



**UNIVERSIDAD  
DEL PACÍFICO**

**Derecho**  
Facultad de Derecho

**EL NUEVO ENTENDIMIENTO DEL DERECHO DE FILIACIÓN Y EL EJERCICIO  
DE LA PATRIA POTESTAD, A LA LUZ DEL USO DE LA TERHA DENOMINADA  
“MATERNIDAD SUBROGADA”**

**Trabajo de Suficiencia Profesional  
presentado para optar al Título Profesional de  
Abogado**

**Presentado por:**

**Diana Alexandra Tapia Álvarez**

**Alexander Junior Marti Flores**

**Asesor: Alex Plácido Vilcachagua**

**[0000-0002-1145-584X](tel:0000-0002-1145-584X)**

**Lima, enero 2025**

# REPORTE DE EVALUACIÓN DEL SISTEMA ANTIPLAGIO

## FACULTAD DE DERECHO

A través del presente documento la Facultad de Derecho deja constancia de que el Trabajo de Suficiencia Profesional “EL NUEVO ENTENDIMIENTO DEL DERECHO DE FILIACIÓN Y EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD, A LA LUZ DEL USO DE LA TERHA DENOMINADA “MATERNIDAD SUBROGADA” presentada por la Srta. Diana Alexandra Tapia Álvarez y el Sr. Alexander Junior Marti Flores, con DNI 71293962 y 73035458, respectivamente, para optar el Título Profesional de Abogado, fue sometido al análisis del sistema antiplagio Turnitin el 21 de febrero del año 2025; obteniendo el siguiente resultado:




### 10% Similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para ca...

#### Filtrado desde el informe

- ▶ Bibliografía
- ▶ Texto citado

#### Fuentes principales

- 9%  Fuentes de Internet
- 4%  Publicaciones
- 4%  Trabajos entregados (trabajos del estudiante)

#### Marcas de integridad

N.º de alertas de integridad para revisión

No se han detectado manipulaciones de texto sospechosas.

Los algoritmos de nuestro sistema analizan un documento en profundidad para buscar inconsistencias que permitirían distinguirlo de una entrega normal. Si advertimos algo extraño, lo marcamos como una alerta para que pueda revisarlo.

Una marca de alerta no es necesariamente un indicador de problemas. Sin embargo, recomendamos que preste atención y la revise.

#### Fuentes principales

Las fuentes con el mayor número de coincidencias dentro de la entrega. Las fuentes superpuestas no se mostrarán.

1	Internet	hdl.handle.net	2%
2	Internet	repositorio.ucv.edu.pe	<1%
3	Trabajos del estudiante	Universidad Católica de Santa María	<1%
4	Internet	www.mysciencework.com	<1%
5	Internet	repositorio.unasam.edu.pe	<1%
6	Internet	tesis.ucsm.edu.pe	<1%
7	Internet	repositorio.unsaac.edu.pe	<1%
8	Internet	qdoc.tips	<1%
9	Internet	www.unicef.cl	<1%
10	Trabajos del estudiante		<1%
11	Internet	repositorio.ug.edu.ec	<1%

## Detalles del documento

Identificador de la entrega

trn:oid::1:3140820120

Fecha de entrega

29 ene 2025, 3:00 p.m. GMT-5

Fecha de descarga

21 feb 2025, 11:12 a.m. GMT-5

Nombre de archivo

Marti\_Alexander\_Tapia\_Diana\_Trabajo\_de\_Suficiencia\_Profesional\_Derecho\_2025.docx

Tamaño de archivo

298.8 KB

35 Páginas

10,117 Palabras

56,431 Caracteres

De acuerdo con la política vigente, el porcentaje obtenido de similitud con otras fuentes está dentro de los márgenes permitidos.

Se emite el presente documento para los fines estipulados en el Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad al que pertenece el interesado.

Lima, 21 de febrero de 2025



Alex Plácido Vilcachagua

Asesor

ORCID: 0000-0002-1145-584X

## RESUMEN

Esta investigación aborda la determinación del derecho de filiación y el ejercicio de la patria potestad en el contexto de la maternidad subrogada, un tema de creciente relevancia en el ámbito jurídico y social. Se plantea la problemática de cómo establecer estos derechos en casos de maternidad subrogada, formulando como hipótesis que deben definirse según el interés superior del menor. Se propone que la filiación y la patria potestad recaigan sobre los padres intencionales, quienes poseen la voluntad procreacional, mientras que la madre gestante renunciaría a sus derechos parentales, salvo excepciones fundamentadas en los derechos del niño.

La metodología utilizada incluye un enfoque descriptivo resaltando el estado actual de la normativa sobre la materia, un análisis jurisprudencial, así como el estudio de casos específicos como los de Zamudio-López y Nieves-Ballesteros, que evidencian las incertidumbres legales actuales. Los resultados sugieren la necesidad de establecer criterios claros y coherentes para abordar estos temas en el marco normativo peruano, alineándose con los principios de protección internacional de los derechos infantiles y la constitución, que considera a la familia como un pilar fundamental. Este estudio busca proporcionar una guía útil para ciudadanos, jueces y profesionales del derecho, contribuyendo a la construcción de un marco regulatorio que garantice los derechos de todas las partes involucradas en la maternidad subrogada.

## ABSTRACT

*This research addresses the determination of filiation rights and the exercise of parental rights in the context of surrogate motherhood, a topic of growing relevance in the legal and social sphere. The problem of how to establish these rights in cases of surrogate motherhood is raised, formulating as a hypothesis that they should be defined according to the best interests of the minor. It is proposed that filiation and parental rights should be vested in the intended parents, who have the procreational will, while the surrogate mother would renounce her parental rights, except for exceptions based on the rights of the child.*

*The methodology used includes a descriptive approach highlighting the current state of legislation on the matter, an analysis of jurisprudence, as well as the study of specific cases such as those of Zamudio-López and Nieves-Ballesteros, which show the current legal uncertainties. The results suggest the need to establish clear and consistent criteria to address these issues in the Peruvian regulatory framework, aligning with the principles of international protection of children's rights and the constitution, which considers the family as a fundamental pillar. This study seeks to provide a useful guide for citizens, judges and legal professionals, contributing to the construction of a regulatory framework that guarantees the rights of all parties involved in surrogacy.*

## INDICE

RESUMEN .....	4
ABSTRACT .....	5
INTRODUCCIÓN .....	8
I. ASPECTOS GENERALES.....	9
1.1. Maternidad Subrogada .....	9
1.1.1 Maternidad biológica y gestadora: .....	10
1.1.2 Maternidad gestadora:.....	10
1.2. La Filiación y la Patria Potestad.....	11
1.3. Interés Superior del Niño .....	12
1.4. La Voluntad Procreacional .....	14
II. ANÁLISIS DEL PROBLEMA .....	14
2.1. NIVEL JURISPRUDENCIAL.....	14
2.1.1. Caso Nieves – Ballesteros .....	15
2.1.2. Caso López- Rojas .....	19
2.1.3. Apreciaciones personales .....	21
2.2. NIVEL NORMATIVO Y DOCTRINARIO .....	23
2.2.1. LA REGULACIÓN DE LA TERHAS EN LA LEY 26842, LEY GENERAL DE SALUD.....	23
2.2.2. PROHIBICIÓN DEL USO DE TERHAS EN LA LEY GENERAL DE SALUD. 23	
2.2.3. LA NULIDAD DEL ACUERDO DE UTERO SUBROGADO.....	25
2.2.4. LA VOLUNTAD PROCREACIONAL COMO FUENTE DE DESIGNACIÓN DE LA FILIACIÓN.....	26
III. LEGISLACIÓN COMPARADA .....	29
IV. CONCLUSIONES.....	30
V. RECOMENDACIONES .....	32

<b>1. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN LEGISLATIVA: .....</b>	<b>32</b>
<b>2. PRIORIZAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: .....</b>	<b>32</b>
<b>3. ESTABLECIMIENTO DE MECANISMOS PARA RESOLVER CONFLICTOS: .....</b>	<b>32</b>
<b>4. RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS: .....</b>	<b>33</b>
<b>5. DESARROLLO DE PROTOCOLOS DE PROCEDIMIENTO .....</b>	<b>33</b>
<b>VI. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>34</b>

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación se centra en un tema de creciente relevancia en el ámbito jurídico y social: la determinación del derecho de filiación y el empleo de la patria potestad en el contexto de la Técnicas de Reproducción Humana Asistida conocida como maternidad subrogada. La problemática específica que abordamos es la siguiente: ¿Cómo debería designarse el derecho de filiación y el ejercicio de la patria potestad en los casos de maternidad subrogada?

