés superior del niño al resolver conflictos derivados de la maternidad subrogada en la vía civil, en el caso del reconocimiento de filiación por maternidad subrogada realizada en un país donde esta es legal, incluso si esta no se ha regulado en el Perú, deberán evaluar las condiciones en las que vive el menor, el estado psicológico y capacidad de brindar una vida digna al menor por parte de los padres, así como la relación afectiva con la finalidad de no vulnerar el derecho a la identidad del menor.

**TERCERO: Al MIMP, MINSA y MINJUSDH;** deberán emitir pronunciamientos en los cuales se analicen las dimensiones técnicas y bioéticas de la maternidad subrogada por el MINSA, sobre las condiciones de vulnerabilidad a las que podrían encontrarse expuestos los menores y las madres que prestan su vientre para la gestación subrogada por parte del MIMP y el MINJUSDH sobre la convencionalidad de la maternidad subrogada, con la finalidad de cumplir con los estándares internacionales sobre la materia.

## REFERENCIAS

- Anitua, M. (2019). La gestación subrogada: el interés superior del niño. (Trabajo de grado). Universidad Pontificia Comillas, Madrid.
- Avalos, C. (2017). La maternidad subrogada y el interés superior del niño. (tesis de pregrado). Universidad Técnica de Ambato, Ambato.
- Baffone, C., (2013). La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 46(137).
- Barletta, M. (2005). Lineamientos para la promoción social de la niñez y la adolescencia desde un enfoque interdisciplinario. Lima: Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas. Gerencia de Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas
- Candal, L. (2018). La maternidad intervenida. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada. *Revista Redbioética*, 1(1), 174-188.
- Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de la India, aprobadas por el Comité en su 66º período de sesiones (26 de mayo a 13 de junio de 2014), pp. 13-14.
- Corrales, Y. (2019). La técnica de reproducción asistida de maternidad subrogada como causa de vulneración de los derechos de filiación e identidad y del interés superior del niño respecto del recién nacido, a partir de fallos judiciales emitidos a nivel nacional y local en los años 2012, 2016 y 2017 (tesis de maestría). Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, Arequipa.
- Emaldi, A. (2018). La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica. La imperiosa necesidad de buscar una solución al problema español: cambio legislativo o cumplimiento de la ley, *Revista internacional de Ética Aplicadas, Dilemata*, 28.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, P. (2014). *Metodología de la Investigación*. Editorial McGraw Hill.
- Lara, A. (2016). El impacto de regular la Maternidad Subrogada en relación al Interés Superior del Niño en la Corte de Lima Norte (tesis de pregrado). Universidad Cesar Vallejo, Lima.
- Martínez, V. (2015). Maternidad subrogada. Una mirada a su regulación en México. *Díkaion*, 24(2), 353-382.
- MIMP - Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2012), Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia.
- Niño Rojas, V. (2011). *Metodología de la investigación*. Bogotá: Ediciones de la U.
- Páramo Morales, D. (2015). La teoría fundamentada (Grounded Theory), metodología cualitativa de investigación científica. *Pensamiento & gestión*,

(39), 1-7.

- Perú21. (2020). "El Perú se posiciona como uno de los países líderes en el terreno de la fertilidad asistida". <https://peru21.pe/lima/incrementan-mafias-ofrecen-vientres-alquiler-13581-noticia/?ref=p21r>
- Perú21. (2012). "Se incrementan las mafias que ofrecen vientres de alquiler". <https://peru21.pe/lima/incrementan-mafias-ofrecen-vientres-alquiler-13581-noticia/?ref=p21r>
- Plácido, A. (2015). Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes. Lima: Instituto Pacífico
- Rivera, P. (2017). Maternidad subrogada frente al principio del interés superior de los menores en la Legislación Ecuatoriana año 2015 (tesis de pregrado). Universidad Central de Ecuador, Quito
- Salinas, R. (2019). Análisis de los criterios para determinar la filiación jurídica en los casos de maternidad subrogada en resguardo de la identidad e interés superior del niño (tesis de pregrado). Universidad Católica de San Pablo, Arequipa.
- Sokolich Alva, M. I. (2013). La aplicación del principio del interés superior del niño por el sistema judicial peruano. *Vox Juris*, 25, 81.
- Tam, J. G. Vera y R. Oliveros. (2008). Tipos, métodos y estrategias de investigación. *Pensamiento y Acción*, 5, 145-154.
- Torre Cuadrada, S. (2016). El interés superior del niño. *Anuario mexicano de derecho internacional*, 16, 131-157.
- Valero, A. (2019). La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales. *Teoría y realidad constitucional*, (43), 421



**ANEXO 3**  
**MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN Y DE CATEGORIZACIÓN**

Categorías	Definición Conceptual	Sub Categorías	Indicadores	Instrumentos
Implicancias de la maternidad subrogada	<p>Las <b>implicancias</b> según la Real Academia Española (2020), son aquellas consecuencias, secuela, incompatibilidades legales o también de índole moral.</p> <p>La <b>maternidad subrogada</b>, según Serra (2015), es una técnica de reproducción asistida en la cual una mujer se compromete a gestar a un niño con el fin de que una o más personas puedan establecer un nexo de filiación respecto de aquel.</p>	Consideraciones éticas	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Posturas éticas sobre el inicio de la vida.</li> <li>- Posturas éticas sobre la dignidad humana.</li> <li>- Posturas éticas sobre la institución familiar.-</li> </ul>	Cuestionario de entrevista
		Consideraciones jurídicas	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Configuración del Derecho a la vida.</li> <li>- Configuración del Derecho a la salud.</li> <li>- Configuración del Derecho a la protección de la familia</li> </ul>	

Interés superior del niño	Por <b>interés superior del niño</b> , como sostiene Plácido (2015), se comprende un principio que tiene como finalidad otorgar de manera efectiva especial protección a los niños; ello incluye una dimensión negativa: evitar los abusos a los niños, por ejemplo y una dimensión positiva: en toda acción que involucre niños se debe asegurar su bienestar, por ejemplo, en la formulación de normas y políticas.	Configuración constitucional	- Alcances constitucionales del principio de interés superior del niño. - Límites constitucionales del principio de interés superior del niño. - Derechos conexos.	Cuestionario de entrevista
		Realidad jurídica	- Normas que protegen e interés superior del niño. - Políticas públicas para la protección del interés superior del niño - Instituciones que protegen el interés superior del niño	Cuestionario de entrevista

<b>Ámbito temático</b>	<b>Problema de investigación</b>	<b>Preguntas de investigación</b>	<b>Objetivos generales</b>	<b>Objetivos específicos</b>	<b>Categorías</b>	<b>Subcategorías</b>
Implicancias de la maternidad subrogada frente al interés superior del niño	¿Cuáles son las implicancias de la maternidad subrogada frente al interés superior del niño?	¿Cuáles son las implicancias de la maternidad subrogada frente al interés superior del niño?	Determinar las implicancias de la maternidad subrogada frente al interés superior del niño	Analizar cuáles son las consideraciones ético-jurídicas en torno a la maternidad subrogada.	implicancias de la maternidad subrogada	Consideraciones éticas
				Identificar cómo está configurado constitucionalmente del principio de interés superior del niño.		Consideraciones jurídicas
				Conocer la realidad jurídica de la maternidad subrogada y el interés superior del niño en el Derecho Comparado	interés superior del niño	Configuración constitucional
						Realidad jurídica

**ANEXO 4  
ESQUEMA GLOBAL**

TÍTULO	FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVO GENERAL	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	CATEGORÍAS	CATEGORÍAS SUB	INDICADORES	TIPO DE INVESTIGACIÓN	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS
Implicancias de la maternidad subrogada frente al interés superior del niño	¿Cuáles son las implicancias de la maternidad subrogada frente al interés superior del niño?	Determinar las implicancias de la maternidad subrogada frente al interés superior del niño.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Analizar cuáles son las consideraciones ético-jurídicas en torno a la maternidad subrogada.</li> <li>2. Identificar cómo está configurado constitucionalmente del principio de interés superior del niño.</li> <li>3. Conocer la realidad jurídica de la maternidad subrogada y el interés superior del niño en el Derecho</li> </ol>	implicancias de la maternidad subrogada	Consideraciones éticas	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Posturas éticas sobre el inicio de la vida.</li> <li>- Posturas éticas sobre la dignidad humana.</li> <li>- Posturas éticas sobre la institución familiar.</li> </ul>	<p>Nivel:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Descriptiva.</li> </ul> <p>Diseño:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Cualitativa.</li> <li>• Teoría fundamentada.</li> </ul> <p>Propósito:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Básica.</li> </ul> <p>Métodos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Hermenéutico</li> <li>• Inductivo</li> </ul>	<p>Técnica: Entrevista.</p> <p>Instrumento: Cuestionario de entrevista.</p>
					Consideraciones jurídicas	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Configuración del Derecho a la vida.</li> <li>- Configuración del Derecho a la salud.</li> <li>- Configuración del Derecho a la protección de la familia</li> </ul>		
				Interés superior del niño	Configuración constitucional	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Alcances constitucionales del principio de interés superior del niño.</li> <li>- Límites constitucionales del principio de interés superior del niño.</li> <li>- Derechos conexos.</li> </ul>		

			Comparado		Realidad jurídica	<ul style="list-style-type: none"><li>- Normas que protegen e interés superior del niño.</li><li>- Políticas públicas para la protección del interés superior del niño</li><li>- Instituciones que protegen el interés superior del niño</li></ul>		
--	--	--	-----------	--	-------------------	--	--	--

**ANEXO 5  
CUESTIONARIO DE ENTREVISTA**

**GUÍA DE ENTREVISTA**

**TÍTULO:**

**Implicancias de la maternidad subrogada frente al interés superior del niño**

**INDICACIONES:** El presente instrumento pretende recopilar su opinión respecto a diferentes temas relacionados a la Maternidad Subrogada y el Interés Superior del Niño. Para lo cual, se pide responder las siguientes preguntas con neutralidad y precisión, sin ser necesario el uso de citas textuales.

**Entrevistado:**

**Cargo:**

**Institución:**

**OBJETIVO ESPECÍFICO 1**

**Analizar cuáles son las consideraciones ético-jurídicas en torno a la maternidad subrogada.**

**Preguntas:**

1. ¿Cuáles considera son las principales posturas éticas (o bioéticas) en torno al inicio de la vida?  
¿Con cuál de ellas está de acuerdo?

2. ¿Cuáles considera son las principales posturas éticas entorno a la dignidad humana? ¿Cuál es su concepto de dignidad humana?

3. ¿Cuáles considera son las principales posturas éticas sobre el rol de la institución familiar en la sociedad? ¿Cuál es su posición al respecto?

4. ¿De qué manera está configurado del Derecho a la vida?

5. ¿De qué manera está configurado el Derecho a la salud?

6. ¿De qué manera está configurado el Derecho a la protección de la familia?

## OBJETIVO ESPECÍFICO 2

**Identificar cómo está configurado constitucionalmente del principio de interés superior del niño.**

### Preguntas:

7. ¿Cuáles son los alcances constitucionales del principio de interés superior del niño en el ordenamiento jurídico peruano?