Nuestra hipótesis sostiene que, el derecho de filiación y el ejercicio de la patria potestad en los casos de maternidad subrogada deben asignarse teniendo como directriz el interés superior del menor nacido bajo este método. Esto quiere decir que, la filiación y la patria potestad deben recaer sobre los padres intencionales porque los mismos tienen la voluntad procreacional y no sobre la madre gestante, quien, al renunciar a su vínculo parental denominado “común”, deja de tener derechos sobre el menor, salvo que existan acuerdos o circunstancias que justifiquen una revisión de esta situación en función de los derechos fundamentales de los menores. Además, esta determinación se alinea con la normativa internacional que protege los derechos de los niños, la familia y derechos de reproductivos.

La importancia de este trabajo radica en el hecho de que, en el Perú, el artículo 4° de la Constitución Política reconoce a la familia como un pilar fundamental de la sociedad, siendo que, tradicionalmente ha sido entendida como la unión entre padres e hijos biológicos. Sin embargo, con el incremento de parejas que enfrentan dificultades para procrear de manera natural y el avance científico, el uso de técnicas de reproducción asistida, como la maternidad subrogada, han ido tomando mayor relevancia. Aunque esta práctica no está legalmente regulada en el Perú, generado vacíos normativos y conflictos legales que requieren soluciones claras y precisas.

El presente trabajo tiene como objetivo fundamentar que la filiación ya no es solamente biológica y a través de la adopción, sino que, se pueden dan también mediante la voluntad procreacional. A lo largo de la investigación, se presentarán ejemplos recientes, como el caso de los señores Zamudio-López y el matrimonio Nieves-Ballesteros, que ilustran la incertidumbre jurídica y las diferentes interpretaciones judiciales sobre la designación de la filiación y la patria potestad de los menores nacidos de esta técnica de reproducción asistida.

La estructura del trabajo se organiza en varias secciones que abordan primero, de manera breve, los antecedentes conceptuales de la filiación, patria potestad, maternidad subrogada, interés superior del niño y voluntad procreacional. Luego, se planteará el análisis del problema desde tres vertientes: la normativa, la jurisprudencial y la doctrinaria. Asimismo, se precisarán las recomendaciones para mejorar el marco legal en este ámbito, siendo que las hipótesis que guían nuestra investigación están centradas en el interés superior del niño y la necesidad de lineamientos claros para prevalecer los derechos de los menores.

Finalmente, este estudio no solo busca aportar claridad en un área de gran complejidad legal, sino también ofrecer un impacto positivo en la vida de las familias que optan por la maternidad subrogada y en el sistema judicial, proporcionando herramientas y lineamientos que promuevan la protección de los derechos de los menores nacidos mediante estas técnicas. La investigación se espera que sirva de guía tanto para la ciudadanía en general como para jueces, abogados y demás actores del sistema de justicia, en la búsqueda de un marco normativo que brinde seguridad jurídica y garantice los derechos fundamentales de todos los involucrados.

## **I. ASPECTOS GENERALES**

Como se ha precisado anteriormente, la presente investigación tiene como fin establecer cómo debe designarse el derecho de filiación en los casos de maternidad subrogada. Al respecto, es primordial primero entender los conceptos clave en torno al tema, siendo estos los siguientes:

### **1.1. Maternidad Subrogada**

Para comprender la maternidad subrogada, es fundamental entender el significado de lo que se denomina como “Técnicas de Reproducción Humana Asistida” (en adelante, "TERHA").

La TERHA es un procedimiento especializado diseñado para abordar temas de infertilidad, lo que permite a las personas que quieren formar una familia, concebir, pero, de una manera diferente a la cotidiana. Conforme a lo mencionado por Varsi, “estos métodos son calificados como complementarios más que alternativos, ello porque buscan superar limitaciones bilógicas o psicológicas que impiden la procreación, especialmente cuando otras técnicas han fracasado o no han sido efectivas” (Varsi, 2010).

Con relación a la Maternidad Subrogada, esta permite a las personas que enfrentan infertilidad poder contar con una solución y puedan formar una familia, derecho constitucional e

internacionalmente reconocido. Así, para comprender su concepto, es importante analizar su significado. La palabra “subrogada”, “implica reemplazar o colocar a alguien o algo en el lugar de otra persona” (RAE, s.f.).

En esa línea, la maternidad subrogada ocurriría cuando una persona, quién es infértil o es capaz de producir óvulos, pero no puede llevar un embarazo debido a limitaciones uterinas o físicas, recurre a otra mujer quién ofrece su útero para gestar. “Esta persona es conocida como madre sustituta o madre portadora quién entrega al/la menor a la madre intencional al finalizar el embarazo. Conforme a lo establecido por la doctrina y de los casos surgidos en los últimos años, la maternidad subrogada puede dividirse en clases, siendo éstas las siguientes” (Ticse, 2018) :

#### **1.1.1 Maternidad biológica y gestadora:**

- Ocurre cuando la madre portadora acepta que sea inseminada artificialmente con los espermatozoides del esposo de una mujer que no puede concebir, comprometiéndose a entregar al bebé tras el parto.

#### **1.1.2 Maternidad gestadora:**

- Ocurre cuando la madre portadora acepta gestar un embrión genéticamente ajeno que es implantado en su útero, siendo que, se pueden presentar las siguientes situaciones:
  - Que tanto los espermatozoides como el ovulo sean de la pareja con voluntad procreacional.
  - El ovulo puede pertenecer a la madre con voluntad procreacional y los espermatozoides a una persona anónima.
  - El ovulo puede pertenecer a una persona anónima y los espermatozoides al padre con voluntad procreacional.
  - Que el ovulo como los espermatozoides provengan de personas anónimas.
  - Cuando el ovulo pertenezca a la madre portadora y el espermatozoide de una persona anónima.

De lo mencionado se desprende que, esta figura ofrece a las personas con voluntad procreacional formar una familia, la misma que por sus clases existentes implica una colaboración significativa entre la madre gestante y los padres intencionales, quienes pueden aportar su material genético o de existir dificultades, usar uno anónimo.

## 1.2. La Filiación y la Patria Potestad

Para la doctrina nacional la filiación tiene diferentes significados, a modo general se puede definir como “el vínculo existente entre una persona con sus ascendentes y descendientes, estableciéndose una relación de sangre y legal que tienen los hijos con sus padres” (Varsí, 2010). De esta relación se puede deducir que emergen derechos y también obligaciones legales que vinculan a las personas involucradas, en otras palabras, se configura el parentesco entre padres e hijos, junto con las relaciones jurídicas que derivan de dicho vínculo.

Hablar de manera general sobre la filiación daría a entender que solo se refiere a un hecho biológico, al hablarse de una relación de sangre. Sin embargo, hoy en día la filiación puede provenir de diversas fuentes, no solo biológica. La adopción y las técnicas de reproducción asistidas han permitido ampliar la concepción sobre la filiación a una relación socio afectiva.

Para la autora Ticse, el concepto de filiación por las TERHAS, “es una relación que se fundamenta en lo afectivo y que se encuentra vinculado al derecho fundamental a la felicidad, el cual es un derecho derivado de la dignidad humana” (Ticse, 2018).

Por su parte, la filiación se ve materializada en la patria potestad, para Pérez, “el Código Civil Peruano define la patria potestad como el derecho y el deber de los padres de cuidar de sus hijos y sus bienes. La patria potestad es una institución que comprende derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, mediante el cual tiene como finalidad el desarrollo integral de los hijos y la realización los padres. Con lo cual, se puede concluir, que el ejercicio de la patria potestad tiene con fundamento principal el interés superior del niño” (Pérez Contreras, 2010)<sup>1</sup>.

En síntesis, la filiación trasciende el aspecto biológico y legal, integrando también componentes afectivos y sociales que reflejan los cambios y avances de la sociedad. Este enfoque holístico destaca la relevancia de asegurar el bienestar y el desarrollo de los hijos, priorizando el interés superior del niño como fundamento principal de las relaciones familiares y de los derechos y obligaciones asociados a la patria potestad.

---

<sup>1</sup> Pág. 152

### **1.3. Interés Superior del Niño**

Este concepto es reconocido de manera general como un principio jurídico garantista, el mismo que tiene sus raíces desde la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños, aprobada en 1924, hasta en la Convención sobre los Derechos del Niño, la misma que fue adoptada por Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989.

Según la “observación 14 del Comité de Derechos del Niño, el Interés Superior Del Niño abarca tres conceptos distintos. El primero, se enmarca en la consideración como derecho de los niños, niñas y adolescentes, lo que implica que al tomar decisiones que puedan afectarlos se debe tomar en cuenta su interés. En segundo lugar, es un principio interpretativo esencial que establece que deben prevalecer las normas que mejor promuevan el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Finalmente, se define como una norma de procedimiento que indica que al implementar medidas que afecten a niños o niñas y adolescentes, es necesario realizar una evaluación de sus posibles efectos, lo que implica incluir garantías procesales adecuadas” (UNICEF, 2015).

En lo que respecta al ámbito nacional peruano, el Estado ha promulgado la Ley N° 27337, la cual incorpora el principio del “Interés Superior del Niño en su Artículo IX. Este establece que, “cualquier medida relacionada con niños y adolescentes, adoptada por los poderes del Estado o en acciones de la sociedad, deberá considerar dicho principio, garantizando así el respeto pleno de sus derechos” (Ley N° 27337, 2020).

En esa misma línea el Tribunal Constitucional en basta jurisprudencia ha mencionado que, “el Interés Superior del Niño es un principio regulador de la normativa internacional de los derechos del niño que interactúa y respalda al principio de especial protección del niño, siendo que se encontraría reconocido de manera implícita en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú” (Sentencia TC, 2009).

Además, señala que, “todas las acciones del Estado, la sociedad, la familia y la comunidad, en relación con la protección de los niños y la garantía de sus derechos, deben enfocarse en alcanzar su bienestar integral, abarcando aspectos físicos, emocionales, morales, intelectuales, espirituales y sociales” (Sentencia TC, 2009).

En ese sentido, lo mencionado para nuestro Tribunal se respalda, “no solo en los instrumentos internacionales antes mencionados, sino también en el artículo 16 del Protocolo de San Salvador, que señala que todo niño, sea cual fuere su filiación, tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, la sociedad, la comunidad y el Estado” (OEA, 1998). En consecuencia, este principio exige que, “las normas relacionadas con los niños, así como las políticas públicas y programas sociales, sean formuladas, interpretadas y aplicadas con el objetivo de promover su desarrollo pleno, armonioso e integral, en un entorno que garantice libertad, dignidad y bienestar” (Sentencia TC, 2009).

Finalmente, el Tribunal Constitucional ha afirmado que, “los principios de protección especial y el interés superior del niño obligan al Estado a tomar todas las medidas necesarias para garantizar de manera rápida y efectiva la protección de los niños frente a cualquier forma de maltrato, ya sea en su relación con las autoridades, sus familiares o terceros” (Sentencia TC, 2009). Así, el Estado, “por medio de sus diferentes instituciones, asume el deber de implementar acciones legislativas, administrativas, sociales y educativas que sean efectivas para proteger a los niños contra todo tipo de violencia, como abuso físico, descuido, trato negligente, malos tratos o explotación. Esta obligación incluye intervenir cuando los responsables del menor, como los padres, no satisfacen sus necesidades básicas o cuando alguno de ellos incurre en maltrato” (Sentencia TC, 2009).

En este sentido, consideramos que el Interés Superior del Niño es un principio jurídico esencial que guía tanto el derecho internacional como el nacional en la protección integral de los derechos de los menores. Este principio asegura que las decisiones, normativas y políticas públicas tengan como prioridad el bienestar físico, emocional, social y moral de niños, niñas y adolescentes, promoviendo su desarrollo integral en un ambiente de dignidad y libertad.

El Estado peruano, junto con la sociedad, la comunidad y las familias, tiene el deber de implementar acciones legislativas, administrativas y sociales que garanticen la protección especial de los menores. Estas medidas deben enfocarse en prevenir y abordar situaciones de abuso, negligencia o explotación, asegurando siempre el respeto por sus derechos fundamentales y promoviendo su desarrollo pleno y armonioso.

## 1.4. La Voluntad Procreacional

Para la doctrina la de voluntad procreacional adquiere mayor importancia en el marco del uso de las TERHAS ello, debido a que, esta voluntad constituiría un elemento clave para determinar la filiación en este tipo de técnicas.

Al respecto, según la doctora Siverino Bavio, la voluntad procreacional, se trataría de una expresión de voluntad formal y libre que se vería reflejada en la decisión de asumir la paternidad o maternidad mediante el uso de TERHAS. Ella precisa que, “esta declaración, no sería un acto casual, sino que se materializa a través de un acto formal, representando una elección libre, consciente e informada. Bravo, resalta que, esta voluntad formalizada no solo tendría un valor ético, sino también jurídico, al establecer un marco de seguridad para las partes involucradas en el uso de las TERHAS” (Bavio, 2024).

Ante lo mencionado, de manera preliminar y aplicando dicha concepción a la TERHA desarrollada, consideramos que, la paternidad o maternidad, a través de la maternidad subrogada, no ocurriría de manera fortuita, sino como resultado de la voluntad explícita y libre de las personas que desean serlo.

## II. ANÁLISIS DEL PROBLEMA

El presente capítulo examina las dimensiones jurisprudencial, normativo y doctrinario relacionadas con la designación de la filiación ante el uso de la maternidad subrogada en el contexto nacional. El análisis busca resaltar las tensiones entre la normativa vigente, los derechos constitucionales y las exigencias de la realidad social peruana.

### 2.1. NIVEL JURISPRUDENCIAL

La Constitución Política del Estado Peruano protege al niño y al adolescente, a la familia como instituto natural y fundamental de la sociedad, siendo que, en su artículo 4 prescribe que:

***“Artículo 4- Protección a la familia. Promoción del matrimonio.***

*La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el*

*matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad” (Constitución Política del Perú, 1993).*

Lo precisado impone al Estado y a la comunidad la protección del niño y al adolescente, y la familia, sin embargo, en la práctica, cuando se habla de maternidad subrogada, no se ha logrado ofrecer una respuesta adecuada ni un marco legal que garantice la protección de las instituciones mencionadas.

Esta ausencia de regulación genera un vacío que deja a las familias formadas mediante el uso de la TERHA maternidad subrogada en una situación de incertidumbre jurídica, afectando tanto derechos de los padres como, especialmente, derechos de los niños y adolescentes.

En este contexto, se evidencia una contradicción entre el mandato constitucional de protección a la familia y a los menores, y la realidad legal que enfrentan quienes optan por esta técnica de reproducción asistida. Al respecto, se presentarán dos casos que describen lo detallado y evidencian la problemática actual:

### **2.1.1. Caso Nieves – Ballesteros**

El caso data del año 2014, fecha en la que la sociedad conyugal conformada por Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Vereau (en adelante, “familia Nieves- Ballesteros”), quienes contrajeron matrimonio en el 21 de enero de 2005, decidieron acceder al uso de TERHAS, ante la imposibilidad de poder tener hijos. La pareja conyugal mencionada decidió recurrir, específicamente a la maternidad subrogada.

En este caso, se usó la fecundación in vitro utilizando un óvulo de una donante anónima y el esperma del señor David Nieves Reyes. Siendo que, para llevar a cabo la maternidad subrogada, la pareja realizó un acuerdo privado de útero subrogado con la señora Evelyn Betzabé Rojas Urco y Fausto César Lázaro Salecio (en adelante, “familia Rojas – Lázaro”), matrimonio que estaba de acuerdo en que la señora Evelyn Rojas Urco (en adelante, “señora Rojas”) geste a los embriones brindados por la familia Nieves- Ballesteros.

El 19 de noviembre de 2015, en el Instituto Nacional Materno Perinatal, llegaron al mundo dos mellizos, cuyas iniciales son L.N.N.R y C.D.N.R. La señora Rojas fue registrada como la madre en los documentos oficiales, ya que fue quien dio a luz a los niños, mientras que el señor Francisco David Nieves Reyes fue reconocido como el padre.