8. ¿Cuáles son los límites constitucionales del principio de interés superior del niño en el ordenamiento jurídico peruano?

9. ¿Cuáles son los derechos conexos al principio de interés superior del niño en el ordenamiento jurídico peruano?

### OBJETIVO ESPECÍFICO 3

**Conocer la realidad jurídica de la maternidad subrogada y el interés superior del niño en el Derecho Comparado.**

#### Preguntas:

10. En España el artículo 10 de la Ley 14/2006 (Técnicas de Reproducción Humana Asistida), señala que son nulos de pleno derecho los contratos por los que se convenga la gestación a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera una regulación compatible con el principio de interés superior del niño?

11. En Uruguay, los artículos 25 a 28 de la ley 19.167, permiten la maternidad subrogada cuando se cumplan las siguientes condiciones: que la futura madre tenga un impedimento médico para gestar un embrión propio, que la mujer gestante no reciba ningún tipo de compensación ni retribución, que la mujer gestante tenga vínculo familiar directo (hasta el 2º grado de consanguinidad) con la futura madre o su pareja y que sea autorizada por la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera una regulación compatible con el principio de interés superior del niño?

12. El Tribunal Supremo Español en la sentencia del 6 de febrero de 2014, señaló que “la mercantilización que conlleva determinar una filiación a favor del que encarga una gestación atenta claramente contra la dignidad del menor, que queda convertido en objeto de comercio”, sin embargo, reconoció que en el caso particular, como el nacimiento del menor había sido en un Estado donde la maternidad era legal y que el menor no tiene vinculación alguna con el lugar de nacimiento más allá de dicho acto, debería reconocerse la filiación a fin de no vulnerar su

derecho a la identidad. ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera un pronunciamiento compatible con el principio de interés superior del niño?

13. En Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 24 de enero de 2017, caso Paradiso-Campanelli, en el que se discutía una vulneración de derechos producto de que el menor que había sido gestado in vitro en Rusia vía maternidad subrogada, fue puesto bajo custodia del Estado italiano, al no estar permitida esa práctica en el ordenamiento jurídico italiano. **La Gran Sala declara que el CEDH, no reconoce un derecho a convertirse en padre/madre, por tanto, debe prevalecer el interés público por sobre el deseo de ser padres. ¿Cuál es su opinión al respecto?** ¿Considera un pronunciamiento compatible con el principio de interés superior del niño?

SELLO	FIRMA - N° DE COLEGIATURA	TELEFONO - EMAIL

## ANEXO 6

### VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS

#### VALIDEZ DE TEST: JUICIO DE EXPERTOS

#### INSTRUCTIVO PARA LOS JUECES

**Indicación:** Señor especialista se le pide su colaboración para que luego de un riguroso análisis de los ítems del **Cuestionario de Entrevista**, el mismo que le mostramos a continuación, indique de acuerdo a su criterio y su experiencia profesional el puntaje de acuerdo a si la pregunta permite capturar las variables de investigación del trabajo.

En la evaluación de cada ítem, utilice la siguiente escala:

RANGO	SIGNIFICADO
1	Descriptor no adecuado y debe ser eliminado
2	Descriptor adecuado, pero debe ser modificado
3	Descriptor adecuado

Los rangos de la escala propuesta deben ser utilizados teniendo en consideración los siguientes criterios:

- ⊕ Vocabulario adecuado al nivel académico de los entrevistados.
- ⊕ Claridad en la redacción.
- ⊕ Consistencia Lógica y Metodológica.

Recomendaciones:

.....  
.....  
.....  
.....

Gracias, por su generosa colaboración

<b>APELLIDOS Y NOMBRES</b>	Zevallos Loyaga, María Eugenia
<b>GRADO ACADÉMICO</b>	Magister
<b>MENCIÓN</b>	Docencia Universitaria.
<b>FIRMA</b>	

ITEM	CALIFICACION DEL JUEZ			OBSERVACION
	1	2	3	
1. ¿Cuáles considera son las principales posturas éticas (o bioéticas) en torno al inicio de la vida? ¿Con cuál de ellas está de acuerdo?			X	
2. ¿Cuáles considera son las principales posturas éticas entorno a la dignidad humana? ¿Cuál es su concepto de dignidad humana?			X	
3. ¿Cuáles consideras son las principales posturas éticas sobre el rol de la institución familiar en la sociedad? ¿Cuál es su posición al respecto?			X	
4. ¿De qué manera está configurado del Derecho a la vida?			X	
5. ¿De qué manera está configurado el Derecho a la salud?			X	
6. ¿De qué manera está configurado el Derecho a la protección de la familia?			X	
7. ¿Cuáles son los alcances constitucionales del principio de interés superior del niño en el ordenamiento jurídico peruano?			X	
8. ¿Cuáles son los límites constitucionales del principio de interés superior del niño en el ordenamiento jurídico peruano?			X	
9. ¿Cuáles son los derechos conexos al principio de interés superior del niño en el ordenamiento jurídico peruano?			X	
10. En España el artículo 10 de la Ley 14/2006 (Técnicas de Reproducción Humana Asistida), señala que son nulos de pleno derecho los contratos por los que se convenga la gestación a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera una regulación compatible con el principio de interés superior del niño?			X	
11. En Uruguay, los artículos 25 a 28 de la ley 19.167, permiten la maternidad subrogada cuando se cumplan las siguientes condiciones: que la futura madre tenga un impedimento médico para gestar un embrión propio, que la mujer gestante no reciba ningún tipo de compensación ni retribución, que la mujer gestante tenga vínculo familiar directo (hasta el 2º grado de consanguinidad) con la futura madre o			X	

<p>su pareja y que sea autorizada por la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera una regulación compatible con el principio de interés superior del niño?</p>				
<p>12. El Tribunal Supremo Español en la sentencia del 6 de febrero de 2014, señaló que “la mercantilización que conlleva determinar una filiación a favor del que encarga una gestación atenta claramente contra la dignidad del menor, que queda convertido en objeto de comercio”, sin embargo, reconoció que en el caso particular, como el nacimiento del menor había sido en un Estado donde la maternidad era legal y que el menor no tiene vinculación alguna con el lugar de nacimiento más allá de dicho acto, debería reconocerse la filiación a fin de no vulnerar su derecho a la identidad. ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera un pronunciamiento compatible con el principio de interés superior del niño?</p>			<u>X</u>	
<p>13. En Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 24 de enero de 2017, caso <i>Paradiso-Campanelli</i>, en el que se discutía una vulneración de derechos producto de que el menor que había sido gestado in vitro en Rusia vía maternidad subrogada fue puesto bajo custodia del Estado italiano, al no estar permitida esa práctica en el ordenamiento jurídico italiano. La Gran Sala declara que el CEDH, no reconoce un derecho a convertirse en padre/madre, por tanto, debe prevalecer el interés público por sobre el deseo de ser padres. ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera un pronunciamiento compatible con el principio de interés superior del niño?</p>			<u>X</u>	

## VALIDEZ DE TEST: JUICIO DE EXPERTOS

### INSTRUCTIVO PARA LOS JUECES

**Indicación:** Señor especialista se le pide su colaboración para que luego de un riguroso análisis de los ítems del **Cuestionario de Entrevista**, el mismo que le mostramos a continuación, indique de acuerdo a su criterio y su experiencia profesional el puntaje de acuerdo a si la pregunta permite capturar las variables de investigación del trabajo.

En la evaluación de cada ítem, utilice la siguiente escala:

RANGO	SIGNIFICADO
1	Descriptor no adecuado y debe ser eliminado
2	Descriptor adecuado, pero debe ser modificado
3	Descriptor adecuado

Los rangos de la escala propuesta deben ser utilizados teniendo en consideración los siguientes criterios:

- ⊕ Vocabulario adecuado al nivel académico de los entrevistados.
- ⊕ Claridad en la redacción.
- ⊕ Consistencia Lógica y Metodológica.

Recomendaciones:

.....  
.....  
.....  
.....  
.....

Gracias, por su generosa colaboración

<b>APELLIDOS Y NOMBRES</b>	Salinas Ruiz Henry Eduardo
<b>GRADO ACADÉMICO</b>	Doctor
<b>MENCIÓN</b>	Gestión Pública y Gobernabilidad
<b>FIRMA</b>	

ITEM	CALIFICACIÓN DEL JUEZ			OBSERVACIÓN
	1	2	3	
1. ¿Cuáles considera son las principales posturas éticas (o bioéticas) en torno al inicio de la vida? ¿Con cuál de ellas está de acuerdo?			x	
2. ¿Cuáles considera son las principales posturas éticas entorno a la dignidad humana? ¿Cuál es su concepto de dignidad humana?			x	
3. ¿Cuáles consideras son las principales posturas éticas sobre el rol de la institución familiar en la sociedad? ¿Cuál es su posición al respecto?			x	
4. ¿De qué manera está configurado el Derecho a la vida?			x	
5. ¿De qué manera está configurado el Derecho a la salud?			x	
6. ¿De qué manera está configurado el Derecho a la protección de la familia?			x	
7. ¿Cuáles son los alcances constitucionales del principio de interés superior del niño en el ordenamiento jurídico peruano?			x	
8. ¿Cuáles son los límites constitucionales del principio de interés superior del niño en el ordenamiento jurídico peruano?			x	
9. ¿Cuáles son los derechos conexos al principio de interés superior del niño en el ordenamiento jurídico peruano?			x	
10. En España el artículo 10 de la Ley 14/2006 (Técnicas de Reproducción Humana Asistida), señala que son nulos de pleno derecho los contratos por los que se convenga la gestación a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera una regulación compatible con el principio de interés superior del niño?			x	
11. En Uruguay, los artículos 25 a 28 de la ley 19.167, permiten la maternidad subrogada cuando se cumplan las siguientes condiciones: que la futura madre tenga un impedimento médico para gestar un embrión propio, que la mujer gestante no reciba ningún tipo de compensación ni retribución, que la mujer gestante tenga vínculo familiar directo (hasta el 2º grado de consanguinidad) con la futura madre o su pareja y que sea autorizada por la Comisión Honoraria de Reproducción Humana			x	

Asistida ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera una regulación compatible con el principio de interés superior del niño?				
12. El Tribunal Supremo Español en la sentencia del 6 de febrero de 2014, señaló que “la mercantilización que conlleva determinar una filiación a favor del que encarga una gestación atenta claramente contra la dignidad del menor, que queda convertido en objeto de comercio”, sin embargo, reconoció que en el caso particular, como el nacimiento del menor había sido en un Estado donde la maternidad era legal y que el menor no tiene vinculación alguna con el lugar de nacimiento más allá de dicho acto, debería reconocerse la filiación a fin de no vulnerar su derecho a la identidad. ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera un pronunciamiento compatible con el principio de interés superior del niño?			<b>x</b>	
13. En Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 24 de enero de 2017, caso <i>Paradiso-Campanelli</i> , en el que se discutía una vulneración de derechos producto de que el menor que había sido gestado in vitro en Rusia vía maternidad subrogada fue puesto bajo custodia del Estado italiano, al no estar permitida esa práctica en el ordenamiento jurídico italiano. La Gran Sala declara que el CEDH, no reconoce un derecho a convertirse en padre/madre, por tanto, debe prevalecer el interés público por sobre el deseo de ser padres. ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera un pronunciamiento compatible con el principio de interés superior del niño?			<b>x</b>	