Posteriormente, la familia Nieves-Ballesteros inició procedimientos ante el RENIEC para rectificar las actas de nacimiento, solicitando que la señora Aurora Ballesteros sea reconocida como madre de los menores (en adelante, “señora Ballesteros”). Sin embargo, las solicitudes fueron declaradas improcedentes por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (en adelante “RENIEC”), lo que motivó la presentación de una demanda de amparo, la misma que fue interpuesta junto con el apoyo de la familia Rojas- Lázaro.

En la demanda, los señores Nieves-Ballesteros y Rojas – Lázaro argumentaron la vulneración del derecho a la identidad de los menores, al no estar determinada su filiación materna con quien realmente corresponde. Sosteniendo que, la señora Rojas, pese a figurar como madre, no comparte material genético con los menores, ni tiene intención de asumir un rol de madre frente a ellos.

Respecto a la demanda mencionada, la misma fue admitida en el año 2016, siendo que, RENIEC contestó la misma alegando una falta de vínculos filiales biológicos entre la señora Ballesteros y los menores. Asimismo, argumentó ausencia de recursos impugnatorios en sede administrativa por parte de los demandantes y cuestionó su falta de representación a favor de quienes se alega la vulneración de los derechos mencionados.

Ante lo mencionado, el Quinto Juzgado Constitucional, estableció que:

- a) Respecto a la falta de representación alegada por el RENIEC, el juzgado consideró que esta falta de representación era parte del conflicto generado por la actuación de la entidad administrativa y no se podía justificar la paralización del proceso por este motivo, toda vez que, los demandantes también actuaban a título personal, siendo que, desestimar el caso por esta alegación agravaría la vulneración de los derechos

fundamentales de los menores, como su identidad e interés superior del niño, contradiciendo el propósito del amparo como herramienta de protección amplia y accesible.

- b) Con relación a la falta de agotamiento de vía previa, el juzgado determinó que el Perú carece de normativa en materia de maternidad subrogada, por lo que no existe una vía administrativa adecuada para resolver este tipo de casos, siendo así, al no existir procedimientos específicos y ante un riesgo irreparable a los derechos fundamentales de los menores y personas involucradas, no era necesario agotar la vía previa, dado el carácter urgente y excepcional del caso.
- c) Que, aunque el Artículo 7° de la Ley General de Salud (Ley N° 26842) permite el uso de la TERHA solo cuando la madre genética es también la gestante, no prohíbe explícitamente otros casos. Por lo que, interpretar lo contrario sería inconstitucional pues, no se pueden presumir limitaciones de derechos sin una norma expresa. En ese sentido, mientras no exista una prohibición clara, el uso de la maternidad subrogada es legítima.
- d) El juzgado, detalla que, “el uso de la maternidad subrogada se alinea con el derecho a la salud reproductiva, siendo que, su uso debe tener como fin formar una familia pues, cualquier otro uso podría contradecir la dignidad humana establecida en la Constitución Política. Al respecto, se precisa que el derecho a formar una familia se encuentra protegido en nuestra carta magna y tratados internacionales, por lo que, el RENIEC al negar la inscripción de los menores, vulnera el derecho de los demandantes al libre desarrollo de la personalidad, al impedirles constituir una familia y desarrollar su proyecto de vida familiar” (Sentencia PJ, 2016).
- e) El juzgado destaca que la señora Ballesteros, “siempre ha tenido voluntad procreacional y es quién ejerce actualmente el rol de madre, por lo que, debe ser reconocida como tal pues, está en la mejor posición para ser considerada como madre. Esta decisión la fundamenta en el concepto del Interés Superior del Niño, el mismo que es entendido para el juzgado como el conjunto de condiciones necesarias para garantizar que un niño tenga un desarrollo integral, bienestar y derechos fundamentales” (Sentencia PJ, 2016).

- f) Finalmente, el juzgado precisa que “se debe proteger el derecho a la identidad de los menores, señalado en el artículo 2° de la Constitución, que incluye el derecho al nombre y apellidos, esenciales para formalizar vínculos familiares y personales. Por lo que, se ordena a el RENIEC emitir nuevas partidas de nacimiento donde consten como padres Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, garantizando así el reconocimiento pleno de sus derechos fundamentales y estabilidad familiar” (Sentencia PJ, 2016).

La demandada apeló lo mencionada y la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia determinó lo siguiente:

- a) Los derechos de identidad e Interés Superior de los menores no pueden ser limitados por las objeciones del RENIEC, dado que estas vulneran derechos fundamentales.
- b) Reconoce a Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros como padres legales bajo un parentesco afectivo-social derivado de su voluntad procreacional y por el uso de la maternidad subrogada.
- c) Se determinó que se deben anular las partidas de nacimiento previas y se ordena su rectificación para incluir a la familia Nieves- Ballesteros como padres de los menores.

Así, la Corte Superior confirmó la primera sentencia, siendo que, en su oportunidad el RENIEC cumplió con emitir las nuevas actas de nacimiento y anuló las anteriores, siendo el proceso concluido y archivado definitivamente.

Ante lo narrado, el presente caso, ha sentado un precedente relevante para la interpretación jurídica de derechos fundamentales y nuevos conceptos, como el de voluntad procreacional, en los casos de maternidad subrogada. Sin embargo, como veremos a continuación existe una notable discordancia en los fallos judiciales cuando se trata del uso de las diferentes clases de maternidad subrogada detalladas en el Capítulo II del presente documento.

Es decir, en el caso de Nieves- Ballesteros, uno de los padres intencionales, Francisco David Nieves Reyes, aportó material genético, lo que habría permitido a la autoridad judicial basar su decisión en la existencia de un vínculo biológico parcial, junto con la voluntad procreacional de ambos padres intencionales. No obstante, en el siguiente caso, se podrá ver que ninguno de los padres intencionales aportó material genético, teniendo un fallo judicial distinto, lo que destacaría la ausencia de uniformidad en la designación de la filiación, la patria potestad en estos casos y la aplicación del principio del Interés Superior del Niño.

### **2.1.2. Caso López- Rojas**

En este caso, el matrimonio conformado por los señores Nilton Dante Zamudio Vilca y Carmen Rosa López Rojas (en adelante “familia Zamudio-López”) ante la imposibilidad de poder concebir durante 20 años recurrieron al uso de TERHAS para poder ser padres. Específicamente, la familia Zamudio-López recurrió al uso de la maternidad subrogada, para lo cual acudieron a una clínica de fertilidad.

A efectos de formalizar el acuerdo, “suscribieron un acuerdo privado de Útero Subrogado con la señora Zovelina Pozo Rojas. Mediante dicho acuerdo esta última aceptó gestar un embrión, en calidad de colaboradora, reconociendo que los derechos y deberes con la menor por nacer correspondían únicamente a la familia Zamudio-López, los padres con voluntad procreacional” (Sentencia PJ, 2017).

A diferencia del caso de la familia Nieves-Ballesteros, la fecundación se realizó utilizando un óvulo y espermatozoide de un banco de donantes anónimos. El 15 de febrero de 2016, nació la niña de iniciales L.V.V.Z.R en la Clínica Inmater. Donde se consignó como madre a la señora Zovelina Pozo Rojas al ser la gestante que dio a luz a la menor y al señor Nilton Dante Zamudio Vilca como padre por haberlo declarado así la señora Zovelina Pozo Rojas.

La familia Zamudio-López “inició un procedimiento de rectificación de partida ante el RENIEC. Sin embargo, mediante la Resolución N° 1469-2016 ORSJORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC se declaró improcedente la solicitud de rectificación de

partida. Como consecuencia de esta resolución, la familia Zamudio-López interpuso una acción de amparo en la que intervino como apoyo y también como demandante la señora Zovelina Pozo Rojas” (Sentencia PJ, 2017).

La acción de amparo se interpuso en el año 2017. El RENIEC contestó la demanda señalando que actuó de acuerdo con el procedimiento para la inscripción de nacimientos y bajo el principio de veracidad. Asimismo, dedujo una excepción de falta de legitimidad para obrar y que los demandados no agotaron la vía previa.

El presente expediente resulta un caso complejo ya que convergen cinco actores sobre los cuales se puede interpretar derechos sobre la menor. De esta forma se encuentran la familia Zamudio-López, como los padres con voluntad procreacional. La señora Zovelina Pozo Rojas como la gestante y madre reconocida por el RENIEC, al ser la persona que llevó el embarazo y dio a luz a la menor. Finalmente, los donantes anónimos de óvulo y espermatozoide quienes comparten lazos biológicos con la menor.

El juez de primera instancia abordó los problemas referentes a la filiación, en la medida de que se registró a la menor como hija de la señora Zovelina Pozo Rojas que no compartía vínculo genético con la menor, para ello analiza como entran en conflicto el principio de *mater sempre* versus la voluntad procreacional de una pareja infértil. La ausencia de una regulación a los que este caso se sometía, al no existir una regulación clara en el Perú sobre el uso de TERHAS, para lo cual se si bien no entra a analizar la validez del acuerdo privado de útero subrogado, sí analiza las consecuencias legales que produjo versus la falta de regulación. El interés superior del niño y los derechos fundamentales, siendo prioritario ponderar este principio a efectos de no vulnerar ni perturbar la dignidad del menor.

Sin embargo, la sentencia de primera instancia fue apelada por el RENIEC. Así, la Segunda Sala Constitucional Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima revocó la sentencia de primera instancia en el extremo que declaró fundada la demanda de amparo, y reformándola la declaró improcedente. A diferencia del pronunciamiento de primera instancia, para la Segunda Sala Constitucional Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima no procede la rectificación del

apellido de la menor ya que el RENIEC no tiene competencia para realizar un cambio de identidad, lo cual debe realizar a través de un proceso judicial y no en sede administrativa.

Por otro lado, la Sala Constitucional concluye que el derecho a la identidad de la menor ha sido respetado ya que desde su nacimiento adquirió una identidad. Esta conclusión es especialmente relevante, ya que la Sala Constitucional recoge como definición de maternidad la expresión *mater semper certa est etiam si vulgo conceperit*".

Finalmente, la Sala Constitucional la Ley General de Salud interpreta que "el artículo 7 prohíbe el uso de TERHAS en los casos en que la condición de madre genética y madre gestante no recaiga sobre la misma persona. Con lo cual, el denominado documento "Acuerdo Privado de Útero Subrogado" no puede producir efectos jurídicos ya que para el derecho peruano el embrión no puede ser objeto de donación al protegerse al concebido" (Resolución TC, 2019).

Ante esta nueva decisión, los demandantes deciden interponer un recurso de Agravio Constitucional en el año 2019, elevándose el expediente al Tribunal Constitucional, siendo que, a pesar de haber admitido la demanda y haber sesionado dos veces sobre el caso, en el año 2021 y 2024, hasta la fecha de la presente investigación, no se tiene una decisión.

### **2.1.3. Apreciaciones personales**

De los casos detallados se puede precisar lo siguiente:

#### **a) Voluntad procreacional**

La voluntad procreacional se consolida como un concepto fundamental en casos de uso de maternidad subrogada, el mismo serviría para determinar la filiación y la patria potestad de los menores para con los padres intencionales, quienes deciden recurrir a esta técnica y quienes, al asumir responsabilidades parentales, deberían ser reconocidos como los progenitores legales.

Vemos que, en el caso Nieves-Ballesteros, se reconoció plenamente la voluntad procreacional de los padres intencionales, reforzada por un vínculo biológico parcial (material genético del padre). Esto permitió la inscripción de los menores con los apellidos de la pareja. En contraste, en el Caso López-Rojas, donde no existía vínculo genético entre los padres intencionales y la menor, este principio fue rechazado. Esto evidencia una aplicación inconsistente de la voluntad procreacional en función de la existencia (o ausencia) de filiación que como se fundamentará más adelante, es un análisis que deja de lado el Interés Superior del Niño.

b) Interés Superior del Niño

Este principio se menciona en ambos casos como el eje central para resolver los conflictos de filiación y patria potestad ante la ausencia de una regulación clara. Busca, como se ha detallado anteriormente, garantizar los derechos del menor, incluyendo su estabilidad emocional, desarrollo familiar y bienestar integral.

En el caso Nieves-Ballesteros, el interés superior del niño se priorizó al reconocer como padres legales a los esposos con voluntad procreacional, quienes ejercían roles parentales efectivos a la fecha de la demanda. Sin embargo, en el caso López-Rojas, consideramos que este principio se interpretó de forma limitada, al señalar que la identidad de la menor ya estaba garantizada con su registro inicial, ignorando otros aspectos como la estabilidad familiar, al haber estado la menor bajo cargo de los padres intencionales desde su nacimiento.

Asimismo, se dejó de lado la interpretación amplia del derecho a la identidad, la misma que no solo incluye el registro del nombre y los apellidos, sino también la de la pertenencia familiar y la construcción de vínculos afectivos.

Así, de los casos Nieves- Ballesteros y López- Rojas se evidencian las discrepancias judiciales en la designación de la filiación y patria potestad, lo que claramente genera inseguridad jurídica y podrían llegar a afectarse derechos fundamentales.

## **2.2. NIVEL NORMATIVO Y DOCTRINARIO**

El presente apartado aborda el análisis normativo y doctrinario en torno al uso de la TERHA antes mencionada, ante ello es primordial primero precisar la poca normativa en esta materia.

### **2.2.1. LA REGULACIÓN DE LA TERHAS EN LA LEY 26842, LEY GENERAL DE SALUD.**

En el Perú, la Ley General de Salud regula en el artículo 7° una escueta mención a las TERHAS así dispone que:

*“Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos” (Ley N° 26842, 1997).*

Más allá de esta mención, no existe en nuestra legislación interna una ley que prescriba de manera completa el uso de la TERHAS.

### **2.2.2. PROHIBICIÓN DEL USO DE TERHAS EN LA LEY GENERAL DE SALUD.**

Como previamente se ha analizado, el artículo 7 de la Ley General de Salud tiene una regulación insuficiente, por no decir nula, respecto al uso de las TERHAS. Pese a ello, algunos autores como Ronald Cárdenas sostienen que, “el artículo 7 de la Ley General de Salud contiene una prohibición tácita respecto a los demás supuestos de TERHAS. Para el mencionado autor es posible deducir vía interpretación o analogía normas, ya que las normas legales no necesitan ser expresas” (Cárdenas Krenz, 2017)<sup>2</sup>.

En el Perú rige el principio de legalidad, el cual no es solamente un principio del derecho administrativo que rige las relaciones de los poderes del estado con los ciudadanos, sino también es un principio que rige el derecho en general. El principio

---

<sup>2</sup> Pág. 25

de legalidad se encuentra recogido en el Artículo 2, acápite 24 literal d) de la Constitución Política del Perú, el mismo que establece:

**“Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona. Tota persona tiene derecho:  
(...)”**

**24.- A la libertad y a la seguridad personal. En consecuencia:**

*(...) d. nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley(...)”*  
(Constitución Política del Perú, 1993).

Así, el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 010-2002-AI/TC señala que, “por el principio de legalidad, las prohibiciones deben ser establecidas de manera clara y expresa en la ley” (Sentencia TC, 2003). A mayor abundamiento, “la sentencia del expediente 2192-2004-AA /TC dotó de mayor contenido a este principio estableciendo que no solo los delitos deben ser establecidos en la ley, sino que también las conductas prohibidas deben de estar claramente delimitadas, prohibiéndose la interpretación por analogía o cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones” (Sentencia TC, 2004).

De esta manera, consideramos que, queda demostrado que una prohibición no puede ser tácita porque sería una interpretación que estaría contraviniendo el principio de legalidad. Asimismo, también se estaría vulnerando el derecho a la libertad contenido en el artículo 2, acápite 24 literal a) que dispone que “*nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*” (Constitución Política del Perú, 1993).

En consecuencia, respecto al contenido del artículo 7 de la Ley General de Salud, al no ser posible interpretar una prohibición tácita de la norma, se puede concluir que, ante un escenario de vacío en la regulación, la TERHAS denominada maternidad subrogada no se encontraría prohibida.