**ANEXO 7**  
**INFORME DE ORIGINALIDAD (TURNITIN)**

---

**INFORME DE ORIGINALIDAD**

---

**15%**

INDICE DE SIMILITUD

**14%**

FUENTES DE INTERNET

**5%**

PUBLICACIONES

**8%**

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

---

**FUENTES PRIMARIAS**

---

**1**

**Submitted to Universidad Cesar Vallejo**

Trabajo del estudiante

**3%**

**2**

**repositorio.ucv.edu.pe**

Fuente de Internet

**2%**

**3**

**qdoc.tips**

Fuente de Internet

**1%**

**4**

**creandofamilias.cl**

Fuente de Internet

**<1%**

**5**

**lpderecho.pe**

Fuente de Internet

**<1%**

**6**

**documentop.com**

Fuente de Internet

**<1%**

**7**

**maternidadsubrogada.uy**

Fuente de Internet

**<1%**

**8**

**Submitted to Universidad Católica de Santa María**

Trabajo del estudiante

**<1%**

**9**

**Submitted to Universidad Católica San Pablo**

Trabajo del estudiante

# ANEXO 8

## RESULTADOS DE ENTREVISTAS



### GUÍA DE ENTREVISTA

TÍTULO:

**Implicancias de la maternidad subrogada frente al interés superior del niño**

**INDICACIONES:** El presente instrumento pretende recopilar su opinión respecto a diferentes temas relacionados a la Maternidad Subrogada y el Interés Superior del Niño. Para lo cual, se pide responder las siguientes preguntas con neutralidad y precisión, sin ser necesario el uso de citas textuales.

**Entrevistado:** JUAN CARLOS CUYA VELARDE

**Cargo:** ABOGADO

**Institución:** DOCENTE UNIVERSITARIO POST GRADO

### OBJETIVO ESPECÍFICO 1

**Analizar cuáles son las consideraciones ético-jurídicas en torno a la maternidad subrogada.**

### Preguntas:

1. ¿Cuáles considera son las principales posturas éticas (o bioéticas) en torno al inicio de la vida? ¿Con cuál de ellas está de acuerdo?

Encontramos que existen diversas posturas en torno a la vida, están las que establecen que la vida es a partir de la fecundación, la de la viabilidad y la que habla de la aparición de la corteza cerebral. Desde mi punto de vista profesional, que puede distar del personal, de estas tres teorías me encuentro de acuerdo con el de la viabilidad. Dado que como se ha demostrado en diversa jurisprudencia, sobre todo en el derecho derivado del Common Law la vida empieza cuando el feto es capaz de sobrevivir por sí mismo, aunque sea un instante fuera del vientre materno. Dado que esa independencia nos permite hablar de un sujeto de derecho propiamente dicho. Es claro que el tema de la corteza cerebral, de la capacidad de razonar, será una segunda instancia a considerar en cuanto se presente la primera mencionada.

2. ¿Cuáles considera son las principales posturas éticas entorno a la dignidad humana? ¿Cuál es su concepto de dignidad humana?

Encontramos a quienes ven a la dignidad humana como un valor o como un derecho. Profesionalmente veo a la dignidad humana como el primer derecho fundamental que se manifiesta en la historia del derecho, aquel que se relata en la tragedia griega "Antígona", en donde las leyes del rey no pueden superponerse a las leyes de Dios, de los hombres, a su derecho de vivir y de morir sobre sus costumbres y creencias, con dignidad.

3. ¿Cuáles considera son las principales posturas éticas sobre el rol de la institución familiar en la sociedad? ¿Cuál es su posición al respecto?

Considero que lejos de las posturas éticas que puedan existir, debe entenderse a la familia como la cedula básica de la sociedad, por lo que esta es la base fundamental de desarrollo, no solo de un estado, sino de una comunidad, de un pueblo, de una ciudad y así sucesivamente. A través de las familias se transmiten los principios y valores que queremos ver realizado en la sociedad.

4. ¿De qué manera está configurado del Derecho a la vida?

Conforme lo establece nuestro ordenamiento civil, el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorezca. Siendo condición para ser considerado un sujeto de derecho que este nazca vivo. Eso desde un punto de vista formal.

Desde un punto de vista social, el derecho a la vida involucra la dignidad humana antes mencionada, la libertad de pensamiento, religión, etc. El acceso a trabajo, vivienda, educación, etc. Digno.

5. ¿De qué manera está configurado el Derecho a la salud?

El derecho a la salud no solo implica que existan hospitales en el país, sino de que exista el acceso a ellos por parte de todos los ciudadanos, de que este sea brindado con calidad, de manera oportuna y dentro de las mismas condiciones que en cualquier hospital del país. Un hospital y un médico al que no se puede acceder de manera oportuna no garantizan el derecho a la salud de nadie.

El derecho a la salud también implica el derecho a una alimentación saludable, acceso a campos deportivos, recreativos, etc. La salud es física y mental.

6. ¿De qué manera está configurado el Derecho a la protección de la familia?

La protección a la familia está configurada a partir de las diversas leyes que garantizan a los padres la potestad y derecho de formar, educar, criar y demás a sus hijos conforme a sus creencias y principios. Protegiendo a los menores de cualquier abuso y otorgándoles acceso a los derechos fundamentales como son educación, salud y vivienda.

## OBJETIVO ESPECÍFICO 2

**Identificar cómo está configurado constitucionalmente del principio de interés superior del niño.**

### Preguntas:

7. ¿Cuáles son los alcances constitucionales del principio de interés superior del niño en el ordenamiento jurídico peruano?

Los niños al igual que todas las personas son sujetos de derecho, por los que les conciernen los mismos derechos que a cualquier ciudadano. Sin embargo, en su calidad de niños son además protegidos por el Estado y la Constituciones en temas como el trabajo de menores, el abuso de menores, etc. En ese sentido, su protección es una prioridad del estado, ya que constituyen parte de la población vulnerable. No son solo protegidos por normas nacionales, sino internacionales.

8. ¿Cuáles son los límites constitucionales del principio de interés superior del niño en el ordenamiento jurídico peruano?

Los límites constitucionales sobre el interés superior del niño son los mismos que el del ejercicio del derecho de cualquier persona. Se encuentra sujeto a los principios fundamentales, a los derechos y obligaciones, al debido proceso, a la doble instancia y principalmente a los intereses superiores de la sociedad. Todos los derechos tienen un límite y ese es el interés general.

9. ¿Cuáles son los derechos conexos al principio de interés superior del niño en el ordenamiento jurídico peruano?

El derecho a la vida, a la integridad, al bienestar general, a la educación, a la salud, a una vida sana y a ser parte de una sociedad.

### OBJETIVO ESPECÍFICO 3

**Conocer la realidad jurídica de la maternidad subrogada y el interés superior del niño en el Derecho Comparado.**

#### Preguntas:

10. En España el artículo 10 de la Ley 14/2006 (Técnicas de Reproducción Humana Asistida), señala que son nulos de pleno derecho los contratos por los que se convenga la gestación a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera una regulación compatible con el principio de interés superior del niño?

Considero que la aplicación española es válida, pues considero como un derecho fundamental del niño que este tenga y mantenga una relación filial con su madre sanguínea y con la familia de esta. La discusión real es saber que vínculos existen entre una madre y un feto que no comparten genes entre sí, sino más una relación de contenedor y contenido. Si nos sustentamos sobre la base de que existe un vínculo emocional inseparable entre la madre y el concebido, imposible de desligar, creo que esa restricción es válida. Sin embargo si no hay más vínculo que el de un contenedor y contenido, creo que el derecho puede seguir aportando más en este tema. Pues lo que aquí importa es la estabilidad física y emocional del niño y de la familia que lo acoge.

11. En Uruguay, los artículos 25 a 28 de la ley 19.167, permiten la maternidad subrogada cuando se cumplan las siguientes condiciones: que la futura madre tenga un impedimento médico para gestar un embrión propio, que la mujer gestante no reciba ningún tipo de compensación ni retribución, que la mujer gestante tenga vínculo familiar directo (hasta el 2º grado de consanguinidad) con la futura madre o su pareja y que sea autorizada por la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera una regulación compatible con el principio de interés superior del niño?

Creo que los fines de la norma uruguaya son totalmente válidos y entendibles. Sin embargo, consideraría que las familias impedidas de tener un hijo, primero pasaran por un proceso particular en donde se descarte por completo la adopción. El tema patrimonial, respecto a la compensación creo que es más un tema moral más que legal, pues en estricto hay un contrato de por medio y los acuerdos de las partes deberían ser siempre ley entre ellas en cuanto no perjudiquen a terceros. Es claro que en este caso, un niño que se enterar que fue comprado de alguna forma por sus padres podría responder tanto positiva como negativamente. Creo que la subrogación materna es una alternativa real al problema de muchas parejas en el mundo y que gran parte de su impedimento está más ligado a temas de ética y moral. Sin embargo la definición de bueno y malo depende de cada sociedad. Por citar solo un ejemplo, lo que es bueno en provincias de la sierra del Perú, puede ser malo para provincias de la costa peruana. No se trata de pretender creer que todo es malo o bueno, sino que es lo mejor para cada sociedad, de acuerdo a sus principios, valores y sobre todo derechos. Todos tenemos derecho a formar una familia, pero ¿qué pasa con aquellas parejas que no pueden tener hijos? Todos tenemos derecho a tener hijos, pero ¿qué pasa con aquellas mujeres que tienen más hijos de los que pueden cuidar y proteger?

12. El Tribunal Supremo Español en la sentencia del 6 de febrero de 2014, señaló que “la mercantilización que conlleva determinar una filiación a favor del que encarga una gestación atenta claramente contra la dignidad del menor, que queda convertido en objeto de comercio”, sin embargo, reconoció que en el caso particular, como el nacimiento del menor había sido en un Estado donde la maternidad era legal y que el menor no tiene vinculación alguna con el lugar de nacimiento más allá de dicho acto, debería reconocerse la filiación a fin de no vulnerar su derecho a la identidad. ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera un pronunciamiento compatible con el principio de interés superior del niño?

Considero que lo señalado va en la misma línea de lo antes dicho, en nuestras definiciones de lo que es bueno o malo. Hoy, en pleno siglo XX, para algunos niños constituye un dolor saber que fueron hijos no deseados, sin embargo quizás para las nuevas generaciones eso no será un problema a resolver ni grave. Hoy hay quienes piensan que pagarle a otra persona para que tengan el hijo que no puedes tener, atenta contra la dignidad de los niños. Pero eso es posible. Sí, es posible y depende de las condiciones que se den. En el caso de la pregunta, las condiciones dadas, dice que como en el país en donde se celebró el contrato este no constituye delito, no cabe discutir el tema y es más importante proteger su identidad, es decir de dotarle de un padre y de una madre. En conclusión, el problema no es de las leyes, sino de las condiciones sociales, jurídicas, morales y éticas de cada país. La pregunta es ¿el Perú está listo para esto?