### 2.2.3. LA NULIDAD DEL ACUERDO DE ÚTERO SUBROGADO.

Habiendo establecido que no existe una prohibición legal expresa al uso de las TERHAS, se puede concluir que no existe ningún impedimento para poder acceder a las mismas, a efectos de que los padres con voluntad procreacional puedan formar una familia. Sin embargo, entra en discusión la validez de los acuerdos privados de útero subrogado. Si bien esta investigación propone ampliar las fuentes de designación de la filiación, no se puede dejar de mencionar la discusión en torno a los acuerdos privados de útero subrogado. En el Perú, es una discusión que no tiene una posición clara, tanto en la doctrina como la jurisprudencia no existe una posición uniforme respecto de esto.

Un sector de la doctrina se inclina por fundamentar que, los acuerdos privados de útero subrogado son nulos porque: 1) comercializan al niño y el vientre de la madre cosificándolos, 2) Se contraviene el principio romano *“mater semper certa est”*, 3) el objeto es ilícito por contravenir lo dispuesto por el artículo V del Título Preliminar del Código Civil que dispone que, *“es nulo el acto jurídico que atente contra el orden público y las buenas costumbres”* (Codigo Civil Peruano, 1984).

Asimismo, un problema central gravita en torno a la figura del concebido. Para el ordenamiento jurídico peruano, el concebido es sujeto de derecho en todo lo que le favorece. Entonces, surge una interrogante respecto a cuándo estamos hablando de concebido. El artículo 1 del Código Civil establece que la vida humana comienza con la concepción. Lo que en otras palabras significa que se habla de concebido desde la concepción. Esto es cuando el espermatozoide y el óvulo se unen y forman el cigoto. Al respecto la doctrina da una mayor aproximación de cuándo para el derecho peruano se habla de concebido.

Con lo cual se puede concluir que, al ser el concebido sujeto de derecho desde la concepción, los acuerdos privados de útero subrogado estarían comercializando con la vida humana. No obstante, la ciencia ha demostrado que no es tan cierto que se pueda hablar de concebido desde la concepción. De hecho, no siempre el derecho va de la mano de la realidad, es una situación común, el artículo 1 del Código Civil existe desde su publicación en el año 1984. El desarrollo de la ciencia ha permitido tener

mayores respuestas a interrogantes que antes no eran claras y el derecho internacional ha tomado papel en este asunto.

Así se puede resaltar la sentencia del caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica. En esta sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció la evolución del concepto de concepción inicialmente definido (Corte IDH, 2012). Así se ha pasado del concepto de entender la concepción desde el momento en que el espermatozoide y el óvulo se unen, a establecer que se habla de concepción desde la anidación, cuando el embrión se implanta en el útero. Por ello, es necesario un cambio en la regulación que permita reflejar la actual definición de concebido en el derecho internacional.

#### **2.2.4. LA VOLUNTAD PROCREACIONAL COMO FUENTE DE DESIGNACIÓN DE LA FILIACIÓN.**

Como previamente se ha citado, en el “artículo 4 de la Constitución Política del Perú se reconoce la importancia de la familia y de su protección” (Constitución Política del Perú, 1993). Al respecto, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos reconoce en el “artículo 17, el derecho de toda persona a formar una familia sin discriminación alguna. Este derecho a formar una familia es recíproco con el derecho del niño a tener una familia” (OEA O. d., 1969).

Sobre ello, el Tribunal Constitucional estableció que “forma parte del contenido del derecho constitucionalmente protegido de la familia el derecho de formar parte de una familia. Así en la sentencia del 6 de diciembre de 2010 correspondiente al expediente 02892-2010-PH/TC estableció que el derecho a formar parte de una familia es un derecho constitucional implícito a la dignidad humana de una persona, así como a los derechos a la vida, identidad, integridad personal, libre desarrollo de la personalidad y bienestar” (Tribunal Constitucional del Perú, 2010). De esta forma, existe un reconocimiento constitucional a formar una familia y formar parte de ella, derechos que se complementan recíprocamente.

Este reconocimiento constitucional a formar una familia también ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica, en donde se reconoce “el derecho a fundar una familia como manifestación del derecho a la vida privada y la autonomía

reproductiva. Así como, el perjuicio que se puede generar a la autonomía y la libertad reproductiva si el Estado no garantiza el acceso a los avances tecnológicos para ejercer este derecho” (Corte IDH, 2012).

Sin embargo, cabe preguntarnos si basta un mero reconocimiento para hablar de un efectivo acceso a este derecho. Un claro ejemplo es el artículo 7 de la Ley General de Salud, en donde se reconoce la posibilidad de que una persona acceda al tratamiento de su infertilidad; no obstante, hasta qué punto se ha previsto un efectivo y garantizado un acceso al tratamiento de la infertilidad. ¿Qué ocurre en los casos mujeres con histerectomía? Por citar un ejemplo. A caso la norma pese a reconocer el derecho al tratamiento de la infertilidad ¿Es un derecho que puede hacerse efectivo?

La respuesta es que con la legislación actual no hay un tratamiento para la infertilidad en este tipo de casos. El derecho a formar una familia y el derecho al tratamiento de la infertilidad para estas mujeres no es un derecho efectivo. Si bien es cierto la infertilidad se da en hombre y mujeres, es un problema que afecta más a estas últimas. Con lo cual podemos se puede plantear un tratamiento diferenciado y discriminatorio. Al respecto, en el caso, “Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) Vs. Costa Rica reconoce el derecho de acceso a las TRHA como una forma de enfrentar la infertilidad, al ser esta última considerada una limitación al derecho a formar una familia” (Corte IDH, 2012).

Teniendo como base la protección y el acceso que se deben brindar para el uso de la TRHA como tratamiento de la infertilidad, se derivan consecuencias legales respecto de esta nueva forma de formar una familia. Actualmente, como se puede dilucidar de lo anteriormente explicado, ha surgido un nuevo concepto como posible fuente de filiación, el cual es la voluntad procreacional.

Al respecto, para Varsí, “el tratamiento de la filiación en el contexto de maternidad subrogada requiere un enfoque claro sobre conceptos que han evolucionado con los avances científicos. Siendo el desafío la relación entre el vínculo biológico, que es natural y amplio, y el jurídico, que es creado y limitado. Sin perjuicio de ello, la procreación, ya sea natural o asistida, da lugar a una filiación” (Varsí Rospigliosi, 2010).

Así, la voluntad procreacional, como se ha precisado anteriormente, se refiere a la intención de los individuos de ser padres y de formar una familia, lo cual se manifiesta en su deseo de concebir, en la búsqueda del uso de las TERHAS o en el establecimiento

de acuerdos de maternidad subrogada. Esta voluntad sería esencial puesto que implica un compromiso y una intención de asumir responsabilidades parentales.

Tal como lo señala Esparza Pérez, “la voluntad procreacional propone una desgenetización de la filiación y adquiere mayor relevancia cuando el elemento genético y biológico no coinciden. De esta forma, en estos casos la voluntad procreacional debe prevalecer por encima de la genética, más aún en los casos en los que se fecunde con gametos anónimos” (Esparza Pérez, 2020).

Consideramos que, esta voluntad procreacional no sería diferente de la voluntad inmersa en los tipos de filiación que establece nuestro Código Civil. Esto que quiere decir, nuestra normativa interna precisa algunas formas de determinar la filiación, por matrimonio, por reconocimiento extramatrimonial y por adopción.

Con relación a la filiación por matrimonio, se presume que existe la voluntad de los cónyuges en ser padres, toda vez que, el menor nace durante el matrimonio reflejando una voluntad procreacional implícita en la unión conyugal. Podríamos mencionar que, “esta voluntad procreacional implícita, se basa en la aceptación social y legal de la responsabilidad parental que emana de un matrimonio” (Aníbal Guzmán, Ávalos y Valdéz Martínez, María Del Carmen, 2017).

Respecto a la voluntad extramatrimonial, el reconocimiento voluntario por parte del padre es crucial para establecer la paternidad, aquí también existiría una voluntad procreacional, donde el progenitor asume la responsabilidad frente a su hijo, estableciendo un vínculo legal, lo que implica que se reconozcan los derechos fundamentales del menor como el derecho a la identidad, la protección y a una familia.

Así también, la voluntad en la adopción juega un rol importante, toda vez que, refleja la intención de los adoptantes de asumir responsabilidades y compromisos de cuidar y criar un niño. Su voluntad procreacional se manifiesta en su decisión de asumir el rol de padres de un niño que no es biológicamente suyo, pero lo será sentimentalmente.

Lo detallado no dista de la voluntad procreacional en los temas de maternidad subrogada, pues, la esencia de todas estas formas de filiación radica en la intención de los individuos de ser padres y en su disposición para asumir los derechos y obligaciones que dicha filiación conlleva. En este caso, los padres intencionales expresan su deseo de ser padres y de asumir responsabilidades parentales que se materializa a través de

acuerdos con las madres gestantes. Esta voluntad se traduce en un vínculo que, si bien puede no ser biológico en el sentido tradicional, consideramos que es igualmente válido, por lo que, debe ser considerado como una nueva fuente de filiación.

### **III. LEGISLACIÓN COMPARADA**

En el ámbito internacional la regulación de la maternidad subrogada no es uniforme. Existen países como “Canadá, Reino Unido y Ucrania, por citar algunos ejemplos, que poseen una regulación permisiva de la TERHA denominada maternidad subrogada” (MUNDO, 2023). Por otro lado, “esta TERHA se encuentra prohibida en muchos países como España, Italia y Francia, por citar algunos ejemplos, e incluso pueden conllevar sanciones penales como la pena privativa de la libertad” (Blas, 2023). No obstante, existen países como Estados Unidos y México en los que la regulación no es homogénea.

En el caso de “Estados Unidos, existen Estados que permiten la maternidad subrogada entre los que se encuentran New Hampshire, Florida e Illinois, por citar algunos ejemplos. Mientras que en New York, Arizona e Indiana se encuentra prohibida y establecen la nulidad del acuerdo de maternidad subrogada” (Rodríguez-Yong, 2012). En el caso de “México, esta técnica ha sido regulada en los estados Tabasco y Sinaloa, mientras que estados como Coahuila y Querétaro prohíben explícitamente cualquier acuerdo de maternidad subrogada” (Mariana, 2022).

De lo antes establecido se puede concluir que, a nivel internacional, si bien no hay un consenso uniforme respecto al tratamiento de la TERHA maternidad subrogada, sí hay una respuesta a muchas de las interrogantes que se plantean de cara a realizar una regulación aplicable al Perú. Por ello, procederemos a analizar los aspectos más relevantes de las legislaciones que han dado una respuesta y un mecanismo para definir la filiación, la voluntad procreacional y el interés superior del niño a partir del uso de la TERHA maternidad subrogada. Así, como los obstáculos que alguno de estos Estados presenta respecto a los temas como los acuerdos de maternidad subrogada y el derecho de la madre gestante de quedarse con el recién nacido.

Respecto a los temas de filiación y asignación de la patria potestad, estado como Georgia establecen la posibilidad de asignar la filiación y patria potestad a los padres con voluntad procreacional. Asumiendo estos últimos los derechos y obligaciones legales que corresponda al menor, liberando a la madre gestante de esta obligación. Asimismo, “este país ha previsto un procedimiento para que los padres con voluntad procreacional sean registrados como los padres del menor nacido de esta técnica ante los registros civiles” (Pérez, 2020).

A diferencia de Georgia, Israel establece que la filiación y asignación de la patria potestad debe ser declarada de manera judicial. También, no establece la posibilidad de que el acuerdo de gestación por subrogación pueda ser rescindido, salvo que, como precisa Pérez, “quien pretenda rescindirlo acredite ante un Juez que es mejor para el interés superior del niño” (Pérez, 2020). Por su parte, en Rusia no es necesario establecer judicialmente la filiación y la asignación de la patria potestad; sin embargo, “requiere que la gestante brinde su consentimiento previo de manera expresa y por escrito. A diferencia de los casos anteriores, en Ucrania también se admite la inscripción de los padres con voluntad procreacional; no obstante, es un requisito que uno de ellos aporte o el espermatozoide o el ovulo” (Pérez, 2020).

Finalmente, “Estados Unidos al organizarse en Estados Federales cada uno regula de manera individual el uso de la maternidad subrogada. En el Estado de Arkansas el reconocimiento de la filiación y patria potestad de los padres con voluntad procreacional se establece través de la ley. A pesar de que en el nacimiento se consigne como madre a la persona que dio a luz, se prevé obtener una nueva partida de nacimiento a través de una solicitud judicial” (Pérez, 2020).

Por su parte, el Estado de California establece que, “la declaración de la filiación y patria potestad a los padres con voluntad procreacional se realice a través de un proceso judicial. A diferencia de ambos Estados, Illinois no será necesario un proceso judicial ni un pedido de rectificación ya que la filiación y la patria potestad directamente será de los padres con voluntad procreacional desde el nacimiento del menor” (Pérez, 2020).

Finalmente, el Reino Unido es un caso en particular ya que pese a que los acuerdos de gestación subrogada con fines remunerativos se encuentran prohibidos y no son legalmente ejecutables; sin embargo, admite la gestación subrogada altruista y sin intermediarios. Por su parte, respecto a los derechos de filiación se establece que los padres con voluntad procreacional pueden solicitar la inscripción judicial del menor nacido bajo esta técnica; siempre que medie el consentimiento de la gestante, y se haya respetado el periodo de tiempo que se le da a esta última para decidir si quedarse con el menor recién nacido.

#### **IV. CONCLUSIONES**

Del análisis normativo y doctrinario de la maternidad subrogada en Perú se desprende una ausencia de regulación específica en la legislación vigente, en particular en lo que respecta a las técnicas de reproducción asistida. La Ley General de Salud solo menciona brevemente estas técnicas y no prohíbe de manera expresa la maternidad subrogada, lo que genera un vacío

normativo que podría interpretarse como una oportunidad para la formación de familias a través de este método.

TERHA que como sostienen algunos autores no estaría prohibida pues, no se encuentra explícitamente establecido. Esto implica que, en ausencia de una prohibición explícita, los acuerdos de útero subrogado no están regulados ni prohibidos, permitiendo a los padres con voluntad procreacional acceder a este recurso.

A nivel doctrinario, se destaca la importancia de la voluntad procreacional como una nueva fuente de designación de la filiación. Este concepto, que refleja el deseo y compromiso de los individuos para formar una familia, debe ser considerado dentro del marco legal actual, promoviendo así el reconocimiento de los derechos de los menores y su bienestar. Esto garantizaría un marco jurídico que proteja el interés superior del niño y permita la formación de familias de manera responsable y ética.

Ante lo desarrollado y analizado, consideramos que, el derecho de filiación en los casos de maternidad subrogada debe tomar en cuenta además la voluntad procreacional de los padres intencionales, que es fundamental para establecer un vínculo legal y emocional con el menor, lo que implica además tomar en consideración el Interés Superior del Niño. Esto se puede estructurar de la siguiente manera:

1. **Filiación:** La filiación debe recaer sobre los padres intencionales, quienes, al manifestar su deseo de ser padres y asumir la responsabilidad parental, reflejan su voluntad procreacional. Esta voluntad es un componente esencial que justifica su derecho a ser reconocidos como los padres del niño.
2. **Patria Potestad:** El ejercicio de la patria potestad debe corresponder a los padres intencionales, quienes deben asumir la responsabilidad de cuidar, educar y proteger al menor. Este derecho implica no solo la toma de decisiones relacionadas con la vida del niño, sino también la obligación de velar por su bienestar y desarrollo. Al reconocer a los padres intencionales como los titulares de la patria potestad, se asegura que las decisiones se alineen con la intención de crear un entorno familiar seguro y afectivo, en el que se promuevan los derechos y necesidades del menor.
3. **Consideraciones Normativas:** Esta definición debe estar alineada con las normas internacionales y los principios de derechos humanos, garantizando que se priorice el interés superior del niño. La legislación debe proporcionar un marco claro que respete la

voluntad procreacional de los padres intencionales, asegurando que su derecho a la filiación y a la patria potestad sea protegido frente a cualquier interpretación que pueda perjudicar los derechos del menor.

En conclusión, el derecho de filiación y el ejercicio de la patria potestad en los casos de maternidad subrogada deben definirse en función de la voluntad procreacional de los padres intencionales, asegurando su reconocimiento como titulares de estos derechos, mientras se garantiza que los intereses y derechos del menor sean siempre la prioridad en todas las decisiones tomadas.