13. En Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 24 de enero de 2017, caso Paradiso-Campanelli, en el que se discutía una vulneración de derechos producto de que el menor que había sido gestado in vitro en Rusia vía maternidad subrogada, fue puesto bajo custodia del Estado italiano, al no estar permitida esa práctica en el ordenamiento jurídico italiano. La Gran Sala declara que el CEDH, no reconoce un derecho a convertirse en padre/madre, por tanto, debe prevalecer el interés público por sobre el deseo de ser padres. ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera un pronunciamiento compatible con el principio de interés superior del niño?

En el citado caso, el punto central se extrapola. Ya el centro del tema no es el niño, sino el interés general. Sobre el nace otra pregunta, es un derecho el de ser padre o madre. ¿Todos deben tener acceso a él? Para los jueces italianos el ser padre no es un derecho, y cualquier rompimiento a esa regla, va en contra del interés general. Por tanto debe protegerse primero a la sociedad y después al niño. La pregunta es, ¿Qué pasara con ese niño? El hecho de que sea transferido a un centro asistencial, en lugar que con sus padres, lo protege eficazmente, adecuadamente. Creo que esta decisión judicial va en contra del interés superior del niño.

SELLO	FIRMA - N° DE COLEGIATURA	TELEFONO - EMAIL
 ..... JUAN CARLOS VELARDE ID05976	ICAT 1934	989619690 jcuyavelarde@gmail.com

## GUÍA DE ENTREVISTA

TÍTULO:

**Implicancias de la maternidad subrogada frente al interés superior del niño**

**INDICACIONES:** El presente instrumento pretende recopilar su opinión respecto a diferentes temas relacionados a la Maternidad Subrogada y el Interés Superior del Niño. Para lo cual, se pide responder las siguientes preguntas con neutralidad y precisión, sin ser necesario el uso de citas textuales.

**Entrevistado:**

**Cargo:**

**Institución:**

### OBJETIVO ESPECÍFICO 1

**Analizar cuáles son las consideraciones ético-jurídicas en torno a la maternidad subrogada.**

### Preguntas:

1. ¿Cuáles considera son las principales posturas éticas (o bioéticas) en torno al inicio de la vida? ¿Con cuál de ellas está de acuerdo?

Si se habla del inicio de la vida humana, puedo considerar 3 posturas bioéticas: la procreación natural, la procreación asistida y la clonación. Considero, que la procreación ha fungido como único medio de sobrevivencia de la especie hasta hace pocas décadas, pero que el inicio de otros medios de iniciar vida humana no debería ser contrapuestos con determinados fines superiores, por lo que estoy de acuerdo con los tres.

2. ¿Cuáles considera son las principales posturas éticas entorno a la dignidad humana? ¿Cuál es su concepto de dignidad humana?

Considero tres posturas al respecto: a) la negatoria, que afirma no todo ser humano es persona, siendo que la misma no puede ser exclusiva del ser humano respecto de toda la naturaleza; b) la afirmativa, que considera que solo los humanos dotados de conciencia son personas y producto de su libertad humana adquieren la dignidad; y c) la cristiana, que refiere que todo ser consciente o inconsciente es persona y posee dignidad.

El concepto propio de dignidad humana, refiere a un valor intrínseco en la persona humana por el solo hecho de serlo, el cual le da la titularidad per se de una serie de derechos relacionados a la vida, libertad, reconocimiento, entre otros; mismo que ha sido reconocido como derecho universal y actualmente tiene reconocimiento en la mayoría de cartas magnas.

3. ¿Cuáles considera son las principales posturas éticas sobre el rol de la institución familiar en la sociedad? ¿Cuál es su posición al respecto?

Puedo considerar las siguientes posturas éticas:

- Postura procreativo de la familia, mediante el cual la familia solamente funge como ente destinado a perpetuar la especie, esta visión tiene un sustento más religioso.
- Postura social de la familia, esta considerada como una organización primigenia, por la cual se interrelacionan los seres humanos, y que colabora a la sociedad mediante su manutención y generación de recursos a la sociedad.

En lo personal, la visión social de la familia tiene mucho mayor alcance, puesto que versa aspectos económicos, políticos, y sociales de los integrantes organizados, siendo que la postura procreativa ha ido quedando sin fundamentos dado que la evolución de la estructura familiar ha variado significativamente.

4. ¿De qué manera está configurado del Derecho a la vida?

El derecho a la vida, es el principal derecho por excelencia destinado a la protección y el respeto a la vida, y es de los más amplios, pues conlleva otros derechos intrínsecos como el derecho a la libertad, seguridad, supervivencia y al pleno desarrollo; mismo que ha sido consagrado y positivizado en el artículo 3º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

5. ¿De qué manera está configurado el Derecho a la salud?

El derecho a la salud, es un derecho que se configura sobre el acceso a un nivel de vida adecuado, pero que también versa sobre la disponibilidad de su cuerpo y el acceso a información y servicios de salud, el mismo se encuentra consagrado en el artículo 25º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

6. ¿De qué manera está configurado el Derecho a la protección de la familia?

El derecho a la protección de la familia, configurado como el conjunto de derechos de protección y asistencia por parte de los estados a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, en los que se enmarcan garantizar el bienestar, la salud, la dignidad humana, el trabajo como sustento, entre otros; este derecho se consagra en el artículo 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

## OBJETIVO ESPECÍFICO 2

**Identificar cómo está configurado constitucionalmente del principio de interés superior del niño.**

### Preguntas:

7. ¿Cuáles son los alcances constitucionales del principio de interés superior del niño en el ordenamiento jurídico peruano?

El derecho de interés superior del niño, se encuentra consagrado en el artículo 4º de la Constitución Política del Perú, al referir: "...el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente...", esta norma como premisa constitucional, y normas específica en el Código de los Niños y Adolescentes, ambas en concordancia con la Declaración de los Derechos del Niño y del Adolescente, establecen un bloque normativo que insta a la creación de normas e interpretación de las mismos bajo el principio pro infante.

8. ¿Cuáles son los límites constitucionales del principio de interés superior del niño en el ordenamiento jurídico peruano?

Existen límites constitucionales al principio de interés superior del niño, en este caso se llega a un límite material puesto que el texto constitucional no contiene en sí mismo de manera expresa la aplicación objetiva del derecho, por lo que genera un límite heterónomo, es decir la necesidad de recurrir a otras normas para su aplicación, tanto en normas internacionales, código civil, código del niño del adolescente, siendo aun disperso la aplicación normativa y de tipo abierto por lo que se requiere de interpretación y criterio por parte del

9. ¿Cuáles son los derechos conexos al principio de interés superior del niño en el ordenamiento jurídico peruano?

Contiene un universo de derechos conexos, entre los cuales están el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo, a la dignidad del niño, a la salud, a la libertad, a la igualdad y la no discriminación, a un nombre y nacionalidad, entre otros.

### OBJETIVO ESPECÍFICO 3

**Conocer la realidad jurídica de la maternidad subrogada y el interés superior del niño en el Derecho Comparado.**

#### Preguntas:

10. En España el artículo 10 de la Ley 14/2006 (Técnicas de Reproducción Humana Asistida), señala que son nulos de pleno derecho los contratos por los que se convenga la gestación a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera una regulación compatible con el principio de interés superior del niño?

Al respecto, la corriente inspiradora de la norma en cuestión es proteccionista conservador por parte del estado español, a mi entender considerar que la renuncia a la filiación no puede ser voluntario ni tampoco su obtención, y menos sujeto a cuestiones contractuales; sin embargo en la casuística social en Europa por países colindantes, los cuales tienen legislaciones permisivas, genera vicios y contradicciones normativas en desmedro y atentativas al interés superior del niño, debido al turismo con fines de procreación subrogada.

11. En Uruguay, los artículos 25 a 28 de la ley 19.167, permiten la maternidad subrogada cuando se cumplan las siguientes condiciones: que la futura madre tenga un impedimento médico para gestar un embrión propio, que la mujer gestante no reciba ningún tipo de compensación ni retribución, que la mujer gestante tenga vínculo familiar directo (hasta el 2º grado de consanguinidad) con la futura madre o su pareja y que sea autorizada por la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera una regulación compatible con el principio de interés superior del niño?

La legislación Uruguay, con ideas mas progresistas, ha establecido permisibilidad en la maternidad subrogada, sin embargo entiendo que éste no tiene connotaciones contractuales de libre disponibilidad, inclusive que el estado es partícipe del hecho jurídico, eliminando la posibilidad de cualquier fin lucrativo de la relación jurídica y bajo determinados supuestos; atendiendo a estos preceptos de supervisión, el estado busca garantizar el interés superior del niño.

12. El Tribunal Supremo Español en la sentencia del 6 de febrero de 2014, señaló que “la mercantilización que conlleva determinar una filiación a favor del que encarga una gestación atenta claramente contra la dignidad del menor, que queda convertido en objeto de comercio”, sin embargo, reconoció que en el caso particular, como el nacimiento del menor había sido en un Estado donde la maternidad era legal y que el menor no tiene vinculación alguna con el lugar de nacimiento más allá de dicho acto, debería reconocerse la filiación a fin de no vulnerar su derecho a la identidad. ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera un pronunciamiento compatible con el principio de interés superior del niño?

Al haberse generado muchos vacíos normativos sobre el reconocimiento de una maternidad subrogada dentro del territorio español pese a que el mismo no haya ocurrido en él, generó afectaciones a los menores; es por ello que el Tribunal Supremo, en buena cuenta aplicó el principio de interés superior del menor, a fin de no vulnerar su derecho a la identidad, el cual, si bien colisionaba con el ordenamiento jurídico interno, no podría estas superponerse a los derechos del menor.

13. En Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 24 de enero de 2017, caso Paradiso-Campanelli, en el que se discutía una vulneración de derechos producto de que el menor que había sido gestado in vitro en Rusia vía maternidad subrogada, fue puesto bajo custodia del Estado italiano, al no estar permitida esa práctica en el ordenamiento jurídico italiano. La Gran Sala declara que el CEDH, no reconoce un derecho a convertirse en padre/madre, por tanto, debe prevalecer el interés público por sobre el deseo de ser padres. ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera un pronunciamiento compatible con el principio de interés superior del niño?

En el presente caso, considero que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no ha considerado el interés superior del menor, violentando el derecho a la identidad o su bienestar, puesto que ya existía una filiación de facto, mismo que no puede estar por debajo de orden público del estado italiano; situación que independientemente de su alegato o no debió de primar al momento de resolver la situación jurídica.

SELLO	FIRMA - N° DE COLEGIATURA	TELEFONO - EMAIL
<p>JUAN CARLOS MOSCOSO OBLITAS A B O G A D O Reg. ICA N.° 2430</p>	 <p>ICAT N.° 2430</p>	<p>952526505 <a href="mailto:jc_moscoso@hotmail.com">jc_moscoso@hotmail.com</a></p>

## GUÍA DE ENTREVISTA

TÍTULO:

**Implicancias de la maternidad subrogada frente al interés superior del niño**

**INDICACIONES:** El presente instrumento pretende recopilar su opinión respecto a diferentes temas relacionados a la Maternidad Subrogada y el Interés Superior del Niño. Para lo cual, se pide responder las siguientes preguntas con neutralidad y precisión, sin ser necesario el uso de citas textuales.

**Entrevistado:** Saúl Santos Pastor Tapia

**Cargo:** Juez Especializado

**Institución:** Corte Superior de Justicia de Tacna

### OBJETIVO ESPECÍFICO 1

**Analizar cuáles son las consideraciones ético-jurídicas en torno a la maternidad subrogada.**

#### Preguntas:

1. ¿Cuáles considera son las principales posturas éticas (o bioéticas) en torno al inicio de la vida? ¿Con cuál de ellas está de acuerdo?

*La bioética utilitarista.*

*La bioética universalista.*

*La bioética personalista.*

*El principalísimo bioético.*

Convengo con la bioética personalista.

2. ¿Cuáles considera son las principales posturas éticas entorno a la dignidad humana? ¿Cuál es su concepto de dignidad humana?

- Como valor de todos los seres humanos: la dignidad humana sería un valor inherente y absoluto al ser humano.
- Los derechos humanos tendrían su razón de ser y justificación en la protección y el desarrollo de la dignidad humana.

La **dignidad humana** se puede entender como el valor que cada persona se da, ello también tiene relación con su honor.

3. ¿Cuáles considera son las principales posturas éticas sobre el rol de la institución familiar en la sociedad? ¿Cuál es su posición al respecto?

La función de equidad generacional,  
La función de transmisión cultural.  
La función de socialización.  
Función de control social.  
Función de afirmación de la persona por sí misma.  
- Estoy conforme con la función de afirmación de la persona.

4. ¿De qué manera está configurado del Derecho a la vida?

La vida humana comienza con la concepción. El Estado peruano reconoce al concebido como persona humana y garantiza su derecho a la vida, a la identidad, a la integridad moral, síquica y física, al respeto a su dignidad, así como a su libre desarrollo intrauterino”

5. ¿De qué manera está configurado el Derecho a la salud?

El derecho a la salud tiene relación con contar con los medios y recursos disponibles, accesibles, aceptables y de calidad que permitan garantizar el máximo nivel de salud posible.

6. ¿De qué manera está configurado el Derecho a la protección de la familia?

Se encuentra establecido en la constitución política del Perú.

## OBJETIVO ESPECÍFICO 2

**Identificar cómo está configurado constitucionalmente del principio de interés superior del niño.**

### Preguntas:

7. ¿Cuáles son los alcances constitucionales del principio de interés superior del niño en el ordenamiento jurídico peruano?

El Principio del Interés Superior del Niño conforma el Bloque de Constitucionalidad a que se refiere el artículo 4° de la Constitución Política del Estado, plasmado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, y supone la supremacía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en caso de colisión con otros derechos o intereses.

8. ¿Cuáles son los límites constitucionales del principio de interés superior del niño en el ordenamiento jurídico peruano?

En caso de colisión entre el Principio del Interés Superior del Niño y el Principio del Debido Proceso, deben ponderarse los derechos en conflicto y privilegiarse el primero. El Principio del Interés Superior del Niño se antepone a cualquier otro derecho o interés en controversia. El Principio del Interés Superior del Niño constituye una norma sustantiva que tiene prevalencia sobre cualquier norma procesal.

9. ¿Cuáles son los derechos conexos al principio de interés superior del niño en el ordenamiento jurídico peruano?

La educación y libertad de enseñanza (artículo 13 de la Constitución), a la intimidad (artículo 2, inciso 7, de la Constitución y 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño), a un adecuado desarrollo mental, moral y social (artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño), a la tranquilidad emocional (artículo 2, inciso 22, de la Constitución), a la integridad moral y el libre desarrollo y bienestar (artículo 2, inciso 1, de la Constitución), a participar en la vida cultural (artículo 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño) y, en general, al interés superior del niño (artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

**OBJETIVO ESPECÍFICO 3**

**Conocer la realidad jurídica de la maternidad subrogada y el interés superior del niño en el Derecho Comparado.**

**Preguntas:**

10. En España el artículo 10 de la Ley 14/2006 (Técnicas de Reproducción Humana Asistida), señala que son nulos de pleno derecho los contratos por los que se convenga la gestación a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera una regulación compatible con el principio de interés superior del niño?

Si porque el permitir que las partes puedan contratar libremente una maternidad subrogada, podría dar lugar a que se apertura un "mercado" donde sobre el derecho a la vida se sobreponga el interés económico de quien acepta la gestación por dinero.

11. En Uruguay, los artículos 25 a 28 de la ley 19.167, permiten la maternidad subrogada cuando se cumplan las siguientes condiciones: que la futura madre tenga un impedimento médico para gestar un embrión propio, que la mujer gestante no reciba ningún tipo de compensación ni retribución, que la mujer gestante tenga vínculo familiar directo (hasta el 2º grado de consanguinidad) con la futura madre o su pareja y que sea autorizada por la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera una regulación compatible con el principio de interés superior del niño?

Considero que dicha norma si es compatible porque pone parámetros al "mercado" de gestación subrogada que se podría dar".

12. El Tribunal Supremo Español en la sentencia del 6 de febrero de 2014, señaló que “la mercantilización que conlleva determinar una filiación a favor del que encarga una gestación atenta claramente contra la dignidad del menor, que queda convertido en objeto de comercio”, sin embargo, reconoció que en el caso particular, como el nacimiento del menor había sido en un Estado donde la maternidad era legal y que el menor no tiene vinculación alguna con el lugar de nacimiento más allá de dicho acto, debería reconocerse la filiación a fin de no vulnerar su derecho a la identidad. ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera un pronunciamiento compatible con el principio de interés superior del niño?

Si porque, si bien es cierto que en España está negada de pleno derecho los contratos por los que se convenga la gestación a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante, en este caso concreto como se trata de una gestación que se produjo fuera de país, la misma debe de ser amparable.

13. En Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 24 de enero de 2017, caso Paradiso-Campanelli, en el que se discutía una vulneración de derechos producto de que el menor que había sido gestado in vitro en Rusia vía maternidad subrogada, fue puesto bajo custodia del Estado italiano, al no estar permitida esa práctica en el ordenamiento jurídico italiano. **La Gran Sala declara que el CEDH, no reconoce un derecho a convertirse en padre/madre, por tanto, debe prevalecer el interés público por sobre el deseo de ser padres.** ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera un pronunciamiento compatible con el principio de interés superior del niño?

En este caso no concuerdo con lo dispuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, porque siempre el interés superior del niño tendrá que estar por encima de otros derechos como el interés del público.



SELLO	FIRMA - N° DE COLEGIATURA	TELEFONO - EMAIL
<p>SAUL SANTOS PASTOR TAPIA Juez (S) del 2do. Juzgado Penal Colegiado con Competencia en las Provincias de Tacna y Jorge Basadre CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TACNA</p>	<p> 00365</p>	<p>952915090 Saulsapat@hotmai.com</p>

## GUÍA DE ENTREVISTA

TÍTULO:

**Implicancias de la maternidad subrogada frente al interés superior del niño**

*INDICACIONES: El presente instrumento pretende recopilar su opinión respecto a diferentes temas relacionados a la Maternidad Subrogada y el Interés Superior del Niño. Para lo cual, se pide responder las siguientes preguntas con neutralidad y precisión, sin ser necesario el uso de citas textuales.*

**Entrevistado: Magdiel Emilio Vargas Morales**

**Cargo:** Abogado del Área de Litigio

**Institución:** Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción

### OBJETIVO ESPECÍFICO 1

**Analizar cuáles son las consideraciones ético-jurídicas en torno a la maternidad subrogada.**

#### Preguntas:

1. ¿Cuáles considera son las principales posturas éticas (o bioéticas) en torno al inicio de la vida? ¿Con cuál de ellas está de acuerdo?

Si bien es cierto, el concebido adquiere derechos, particularmente considero que los derechos que este posee se origina desde la fecundación, es decir el legislador ha establecido un conjunto de leyes que permitan garantizar su formación, desarrollo y nacimiento, un ejemplo de esto es regular los delitos contra la vida, en las diversas modalidades de aborto, cuya responsabilidad penal y civil recaerán sobre los autores y cómplices.

2. ¿Cuáles considera son las principales posturas éticas entorno a la dignidad humana? ¿Cuál es su concepto de dignidad humana?

Al ser un derecho constitucional, esta la adquiere el recién nacido, es decir, cuando nace vivo, adquiere todos los derechos atribuibles a una persona humana, dentro de ellos el derecho a una vida digna.

3. ¿Cuáles considera son las principales posturas éticas sobre el rol de la institución familiar en la sociedad? ¿Cuál es su posición al respecto?

La familia posee el rol de llevar a cabo una función de socialización, para que el niño pueda interactuar en una sociedad, desarrollando principios y valores que permitan a esta persona desarrollarse como tal, sin trasgredir el bien común y los derechos de las personas en su entorno, complementándose con el control social que debe tener toda familia con cada integrante. Esto permite que se alcance el bien común y el respeto de la norma.

4. ¿De qué manera está configurado del Derecho a la vida?

Es un derecho muy amplio, reconocido por convenios internacionales y cartas magnas de cada país, es un derecho que posee toda persona por el hecho de estar viva, protegiéndola sobre todo tipo de atentado o amenaza contra su vida, ya sea por parte de otras personas naturales o jurídicas.

5. ¿De qué manera está configurado el Derecho a la salud?

Nuestra Constitución reconoce este derecho en su artículo 7, es decir toda persona tiene garantizada la protección de su salud, la de su familia y de la comunidad, pero de igual manera adquiere ese deber de respetar la salud de otros e incluso la obligación de auxiliar, cuando las circunstancias lo permitan, la salud de otras personas, siendo pasible de atribuirle una responsabilidad penal ante tal omisión de auxilio.

6. ¿De qué manera está configurado el Derecho a la protección de la familia?

Derecho reconocido por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, donde se reconoce el derecho de formar una familia y a la protección de esta por parte de los Estados, debido a que la familia es un elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegido por la sociedad.

## OBJETIVO ESPECÍFICO 2

**Identificar cómo está configurado constitucionalmente del principio de interés superior del niño.**

### Preguntas:

7. ¿Cuáles son los alcances constitucionales del principio de interés superior del niño en el ordenamiento jurídico peruano?