## **V. RECOMENDACIONES**

### **1. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN LEGISLATIVA:**

**Se sugiere llevar a cabo una reforma en el artículo 7 de la ley general de salud, con el objetivo de incluir de forma explícita una regulación sobre las técnicas de reproducción humana asistida (TERHAS), como la maternidad subrogada. esta modificación debe respetar el principio de legalidad y proporcionar un marco normativo claro que establezca las condiciones, requisitos y prohibiciones para la aplicación de estas técnicas.**

### **2. PRIORIZAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO:**

**Es fundamental que todas las decisiones que giren en torno a la voluntad procreacional y la filiación se tomen considerando en primer lugar el interés superior del niño. esto implica una protección constante de sus derechos y bienestar en todas las circunstancias, asegurando que sus necesidades sean siempre la prioridad.**

### **3. ESTABLECIMIENTO DE MECANISMOS PARA RESOLVER CONFLICTOS:**

**Se propone la creación de mecanismos efectivos para la resolución de conflictos relacionados con la filiación en situaciones de maternidad subrogada o reproducción asistida. estos mecanismos deben garantizar un proceso equitativo y justo, brindando soluciones adecuadas a las disputas que puedan surgir.**

#### **4. RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS:**

**Es necesario incluir en la legislación disposiciones que reconozcan los derechos reproductivos como una parte esencial de los derechos humanos fundamentales.**

**esto aseguraría el acceso a tratamientos de infertilidad, incluyendo la maternidad subrogada, especialmente para aquellas personas que han sufrido una histerectomía u otras condiciones médicas que afectan su capacidad de gestar.**

#### **5. DESARROLLO DE PROTOCOLOS DE PROCEDIMIENTO**

**Se debe establecer una serie de protocolos claros para la práctica de la maternidad subrogada y la reproducción asistida. estos protocolos tienen que incluir la formalización de la voluntad procreacional y la designación de la filiación de manera explícita y transparente, garantizando así que todas las partes involucradas estén debidamente informadas y protegidas.**

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- Aníbal Guzmán, Ávalos y Valdéz Martínez, María Del Carmen. (2017). *Procreational Will*. MÉXICO: UNIVERZIDAD VERACRUZANA. Obtenido de [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2922064](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2922064)
- Bavio, S. (01 de 08 de 2024). LEGIS. *Maternidad subrogada: el inexistente derecho a tener un hijo, definición del concebido y otras consultas tras audiencia en el TC [Exp. 01367-2019-AA]*. (Lex, Entrevistador) Obtenido de LEGIS: <https://lpderecho.pe/maternidad-subrogada-derecho-tener-hijo-concebido-corte-idh-sentencia-vinculante-ovodonacion-voluntad-procreacional-tc-exp-01367-2019-aa/>
- Blas, M. (30 de Marzo de 2023). *EL PAÍS*. Obtenido de [https://www.elespanol.com/sociedad/20230330/paises-prohibida-gestacion-subrogada/752425170\\_0.html](https://www.elespanol.com/sociedad/20230330/paises-prohibida-gestacion-subrogada/752425170_0.html)
- Cárdenas Krenz, R. (2017). *Una discutible sentencia - A propósito del fallo emitido por un juez admitiendo los contratos de alquiler de vientre*. Lima: Gaceta Civil y Procesal Civil N° 48. ISSN: 2305-3259. .
- Código Civil Peruano. (1984). Obtenido de <https://lpderecho.pe/codigo-civil-peruano-realmente-actualizado/>
- Constitución Política del Perú. (1993). Lima. Obtenido de [https://www.oas.org/juridico/spanish/per\\_res17.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf)
- Constitución Política del Perú, C. d. (29 de diciembre de 1993). Constitución Política del Perú. Lima, Perú. Obtenido de <https://www.gob.pe/institucion/presidencia/informes-publicaciones/196158-constitucion-politica-del-peru>
- Corte IDH, C. I. (28 de noviembre de 2012). *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica*. Obtenido de [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)
- Esparza Pérez, R. V. (2020). *Voluntad procreacional: presupuesto para la filiación derivada de procedimientos de reproducción humana asistida en el contexto mexicano*. México: Boletín Mexicano De Derecho Comparado, 1(157), 47–80. Obtenido de <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2020.157.15225>

Ley N° 26842. (20 de julio de 1997). *Ley General de Salud*. Lima. Obtenido de <https://www.essalud.gob.pe/transparencia/pdf/publicacion/ley26842.pdf>

Ley N° 27337, C. d. (2 de agosto de 2020). *Ley N° 27337: Código de los Niños y Adolescentes*. Lima, Perú. Obtenido de <https://lpderecho.pe/codigo-ninos-adolescentes-ley-27337-actualizado/#:~:text=Art%C3%ADculo%20I.%2D%20Definici%C3%B3n,no%20se%20pruebe%20lo%20contrario.>

Mariana, D.-G. (2022). *La maternidad subrogada en México*. México: Rev. Bioética y Derecho [Internet]. 2022 [citado 2025 Ene 24] ; ( 56 ): 75-92. Obtenido de [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1886-58872022000300005&lng=es](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872022000300005&lng=es). Epub 17-Jul-2023.

MUNDO, E. (29 de Marzo de 2023). *EL MUNDO CIENCIA Y SALUD*. Obtenido de <https://www.elmundo.es/ciencia-y-salud/salud/2023/03/29/6423eab221efa052758b459b.html>

OEA. (1998). *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales : “Protocolo de San Salvador” : Suscrito en San Salvador*.

OEA, O. d. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”). Obtenido de [https://www.oas.org/dil/esp/1969\\_Convenci%C3%B3n\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)

Pérez Contreras, M. d. (2010). *Derecho de Familia y Sucesiones*. Nostra Editores: Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas. Obtenido de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-lib>

Pérez, R. V. (2020). *ESTADOS QUE PERMITEN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, MEDIE O NO UNA CONTRAPRESTACIÓN ECONÓMICA*. México: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6030/22a.pdf>

RAE. (s.f.). *DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA*. Recuperado el 20 de Diciembre de 2024, de <https://dle.rae.es/subrogar>

Resolución TC, Exp. N° 01367-2019-PA/TC (Tribunal Constitucional 2019).

- Rodríguez-Yong, C. A.-M. (2012). *El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense*. COLOMBIA: Revista de derecho (Valdivia), 25(2), 59-81. Obtenido de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000200003>
- Sentencia PJ, Expediente N°06374-2016-0-1801-JR-CI-05 (5to Juzgado Constitucional 2016).
- Sentencia PJ, Expediente N° 01286-2017-0-1801-JR-CI-11 (Décimo Primer Juzgado Constitucional 2017).
- Sentencia TC, Expediente N° 010-2002-AI/TC (Tribunal Constitucional 03 de enero de 2003). Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>
- Sentencia TC, Expediente N° 2192-2004-AA /TC (Tribunal Constitucional 11 de octubre de 2004). Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02192-2004-AA.html>
- Sentencia TC, STC N.º 01817-2009-PHC/TC (Tribunal Constitucional 07 de 10 de 2009). Obtenido de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01817-2009-HC.pdf>
- Ticse, T. M. (2018). *La regulación de la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida con subrogación materna en la legislación Peruana*. Lima. Obtenido de <http://repositorio.unapiquitos.edu.pe/handle/20.500.12737/5571>
- Tribunal Constitucional del Perú, Expediente N.º 02892-2010-PHC/TC. (Constitucional del Perú 6 de diciembre de 2010). Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02892-2010-HC.html>
- UNICEF. (2015). GUÍA INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. *INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO*. ECUADOR: Asamblea Nacional Republicana del Ecuador - La Casa de Todos. Obtenido de <https://www.unicef.org/ecuador/media/2406/file/Inter%C3%A9s%20Superior%20del%20Ni%C3%B1o.pdf>
- Varsí Rospigliosi, E. (11 de 2010). *Filiación y reproducción asistida*. SelectedWorks. Obtenido de <https://hdl.handle.net/20.500.12724/3258>
- Varsi, E. R. (2010). *Derecho Genético - Principios Generales*. Lima. Obtenido de <https://hdl.handle.net/20.500.12724/5088>
- Varsí, R. E. (2010). Tratado de Derecho de Familia. En R. E. Varsí, *Tratado de Derecho de Familia*.