Tiene el mayor alcance que el ordenamiento pueda atribuir a un principio constitucional, que conlleva a que toda decisión realizada por una entidad pública y privada, debe priorizar el mejor panorama posible para la vida de un niño, así como su entorno familiar. Siendo esto reconocido internacionalmente, garantiza que ante todo, se tendrá presente siempre el bienestar, desarrollo, salud, libertad y crecimiento de un niño.

8. ¿Cuáles son los límites constitucionales del principio de interés superior del niño en el ordenamiento jurídico peruano?

No se encuentra limitada, toda vez que ninguna norma puede afectar la aplicación de este principio, debido a que el Estado garantiza que sea respetado, sin condición alguna; no se debe confundirse la aplicación de este principio con darle al niño lo que él o su familia desea, sino garantizar que este tenga un entorno viable para su desarrollo como persona y como ciudadano.

9. ¿Cuáles son los derechos conexos al principio de interés superior del niño en el ordenamiento jurídico peruano?

Todos los derechos que le garanticen a un niño la protección de su vida, salud, dignidad, libertad, crecimiento y desarrollo, por tanto estos derechos también deben extenderse a su entorno familiar, toda vez que este resulta indispensable para asegurar el cumplimiento de estos derechos, caso contrario el Estado deberá crear las instituciones pertinentes para la defensa y cumplimiento de estos derechos.

### OBJETIVO ESPECÍFICO 3

**Conocer la realidad jurídica de la maternidad subrogada y el interés superior del niño en el Derecho Comparado.**

#### Preguntas:

10. En España el artículo 10 de la Ley 14/2006 (Técnicas de Reproducción Humana Asistida), señala que son nulos de pleno derecho los contratos por los que se convenga la gestación a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera una regulación compatible con el principio de interés superior del niño?

Considero que es una aplicación restringida de este principio, debido a que existe la particularidad de cada situación, por tanto, resulta limitativa de derechos que de manera genérica se consideren nulos todo tipo de contrato donde se acuerde una gestación a favor de otra persona. Se debe tener en cuenta que, muchas veces la madre no posee ciertas condiciones que le permitan concebir y darle una vida digna a su hijo.

11. En Uruguay, los artículos 25 a 28 de la ley 19.167, permiten la maternidad subrogada cuando se cumplan las siguientes condiciones: que la futura madre tenga un impedimento médico para gestar un embrión propio, que la mujer gestante no reciba ningún tipo de compensación ni retribución, que la mujer gestante tenga vínculo familiar directo (hasta el 2º grado de consanguinidad) con la futura madre o su pareja y que sea autorizada por la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera una regulación compatible con el principio de interés superior del niño?

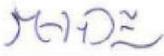
Es una correcta aplicación de este principio porque atiende a responder a la realidad de una sociedad, debido a que una norma no puede partir de un modelo utópico, sino que debe limitarse a la realidad de su sociedad, a regular la conducta del hombre teniendo siempre en cuenta la primacía de la realidad.

12. El Tribunal Supremo Español en la sentencia del 6 de febrero de 2014, señaló que “la mercantilización que conlleva determinar una filiación a favor del que encarga una gestación atenta claramente contra la dignidad del menor, que queda convertido en objeto de comercio”, sin embargo, reconoció que en el caso particular, como el nacimiento del menor había sido en un Estado donde la maternidad era legal y que el menor no tiene vinculación alguna con el lugar de nacimiento más allá de dicho acto, debería reconocerse la filiación a fin de no vulnerar su derecho a la identidad. ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera un pronunciamiento compatible con el principio de interés superior del niño?

Se debe tener en cuenta que no estamos ante una transacción o mercantilización de una persona, debe existir una interpretación que permita entender las circunstancias en las cuales se lleva a cabo la suscripción de este tipo de contratos. Por ejemplo, el aborto en muchos países resultan permitidos legalmente, cuando la madre ha sido violada o la madre decide hacerlo por ciertas particularidades del embrión o feto, es decir, la norma debe cumplir con regular todo tipo de actividad que lleva a cabo la sociedad.

13. En Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 24 de enero de 2017, caso Paradiso-Campanelli, en el que se discutía una vulneración de derechos producto de que el menor que había sido gestado in vitro en Rusia vía maternidad subrogada, fue puesto bajo custodia del Estado italiano, al no estar permitida esa práctica en el ordenamiento jurídico italiano. La Gran Sala declara que el CEDH, no reconoce un derecho a convertirse en padre/madre, por tanto, debe prevalecer el interés público por sobre el deseo de ser padres. ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera un pronunciamiento compatible con el principio de interés superior del niño?

Se debe evaluar el contexto en el que el niño es concebido, la predisponibilidad de la madre, y las condiciones que esta persona posee, toda vez que al forzar la tenencia de un menor el cual no estaba planificado no sólo dificulta el proyecto de vida de esa mujer, sino que atenta con la calidad de vida que pueda recibir el menor. Las decisiones de las Cortes de Justicia deben evaluar cada caso con la eventualidad que cada uno tiene. Se debe dar prioridad siempre a los derechos reconocidos de los niños, incluso por encima de derechos constitucionales que lo contravengan

SELLO	FIRMA	TELEFONO - EMAIL
	 <hr/> <p data-bbox="536 645 748 725">Magdiel Emilio Vargas Morales I.C.A.T. Nro. 2767 PPAD-LS Área de Litigio</p>	<p data-bbox="868 533 979 582">Cel.: 952975072</p> <p data-bbox="868 607 1193 656">Correo: magdiel.vargas.1610@gmail.com</p>



## GUÍA DE ENTREVISTA

### TÍTULO:

**Implicancias de la maternidad subrogada frente al interés superior del niño**

**INDICACIONES:** El presente instrumento pretende recopilar su opinión respecto a diferentes temas relacionados a la Maternidad Subrogada y el Interés Superior del Niño. Para lo cual, se pide responder las siguientes preguntas con neutralidad y precisión, sin ser necesario el uso de citas textuales.

**Entrevistado:** Katherine Brendali Paredes Llerena

**Cargo:** Jefa de la Unidad de Asesoría Jurídica

**Institución:** Zona Registral N° XIII – Sede Tacna

### OBJETIVO ESPECÍFICO 1

**Analizar cuáles son las consideraciones ético-jurídicas en torno a la maternidad subrogada.**

### Preguntas:

1. ¿Cuáles considera son las principales posturas éticas (o bioéticas) en torno al inicio de la vida? ¿Con cuál de ellas está de acuerdo?

1.- Postura biológico/individual

2.- Posturas relacionales

3.- Posturas basadas en criterios múltiples

Conuerdo con la postura basada en criterios múltiples:

Ello al considerar a la persona humana como un agente que posee un código genético humano, lo interesante de esta tesis se basa en que el carácter de persona emerge con la aparición del código genético individual durante la fertilización y su posterior desarrollo son expresiones del código genético para cada individuo en particular dándole importancia también a su interacción con el medio ambiente, concluyendo que el concepto de persona exige más que la pura dimensión biológica, siendo el ambiente, la sociedad aspectos claves de su desarrollo.



2. ¿Cuáles considera son las principales posturas éticas entorno a la dignidad humana? ¿Cuál es su concepto de dignidad humana?

- 1) Primero como valor de todos los seres humanos
- 2) El fundamento de los derechos fundamentales

El concepto de derechos humanos está íntimamente relacionado con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado. Cabe destacar dos puntos importantes que son: en primer lugar, que los derechos humanos son inherentes a la persona humana y, en segundo lugar, que estos deben ser afirmados frente al poder público. El poder público debe ejercerse al servicio de la persona, por tanto no puede ser empleado lícitamente para lesionar u ofender los atributos inherentes a la persona y, además, debe ser vehículo para que ella pueda vivir en sociedad en condiciones acordes con la misma dignidad que le es consustancial. En relación con la inherencia podemos decir que esta se fundamenta en el reconocimiento de que todo ser humano es titular de derechos fundamentales, solo por el hecho de serlo (humano). Estos derechos no dependen de la nacionalidad de la persona o del territorio donde esta se encuentre: los porta la persona en sí misma. Por tanto, esos derechos no le pueden ser arrebatados lícitamente por la sociedad.

3. ¿Cuáles considera son las principales posturas éticas sobre el rol de la institución familiar en la sociedad? ¿Cuál es su posición al respecto?

- 1.- Función de equidad generacional
- 2.- Función de transmisión cultural
- 3.- Función de socialización
- 4.- Función de control social,
- 5.- Función de afirmación de la persona por sí misma

Al respecto mantengo una posición basada en la afirmación de la persona por si misma, ello al entender que es necesario dotar a los integrantes de la sociedad de respeto, resguardo y promoción de su valor como persona, al margen de consideraciones de edad, sexo, capacidad económica e influencia de su integridad moral, fortaleciendo al individuo a fin de que se obtenga su mejor proyección en sociedad.



4. ¿De qué manera está configurado del Derecho a la vida?

Como personas de leyes, mi opinión se basa en lo señalado por la Convención Americana sobre derechos Humanos que en su artículo 4º refiere disponer que: *"Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente"*.

En materia de derechos fundamentales no existe jerarquía, sino que los mismos poseen un grado igualitario. También se manifiesta que los derechos fundamentales conservan el mismo rango ante la ley, no siendo menos cierto que el Derecho a la Vida prevalece por ante todos los demás; ya que por lógica quien pierde la vida, no puede encontrar garantía de ningún derecho fundamental y la obligación de garantizar la creación de las condiciones necesarias es del Estado, quien debe reducir en lo posible los índices de violación de este derecho.



5. ¿De qué manera está configurado el Derecho a la salud?

La Declaración Universal de los Derechos Humanos suscribe en el artículo 25°, numeral 1: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, **la salud** y bienestar, y en especial alimentación, el vestido, la vivienda, **la asistencia médica** y los servicios sociales necesarios...".

La OMS por su parte, precisa que el derecho a la salud es el goce máximo de salud que se puede lograr y es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social es un derecho que depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados; por ello, se asigna a los gobiernos la responsabilidad de la salud de sus pueblos a través de la adopción de "medidas sanitarias y sociales adecuadas", lo que "incluye el acceso a una atención sanitaria oportuna, aceptable, asequible y de calidad satisfactoria", siendo una obligación de los Estados "crear las condiciones que permitan que todas las personas puedan vivir lo más saludablemente posible", comprendiendo "la disponibilidad garantizada de servicios de salud, condiciones de trabajo saludables y seguras, vivienda adecuada y alimentos nutritivos"

A modo de conclusión podemos señalar que el derecho a la salud es una obligación de los Estados debiendo de respetar el disfrute de este derecho, protegiendo a los ciudadanos a través de la adopción de medidas eficientes para su disfrute, fomentando políticas viables para su cumplimiento.



## 6. ¿De qué manera está configurado el Derecho a la protección de la familia?

Teniendo en cuenta los enfoques de Constitución y Convencionalidad que debe informar nuestro ordenamiento jurídico, podemos señalar principalmente las siguientes normas:

**EN CUANTO A LA CONSTITUCIÓN (ENFOQUE DE CONSTITUCIONALIZACIÓN):** Tenemos el artículo 4 de la Constitución (1993) que dispone "...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..."

**EN CUANTO A DOCUMENTOS INTERNACIONALES (ENFOQUE DE CONVENCIONALIDAD):** Tenemos a la declaración Universal de derechos humanos (1948) que en su artículo 16 estipula: "... la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado..."

El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (1966) que en su artículo 17 dispone "...Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. ..."; asimismo en su artículo 23 dispone que "...1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello..."

La Convención sobre los derechos del Niño (1990) que en su artículo 5 dispone: "...Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención..."; El artículo 8 que establece "...Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas..."; el artículo 16 que contempla: "...1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación..."; el artículo 20 que estipula "...1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado..."; así como el artículo 37 que en su inciso c) sobre el ámbito penal ordena: "...c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;"

La Convención sobre eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (1979) que hace mención a la eliminación de estereotipos de género que generan discriminación y desigualdad en el seno familiar atentando contra los derechos de hombre y mujer especialmente niños, niñas y adolescentes.

La Convención Belem Do Para (1994) que dispone toda violencia de género que sea tolerada por agentes del estado o particulares constituye una grave violación de derechos humanos y el Estado tiene la obligación de castigarla, prevenirla y erradicarla.

**EN EL ÁMBITO LEGAL NACIONAL:** El Código Civil de 1984 – Libro III de Familia – albergando en su interior, entre otros, el matrimonio, relaciones personales entre cónyuges, régimen patrimonial, separación de patrimonios, decaimiento y disolución del vínculo matrimonial, filiación, patria potestad, alimentos, patrimonio familiar, designación de apoyos y salvaguardias.

El Código Penal comprende entre otros: los Delitos contra la familia entre ellos el delito de omisión a la asistencia familiar, delitos contra el estado civil, delitos contra la patria potestad.

Ley 30364 Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar, que busca fortalecer las familias erradicando actos de violencia en su interior.

El Decreto legislativo 1384 que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, el que alberga como principal avance haber dejado de lado la figura de la curatela, la que ahora visualizada desde una visión humanizada se ha transformado en designación de apoyo, pasando del modelo sustitución al modelo social que privilegia los derechos de la persona con discapacidad.



## OBJETIVO ESPECÍFICO 2

**Identificar cómo está configurado constitucionalmente del principio de interés superior del niño.**

### Preguntas:

7. ¿Cuáles son los alcances constitucionales del principio de interés superior del niño en el ordenamiento jurídico peruano?

La Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita por el Perú el año 1990, reconoce al niño como sujeto de derechos al definirlo según sus atributos y sus derechos ante el Estado, la sociedad y la familia. En su artículo 3° señala: En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

La Declaración de los Derechos del Niño señala en sus principios 7 y 8 que: *"el interés superior del niño deber ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres"*, pues "el niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro".

La Constitución Política de Perú señala en su artículo 4° que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...). La tutela permanente que con esta disposición se reconoce tiene una base justa en el interés superior del niño y del adolescente, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, a través del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, precisándose que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo y Ministerio Público, entre otros, se considerará prioritario el principio del interés superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

Finalmente podemos concluir en que el Principio del Interés Superior del Niño conforma el Bloque de Constitucionalidad a que se refiere el artículo 4° de la Constitución Política del Estado, plasmado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, y supone la supremacía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en caso de colisión con otros derechos o intereses, el cual exige que los fallos judiciales se sujeten tanto en la forma como en el fondo a los derechos de los niños, niñas y adolescentes recogidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el Código de los Niños y Adolescentes y en caso de colisión entre el Principio del Interés Superior del Niño y el Principio del Debido Proceso, deben ponderarse los derechos en conflicto y privilegiarse el primero.



8. ¿Cuáles son los límites constitucionales del principio de interés superior del niño en el ordenamiento jurídico peruano?

El Principio del Interés Superior del Niño debe indiscutiblemente ser la guía en la toma de cualquier decisión pública o privada, más aún en sede judicial; sin embargo, su sola enunciación no constituye razón ni justificación suficiente de la decisión; peor aún, no puede instituirse como herramienta de la arbitrariedad, sino que, por el contrario, debe ser la consecuencia lógica de la valoración de todo el caudal probatorio aportado al proceso, a partir del cual el Juzgador utilizando su apreciación razonada determinará lo mejor para el niño; en ese sentido, corresponde a los operadores de justicia garantizar el respeto y observancia del Principio del Debido Proceso, de tal forma que los derechos que lo conforman: defensa, producir prueba y que esta sea debidamente valorada, obtener una sentencia motivada y fundada en derecho, doble instancia, igualdad procesal, etc., sean plenamente ejercidos por las partes.

9. ¿Cuáles son los derechos conexos al principio de interés superior del niño en el ordenamiento jurídico peruano?

Los derechos conexos al principio de interés superior del niño reconocido en el ordenamiento jurídico peruano, son: el derecho a la vida, derecho a la salud, a la integridad, buen trato, vida libre de violencia así como al bienestar integral.

**OBJETIVO ESPECÍFICO 3**

**Conocer la realidad jurídica de la maternidad subrogada y el interés superior del niño en el Derecho Comparado.**

**Preguntas:**

10. En España el artículo 10 de la Ley 14/2006 (Técnicas de Reproducción Humana Asistida), señala que son nulos de pleno derecho los contratos por los que se convenga la gestación a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera una regulación compatible con el principio de interés superior del niño?

En este mismo sentido, el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, estipula en su artículo 21 que "El cuerpo humano y sus partes como tales no deben ser objeto de lucro" por lo que se podría entender que el útero de una mujer no puede ser alquilado, en tal caso revestiría un carácter de nulidad otorgado a este tipo de contrato, conforme a los lineamientos del Código Civil español, podría calificarse dicho contrato como "contrato sin causa, o con causa ilícita" puesto que dicha causa se opone a las leyes y la moral, por consiguiente, estos contratos no producirían efecto alguno, en tal sentido la nulidad proviene si esta es ilícita (causa u objeto del contrato), si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia de contrato. Si se parte de la nulidad de tal acuerdo, se niega acción a la mujer gestante para poder reclamar a la otra lo que ésta le prometió por el embarazo, tampoco podrá reclamarse a la gestante lo que en cualquier momento se le entregó como retribución, aún en el supuesto de arrepentimiento. Así pues, como el negocio jurídico es nulo no se derivan obligaciones para las partes, puesto que carece dicho contrato de todo efecto de negocio. Así, aplicando los principios generales de las obligaciones no tienen las personas, en absoluto, una obligación de hacer lo pactado, es decir, entregar al hijo, de suerte que en caso de no hacerlo, no se podría mandar ejecutar dicho actuar, a mi apreciación y a la vista de esta normativa el contrato de maternidad subrogada es nulo de pleno derecho.

Por todo lo expuesto, se advierte que la vulneración del interés superior del niño por el rechazo de los convenios de maternidad subrogada, y la consiguiente denegatoria del establecimiento de la filiación del menor a favor de los padres comitentes por los Estados, es cierta. Sin embargo, esta situación de vulneración de los menores, desde un primer momento, es creada por quienes pretenden ser padres. Dado que ellos, movidos por su deseo de tener familia -deseo que en principio es legítimo- tratan a quien llamarán su hijo de una manera no acorde a su dignidad que le es debida. Esto es porque, al momento de suscribir un contrato que procura la gestación y nacimiento de un niño, desconocen y, por ello, lesionan su dignidad humana. En otras palabras, los comitentes le dan un trato al niño de dos formas, en función a dos momentos: como un objeto, desde la suscripción del convenio con la madre subrogada hasta su nacimiento; y como una persona, a partir de su nacimiento. En función de esta distinción, los comitentes omiten tratar como persona al concebido, lesionando, así, su interés superior y su dignidad humana, pues ellos olvidan que desde su concepción es ser humano: el hombre no es otra realidad que no sea hombre, antes y después de su nacimiento. Al mismo tiempo, pretenden dar solución a la situación de vulneración, cuando el niño nace, alegando el interés superior del niño que ellos mismos lesionaron; aunque ello signifique la defraudación de la Ley.



11. En Uruguay, los artículos 25 a 28 de la ley 19.167, permiten la maternidad subrogada cuando se cumplan las siguientes condiciones: que la futura madre tenga un impedimento médico para gestar un embrión propio, que la mujer gestante no reciba ningún tipo de compensación ni retribución, que la mujer gestante tenga vínculo familiar directo (hasta el 2° grado de consanguinidad) con la futura madre o su pareja y que sea autorizada por la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera una regulación compatible con el principio de interés superior del niño?

Estos requisitos y limitaciones, similares a los impuestos en los Estados Unidos, constituyen un mecanismo muy importante para enfrentar los riesgos y efectos negativos derivados de la maternidad subrogada, tales como la explotación de la mujer, la afectación física y psicológica de la madre gestante, el desarrollo de un verdadero mercado de alquiler de vientres, la desprotección del menor, entre otros. Asimismo, promueven un equilibrio razonable, pues al mismo tiempo que limitan la ocurrencia de fenómenos negativos como los señalados anteriormente, permiten que parejas incapaces de tener hijos de forma tradicional o natural, puedan hacerlo, en el caso de Uruguay, la maternidad subrogada también está permitida siempre que se realice de forma gratuita. De modo que, el principio-valor de dignidad humana actúa como un límite a la libertad de los particulares de celebrar acuerdos y prácticas que vulneran sus derechos humanos, tales como el derecho a la integridad física y moral.

Respecto a la compatibilidad del principio de interés superior del niño con la maternidad subrogada, ya sea altruista o comercial, bajo mi opinión esta última no asegura que el deseo de ser padres sea suficiente para garantizar que ellos en efecto sean buenos padres, mejores educadores, más afectivos o menos negligentes que un padre o una madre biológicos, y a su vez esta técnica da pie al reconocimiento de un posible derecho de la madre gestante a abandonar al niño por nacer, renunciando a sus deberes y responsabilidades con respecto al mismo, asimismo se puede provocar perjuicios al niño por el quiebre del vínculo materno-filial que se establece durante la gestación; por las dificultades de aceptación social; por los inconvenientes que puede generar el tener que hacer frente a varias figuras maternas, ya que, al momento de nacer, encuentra su filiación fragmentada; por los riesgos de patología y sufrimientos de los que puede adolecer el menor, dado que su identidad más profunda sería alterada. Los menores también ven menoscabado su derecho a conocer quiénes son sus progenitores, el cual es una concreción del principio del interés superior del niño, de manera particular para aquellos que nacen de una madre subrogada, este derecho se les niega.



12. El Tribunal Supremo Español en la sentencia del 6 de febrero de 2014, señaló que la mercantilización que conlleva determinar una filiación a favor del que encarga una gestación atenta claramente contra la dignidad del menor, que queda convertido en objeto de comercio”, sin embargo, reconoció que en el caso particular, como el nacimiento del menor había sido en un Estado donde la maternidad era legal y que el menor no tiene vinculación alguna con el lugar de nacimiento más allá de dicho acto, debería reconocerse la filiación a fin de no vulnerar su derecho a la identidad. ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera un pronunciamiento compatible con el principio de interés superior del niño?

Por virtud de la dignidad, el ser humano no es un bien, ni dentro ni fuera del comercio de los hombres, como lo son un predio. Es más, en virtud de su naturaleza, el hombre trasciende la calificación realizada por la ciencia jurídica de los bienes y es puesto por encima de ellos, como el ser capaz de dominar su entorno y, sobre todo, de poseerse a sí mismo. Por consiguiente, este reconocimiento del valor particular del hombre -de fin y no medio- trae consigo, a su vez, el reconocimiento positivo de la dignidad humana, en virtud del cual, se exige respeto de los elementos constitutivos del ser humano, como su realidad física, psicológica y moral, al ser tratado, en tal sentido el desconocer la filiación si constituye una vulneración a su derecho a la identidad por consiguiente una afectación a su dignidad como ser humano, debiendo aplicarse el principio de interés superior del niño a fin de no dejar en desprotección ante la falta de legislación al respecto.

13. En Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 24 de enero de 2017, caso Paradiso-Campanelli, en el que se discutía una vulneración de derechos producto de que el menor que había sido gestado in vitro en Rusia vía maternidad subrogada, fue puesto bajo custodia del Estado italiano, al no estar permitida esa práctica en el ordenamiento jurídico italiano. La Gran Sala declara que el CEDH, no reconoce un derecho a convertirse en padre/madre, por tanto, debe prevalecer el interés público por sobre el deseo de ser padres. ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera un pronunciamiento compatible con el principio de interés superior del niño?

En el presente caso, el Tribunal Europeo, más allá de velar por el interés superior del niño, hizo prevalecer sus propias leyes, normativa que muchas contraviene principios y derechos fundamentales para las personas, siendo en el presente caso el de los padres adoptivos e incluso la vida, salud e integridad del menor; puesto que al desconocer la adopción dada bajo las normas del país de donde era originaria la madre biológica (Rusia) puso en riesgo el interés superior del niño, llegando al punto de darlo en adopción separándolo de sus padres adoptivos.

SELLO	FIRMA - N° DE COLEGIATURA	TELEFONO - EMAIL
 <p>Firmado digitalmente por: PAREDES LLERENA Katherine Brendali FAJ 20267073580 hard Motivo: Soy el autor del documento Fecha: 20/05/2021 11:36:52-0500</p>	ICAT 1617	944759304 <a href="mailto:Kpades1983@gmail.com">Kpades1983@gmail.com</a>

## GUÍA DE ENTREVISTA

TÍTULO:

**Implicancias de la maternidad subrogada frente al interés superior del niño**

**INDICACIONES:** El presente instrumento pretende recopilar su opinión respecto a diferentes temas relacionados a la Maternidad Subrogada y el Interés Superior del Niño. Para lo cual, se pide responder las siguientes preguntas con neutralidad y precisión, sin ser necesario el uso de citas textuales.

**Entrevistado:** Uriel Jhon Cabrera Chambilla

**Cargo:** ABOGADO

**Institución:** INDEPENDIENTE

### OBJETIVO ESPECÍFICO 1

**Analizar cuáles son las consideraciones ético-jurídicas en torno a la maternidad subrogada.**

#### Preguntas:

1. ¿Cuáles considera son las principales posturas éticas (o bioéticas) en torno al inicio de la vida? ¿Con cuál de ellas está de acuerdo?

La postura bioética de la reproducción natural como resultado de la unión sexual entre un hombre y una mujer.

La postura bioética de la reproducción asistida en la que la unión sexual se sustituye por una actuación médica o científica.

Estoy de acuerdo con ambas, toda vez que se resuelve el problema de infertilidad o esterilidad, no obstante, la falta de regulación normativa hace que la TERA (Técnica de Reproducción Asistida) se practique de forma clandestina o informal en perjuicio de la parte más vulnerable: el CONCEBIDO, NEONATO o NACIDO VIVO.

2. ¿Cuáles considera son las principales posturas éticas entorno a la dignidad humana? ¿Cuál es su concepto de dignidad humana?

La dignidad humana en el pre nacimiento, esta tiene origen en el atributo de ser tratado ya como un ser humano viviente independiente a su matriz desde la concepción, la gestación hasta el alumbramiento con el reconocimiento mínimo de derechos o privilegios que garanticen su bienestar.

La dignidad humana en el post nacimiento, esta se desarrolla desde el alumbramiento con la condición que nazca vivo para que el reconocimiento mínimo de derechos o privilegios se amplíe hasta su total realización.

3. ¿Cuáles considera son las principales posturas éticas sobre el rol de la institución familiar en la sociedad? ¿Cuál es su posición al respecto?

El rol de la institución familiar como medio y fin. Constituye un medio por la cual se transmite historias, costumbres, normas y creencias de diversos aspectos de la vida. Y un fin debido a que se destina a crear relaciones personales (consanguíneo, afín o legal) o patrimoniales (liberalidades o legítima de la masa hereditaria). Ambos roles resultan consustanciales para garantizar que todo individuo pueda formar o ser parte de una familia.

4. ¿De qué manera está configurado del Derecho a la vida?

Por el proyecto de vida, su ejecución y fin de ésta. El primero se refiere a la expectativa de procrear (el deseo de ser madre o padre, de tener descendencia), el segundo a la realización plena del procreado (a definir su identidad estática o dinámica), y el tercero a la muerte digna de ser necesario (eutanasia).

5. ¿De qué manera está configurado el Derecho a la salud?

La salud física (corporal, sexual y reproductiva), mental (cognitiva e intelectual) y psicoemocional (afectiva), así como a la asistencia y tratamiento médico convencional o alternativo.

6. ¿De qué manera está configurado el Derecho a la protección de la familia?

Como facultad de para solicitar y recibir protección o tutela ante cualquier peligro o amenaza, como norma o ley dado por el Estado para garantizar o reconocer la protección o tutela a los más vulnerables, o como acción para reponer o enmendar el daño o lesión producido por el peligro o amenaza a la familia.

**OBJETIVO ESPECÍFICO 2**

**Identificar cómo está configurado constitucionalmente del principio de interés superior del niño.**

**Preguntas:**

7. ¿Cuáles son los alcances constitucionales del principio de interés superior del niño en el ordenamiento jurídico peruano?

El Tribunal Constitucional Peruano se ha pronunciado respecto al Interés Superior del Niño, estableciendo que en cualquier proceso donde se encuentre involucrado un menor, se resolverá tomando en cuenta dicho Principio a fin de salvaguardar sus derechos. En el caso de las TERAS, éstas colacionan con tal principio al privar al menor del derecho a su identidad, relación filial, su origen, y que ante el vacío normativo, el infante sea tratado como una mercancía o medio de negociación o comercialización.

8. ¿Cuáles son los límites constitucionales del principio de interés superior del niño en el ordenamiento jurídico peruano?

El principio de interés superior del niño no tiene carácter limitativo, toda vez que constituye una norma de orden público que se antepone a todo derecho o interés particular que puedan invocar los padres progenitores, de modo que debe aplicarse en toda decisión judicial o extrajudicial a fin de proteger integralmente al menor de toda vulneración a sus derechos fundamentales.

9. ¿Cuáles son los derechos conexos al principio de interés superior del niño en el ordenamiento jurídico peruano?

Derecho a la vida, Derecho a la identidad, Derecho a conocer su origen, Derecho a la filiación, Derecho a tener una familia, Derecho a la integridad, Derecho a la salud, Derecho al libre desarrollo de su personalidad, Derecho a heredar, y otros derechos fundamentales que se refiera a su persona y bienes.

**OBJETIVO ESPECÍFICO 3**

**Conocer la realidad jurídica de la maternidad subrogada y el interés superior del niño en el Derecho Comparado.**

**Preguntas:**

10. En España el artículo 10 de la Ley 14/2006 (Técnicas de Reproducción Humana Asistida), señala que son nulos de pleno derecho los contratos por los que se convenga la gestación a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera una regulación compatible con el principio de interés superior del niño?

Considero que si resulta COMPATIBLE con dicho principio por cuanto se salvaguarda los derechos fundamentales del recién nacido por encima de los derechos patrimoniales u oneroso que surjan del contrato de gestación subrogada.

11. En Uruguay, los artículos 25 a 28 de la ley 19.167, permiten la maternidad subrogada cuando se cumplan las siguientes condiciones: que la futura madre tenga un impedimento médico para gestar un embrión propio, que la mujer gestante no reciba ningún tipo de compensación ni retribución, que la mujer gestante tenga vínculo familiar directo (hasta el 2º grado de consanguinidad) con la futura madre o su pareja y que sea autorizada por la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera una regulación compatible con el principio de interés superior del niño?

Si considero COMPATIBLE tal regulación toda vez que al establecer parámetros normativos a la maternidad subrogada no afecta en mayor grado el DERECHO DE IDENTIDAD del recién nacido.

12. El Tribunal Supremo Español en la sentencia del 6 de febrero de 2014, señaló que "la mercantilización que conlleva determinar una filiación a favor del que encarga una gestación atenta claramente contra la dignidad del menor, que queda convertido en objeto de comercio", sin embargo, reconoció que en el caso particular, como el nacimiento del menor había sido en un Estado donde la maternidad era legal y que el menor no tiene vinculación alguna con el lugar de nacimiento más allá de dicho acto, debería reconocerse la filiación a fin de no vulnerar su derecho a la identidad. ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera un pronunciamiento compatible con el principio de interés superior del niño?

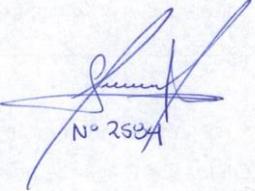
Considero que debería reconocerse la filiación como madre legal, toda vez que la ley aplicable por TERRITORIALIDAD la favorece, sin importar si en el lugar de alumbramiento se encontraba prohibida o no regulada la gestación subrogada.

13. En Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 24 de enero de 2017, caso Paradiso-Campanelli, en el que se discutía una vulneración de derechos producto de que el menor que había sido gestado in vitro en Rusia vía maternidad subrogada, fue puesto bajo custodia del Estado italiano, al no estar permitida esa práctica en el ordenamiento jurídico italiano. La Gran Sala declara que el CEDH, no reconoce un derecho a convertirse en padre/madre, por tanto, debe prevalecer el interés público por sobre el deseo de ser padres. ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Considera un pronunciamiento compatible con el principio de interés superior del niño?

No lo considero compatible toda vez que el interés o deseo de los padres intencionales fue tutelado en un Estado donde se regulaba dicha técnica de reproducción asistida, por lo que teniendo un derecho adquirido, el otro estado, debió reconocer la relación PREEXISTENTE entre los padres y el menor gestado in vitro.



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

SELLO	FIRMA - N° DE COLEGIATURA	TELEFONO - EMAIL
<p><i>Uriel J. Cabrera Chumbilla</i> <b>ABOGADO</b> I.C.A.T. 2584</p>	 <p>N° 2584</p>	<p>9880010 90 uriel.john.26@gmail.com.</p>